62. Junge Tagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Zürich 2022

# Verantwortung und Recht

Nomos

facultas

DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 62. JUNGE TAGUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

# Verantwortung und Recht

Herausgegeben von:

Odile Ammann | Fiona Bottega | Jasmina Bukovac | Irina Lehner | Julia Meier | Réka Piskóty | Caroline Rausch | Meret Rehmann | Lea Ina Schneider | Regina Weder | Martin Wilhelm

Nomos

facultas

DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

**Zitiervorschlag:** *Autor:in* in: Ammann/Bottega/Bukovac et al. (Hrsg.), Verantwortung und Recht 2022, S. ###

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

1. Auflage 2022

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-8487-8497-4 (Print)
ISBN 978-3-7489-2876-8 (ePDF)

ISBN 978-3-7089-2308-6 (facultas Verlag, Wien)
ISBN 978-3-03891-506-5 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

Onlineversion
Nomos eLibrary

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748928768

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Vorwort

Das Öffentliche Recht ist (auch) eine Verantwortungsordnung – im Februar 2022 trafen sich über 400 Nachwuchsforscher:innen, um diese Verantwortungsordnung zu erforschen, zu diskutieren und kritisch zu beleuchten. Die 62. Junge Tagung Öffentliches Recht fand vom 15. – 18. Februar an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich statt.

Aufgrund der Pandemie und insbesondere der im Winter 2021 aufkommenden Omikron-Welle mussten wir die Tagung ins Digitale verschieben. Diese Entscheidung fiel uns schwer. Für das Organisationsteam war es jedoch wichtig, in diesen schwierigen Zeiten Verantwortung zu übernehmen. Kontakte zu beschränken, ist bekanntlich ein wirksames Mittel gegen die Verbreitung des Coronavirus, weshalb wir uns für ein digitales Format entschieden haben.

Neben der Form der Tagung war auch die Wahl des Tagungsthemas von der andauernden Pandemie geprägt. Diese wirft vielfältige Fragen zum Verhältnis zwischen der Verantwortung der Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft und zur Verantwortung des Staates gegenüber seinen Bürger:innen auf. So wählten wir „Verantwortung und Recht“ als Thema der 62. JTÖR. Dieses Thema ist allerdings bei weitem nicht nur angesichts der Pandemie von elementarer Bedeutung: In der heutigen Zeit mit ihren vielfältigen Herausforderungen – beispielsweise in Sachen Umwelt, Gesundheit, Wirtschaft, Rechtsstaatlichkeit und Völkerrecht – ist der Begriff der Verantwortung in aller Munde.

Das Recht ordnet und verteilt Verantwortung. Wie das Tagungsprogramm der 62. JTÖR eindrücklich zeigt, ziehen sich damit verbundene Fragen durch die ganze Rechtsordnung und durch sämtliche Bereiche des Öffentlichen Rechts. Die Tagung sollte den mannigfaltigen Begriff „Verantwortung“ in verschiedenen rechtlichen Kontexten beleuchten und ihm näher auf den Grund gehen. Einerseits wollten wir analysieren, wie rechtliche Verantwortung in verschiedenen Themengebieten ausgestaltet ist; andererseits wollten wir uns auch grundlegenden, über einzelne Themenfelder hinausgehenden Fragen zum Thema „Verantwortung und Recht“ stellen.

Zu den übergeordneten Fragen zählt auch jene nach der Verantwortung, die wir als Rechtswissenschaftler:innen tragen. Wir kennen die Regeln des Zusammenlebens, die wir uns als Gesellschaft gegeben haben, besser als andere. Durch dieses Wissen entsteht Macht und deshalb eine



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

besondere gesellschaftliche Verantwortung. Wie gestaltet sich diese und wie können wir sie sorgfältig tragen? Wie können wir während Krisen gleichzeitig staatstragend und staatskritisch forschen und kommunizieren?

Ohne die grosszügige Unterstützung vieler wäre die 62. JTÖR nicht möglich gewesen. Deshalb möchten wir mit einem herzlichen Danke schliessen. Bevor wir uns für die Organisation der Tagung bewarben, fragten wir bei unserer Fakultätsleitung an, ob wir auf ihre Unterstützung zählen können. Diese Frage wurde mit einem enthusiastischen „Ja" beantwortet. Auf diese Zusage konnten wir uns, trotz all den pandemiebedingten Planungsunsicherheiten, immer verlassen und dafür sind wir ausserordentlich dankbar. Auch unsere Vorgänger:innen von der Universität Münster haben uns mit Rat und Tat unterstützt. Kolleg:innen aus allen Fachgruppen sowie Freund:innen und Familienmitglieder haben uns bei kleinen und grossen Aufgaben unterstützt und immer wieder motiviert – tausend Dank!

Das Herzstück der Tagung sind die wissenschaftlichen Beiträge. Für die vielfältigen und hochstehenden Vorträge möchten wir uns bei all unseren Panelist:innen herzlich bedanken. Die einleitenden Worte von Prof. Dr. Nils Melzer haben uns berührt und gleichzeitig auch inspiriert und ermutigt. Dank gebührt auch den Podiumsteilnehmer:innen – Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, Prof. Dr. Magdalena Pöschl, Dr. Stefan Schlegel und Prof. Dr. Judith Wyttenbach – und der Moderatorin Dr. Dr. h.c. Brigitte Hürlimann, welche die Frage der Verantwortung von Rechtswissenschaftler:innen gründlich und facettenreich diskutiert haben. Für das vielfältige Rahmenprogramm danken wir den Aktivist:innen des Projekts #BigDreams für ihren aufwühlenden Vortrag und dem Akademischen Sportverband Zürich für die bewegten Pausen. Zudem möchten wir unseren Sponsor:innen für die grosszügige und unkomplizierte finanzielle Unterstützung danken. Sie haben der Tagung auch im Digitalen die Treue gehalten und uns die Verwendung einer professionellen Tagungsplattform ermöglicht.

*Last but not least* wollen wir uns bei allen Teilnehmer:innen herzlich bedanken. Euer aktives Mitmachen, Eure engagierten Diskussionsbeiträge und Euer konstruktives Feedback machten den ganzen Aufwand wert. Wir freuen uns sehr auf die nächste JTÖR in Hamburg!

Zürich, den 9. Mai 2022

*Odile Ammann, Fiona Bottega, Jasmina Bukovac, Irina Lehner, Julia Meier, Réka Piskóty, Caroline Rausch, Meret Rehmann, Lea Schneider, Regina Weder, Martin Wilhelm*



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Inhalt

Editorial 11
*Ammann et al.*

***Verantwortung und Technologie*** ***21***

Die Grundrechtsbindung Privater im Widerstreit zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlicher Verantwortung 23
*Lars C. Kroemer*

Staatliche Verantwortungsübernahme beim hoheitlichen Einsatz intransparenter Algorithmen 45
*Daniel Busche*

Marktmacht und Meinungsbildung in der Digitalindustrie 67
*Madlen Karg*

***Verantwortung der Rechtswissenschaftler:innen*** ***93***

Verantwortung und Distanziertheit im juridischen Feld: Eine Habitusanalyse im Anschluss an Pierre Bourdieu 95
*Antonia Paulus*

Verfassungsinterpretation und hermeneutische Ungerechtigkeit: Ansätze für eine diskriminierungskritische Normerkenntnis 115
*Kaie Lemken*



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

***Zwischenstaatliche Verantwortung*** ***135***

Grundrechtsverantwortung und zwischenstaatliche Zusammenarbeit 137
*Prisca Feihle*

Ist die Europäische Union eine Verantwortungsgemeinschaft? Zum europarechtlichen Konzept der Verantwortung im Lichte des Solidaritäts- und Loyalitätsprinzips 159
*Ranjana Andrea Achleitner*

Verfassungsgerichtliche Integrationsverantwortung im europäischen Grundrechtsdialog 173
*Max Erdmann*

***Verantwortung im Polizeirecht*** ***191***

Verantwortung sticht (Polizei-)Pflicht. Die verantwortungstheoretische Ausgestaltung polizeirechtlicher Verantwortlichkeit 193
*Benedict Pietsch*

***Interdisziplinarität*** ***213***

Interdisziplinarität – eine Gefahr für den Vorrang des Gesetzes? 215
*Noah Zimmermann*

Mehr Interdisziplinarität wagen – über den Nutzen der Rechtstatsachenforschung 235
*Stella Dörenbach*



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

***Verantwortung und Umwelt*** ***257***

Grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Generationen: Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in der Zeit 259
*Svenja Behrendt*

Menschenrechtsschutz in Klimafällen: Das Beispiel der EMRK 275
*Corina Heri*

Zwischen Modernisierung und Transformation – Die Verantwortung von Grundeigentümer:innen für die Leistungen der Natur 295
*Romy Klimke*

Fehlercode im System der Normkonkretisierung? Demokratische Verantwortlichkeit als Korrektiv der Legitimationsdefizite privater Normkonkretisierungen 315
*Benedikt Huggins*

Verantwortungszuweisung im Klimaschutzrecht – Zur Funktion von „Emissionsbudgets" bei der Evolution eines klimabezogenen Transformationsrechts 337
*Michael von Landenberg-Roberg*

Verantwortungsvoller Parentalismus. Der Staat im Dienst der Selbstbestimmung 357
*Isa Bilgen*

Mehr oder Weniger Staat? Staatliche Bevormundung vs. Eigenverantwortung am Beispiel der aktuellen Gesundheitspolitik 377
*Anna Berry*



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verzeichnis der Autor:innen 397

Verzeichnis der Herausgeber:innen 399

Verzeichnis der Unterstützer:innen 401



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Editorial

*Odile Ammann, Fiona Bottega, Jasmina Bukovac, Irina Lehner, Julia Meier, Réka Piskóty, Caroline Rausch, Meret Rehmann, Lea Schneider, Regina Weder, Martin Wilhelm*

## *I. Das Thema*

Die 62. JTÖR widmete sich dem Thema „Verantwortung und Recht". Etymologisch hat der Begriff der Verantwortung seine Wurzeln im Verb „antworten" respektive in der Wendung „vor Gericht Fragen beantworten".[1] Doch nicht nur etymologisch sind Recht und Verantwortung eng verknüpft – das Recht ist im Kern nichts anderes als eine Zuteilung von Verantwortungen in einer Gesellschaft.[2] Dieser engen Verknüpfung wollten wir an der diesjährigen JTÖR nachgehen.

Die verschiedenen Panels behandelten die aufgeworfenen Fragen in unterschiedlichen Rechtsgebieten und widerspiegelten somit die Breite des Themas. So kann die fortschreitende Digitalisierung genauso unter dem Aspekt der Verantwortungsverteilung analysiert werden wie das Gesundheits- und Polizeirecht. Zwei Vorträge dachten Verantwortungsordnung transnational. Der gesamte Freitagmorgen war dem Thema der drohenden Klimakatastrophe gewidmet. Geschlossen haben wir die 62. JTÖR mit dem Impulspanel zur Frage, wie viel Verantwortung der Staat für seine Bürger:innen überhaupt übernehmen soll. Ein beachtlicher Teil der Tagung befasste sich mit der Verantwortung der Rechtswissenschaften. So stellte das zweite Impulspanel die Frage, wie wir diese Verantwortung auch interdisziplinär wahrnehmen können.

## *II. Zur Geschichte der JTÖR – eine schweizerische Perspektive*

Die Geschichte der JTÖR reicht ins Jahr 1960 zurück, als die Öffentlichrechtler Roman Schnur, Helmut Quaritsch und Ingo von Münch die Idee

1 *Sombetzki*, Archiv für Begriffsgeschichte 2014, 197 (207, 211).
2 *Klement*, in: Heidbrink/Langbehn/Sombetzki (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2016, S. 559 (566).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hatten, sich mit anderen Habilitanden zum fachlichen Meinungsaustausch zu treffen. Ohne ihre habilitierten Chefs diskutierten sie im darauffolgenden Jahr in Hamburg lebhaft im kleinen Kreis: Die JTÖR – damals noch Assistententagung Öffentliches Recht (ATöR) genannt – war geboren![3]

Die 62. JTÖR fand zwar digital statt, wurde aber von einem mit der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verbundenen Organisationsteam ausgerichtet, weshalb wir einen kurzen Blick in die Geschichte dieser Veranstaltung in der Schweiz werfen möchten. Bereits 1973 fand die erste JTÖR in der Schweiz – und zwar ebenfalls in Zürich – zum Thema „Demokratie und Föderalismus" statt.[4] Einer der Vorträge trug den Titel „Der Computer als neues Medium der Demokratie?". Wenn man bedenkt, dass die ersten Computer 1969 mit dem Internet verbunden wurden,[5] scheint diese Weitsicht unglaublich. Circa zehn Jahre später wurde in Tübingen das Thema „Tradition und Wandel im Verfassungsstaat: Die Rechtsstellung der Frau" besprochen – es war die erste Tagung, bei welcher auch Frauen vortrugen. Mit dabei war unter anderem die Schweizerin Christine Lenzen mit dem Vortrag „Die Stellung der Frau im schweizerischen Recht".[6]

1999 fand die Tagung erneut in Zürich statt; unser heutiger Dekan, Prof. Dr. Thomas Gächter, organisierte diese gemeinsam mit Kolleg:innen zum Verhältnis von „Demokratie und Freiheit".[7] 2003 war die Tagung zum Thema „Integration und Recht" in Luzern und unter anderem Prof. Dr. Magdalena Pöschl hielt einen Vortrag – dieses Jahr, fast zwanzig Jahre später, war sie Teil unseres Podiumsgesprächs.[8] Das letzte Mal fand die Tagung 2013 in der Schweiz statt – in der Hauptstadt Bern. An der diesjährigen

3 *Von Münch*, in: Dalibor/Debus/Gröblinghoff/Kruse/Lachmayer/Peters/Scharrer/Schröder/Seifert/Sicko/Stirn/Stöger (Hrsg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts, 2011, S. 21.

4 *Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann* (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht, 2020, S. 649.

5 *Abbate*, Inventing the Internet, 1999, S. 31.

6 *Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann* (Hrsg.), Wandlungen im öffentlichen Recht (Fn. 4), S. 646.

7 *Bertschi/Gächter/Hurst/Klaus/Reller/Schmithüsen/Steimen/Widmer/von Wyss* (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 39. Assistierendentagung Öffentliches Recht, 1999.

8 *Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann* (Hrsg.), Wandlungen im öffentlichen Recht (Fn. 4), S. 635.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

JTÖR durften wir Dr. Stefan Schlegel, damaliger Mitorganisator, beim Podiumsgespräch begrüssen.[9]

Im vergangenen Jahr hat das Team in Münster einen wichtigen Schritt vollzogen: die Umbenennung von „Assistententagung" zu „Junge Tagung Öffentliches Recht".[10] Über die Frage, wie man „JTÖR" korrekt ausspricht, wird seither kontrovers debattiert. Die Diskussion über einen inklusiveren Name während den Aussprachen hatte zuvor eine lange Tradition.[11] Doch es war nicht das erste Mal, dass dieser Schritt gemacht wurde: So hiess der Tagungsband 1999 von Zürich bereits „Assistierendentagung Öffentliches Recht".[12] Als 62. Organisationsteam freuen wir uns sehr, dass wir die Tagung mit dem Namen „Junge Tagung Öffentliches Recht" in der Schweiz organisieren konnten.

## *III. Die 62. Junge Tagung Öffentliches Recht*

### *1. Die Panels*

Das Herzstück jeder JTÖR sind die Panels mit den wissenschaftlichen Vorträgen. Der Sammelband enthält die Verschriftlichung dieser Referate, weshalb wir unser Editorial auf die anderen Aspekte der Tagung fokussieren.

Auf unseren *Call for Papers* haben wir insgesamt 47 Exposés für den klassischen Vortrag und 12 für die Impulspanels erhalten. Davon konnten wir 20 respektive 4 ins Programm aufnehmen. Für die Auswahl haben wir die Exposés anonymisiert und nach bestimmten Kriterien bewertet. Wichtig war uns, dass wir in Bezug auf Geschlecht und Region ein diverses Feld von Panelist:innen präsentieren können und dass auch verschiedene

---

9 *Elser/Eugster/Kind/Uffer/Baumgartner/Williner/Schlegel/Blonski/Spring/Groshmann/Häcki* (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie, 53. Assistententagung Öffentliches Recht, 2014.

10 *Organisationsteam JTÖR Münster 2021*, Call us by our name. Erster Werkstattbericht aus Münster, JuWissBlog v. 15.4.2020, https://www.juwiss.de/58-2020/ (letzter Aufruf am 13.4.2021).

11 *Lischewski*, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann, Wandlungen (Fn. 4), S. 311.

12 *Lischewski,* 60 Jahre mitgemeint? Ein Werkstattbericht zum „AK Gender" der ATÖR 2020, JuWissBlog v. 19.2.2020, https://www.juwiss.de/15-2020/ (letzter Aufruf am 13.4.2021).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Forschungsansätze vertreten sind. Umso erfreuter waren wir, dass sich dies von selbst ergeben hat.

Die Panels ordneten wir nach Rechtsgebieten. Es schien uns zentral, genug Zeit für die Diskussionen zu den Referaten einzuplanen. Aus unserer Sicht hat die digitale Durchführung der Tagung die Qualität der wissenschaftlichen Diskussionen nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil hatten wir den Eindruck, dass die Schwelle, sich in diesem Forum mit einem Diskussionsbeitrag zu melden, durch das digitale Format sank. Auf jeden Fall erlebten wir die Diskussionen von Anfang bis Ende als sehr angeregt und inhaltlich hochstehend.

## 2. *Eröffnungsabend*

Nachdem der Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Prof. Dr. Thomas Gächter, die Teilnehmer:innen begrüsst hatte, hielt Prof. Dr. Nils Melzer den Festvortrag und analysierte vor dem Hintergrund seiner über 20-jährigen Arbeitserfahrung die Verbindung von Recht und Verantwortung. Prof. Dr. Melzers Erfahrungen umfassen Tätigkeiten beim Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) und als sicherheitspolitischer Berater des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) sowie sein Mandat als UNO-Sonderberichterstatter über Folter. Im Rahmen des Letzteren haben zwei der von ihm untersuchten Fälle besondere Aufmerksamkeit erhalten: der Fall des WikiLeaks-Gründers Julian Assange und jener des Schweizer Häftlings Brian (auch bekannt unter dem Namen „Carlos").[13]

Prof. Dr. Melzer begann den Vortrag mit der Schilderung seines ursprünglichen Traums, Astronaut zu werden. Nun sei er Völkerrechtler mit Astronautenperspektive auf das Recht. Diesen Astronautenblick ergänzte er während seiner Ansprache immer wieder mit Anekdoten aus seinen vielfältigen Tätigkeiten. Der gehaltvolle Vortrag war auch ein Appell an Jurist:innen, Verantwortung zu übernehmen: „Die Frage der Verantwortung ist mehr als nur die Frage nach Rechten und Pflichten – sie ist integritäts- und identitätsstiftend für Juristinnen und Juristen. Wir können nicht auf

13 *Melzer*, Der Fall Julian Assange, 2021; *Hürlimann*, Uno-Sonderberichterstatter für Folter interveniert im Fall Brian, Republik v. 26.5.2021, https://www.republik.ch/2021/05/26/uno-sonder-berichterstatter-fuer-folter-interveniert-im-fall-brian (letzter Aufruf am 13.4.2021).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die nächste Generation warten, wir brauchen Mut und Kraft, Offensichtliches auszusprechen und das Notwendige zu tun."

### *a) Podiumsdiskussion „Verantwortung von Rechtswissenschaftler:innen"*

Art. 15 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte besagt, dass alle das Recht haben, „an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben." Wissenschaft ist nicht nur ein Selbstzweck, sondern hat stets eine gesellschaftliche Dimension. Gerade die Rechtswissenschaftler:innen nehmen hier eine einflussreiche Rolle ein: Selbst wenn sie diese Rolle primär als beschreibend-interpretierend wahrnehmen, fliessen ihre Positionsbezüge dennoch über die Rechtsanwendung in die Rechtsordnung ein. So stellt sich die Frage, ob Rechtswissenschaftler:innen eine besondere Verantwortung tragen, sich für eine Rechtsordnung einzusetzen, die nicht nur dogmatisch überzeugt, sondern auch über Problemlösungskraft verfügt und wünschenswerte Ergebnisse produziert. Zu reflektieren ist weiter die Rolle, die Rechtswissenschaftler:innen einnehmen, wenn sie aktiv Akteur:innen aus Verwaltung, Justiz, Politik und Zivilgesellschaft zudienen.

Vor diesem Hintergrund diskutierten vier renommierte Rechtswissenschaftler:innen – Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt (Rostock), Prof. Dr. Magdalena Pöschl (Wien), Dr. Stefan Schlegel (Bern) und Prof. Dr. Judith Wyttenbach (Bern) – mit der Moderatorin Dr. Dr. h.c. Brigitte Hürlimann folgende Fragen: Worin besteht die Verantwortung der Rechtswissenschaftler:innen, wenn sie Interessenvertreter:innen zuarbeiten? Sollten sie sich noch stärker in die Gestaltung der Rechtsordnung einbringen? Inwieweit tragen sie Verantwortung für die Problemlösungskraft des Rechts? Sind neuere Ansätze wie strategische Prozessführung, Third World Approaches to International Law und Legal Gender Studies hierzu geeignete Mittel? Kann sich die moderne interdisziplinäre und international vernetzte Forschung genügend in die nationalstaatliche Rechtsetzung einbringen? Wie hat sich das Rollenbild der Rechtswissenschaftler:innen im Verlauf der Generationen gewandelt? Das Panel hat diese Fragen eingehend diskutiert und dabei interessante Ansätze aufgezeigt.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *b) Postersession*

Während der Tagung wollten wir auch Projekten, bei denen Jurist:innen gesellschaftliche Verantwortung übernehmen, eine Plattform geben. Wir wünschten uns, dadurch einen Austausch anzustossen und die verschiedenen Facetten von gesellschaftlicher Verantwortung aufzeigen zu können. Insgesamt neun Projekte haben sich mit einem Poster an der 62. JTÖR vorgestellt. Zudem haben wir virtuelle Gesprächsgruppen organisiert, damit sich die Teilnehmer:innen mit Vertreter:innen der Projekte informell austauschen konnten.

Dank ihren Sponsor:innen hat die JTÖR schon lange eine Verbindung mit der Praxis. Mit der Postersession wollten wir den Nachwuchswissenschaftler:innen weitere Aspekte juristischer Arbeit näherbringen. So war es uns ein Anliegen, jungen Rechtswissenschaftler:innen die Möglichkeit zu bieten, solche Projekte kennenzulernen und sich mit den verschiedenen Arten gesellschaftlicher Verantwortung innerhalb und ausserhalb der Rechtswissenschaften bekannt zu machen. Gerade dieser Austausch gehört unseres Erachtens auch zur Verantwortung der Rechtswissenschaften.

### *c) Das Projekt #BigDreams*

Der Gerichtsprozess und der Gefängnisaufenthalt von Brian werden in der Schweiz rege diskutiert. Alles begann mit einem Dokumentarfilm, in welchem das Sondersetting zur Integration für den Jugendstraftäter angepriesen wurde. Darauf folgte aufgrund der hohen Kosten eine breite Empörung in der Gesellschaft. Seitdem ist Brian in Einzelhaft, 23 Stunden pro Tag. Aufgrund der menschenrechtlich bedenklichen Haftbedingungen intervenierte der UNO-Berichterstatter für Folter, unser Gastredner Prof. Dr. Nils Melzer.[14]

Das Projekt #BigDreams ist eine diverse Gruppe von Aktivist:innen, Expert:innen, Wissenschaftler:innen und Künstler:innen, welche den Fall Brian öffentlich verhandeln wollen. Sie sehen ihre Arbeit als "Auseinandersetzung mit strukturellen Missverhältnissen in unserer Demokratie" und schreiben: „Brians Stimme wird nicht gehört, denn er ist vom öffentlichen

14 Eine gute Zusammenfassung hat das Magazin Republik verfasst: *Blülle/Hürlimann*, Serie „Am Limit", Republik v. 4.6.2019 u. 30.10.2019, https://www.republik.ch/2019/06/04/alle-kennen-carlos-den-taeter-niemand-mike-das-opfer (letzter Aufruf am 13.4.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Leben ausgeschlossen in Isolationshaft. Sein Fall aber kann nicht isoliert betrachtet werden. An ihm offenbaren sich tiefgreifende menschenverachtende und benachteiligende Strukturen innerhalb unseres Rechtssystems. Brian ist kein Einzelschicksal, sondern betrifft uns alle. Wir können dazu nicht schweigen."[15]

Das Projekt #BigDreams ist ein interessanter Versuch, rechtlich komplexe Themen zu übersetzen und in den gesellschaftlichen Diskurs einzubringen. Gerade in Krisenzeiten muss die Rechtswissenschaft ihre Erkenntnisse einem weiten Publikum kommunizieren können. Drei Vertreter:innen des Projekts haben an der JTÖR ihre Arbeit vorgestellt und die Fragen der Teilnehmer:innen beantwortet. Der Austausch war sehr gewinnbringend und wir haben uns darüber gefreut, so die Perspektive der Tagung zu erweitern.

### *d) Die Roundtables*

Einen weiteren Teil unseres Rahmenprogramms bildeten zwei runde Tische. Der erste Roundtable konzentrierte sich auf das Publizieren der Dissertation. Drei Vertreter:innen führender rechtswissenschaftlicher Verlage erläuterten den Publikationsprozess, wiesen auf mögliche Stolpersteine hin und gaben wertvolle Hinweise, wie eine zeitnahe und qualitativ hochwertige Publikation bestmöglich vorbereitet werden kann. Der zweite Roundtable konzentrierte sich auf den Berufseinstieg bei Anwaltskanzleien. Vertreter:innen verschiedener Kanzleien aus Deutschland und der Schweiz teilten ihre wichtigsten Ratschläge für Berufseinsteigende und standen für Fragen der Teilnehmer:innen zur Verfügung.

Die beiden Roundtables haben wir ins Programm aufgenommen, um den informellen Austausch mit den Sponsor:innen während der Kaffeepausen im Digitalen abzubilden. Diese Gefässe waren gut besucht und stellten unseres Erachtens eine wertvolle Ergänzung und Abwechslung im Programm dar.

---

15 #BigDreams, About, https://www.bigdreams.ch/about (letzter Aufruf am 5.5.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *IV. Ausblick*

Schliessen möchten wir dieses Editorial mit einigen Überlegungen zur Tagung und ihrer Bedeutung:

Wie auch schon in anderen Jahren war es für uns schwierig, ein Nachfolgeteam zu finden. Die Tagung und das Rahmenprogramm sind immer weiter gewachsen, sodass die Organisation einer JTÖR bedeutende Ressourcen voraussetzt. Von den Organisator:innen ist deshalb ein beträchtliches Engagement gefragt, und dies über mehr als ein ganzes Jahr hinweg. Auch Teams an kleineren Universitäten sollten nicht davor zurückschrecken, die Tagung zu organisieren. Sie dürften dazu aus unserer Sicht das Programm ruhig auf das Wesentliche reduzieren und gewisse Programmpunkte auch wieder abschaffen.[16]

Die letzten beiden Tagungen mussten aufgrund der Covid-19-Pandemie digital stattfinden. Durch das digitale Format wurde die Tagung für viele Teilnehmer:innen zugänglicher, da keine Reisen notwendig waren und das Tagungsprogramm auch nur selektiv verfolgt werden konnte. Gerade für Personen mit Betreuungspflichten und wenig finanziellen Ressourcen sind digitale Formate attraktiver. Deshalb wäre es wünschenswert, auch bei Tagungen vor Ort eine hybride Möglichkeit mitzudenken. Auch in anderer Hinsicht sollte die Tagung möglichst zugänglich organisiert werden. Wir denken beispielsweise an Ruheräume, Kinderbetreuungsangebot oder Zugang für Teilnehmer:innen mit Behinderung.

2021 hat ein Erklärvideo zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz des Deutschen Bundesministeriums für Bildung und Forschung den Twitter-Trend #IchbinHanna ausgelöst. Unter diesem Hashtag haben tausende Wissenschaftler:innen ihre persönlichen Geschichten in den Wissenschaften geteilt; sie haben geschildert, wie prekär ihre Arbeitsbedingungen sind.[17] In der Schweiz gestaltet sich die Situation – selbst ohne Wissenschaftszeitvertragsgesetz – ähnlich.[18] Prof. Dr. Anja Steinbeck, Rektorin der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Sprecherin der Mitgliedergruppe der Universitäten in der Hochschulrektoren-Konferenz (HRK), behauptete

16 Siehe hierzu *Ammann/Chatziathanasiou,* Höher, schneller, weiter? Ein paar Gedanken zur Zukunft der JTÖR, JuWissBlog [im Erscheinen].

17 *Bahr/Eichhorn/Kubon*, #IchBinHanna, 2022.

18 Schweizer Radio und Fernsehen (SRF); Das Prekariat der akademischen Welt protestiert, 25.6.2021, https://www.srf.ch/kultur/gesellschaft-religion/ichbinhanna-das-prekariat-der-akademischen-welt-protestiert (letzter Aufruf am 13.4.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in einem Interview, dass es „keine juristischen Hannas" gebe.[19] Dieser Aussage würden wir vehement widersprechen. Unseres Erachtens wäre die JTÖR ein geeignetes Forum, um auch diese Fragen zu diskutieren und Lösungsansätze zu entwickeln.

Mit diesen Überlegungen übergeben wir die Organisation der Tagung weiter. Die Erfahrungen auf dem Weg und das Erlebnis, eine JTÖR zu organisieren, werden uns als Organisationsteam für immer begleiten. Es war uns eine Ehre, diese langjährige Tradition weiterführen und weiterentwickeln zu dürfen, und wir freuen uns jetzt schon auf die 63. JTÖR in Hamburg!

19 Die Handlungsbereitschaft ist da, Blog Jan-Martin Wiadda v. 16.11.2021, https://www.jmwiarda.de/2021/11/16/die-handlungsbereitschaft-ist-da/ (letzter Aufruf am 13.4.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung und Technologie

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Die Grundrechtsbindung Privater im Widerstreit zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlicher Verantwortung

*Lars C. Kroemer*[*]

## *Inhaltsübersicht*


I. Erkenntnisinteresse: Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatstheoretische Prämisse der Drittwirkung 24

II. Renaissance eines Ewigkeitsthemas 26

1. Inkommensurables; Drittwirkung als Querschnittsmaterie 26

2. Mittelbare Drittwirkung 28

3. Aktuell: Digitale Gefährdungslagen und neue Impulse aus Karlsruhe 29

4. Exkurs: Normative Grundlagen und die Schwäche des Umkehrschlusses 30

III. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämisse der Drittwirkungsdogmatik 31

1. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Einwand gegen eine Grundrechtsbindung Privater 31

2. Koordinaten einer asymmetrischen Grundrechtsordnung 32

a) Grundrechte als Abwehrrechte 32

b) Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip 33

3. Inhalt und rechtlicher Gehalt des Staat-Gesellschaft-Dualismus 34

a) Rezeption der klassischen Grundrechtstheorie 34

b) Inhalt: Verschiedene Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft 35

c) Rechtlicher Gehalt 36

4. Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft 37

a) Diffusionstendenzen 37

b) Drittwirkung im Verfassungswandel 40


* Für die äußerst hilfreichen Anregungen bedanke ich mich bei Prof. Dr. Burkhard Schöbener (Universität zu Köln), Lennart Andersen, Felix Holländer und Hans Kroemer. Dieser Vortrag ist von der DÖV zur Veröffentlichung angenommen worden.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. Drittwirkungsdogmatik im Wandel: eine Perspektive 41
1. „Grundrechtliche Gefährderlage“ 42
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung und derivative Leistungspflichten 42
V. Resümee 43

## *I. Erkenntnisinteresse: Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatstheoretische Prämisse der Drittwirkung*

Unter dem Stichwort *Drittwirkung der Grundrechte* wird diskutiert, ob nicht nur staatliches, sondern auch das Handeln privater Rechtssubjekte an Grundrechten zu messen ist.[1] Eine dogmatisch überzeugende und konsensfähige Lösung ist bis heute – trotz langer und intensivster Beschäftigung seitens der Grundrechtswissenschaft – nicht gefunden. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Drittwirkung ein Querschnittsthema ist, dessen Bearbeitung gleich mehrere gordische Knoten zu zerschlagen hat. Den Entwurf einer kohärenten Problemlösung maßt sich dieser Beitrag nicht an. Es soll vorliegend aber eine Perspektive beschrieben werden, die im bisherigen Diskurs noch unterrepräsentiert ist, nämlich die der außerpositivistischen staatstheoretischen Prämissen der Drittwirkung.

Wesentliche Bereiche der Grundrechtstheorie und -interpretation sind von einem – häufig unausgesprochenen – Vorverständnis der jeweiligen Grundrechtsinterpret:innen geprägt.[2] Dabei kommen zahlreiche Faktoren zum Tragen, seien es politische Überzeugungen, rechts- und staatsphilosophische Annahmen, aber auch weltliche und religiöse Anschauungen. Gleiches gilt für den Bereich der Drittwirkung der Grundrechte, dessen Streitpunkte sich nicht in den dogmatischen Feinheiten, etwa der Differenzierung zwischen einer unmittelbaren und einer nur mittelbaren Horizontalwirkung, erschöpfen. Vielmehr treten auch hier unterschiedliche Lesarten der Grundrechtsinterpretation hervor, die nicht immer auf normativ-dogmatischen Erwägungen beruhen.

So lautet ein zentraler Argumentationstopos der klassischen Grundrechtslehre gegen die Annahme der Grundrechtsbindung Privater, dass

1 Ausführlich zur gesamten Thematik *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 76.

2 Für ein Beispiel der Klassifizierung verschiedener Grundrechtstheorien vgl. *Böckenförde*, NJW 1974, 1529.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sie der Unterscheidung der Ebenen *Staat* und *Gesellschaft* zuwiderlaufe.[3] Dieser staatstheoretische Überbau der Drittwirkungsdogmatik in Form eines spezifischen *Staat-Gesellschaft-Dualismus* dient grundrechtsdogmatisch als Trennlinie zwischen Grundrechtsbindung (Staat) und Grundrechtsberechtigung (Gesellschaft). Bei näherer Betrachtung des Staat-Gesellschaft-Dualismus wird deutlich, dass er als Prämisse der Grundrechtsdogmatik normativ-positivistisch nicht zwingend ist. Das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft ist historisch und politisch gewachsen; es unterliegt seit jeher einem Wandel. Aktuell ist zu beobachten, dass die jeweiligen Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft mitunter wechselseitig diffundieren. Der Staat begibt sich beispielsweise in die Rolle des Wirtschaftsteilnehmers und damit auf Augenhöhe mit privaten Akteuren. Umgekehrt gerieren sich private Rechtssubjekte als ordnungsgebende Instanzen der Gesellschaft, etwa, wenn sie in marktbeherrschender Stellung unverzichtbare Dienstleistungen anbieten und bisweilen einseitig über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheiden.

Dieser Beitrag verfolgt die These, dass sich der gerade beschriebene Wandel in der Verhältnisordnung zwischen Staat und Gesellschaft auch auf die Dogmatik der grundrechtlichen Drittwirkung auswirkt. Bewegen sich private Akteure außerhalb der Funktionsmechanismen innergesellschaftlicher Rechtsverhältnisse (insb. Privatautonomie) und gefährden dadurch in staatsähnlicher Weise Grundrechte Dritter, sind sie selbst an Grundrechte zu binden. Im Folgenden wird zunächst skizzenhaft auf die verschiedenen Dimensionen des Querschnittsthemas Drittwirkung hingewiesen (II.). Aktuelle Fragestellungen und Impulse ergeben sich diesbezüglich u. a. aus digitalen Gefährdungslagen und neuen dogmatischen Akzenten seitens des Bundesverfassungsgerichts. Anschließend wird der Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämisse und Argumentationstopos im Rahmen der Drittwirkungsdiskussion untersucht (III.). Schließlich wird erörtert, welche dogmatischen Konsequenzen sich für die Drittwirkung im Hinblick auf ein gewandeltes Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft ergeben können (IV.).

3 Dem Oberbegriff *Gesellschaft* werden vorliegend in Abgrenzung zum *Staat* die grundrechtsberechtigten Rechtssubjekte (Private) zugeordnet, ähnlich *Poscher,* Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 151 a. E.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## II. Renaissance eines Ewigkeitsthemas

### 1. Inkommensurables; Drittwirkung als Querschnittsmaterie

Inhaltlich muss die Drittwirkung Rechtsprobleme unterschiedlicher Provenienz in Einklang bringen. Die im Folgenden skizzierten nicht abschließenden Konfliktlinien verdeutlichen, dass eine widerspruchsfreie Integration aller betroffenen Problemkreise kaum möglich erscheint. Gegen jedes Argument, das im Zusammenhang mit der Drittwirkung vorgebracht wird, steht ein reicher Fundus rechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Kritiken und Gegenkritiken bereit.

Eine Crux der Drittwirkung besteht zunächst darin, dass sie sich an der Schnittstelle zwischen dem Zivilrecht und den Grundrechten bewegt, wodurch sich die diffizile Frage nach dem Verhältnis beider Regelungsmaterien zueinander stellt. Sie kann insbesondere nicht durch einen schlichten Verweis auf die zumeist pyramidenförmig gedachte Normenhierarchie beantwortet werden. Der Streitpunkt betrifft nämlich nicht das Ob, sondern das Wie der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht. Die viel rezipierten metaphorischen Verweise auf die steuernde Kraft der Grundrechte („Richtlinien und Impulse“) und ihre „Ausstrahlungswirkung“ auf das Privatrecht verdeutlichen zwar, dass die Drittwirkung als festen Bezugs- und Ausgangspunkt der Rechtsanwendung an das einfache Recht anknüpfen soll.[4] Das Bild einer solchen subtilen Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht vermag jedoch dann nicht zu überzeugen, wenn in der Praxis Privatrechtsverhältnisse bisweilen ausschließlich aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen beurteilt werden. In der Soraya-Entscheidung etwa hat das Bundesverfassungsgericht entgegen der Grundaussage des § 253 Abs. 1 BGB a. F. die Ableitung eines Schadensersatzanspruches unmittelbar aus dem in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen gebilligt.[5] Zuletzt formulierte das Gericht, es sei unerheblich, „ob die Zivilgerichte sich für ihre Wertungen unmittelbar auf die Grundrechte selbst berufen oder deren Wertungen mittels einfachrechtlicher Erwägungen und unter Rückgriff auf Auslegungsgrundsätze des Zivilrechts zur Geltung bringen […].“[6] Die Kritik an der Beliebigkeit der Verhältnisordnung zwischen Grundrechten und Privat-

4 Grdl. BVerfGE 7, 198 (205, 207).
5 BVerfGE 34, 269 (292).
6 BVerfGE 148, 267 (285).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

recht – etwa in Bezug auf eine drohende Rechtsunsicherheit oder ungewollte Anspruchskonkurrenzen – wurde vielfach vorgetragen.[7]

Ein hiermit verwandtes Problem liegt im systemischen Spannungsverhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den Zivilgerichten.[8] Zum einen müssen die Grenzen der Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen respektiert werden; das Bundesverfassungsgericht darf sich nicht als „Superrevisionsinstanz"[9] gerieren. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht auch im Privatrechtsverhältnis einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten und den „Fachgerichten gegenüber seine grundrechtsspezifische Kontrollfunktion"[10] wahrzunehmen.[11] Die abstrakte Formel, die dieses Spannungsverhältnis normieren soll – das Bundesverfassungsgericht habe nur die „Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht" zu überprüfen – kann die immer wieder auftretenden Konflikte nicht beseitigen.[12] Die Grenzziehung zwischen dem fachgerichtlichen und dem bundesverfassungsgerichtlichen Aufgabenbereich wird durch jede Neuinterpretation der Drittwirkung verschoben. Ein weites Verständnis der Drittwirkung der Grundrechte, wie es zuletzt zu beobachten ist, führt notwendig zu einem größeren Handlungsspielraum des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den Zivilgerichten.[13]

Die Drittwirkung führt weiter zu einem schwelenden staatsorganisationsrechtlichen Konflikt, konkret bezüglich der Funktions- und Gewaltenteilung zwischen der Legislative und der Judikative. Sind Gerichte aufgrund der Drittwirkung dazu berufen, über zivilrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, indem sie abstrakte grundrechtliche Wertungen in Eigenregie konkretisieren, so rücken sie damit in eine Domäne vor, die typischerweise der Gesetzgebung vorbehalten ist.[14] Grundrechtsgeleitete Rechtsfortbildungen tragen notwendig die Gefahr in sich, dass die Gerichte die Rolle eines *Ersatzgesetzgebers* einnehmen.

---

7 Vgl. nur *Heyde/Starck*, 40 Jahre Grundrechte, 1990, S. 40; *Meder*, Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 2021, S. 477 m. w. N.

8 Vertiefend *Kunig*, VVDStRL 2002, 34 (passim); s. auch *Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 296 ff.

9 BVerfGE 7, 198 (207).

10 BVerfGE 152, 216 (241).

11 Vgl. *Ruffert*, JuS 2020, 1 (2); s. auch *Kämmerer*, JZ 1996, 1042 (1050 f.).

12 *Nußberger*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Hndb. d. Verfassungsrechts, 2021, § 20 Rn. 36.

13 Zu dieser Akzessorietät BVerfGE 95, 28 (37).

14 *Kulick*, NJW 2016, 2236 (2236 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einer von vielen weiteren Streitpunkten der Drittwirkung liegt in ihrem rechtsphilosophischen Einschlag, der im Wesentlichen auf der Wertordnungs-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts beruht. Bekanntlich stützte das Gericht die Möglichkeit der Drittwirkung initial darauf, dass es die Grundrechte als „Wertordnung" interpretierte, deren „Wertmaßstäbe" in das Privatrecht hineinwirken.[15] Hierdurch geht das Gericht – selbst wenn es gute Gründe für diese Interpretation gibt – ein Risiko im Hinblick auf juristische Rationalitätsansprüche und präzise Begriffsbildungen ein.[16] Auf dem Fuße folgte insbesondere seitens der *Schmitt*-Schule ein Frontalangriff auf den „Wert"-Begriff. So formulierte etwa *E. Forsthoff*: „Das Wertsystem bezeichnet eine geistige Dimension, aber keine solche, die im Bereich juristischer Norminterpretation ihre Stelle haben könnte."[17] Dass auf diese Weise nicht um die dogmatischen Feinheiten der Drittwirkung gerungen wird, sondern grundlegend unterschiedliche Vorstellungen vom Recht selbst zu Tage treten, liegt auf der Hand.

### 2. *Mittelbare Drittwirkung*

Heute geht man nach verbreiteter, gleichwohl sehr umstrittener Ansicht allenfalls von einer sogenannten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus.[18] Damit ist im Ergebnis gemeint: Jede Anwendung des einfachen Rechts darf – auch in privaten Rechtsverhältnissen – grundrechtlichen Wertungen nicht widersprechen. Formell werden Private dadurch nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, da der Verpflichtungsadressat der Staat bleibt. Es sind die Zivilgerichte, die einfaches Recht entsprechend grundrechtskonform auszulegen haben. Ein Grundrechtsverhältnis in dem Sinne, dass aus ihm subjektive Rechte und Pflichten abgeleitet werden können (unmittelbare Drittwirkung), soll zwischen Privaten hingegen nicht bestehen.[19] Auch eine strenge Grundrechtsprüfung nach dem klassischen Schema soll ausscheiden. An ihre Stelle tritt eine Rechtsgüterabwägung auf Augenhöhe in Form der praktischen Konkordanz.[20] Bei dieser Abwägung handelt es sich um einen völlig anderen grundrechtlichen Wir-

15 BVerfGE 7, 198 (205 f.).
16 Zu dieser Kritik vgl. *Schöbener*, KJ 2000, 555 (577 f.).
17 *Forsthoff*, in: FS Schmitt, 3. Aufl., 1994, S. 35 (40).
18 Vgl. nur *Muckel*, VVDStRL 2020, 245 (274).
19 *Michl*, JURA 2017, 1062 (1063 f.).
20 *Hager*, JuS 2006, 769 (771).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kungsmechanismus als in der abwehrrechtlichen Konstellation des Staat-Bürger-Verhältnisses.

### 3. Aktuell: Digitale Gefährdungslagen und neue Impulse aus Karlsruhe

Seit einiger Zeit dringt das Drittwirkungsthema erneut an die Oberfläche des rechtswissenschaftlichen Diskurses. In rechtstatsächlicher Hinsicht wurde die Drittwirkungsdiskussion unter anderem vor dem Hintergrund der Digitalisierung neu entfacht.[21] Das Verhalten marktbeherrschender Tech-Unternehmen, wie *Google*, *Amazon* oder *Twitter*, die Möglichkeiten von Big-Data und die daraus resultierende vermeintliche Kontrolle über alltägliche Entscheidungen der Kunden sowie Prozesse der öffentlichen Meinungsbildung werden als Freiheitsbeschränkungen empfunden, die grundrechtliche Schutzgehalte auf den Plan rufen.

Entsprechend fällt die Problemanalyse des Bundesverfassungsgerichts in tatsächlicher Hinsicht aus: „In allen Lebensbereichen werden […] Dienstleistungen auf der Grundlage umfänglicher personenbezogener Datensammlungen und Maßnahmen der Datenverarbeitung von privaten, oftmals marktmächtigen Unternehmen erbracht, die maßgeblich über die öffentliche Meinungsbildung, die Zuteilung und Versagung von Chancen, die Teilhabe am sozialen Leben oder auch elementare Verrichtungen des täglichen Lebens entscheiden. Die einzelne Person kommt kaum umhin, in großem Umfang personenbezogene Daten gegenüber Unternehmen preiszugeben, wenn sie nicht von diesen grundlegenden Dienstleistungen ausgeschlossen sein will. Angesichts der Manipulierbarkeit, Reproduzierbarkeit und zeitlich wie örtlich praktisch unbegrenzten Verbreitungsmöglichkeit der Daten sowie ihrer unvorhersehbaren Rekombinierbarkeit in intransparenten Verarbeitungsprozessen mittels nicht nachvollziehbarer Algorithmen können die Einzelnen hierdurch in weitreichende Abhängigkeiten geraten oder ausweglosen Vertragsbedingungen ausgesetzt sein.“[22]

Aber auch außerhalb der Digitalwirtschaft wird die Drittwirkungsfrage gestellt, zum Beispiel bezüglich privater Unternehmen, die Funktionen wahrnehmen, die ehemals dem Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge

21 Vgl. nur *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014; *Mayen*, ZHR 2018, 1; *Raue*, NJW 2022, 209; *Augsberg/Petras*, JuS 2022, 79; *Krönke*, ZUM 2022, 13.

22 BVerfGE 152, 152 (189 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zugeordnet waren (z. B. Post- und Telekommunikationsdienstleistungen).[23] Das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht insoweit, dass die Grundrechtsbindung Privater potenziell genauso weit gehen kann wie die des Staates.[24]

Einige Stimmen sehen hierin den Übergang von einer nur mittelbaren zu einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.[25] Das Bundesverfassungsgericht selbst hat seine Drittwirkungsrechtsprechung noch nicht ausdrücklich auf ein neues dogmatisches Fundament gehoben. Es verweist weiterhin auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und ihre objektive Wertordnung.[26] Insoweit stellt sich die Frage, welche Erwägungen hinter etwaigen Ausweitungen der Drittwirkung stehen.[27] Gesetzestextliche Argumente bringt das Bundesverfassungsgericht nicht vor; sie wären auch nicht ergiebig.

### *4. Exkurs: Normative Grundlagen und die Schwäche des Umkehrschlusses*

Eine zentrale Schwierigkeit im Umgang mit der Drittwirkung ergibt sich daraus, dass sie nach Art und Inhalt gesetzespositivistisch nicht determiniert ist. In unzähligen Publikationen findet sich zwar der Verweis auf einen Umkehrschluss zu Art. 1 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 3 GG.[28] Mit diesem schlichten *argumentum e contrario* zu argumentieren, dass eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater jedenfalls ausscheiden müsse und nur eine mittelbare Drittwirkung in Betracht käme, ist unzureichend. Natürlich ist das Argumente in sich schlüssig, die Überzeugungskraft des jeweils vorgenommenen Umkehrschlusses ist jedoch äußerst begrenzt.[29] Weder positiv noch negativ wird die Frage nach der Drittwirkung durch Art. 1 Abs. 3 GG und das sonstige Normenprogramm des Grundgesetzes beantwortet. Im Rahmen des juristisch Vertretbaren könnte man ebenso argumentieren, dass es sich bei den entsprechenden Normen nicht um abschließende Anordnungen, sondern nur um das zwingende Minimalpro-

23 BVerfGE 128, 226 (249 f.); zurückhaltend *Gurlit*, NZG 2012, 249 (250, 253 f.).
24 BVerfGE 128, 226 (249 f.).
25 Vgl. die Nachweise in *Muckel* (Fn. 18), 276 Fn. 165.
26 BVerfGE 148, 267 (280).
27 Hierzu sogleich unter Abschnitt III.
28 Statt aller *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1153).
29 *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl, 2021, Art. 1 Rn. 73; zum nicht zwingenden Charakter eines argumentum e contrario: *Pawlowski*, Methodenlehre, 3. Aufl., 1999, Rn. 488.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gramm der Grundrechtsbindung handelt.[30] Auch im Parlamentarischen Rat klang die Frage nur rudimentär an, ohne jedoch – positiv oder negativ – entschieden zu werden.[31]

## *III. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämisse der Drittwirkungsdogmatik*

### *1. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Einwand gegen eine Grundrechtsbindung Privater*

Wie eingangs dargelegt, verfolgt der vorliegende Beitrag die These, dass die Drittwirkungsdiskussion wesentlich von einem staatstheoretischen Vorverständnis geprägt ist, dem eine idealtypische Unterscheidung zwischen den Ebenen Staat und Gesellschaft zugrunde liegt. Dies kommt sinnfällig durch die klassische Interpretation der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliches Handeln und das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip zum Ausdruck. Beide Annahmen verankern eine grundrechtsdogmatisch antagonistische Gegenüberstellung. Der Staat ist ausschließlich grundrechtsgebunden, die privaten Akteure der Gesellschaft sind ausschließlich grundrechtsberechtigt. Eine Drittwirkung kann, indem sie auf eine Verpflichtung Privater abzielt, als Ausnahme zu dieser Regel gelesen werden.

Ein kritischer Aspekt an dieser Gegenüberstellung ist, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft von der Rechtsordnung nicht normativ determiniert wird, sondern einem steten Wandel unterliegt. Veränderungen, etwa in der Form, dass private Rechtssubjekte in der Gesellschaft staatsähnliche Stellungen einnehmen, könnten die Annahme begründen, dass die Trennlinie zwischen Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung in Richtung einer stärkeren Grundrechtsbindung etwaiger privater Akteure zu verschieben ist. Für die umgekehrte Konstellation, wenn der Staat beispielsweise als privatwirtschaftlicher Akteur auftritt, wurde hinlänglich über seine Grundrechtsbindung gestritten.[32] Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klingen etwaige dicho-

30 Zum unionsrechtlichen Äquivalent zu Art. 1 Abs. 3 GG (Art. 51 Abs. 1 GRCh) vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2018, C-569/16, C-570/16, Rn. 87: „Hingegen trifft Art. 51 Abs. 1 der Charta keine Regelung darüber, ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre."

31 Vgl. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 313 f. (insb. Fn. 74a).

32 Im Überblick *Höfling*, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 1, Rn. 106 – 109.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tomische Überlegungen an. Ausnahmen der Staatsgerichtetheit der Grundrechtsbindung wurden vereinzelt funktional damit begründet, dass Private Aufgaben wahrnehmen, die ehemals dem Staat als Aufgaben der Daseinsvorsorge zugeordnet wurden.[33] Häufiger werden materielle Kriterien herangezogen, um die Drittwirkung zu begründen. Stellt das Gericht beispielsweise auf eine strukturelle Unterlegenheit der einen Partei oder die Einseitigkeit bestimmter privater Grundrechtsbedrohungen ab, so bedient es sich solcher Kriterien, die typischerweise für staatliche Grundrechtseingriffe zutreffen.[34] Insoweit adressiert das Gericht solche Rechtssubjekte, die den privatautonomen Funktionsmechanismen des gegenseitigen Nachgebens und Verhandelns entwachsen sind und über Rechtsverhältnisse faktisch oder rechtlich einseitig disponieren können.

Im Folgenden wird der Argumentationstopos des Staat-Gesellschaft-Dualismus näher erörtert. Zu diskutieren sind insbesondere sein rechtlicher Gehalt und seine Auswirkungen auf die Dogmatik der Drittwirkung. Vorangestellt werden hierzu die Koordinaten des klassischen Verständnisses einer staatsgerichteten Grundrechtsbindung.

## 2. *Koordinaten einer asymmetrischen Grundrechtsordnung*

### *a) Grundrechte als Abwehrrechte*

Zentraler Ausgangspunkt auch der Drittwirkungsdiskussion ist die primäre Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Grundrechtseingriffe. Das Bundesverfassungsgericht formuliert, dass die Grundrechte „in erster Linie“[35] zum Schutz vor der öffentlichen Gewalt dienen und hierin ihre „Sinnmitte“[36] beziehungsweise ihre „primäre Bedeutung“[37] liegt. Dies spiegelt einen wesentlichen Aspekt der Entstehungsgeschichte der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat wider.[38] Für die Grund-

33 Etwa BVerfGE 128, 226 (250).
34 Vgl. BVerfGE 148, 267 (284).
35 BVerfGE 7, 198 (204).
36 BVerfGE 61, 82 (101).
37 BVerfGE 50, 290 (337); 115, 320 (358).
38 Krit. weist *Dreier*, JURA 1994, 505 (605) darauf hin, dass Grundrechte zunächst nicht negatorisch gegen den Staat gerichtet, sondern antifeudal und antiständisch entstanden sind. Die neue Verfassungsordnung musste schließlich erst entstehen, sodass Grundrechte auch als Rechtssätze zur Gestaltung einer neuen Gesellschaftsordnung dienten; s. auch *Suhr*, Berichte der Akademie für Na-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechtsbindung bedeutet dies, dass ihr Adressat grundsätzlich nur die staatliche Gewalt sein kann. Private sollen demnach ungeachtet der von ihnen ausgehenden umfassenden Freiheitsbedrohungen als Grundrechtsadressaten ausscheiden.

### *b) Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip*

Das zweite Kernelement des traditionellen Grundrechtsverständnisses mit besonderer Relevanz für die Drittwirkung ist das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip.[39] *C. Schmitt* – dessen begrifflicher Urheber – sprach schlicht vom Verteilungsprinzip und meinte hiermit: „[D]ie Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist."[40] Auch das Bundesverfassungsgericht legt die im Verteilungsprinzip formulierte Polarität zu Grunde, indem es in seiner ständigen Rechtsprechung feststellt, dass „der Bürger prinzipiell frei ist [… und] der Staat prinzipiell gebunden".[41] Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip bewirkt hiernach über die Grundrechte eine freiheitssichernde Asymmetrie zwischen dem Staat und dem Einzelnen.

---

turschutz und Landschaftspflege, 1988, 3 (5): „Uns Grundrechtswissenschaftlern geht eine Sprechweise besonders glatt und selbstverständlich über die Lippen: 'Die Grundrechte sind klassischerweise Abwehrrechte gegenüber dem Staat.'"

39 Vgl. zur grundlegenden Bedeutung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips für das traditionelle Grundrechtsverständnis: *Böckenförde* (Fn. 2), 1530.

40 *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl., 2017, S. 126. Als späterem Befürworter des Nationalsozialismus blieb für *C. Schmitt* von dieser gedachten Trennung zwischen Staat und Gesellschaft bekanntlich nichts übrig (*Schmitt*, JW 1934, 713 [714 f.]: „Dieser Rechtsstaat soll ein Staat sein, in dem Staat und bürgerliche Gesellschaft organisch verbunden sind und der Dualismus beider, der fortwährende, offene oder latente Konflikt zwischen Staat und Bürger, Regierung und Parlament, Exekutive und Legislative durch ‚integrierende' Einrichtungen und Methoden überwunden ist").

41 Vgl. BVerfGE 6, 32 (42); 38, 281 (298); 13, 97 (105); 42, 263 (295); 128, 226 (244 f.) und unter Berufung hierauf BVerfGE 148, 267 (282).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 3. Inhalt und rechtlicher Gehalt des Staat-Gesellschaft-Dualismus

#### a) Rezeption der klassischen Grundrechtstheorie

Die insoweit vorausgesetzte idealtypische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft wurde seitens der Grundrechtstheorie vielfach rezipiert. Die folgenden Aussagen verdeutlichen die Relevanz des Staat-Gesellschaft-Dualismus, insbesondere für die klassische Staats- und Grundrechtstheorie.

Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft markiere ein „fundamentales Strukturelement der Staatlichkeit",[42] eine „Grundbedingung der liberalen Freiheit"[43] sowie „einen grundlegenden Unterschied von System- und Rechtsstrukturen beider Bereiche [Staat und Gesellschaft]".[44] Nicht minder bedeutungsvoll wird der Staat-Gesellschaft-Dualismus als „Schicksalsfrage nach einem liberalen und freiheitlichen Gemeinwesen"[45] bezeichnet. Diese Zugrundelegung kennzeichnet nicht nur allgemeine staatstheoretische Aussagen, sondern auch explizit die Grundrechtsdogmatik im Hinblick auf die jeweilige Zuordnung von Grundrechtsverpflichtung und Grundrechtsberechtigung: „Soll nicht der freiheitliche Charakter unserer gesellschaftlich-politischen Ordnung unterlaufen, ja letztlich aus den Angeln gehoben werden, so muß […] [die] Unterscheidung von […] staatlichen und gesellschaftlichen Aufgaben […] erhalten bleiben, um die notwendige Reichweite einerseits des organisierten demokratischen Prozesses, andererseits der unmittelbaren Bindung an die Grundrechte zu bestimmen."[46]

Diese Unterscheidung kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts exemplarisch zum Tragen, wenn das Gericht die Grundrechtsberechtigung von Religionsgemeinschaften trotz ihres unter Umständen öffentlich-rechtlichen Status (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV) damit begründet, dass sie „dem Staat als Teile der Gesellschaft ge-

---

42 *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 21.

43 *Karpen*, JA 1986, 299 (302) und zuletzt *Muckel*, JA 2020, 411 (416).

44 *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof, Hndb. d. StR, § 31 Rn. 29.

45 *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 247; ähnlich *Forsthoff*, Industriegesellschaft (Fn. 42), S. 21: „Die freiheitsstiftende rechtsstaatliche Verfassung steht und fällt mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft". Zweifel an der dichotomischen Ordnungsidee hegt *Hesse*, DÖV 1975, 437 (440 ff.).

46 *Böckenförde*, in: Posser/Wassermann (Hrsg.), Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 77 (86).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

genüber[stehen]".[47] Gemein ist diesen und ähnlichen[48] Grundlegungen, dass sie nicht normtextlich-dogmatisch begründet werden, sondern einer vorausgesetzten Ordnungsvorstellung entspringen, welche Staat und Gesellschaft als voneinander zu unterscheidende Ebenen versteht.

### *b) Inhalt: Verschiedene Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft*

Inhaltlich beruht die dichotomische Lesart im Wesentlichen darauf, dass Staat und Gesellschaft jeweils unterschiedliche Rechts- und Ordnungsprinzipien zugeordnet werden. Das Staat-Bürger-Verhältnis zeichnet sich typischerweise durch Subordination aus. Der Staat ist kraft seiner Souveränität befugt, Rechtsnormen zu erlassen und ihren Inhalt einseitig und mit Zwang durchzusetzen; „seine Handlungsform ist das Gesetz und die das Gesetz anwendende hoheitliche Einzelmaßnahme".[49] Die Staatsgewalt ist grundsätzlich nicht auf eine Mitwirkung oder Zustimmung ihrer Adressaten angewiesen.[50]

Der Unterschied zu innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen liegt auf der Hand: Das Bürger-Bürger-Verhältnis wird typischerweise als Rechtsverhältnis zwischen formell gleichen Rechtssubjekten bezeichnet, in dem Mitwirkung oder Zustimmung vorausgesetzt sind.[51] Die Partikularinteressen der Parteien stehen sich gleichgeordnet gegenüber und genießen im Gegensatz zur gemeinwohlverpflichteten Staatsgewalt nicht das legitimierende Privileg eines demokratischen Mehrheitswillens. Insbesondere von Vertreterinnen formaler Freiheitskonzepte wird der privatautonome Vertragsschluss und sein Gerechtigkeitsmodus (*iustitia commutativa*) ohne

---

47 BVerfGE 102, 370 (387); s. auch BVerwG, Beschl. v. 9.4.2019, 6 B 162/18, NVwZ 2020, 487 (388).

48 Weitere Beispiele: *Goldhammer*, JuS 2014 891 (894): „Zumindest vorderhand ist das Grundgesetz in der Grundrechtsfrage dichotomisch geprägt. Dass Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung nicht zusammenfallen dürfen, ist nichts anderes als der fundamentale Sinn der Grundrechte, wie er sich in Artikel 1 Absatz I 2 GG ausdrückt"; *Muckel* (Fn. 43), 416; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 16: „Der staatsrechtlichen Unterscheidung von (staatlicher) Kompetenz und (grundrechtlicher) Freiheit entspricht die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Gegenseitige Einflüsse und Verschränkungen […] beseitigen nicht dieses Gegenübergestelltsein, das gerade in den Grundrechten zum Ausdruck kommt."

49 *Kirchhof*, in: Habersack/Hommelhoff/Hüffner, FS Ulmer, 2003, S. 1211 (1218).

50 *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, 2004, S. 144 f.

51 *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 121.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ansehen der sozioökonomischen Stellung der Parteien oder des konkreten Vertragsinhaltes betrachtet.[52] Innergesellschaftliche Rechtsbeziehungen gehen wesentlich im Prinzip der Privatautonomie auf. Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Regulative einseitiger (staatlicher) Machtbefugnisse sollen auf dieser Ebene grundsätzlich nicht zum Tragen kommen.

### *c) Rechtlicher Gehalt*

Was ist aber der rechtliche Gehalt dieser dichotomischen Argumentationsstruktur? Der schlichte Verweis auf einen – wie auch immer gearteten – Staat-Gesellschaft-Dualismus ist eine Aussage ohne verfassungsrechtlich-normativen Gehalt.[53] Im Grundgesetz finden sich allenfalls Normen, die man als mittelbares Produkt einer etwaigen Dichotomie deuten kann.[54] Grundrechtlich beinhaltet beispielsweise der Begriff „öffentliche Gewalt" eine Abgrenzung zu privaten Grundrechtsbeeinträchtigungen; entsprechend gewährt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nur eine Rechtsweggarantie gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt.[55] Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) kommt grundsätzlich nur zugunsten privater Gesellschaften und nicht solcher des öffentlichen Rechts in Betracht. Diese und weitere Beispiele vermögen selbst jedoch keine abstrakte Aussage über den Inhalt (Trennung, Wechselwirkung oder gar Identität) eines Staat-Gesellschaft-Dualismus zu treffen.[56]

Als grundrechtstheoretisches Argument spiegelt der Staat-Gesellschaft-Dualismus je nach Interpretation eine vornormative Überzeugung der Grundrechtsauslegung wider.[57] Während die klassisch-liberale Lesart mit der abwehrrechtlichen Akzentuierung eine idealtypische Unterscheidbar-

---

52 *Canaris*, in: Badura/Scholz, FS Lerche, 1993, S. 873 (886): „Die Vertragsfreiheit wird um der Freiheit, nicht um der Gerechtigkeit willen gewährleistet"; s. auch *Hönn*, JZ 2021, 693 (696).

53 Ähnlich *Burmeister*, in: von Mutius, FG-Unruh, 1983, S. 649; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1992, S. 184; *Mitchell*, APSR 1991, 77 (90).

54 So i. E. auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (Fn. 3), S. 151 Fn. 135: „Die Unterscheidung ist keine vorrechtliche, sondern wird durch die Rechtsordnung produziert […]."

55 *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 19, Rn. 420: „Verletzungen, die dem Rechtsinhaber von privater Seite zugefügt werden, werden nicht erfasst, selbst wenn sie grundrechtlich geschützte Interessen betreffen."

56 Zu den unterschiedlichen Ansichten *Kahl*, JURA 2002, 721 (722).

57 Kritisch im Hinblick auf *Böckenförde*: *Köppe*, KJ 1997, 45 (54).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keit von Staat und Gesellschaft zugrunde legt, betont der demokratisch-sozialstaatliche Ansatz der Grundrechtsinterpretation nicht die Abgrenzung beider Ebenen, sondern vielmehr die Teilhabemöglichkeiten und Überschneidungsbereiche.[58] Der Staat-Gesellschaft-Dualismus ist auch in dieser Hinsicht kein rechtlicher Tatbestand, aus dem man eine Rechtsfolge ableiten könnte. Entsprechend ordnet *M. Grünberger* den Staat-Gesellschaft-Dualismus als Problem der politischen Philosophie ein, das als „grundrechtstheoretischer Topos reformuliert" wurde.[59]

Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft eine Größe ist, die in erster Linie historisch und politisch gewachsen ist, hierdurch in die aktuelle (Grund-)Rechtsordnung hineinwirkt, ohne jedoch von ihr als etwas Feststehendes normiert worden zu sein.[60] Wird die Unterscheidung als grundrechtstheoretisches Argument aufgegriffen, etwa um einer Grundrechtsbindung Privater entgegenzutreten, muss man sich vergegenwärtigen, dass ihr zeitbezogen-politisches Moment stets berücksichtigt werden muss. Dieser Aspekt wird im folgenden Abschnitt vertieft.

## *4. Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft*

### *a) Diffusionstendenzen*

Bezüglich der Unterscheidbarkeit von Staat und Gesellschaft und ihrer jeweiligen Rechts- und Ordnungsprinzipien sind seit jeher Diffusionstendenzen zu verzeichnen. Beobachtbar sind aktuell nicht nur veränderte Ordnungskräfte des Staates. Auch die Rolle privater Akteure im Gemeinwesen unterliegt einem Wandel, etwa wenn private Regelsetzungen Ordnungsfunktionen übernehmen, die typischerweise dem Staat zugeordnet werden. Folgende Beispiele verdeutlichen den Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft:

---

58 Vgl. *Dreier*, in: Marko/Stolz, Demokratie und Wirtschaft, 1987, S. 161 f.; für eine vertiefte inhaltliche Gegenüberstellung: *Böckenförde* (Fn. 2), 1530 ff.; insoweit wurde kritisiert, es handele sich beim Staat-Gesellschaft-Dualismus nur um ein „kommunikatives Konstrukt mit erkennbaren politischen Intentionen" (*Nellen/Stockinger*, Zeitschrift für Verwaltungsgeschichte 2017, 3 [5]).

59 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 975.

60 Zur historischen Entwicklung des Staat-Gesellschaft-Dualismus *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 186 – 191; vgl. auch die frühen Grundlegungen bei *Hegel*, Rechtsphilosophie, 14. Aufl., 2015, insb. §§ 182 – 208.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Exemplarisch für eine Neuordnung der Arbeitsteilung zwischen Staat und Gesellschaft stehen die seit den 1980er Jahren vorangetriebenen Privatisierungsprozesse, in denen sich der Staat nicht nur in ökonomischer Hinsicht der Erfüllung zahlreicher ehemals staatlicher Aufgaben entledigte, der Staat gab in diesem Zuge vielfach auch die Rechtsmacht an den jeweiligen Sachbereichen ab. Bestand in dem zu privatisierenden Bereich ursprünglich ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen dem staatlichen Dienstleistungserbringer und den Leistungsnehmer:innen (Bürger:innen), das freiheits- und gleichheitsrechtlich abgesichert ist, so tritt an dessen Stelle ein nicht-staatliches Privatrechtsverhältnis, das zunächst nur dem Prinzip der Privatautonomie folgt. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates beschränkt sich dann darauf, die Aufgabenerfüllung zu gewährleisten und zu regulieren und hierdurch einen gemeinwohlorientierten Interessenausgleich zu erzielen. Zwingend ergibt sich hieraus eine „Verflachung des Grundrechtsschutzes".[61] Ein gewandeltes Verständnis vom Staat zeigt sich symptomatisch auch in der sogenannten Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft. Ihre Verkünder:innen betonen als Ergänzung zur traditionellen Verwaltungsaktbezogenheit der Exekutive insbesondere die Notwendigkeit planerisch-konsensualer Handlungsformen, die nicht auf Einseitigkeit und Zwang beruhen.[62] Dieser regulatorische Ansatz wirft nicht nur Fragen im Hinblick auf die Gesetzesbindung der Verwaltung und den Rechtsschutz auf, er definiert in Abkehr vom subordinationsrechtlichen Gepräge der Exekutive auch das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft neu.

Daneben verändern sich auf systemischer Ebene die äußeren Bedingungen, in denen Staatgewalt zu wirken versucht. Man muss nicht dem Narrativ vom Ende der modernen Staatlichkeit folgen,[63] um anzuerkennen, dass staatliche Ordnungskräfte durch verschiedene Metaprozesse herausgefordert werden. Hand in Hand bewirken die Globalisierung und Digitalisierung eine faktische Bagatellisierung staatlicher Grenzen, die jedoch als räumliche Begrenzungen staatlicher Gewalt fortbestehen. In diesem Zusammenhang wurde vielfache eine „Aushöhlung der nationalstaatlichen Souveränität" diagnostiziert.[64] Ein Rückgriff auf die Jellinek-

61 *Kämmerer* (Fn. 11), 1050.

62 *Schuppert*, AöR 2008, 79 (98) m. w. N.

63 Klassisch *Willke*, Entzauberung des Staates, 1983; kritisch *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 5 ff.; *Voßkuhle*, JuS 2004, 2, passim.

64 So *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 129 f.; vgl. auch *Anter*, Die Macht der Ordnung, 2004, S. 252; *Vesting*, StWStP 1998, 473 (474); *Galgano*, ZEuP 2003, 237 (238).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sche Drei-Elemente-Lehre zeigt, dass all ihre Bestandteile einem globalisierungsbedingten Bedeutungswandel unterliegen. Das Staatsgebiet bleibt natürlich bestehen, rechtlich relevante Vorgänge gestalten sich jedoch aufgrund zunehmend international agierender Staatsbürger:innen (z. B. in Gestalt globaler Märkte[65]) grenzüberschreitend.[66] Die historisch gewachsene Verräumlichung der Rechtsordnungen in den Grenzen verschiedener Staatsgebiete wird teilweise revidiert.[67] Eine Staatsgewalt, die sich uneingeschränkt lediglich auf die Grenzen des eigenen Staatsgebietes beziehen kann, vermag zahlreiche wirtschaftliche, politische und soziale Prozesse nicht erfassen.[68]

Spiegelbildlich ist zu beobachten, dass private Rechtssubjekte bisweilen für sich in Anspruch nehmen, verbindliche Verhaltensnormen aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Machtstellungen zu erlassen. Dies betrifft nicht nur den klassischen Bereich der einseitigen Regelsetzung durch private Verbände.[69] Gegenwärtig wird insbesondere bezüglich der Digitalwirtschaft beklagt, dass systemimmanente Monopolisierungstendenzen,[70] die einseitige Verfügungsgewalt über digitale Inhalte sowie die Unverhandelbarkeit und Intransparenz der Codes[71] einseitig freiheitsgefährdende Momente in sich tragen, die privatautonomen Rechtsverhältnissen zunächst völlig fremd sein müssen. Dort, wo das „Entmachtungsinstrument"[72] Markt oder die einfachgesetzlichen Bedingungen nicht dazu führen, dass Verbraucher:innen einen Einfluss auf den Inhalt und die Bedingungen des Zustandekommens der jeweiligen Vertragsverhältnisse haben, werden die Rechts- und Ordnungsprinzipien innergesellschaftlicher Rechtsbeziehungen verdrängt. Vielmehr tragen sie systemwidrige Elemente der Subordination in sich, die typischerweise staatlichem Handeln vorbehalten sind.

---

65 *Anter* (Fn. 64), S. 252: „Dieser [Kapitalismus] hat sich längst von seinem alten Zwillingsbruder, dem modernen Staat, verabschiedet."

66 *Brock/Albert*, ZIB 1995, 259 (267) diagnostizieren das „Aufweichen von Territorialität als Ordnungsprinzip".

67 Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 129 f.

68 *Di Fabio*, in: FS Vogel, 2000, S. 3 (17): „Die Epoche der Nationalstaaten ist zu Ende gegangen und mit ihre die Vorstellung, demokratisch gegründete Souveränität könne die Wirtschaft per Mehrheitsentscheidung beherrschen."

69 Vgl. *Schmidt*, Der Staat 1978, 244 (251 ff.).

70 *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (2 ff.).

71 „Code is Law" (*Lessig*, Code and other laws of cyberspace, 1999, S. 3 ff.).

72 *Böhm*, Universitas 1963, 37 (46).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### b) Drittwirkung im Verfassungswandel

Aus dem oben Gesagten wird teilweise gefordert, private Rechtssubjekte, die sich als ordnungsgebende Instanzen in der Gesellschaft gerieren und in staatsähnlicher Weise Grundrechte gefährden, selbst an Grundrechte zu binden. Dies beruht auf der Überlegung, dass etwaige Akteure den privatautonomen Rechts- und Ordnungsprinzipien entwachsen sind und in rechtlichen oder tatsächlichen Subordinationsverhältnissen einseitig über die Freiheitsausübung Dritter disponieren können. Die Funktion der Grundrechte, Schutz vor einseitigen Freiheitsbeschränkungen des Staates zu erlangen, würde insoweit in ihrem materiellen Gehalt auf nicht-staatliche Freiheitsgefährdungen übertragen werden. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten, da der Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft primär tatsächlicher Natur ist. Aus einem rechtstatsächlichen Umstand kann nicht zwingend eine rechtsnormative Schlussfolgerung gezogen werden. Nur weil private Rechtssubjekte in erheblicher Weise Grundrechte Dritter gefährden, ist es nicht zwingend, dass Grundrechte unmittelbar Anwendung finden.

Gleichzeitig ist anerkannt, dass bei der Auslegung verfassungsrechtlicher Normen auch gewandelte Bedingungen der Lebenswelt zu berücksichtigen sind. Beschrieben wird eine solche Verknüpfung von Normativität und Faktizität durch Begriffe wie „Verfassungswandel", „dynamische Verfassungsauslegung" oder Verfassung als „living instrument". Sie betonen jeweils die Notwendigkeit der Offenheit bestehender Rechtssätze für gesellschaftlich-politische Wandlungsprozesse.[73] Diese Form der Verfassungsinterpretation, die als „Sinnänderung ohne Textänderung" charakterisiert wurde,[74] greift gewandelte Rahmenbedingungen der Rechtswirklichkeit auf und berücksichtigt sie als immanenten Bestandteil der auszulegenden Norm.[75] Hierdurch vermag die Verfassung auch dann wirksamen Grundrechtsschutz zu gewähren, wenn neuartige Bedrohungslagen entstehen, auf die bisherige Normbereiche nur unzureichende Antworten haben. Insoweit hat die Interpretation der Drittwirkung zu berücksichtigen, dass grundrechtliche Freiheiten vermehrt seitens privater Akteure gefährdet

73 Vgl. zuletzt *Gärditz*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Hndb. d. Verfassungsrechts, 2021, § 4.

74 *Dreier*, in: Behrends/Sellert, Der Kodifikationsgedanke, 2000, S. 119 (138).

75 *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., 1994, S. 369 f.; s. auch *Voßkuhle*, JuS 2019, 417 (417, 419).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden.[76] Dies gilt exemplarisch für die oben genannten Bedrohungsszenerien der Digitalisierung, insbesondere im Hinblick auf das Recht für informationelle Selbstbestimmung, das selbst Ergebnis eines Verfassungswandels ist.[77]

Im Kontext des Verfassungswandels ist zur Drittwirkung hinzuzufügen, dass sie in besonderem Maße entwicklungsoffen ist, da sie selbst nicht auf normtextlichen Erwägungen beruht. Legt man mit der klassischen Grundrechtslehre einen spezifischen Staat-Gesellschaft-Dualismus als Maßstab für die Abgrenzung von Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung an, so liegt es nahe, dass tatsächliche Verschiebungen im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft auch Veränderungen bezüglich der Interpretation des Umfanges der Grundrechtsbindung selbst haben.[78]

## *IV. Drittwirkungsdogmatik im Wandel: eine Perspektive*

Auf dieser Überlegung aufbauend soll abschließend als mögliche Zukunftsperspektive der Drittwirkungsdogmatik die eng umgrenzte Möglichkeit einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater aufgezeigt werden, die neben die bereits bestehende Rechtsfigur der nur mittelbaren Drittwirkung treten könnte. Insoweit ist eine restriktive Auslegung angezeigt. Insbesondere die häufig anzutreffenden Schlagwörter „soziale Macht" oder „gesellschaftliche Verantwortung" sind nicht geeignet, um eine weitergehende Grundrechtsbindung Privater im Vergleich zur aktuellen Dogmatik zu begründen. Nur in bestimmten Fallgruppen sind private Rechtssubjekte in der Lage, außerhalb des privatautonomen Funktionsmechanismus zu handeln und hierdurch einseitig und fremdbestimmend gegenüber anderen Privaten aufzutreten.

---

76 Treffend *Suhr* (Fn. 38) 4: „Verfassungsrecht aber hat sich gerade darin als rigide und dauerhaft zu bewähren, dass es ergiebig bleibt auch noch dann, wenn die Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Güter und Prinzipien ihr Gesicht wandeln und in anderer Verkleidung daherkommen als bisher."

77 *Dreier*, in: ders. GG, 3. Aufl., 2015, Art. 79 Abs. 1, Rn. 38.

78 Anders im Hinblick auf die Drittwirkung *Muckel* (Fn. 18), 277 – 279.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 1. „Grundrechtliche Gefährderlage"

Erforderlich sind insoweit begrifflich abgrenzbare Kriterien aus denen hervorgeht, dass Private in staatsähnlicher Weise grundrechtliche Freiheiten Dritter bedrohen. Terminologisch ist ein Rückgriff auf *T. Kingreens* Wortschöpfung der „grundrechtstypischen Gefährderlage" denkbar.[79] Unter diesen Begriff können solche privaten Grundrechtsgefährdungen gefasst werden, „die in ihrer Gefährdungsrichtung strukturanalog zu gefährdenden Tendenzen politischer Machtausdehnungen sind, gegen die die Grundrechte als Abwehrrechte ursprünglich konzipiert wurden."[80]

Als exemplarische Fallgruppe einer grundrechtstypischen Gefährderlage kommt zunächst die marktbeherrschende Stellung in Betracht. In diesem Zusammenhang greift die bisherige Rechtsprechung unter anderem auf eine situative „Unausweichlichkeit" zurück, der sich Dritte im Verhältnis zu bestimmten Leistungserbringer:innen dann ausgesetzt sehen, wenn sie nicht auf die von ihnen angebotene Leistung verzichten möchten.[81] Weiterhin könnte sich eine unmittelbare Grundrechtsbindung aus dem konkreten Inhalt der Leistungserbringung und ihrer Bedeutung ergeben. Sind Dritte im besonderen Maße auf private Leistungen angewiesen, für die es keine Alternativen am Markt gibt, kann hieraus potenziell eine erhebliche Freiheitsbeschränkung resultieren. Der Umfang grundrechtlich gesicherter Leistungspflichten kann sich an Art. 1 Abs. 1 GG orientieren, der neben dem Lebensnotwendigen („Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit"), auch ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst."[82]

### 2. *Verhältnismäßigkeitsprüfung und derivative Leistungspflichten*

Nimmt man tatbestandlich ausnahmsweise eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater an, so stellt sich schließlich die Frage, welche Konsequenzen aus ihr auf Rechtsfolgenseite erwachsen. Häufig wird aus der beiderseitigen Grundrechtsberechtigung gefolgert, dass nur eine reine Güterabwägung im Sinne der praktischen Konkordanz stattfinden könne.[83]

---

79 *Kingreen*, JöR 2017, 1 (35).
80 *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1394 f.).
81 BVerfGE 148, 267 (281) m. w. N.
82 Jeweils BVerfGE 125, 175 (223).
83 Vgl. nur *Kainer*, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 486.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dies würde für die oben gebildeten Fallgruppen jedoch ihre Einseitigkeit unberücksichtigt lassen. Gerade wegen der Subordination kann insoweit das Erfordernis einer strengen, das heißt vollständigen Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Grundrechtsbeeinträchtigung bestehen.[84] Die Prüfung reicht dabei umso weiter, je größer die Spielräume sind, die der einfache Gesetzgeber der privaten Rechtsgestaltung einräumt.[85] Daneben kommt auch die Annahme derivativer Leistungspflichten in Betracht: Eröffnen grundrechtsgebundene Privatrechtssubjekte einen allgemein zugänglichen Verkehr und entscheiden sie damit über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, so sind sie über die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze dazu verpflichtet, diesen diskriminierungsfrei zu betreiben. Hierüber wurde zuletzt im Stadionverbot-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts entschieden, ohne jedoch auf den Begriff der derivativen Leistungspflichten zurückzugreifen.

## *V. Resümee*

Private Rechtssubjekte nehmen innerhalb der Gesellschaft vermehrt ordnungsgebende Funktionen wahr. Intensiv wurde zuletzt exemplarisch für den Bereich der Digitalwirtschaft die Diskussion nach einer Grundrechtsbindung ihrer Akteure geführt. Insbesondere die Vertreter der klassischen Grundrechtstheorie treten einer solchen Drittwirkung auch mit dem Argument entgegen, dass die Grundrechte von einer asymmetrischen Verhältnisordnung geprägt seien, die den Staat grundrechtlich ausschließlich verpflichte und private Akteure ausschließlich als Grundrechtsberechtigte einzuordnen seien. Meines Erachtens wird im Rahmen dieser dualistischen Grundlegung zu wenig betont, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft nicht durch einen normativ-positivistischen Rechtssatz bestimmt wird, sondern historisch-politisch gewachsen ist und einem steten Wandel unterliegt, der zuletzt insbesondere von den Prozessen der Digitalisierung, Globalisierung und Privatisierung geprägt wurde. Führt dieser Wandel dazu, dass Private dem Prinzip der Privatautonomie entwachsen, dadurch einseitig gegenüber Dritten Recht setzen können und in staatsähnlicher Weise Grundrechte bedrohen, sind sie selbst an Grundrechte zu binden.

---

84 Eine Übertragung der VHMK-Prüfung auf private Rechtsverhältnisse vornehmend etwa *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, 1987, S. 288 f.

85 *Tischbirek*, JZ 2018, 421 (429).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Staatliche Verantwortungsübernahme beim hoheitlichen Einsatz intransparenter Algorithmen

*Daniel Busche*

## *Inhaltsübersicht*


I. Transparenz: Interpretierbarkeit und Erklärbarkeit eines Algorithmenmodells 47

II. Verantwortungsübernahme als Problem der Zurechenbarkeit 49

1. Einsatz zur Entscheidungsunterstützung 50

2. Einsatz zur automatisierten Entscheidungserstellung 51

a) Veranlassung der Entscheidung durch eine Behörde 51

b) Zurechenbarkeit beim Handeln außerhalb der übertragenen Aufgabe 52

aa) Maßstab beim Handeln Privater 52

bb) Übertragung auf den Einsatz von Algorithmen 53

c) Zwischenergebnis 54

III. Staatliche Verantwortung für die Herstellung und Darstellung einer Entscheidung 54

1. Transparenz als Problem der Entscheidungsherstellung 55

a) Intransparenz als Normalfall 55

b) Vergleich mit menschlicher Entscheidungsfindung 56

c) Übertragung auf den Einsatz von Algorithmen 57

d) Technische Alternativen zur Transparenz 58

e) Anwendungsbeispiele für den möglichen Einsatz intransparenter Algorithmen 59

f) Zwischenergebnis 60

2. Transparenz als Problem der Entscheidungsdarstellung 61

a) Verfassungsrechtlich verankerte Begründungspflicht 61

b) Begründung einer Entscheidung beim Einsatz von Algorithmen 62

aa) Anforderungen auf den Algorithmeneinsatz übertragbar 62

bb) Absehen von einer Begründung im Einzelfall möglich 63




https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c) Zwischenergebnis 64
IV. Fazit 65

Bereits seit einigen Jahren wird vermehrt über den hoheitlichen Einsatz von Algorithmen bzw. „künstlicher Intelligenz" diskutiert.[1] Das Thema ist nicht ganz neu,[2] hat aber in der öffentlichen Wahrnehmung durch den technischen Fortschritt im Bereich der künstlichen Intelligenz – insbesondere durch gesteigerte Möglichkeiten des maschinellen Lernens[3] – an Relevanz gewonnen. Ein zentrales Thema dabei und in der allgemeinen Diskussion zu Algorithmen ist deren mögliche Intransparenz. In diesem Kontext werden Algorithmen häufig als „Blackbox" bezeichnet.[4] Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich nicht oder nur teilweise erklären lässt, warum ein bestimmter Input zu einem bestimmten Output führt. Das Innenleben komplexer Algorithmen sei für menschliche Betrachter:innen unverständlich.[5] Mit dieser Beschreibung geht regelmäßig die Befürchtung einher, dass entsprechende Modelle „unvorhersehbar" agieren und dadurch Schaden anrichten könnten, wenn sie dennoch eingesetzt werden.[6] Auch wird der Verlust an menschlicher Einflussnahmemöglichkeit beklagt.[7] So wird befürchtet, dass der bzw. die Einzelne zum Objekt algorithmisch gesteuerter Entscheidungen werde.[8]

---

1 Vgl. aus der Vielzahl der Beiträge *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 405 ff. u. 559 ff.; *Hermstrüwer*, AöR 145 (2020), 479; *Herold*, Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte, 2020; *Martini/Ruschemeier/Hain*, VerwArch 112 (2021), 1; *Roth-Isigkeit*, AöR 145 (2020), 321; *Unger*, Demokratische Herrschaft und Künstliche Intelligenz, in: Unger/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und Künstliche Intelligenz, 2019, S. 113.

2 Eine Zusammenfassung der historischen Diskussion findet sich bei *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 35 ff.

3 *Russell/Norvig*, Artificial Intelligence – A Modern Approach, 4. Aufl., (Global Edition), 2021, S. 42 ff.

4 Begriffsprägend *Pasquale*, The Black Box Society – The Secret Algorithms that Control Money and Information, 2015; gleich auch bspw. *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019.

5 *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018).

6 Vgl. bspw. *Danaher*, Philosophy & Technology 29 (2016), 245 (249); *Roth-Isigkeit* (Fn. 1), 335 aus einer haftungsrechtlichen Perspektive.

7 Vgl. dazu und zu weiteren angenommenen Gefahren des Algorithmeneinsatzes die Vielzahl an Nachweisen bei *Barczak*, DÖV 2020, 997 (998).

8 Zu dieser die Technikdiskussion schon seit lange prägenden Befürchtung *Golla*, DÖV 2019, 673 (675 ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich der Beitrag mit der Frage, wie bedeutsam Anforderungen an die Transparenz von Algorithmen wirklich sind, damit der Staat die Verantwortung für deren Einsatz übernehmen kann und darf. Für eine sinnvolle Begrenzung sind die Ausführungen dabei auf die Verwaltungstätigkeit beschränkt. Auch ist darauf hinzuweisen, dass die im Beitrag angesprochenen Aspekte keinesfalls abschließend zu verstehen sind. Das Problem der Transparenz von Algorithmen kann auch aus anderen Perspektiven und mit einem jeweils ganz anderen Schwerpunkt erörtert werden. Zu denken ist insbesondere an den Umgang mit Diskriminierungsgefahren[9] oder aber auch speziell an das Verhältnis der Transparenz zu Informationszugangsrechten.[10]

Der Beitrag gliedert sich in drei Teile: Im 1. Schritt wird dargelegt, wie der Begriff der Transparenz zur Beschreibung von Algorithmen zu verstehen ist. Im 2. Schritt werden die Maßstäbe herausgearbeitet, nach denen durch oder mit Hilfe von Algorithmen erstellte Entscheidungen einem Hoheitsträger rechtlich zurechenbar sind. Im 3. Schritt ist als inhaltlicher Schwerpunkt zu erörtern, inwiefern Probleme im Bereich der Transparenz sich auf die staatliche Verantwortung für die Herstellung und Darstellung einer Entscheidung auswirken.

## *I. Transparenz: Interpretierbarkeit und Erklärbarkeit eines Algorithmenmodells*

Der Begriff der Transparenz im Kontext von Algorithmen hat eine normative und eine deskriptive Seite. Er wird benutzt, um normative Anforderungen an Algorithmenmodelle zu formulieren, aber auch um entsprechende Algorithmenmodelle und ihre Eigenschaften zu beschreiben. An dieser Stelle geht es zunächst um die letztgenannte, d. h. die technische Perspektive. Es soll das eigene Verständnis der Transparenz eines Algorithmenmodells als tatsächliche Grundlage der sich anschließenden rechtlichen Bewertung offengelegt werden.

Um die Transparenz eines Algorithmenmodells einzuordnen, kommt es auf deren Interpretier- und Erklärbarkeit an.[11] Ein Algorithmenmodell wird als interpretierbar bezeichnet, wenn bereits durch die Untersuchung

9 Mit diesem Schwerpunkt *Hermstrüwer* (Fn. 1), 479 ff.
10 Dazu *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn. 501 ff.
11 Dazu das Standardwerk im Bereich der künstlichen Intelligenz, *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 729 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Modells an sich verständlich wird, warum ein gegebener Input zu einem bestimmten Ergebnis führt und wie sich dieses Ergebnis bei einem anderen Input verändern würde. Die Erklärbarkeit bezeichnet hingegen allgemein die Möglichkeit zu verstehen, warum ein Algorithmus ein bestimmtes Ergebnis für einen gegebenen Input ausgibt.[12] Dabei können auch externe Methoden zum Einsatz kommen. Ein interpretierbares Algorithmenmodell ist zugleich immer auch erklärbar. Ein erklärbares Algorithmenmodell ist hingegen nicht zwangsläufig interpretierbar, da sich die Erklärbarkeit auch erst durch den Einsatz externer Methoden ergeben kann.[13] Unter dem Schlagwort der „Explainable AI"[14] wird aktuell intensiv daran geforscht, entsprechende Methoden zu entwickeln. Dadurch soll es ermöglicht werden, auch das Entscheidungsverhalten komplexer Algorithmenmodelle, insbesondere im Bereich des „Deep Learning", ganz oder zumindest teilweise erklärbar zu machen.[15]

Legt man ein enges Begriffsverständnis zu Grunde, könnte man dazu tendieren, allein auf die Interpretierbarkeit abzustellen, um von einem transparenten Algorithmenmodell auszugehen.[16] Nur die Interpretierbarkeit erlaubt einen Blick in das Modell selbst. Allerdings dürfte es darauf nicht entscheidend ankommen. Der wesentliche Vorteil eines interpretierbaren Modells ist es, dass sich das Entscheidungsverhalten im Detail nachvollziehen lässt und deshalb unerwünschte Folgen weitestgehend vermieden werden können. Die Interpretierbarkeit ist eine Möglichkeit, Erklärbarkeit herzustellen. Auch für die Frage der Transparenz sollte deshalb allgemein auf die Erklärbarkeit des Modells abgestellt und nicht per se die Interpretierbarkeit vorausgesetzt werden. Lässt sich – mit oder ohne den Einsatz externer Methoden – im Detail erklären, warum ein Algorithmus ein bestimmtes Ergebnis für einen gegebenen Input ausgibt, reicht das aus, um von einem transparenten Algorithmenmodell auszugehen. Freilich dürfte in der Praxis die Erklärbarkeit nach gegenwärtigem Stand regelmä-

12 *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 729.
13 *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 729 f.
14 Vgl. beispielsweise den Sammelband Samek et al. (Hrsg.), Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning, 2019 oder *Castelvecchi*, Nature 538 (2016), 20.
15 *Samek/Müller*, Towards Explainable Artificial Intelligence, in: Samek et al, Explainable AI (Fn. 14), S. 1 (5 ff.).
16 So scheinbar zunächst *Martini*, Blackbox (Fn. 4), S. 28, der von *„einer lückenlosen Inspektion"* spricht, aber an späterer Stelle doch auf die Erklärbarkeit des konkreten Entscheidungsverhaltens auch unter Einsatz externer Methoden abstellt (S. 43 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ßig die Interpretierbarkeit voraussetzen. Die Methoden im Bereich der „Explainable AI" sind noch weit davon entfernt, das Entscheidungsverhalten komplexer Algorithmen insbesondere im Bereich des „Deep Learning" im Detail erklären zu können. So beschränken sich die „Erklärungen" regelmäßig auf die visuelle Hervorhebung, der für die Entscheidung wichtigen Bereiche eines künstlichen neuronalen Netzwerks oder der besonders entscheidungsrelevanten Eingabedaten.[17] Solche Visualisierungen sind in ihrer Aussagekraft beschränkt und können eine Erklärbarkeit im Detail regelmäßig nicht gewährleisten.[18] Für die Zukunft sind allerdings gewisse Fortschritte zu erwarten, sodass Transparenz nicht mehr zwingend Interpretierbarkeit voraussetzen wird.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Transparenz nicht absolut, sondern nur graduell beurteilt werden kann. Die meisten Algorithmenmodelle werden sich auf einer Skala zwischen vollständiger Intransparenz und vollständiger Transparenz bewegen.[19] Als ein besonders transparentes Algorithmenmodell lässt sich beispielsweise ein durch maschinelles Lernen erstellter Entscheidungsbaum einordnen. Anhand der Abzweigungen lässt sich nachvollziehen, warum ein bestimmtes Ergebnis für einen gegebenen Input ausgegeben wird.[20] Auf der anderen Seite der Skala befinden sich hingegen regelmäßig die Algorithmen im Bereich des „Deep Learning". Beispielsweise in tiefen neuronalen Netzwerken werden die Informationen verteilt über sehr viele (und teilweise versteckte) Zwischenschichten mit einer extrem hohen Anzahl an Gewichten gespeichert.[21] Auf Grund dieser Komplexität lässt sich das Entscheidungsverhalten solcher Algorithmen mit den gegenwärtigen Methoden nicht im Detail erklären.[22]

## *II. Verantwortungsübernahme als Problem der Zurechenbarkeit*

Zunächst sind die Maßstäbe herauszuarbeiten, nach denen eine Entscheidung auch beim Einsatz von Algorithmen einer Behörde zugerechnet werden kann. Sollte der Einsatz intransparenter Algorithmen bereits die Zurechenbarkeit ausschließen, muss zur Frage der sonstigen Verantwortung

17 *Samek/Müller*, Explainable AI (Fn. 15), S. 16.
18 *Samek/Müller*, Explainable AI (Fn. 15), S. 16 f.
19 Vgl. für einen diesbezüglichen Überblick die Abbildung 1.3 in *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 5. Aufl., 2021, S. 9.
20 *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 729.
21 *Ertel*, Grundkurs (Fn. 19), S. 342.
22 *Ertel*, Grundkurs (Fn. 19), S. 343.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Staates ohnehin nicht mehr Stellung bezogen werden. Dabei wird im Hinblick auf die Art des Algorithmeneinsatzes zwischen dem Einsatz zur bloßen Entscheidungsunterstützung und zur automatisierten Erstellung der Entscheidung unterschieden.[23]

Dem Einsatz von Algorithmen zur Entscheidungsunterstützung und dem Einsatz zur automatisierten Erstellung ist zunächst gemein, dass sie sich grundsätzlich auf die Erstellung einer Entscheidung beziehen. Auch der Einsatz zur Entscheidungsunterstützung zielt darauf ab, sich zumindest mittelbar auf das Entscheidungsergebnis auszuwirken. Denkbar ist beispielsweise die Erstellung eines Entscheidungsvorschlages oder aber der Einsatz zur Klärung einer bestimmten Sachfrage im Vorfeld der eigentlichen Entscheidung (z. B. die Erstellung einer Wahrscheinlichkeitsprognose, ob ein Gebäude einsturzgefährdet ist, oder die Ermittlung des Risikos, ob möglicherweise eine Steuerverkürzung vorliegt, als Anlass für weitere Ermittlungen[24]). Eine automatisierte Erstellung liegt hingegen vor, wenn sich der Einsatz der Algorithmen unmittelbar auf das Entscheidungsergebnis auswirkt, ohne dass eine menschliche Ergebniskontrolle stattfindet (vgl. §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5, 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG sowie § 35a VwVfG).[25]

### *1. Einsatz zur Entscheidungsunterstützung*

Beim Einsatz von Algorithmen zur bloßen Entscheidungsunterstützung wird die Entscheidung letztlich allein durch die zuständige menschliche Bearbeiterin oder den zuständigen menschlichen Bearbeiter getroffen. Eine solche Entscheidung ist insofern grundsätzlich unproblematisch der Behörde des Bearbeiters oder der Bearbeiterin zurechenbar, ohne dass es auf die Eigenschaften des eingesetzten Algorithmus überhaupt

23 Dem Einsatz zur Entscheidungsunterstützung dürfte praktisch die größere Relevanz zu kommen *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2825).

24 Vgl. für die Anforderungen an entsprechende Risikomanagementsysteme im Besteuerungsverfahren § 88 Abs. 5 AO.

25 So auch für den automatisierten Erlass von Verwaltungsakten VG Saarlouis, Urt. v. 12.3.2008 – 11 K2 146/05, juris Rn. 23; *Berger*, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG, 11. Aufl., 2020, § 35a Rn. 34; *Ritgen*, in: Bauer et al. (Hrsg.), VwVfG (E-Government), 2. Aufl., 2014, § 37 Rn 102; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 35a Rn. 17 f.; *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, 54. Ed. (Stand: 1.1.2022), § 37 Rn. 50.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ankommt.[26] Problematisch könnte allenfalls sein, wenn der oder die Bearbeiter:in vollständig auf die eingesetzten Algorithmen vertraut und beispielsweise einen Entscheidungsvorschlag ohne eigene inhaltliche Prüfung übernimmt.[27] Allerdings betrifft auch eine solche Konstellation nicht die Frage der Zurechenbarkeit im Außenverhältnis, sondern bewirkt je nach konkreter Konstellation möglicherweise die Rechtswidrigkeit der Entscheidung (z. B. aufgrund einer Ermessensunterschreitung).

### 2. *Einsatz zur automatisierten Entscheidungserstellung*

Findet hingegen keine menschliche Ergebniskontrolle statt und wird die Entscheidung automatisiert vom Algorithmus getroffen, könnte sich dieses Ergebnis allerdings ändern. So wird teilweise davon ausgegangen, dass es für die Zurechenbarkeit einer automatisiert erstellten Entscheidung erforderlich ist, dass die Behörde das Entscheidungsverhalten des Algorithmus im Detail nachvollziehen bzw. bestimmen kann und insofern der eingesetzte Algorithmus transparent sein muss.[28]

#### *a) Veranlassung der Entscheidung durch eine Behörde*

Die Frage der Zurechenbarkeit einer Entscheidung zu einer Behörde stellt sich regelmäßig bei der Prüfung, ob eine „Maßnahme der Behörde" im Sinne des § 35 VwVfG vorliegt. Insofern kann auf die dort geltenden Maßstäbe zurückgegriffen werden. Nach den diesbezüglichen Grundsätzen dürfte es für die Zurechnung ausreichen, dass die Behörde den Algorithmus bewusst für eine konkrete Aufgabe einsetzt und damit die Entscheidung in ihrem Namen veranlasst.[29] Dafür spricht zunächst, dass es für die Zurechenbarkeit grundsätzlich auf die Perspektive der Adressat:innen, d. h. den objektiven Empfänger:innenhorizont ankommt.[30] Die Adres-

---

26 In diese Richtung auch *Herold*, Legitimation (Fn. 1), S. 193 f.

27 *Hermstrüwer* (Fn. 1), 492; *Tönsmeyer-Uzuner*, Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung, 2000, S. 64 f.; *Unger* (Fn. 1), S. 126 spricht vom *„automation bias"*.

28 So *Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990, S. 276 f.

29 *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn. 627 f.; *Stelkens* (Fn. 25), § 35 Rn. 67 f.

30 *Ramsauer,* in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, 22. Aufl., 2021, § 35 Rn. 54 m. w. N.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

sat:innen dürften allerdings regelmäßig nicht erkennen können, ob bei der Entscheidung ausnahmsweise ein für die Behörde intransparenter und nicht zuverlässig vorhersehbar agierender Algorithmus mitgewirkt und insofern die Entscheidung teilweise „autonom" getroffen hat. Aus ihrer Sicht handelt es sich unabhängig von den Eigenschaften des eingesetzten Algorithmus um eine Entscheidung der Behörde.

Wie weit die Zurechenbarkeit im Außenverhältnis grundsätzlich reicht, zeigt auch der Vergleich mit dem behördlichen Einschalten von Privaten als Verwaltungshelfer:innen.[31] Beim behördlichen Einsatz von Verwaltungshelfer:innen werden die von der Privatperson erstellten Bescheide der Behörde selbst dann zugerechnet, wenn die Behörde keine Möglichkeit hat, den Inhalt der Bescheide zu kontrollieren oder auch nur zu kennen.[32] Erforderlich ist lediglich, dass der Verwaltungshelfer mit Wissen und Wollen der Behörde tätig wird und die Bescheide im Namen der Behörde ergehen, auch wenn deren Inhalt selbstständig bestimmt wird.[33] Diese Voraussetzungen wären auch beim Einsatz wirklich „autonomer" und damit nicht vorhersehbar agierender Algorithmen erfüllt. Probleme im Bereich der Transparenz und selbst der Vorhersehbarkeit schließen die Zurechnung nicht aus, solange die Behörde den Algorithmus bewusst für eine konkrete Aufgabe einsetzt und damit die Entscheidung in ihrem Namen veranlasst.

### *b) Zurechenbarkeit beim Handeln außerhalb der übertragenen Aufgabe*

#### *aa) Maßstab beim Handeln Privater*

Bei der Einschaltung Privater endet die Zurechnung allerdings, wenn es gänzlich an einer behördlichen Veranlassung für die konkrete Entscheidung fehlt, d. h., wenn der oder die Private außerhalb der ihm oder ihr übertragenen Aufgabe oder gänzlich selbstständig (z. B. Aufstellen von Verkehrszeichen an öffentlichen Straßen durch private Grundstückseigentümer:innen) tätig wird.[34] In einer solchen Konstellation liegt ein „*Schein*-"

31 Ähnlich *Stelkens* (Fn. 25), § 35 Rn. 67 f.
32 Dazu *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 628.
33 BVerwG, Urt. v. 23.8.2011 – 9 C 2.11, BVerwGE 140, 245 (247); zustimmend *Ramsauer* (Fn. 30), § 35 Rn. 65.
34 *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn 628; *Stelkens* (Fn. 25), § 35 Rn. 60.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bzw. „*Nichtakt*“[35] vor, der keinem Hoheitsträger als Rechtsakt zugerechnet werden kann und dem deshalb keine rechtliche Wirkung zukommt.[36]

### *bb) Übertragung auf den Einsatz von Algorithmen*

Insofern stellt sich die Frage, ob auch diese Grundsätze auf Algorithmen übertragbar sind. Dabei geht es um die Konstellation, dass der eingesetzte Algorithmus die Grenzen des für ihn vorgesehenen Aufgabenbereichs verlässt und eine Entscheidung trifft, die außerhalb der ihm zugewiesenen Aufgabe liegt. Einer solchen Situation dürfte kurz- bis mittelfristig keine große praktische Relevanz zukommen.[37] Allerdings sind Grenzfälle denkbar, bei denen der Aufgabenbereich beispielsweise aufgrund einer fehlerhaften Programmierung geringfügig überschritten wird.

In der Sache sprechen wesentliche Gründe gegen eine Übertragung.[38] Zunächst unterscheiden sich die analoge und die digitale Konstellation an dieser Stelle in einem zentralen Punkt. Beim Handeln einer Privatperson liegt keinerlei Veranlassung der Behörde vor. Auch wenn die Behörde den Privaten eine hoheitliche Aufgabe übertragen hat, maßt er sich andere, nicht übertragene hoheitliche Befugnisse lediglich bei Gelegenheit der ihm übertragenen Aufgabe an. Wenn hingegen ein von der Behörde eingesetzter Algorithmus eine Entscheidung trifft, ist diese Entscheidung auch durch die Behörde veranlasst, wenn sie außerhalb der übertragenen Aufgabe liegt. Die Behörde hat den Algorithmus entwickelt oder entwickeln lassen und sich dafür entschieden, ihn einzusetzen. Die Behörde nutzt den Algorithmus bewusst für eine effiziente Aufgabenerfüllung. Insofern ist ihr auch das möglicherweise problematische Verhalten des Algorithmus zuzurechnen.[39] Das gilt unabhängig davon, ob die Behörde einen solchen Algorithmus überhaupt hätte einsetzen dürfen.[40] Die potenzielle Unzuläs-

---

35 Zwischen „Schein-“ und „Nichtakt“ differenzierend *Münkler*, Der Nichtakt. Eine dogmatische Rekonstruktion, 2015, S. 160 ff.

36 *Stelkens* (Fn. 25), § 44 Rn. 5.

37 Algorithmen, die den ihnen zugewiesenen Aufgabenbereich selbstständig erweitern, dürften die aktuellen technischen Möglichkeiten weit übersteigen, vgl. *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 730 f.; ähnlich auch *Wischmeyer*, AÖR 143 (2018), 1 (14 f.).

38 Mit diesem Ergebnis auch *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn 628.

39 Ähnlich *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 628.

40 In diese Richtung auch *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 85 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sigkeit des Einsatzes kann zwar die Rechtswidrigkeit der Entscheidung begründen, aber auch rechtswidrig zustande gekommene Entscheidungen sind einer Behörde grundsätzlich zurechenbar.

Zum anderen spricht auch der Schutz der Bürger:innen für eine Zurechnung. So lassen sich gegenüber der eigenmächtig handelnden Privatperson gegebenenfalls zivilrechtliche Haftungsansprüche geltend machen. Algorithmen scheiden nach geltender Rechtslage hingegen als Haftungssubjekte aus. Unabhängig von der Frage, ob in dieser Konstellation eine weitergehende Haftung rechtspolitisch wünschenswert wäre,[41] dürften sich nach geltender Rechtslage negative Folgen der Entscheidung häufig überhaupt nur ausgleichen lassen, wenn die Entscheidung der Behörde zugerechnet wird. Die Zurechnung ist Voraussetzung dafür, dass dem Bürger oder der Bürgerin je nach Konstellation zumindest ein Folgenbeseitigungsanspruch, ein Anspruch wegen enteignenden bzw. enteignungsgleichen Eingriff oder ein Anspruch aus Aufopferung zustehen könnte.[42] Ein Anspruch aus Amtshaftung (§ 839 BGB) setzt hingegen eine schuldhafte Amtshandlung eines menschlichen Amtswalters oder einer menschlichen Amtswalterin voraus und kann aus diesem Grund häufig keinen angemessenen Schadensausgleich gewährleisten.

### *c) Zwischenergebnis*

Es zeigt sich, dass es für die Zurechnung einer Entscheidung zur Behörde auf die Transparenz des eingesetzten Algorithmenmodells nicht ankommt. Vielmehr reicht es aus, dass die Behörde einen Algorithmus bewusst einsetzt und damit die Entscheidung veranlasst.

## *III. Staatliche Verantwortung für die Herstellung und Darstellung einer Entscheidung*

Die Vorstellung des staatlichen Einsatzes intransparenter Algorithmen dürfte vielfach ein erhebliches Störgefühl hervorrufen und intuitiv auf Ab-

41 Dazu *Roth-Isigkeit* (Fn. 1), 331 ff. und *Martini/Ruschemeier/Hain* (Fn. 1), 32 ff.

42 Vgl. zu diesen verschuldensunabhängigen Haftungsansprüchen bei der Entscheidungsautomation *Martini/Ruschemeier/Hain* (Fn. 1), 4 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lehnung stoßen.[43] Insofern könnte auch bezweifelt werden, dass der Staat die Verantwortung für den Einsatz entsprechender Algorithmen übernehmen darf. Angenommene Probleme dürften sich dabei sowohl auf die Herstellung als auch die Darstellung[44] einer hoheitlichen Entscheidung beziehen.

### *1. Transparenz als Problem der Entscheidungsherstellung*

Damit ein Hoheitsträger die Verantwortung für eine Entscheidung übernehmen kann, muss er den Prozess der Entscheidungsherstellung in einem gewissen Umfang steuern und kontrollieren können. Beim Einsatz intransparenter Algorithmen wird diesbezüglich teilweise vor einem Verlust an menschlicher Einflussnahmemöglichkeit gewarnt.[45] Insofern könnte man den Einsatz intransparenter Algorithmen auf Grund der Gefahr des Verlustes der Steuerungsmöglichkeit für ausgeschlossen halten. Im Kontrast dazu möchte ich an dieser Stelle aufzeigen, dass die Steuer- und Kontrollierbarkeit der Entscheidungsherstellung nicht per se die Transparenz der eingesetzten Algorithmenmodelle voraussetzt. Je nach Kontext kann auf die Transparenz der eingesetzten Algorithmen verzichtet werden.[46]

#### *a) Intransparenz als Normalfall*

Das Problem der Transparenz ist nicht neu, sondern prägt moderne Gesellschaften allgemein[47] und den Einsatz von Technik im Besonderen. Menschliche Anwender:innen vertrauen in vielfältiger Weise auf das Funktionieren technischer Einrichtungen, ohne dass ihnen deren Funktions-

---

43 Vgl. bspw. *Steger/Sonnabend*, Die unheimliche Macht der Algorithmen, Handelsblatt v. 9.5.2017.

44 Zu dieser grundlegenden begrifflichen Unterscheidung *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 51.

45 *Stelkens*, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, S. 81 (101), der allerdings insofern wohl von sich selbstständig fortentwickelnden Algorithmen ausgeht; zustimmend *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 592; vgl. auch *Unger* (Fn. 1), 118 ff.

46 Ähnlich *Wischmeyer* (Fn. 37), 8, 43 ff.

47 *Luhmann,* Die Kontrolle von Intransparenz, 2017, S. 96, spricht von der modernen Gesellschaft als „*Symphonie der Intransparenz*".



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

weise im Detail bekannt ist oder auch nur bekannt sein kann. Dabei dürfte das Vertrauen der Anwender:innen häufig zumindest auf der Erwartung beruhen, dass eine kompetente Dritte oder ein kompetenter Dritter (Entwickler:in, Hersteller:in etc.) die Funktionsweise erklären kann und insofern das zuverlässige Funktionieren garantiert. Auf der anderen Seite stößt auch diese „potenzielle" Erklärbarkeit vielfach an ihre Grenzen. So werden selbst in einem so sensiblen Bereich wie der Medizin Verfahren eingesetzt, deren ursächlicher Wirkmechanismus nicht bekannt ist, solange das zuverlässige Funktionieren empirisch nachgewiesen ist (z. B. die Narkose)[48]. Speziell im Hinblick auf Algorithmen gilt, dass das Problem der Unverständlichkeit komplexer Algorithmen alles andere als neu ist. Die Diskussion dazu wird seit mehr als 50 Jahren geführt.[49] Die Wirkweise moderner Computerprogramme dürfte regelmäßig kein einzelner Mensch mehr im Detail erklären oder nachvollziehen können. Auch dürfte nahezu jedes komplexe Computerprogramm irgendeine vom Entwicklungsteam nicht vorhersehbare Fehlfunktion („Bugs") aufweisen. Nichtsdestotrotz werden entsprechende Algorithmen und Programme vielfältig eingesetzt, ohne dass darin bisher ein unvertretbares Risiko gesehen wird oder daraus regelmäßig unverhältnismäßige Schäden resultieren würden.

### *b) Vergleich mit menschlicher Entscheidungsfindung*

Auch im Bereich hoheitlicher Tätigkeit ist das Vertrauen auf eine „Blackbox" als Entscheidungsträger kein neues Phänomen, sondern in gewisser Weise der Normalfall.[50] Bereits der Begriff entstammt ursprünglich nicht der Informatik, sondern der Psychologie, genauer dem Behaviorismus. Es dürfte sich um eine allgemein anerkannte Erkenntnis handeln, dass sich das menschliche Entscheidungsverhalten nicht im Detail erklären lässt.[51] So ist anerkannt, dass bei der menschlichen Entscheidungsfindung vielfältige Gründe auf sozialer, psychologischer oder biologischer Ebene eine Rolle spielen können, die für einen Dritten oder eine Dritte als Beobachter:in nicht erkennbar sind und die teilweise auch der Entscheiderin oder dem Entscheider selbst nicht bewusst sein dürften.[52] Konkret aus der

48 *Eckle/Hucklenbruch/Todorovic*, Anaesthesist 58 (2009), 1144 (1148).
49 Dazu *Passig*, Merkur Nr. 823 (2017), 16 (18 ff.).
50 Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 37), 8, 43 ff.
51 *Hermstrüwer* (Fn. 1), 489.
52 Vgl. grundlegend in dieser Richtung *Simon*, The Quarterly Journal of Economics 69 (1955), 99 (104) oder *Luhmann*, Intransparenz (Fn. 47), S. 102; speziell



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Perspektive der Rechtsanwendung ist insbesondere weitgehend anerkannt, dass das Vorverständnis des jeweiligen Rechtsanwenders oder der jeweiligen Rechtsanwenderin die Entscheidung maßgeblich prägt.[53] Im Hinblick auf eine konkrete Entscheidungsfindung gibt es keine Möglichkeit, die die Entscheidung objektiv determinierenden Faktoren letztverbindlich zu bestimmen. Insofern lässt sich auch nicht mit letzter Gewissheit sicherstellen, dass menschliche Amtswalter:innen die „richtige" oder eine „vertretbare"[54] Entscheidung treffen werden und schon gar nicht, dass diese Entscheidung auf den „richtigen" bzw. „vertretbaren" Gründen beruht. Dennoch wird in der Verwaltungspraxis gerade darauf vertraut. Dieses Vertrauen ist nicht naiv oder unbegründet, sondern durch Erfahrungswissen belegt. Es lässt sich aus vergangenen Erfahrungen, die Erwartung generieren, dass menschliche Amtswalter:innen regelmäßig zumindest eine vertretbare Entscheidung treffen werden und hinreichende Gründe dafür angeben können. Bewusste oder grobe Fehlentscheidungen stellen hingegen eine seltene Ausnahme dar.

### *c) Übertragung auf den Einsatz von Algorithmen*

Auf diesen Einsichten aufbauend lassen sich die Maßstäbe entwickeln, die für den Einsatz von Algorithmen gelten sollen. Der Vergleich mit menschlichen Amtswaltern zeigt zunächst, dass der Transparenz im Bereich der Entscheidungsherstellung[55] kein absoluter Wert zukommt. Transparenz ist auch bezüglich des Algorithmeneinsatzes nicht als Selbstzweck, sondern als ein mögliches Mittel, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, zu verstehen. Die Steuer- und Kontrollierbarkeit eines Algorithmus setzt voraus,

---

im Hinblick auf juristische Entscheidungen *Spamann/Klöhn*, The Journal of Legal Studies 45 (2016), 255 (255 ff.).

53 Dazu ausführlich das grundlegende Werk von *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl bei der Rechtsfindung, 1972, insb. S. 136 ff.

54 Die eine „richtige" Entscheidung dürfte im Bereich des Rechts allenfalls als „Fiktion" oder „regulative Idee" existieren, vgl. *Stelkens*, Die Idee der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung und ihre Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft, in: van Oostrom/Weth (Hrsg.), Festschrift für Maximilian Herberger, 2017, S. 895 (895 ff.).

55 Im Hinblick auf möglicherweise bestehende Informationszugangsrechte kommt der Transparenz hingegen eine rechtliche Bedeutung an sich zu.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dass mit hinreichender[56] Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass die Entscheidungen nach den vorgegebenen Maßstäben „richtig" sind.[57] Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein ausreichender menschlicher Einfluss auf das algorithmisch erstellte Entscheidungsergebnis verbleibt.[58] Diesbezügliche Defizite sind anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Algorithmus sich im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nicht an die vorgegebenen Maßstäbe hält und deshalb eine sachlich unrichtige oder sogar rechtswidrige Entscheidung erlassen wird.[59] In diesem Kontext kann der Transparenz der eingesetzten Algorithmen eine entscheidende Bedeutung zukommen, weil sich so gewährleisten lässt, dass die eingesetzten Algorithmen zuverlässig die gewünschte Entscheidung treffen. Im Umkehrschluss folgt daraus aber auch, dass auf die Transparenz verzichtet werden kann, wenn sich auf andere Art und Weise sicherstellen lässt, dass die gewünschten Entscheidungsergebnisse erzielt werden.[60]

### *d) Technische Alternativen zur Transparenz*

Die Transparenz ist nicht die einzige Möglichkeit, um das zuverlässige Funktionieren und damit die Steuer- und Kontrollierbarkeit eines Algorithmenmodells sicherzustellen. Als technische Alternativen sind insbesondere das „Blackbox-Testing" sowie die „Redundanz" eines Systems zu nennen.[61]

„Blackbox-Testing" bezeichnet Testmethoden für Algorithmen, bei denen die interne Entscheidungslogik nicht im Detail nachvollzogen werden muss, um die Funktionsweise zu überprüfen.[62] Vielmehr wird über eine

---

56 Welches Maß an Wahrscheinlichkeit insofern erforderlich ist, richtet sich nach dem jeweiligen Kontext des Algorithmeneinsatzes. Es dürfte insbesondere von der konkreten Entscheidungssituation, den Möglichkeiten, die Entscheidung zu revidieren, dem Ausmaß möglicher Schäden sowie insbesondere den zur Verfügung stehenden Alternativen abhängen.

57 Ähnlich *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn. 592; *Martini*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2021, Rn. 88; *Stelkens*, Automatisierter Erlass (Fn. 45), S. 102.

58 *Stelkens*, Automatisierter Erlass (Fn. 45), S. 102.

59 Ähnlich *Martini* (Fn. 57), Rn. 88.

60 Auch *Russell/Norvig*, AI (Fn. 3), S. 672, weisen in diesem Kontext darauf hin, dass es entscheidend darauf ankommt, ob ein lernender Algorithmus zuverlässig funktioniert.

61 *Passig* (Fn. 49), 26 f.

62 *Passig* (Fn. 49), 27.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

möglichst hohe Anzahl an Tests sichergestellt, dass es nicht oder mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit zu unerwünschten Ergebnissen kommen wird. Letztlich beruhen entsprechende Testverfahren auf der Beobachtung von Korrelationen und verzichten auf eine kausale Erklärung im Detail. Das dürfte allerdings häufig ausreichen, sofern die Korrelation nur angemessen hoch ist. Zur weiteren Reduktion des Risikos lässt sich auf das Prinzip der „Redundanz" eines Systems abstellen.[63] Sicherheitskritische Komponenten in technischen Systemen können mehrfach redundant konstruiert werden, d. h. die Fehlfunktion einer Komponente wird durch das Vorhandensein weiterer Komponenten mit der gleichen Aufgabe abgesichert.[64] Das Prinzip lässt sich auch bei der Entwicklung komplexer Algorithmen nutzen. So ist es vorstellbar, dass unterschiedliche Modelle nach unterschiedlichen Prinzipien für dieselbe Aufgabe entwickelt werden und eine entsprechende Entscheidung gegenüber dem Bürger nur getroffen wird, wenn alle Modelle zum jeweils gleichen Ergebnis kommen. Die Absicherung kann sich aber auch nur auf einen Teilbereich beziehen. Beispielsweise könnte im Hinblick auf den sogleich näher beschriebenen Algorithmus zur koordinierten Steuerung unterschiedlicher Ampelanlagen eine dezentrale Sicherung in den einzelnen Ampelanlagen dafür sorgen, dass die Anzeige von „feindlichem Grün"[65] auch bei einem Fehler des Steuerungsalgorithmus technisch ausgeschlossen wird.

### *e) Anwendungsbeispiele für den möglichen Einsatz intransparenter Algorithmen*

Das je nach Kontext auf die Transparenz eines Algorithmenmodells verzichtet werden kann, verdeutlichen auch zwei konkrete Anwendungsbeispiele für den möglichen hoheitlichen Einsatz intransparenter Algorithmen:

Komplexe Algorithmen können zur intelligenten Verkehrssteuerung eingesetzt werden.[66] Dabei steuert ein Algorithmus beispielsweise die Verkehrsampeln in einem bestimmten Verkehrsabschnitt koordiniert und an

---

63 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Redundanz_(Technik), Stand: 24.2.2022.

64 *Passig* (Fn. 49), 26.

65 Feindliches Grün bezeichnet die Abgabe einander widersprechender Lichtzeichen durch eine Ampelanlage (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1986 – III ZR 242/85, NJW 1987, 1945 (1945 ff.)).

66 Vgl. für ein Pilotprojekt in Utah (US) *Wang et al.*, Transportation Research Record 2674 (2020), 172 (172 ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die jeweilige Verkehrslage in Echtzeit angepasst. Das Entscheidungsverhalten eines solchen Algorithmus dürfte für einen menschlichen Anwender regelmäßig nicht im Detail nachvollziehbar, d. h. weder interpretier- noch erklärbar sein. Der Algorithmus wird gerade eingesetzt, weil die Aufgabe die menschliche Leistungsfähigkeit übersteigt und entsprechend komplexe Berechnungen von Menschen nicht ausgeführt werden können.[67] Sollte der Algorithmus allerdings seine vorgegebene Aufgabe, die Reduzierung der durchschnittlichen Fahrtdauer, erfüllen und gleichzeitig durch ausreichende Sicherheitsvorkehrungen der Eintritt von Schäden mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen sein, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum allein die Intransparenz dazu führen soll, dass ein entsprechender Algorithmus nicht eingesetzt und das davon ausgehende Potenzial ungenutzt bleibt.

Ein weiteres Beispiel ist das EasyPASS-System[68] zur automatisierten Grenzkontrolle an Flughäfen. Dabei wird der Ausweis des Einreisenden eingescannt, das abgespeicherte biometrische Bild mit dem Live-Bild abgeglichen und im Falle der Übereinstimmung die Einreise ermöglicht. Für diese Aufgabe kommt höchstwahrscheinlich ein künstliches neuronales Netz zum Einsatz.[69] Obwohl die Entscheidungsstruktur des Algorithmus nicht im Detail nachvollzogen werden kann, ist ein solcher Einsatz unproblematisch, solange der Algorithmus zuverlässig funktioniert. Das liegt in dieser Situation auch daran, dass die Entscheidung durch einen menschlichen Amtswalter ohne größere Schäden korrigiert werden kann, indem die Einreise manuell bewilligt wird.

### *f) Zwischenergebnis*

Ein gewisses Restrisiko unerwünschten Verhaltens wird sich auch durch diese und gegebenenfalls weitere Vorkehrungen nicht vollständig ausschließen lassen. Welches Maß an Risiko insofern hinnehmbar ist, dürfte von der konkreten Entscheidungssituation, den Möglichkeiten, die Entscheidung zu revidieren, dem Ausmaß möglicher Schäden sowie insbeson-

---

67 *Wischmeyer*, § 20 Regierungs- und Verwaltungshandeln durch KI, in: Ebers et al. (Hrsg.), KI und Robotik, 2020, S. 612 (Rn. 29 f.).

68 Vgl. https://www.easypass.de/EasyPass/DE/Was_ist_EasyPass/home_node.html, Stand: 24.2.2022.

69 Künstliche neuronale Netze können insbesondere im Bereich der Bilderkennung ihre Stärken ausspielen und werden deshalb in diesem Bereich ganz überwiegend eingesetzt, vgl. *Ertel*, Grundkurs (Fn. 19), S. 330.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dere den zur Verfügung stehenden Alternativen abhängen. Letztlich erfordert jede Entscheidung über den Einsatz von komplexen Algorithmen eine umfassende Abwägung im Hinblick auf den konkreten Einsatzkontext. Die Intransparenz eines Algorithmus ist dabei allerdings kein Ausschlusskriterium, sondern nur ein Kriterium von vielen.

### *2. Transparenz als Problem der Entscheidungsdarstellung*

Aus der Perspektive der Bürger:innen ist die Transparenz eines Algorithmus insbesondere als Problem der Entscheidungsdarstellung zu erörtern.[70]

#### *a) Verfassungsrechtlich verankerte Begründungspflicht*

Grundsätzlich hat jeder Bürger und jede Bürgerin einen im Grundrechtsschutz sowie im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verfassungsrechtlich verankerten[71] Anspruch darauf, eine Begründung zu erhalten, wenn er oder sie in seinen oder ihren subjektiven Rechten betroffen ist.[72] Konkretisiert wird dieser Anspruch einfach-rechtlich insbesondere durch das Erfordernis, einen Verwaltungsakt gem. § 39 Abs. 1 VwVfG zu begründen. Aus Sicht der Bürger:innen kommen der Begründung dabei im Wesentlichen zwei Funktionen zu. Primär dient sie dazu, das Entscheidungsverhalten der Behörde nachzuvollziehen und dadurch auf seine Rechtmäßigkeit hin kontrollieren zu können. So ist die Begründung regelmäßig die notwendige Grundlage für die Bürger:innen, um einzuschätzen, ob das Einlegen eines Rechtsbehelfs gegen die getroffene Entscheidung erfolgsversprechend ist.[73] Darüber hinaus führt die Begründung dazu, dass die Bürger:innen eher geneigt sein werden, eine staatliche Entscheidung, deren Gründe sie nachvollziehen können, zu akzeptieren.[74] In dieser Hinsicht dient die Be-

---

70 Ähnlich auch *Wischmeyer* (Fn. 37), 54 ff.

71 Umfassend zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Begründung *Kischel*, Die Begründung – zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S. 63 ff.

72 BVerwG, Urt. v. 7.5.1981 – 2 C 42.79, DVBl 1982, 198 (199); BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 81 (189 ff.); BVerfG, Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142 (160 f.); *Stelkens* (Fn. 25), § 39 Rn. 2 f.

73 *Stelkens* (Fn. 25), § 39 Rn. 1.

74 Ausführlich dazu *Kischel*, Begründung (Fn. 71), S. 52 ff.; *Stelkens* (Fn. 25), § 39 Rn. 1.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gründung der Herstellung von Legitimation durch die mögliche Akzeptanz der Betroffenen und stärkt das Vertrauen in staatliche Entscheidungen allgemein.[75]

### *b) Begründung einer Entscheidung beim Einsatz von Algorithmen*

Werden intransparente Algorithmen eingesetzt besteht diesbezüglich das Problem, dass das Entscheidungsverhalten nicht im Detail nachvollzogen werden kann. Die Details der Entscheidungsfindung können deshalb auch nicht gegenüber den Bürger:innen offenbart werden. Allerdings kann dieses Problem ganz grundsätzlich relativiert werden. So ist im Hinblick auf menschliche Entscheider:innen allgemein anerkannt, dass zwischen der Herstellung und der Darstellung einer Entscheidung zu unterscheiden ist.[76] Die Begründung bezieht sich dabei auf die Darstellung der Entscheidung gegenüber dem Bürger. Sie zielt nicht darauf ab, den „echten" Gang der Entscheidungsfindung im Detail zu rekonstruieren. Diejenigen Gründe, die ex ante auf empirischer Ebene zu der betreffenden Entscheidung geführt haben, können und müssen nicht dargelegt werden.[77] Vielmehr ergibt sich aus der Begründung, inwiefern die Entscheidung aus dem Recht hergeleitet werden kann. In der Begründung legt der Entscheider oder die Entscheiderin gegenüber den Bürger:innen dar, inwiefern die Entscheidung nach seiner oder ihrer subjektiv „wahren" und nicht nur vorgeschobenen[78] Ansicht rechtlich richtig ist.[79] Diese Grundsätze sind im Hinblick auf menschliche Amtswalter:innen entwickelt worden, lassen sich aber auch auf den Algorithmeneinsatz übertragen.

#### *aa) Anforderungen auf den Algorithmeneinsatz übertragbar*

Beim Einsatz von Algorithmen ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe i. S. d. § 39 Abs. 1 VwVfG gegenüber den Bürger:innen angegeben werden, um

---

75 *Tiedemann* (Fn. 25), § 39 Rn. 1.
76 Vgl. Fn. 35.
77 *Kischel*, Begründung (Fn. 71), S. 358 f.; *Wischmeyer* (Fn. 37), 55, 59.
78 *Stelkens* (Fn. 25), § 39 Rn. 47.
79 Mit ausführlicher Begründung *Kischel*, Begründung (Fn. 71), S. 9 ff., 358 f.; *Wischmeyer* (Fn. 37), 56 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Begründungspflicht zu genügen. Nur so dürften sich die weiter oben herausgearbeiteten Funktionen der Begründung erfüllen lassen.[80] Den Bürger:innen Einblick in den Algorithmus selbst, d. h. in dessen Quellcode zu gewähren, dürfte hingegen nicht dabei helfen, die Entscheidung nachvollziehen zu können.[81] Für technische Laien ist der Quellcode eines Algorithmus unverständlich. Darüber hinaus können zu umfassende Informationen auch dazu führen, dass der Bürger diese aus zeitökonomischen Gründen gar nicht beachtet und sie deshalb keine echte Aufklärungswirkung entfalten können.[82] Eine auf die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe reduzierte Begründung ist insgesamt vorzugswürdig.

Die Begründungsanforderung dürfte so lange erfüllbar sein, wie der Algorithmus nur zur bloßen Entscheidungsunterstützung eingesetzt wird. Insofern kann der oder die für die abschließende Entscheidung zuständige Amtswalter:in die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe i. S. d. § 39 Abs. 1 VwVfG angeben, ohne die Wirkweise des Algorithmus offenbaren zu müssen. Trifft der Algorithmus allerdings selbst die Entscheidung, dürfte auch eine solche reduzierte Begründung eine besondere technische Herausforderung darstellen. In einfachen Konstellationen wird man eine ausreichende Begründung noch durch den Einsatz von Textbausteinen erzeugen können. Darüber hinaus dürfte es hingegen kurz- bis mittelfristig regelmäßig nicht gelingen, eine den Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG genügende Begründung in natürlicher Sprache automatisiert zu erstellen.[83] Aber auch dieses Problem wird sich zumindest teilweise lösen lassen.[84]

### *bb) Absehen von einer Begründung im Einzelfall möglich*

Unter bestimmten Voraussetzungen kann auf eine Begründung verzichtet werden. Trotz ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung gilt die Begründungspflicht nicht absolut und auch nicht für jede Entscheidung in glei-

---

80 In diese Richtung auch *Wischmeyer* (Fn. 37), 54 ff.

81 *Martini/Nink*, NVwZ-Extra 2017, 1 (11 Fn. 108); *Wischmeyer* (Fn. 37), 52 f.

82 *Golla* (Fn. 8), 674.

83 So beschränken sich die bisherigen Methoden im Bereich der „Explainable AI" häufig auf die Visualisierung bestimmter Bereiche eines neuronalen Netzes oder die Identifizierung besonders relevanter Eingabedaten, vgl. *Samek/Müller* (Fn. 15), S. 16 f.

84 *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn. 523.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

cher Weise.[85] Vielmehr ist sie in ihrer verfassungsrechtlichen Dimension als abwägungsbedürftiges Prinzip und nicht als unbedingte Regel zu verstehen. Das veranschaulichen die in § 39 Abs. 2 VwVfG normierten, verfassungskonformen Ausnahmen.[86] Insofern ist im Hinblick auf die jeweilige Situation zu prüfen, ob möglicherweise überwiegende Gründe das einzelfallbezogene oder bereichsspezifische Absehen von einer Begründung rechtfertigen können.[87] Zu denken ist beispielsweise an den Einsatz von Algorithmen im Rahmen eines Risikomanagementsystems im Besteuerungsverfahren (vgl. § 88 Abs. 5 AO). Die Geheimhaltung dürfte hier zwingend erforderlich sein, damit das Risikomanagementsystem seine Aufgabe, verdächtige Fälle herauszufiltern, überhaupt erfolgreich ausüben kann. Es dürfte deshalb auch das Informationsinteresse der Bürger:innen überwiegen. Auch beim Einsatz von Algorithmen zur intelligenten Steuerung von Ampeln dürfte die Angabe einer Begründung ohne größere Probleme entbehrlich sein. Das entspricht auch der bisherigen Praxis. Allerdings reicht allein der Hinweis auf die möglichen Effizienzvorteile des Algorithmeneinsatzes nicht aus, sondern es müssen auch die möglichen Schutzinteressen der Bürger:innen einzelfallbezogen berücksichtigt werden.[88] Der möglicherweise etwas weit formulierte § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ist nach diesen Maßgaben auszulegen.[89]

### *c) Zwischenergebnis*

Im Hinblick auf die Begründungspflicht[90] ergibt sich, dass diese nicht die technische Transparenz der eingesetzten Algorithmen einfordert, sondern dass die die Entscheidung rechtfertigenden rechtlichen und tatsächlichen Gründe auch bei einer durch oder mit Hilfe von Algorithmen getroffenen

85 Dazu *Kischel*, Begründung (Fn. 71), S. 63 f. u. 160 ff. mit näherer Erläuterung; *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. Ed. (Stand: Juli 2021), Art. 19 Abs. 4 Rn. 253 f.

86 *Stelkens* (Fn. 25), § 39 Rn. 4.

87 Vgl. *Kischel*, Begründung (Fn. 71), S. 176 ff. mit vielfältigen Beispielen für mögliche Ausnahmen.

88 Für eine sorgfältige Prüfung auch *Guckelberger* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 525; *Hufen/Siegel,* Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl., 2021, Rn. 480 f.

89 Dazu *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 524 ff.

90 Eine weitere Frage ist es hingegen, inwiefern möglicherweise Informationszugangsrechte eine Offenlegung verlangen, vgl. beispielsweise *Guckelberger,* Verwaltung (Fn. 1), Rn. 494 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Entscheidung grundsätzlich angegeben werden müssen. Lässt sich eine solche Begründung aus technischen Gründen nicht verwirklichen, kann geprüft werden, ob überwiegende Gründe eine Ausnahme rechtfertigen. Andernfalls ist der Algorithmeneinsatz ausgeschlossen.

### *IV. Fazit*

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Defizite im Bereich der Transparenz dem staatlichen Einsatz von Algorithmen nicht per se entgegenstehen. So wird man einzelfallbezogen auf die Interpretier- und Erklärbarkeit eines Algorithmenmodells verzichten können. Auch in einem demokratischen Rechtsstaat kommt der Transparenz kein absoluter Wert zu.[91] Letztlich kommt es bei der Entscheidung über den Einsatz von Algorithmen auf eine Gesamtabwägung an, bei der die Transparenz nur als ein mögliches Kriterium zu berücksichtigen ist. Vielfach dürfte es technisch erfolgsversprechender sein, auf alternative Maßnahmen abzustellen, um den verlässlichen, sicheren und rechtskonformen Einsatz von Algorithmen zu gewährleisten. In dieser Hinsicht bieten sich insbesondere das „Blackbox-Testing" in unterschiedlichen Varianten[92] sowie das Prinzip der Redundanz an.

Die im Rahmen des Beitrags entwickelte Argumentation war primär am Vergleich mit menschlichen Amtswalter:innen und an technischen Lösungsmöglichkeiten jenseits der Transparenz orientiert. Als wichtige Ergänzung dieses Gedankengangs ist darauf hinzuweisen, dass es genauso möglich und sinnvoll ist, das bestehende Rechtssystem fortzuentwickeln[93] und an den Einsatz von intransparenten Algorithmen anzupassen. Denk-

---

91 In diese Richtung aber das VerfGH Saarland, Urt. v. 5.7.2019 – Lv 7/17, NJW 2019, 2456 (Rn. 1 ff.). Allerdings ist als wesentlicher Unterschied zu berücksichtigen, dass in der streitgegenständlichen Konstellation die Messdaten technisch hätten gespeichert werden können (Rn. 53, 72).

92 Vielversprechend dürfte beispielsweise der Ansatz *Hermstrüwers* (Fn. 1), 505 ff. sein, maschinell implementierbare Fairnessprinzipien herauszuarbeiten, die zur Kontrolle von Algorithmen eingesetzt werden können, ohne auf deren Interpretierbarkeit angewiesen zu sein.

93 In diese Richtung der Ansatz *Martinis* (Fn. 57), Rn. 89 ff. und *Rademachers*, Künstliche Intelligenz und neue Verantwortungsarchitektur, in: Eifert (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, 2020, S. 45, dessen Ausführungen sich aber nicht auf den staatlichen Einsatz beschränken. Grundzüge einer neuen Digitalordnung arbeitet *Barczak* (Fn. 7), 1004 heraus.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bar wäre es beispielsweise, eine neue niedrigschwellige Kontrollmöglichkeit für von Algorithmen getroffene Entscheidungen einzurichten.[94] Das würde es ermöglichen, Algorithmen tendenziell großzügiger einzusetzen, solange die Entscheidung unproblematisch rückgängig gemacht werden kann. Letztlich sind Lösungen für den gewinnbringenden hoheitlichen Einsatz von Algorithmen sowohl aus der rechtlichen als auch der technischen Perspektive zu entwickeln.

94 In diese Richtung beispielsweise *Martini/Nink*, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (4); *Guckelberger*, Verwaltung (Fn. 1), Rn. 616.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Marktmacht und Meinungsbildung in der Digitalindustrie

*Madlen Karg*

## *Inhaltsübersicht*


I. Plattformökonomie 68

1. Digitale Marktmacht und Plattformökonomie 69
   a) Plattformen und Daten als Wachstumsfaktoren 70
   b) Digitale Ökosysteme 71
2. Digitale Kommunikationsordnung 71
   a) Meinungsbeeinflussung 72
   b) Rechtsverletzungen 73

II. Regulierung in der Plattformökonomie zwischen freiem Wettbewerb und Meinungspluralismus 73

1. Empirische Evidenz und Relevanz in der EU 74
2. Betroffene Grundrechtspositionen 75
3. EU-Digitalstrategie 75
4. Regelungskompetenzen der EU und ihre Grenzen 76

III. DMA-E 78

1. Bisherige Rechtslage 79
   a) Bisheriger Rechtsrahmen und Praxis 79
   b) Europäische Kommission 79
   c) Nationale Verfahren 80
   d) Verfahrensdauer 80
   e) Erfassung digitaler Ökosysteme 81
2. Regelungstechnik 82
   a) Zweistufige Regulierung 82
   b) Gatekeeper-Stellung 82
   c) Verhaltenspflichten 82
   d) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit 83
3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen 84




https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. DSA-E 84
1. Bisherige Rechtslage 84
a) EU 84
b) Nationale Bestrebungen 85
c) Regelsetzung durch Plattformen 86
2. Regelungstechnik 86
a) Fortgeltung der Haftungsprivilegierung 86
b) Illegaler Inhalt 87
c) Abgestufte Verantwortlichkeit 87
d) Melde- und Abhilfeverfahren 88
e) Moderation von nutzergeneriertem Inhalt und Bindung an die GRC 88
3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen 90
V. Plattformregulierung und Gemeinwohlförderung durch freien Wettbewerb 90

## *I. Plattformökonomie*

Die Digitalisierung bringt zwar erhebliche wohlfahrtssteigernde Effekte mit sich, aber die Vermachtungsgefahren der Digitalindustrie rufen auch dringenden Anpassungsbedarf in der Rechtsordnung hervor. Digitale Plattformen dominieren seit geraumer Zeit die Geschäftswelt. Die derzeit wertvollsten Unternehmen weltweit sind Digitalkonzerne wie Alphabet, Apple, Meta, Amazon oder Microsoft.[1] Sie haben es innerhalb kurzer Zeit geschafft, hohe Marktkonzentrationen zu erreichen.

Die sich rasant verändernden Marktstrukturen gefährden die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Parallel wächst die Bedeutung sozialer Netzwerke für den gesellschaftlichen Meinungsaustausch exponentiell. Die digitalen Kommunikationskanäle ermöglichen eine rasante Informationsverbreitung und Meinungsäußerung, nehmen eine Informationssortierung

1 PWC, Global Top 100 companies by market capitalisation, May 2021, https://www.pwc.de/de/kapitalmarktorientierte-unternehmen/global-top-100-companies-2021.pdf (letzter Aufruf am 13.4.2022), S. 22; zum Konzern Alphabet gehören unter anderem Google und YouTube, zum Meta-Konzern gehören unter anderem die Plattformen Facebook und Instagram sowie der Messenger-Dienst WhatsApp.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vor und haben daher einen erheblichen Einfluss auf den demokratiepolitischen Prozess der Meinungsbildung. Während in der analogen Kommunikationsordnung Medien noch als Informationsintermediäre fungierten, obliegt die Verantwortung für den Meinungspluralismus in der digitalen Kommunikation einigen wenigen privaten Wirtschaftsunternehmen. Beide Problemkreise lassen sich auf die Geschäftsmodelle der Plattformökonomie zurückführen.

## *1. Digitale Marktmacht und Plattformökonomie*

Online-Dienste und Plattformen eröffnen neue Transaktionsmöglichkeiten und erleichtern den grenzüberschreitenden Handel, indem sie Marktteilnehmer:innen der vor- und nachgelagerten Marktstufe zusammenbringen. Digitale Geschäftsmodelle sind einfacher und schneller skalierbar und führen zu zentralen und effizienten Marktplätzen.[2]

Andererseits haben immer mehr Plattformen eine „Gatekeeper-Stellung" inne, da sie über den Zugang zum Markt entscheiden, und die Regeln auf Plattformen bestimmen.[3] Dies führt zu einer einseitigen Abhängigkeit der Nutzer:innen vom Zugang sowie der Sichtbarkeit auf Plattformen und birgt Diskriminierungspotenzial.[4] Entgegen früheren Prognosen[5] hat sich herausgestellt, dass das Internet weder perfekte Märkte hervorbringt, noch, dass digitale Märkte besonders wettbewerbsintensiv sind. Im Gegenteil: die Marktmacht dieser führenden Unternehmen ist konstant und kaum bis keinem Wettbewerb ausgesetzt.[6]

Die grundlegenden Veränderungen der Wettbewerbsprozesse und Wettbewerbsbedingungen auf digitalen Märkten sind bedingt durch die zunehmende Bedeutung von digitalen Plattformen und Daten (a.) sowie der Entstehung von digitalen Ökosystemen (b.).[7]

---

2 *Furman et al*, Unlocking Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, S. 19.

3 *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; *Klonick*, Harvard Law Review 2018, 1589; *Kettemann/Schulz/Fertmann*, ZRP 2021, 138 (139).

4 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 8.

5 *Brynjolfsson/Smith*, Management Science (2000), Vol. 46, Nr. 4, 563; *Brown/Goolsbee*, Journal of Political Economy (2002), Vol. 110, Nr. 3, 481, (482, 504).

6 *Scott Morton et al.*, Report of the Committee for the Study of Digital Platforms „Stigler-Report", 2019, S. 11.

7 *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, 20.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *a) Plattformen und Daten als Wachstumsfaktoren*

Plattformangebote sind in hohem Ausmaß von Konzentrationstendenzen und Größenvorteilen geprägt. Der Zugriff auf Daten, die durch die Nutzung der Plattform gesammelt werden, führt zu Wettbewerbsvorteilen, was wiederum zu einem erhöhten Datenzugriff führt (sog. „Feedback-Loops").[8] Bei plattformbasierten Geschäftsmodellen verbinden sich positive Netzwerkeffekte mit der Erweiterung des Datenzugriffs: Der Nutzen der Plattform steigt mit zunehmender Teilnehmerzahl entweder für die gleiche Plattformseite (direkte Netzwerkeffekte, z. B. soziale Netzwerke wie Facebook) oder für die andere Plattformseite (indirekte Netzwerkeffekte, z. B. Verkaufsplattformen wie Amazon).[9]Plattformbetreiber:innen neigen daher zu aggressiven Wachstumsstrategien.

Bei vertikal integrierten Plattformen sind Plattformbetreiber:innen gleichzeitig auch Nutzer:innen der Plattform (z. B. Amazon Market Place), was die Gefahr von Wettbewerbsbehinderung durch Selbstbevorzugung erhöht.[10] Auch bei Informationsintermediären besteht Missbrauchspotenzial, dies sind Plattformen, die für Endnutzer:innen das Sammeln und Ranking von Informationen vornehmen (z. B. Suchmaschinen oder Preisvergleichsdienste). Informationsverfälschungen sind für Endnutzer:innen nicht erkennbar, was sich der Intermediär zu Eigen machen kann, um Verbraucherverhalten zugunsten seines eigenen wirtschaftlichen Nutzens zu lenken.[11]

Zweiter Kernfaktor des Aufstieges der Digitalindustrie ist die Nutzung von Datenbeständen als Inputfaktor für Angebotspersonalisierung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit. Der Zugang zu Daten, die ausschließlich in der Kontrolle einzelner Marktakteure stehen, kann neue Markteintritte verhindern. Daneben ergeben sich erhebliche Spannungsfelder mit der Privatsphäre der Verbraucher:innen und dem Datenschutzrecht.[12]

---

8 BMWi, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019, S. 13.

9 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 37 f.

10 BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 17.

11 *Haucap* (Fn. 7), 28; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung (Fn. 4), S. 7.

12 *Schweitzer*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), Neue Gemeinwohlherausforderungen – Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, 2020, S. 41 (50 f.); *Haucap* (Fn. 7), 27.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *b) Digitale Ökosysteme*

Durch den rasant steigenden Einsatz von Daten als Produktionsfaktor bei plattformbasierten Geschäftsmodellen entstehen digitale Ökosysteme. Die Zusammenführung von Daten aus verschiedenen Märkten lässt neue Konglomerate entstehen. Während diese in traditionellen Industriesparten an Bedeutung verloren haben, nimmt deren Einfluss in der Digitalindustrie zu.[13] Konglomerate Strukturen können wettbewerbsschädliche Wirkungen entfalten, was auf deren Finanzkraft („deep pockets") zurückzuführen ist. Diese ermöglicht es, Verluststrategien durchzuhalten, um weniger finanzstarke Wettbewerber vom Markt zu drängen, oder sie aufzukaufen (sog. „Killer-Aquisitions").[14] Auch Kopplungsstrategien können wettbewerbsschädigende Effekte haben.[15]

## *2. Digitale Kommunikationsordnung*

Neben Transaktionsmöglichkeiten bieten Plattformunternehmen oft als soziale Netzwerke eigene Kommunikationskanäle an. Auf Online-Plattformen wie Facebook können Nutzer:innen eigene Inhalte verfassen, sowie fremde Inhalte liken oder teilen. Auf der Startseite, dem „Newsfeed", werden Nutzer:innen Inhalte von befreundeten Personen oder von Seiten, die sie abonniert haben, angezeigt. Diese werden nicht über eine redaktionelle Auswahl, sondern durch algorithmenbasierte Personalisierung vorsortiert.[16]

Soziale Netzwerke, die von privaten Wirtschaftsakteuren kontrolliert werden, organisieren und steuern Kommunikationsströme in der digitalen

---

13 BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 17.

14 Stigler-Report (Fn. 5), S. 54; BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 19.

15 *Bourreau/de Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, S. 14; BMWi, Bericht Kommission Wettbewerbsrecht (Fn. 8), S. 19; s. auch *Hovenkamp*, Digital Cluster Markets, 2021, https://ssrn.com/abstract=3820062 (letzter Aufruf am 13.4.2022).

16 Facebook beschreibt die Sortierung des Newsfeeds selbst folgendermaßen: „*[…] If you could look through thousands of stories every day and choose the 10 that were most important to you, which would they be? The answer should be your News Feed. It is subjective, personal, and unique […]*", https://about.fb.com/news/2016/06/building-a-better-news-feed-for-you/ (letzter Aufruf am 13.4.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Welt, sie prägen die Informationsverbreitung und Wahrnehmung.[17] Dadurch verschwimmen die Grenzen wirtschaftlicher und politischer Macht. Gleichzeitig nimmt die globale Verbreitung von Desinformation und Hate Speech exponentiell zu.[18] Neben dem Einfluss auf den demokratischen Meinungsbildungsprozess (a.) sind Kommunikationsplattformen Nährboden sowohl für Persönlichkeits- als auch Urheberrechtsverletzungen (b.).

### *a) Meinungsbeeinflussung*

Das deutsche BVerfG hat 2018 festgehalten, dass die Angebote der sozialen Netzwerke nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, *„sondern […] durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt [sind].*"[19]

Das Geschäftsmodell von Plattformen wie Facebook besteht im Verkauf von personalisierter Werbung,[20] womit das Unternehmen den Großteil seines Umsatzes generiert; für Nutzer:innen ist der Dienst entgeltfrei.[21] Diese Konzeption steht in einem inhärenten Spannungsfeld zum Meinungspluralismus in einer Demokratie.[22] Je mehr Zeit die Nutzer:innen auf der Plattform verbringen, desto mehr Werbeflächen kann das Unternehmen verkaufen, und desto mehr Daten kann es sammeln. Plattformbetreiber:innen haben ein großes ökonomisches Interesse daran, eine große Nutzerreichweite zu generieren und Nutzer:innen möglichst lange auf der Plattform zu halten. So wird ein suchtähnliches Nutzer:innenverhalten, hetze-

17 *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner*, CMLR 2021, 987 (991); *Paal,* MMR 2018, 567; *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641 (642); zur US-amerikanischen Diskussion s. *Franks*, The Yale Law Journal Forum 2021, 427; *Klonick* (Fn. 3), 1663; *Wu*, Is the first amendment obsolete?, 2017, S. 7; *Balkin,* Harvard Law Review 2014, 2296 (2303).

18 Das *World Economic Forum* hat bereits 2013 in seinem *Global Risks Report* von der zunehmenden Gefahr von Desinformation in sozialen Netzwerken gewarnt, http://reports.weforum.org/global-risks-2013/risk-case-1/digital-wildfires-in-a-hyperconnected-world/ (letzter Aufruf am 13.4.2022).

19 BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BVR 1675/16, BVerfGE 149, 222 Rn. 79.

20 Sog. „Microtargeting", welches es ermöglicht den Empfänger von Werbeanzeigen anhand psychografischer zu bestimmen, s. *Schemmel,* Der Staat 57 (2018), 501 (508).

21 Statista, Umsatz von Facebook nach Segmenten, https://de.statista.com/statistik/daten/studie/223277/umfrage/umsaetze-von-facebook-nach-segment-quartalszahlen/ (letzter Aufruf am 13.4.2022).

22 *Paal* (Fn. 17), 567.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rische und polarisierende Inhalte, sowie die Verletzung von Datenschutz- und Privatsphäre wirtschaftlich attraktiv.[23]

Ein Weg Nutzer:innen möglichst lange auf der Plattform zu halten sind sog. „Filter Bubbles"[24] oder Echokammern. Darunter sind Isolierungseffekte zu verstehen, welche auf Algorithmen basieren. Sie sortieren den Newsfeed so, dass tendenziell Inhalte präsentiert werden, welche ohnehin schon bestehende Meinungen bestätigen. Auf diesem Wege werden Gegenmeinungen ausgeblendet, und es entstehen in sich geschlossene Gruppen, die die gleichen Weltanschauungen teilen.[25]

Eine weitere gefährliche Form der Meinungsbeeinflussung und Desinformationsverbreitung durch Online-Plattformen sind sog. „Social Bots". Darunter sind teilautonome Computerprogramme zu verstehen, die sich in sozialen Netzwerken wie natürliche Personen verhalten, indem sie Inhalte liken, teilen, und auch eigene Nachrichten und Einträge verfassen. Zweck solcher Bots ist es, politische Diskussionen zu verzerren.[26]

### *b) Rechtsverletzungen*

Daneben ermöglichen Kommunikationsplattformen in großem Ausmaß Rechtsverletzungen, sowohl von Persönlichkeits- als auch von Urheberrechten. Diese gehen zwar nicht von den Plattformbetreiber:innen selbst aus, sondern von den Nutzer:innen, gleichwohl schaffen sie das dafür „notwendige Spielfeld".[27]

## *II. Regulierung in der Plattformökonomie zwischen freiem Wettbewerb und Meinungspluralismus*

Es zeigt sich daher, dass gesetzgeberisch dringender Handlungsbedarf besteht. Die Regulierung der Plattformökonomie in der EU stellt die Rechts-

---

23 *Khan/Pozen*, Harvard Law Review 2019, 497 (505); s. auch *Paal* (Fn. 17), 567; *Drexl*, Economic Efficiency versus Democracy, 2016, S. 10, 21. https://ssrn.com/abstract=2881191 (letzter Aufruf am 13.4.2022).

24 *Pariser*, The Filter Bubble, 2011.

25 *Schemmel* (Fn. 20), 507; *Drexl*, Economic Efficiency versus Democracy, 2016, S. 5 – 11, https://ssrn.com/abstract=2881191 (letzter Aufruf am 13.4.2022).

26 *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung, 2021, S. 31; *Schemmel* Fn. 20), 509; *Paal/Hennemann* (Fn. 17), 644.

27 *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 993.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ordnung vor umfassende Herausforderungen. Für einen Eingriff in widerstreitende Grundrechtspositionen bedarf es zunächst einer empirischen Evidenz (1.), einer umfangreichen Güterabwägung (2.), und nicht zuletzt einer Gesetzgebungskompetenz der EU (3. und 4.).

### *1. Empirische Evidenz und Relevanz in der EU*

Die Plattformökonomie zeichnet ein komplexes Bild. Zwar sind die Unternehmenskonzepte der Digitalindustrie sehr schnelllebig, die wettbewerbsschädlichen Aktivitäten digitaler Marktmacht sind aber ökonomisch weitgehend belegt oder zumindest belegbar. Auf der anderen Seite besteht noch viel Forschungsbedarf, was die sozialen Implikationen der Geschäftsmodelle im Hinblick auf den demokratiepolitischen Prozess der Meinungsbildung angeht.[28]

Dennoch zeigen diverse Skandale wie die Beeinflussung des US-amerikanischen Wahlkampfes,[29] der gewaltsame Sturm auf das Kapitol in Washington oder der Einfluss sozialer Medien auf den Krim-Konflikt[30], dass soziale Netzwerke reale Gefahren für Demokratien verursachen können. Freilich lassen sich beispielsweise die Skandale aus den USA nicht uneingeschränkt auf die EU übertragen, was unter anderem an laxeren US-amerikanischen Datenschutzstandards und einer gesteigerten Bedeutung der Meinungsfreiheit im US-amerikanischen Rechtsraum liegt. Eine politische Meinungsbeeinflussung ist aber auch in der EU möglich.[31] Bei einer Bedrohung eines demokratiepolitisch essenziellen Gutes wie der Meinungsbildung, sollte die Eingriffsschwelle nicht zu hoch angesetzt werden.

---

28 *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 999 f.

29 *Solon*, theguardian.com v. 7.9.2017, Facebook says likely Russia-based group paid for political ads during US election, https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/06/facebook-political-ads-russia-us-election-trump-clinton (letzter Aufruf am 13.4.2022); s. zum Ganzen: *Tenove*, Digital Threats to Democratic Elections, 2018, https://ssrn.com/abstract=3235819 (letzter Aufruf am 13.4.2022).

30 *Laude*, Meinungsbeeinflussung (Fn. 26), S. 43.

31 S. mit einem „proof of concept" bzgl. Deutschlands: *Papakyriakopoulos/Shahrezaye/Thieltges/Medina Serrano/Hegelich*, Informatik Spektrum 2017, 327; zur Verwendung von Social Bots in Deutschland s. auch *Laude*, Meinungsbeeinflussung (Fn. 26), S. 44.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 2. Betroffene Grundrechtspositionen

Für die Regulierung digitaler Marktmacht gilt es, den Schutz des freien Wettbewerbs mit der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) der Plattformbetreiber:innen sowie deren Eigentumsrechten (Art. 17 GRC) in Einklang zu bringen. Diese Güterabwägung ist klarer umrissen als die mehrpolige Güterabwägung in der digitalen Kommunikationssphäre. Denn die Plattformbetreiber:innen können sich hier neben ihren unternehmerischen Freiheiten auch auf ihre Meinungsfreiheit (Art. 11 GRC) inkl. der Freiheit der Medien (Art. 11 Abs. 2 GRC) berufen.[32]

### 3. EU-Digitalstrategie

Die EU plant mit ihrer Digitalstrategie einen Paradigmenwechsel im Umgang mit digitaler Dominanz im Binnenmarkt. Teil der EU-Digitalstrategie sind die Gesetzesentwürfe zum „Digital Markets Act" (DMA)[33] und dem „Digital Services Act" (DSA)[34], welche die Europäische Kommission im Dezember 2020 vorgestellt hat.

Der Regulierungsansatz ist umfassend, aber durchaus vielschichtig. Während der DSA-E Rechtsverletzungen auf Online-Plattformen und die Integrität des öffentlichen Diskurses adressiert, geht es im DMA-E um Bestreitbarkeit von bestehenden Machtpositionen und Fairness im Wettbewerb.[35] Dabei verschärft und konkretisiert der DSA-E bereits bestehende Pflichten von Plattformbetreiber:innen, während der DMA-E eine gänzlich neue sektorspezifische ex-ante Regulierung digitaler Gatekeeper einführen will.

---

32 *Denga*, EuR 2021, 569 (592).

33 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) v. 15.12.2021, COM (2020) 842, final, im Folgenden „DMA-E".

34 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG v. 15.12.2021, COM (2020) 825, final, im Folgenden „DSA-E".

35 Kommission, Pressemitteilung IP/20/2347 v. 15.12.2020.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 4. Regelungskompetenzen der EU und ihre Grenzen

Beide Gesetzesentwürfe stützen sich auf Art. 114 AEUV, welcher auf eine Rechtsangleichung in der EU abzielt, um das Binnenmarktziel der Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV und Art. 26 AEUV zu fördern.[36]

Dass sich auch der DMA-E auf Art. 114 AEUV stützt, und nicht auf die wettbewerbsrechtliche Kompetenz des Art. 103 AEUV, hat zu einer umfangreichen Debatte geführt.[37]

Auf Art. 103 AEUV können Rechtsakte gestützt werden, die für die Verwirklichung der Art. 101 f. AEUV unterstützenden Charakter haben.

Der DMA-E weicht von der Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV jedoch bei der Regulierung digitaler Ökosysteme ab. Während eine Einzelmarktbeherrschung maßgebend für die Missbrauchsaufsicht ist, richtet sich der DMA-E auf die Ermöglichung von Marktzutritten aus.[38] Das bedeutet, dass neben Art. 103 AEUV die Kompetenzerweiterungsklausel des Art. 352 AEUV herangezogen werden müsste.[39]

Nach dem Verständnis der Kommission ist der DMA-E aber nicht dem EU-Wettbewerbsrecht zuzuordnen, es handle sich um eine vom Wettbewerbsrecht getrennte Materie, die ergänzend neben Art. 101 f. AEUV tritt.[40] Die Kommission betont dabei das Harmonisierungsziel des DMA-E, einer Fragmentierung der Regulierung im Binnenmarkt solle entgegengewirkt werden.[41] Indem sie den Wettbewerbsbezug des DMA-E verneint, vermeidet sie den Rückgriff auf die Kompetenzerweiterungsklausel.[42]

---

36 *M. Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 114 AEUV Rn. 18.

37 S. etwa *Zimmer/Göhsl*, ZWeR 2021, 29 (34); *Achleitner,* Begrenzung der Marktmacht in der Digitalökonomie als Innovationsbremse?, in: Heger/Goudert (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der EU sichern, 2022, S. 77 (88)*; Lamadrid/Fernández,* JECLP 2021, 576; *Larouche/de Streel*, JECLP 2021, 542 (548); *Basedow*, ZEuP 2021, 217 (220 f.); *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198 (199).

38 *Kühling/Weck*, ZWeR 2021, 487 (500 f.); *Zimmer/Göhsl* (Fn. 37), 32; *Achleitner,* Marktmacht (Fn. 37), S. 92.

39 Die Fusionskontrollverordnung EG Nr. 139/2004 wurde bspw. auf Basis von Art. 103 AEUV und Art. 352 AEUV erlassen, weil Art. 102 AEUV die Marktstruktur nur vor internem, nicht auch vor externem Wachstum durch Zusammenschlüsse schützt, s. *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 103 AEUV Rn. 43.

40 EwGr. 10 DMA-E.

41 EwGr. 8 und 9, sowie Begründung S. 5 DMA-E.

42 Eine Doppelabstützung hätte einen einstimmigen Ratsbeschluss sowie eine Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert, s. *Ludwigs*, in: Grabitz/



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nach der Schwerpunkttheorie des EuGH muss die Wahl einer Rechtsgrundlage im Zuständigkeitssystem der EU anhand von objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Kriterien erfolgen, wozu insbesondere Ziel und Inhalt des Rechtsaktes gehören.[43]

Ziel des DMA-E ist es, faire und bestreitbare Märkte in der Digitalindustrie zu gewährleisten. Klassisches Ziel des EU-Wettbewerbsrechts ist nach Protokoll 27[44] der unverfälschte Wettbewerb. Der DMA-E verzichtet darauf, die Begriffe der „Fairness" und „Bestreitbarkeit" genauer zu definieren. Beide Aspekte dienen aber jedenfalls auch einem unverfälschten Wettbewerb.[45] Bereits die Tatsache, dass viele der Verhaltenspflichten im DMA-E an die bisherige Fallpraxis der Kommission sowie nationaler Wettbewerbsbehörden (s. unten III.1.a.) angelehnt sind,[46] untermalt den wettbewerbsrechtlichen Bezug, was für Art. 103 und 352 AEUV als zutreffende Rechtsgrundlage spricht.

Demgegenüber spricht die Regelungstechnik (s. unten III.2.) dafür, dass der DMA-E eine vom Wettbewerbsrecht getrennte Materie ist, und auf Basis von Art. 114 AEUV erlassen werden kann. Das neue Konzept des Gatekeepers knüpft nicht an eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV an.[47] Zudem folgt die vorgesehene ex-ante-Regulierung ohne Rechtfertigungsmöglichkeit nicht der klassischen ex-post-Kontrolle des EU-Wettbewerbsrechts (s. unten III.1.a.).

Die Betrachtung von Inhalt und Ziel des DMA-E führt an dieser Stelle also zu keinem klaren Ergebnis. Es stellt sich daher die Frage des Verhältnisses von Art. 114 AEUV und Art. 103 AEUV (i. V. m. dem grundsätzlich

---

Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 74. EL September 2021, Art. 103 AEUV Rn. 15.

43 EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – C-338/01, ECLI:EU:C:2004:253 Rn. 54 – *Kommission/Rat*; Urt. v. 8.9.2009 – C-411/06, ECLI:EU:C:2009:518 Rn. 45 – *Kommission/Rat und Parlament*; *M. Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 36), Art. 114 AEUV Rn. 128.

44 Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 Nr. C 155/309.

45 *Schweitzer,* ZEuP 2021, 503 (508): „*EU competition law and the DMA essentially share the same aims*".

46 S. mit einer Zuordnung der Verhaltenspflichten des DMA-E zu laufenden und abgeschlossenen Verfahren: *Caffara/Scott Morton*, VoxEu v. 5.1.2021, The European Commission Digital Markets Act: A translation, https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation (letzter Aufruf am 13.4.2022); sowie *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML, 60 (64 f.); *Kühling/Weck* (Fn. 38), 505 f.

47 EwGr. 5 DMA-E.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

subsidiären Art. 352 AEUV). Der DMA-E könnte dem EuGH die Gelegenheit geben dieses zu bestimmen. Hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 114 AEUV und Art. 106 Abs. 3 AEUV hat er entschieden, dass, sofern die jeweiligen Voraussetzungen der Kompetenzgrundlage erfüllt sind, ein Wahlrecht besteht.[48] Im Ergebnis dürfte Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage des DMA-E einer Überprüfung standhalten.[49] Etwas Anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn entsprechend den Abänderungen des Parlaments (Art. 16 Abs. 1 lit. a), in den DMA-E auch Vorschriften zu Killeraquisitionen aufgenommen werden.[50]

### *III. DMA-E*

Der DMA-E führt eine sektorspezifische ex-ante Regulierung ein, um offene, faire und bestreitbare Märkte zu gewährleisten, und ein schnelleres und flexibleres Eingreifen der Behörden zu ermöglichen. Daneben bleiben die Wettbewerbsregeln der Art. 101 f. AEUV anwendbar.[51]

---

48 EuGH, Urt. v. 19.3.1991 – C-202/88, ECLI:EU:C:120 Rn. 24 – 26 – *Frankreich/Kommission*; s. auch *Larouche/de Streel* (Fn. 37), 548.

49 *Achleitner,* Marktmacht (Fn. 37), S. 91.

50 Abänderungen des Europäischen Parlaments v. 15.12.2021 zum DMA-E (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))(1); dieses Vorhaben hat die Wettbewerbskommissarin *Vestager* in der Pressekonferenz zu den abgeschlossenen Trilog-Verhandlungen bestätigt, Kommission, Speech/22/2042 v. 25.3.2022; s. auch *Achleitner,* Marktmacht (Fn. 37), S. 92 f; für Art. 114 AEUV als zutreffende Rechtsgrundlage auch für den Erlass fusionskontrollrechtlicher Maßnahmen sprechen sich *Franck/Monti/de Streel,* Art. 114 AEUV as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers, Legal Opinion commissioned by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy v. 20.9.2021, https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (letzter Aufruf am 1.6.2022), aus.

51 EwGr. 5 DMA-E; zum Verbot der Doppelbestrafung s. *Achleitner,* Marktmacht (Fn. 37), S. 85 – 87; sowie *Schweitzer* (Fn. 45), 518: „*In particular, the principle of ne bis in idem would not hinder their parallel application. Where fines are imposed, previous fines imposed under a parallel regime need to be taken into account, however.*"



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 1. Bisherige Rechtslage

Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene gibt es Bestrebungen von Wettbewerbsbehörden, digitale Marktmacht zu begrenzen.[52] Daher lässt sich zunächst die Frage stellen, weshalb neben dem EU-Wettbewerbsrecht ein zusätzliches Regulierungsregime notwendig ist.

#### a) Bisheriger Rechtsrahmen und Praxis

Art. 102 AEUV verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Machtstellung einseitig zu missbrauchen. Die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln obliegt der Kommission, welche auf Basis der VO 1/2003 wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen feststellen, Abhilfemaßnahmen auferlegen, Verpflichtungszusagen von Unternehmen annehmen und Geldbußen verhängen kann.[53] Die Missbrauchsaufsicht durch die Kommission greift nachträglich ein. Die Kommission setzt bei der Durchsetzung des Art. 102 AEUV seit vielen Jahren auf den „more economic approach", welcher ökonomischen Bewertungsfaktoren sowie den konkreten Auswirkungen des Verhaltens eine größere Bedeutung beimisst. Dieser zeigt sich in der Praxis vor allem als Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von Effizienzgewinnen, nachgelagert zur objektiven Rechtfertigung als tatbestandsimmanente Ausnahme von Art. 102 AEUV.[54]

#### b) Europäische Kommission

Die rege Behördenpraxis gegenüber den Digitalunternehmen zeigt, dass deren Praktiken und Geschäftsmodelle bereits jetzt unter die Wettbewerbsregeln subsumiert werden können.

Die Geschäftspraktiken von Google haben mittlerweile zu drei Entscheidungen mit exorbitanten Bußgeldern geführt.[55] Das Verfahren gegen

---

52 S. mit einer umfassenden Verfahrensübersicht *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions, Unilateral Practices in the digital market, Art. N°101045, 14.7.2021.

53 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2019, Art. 102 AEUV Rn. 418 – 422.

54 *Fuchs* (Fn. 53), Art. 102 AEUV Rn. 8 u. 153 – 156.

55 Kommission, E. v. 27.6.2007 – COMP/39.740, *Google Search (Shopping);* hierzu EuG, Urt. v. 10.11.21 – T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763; Kommission, E. v. 18.7.2018 – COMP/40.099, *Google Android;* E. v. 20.3.2019 – COMP/40.411,



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Amazon zu Meistbegünstigungsklauseln beim Vertrieb von E-Books, wurde 2017 mit Verpflichtungszusagen beendet.[56] Auch gegenüber Apple sind mehrere Verfahren anhängig. Im Fokus stehen dabei die Geschäftsmodelle des „Apple App-Stores" und das Bezahlsystem „ApplePay".[57]

Gegenüber Facebook wurde das erste Verfahren vergleichsweise spät, im Juni 2021, eingeleitet. Facebook wird vorgeworfen, gegen Art. 102 AEUV verstoßen zu haben, indem es Werbedaten von Unternehmen auf anderen Märkten verwendet hat, um mit diesen sodann in Wettbewerb zu treten.[58]

### *c) Nationale Verfahren*

Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden sind aktiv.[59] Mit seinem Facebook-Beschluss[60] hat das deutsche BKartA in einer Vorreiterrolle weltweit Aufmerksamkeit erregt. Das BKartA hat im Verfahren einen Marktmachtmissbrauch auf die Ausbeutung von Nutzer:innen durch unangemessene Datenverarbeitungskonditionen gestützt, was bislang einzigartig ist.[61]

### *d) Verfahrensdauer*

Ein großer Kritikpunkt der bisherigen Fallpraxis ist die lange Verfahrensdauer. Die Erhebung von Effizienzeinreden durch die betroffenen Unternehmen ziehen Verfahren oftmals künstlich in die Länge. Die BigTech-Unternehmen verfügen über die Mittel, den Rechtsweg gegen Entscheidungen vollständig auszuschöpfen und scheuen sich auch nicht, völlig aussichtslose Rechtsmittel einzulegen, um Entscheidungen zu verzögern.[62]

---

*Google Search (Adsense);* anhängig: COMP/ 40.670, *Google – Adtech and Data-related practices.*

56 Kommission, E. v. 4.5.2017 – COMP/40.153, *E-book MFNs and related matters (Amazon);* anhängig COMP/40.462, *Amazon Marketplace*; COMP/40.703, *Amazon Buy Box.*

57 Kommission – COMP/ 40.716, *Apple-App Store Practices,* mit eigenen Verfahren bezüglich E-Books und Hörbüchern: COMP/ 40.625, sowie Musik-Streaming: COMP/40.437; zudem anhängig: COMP/40.452, *Apple – Mobile payments.*

58 Kommission – COMP/40.684, *Facebook leveraging.*

59 S. umfassend *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions (Fn. 52), S. 4 – 7.

60 BKartA, Beschl. v. 6.2.2019 – B-22/16 – *Facebook.*

61 Bestätigend BGH, Beschl. v. 23.6.2020 – KVR 69/19 – *Facebook*, s. hierzu *Schweitzer*, JZ 2022, 16.

62 *Larouche/de Streel* (Fn. 37), 546.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die überlange Dauer des *Google-Shopping*-Verfahrens[63] ist unter anderem auf fehlgeschlagene Verhandlungen von Verpflichtungszusagen zurückzuführen.

Im Durchschnitt dauerten die weiteren Kommissions-Verfahren im Digitalbereich von der Einleitung bis zur Entscheidung 2 Jahre und 8 Monate. Die Fälle vor den nationalen Wettbewerbsbehörden haben im Schnitt 1,5 Jahre gedauert, im Falle von Verpflichtungszusagen sogar weniger als ein Jahr. Vor diesem Hintergrund geht das Argument der überlangen Verfahrensdauer fehl.[64]

### *e) Erfassung digitaler Ökosysteme*

Die Praxis zeigt, dass es also durchaus möglich ist, bestimmte Verhaltensweisen auch unter den bestehenden Regelungen zu ahnden. Der Bedarf für eine branchenspezifische Regulierung begründet sich vielmehr in der Handhabung von digitalen Ökosystemen und vertikaler Integration. Die Ex-post-Kontrolle erfasst immer einzelfallabhängig und isoliert gewisse Geschäftshandlungen und nicht das übergeordnete Geschäftsmodell der Digitalunternehmen, die danach streben, systematisch ihre Marktmacht immer weiter auszubauen und ihr Ökosystem zu vergrößern. Die *Google*-Verfahren zeigen, dass die Abhilfemaßnahmen nicht das zugrundeliegende systemische Problem beseitigen, und die Unternehmen sehr schnell und flexibel auf andere wettbewerbsschädigende Geschäftspraktiken umsteigen.[65] Da es bei den Unternehmen selbst liegt, Abhilfemaßnahmen anzubieten, und diese damit einen Informationsvorsprung haben, können sie Strategiewechsel auch frühzeitig planen.[66]

Es zeigt sich, dass das europäische Wettbewerbsrecht bisher nur unzureichend eine Begrenzung digitaler Marktmacht bewirken kann, und der DMA-E dazu einen wichtigen Beitrag leisten kann.

---

63 Kommission, E. v. 27.6.2007 – COMP/39.740, *Google Search (Shopping)*, das Verfahren hat 6,5 Jahre gedauert.

64 *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions (Fn. 52), S. 11.

65 *Schweitzer/Gutmann*, e-Competitions (Fn. 52), S. 3 u.12.

66 *Kühling/Weck* (Fn. 38), 499.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 2. Regelungstechnik

Im Gegensatz zu der aus der Missbrauchsaufsicht bekannten einzelfallbezogenen Ex-post-Betrachtung, stellt der DMA-E für designierte Gatekeeper „one size fits all"-Verhaltensregeln auf.[67]

### a) Zweistufige Regulierung

Der strikt formale Regulierungsansatz des DMA-E ist zweistufig. Zunächst werden gewisse Plattformunternehmen als „Gatekeeper" eingestuft, welchen wiederum in einem nächsten Schritt Verhaltenspflichten auferlegt werden.

### b) Gatekeeper-Stellung

Betreiber:innen eines zentralen Plattformdienstes (Art. 2 Abs. 2 DMA-E) haben eine Gatekeeper-Stellung, wenn der Dienst eine erhebliche Bedeutung im Binnenmarkt hat und er eine gefestigte und dauerhafte Position innehat, oder diese in naher Zukunft erreichen wird (Art. 3 Abs. 1 DMA-E). Art. 3 Abs. 2 DMA-E konkretisiert dies durch eine Angabe von Schwellenwerten. Eine solche Gatekeeper-Stellung werden nur wenige Unternehmen in der EU einnehmen; Google, Amazon, Facebook und Apple fallen mit großer Sicherheit darunter.

### c) Verhaltenspflichten

Für Gatekeeper gelten sodann in einem zweiten Schritt die abstrakt-generellen Verbote der Art. 5 und 6 DMA-E unmittelbar, es bedarf also keiner vorausgegangenen Behördenentscheidung.

Die Vorschriften des Art. 5 DMA-E sind als Per-se-Verbote ausgestaltet und verbieten unter anderem

- die Datenzusammenführung ohne vorherige Zustimmung (lit. a),
- Meistbegünstigungsklauseln (lit. b),

---

67 *Schweitzer* (Fn. 45), 534; *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 1003.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- Ausschließlichkeitsbindungen (lit. c),
- Kopplungsgeschäfte (lit. f).

Auch die Pflichten des Art. 6 DMA-E sind unmittelbar anwendbar. Soweit eine Einhaltung nicht bereits durch einseitige Maßnahmen des Gatekeepers sichergestellt ist, sind diese im Regulierungsdialog (Art. 7 Abs. 2 DMA-E)[68] mit der Kommission einzelfallabhängig zu präzisieren. Art. 6 regelt DMA-E unter anderem:

- Datenverwendung im Wettbewerb mit Kunden (lit. a),
- Softwareflexibilität (lit. b u. c),
- Selbstbevorzugung (lit. d),
- Erschweren von Multi-Homing (lit. e),
- Datenportabilität (lit. h) sowie Datenzugang (lit. i).

### *d) Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit*

Der DMA-E sieht nur sehr eingeschränkt Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Nach Art. 8 DMA-E können Gatekeeper die Aussetzung aus ökonomischen Gründen beantragen, und für einzelne Regelungen des Art. 5 und 6 DMA-E sind gewisse tatbestandsimmanente Ausnahmen möglich (s. Art. 6 Abs. 1 lit. b u. lit. c, S. 2 DMA-E). In Art. 7 Abs. 2 DMA-E ist ein Regulierungsdialog mit der Kommission vorgesehen. Ansonsten verzichtet der DMA-E darauf, Verhaltensweisen von Gatekeepern auf ihre konkrete Schädlichkeit hin zu überprüfen.

Das wird von der Literatur teilweise stark kritisiert. Da nicht ausgeschlossen sei, dass von Art. 5 und 6 DMA-E auch unschädliche Verhaltensweisen erfasst würden,[69] ruft dies aufgrund der Schwere der Grundrechtseingriffe in die wirtschaftlichen Freiheiten der Unternehmen Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit hervor.[70]

Da der DMA-E aber gerade eine schnellere und striktere Intervention gegenüber Gatekeepern anstrebt, ist dies auch kohärent. Insbesondere die Erhebung von Effizienz-Einreden durch die Unternehmen, und die folgenden zeitintensiven ökonomischen Analysen verlangsamen die Rechtsdurchsetzung immens (s. oben III.1.b.).

---

68 S. auch EwGr. 29 DMA-E.

69 *Zimmer/Göhsl* (Fn. 37), 53; *Schweitzer* (Fn. 45), 535; s. auch *Kühling/Weck* (Fn. 38), 510.

70 *Lamadrid/Fernández* (Fn. 37), 586; *Zimmer/Göhsl* (Fn. 37), 53.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen

Die Sperrklausel des Art. 1 Abs. 5 DMA-E bestimmt, dass nationale Gesetzgeber Gatekeepern keine weitergehenden Pflichten auferlegen dürfen. Art. 1 Abs. 6 DMA-E enthält eine Öffnungsklausel für nationale kartellrechtliche Regelungen.

Ob der kürzlich in Deutschland in Kraft getretene § 19a GWB,[71] welcher eine sektorspezifische Regulierung bestimmter digitaler Plattformunternehmen eingeführt hat, durch Inkrafttreten des DMA auf EU-Ebene verdrängt wird, oder als kartellrechtliche Regelung unter die Öffnungsklausel fällt, ist offen.[72] Aus unionsrechtlicher Sicht ist jedenfalls nicht auf die Bezeichnung als Kartellrecht, sondern den Inhalt von § 19a GWB abzustellen, da ansonsten die Sperrklausel des Art. 1 Abs. 5 DMA-E umgangen werden könnte.

## IV. DSA-E

Der DSA-E will einen Transparenz- und Rechenschaftsrahmen für Online-Plattformen einführen, um einen besseren Schutz von Verbrauchern sowie ihrer Grundrechte im Internet zu gewährleisten.

### 1. Bisherige Rechtslage

#### a) EU

Der Aufstieg von Plattformen wie Facebook oder YouTube wurde erst durch deren Haftungsprivilegierungen für nutzergenerierten Inhalt ermög-

71 10. GWB-Novelle, BGBl. 2021, I S. 2.

72 *Zimmer/Göhsl* (Fn. 37), 58 f., wonach § 19a GWB „wohl weiterhin anwendbar" bleibt; für eine Weitergeltung des § 19a GWB s. auch: *Lamadrid/Fernández* (Fn. 37), 580; *Haus/Weusthof*, WuW 2021, 318 (324); *Jovanovic/Greiner,* MMR 2021, 678 (679); für eine Sperrwirkung des DMA: *Gielen/Upues*, EuZW 2021, 627 (631); *Paal/Kumkar*, NJW 2021, 809, (815); *Schweitzer* (Fn. 45), 518.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

licht. Diese wurden 1996 in den USA im Communication Decency Act[73] und in Europa 2000 in der E-Commerce-Richtlinie[74] verankert.[75]

Plattformunternehmen für Rechtsverletzungen durch nutzergenerierte Inhalte verantwortlich zu machen, ist durchaus schwierig, da Rechtsverletzungen eben nicht von den Plattformunternehmen selbst ausgehen. Diese bieten lediglich die Kommunikationsfläche (s. oben I.2.b.). Demgegenüber ist die Philosophie der Unternehmensgründer von einem erschreckenden Desinteresse an schädlichen Effekten und Rechtsverletzungen auf ihren Kommunikationsplattformen geprägt.[76] Das Motto des Facebook-Gründers *Mark Zuckerberg* ist bekanntermaßen „*Move fast and break things*".[77]

### *b) Nationale Bestrebungen*

Mitgliedstaatliche Gesetzgeber haben auf die Zunahme von Hate Speech und Desinformation reagiert. Im Fokus der gesetzgeberischen Aktivitäten stehen prozedurale Vorgaben zum Umgang mit Nutzerbeschwerden. In Österreich trat 2020 das Kommunikationsplattformen-Gesetz (Kopl-G)[78] in Kraft.[79] Das französische „Loi Avia" wurde noch vor Inkrafttreten aufgrund von zu kurzen Bearbeitungsfristen für verfassungswidrig erklärt.[80] In Deutschland wurde 2017 das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)[81] erlassen, welches eine Diskussion über überschießende Löschaktivitäten

73 S. hierzu *Klonick* (Fn. 3), 1608.
74 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 Nr. L 178/1.
75 *Wagner*, GRUR 2020, 329 (333); *Kühling*, ZUM 2021, 461 (462); *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 992.
76 *Taplin*, Move fast and break things, 2017, zur "*don't ask permission*"- Philosophie des Google-Gründers Larry Page, S. 97 – 102.
77 S. bspw. *Taneja*, "The Era of 'Move fast and break things' is over", v. 22.1.2019 https://hbr.org/2019/01/the-era-of-move-fast-and-break-things-is-over (letzter Aufruf am 13.4.2022).
78 ÖBGBl. 2020 I Nr. 151, S. 1.
79 S. hierzu *Fischer/Kettemann/Rachinger*, ÖJZ 2020, 125.
80 Conseil Constitutionnel, Urt. v. 18.6.2020 – 2020-801 DC.
81 BGBl. 2017 I, S. 3352.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Plattformbetreiber:innen (sog. „Overblocking"), die in Konflikt mit der Meinungsfreiheit der Nutzer:innen geraten, befeuert hat.[82]

Inhaltlich erfasst das NetzDG nur strafbare Inhalte (§ 1 Abs. 3). Desinformation ist bis auf wenige Ausnahmen (bspw. § 130 Abs. 3 StGB) strafrechtlich nicht erfasst.[83] Das bedeutet, dass die Verantwortung für den Umgang von Desinformation weiterhin bei den privaten Plattformbetreiber:innen liegt.

### *c) Regelsetzung durch Plattformen*

In Nutzungsbedingungen, AGB und „Gemeinschaftsstandards" legen soziale Netzwerke fest, welche Art von Inhalten toleriert werden, und setzen Standards für ihre Lösch- und Sperraktivitäten.[84] Zivilrechtlich gesehen üben sie damit ihr (virtuelles) Hausrecht (in Deutschland §§ 862, 1004 BGB) aus.[85] Dadurch werden sie zu privaten Regelsetzern für demokratierelevante Kommunikationsprozesse.[86]

## *2. Regelungstechnik*

Der DSA-E will nun einen einheitlichen Transparenz- und Rechenschaftsrahmen für Online-Plattformen in der EU aufstellen. Adressaten des DSA-E sind nach Art. 1 Abs. 3 DSA-E Vermittlungsdienste, die für Nutzer:innen mit Wohnsitz oder Niederlassung in der Union Dienste erbringen.

### *a) Fortgeltung der Haftungsprivilegierung*

Der DSA-E hält an der Haftungsprivilegierung aus der E-Commerce-Richtlinie fest, deren Regelungen in Art. 3 – 5 DSA-E überführt werden, ohne dass es zu inhaltlichen Änderungen kommt (Art. 71 DSA-E). Auch die

82 S. etwa *Guggenberger*, ZRP 2017, 98.
83 S. hierzu auch *Denga* (Fn. 32), 573.
84 Zu Löschungen und Sperrungen auf sozialen Netzwerken s. *Raue*, JZ 2018, 961; *Friehe* NJW 2020, 1697.
85 *Schweitzer* (Fn. 3), 5.
86 *Kettemann/Schulz/Fertmann* (Fn. 3), 139; s. auch *Klonick* (Fn. 3), 1589.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsprechung des EuGH soll weiterhin beachtet werden, wie der DSA-E betont.[87]

### *b) Illegaler Inhalt*

Inhaltlich knüpft der DSA-E an den Begriff des „illegalen Inhalts" an. Nach Art. 2 lit. g DSA-E sind dies *„alle Informationen, die in irgendeiner Weise gegen das Unionsrecht oder das Recht eines Mitgliedstaates verstoßen.*" Die Haftungsprivilegierung gilt für jegliche illegale Inhalte, es wird nicht zwischen Urheberrechts- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder strafrechtlichen Verstößen unterschieden.[88]

Der DSA-E geht damit weiter als das deutsche NetzDG, welches nur auf strafbare Inhalte anwendbar ist. Auch er verzichtet aber auf eine gezielte Ansprache von Desinformation und belässt es bei der ohnehin bestehenden Selbstregulierung durch die Vermittlungsdienste.[89] Eine Definition besonders schädlicher Inhalte wäre wünschenswert gewesen, um diese bei Löschaktivitäten zu priorisieren.[90] Demgegenüber ist die rechtliche Definition von Desinformation freilich eine diffizile Aufgabe.[91]

### *c) Abgestufte Verantwortlichkeit*

Der Pflichtenkatalog des DSA-E sieht eine gestufte Verantwortlichkeit für verschiedene Vermittlungsdienste vor.[92] Während für Infrastrukturanbieter lediglich rudimentäre Pflichten gelten, erweitern sich diese schrittweise. Für sehr große Online-Plattformen mit 45 Mio. Nutzer:innenn in der EU (Art. 25 DSA-E) macht der DSA-E die strengsten Vorgaben.

---

87 EwGr. 16 und 19 DSA-E.
88 *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 1005.
89 *Kühling,* ZUM 2021, 461 (470); *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634).
90 *Eifert/Metzger/Schweitzer/Wagner* (Fn. 17), 1000.
91 *Ó Fathaigh/Helberger/Appelman,* The perils of legally defining disinformation, 2021, S. 15, https://ssrn.com/abstract=3964513 (letzter Aufruf am 13.4.2022).
92 S. mit dem Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten: *Kettemann/Schulz/Fertmann* (Fn. 3), 139.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *d) Melde- und Abhilfeverfahren*

Im Fokus des DSA-E stehen – ähnlich zum deutschen NetzDG oder dem österreichischen Kopl-G – Verfahrensvorgaben zum Umgang mit Nutzerbeschwerden.[93]

Jeder Hosting Anbieter muss ein benutzerfreundliches System zur Meldung von rechtswidrigen Inhalten anbieten (Art. 14 DSA-E). Über die Gründe für Löschungen und Sperrungen müssen Betroffene informiert werden (Art. 15 DSA-E). Online-Plattformen müssen weder nachgelagert noch ein internes Beschwerdemanagement einrichten (Art. 17 DSA-E) und niedrigschwelliges außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren ermöglichen (Art. 18 DSA-E). Sehr große Online-Plattformen werden darüber hinaus verpflichtet, einmal jährlich alle wesentlichen Systemrisiken aus dem Betrieb und der Nutzung ihrer Dienste zu ermitteln, analysieren und bewerten (Art. 26 DSA-E). Zu diesem Zwecke müssen sie zudem nach Art. 31 DSA-E Daten an Wissenschaftler:innen oder den „Digital Services Coordinator" zur Verfügung stellen.[94]

### *e) Moderation von nutzergeneriertem Inhalt und Bindung an die GRC*

Neben den umfangreichen prozessualen Vorschriften macht lediglich Art. 12 Abs. 2 DSA-E materielle Vorgaben für die Content-Moderation. Demnach müssen Dienstanbieter *„sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig vor [gehen]und […] dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die geltenden Grundrechte der Nutzer, die in der Charta verankert sind […]*" berücksichtigen.

Dies wirft die schwierige Frage der Bindung Privater an die GRC auf. Inwiefern Unionsgrundrechte eine Horizontalwirkung entfalten, ist noch nicht abschließend geklärt.[95] Nach Art. 51 Abs. 1 GRC sind nur die Union selbst sowie die Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts an die

93 *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (636).

94 S. hierzu *Leerssen*, in: Richter/Straub/Tuchtfeld (Hrsg.), To Break Up or Regulate Big Tech, 2021, S. 55, https://ssrn.com/abstract=3932809 (letzter Aufruf am 13.4.2022).

95 S. etwa *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 51 GRC Rn. 24 – 27.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

GRC gebunden. Private sind vom Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 GRC nicht erfasst, jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.[96]

Der EuGH hat etwa für Art. 21 GRC[97] und Art. 31 Abs. 2 GRC[98] eine Horizontalwirkung angenommen, in der Rs. *Google Spain* auch für Art. 7 und 8 GRC.[99] Diese Rechtsprechung könnte auch auf die Konstellation des Art. 12 Abs. 2 DSA-E übertragen werden. Die Pflicht des Suchmaschinenbetreibers Google bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die Interessen der betroffenen Person aus Art. 7 und 8 GRC mit dem Interesse der Öffentlichkeit an der Zugänglichkeit zu einer Information abzuwägen, ähnelt der in Art. 12 Abs. 2 DSA-E vorgesehenen Verpflichtung zur Moderation von nutzergeneriertem Inhalt. Zudem betrifft die Rs. *Google Spain* mit Art. 7 und 8 GRC gleichermaßen medien- und marktrelevante Garantien der GRC, wie es bei Art. 11 GRC und dem DSA-E der Fall ist.

Dass der Unionsgesetzgeber Gewährleistungen des Primärrechts sekundärrechtlich konkretisieren darf, ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 u. Abs. 6 EUV und ist in der Praxis durchaus üblich.[100]

Die Unionsgrundrechte gehören zu den Werten der Union, deren Verwirklichung ein Ziel der Union ist (Art. 3 Abs. 1 u. 6 EUV). Die Ziele der Union binden den Gesetzgeber (Art. 13 Abs. 1 u. Abs. 2 EUV), welcher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, ihnen Geltung zu verschaffen. Dabei ist es unvermeidlich, den Inhalt von Grundrechten und Werten zu konkretisieren und fortzubilden. Jüngst hat der EuGH dies zur Rechtsstaatlichkeit in seiner Entscheidung zur Konditionalitätsverordnung (EU, Euratom) 2020/2092 bestätigt.[101]

---

96 EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 76 – *Egenberger*; Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 – *Bauer*.

97 EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 76 – *Egenberger*; Urt. v. 22.1.2019 – C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 Rn. 76 – *Cresco Investigation*.

98 EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 87 – *Bauer.*

99 EuGH, Urt. v. 13.4.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 81 – *Google Spain.*

100 S. nur RL 2004/38/EG, welche Art. 21 AEUV konkretisiert; a. A. *Denga* (Fn. 32), 584.

101 EuGH, Urt. v. 16.2.2022, ECLI:EU:C:2022:97 Rn. 231 – 237 – *Ungarn/Parlament und Rat*; s. zum Ganzen *Schroeder*, in: Rosas/Raitio/Pohjankoski (Hrsg.), The Rule of Law's Anatomy in the EU, 2022, *im Erscheinen (Hart Publishing)*.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 3. Verhältnis zu nationalen Bestrebungen

Im DSA-E ist, anders als im DMA-E (s. oben III.3.), keine Öffnungsklausel für nationale Rechtsvorschriften vorgesehen. Demnach würden Teile des NetzDG mit Inkrafttreten des DSA auf EU-Ebene verdrängt.[102]

## V. Plattformregulierung und Gemeinwohlförderung durch freien Wettbewerb

Die Regulierungsbestrebungen der EU sind zu begrüßen. Sie sind aber nicht fehlerlos. Vor dem Hintergrund der Komplexität und der Neuartigkeit der Materien ist dies nicht überraschend.

Der DMA-E schafft neben dem Wettbewerbsrecht ein gänzlich neues Regulierungsregime. Demgegenüber muss sich der DSA-E in ein bestehendes, komplexes Regelungssystem einfügen. Die mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse in der digitalen Kommunikationssphäre machen die Rechtsetzung nicht einfacher.

Die Verantwortung für die Moderation von nutzergeneriertem Inhalt, und damit auch für Meinungsfreiheit und Meinungspluralismus, obliegt privaten Wirtschaftsakteuren. Nach der Vorstellung der Kommission sollen die Anbieter von Vermittlungsdiensten *„für ein sicheres Online-Umfeld […] sorgen, das es den Bürgerinnen und Bürgern der Union und anderen Betroffenen ermöglicht, ihre Grundrechte, insbesondere ihr Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, frei auszuüben*."[103]

Dies mag mit Blick auf die hohe Demokratierelevanz zunächst befremdlich wirken, ist jedoch richtig. Es wäre schon ökonomisch gar nicht möglich, die inhaltliche Prüfung jeglicher Aktivitäten auf sozialen Netzwerken in Staatshand zu geben.[104] Der DSA-E setzt mit seinen Verfahrens- und Transparenzvorschriften sowie der Bindung von Online-Plattformen an Grundrechte und Werte der Union einen notwendigen Startpunkt für die Regulierung der Content-Moderation.

Ein wert- und grundrechtsbasierter Ansatz für die Plattformregulierung ist zu begrüßen. Es ist aber eine Illusion zu glauben, dass BigTech-Unternehmen Gemeinwohlaspekte über ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen

---

102 *Schleif/Kettemann*, Komplementär oder konkurrierend: NetzDG und DSA, 9.8.21, https://leibniz-hbi.de/de/blog/komplementaer-oder-konkurrierend-netzdg-und-dsa (letzter Aufruf am 13.4.2022).

103 Begründung DSA-E, S. 7.

104 *Denga* (Fn. 32), 577 u. 581.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stellen werden. Private Wirtschaftsakteure streben natürlicherweise nach Gewinn und Marktkonzentration.[105]

Daher sollten zusätzlich wirtschaftliche Anreize gesetzt werden, Plattformen zu einem ausgewogenen Moderationsverhalten zu bewegen. Moderationspolitik kann, sowohl bei überschießenden Löschaktivitäten, als auch bei einer zu liberalen Handhabung zur Abwanderung von Nutzer:innen führen.[106] Bestehen Ausweichoptionen zwischen Plattformangeboten, können Nutzer:innen ihr bevorzugtes Regelungsregime wählen, was zu einem Wettbewerb um die vorbildlichste Moderationspolitik führen würde.

Ein solcher „market for rules"[107] setzt aber einen freien Wettbewerb in der Plattformindustrie voraus, da ohne Alternativanbieter die Disziplinierungsfunktion der Nachfrage nicht greifen kann.[108]

An dieser Stelle setzt der DMA-E an. Erreicht er sein Ziel, die verfestigten Machtkonzentrationen aufzuweichen und neue Markteintritte zu ermöglichen, kann dies gemeinwohlfördernde Effekte haben.

Den Beitrag des DMA-E zum Gemeinwohl hat auch Wettbewerbskommissarin *Vestager* beim Abschluss der Trilog-Verhandlungen betont: *[…] there is also democracy in this proposal, because a fair market place is part of the democracy.*"[109]

---

105 „*Monopolists lie to protect themselves*", *Thiel*, „Competition Is for Losers", The Wall Street Journal v. 12.9.2014, https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536 (letzter Aufruf am 13.4.2022); s. auch *Khan/Pozen* (Fn. 23), 497.

106 *Denga (Fn. 31)*, 574.

107 *Pozen*, Anarchy, State and the Internet, 1995 J. ONLINE L Rn. 42.

108 *Schweitzer* (Fn. 3), 8.

109 Kommission, Speech/22/2042 v. 25.3.2022.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung der Rechtswissenschaftler:innen

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung und Distanziertheit im juridischen Feld: Eine Habitusanalyse im Anschluss an Pierre Bourdieu

*Antonia Paulus*[*]

## *Inhaltsübersicht*


I. Zur verwendeten Methode 96

II. Das Ideal der Distanz 97

1. Der juridische Habitus 98

2. Der prekäre Status der Distanz 101

III. Verantwortungsrhetoriken 102

1. Der Verantwortungsbegriff 102

2. Fünf Arten der Verantwortungsthematisierung 103

a) Die Verantwortungszuweiserin 104

b) Verantwortung als Abstraktum 104

c) Verantwortung für die Rechtspraxis 105

d) Kollektivverantwortung und beredtes Schweigen 107

aa) Staatsrechtslehre und Nationalsozialismus 107

bb) Staatsrechtslehre und Corona 109

e) Individuelle Verantwortung 110

aa) Fremdzuschreibungen 111

bb) Selbstzuschreibungen individueller Verantwortung 112

IV. Schlussbetrachtung 113


Rechtswissenschaftler:innen haben „Handlungsmacht, agency, und tragen daher Verantwortung".[1] Feststellungen wie diese von *Armin von Bogdandy* sind nicht selten. Als Rechtswissenschaftler:innen würden wir wohl alle intuitiv der Aussage zustimmen, dass wir Verantwortung tragen und dass auch der Disziplin selbst, der Wissenschaft vom öffentlichen Recht, eine

* Für hilfreiche Hinweise und Diskussionen danke ich Johannes Gallon, Benedikt Huggins, Laura Wisser und Clara Paulus.

1 *V. Bogdandy,* Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 424.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

besondere Verantwortung zukommt. So sicher, wie sich diese allgemeine Aussage bejahen lässt, so unbestimmt ist aber auch ihr Inhalt.

In diesem Beitrag folge ich der These, dass der prägende Einfluss des juridischen Habitus an der Art und Weise nachgewiesen werden kann, auf die Verantwortung im rechtswissenschaftlichen Diskurs thematisiert wird. Das verinnerlichte Ideal einer distanzierten, asketischen Wissenschaftspraxis ist insbesondere mit der Thematisierung individueller Verantwortung nur schwer vereinbar. Eine abstrakte Verantwortung der Disziplin für Verfassung und Demokratie hingegen kann der Verwirklichung des Ideals dienlich sein.

Nach einführenden Hinweisen zu meiner Methode übertrage ich *Pierre Bourdieus* Konzept des juridischen Habitus auf die Besonderheiten der Wissenschaft vom öffentlichen Recht in Deutschland. Sodann untersuche ich, wie sich der Habitus auf die Verantwortungsthematisierung innerhalb der Disziplin auswirkt und arbeite dazu verschiedene Verantwortungstypen heraus. Diese Untersuchung erfolgt anhand einer Auswertung der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) der letzten zwanzig Jahre.

## *I. Zur verwendeten Methode*

Der bei der Untersuchung verfolgte Erklärungsansatz ist ein wissenssoziologischer, er fragt also nach den Funktionsweisen unserer Disziplin und sucht aus diesen heraus nach einer Erklärung. Dies erfolgt anhand einer Analyse der VVDStRL der Jahre 2000 bis 2021 und wird durch eine Auswertung weiterer reflexiver Texte zur Fachkultur der Rechtswissenschaft ergänzt. Ich habe dazu die Verantwortungsthematisierungen nach den jeweiligen Verantwortungssubjekten codiert (Rechtswissenschaftler:innen, Richter:innen, Bürger:innen, die Rechtswissenschaft als solche, Gerichte und andere staatliche Institutionen) und im Anschluss die Konstellationen eingehender analysiert, die sich mit der Verantwortung von Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaftler:innen befassen.

Für die VVDStRL als Datengrundlage habe ich mich entschieden, weil diese die zentrale Fachtagung unserer Disziplin dokumentieren, auf der sowohl inhaltliche als auch fachpolitische Debatten stattfinden.[2] Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) bildet nicht alle Aspek-

2 Zum Stellenwert der VDStRL *Schulze-Fielitz,* Die Wissenschaftskultur der Staatsrechtsrechtslehrer, 2022, S. 162.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

te des Diskurses der Wissenschaft vom öffentlichen Recht in Deutschland ab; insbesondere jüngere, nicht habilitierte Wissenschaftler:innen werden durch dieses Vorgehen ausgeblendet.[3] Diese Verengung ist aber bei einer Untersuchung des juridischen Habitus nicht unangemessen. Denn es geht in diesem Beitrag ja gerade um die Darstellung dessen, was in unserer Disziplin der herrschende Habitus oder, anders ausgedrückt, der „legitime Lebensstil"[4] ist, in den gerade auch die jüngeren Wissenschaftler:innen hineinwachsen.

Als Voraussetzung dieser Analyse soll zunächst *Pierre Bourdieus* Begriff des juridischen Habitus auf die Spezifika der Wissenschaft vom öffentlichen Recht in Deutschland übertragen werden.

## *II. Das Ideal der Distanz*

*Pierre Bourdieus* rechtssoziologische Studien sind fragmentarisch geblieben. Die Grundlagen seines rechtssoziologischen Denkens müssen daher im Kontext seiner übergeordneten Gesellschaftstheorie gelesen werden, in der ihm das Recht oft als Abgrenzungsfolie für seine Thesen dient.[5] In der deutschen Rechtssoziologie wurde *Bourdieu* lange Zeit nur sporadisch rezipiert. In jüngerer Zeit wird jedoch im Bereich der juristischen Ausbildungsforschung und der Reflexion über die Fachkultur unserer Disziplin zunehmend an seine Arbeiten angeknüpft.[6]

3 Zu den Zugangsvoraussetzungen *Schulze-Fielitz,* Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 37 – 39 und zu den Unterschieden gegenüber anderen Fachgesellschaften S. 7 – 13.

4 *Bourdieu*, Die feinen Unterschiede, 26. Aufl., 2018, S. 388 f.

5 Einführend, *Kretschmann,* Pierre Bourdieus Beitrag zur Analyse des Rechts, in: Dies. (Hrsg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, 2019, S. 10 (12).

6 Vgl. aus jüngerer Zeit *Brachthäuser*, KJ 2021, 284; die Beiträge von *Wrase, Maiwald, Böning*, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, 2017; *Böning,* Jura studieren: eine explorative Untersuchung im Anschluss an Pierre Bourdieu, 2017; *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 144 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 1. Der juridische Habitus

Laut *Bourdieu* muss man, um Recht zu verstehen, die Jurist:innen verstehen.[7] Diese akteurszentrierte Perspektive lässt sich von instrumentalistisch-marxistischen Rechtstheorien abgrenzen, die Recht auf ein Mittel zur Durchsetzung von Partikularinteressen und zur Stabilisierung von Herrschaftsverhältnissen reduzieren.[8] Sie wendet sich aber auch gegen ein formalistisches Rechtsverständnis, das Recht als autonomes, in sich abgeschlossenes System konzeptualisiert und damit die logische Struktur und das soziale Feld, das diese Struktur hervorbringt, in eins setzt.[9] *Bourdieus* Rechtstheorie oszilliert daher im „Sowohl als auch": Das juridische Feld ist zwar relativ unabhängig von äußeren Einflüssen, operiert jedoch nicht strikt nach dem Code „Recht/Unrecht".[10] Stattdessen ist das Feld durch spezifische Machtverhältnisse und vor allem auch Machtkämpfe strukturiert, in denen die Handlungsmöglichkeiten der Akteur:innen durch die juristische Logik beschränkt sind.[11]

Die Analyse der Verhaltensweisen von Jurist:innen als Schlüssel zum Rechtsverständnis basiert also auf der Überzeugung, dass sich an diesen Beobachtungen über die Regeln des Feldes machen lassen. Diese Regeln, denen die Feldangehörigen folgen, ohne sie selbst klar benennen zu können und mitunter auch ohne sich ihrer bewusst zu sein, beschreibt *Bourdieu* auch mit dem Begriff des *Habitus.* Dieser bezeichnet ein „zwar subjektives, aber nicht individuelles System verinnerlichter Strukturen".[12] Der Habitus bringt Praxisformen hervor, ist also deren *Erzeugungsprinzip*; zugleich generiert er als *Klassifizierungsprinzip* die Bewertungs-, Wahrnehmungs- und Denkschemata der Handelnden.[13] Durch diese Doppelrolle erschafft der

---

7 Vgl. *Bourdieu,* Praktische Vernunft, 8. Aufl., 2012, S. 122.

8 Vgl. *Bourdieu,* Die Kraft des Rechts, in: Kretschmann (Hrsg.), Rechtsdenken (Fn. 5), S. 35 (36), der seine Kritik am Rechtsverständnis Louis Althussers entwickelt; vgl. dazu *Althusser,* Ideologie und ideologische Staatsapparate, 1977.

9 So die Kritik von *Bourdieu,* Kraft (Fn. 8), S. 35, der sich hierbei auf die Rechtsverständnisse Niklas Luhmanns und Hans Kelsens bezieht.

10 *Bourdieu*, Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei, in: Kretschmann (Hrsg.), Rechtsdenken (Fn. 5), S. 29.

11 Eingehender zum Begriff des *Feldes* vgl. *Bourdieu,* Soziologische Fragen, 2014, S. 107 – 114; anders als Luhmanns *System*-Begriff reflektiert das Feld ein hierarchisches Verhältnis, in dem Positionsgewinne immer auf Kosten der anderen Feldangehörigen gemacht werden, vgl. dazu *Schwingel,* Analytik der Kämpfe, 1993.

12 *Bourdieu,* Entwurf einer Theorie der Praxis, 4. Aufl., 2015, S. 188.

13 *Bourdieu,* Praxis (Fn. 12), S. 167 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Habitus Handlungsweisen und Erwartungen, die mit den objektiven Bedingungen und dem Verhalten der anderen Angehörigen des Feldes im Einklang sind. So entstehen fein aufeinander abgestimmte Handlungsmuster, in denen die gesellschaftlichen Verhältnisse den eigenen Erwartungen entsprechen und ihre Kontingenz naturalisiert wird.[14]

Geprägt ist der Habitus in erster Linie durch die primäre Sozialisation in der Herkunftsfamilie. Aber auch die professionelle Sozialisation, insbesondere die Jurist:innen-Ausbildung, hat entscheidenden Einfluss.[15]

In der Beschreibung des juridischen Habitus stehen die beiden Begriffe *distanziert* und *asketisch* im Mittelpunkt.[16] Ihre Relevanz lässt sich mit Rückgriff auf *Bourdieus* Rechtsverständnis erklären. Recht ist danach in jedem Fall Ergebnis eines politischen Entstehungsprozesses, unabhängig davon, ob dieser demokratisch ausgestaltet ist oder nicht. Durch staatliche Normierung wird das ursprünglich partikulare Interesse *universalisiert*.[17] Als Rechtsnorm ist es nicht mehr Ausdruck einer politischen Position, sondern eine universell zu befolgende und anzuwendende Regel. Schlüssel zur allgemeinen Anerkennung der Legitimität der Norm ist diese Universalisierungsleistung, also das Vergessenmachen des politischen Ursprungs von Recht durch die Angehörigen des juridischen Feldes.[18]

Um vergessen zu machen, dass die Unabhängigkeit des juridischen Feldes nur eine relative ist, müssen Jurist:innen die Distanz zu anderen Feldern beständig reproduzieren, was sich auch im juridischen Habitus widerspiegelt. Insbesondere die Distanz zu den beiden besonders einflussreichen Feldern, dem politischen und dem ökonomischen Feld, steht dabei immer wieder in Frage. Eine zu starke Involviertheit in die bearbeiteten Fragen gilt daher als unschicklich und – was noch wichtiger ist – als dysfunktional: Denn nur die distanzierte Selbstrepräsentation ermöglicht die Umwandlung eines Konflikts in einen juristischen Fachdialog zwischen Expert:innen. Diese Umwandlung ist erforderlich, um den Rechtssuchen-

14 *Bourdieu,* Praxis (Fn. 12), S. 324.

15 Zur Ausbildung des professionellen Habitus im Zuge der juristischen Ausbildung vgl. *Maiwald,* Warum ist die Herstellung von Recht professionalisierungsbedürftig?, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Profession (Fn. 6), S. 11 (33 – 38); zu den dabei wirksamen Selektions- und Schließungsmechanismen im gleichen Band *Böning,* Gleiches Recht für alle?, S. 59.

16 *Bourdieu,* Kraft (Fn. 8), S. 51 f.

17 *Bourdieu,* Sociological Theory, 1994, 1 (17 f.).

18 Zum Universalitätsideal als Legitimitätsquelle *Bourdieu* (Fn. 17), 15; zur Reproduktionsleistung der Feldangehörigen vgl. *Bourdieu,* Kraft (Fn. 8), S. 65; *Bourdieu,* Meditationen. Zur Kritik der scholastischen Vernunft, 2017, S. 159.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den den Eindruck zu vermitteln, dass ihre Anliegen allein nach juristischen Kriterien bearbeitet werden.

Laut *Bourdieu* handelt es sich hierbei um eine notwendige Selbstlüge. Nur indem die Jurist:innen am Glauben an die Autonomie des Rechts festhalten, können sie auch den Rechtssuchenden diese Überzeugung vermitteln und dem Recht zu seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit verhelfen.[19] Dieser Glaube ist insofern auch selbsterfüllende Prophezeiung, als er tatsächlich zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung beiträgt und somit hilft, dem Ideal des universellen, von gesellschaftlichen Machtverhältnissen unabhängigen Rechtssystems näher zu kommen. Dieser Nimbus der Neutralität lebt außerdem von der Hingabe an die jeweils herrschende Ordnung, die auch als „Nichtangriffspakt" zwischen juridischem und politischem Feld bezeichnet werden kann.[20]

Um im juridischen Feld erfolgreich tätig zu sein, müssen Jurist:innen diese Haltung der Distanz und Gleichgültigkeit verinnerlichen und in vielen Fragen zum Maßstab ihres Handelns machen. Die universalisierende, distanzierte Grundhaltung der Jurist:innen zeigt sich in ihrer Sprache und ihrem Argumentationsverhalten.[21] Hieran anschließend sei an die zweite Charakterisierung erinnert: Jurist:innen sind *asketisch.* Dieser Begriff schließt an *Max Webers* Konzept der innerweltlichen, auf Rationalisierung der eigenen Lebensführung angelegten Askese an, die die Selbstversagung in sich trägt: Es ist nicht so, als hätten Jurist:innen keine politischen oder ökonomischen Interessen. Um sich ihrer Position würdig zu erweisen, müssen sie sich diese aber versagen, so wie sich der Asket gewisse Genussmittel verwehrt, um Zugang zu einem höheren Geisteszustand zu erhalten.[22]

Die Rede von *dem* juridischen Habitus ist jedoch pauschalisierend. *Bourdieu* selbst orientiert sich in erster Linie am richterlichen Habitus und die beschriebenen Notwendigkeiten des Feldes lassen sich wohl auch auf Rechtswissenschaftler:innen übertragen. Mit einer Ausweitung der Befunde auf die Anwaltschaft sollte man jedoch zurückhaltend sein, insbesondere weil sie in einem andern Näheverhältnis zu den Rechtssuchenden steht.

---

19 *Bourdieu*, Die Juristen (Fn. 10), S. 33 f.
20 *Bourdieu*, Kraft (Fn. 8), S. 65.
21 *Bourdieu*, Kraft (Fn. 8), S. 40 f.
22 Vgl. *Weber*, Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Max Weber Gesamtausgabe, Bd. 18, 2016, S. 325, 331 f.; zum asketischen Lebensstil außerdem *Bourdieu*, Unterschiede (Fn. 4), S. 447.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *2. Der prekäre Status der Distanz*

Die distanzierte Haltung ist eine prekäre, insofern ihre Glaubwürdigkeit beständig auf der Probe steht. Warum dies insbesondere für die deutsche Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Fall ist, soll im Folgenden ausgeführt werden.

Die Prekarität lässt sich zunächst inhaltlich begründen. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht regelt die Verteilung von politischer Gestaltungsmacht und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen und steht daher schon aufgrund der von ihr behandelten Materien in einer besonderen Nähe zur Politik.[23]

Neben dieser inhaltlichen Politiknähe ist es aber vor allem die Rechtsprechungsnähe, durch die die deutsche Wissenschaft vom öffentlichen Recht bestimmt ist. *Bourdieu* geht von einem Konkurrenzverhältnis von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft aus.[24] Dabei übersieht er allerdings die – insbesondere in Deutschland relevanten – kooperativen Momente. Die Rechtswissenschaft arbeitet der Rechtspraxis zu, sie begleitet die Rechtsentwicklung, prägt Begriffe, systematisiert, kritisiert und bildet die Praktiker:innen aus. Rechtswissenschaftler:innen sind immer wieder als Rechtsbeistände oder Gutachter:innen an Verfahren beteiligt. Zudem zitieren Verwaltungsgerichte und insbesondere auch das Bundesverfassungsgericht in ihren Urteilen rechtswissenschaftliche Veröffentlichungen und rekrutieren sich auch teilweise aus den Reihen der Staatsrechtslehrer:innen.[25] Ursächlich für diesen intensiven Austausch ist insbesondere die dogmatische Arbeitsweise, die einen gemeinsamen Kommunikationsraum von Praxis und Wissenschaft eröffnet.[26] Dies unterscheidet den deutschsprachigen Raum etwa von der angloamerikanischen Rechtswissenschaft.[27] Auch

---

23 Vgl. nur *Stolleis,* Staatsrechtslehre und Politik, 1996, S. 6 und *Voßkuhle,* Die politische Dimension der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 135 (135 f.).

24 *Bourdieu,* Kraft (Fn. 8), S. 41 – 43.

25 Zur besonderen Nähe von Rechtswissenschaft und -praxis vgl. statt vieler *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 17; *Lepsius,* Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39 (43 f.).

26 Vgl. dazu *Kaiser*, DVBl 2014, 1102 (1104 f.); *Möllers,* Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, § 3 Rn. 42; *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (3).

27 *V. Bogdandy,* Strukturwandel (Fn. 1), S. 459.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bei der Zitation rechtwissenschaftlicher Literatur durch Gerichte zeigt sich diese Besonderheit.[28]

Durch die intensive Kopplung von Rechtswissenschaft und -praxis haben Staatsrechtslehrer:innen in Deutschland die Möglichkeit, „unmittelbar handlungsrelevant[en]" Einfluss auf den Rechtsdiskurs zu nehmen und so das öffentliche Gemeinwesen mitzugestalten.[29] Legt man einen weiten Politikbegriff zugrunde, stellt daher auch diese Kopplung das Ideal der Distanz in Frage.

Für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ergibt sich daraus ein inhaltlicher und methodischer Fokus auf dogmatische Fragestellungen.[30] Diese Nähe verschafft ihr einen großen Einfluss. Sie lässt sie Anteil haben an der institutionellen Bedeutung der Rechtspraxis, unterstellt sie aber auch teilweise ähnlichen Beschränkungen. So nehmen etwa viele der im öffentlichen Recht Tätigen für sich in Anspruch, unpolitisch zu sein oder der politischen „Mitte" anzugehören.[31]

## *III. Verantwortungsrhetoriken*

Das habituelle Ideal der Distanz und die Gefahr der Politisierung belassen Wissenschaftler:innen im öffentlichen Recht also nur einen begrenzten Äußerungsspielraum. Es stellt sich nun die Frage, wie in dieser Konstellation eine Auseinandersetzung mit Verantwortung stattfinden kann.

### *1. Der Verantwortungsbegriff*

Der dieser Untersuchung zugrunde gelegte Verantwortungsbegriff ist im Wesentlichen diskursiv bestimmt. Die Bezugnahmen auf das Konzept Verantwortung innerhalb der VVDStRL werden also daraufhin untersucht, wie sie den einigermaßen offenen Begriff aufladen. Um einen Analyserahmen für die Untersuchung zu schaffen, muss dennoch ein Vorverständnis davon bestehen, was mit dem Begriff gemeint ist: Verantwortung verstehe

28 Am Beispiel Frankreichs nachgewiesen bei *Weber,* Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht, 2019.

29 *Voßkuhle*, Staatsrechtslehre (Fn. 23), S. 140.

30 Vgl. etwa *v. Bogdandy,* Strukturwandel (Fn. 1), S. 465; *Schulze-Fielitz,* Mikrokosmos (Fn. 3), S. 16 – 20.

31 *Stolleis*, KritV 1997, 339 (356); *Schulze-Fielitz,* Mikrokosmos (Fn. 3), S. 14 f., 23; *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 3), S. 1, 205.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ich daher als einen Zurechnungszusammenhang, in dem ein verantwortliches Subjekt für ein Verantwortungsobjekt einsteht. Die Pflicht kann aus unterschiedlichen (zum Beispiel rechtlichen, moralischen oder religiösen) normativen Quellen begründet werden.[32] Bei dem Verantwortungsobjekt kann es sich um eine Person, einen Zustand oder auch eine Handlung handeln. Die Feststellung des Zurechnungszusammenhangs ist eine normative Zuschreibung, die durch eine externe Instanz oder durch das Verantwortungssubjekt selbst erfolgen kann.[33]

Ausgehend von diesem Verständnis habe ich ein Analyseraster erarbeitet, das insbesondere drei Aspekte aufgreift. (1) Die Frage, wer Verantwortungssubjekt der Verantwortungsthematisierung ist und ob es sich hierbei um eine Selbst- oder Fremdzuschreibung handelt. (2) Die Frage, wie konkret das Verantwortungsobjekt bestimmt ist, ob es sich dabei um einen abstrakten Wert wie etwa Demokratie, eine umfassende Entität wie den Staat oder um einen konkreten Gegenstand wie etwa ein Urteil oder eine dogmatische Entwicklung handelt. Schließlich (3) die zeitliche Dimension der Verantwortungsthematisierung, ob es sich also um die Benennung zukünftiger Verantwortungszusammenhänge oder um die Reflexion vergangener Situationen handelt.

## *2. Fünf Arten der Verantwortungsthematisierung*

Ausgehend von diesem Analyserahmen konnte ich fünf Typen der Verantwortungsthematisierung identifizieren, die in unterschiedlicher Weise mit den durch den juridischen Habitus auferlegten Limitationen umgehen. Die Analyse erfolgt anhand der Äußerungen einzelner Staatsrechtslehrer:innen in den VVDStRL. Diese interessieren hier jedoch nicht als Ausdruck individueller Standpunkte, sondern als ein Fenster, das es uns erlaubt, einen Blick auf den juridischen Habitus zu werfen.

---

32 *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 64 – 86, 194.

33 *Lenk/Maring*, in: Ritter/Gründer/Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, 2001, S. 570; weiterführend zu verschiedenen Verantwortungskonzeptionen über Zurechnungszusammenhänge *Heidbrink*, in: ders./Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, S. 3 (8 – 13); zu unterschiedlichen Verantwortungsdimensionen außerdem *Hart*, Punishment and Responsibility, 1968, S. 212.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *a) Die Verantwortungszuweiserin*

Die ganz überwiegende Zahl der Verantwortungsthematisierungen sieht die Wissenschaft vom öffentlichen Recht in der Rolle der *Verantwortungszuweiserin* gegenüber anderen Instanzen.[34] Sie stellt also fest, welche Verantwortung Gerichte, Staatsorgane, Institutionen der europäischen Union und Bürger:innen tragen. In diese Gruppe fallen etwa Erwägungen über die Integrationsverantwortung des Gesetzgebers, die Gewährleistungsverantwortung des Staates bei Aufgabenprivatisierung oder die Eigenverantwortung der Bürger:innen im Sozialstaat. Hierbei handelt es sich um dogmatische und heuristische Verwendungsweisen des Begriffs.[35] Die Fälle gleichen sich alle insofern, als die Wissenschaft vom öffentlichen Recht in ihnen eine überwachende, systematisierende Rolle einnimmt. Indem sie der Justiz oder anderen staatlichen Institutionen eine Verantwortung überträgt oder auch ein verantwortungsloses Agieren bescheinigt, kann eine überlegene Position hergestellt werden. Mit dem eingangs beschriebenen Ideal der Distanz und Unbetroffenheit ist diese überwachende Haltung gut vereinbar.

Diese Gruppe ist daher hier – trotz ihrer quantitativen Bedeutung – auch nur von sekundärem Interesse. Sie stellt den Normalfall dar; die Abgrenzungsfolie, vor der die wenigen Fälle der Thematisierung von Eigenverantwortung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht und derjenigen, die sie betreiben, näher untersucht wird.[36]

### *b) Verantwortung als Abstraktum*

> *„[I]m öffentlichen Recht geht es nicht primär um Intentionen, sondern um Wirkungen. Diese […] zu antizipieren und die eigenen Worte entsprechend zu wählen, ist keine Zumutung, sondern Ausdruck der Verantwortung für den Verfassungsstaat, die Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer trifft.“*[37]

Die zweite Gruppe der Verantwortungsthematisierung betrifft all jene Fälle, in denen der Wissenschaft vom öffentlichen Recht oder denjenigen,

---

34 Bei 90,4 % der 2377 erfassten Fälle handelte es sich um solche Verantwortungszuweisungen.

35 Für eine nähere Untersuchung dieser Gruppe vgl. *Ehlers*, VERW, 2013, 467 (475 – 488); *Klement*, Verantwortung (Fn. 32).

36 Die Thematisierung von Eigenverantwortung der Disziplin und der Rechtswissenschaftler:innen macht weniger als zwei Prozent der untersuchten Fälle aus.

37 *Rixen*, VVDStRL 80 (2021), 51.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die sie betreiben, eine Verantwortung für abstrakte Werte und Konzepte zugesprochen wird.[38] Dies betrifft etwa die Verantwortung für den Verfassungsstaat oder die Demokratie. Gemeinsam ist diesen Fällen, dass bei einer Verantwortungsübernahme für so allgemeine Konzepte ein Verstoß nur schwer festgestellt werden kann. Aus einer solchen Verantwortung kann weder ein in der Zukunft erforderliches Handeln abgeleitet, noch kann vergangenes Handeln anhand dieses Maßstabs bewertet werden. Der klassischen Aufgabe, Handlungserfolge zurechenbar zu machen, kann diese Art von Verantwortung daher nur schwer gerecht werden. Es wird in der Regel auch nicht begründet, woraus sich eine solche Verantwortung ergibt. Sie ist der implizit geteilte Konsens unserer Disziplin, der immer wieder beiläufig aufgerufen wird.[39]

In erster Linie ist die abstrakte Verantwortung aber eine Strategie der Selbstrepräsentation. Verantwortung für so zentrale Werte wie Demokratie oder die Zukunft des Verfassungsstaats zu tragen, setzt eine große eigene Bewirkungsmacht voraus. In dieser Selbstrepräsentation als Wächterin des Staates und seiner Werte trifft das Verantwortungssubjekt also in erster Linie eine Aussage über die eigene Relevanz. Dignität und Bedeutung der Disziplin als Ganze wird durch das Innehaben einer solchen Verantwortung betont. Und auch denjenigen, die diese Verantwortung thematisieren, verschafft sie den Glanz derer, die sich der Würde der eigenen Position bewusst sind und dementsprechend handeln.

Mit dem eingangs hergeleiteten Ideal der Distanziertheit gerät Verantwortung als Abstraktum nicht in Konflikt. Sie bestätigt die Wissenschaft vom öffentlichen Recht in ihrer Wächterinnenrolle: An den politischen Auseinandersetzungen hat sie nicht direkt Anteil, sondern wacht nur darüber, dass deren Grundvoraussetzungen Bestand haben.

### *c) Verantwortung für die Rechtspraxis*

> *„Ich glaube die Verantwortung liegt darin, dass wir, gerade auch wir Staatsrechtler, dazu beitragen, die Gesamtheit des Funktionskomplexes […] Gesundheits-*

38 Vgl. *Kotzur,* VVDStRL 69 (2009), 219 f.; *Norwot,* VVDStRL 74 (2014), 465; *Rixen* (Fn. 37); *Kotzur,* VVDStRL 80 (2021), 145; *Kirste,* VVDStRL 80 (2021), 204 f.

39 Vgl. etwa *Schulze-Fielitz,* Mikrokosmos (Fn. 3), S. 8 f.; *Pünder,* Der Weg in die Zunft der Staatsrechtslehre, in: Cancik et al. (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922 – 2022, i. E.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*wesen, richtig zu analysieren und gute Vorschläge für jeweils adäquate Funktionsordnungen, Entscheidungskompetenzen und Prozesse zu machen.*"[40]

Mitunter wird die Verantwortung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht benannt, die Rechtspraxis bei der Bewältigung neuer dogmatischer Herausforderungen zu unterstützen.[41] Diese Verantwortung bestärkt die Rolle der Rechtswissenschaft als Zuarbeiterin der Rechtspraxis und lässt sie an deren Aufgaben und Position teilhaben. Das Verantwortungsobjekt ist hier klarer benannt, es handelt sich um eine konkrete in der Zukunft liegende Aufgabe, zum Beispiel die im Eingangszitat erwähnte Reform des Gesundheitsrechts. Diese Verantwortungskategorie ermöglicht auch klarere Kritik am Verhalten von Kolleg:innen: Wer eine Kompetenz des Rechts oder der Rechtswissenschaft in manchen Bereichen ablehnt, zieht sich aus der Verantwortung zurück, der Rechtspraxis bei der Bestimmung klarer normativer Leitlinien behilflich zu sein. Diese Art der Kritik kam zum Beispiel auf, als eine Reduzierung der rechtlichen Kontrolldichte in Fragen der europäischen Integration diskutiert wurde. Diejenigen, die diese Forderung erhoben, vernachlässigten in den Augen der Kritiker:innen ihre wissenschaftliche Verantwortung.[42]

Diese Verantwortungsthematisierung hat einen überwiegend prospektiven Charakter. Sie dient dazu, Äußerungen zu einem Thema zu legitimieren, kommende Aufgaben zu benennen und sich des eigenen Kompetenzbereichs zu versichern. Zudem kann es sich hierbei um eine Strategie der Entpersonalisierung handeln: Die wissenschaftliche Bearbeitung eines Themas erfolgt nicht aus einem persönlichen Interesse oder rechtspolitischem Antrieb, sondern aus der Verantwortung für die Unterstützung der Rechtspraxis. Gerade diese Entpersonalisierungs-Strategien bilden einen Grundpfeiler des distanzorientieren juridischen Habitus. Durch sie werden individuelle Standpunkte verschleiert und erhalten einen scheinbar universellen Charakter.

40 *Zacher*, VVDStRL 70 (2010), 219 in einer Debatte zur Reform des Gesundheitsrechts.

41 *Peters*, VVDStRL 68 (2008), 235; *Kluth*, VVDStRL 68 (2008), 252; *Zacher* (Fn. 40), 219; *Schachtschneider*, VVDStRL 61 (2001), 438, 219; *Nowrot*, VVDStRL 74 (2014), 465; *Rixen*, VVDStRL 74 (2014), 370.

42 *Schachtschneider* (Fn. 41), 438.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *d) Kollektivverantwortung und beredtes Schweigen*

Die vierte Gruppe betrifft die seltenen Fälle, in denen über die Eigenverantwortung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht als Disziplin reflektiert wird. Es handelt sich hierbei um vergangenheitsbezogene Reflexionen über Handlungsfolgen und Verantwortungszusammenhänge, die sich in der Regel auf ein konkretes Ereignis beziehen, aus denen jedoch mitunter allgemeinere Schlüsse gezogen werden. Im Folgenden sollen zwei Beispiele näher beleuchtet werden, da sich in diesem Fall ein abstrakter Typus nur schwer bilden lässt.

#### *aa) Staatsrechtslehre und Nationalsozialismus*

Bei der Jahrestagung der VDStRL im Jahr 2000 wurden zwei Beiträge zur „deutsche[n] Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus" diskutiert.[43] In den Berichten selbst wurde das Thema Verantwortung nicht ausdrücklich angesprochen.[44] Und auch in der nachfolgenden Debatte war die Thematisierung eher verdeckt. Die wohl ausdrücklichste Bezugnahme erfolgte durch *Michael Stolleis*, der betonte:

> *„[man sollte] nicht mehr die alte Frage nach dem Entnazifizierungsmuster stellen, also die Frage nach der ‚Schuld' […]. Das ist alles weitgehend behandelt und inzwischen aufgearbeitet worden, manchmal sogar unbeachtet von der Zunft, bzw. unter deren ‚beredetem Schweigen'. Wichtiger ist heute die konsequente Historisierung des Vorgangs, ohne die Frage der Verantwortung zu vernachlässigen. […] Selbstverständlich geht es nicht um eine Entlastungsstrategie, sondern um die Schaffung einer Basis für die Analyse von strukturellen Prozessen."*[45]

*Stolleis*' Beitrag fasst die Voraussetzungen, unter denen eine Verantwortungsthematisierung möglich war, recht gut zusammen. Zur NS-Zeit tatsächlich aktive Staatsrechtler[46] waren zum Zeitpunkt der Tagung nicht mehr anwesend. Noch wenige Jahre zuvor hatten die pointierten Bemerkungen von *Stolleis* zu *Theodor Maunz* anonymem Engagement für die neo-

---

43 *Dreier*, VVDStRL 60 (2000), 9 und *Pauly*, VVDStRL 60 (2000), 73.

44 Der einzige ausdrückliche Bezug in den Referaten erfolgt bei *Pauly* durch Verweis auf eine Arbeit von *Stolleis*, vgl. *Pauly* (Fn. 43), 100 Fn. 124.

45 *Stolleis*, VVDStRL 60 (2000), 108.

46 Auf eine geschlechtsneutrale Schreibweise wurde hier bewusst verzichtet. Als erste und lange Zeit auch einzige Frau trat Ilse Staff 1970 der VDStRL bei, vgl. *Sacksofsky*, KJ 2018, 3 (6).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nazistische Deutsche National-Zeitung und den Vorsitzenden der rechtsradikalen Deutschen Volksunion für Aufruhr gesorgt. *Stolleis* kritisierte das Beschweigen der Causa Maunz und schloss mit der Bemerkung: „[die] Verantwortung des Öffentlichrechtlers […] vor dem Hintergrund solcher Erfahrungen – das wäre ein Thema. Aber diese Büchse der Pandora zu öffnen, wagt kein Vorstand".[47] Seine Kritik löste eine Debatte dazu aus, welche Verantwortung Öffentlichrechtler:innen im Umgang mit der NS-Vergangenheit unserer Disziplin tragen und ob es auch eine Verantwortung gibt, den Ruf und inneren Frieden der Disziplin durch Beschweigen mancher Themen zu schützen.[48]

Unter diesen angespannten Vorzeichen ist das Bestreben zu verstehen, den Blick von der Debatte über die Schuld einzelner Personen hin zu den Strukturen der Disziplin zu lenken.[49] In sehr begrenztem Umfang ging es in der Diskussion um die konkreten Beiträge einzelner Staatsrechtler.[50] Stärker im Vordergrund stand jedoch die Betonung, man wolle nicht der „Versuchung [erliegen], das Thema aus der Perspektive eines selbsternannten moralischen Gerichtshofs zu behandeln".[51] Der Fokus lag daher eher auf der Frage, welche Strukturen die geringe Widerstandsfähigkeit der Disziplin begründeten,[52] und auf dem Erfordernis vergleichend historischer Forschung zu diesem Thema.[53] Daneben standen Überlegungen dazu, welche Denktraditionen nach 1945 Bestand hatten und welche Änderungen in der eigenen Forschung und Lehre vorgenommen werden müssten, um die Widerstandskraft der Disziplin zu stärken.[54] Einen recht großen Raum nahmen verteidigende Beiträge ein, in denen die Generation der eigenen Eltern und akademischen Lehrer in Schutz genommen wurde,[55] oder in denen Widerstandserzählungen in den Mittelpunkt gestellt wurden.[56]

---

47 *Stolleis*, KJ 1993, 393 (396).
48 Vgl. etwa die entsprechenden Forderungen bei *Roellecke*, KJ 1994, 345 (348, 352); vgl. auch die Replik von *Frankenberg*, KJ 1994, 354 und den anonymen Beitrag *N. N.*, KJ 1995, 86.
49 *Stolleis* (Fn. 45), 109.
50 Vgl. *Tomuschat*, S. 112 und *Mußgnung*, S. 115 – 117 in VVDStRL 60 (2000).
51 *Böckenförde*, VVDStRL 60 (2000), 124.
52 Vgl. *Schuppert*, S. 114 f. und *Preuß*, S. 131 in VVDStRL 60 (2000).
53 Vgl. *Stolleis*, S. 109 und *Häberle*, S. 121 – 123 in VVDStRL 60 (2000).
54 Vgl. *Bullinger*, S. 123, *Göschner*, S. 113, *Sachs*, S. 128, *Böckenförde*, S. 126 und *Hohmann*, S. 134 in VVDStRL 60 (2000).
55 Vgl. *Schneider*, S. 109 f., *Thieme*, S. 127 f., *Küchenhoff*, S. 129 f., besonders ausgeprägt *Doehring*, S. 110 und abwägend *Bachof*, S. 111 in VVDStRL 60 (2000).
56 Vgl. *Tomuschat*, S. 112 und *Battis*, S. 118 – 121 in VVDStRL 60 (2000).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass während dieser Aussprache die Verantwortung der Staatsrechtslehre als Disziplin angesprochen wurde. Ausgehend von dieser reflexiven Verantwortungsthematisierung kam es außerdem zu prospektiven Überlegungen zu erforderlichen Änderungen in der Zukunft, wobei diese Überlegungen jedoch kursorisch blieben.

Die vorangehenden Jahrzehnte waren durch ein höfliches Beschweigen der NS-Zeit geprägt.[57] Ein zaghaftes Durchbrechen dieser Praxis kann man in der Tagung der VDStRL von 2000 sehen. Die Tagung war nach meiner Auffassung nur unter der Voraussetzung des zeitlichen und personellen Abstandes möglich. Im Jahr 2000 waren kaum noch direkt Beteiligte anwesend. Zudem hatte sich zu diesem Zeitpunkt schon gesamtgesellschaftlich die Einsicht durchgesetzt, dass alle Institutionen auf die eine oder andere Weise mit dem NS-Staat kooperiert hatten; zahlreiche Fachgesellschaften hatten zu diesem Zeitpunkt begonnen, ihre Geschichte aufzuarbeiten.[58] Von einer Verantwortung der Disziplin zu sprechen, war also nicht mehr so kontrovers wie noch einige Jahre zuvor und bestätigte nur, was ohnehin für die Gesamtgesellschaft galt. Die Verantwortungsthematisierung gefährdete das Ideal der Distanz daher nicht im gleichen Maße, wie sie es während der 1960er-Jahre noch getan hätte.

### *bb) Staatsrechtslehre und Corona*

Die Verantwortung von Wissenschaft und Wissenschaftler:innen im öffentlichen Recht wurde mit Bezug auf die Corona-Pandemie ungewöhnlich ausführlich thematisiert.[59] Die Diskussionen während der 80. Tagung der VDStRL 2021 fügen sich in eine auch in anderen Formaten geführte Debatte über die Verantwortung der Disziplin in der Corona-Pandemie ein.[60] Die dabei aufgeworfenen Topoi ähneln den bereits angesprochenen

---

57 Für einen Einblick in diese Praxis vgl. *Stolleis* (Fn. 31), 339 und *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 19 – 24.

58 Vgl. zu ähnlichen Auseinandersetzungen in anderen Disziplinen *van Dyk/Schauer,* Zur Soziologie im Nationalsozialismus, 2015; *Ehrlich et al.*, Schwierige Erinnerung: Politikwissenschaft und Nationalsozialismus, 2015; *von See/Zerniak,* Germanistik und Politik in der Zeit des Nationalsozialismus, 2004.

59 Vgl. insbesondere die Beiträge von *Rixen,* S. 51, *Kotzur,* S. 145, *Kirste,* S. 204 f., und *Gärditz,* S. 182 u. 187 in VVDStRL 80 (2021).

60 Vgl. dazu insbesondere die vom 29.3. – 10.4.2021 erschienen Beiträge von *Thiele, Jestaedt/Kaiser, Hase, Krings, Volkmann, Feichtner, Thym, Kuhle, Kingreen, Kemmerer, Busch, Scheu/Nölleke, Ammann* und *Schmid* im Rahmen der auf dem Ver-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

Fragen in vielerlei Hinsicht: Besteht die Hauptaufgabe der Wissenschaft vom öffentlichen Recht in der Unterstützung der Politik oder in der Kontrolle derselben? Gibt es ein Mäßigungsgebot in öffentlichen Äußerungen, oder soll zu allen Fragen Stellung genommen werden? Zudem wurde ungewöhnlich offen über die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Fachs gesprochen. Tatsächlich können alle für die VVDStRL gemachten Beobachtungen auf diesem konzentrierten Raum ebenfalls wiedergefunden werden.

Von eigenem Interesse für die vorliegende Analyse ist die Debatte über Verantwortung in der Pandemie, weil das Thema Verantwortung hier so offen und vor allem zeitnah thematisiert wurde. Alle vorangegangenen Annahmen über die Notwendigkeit zeitlicher und personeller Distanz und den Hang, Verantwortung wenn dann auf einem möglichst abstrakten Niveau zu thematisieren, wurden durch diese Debatte in Frage gestellt. Dies lässt sich durch den gesamtgesellschaftlichen Charakter der Pandemie erklären. Niemand war von ihren Auswirkungen unbetroffen, das Leben aller hat sich radikal geändert und auch viele althergebrachte Unterscheidungen wie jene zwischen Arbeitsplatz und Privatleben wurden aufgehoben. Aufgrund dieser kollektiven Erfahrung musste niemand vorgeben, von der Situation unbetroffen zu sein, was den ansonsten geltenden Limitationen durch den juridischen Habitus zuwiderläuft. Die eigene Akteursstellung musste ausnahmsweise nicht verborgen werden, was einen ganz neuen Kommunikationsraum eröffnete.

### *e) Individuelle Verantwortung*

Individuelle Verantwortung einzelner Rechtswissenschaftler:innen wird in den VVDStRL nur selten thematisiert. Wo dies der Fall ist, gilt es zwischen Fremd- und Selbstzuschreibungen zu differenzieren.

---

fassungsblog ausgetragenen Debatte zu „Verfassungsrechtliche[r] Expertise im politischen Raum: Erwartung, Erfahrungen, Verantwortung", https://verfassungsblog.de/category/debates/verfassungsrechtliche-expertise-im-politischen-raum-erwartung-erfahrungen-verantwortung/ (letzter Aufruf am 19.3.2021) und *Schulze-Fielitz*, Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 40.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *aa) Fremdzuschreibungen*

Ein prominenter Fall der Fremdzuschreibung von Verantwortung war der Umgang der VDStRL mit der plagiierten Promotion *Karl-Theodor zu Guttenbergs*. Die Aufdeckung des Plagiats[61] hatte zu einer gesamtgesellschaftlichen Debatte über die Regeln wissenschaftlicher Redlichkeit geführt. Wissenschaftsvereinigungen und ihre Vertreter:innen gaben Stellungnahmen zur Causa Guttenberg ab und sahen in dessen wissenschaftlich unredlichem Verhalten eine Gefahr für das Ansehen der Promotion und den deutschen Wissenschaftsstandort.[62] Auch die VDStRL reagierte auf den Fall. Bei der 72. Tagung im Jahr 2012 einigte man sich auf Leitsätze zur „Gute[n] wissenschaftliche[n] Praxis im öffentlichen Recht".[63] In diesen wurde auf die Verantwortung hingewiesen, die Betreuende für ihre Doktorand:innen übernehmen.[64] Die Leitsätze wurden durch eine Kommission erarbeitet und ermöglichten es, auf eine vertiefte Diskussion der Thematik im Rahmen der Mitgliederversammlung zu verzichten.[65]

Es lässt sich hier ein wiederkehrendes, den Regeln der Höflichkeit Rechnung tragendes Muster erkennen: Individuelle Kritik wird nicht geübt.[66] Stattdessen wird der konkrete Anlass auf eine allgemeine Ebene gehoben, um abstrakt-generelle Schlussfolgerungen aus einem Fehlverhalten zu ziehen. Der Bezug zum Ausgangsfall ist oftmals nur noch für Eingeweihte

---

61 *Fischer-Lescano,* KJ 2011, 112.

62 Vgl. die Erklärung des Philosophischen Fakultätentages vom 24.2.2011, https://idw-online.de/de/news410674, das Interview mit dem damaligen Präsidenten der DFG *Ernst-Ludwig Winnacker* vom 26.2.2011, https://www.spiegel.de/politik/deutschland/copy-and-paste-affaere-spitzenforscher-stellen-guttenberg-an-den-pranger-a-747880.html, die Äußerungen des Präsidenten der Leopoldina *Jörg Hacker* vom 26.2.2011, https://web.archive.org/web/20120119072118/http://www.cellesche-zeitung.de/website.php/website/story/178580, sowie die von über 3000 Hochschullehrer:innen unterzeichnete Erklärung, http://www.him.uni-bonn.de/uploads/media/Erklaerung.pdf (jeweils letzter Aufruf am 19.3.2022).

63 VVDStRL 72 (2012), 701 – 707.

64 VVDStRL 72 (2012), 705.

65 Zu den Hintergründen *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 46.

66 Zur Seltenheit direkter Kritik anschaulich auch *Schulze-Fielitz,* Mikrokosmos (Fn. 3), S. 42 Fn. 260. Vgl. dazu auch den Fall der entgegen erheblicher Widerstände habilitierten Diemut Majer, *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 3), S. 27.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ersichtlich.[67] Zugleich handelt es sich auch um eine Strategie der Distanzierung und Entpersonalisierung der eigenen Äußerungen.

Die ungeschriebene Regel, nach der es unschicklich ist, Kolleg:innen zu kritisieren, zeigt sich auch in der bereits angesprochenen Maunz-Kontroverse. Diejenigen, die persönliche Kritik übten, gerieten schnell in den Verdacht, illoyal gegenüber der eigenen Vereinigung zu sein und sich in unzulässiger Weise moralisch zu erheben. Oft wird daher auf den Fall Maunz ohne die Nennung seines Namens Bezug genommen.[68]

### *bb) Selbstzuschreibungen individueller Verantwortung*

> *„Auch ich persönlich habe die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Ermächtigung im Luftsicherheitsgesetz nicht in der Annahme mitverantwortet, dass schon irgendjemand da sein werde, der notfalls außerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen einen Abschussbefehl gibt. […] Wer die Entscheidung unbefangen liest, wird nicht übersehen können, dass die Richter im Bewusstsein ihrer Verantwortung die aufgeworfenen Fragen abwägend beantwortet haben […].“*[69]

Die Selbstzuschreibung individueller Verantwortung konnte ich in nur zwei Fällen finden. In beiden handelte es sich um zu dieser Zeit noch als Richter am Bundesverfassungsgericht tätige Staatsrechtler. Die Richter *Steiner* und *Hoffmann-Riem* übernahmen ausdrücklich Verantwortung für die von ihnen mitgeprägte Rechtsprechung.[70] Über die Motivation lässt sich im Einzelnen nur spekulieren, insbesondere weil es an genügend Vergleichsmaterial mangelt. Ich interpretiere sie als seltene Akte der Rollendifferenzierung: Die beiden Staatsrechtler stellen klar, dass sie sich in diesem Fall nicht unbetroffen über die Rechtsprechung des Gerichts äu-

---

67 Eine ähnliche Strategie der versteckten Kritik durch eine allgemeine Selbstverpflichtung lässt sich auch in den Verhaltensleitlinien für Richter:innen des Bundesverfassungsgerichts erkennen, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html (letzter Aufruf am 19.3.2022).

68 Vgl. *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 38, der von einem „einfachen aber prominenten verstorbenen Mitglied“ spricht und *Frankenberg* (Fn. 48), 355, der nur die Initialen von Maunz verwendet. Kurios ist auch die Anmerkung zur Causa Maunz, deren Verfasser:in es nicht wagte, den eigenen Namen preiszugeben, *N. N.* (Fn. 48).

69 *Hoffmann-Riem,* VVDStRL 67 (2007), 112 im Zuge der Debatte über die Entscheidung BVerfGE 115, 118 zum Luftsicherheitsgesetz.

70 *Steiner,* VVDStRL 61 (2001), 192 f. und *Hoffmann-Riem* (Fn. 69), 112.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ßern; es handelt sich also um einen Ausdruck wissenschaftlicher Redlichkeit.[71] Tatsächlich gäbe es noch viele weitere Fälle, in denen Wissenschaftler:innen eine besondere Nähe zu der von ihnen bearbeiteten Thematik haben. Anders als in anderen Disziplinen ist eine Offenlegung solcher Betroffenheiten in der Rechtswissenschaft jedoch äußerst selten. Dass sie durch die beiden Richter erfolgte, liegt wohl teilweise daran, dass die Verbindung allen Anwesenden klar war. Dieses Beispiel weist aber auch auf die tiefliegende Widersprüchlichkeit im Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis hin: Aufgrund der Nähe zur Rechtspraxis nehmen diejenigen, die Rechtswissenschaft betreiben, den richterlichen Habitus an und bemühen sich tunlichst, jeden Anschein von „Befangenheit" zu verhindern. Eine Ausnahme stellt jene Selbstbetroffenheit dar, die in unserer Disziplin höchste Dignität verleiht: die Stellung als Verfassungsrichter:in. Sie kann offen thematisiert werden, weswegen es auch möglich ist, über die Verantwortung für Entscheidungen zu sprechen.

## *IV. Schlussbetrachtung*

Die Analyse der VVDStRL hat gezeigt, dass die Auseinandersetzung mit der Eigenverantwortung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht und derjenigen, die diese betreiben, den prekären Glauben an Universalität und Distanziertheit unserer Disziplin gefährdet.

Die Thematisierung von Verantwortung ist daher von verschiedenen Distanzierungsstrategien geprägt. Verantwortungsübernahme kann eine eigene Forschungsagenda verschleiern und Aussagen entpersonalisieren. Sie kann der Selbstvergewisserung über die eigene Position dienen und die Ausweitung von Kompetenzen legitimieren. Die reflexive Thematisierung individueller Verantwortung hingegen erfolgt nur in Ausnahmesituationen und stellt einen Tabubruch dar.

Diese Beobachtungen lassen sich mit der prägenden Kraft des juridischen Habitus und der besonderen Nähe der Wissenschaft vom öffentlichen Recht zur Rechtspraxis erklären. *Martin Morlok* spricht in diesem Zusammenhang von einem notwendigen Reflexionsdefizit: Die Rechtswissenschaft bereitet die Entscheidungen der Rechtspraxis vor, muss ihren eigenen Beitrag aber vor sich selbst und den Entscheidungsempfänger:in-

71 Zu den Besonderheiten von Äußerungen von Verfassungsrichter:innen während der Tagung vgl. auch die Thesen von *Schulze-Fielitz,* Wissenschaftskultur (Fn. 2), S. 137.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nen verbergen, um weiterhin an der Illusion der effektiven Rechtsbindung festhalten zu können. *Morlok* bezeichnet dies als eine „nicht auszuleuchtende Fiktion des demokratischen Rechtsstaats".[72] Seine Diagnose ähnelt damit sehr *Bourdieus* Auffassung von der notwendigen Selbstlüge der Jurist:innen. Folgt daraus die prinzipielle Unmöglichkeit einer substanziellen Auseinandersetzung mit der Eigenverantwortung unserer Disziplin und ihrer Mitglieder?

Meiner Meinung nach ist dies zu verneinen. Denn obschon in unserer Disziplin ein Reflexionsdefizit besteht, handelt es sich nicht um ein notwendiges. Einen sinnvollen und wichtigen Beitrag zum Überkommen des beredten Schweigens leisten Auseinandersetzungen mit unserer Fachgeschichte und -kultur. Sie sind Anstoß für Selbstvergewisserungen, insbesondere auch dazu, welchen Eigenstand die Rechtswissenschaft gegenüber der Praxis hat. Einen Beitrag dazu soll auch diese Untersuchung leisten, die die Limitationen aufzeigt, denen wir durch den juridischen Habitus unterliegen.

72 *Morlok*, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 49 (73).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verfassungsinterpretation und hermeneutische Ungerechtigkeit: Ansätze für eine diskriminierungskritische Normerkenntnis

*Kaie Lemken*

## *Inhaltsübersicht*


I. „Verantwortung" im Hintergrund von Methodendebatten 116

II. Epistemische Ungerechtigkeit als Metakritik 118

1. Epistemische Ungerechtigkeit als Zusammenhang zwischen Wissen und Macht 118

2. Epistemische und hermeneutische Ungerechtigkeit 120

III. Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG 122

1. Das Homosexuellenurteil von 1957 122

2. Die Entscheidung zur „Dritten Option" von 2017 124

3. Die „Triage"-Entscheidung von 2021 125

IV. Potenziale für Reaktionen auf hermeneutische Ungerechtigkeit 127

V. Vorschläge für methodologische Anschlussmöglichkeiten 129

1. Genetische Auslegung und sozialer Wandel 129

2. Normbereichsanalyse 130

3. Grundrechte und die Rolle des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten 132

4. Verfassungstheorien: Konsens oder Pluralismus 133

VI. Ausblick 134




https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kritische Theorien[1] provozieren und beantworten Fragen nach gesellschaftlichen Zusammenhängen und Machtverhältnissen, in denen Erkenntnis- und Entscheidungsprozesse stehen. Auf das Recht gewendet können sie damit Praktiken der Rechtsinterpretation und der Rechtssetzung durch Parlamente, Verwaltung und Gerichte kritisieren sowie auch andere Beteiligte, die mit Recht arbeiten, insbesondere die Rechtswissenschaften. Typisch für kritische Theorien ist dabei unter anderem, auch vermeintlich rein rationale Erkenntnisprozesse in politische Zusammenhänge einzuordnen und damit eine politische Kritik zu ermöglichen.[2] Wie aber können die Lehren aus dieser Kritik ihren Weg zurück in die Erkenntnispraxis finden?

Um dieser Frage bezogen aufs Verfassungsrecht nachzugehen, möchte ich – nach einer kurzen Einordnung des Zusammenhangs zwischen sozialer Verantwortung und juristischer Methodik in klassischen[3] methodologischen Diskursen – das Konzept der epistemischen Ungerechtigkeit als eine bestimmte Form politischer Kritik an Erkenntnis vorstellen. Danach zeige ich anhand einiger Beispielen, dass epistemische Ungerechtigkeit, vor allen in der Ausprägung der hermeneutischen Ungerechtigkeit, für Verfassungsinterpretation ohnehin bereits eine Rolle spielt. Schließlich frage ich grundsätzlich und bezogen auf juristische Methoden nach reflektierten Möglichkeiten des Umgangs mit hermeneutischen Ungerechtigkeiten und versuche so das Konzept für juristische Methodologie fruchtbar zu machen.

## *I. „Verantwortung" im Hintergrund von Methodendebatten*

Dass juristische Methodik nicht ausschließlich von der Gesellschaft losgelösten Rationalitätsanforderungen unterliegt, ist nicht nur eine Behaup-

1 Mit kritischen Theorien meine ich an dieser Stelle nicht primär die Kritische Theorie der Frankfurter Schule, sondern vor allem Kritiken des Feminismus, des Postkolonialismus, der Disability Studies usw., deren Rechtskritiken meist unter *Critical Legal Studies* zusammengefasst werden, vgl. *Baer*, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., 2017, § 4 Rn. 187 – 212.

2 Vgl. für die Critical Legal Studies *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 1), Rn. 193 – 196.

3 Begriff angelehnt an *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie (1937), in: Traditionelle und kritische Theorie. 4 Aufsätze, 1970, S. 12. Indem ich den Begriff der kritischen Theorie weicher fasse als dort formuliert, soll auch der Begriff der „klassischen Theorie" an Schärfe verlieren.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tung der kritischen Theorien des Rechts. Dass sie stattdessen auch etwas mit ethischen und politischen Fragestellungen zu tun hat, ist in rechtstheoretischer und methodologischer Literatur ein wiederkehrendes Thema; jedenfalls außerhalb von natur- oder vernunftrechtlichen Perspektiven[4] sind diese Fragestellungen aber nicht zentraler Gegenstand der methodologischen Reflexion.

Beispielsweise hat die Methodenkritik *Joseph Essers* mit den Mitteln der Hermeneutik zum Ziel, die Arbeit von Richter:innen und Dogmatiker:innen durch Aufklärung über außerrationale Einflüsse gerade vor politischer Vereinnahmung zu schützen.[5] Schon die Rechtserkenntnis ist also ein vorgeprägter Raum, aus dem Politik und soziale Bedingtheit nicht völlig verdrängt werden können. Esser sieht in der Folge einen Zusammenhang von Rationalität und von persönlicher und sozialer Verantwortung und eine Verantwortlichkeit für Vorverständnisse und letztliche Entscheidung.[6]

Auf ähnliche Weise ist der Begriff der Verantwortlichkeit in aktuelleren Methodologien vergleichbarer Tradition präsent. Z. B. sprechen *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* davon, dass verfassungsrechtliche Methodik unabhängig von der Wahl einer bestimmten Methode unter dem Grundgesetz „demokratisch verantwortlich" sein muss, gerade vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit objektiver Rechtserkenntnis.[7] Erkennen ist nach ihnen immer in einen Lebens- und Handlungszusammenhang eingebunden, schon Interpretation *ist* reflektiertes Handeln.[8] Sofern dies anerkannt wird, hat auch juristische Rechtserkenntnis eine politische Dimension.[9]

Es ist insofern in meinen Augen naheliegend, dass sich juristische Methodik mit praktischen, politischen Kritiken beschäftigen sollte, einerseits um einer wie auch immer gearteten „Richtigkeit" ihrer Erkenntnis willen, anderseits wegen ihrer ethischen und politischen Bedeutung. Dabei erscheint mir eine auf methodische Nuancen eingehende Anwendung der

---

4 Beispielhaft hierfür *Dworkin*, Taking rights seriously, Neue Aufl., 1997, S. 131 – 134 für Fragen der Verfassungsauslegung.

5 Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 138.

6 Vgl. *Esser*, Vorverständnis (Fn. 5), S. 80, 113, 118.

7 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Grundlagen des Öffentlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, Rn. 6.

8 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), Rn. 11.

9 Demgegenüber ist z. B. in *Kelsens* Reiner Rechtslehre die Wahl zwischen vertretbaren Auslegungsalternativen eine politische, was nach *Kelsen* aber auch die Grenze der rechtlichen Erkenntnismöglichkeiten markiert, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 350 – 352.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kritiken besonders gewinnbringend. Insbesondere wenn diese kritischen Theorien für sich genommen eher philosophischer Natur sind, stellt sich aber die Frage, *auf welche Weise* ihre Perspektiven für methodische Fragen in Rechtswissenschaft und -praxis eine Rolle spielen können.

## *II. Epistemische Ungerechtigkeit als Metakritik*

Zur Beantwortung dieser Frage möchte ich auf der Ebene der politischen Kritiken von einzelnen Theorien abstrahieren und dafür einen systematischen Zugang suchen. Es braucht also Konzepte, die verschiedenen kritischen Theorien gemeinsam sind. Sicher werden sich viele solche Gemeinsamkeiten finden – jedenfalls aber ist eine dieser „Metatheorien" das Konzept epistemischer oder kognitiver Ungerechtigkeit.

### *1. Epistemische Ungerechtigkeit als Zusammenhang zwischen Wissen und Macht*

Der Begriff der epistemischen oder kognitiven Ungerechtigkeit zielt auf eine Benachteiligung gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in Systemen[10] und vor allem in den und durch die auf sie bezogenen Praktiken[11] des Wissens. Er hat seinen Ursprung sowohl in der feministischen als auch der post-/dekolonialen Theorie und ist dabei nur eine der vielen Varianten der Formulierung eines Zusammenhangs zwischen Wissen und sozialer Machtverteilung.[12]

Von feministischer Seite wurde der Begriff „epistemische Ungerechtigkeit" (epistemic injustice)[13] von *Miranda Fricker* geprägt. Mit ihrem Konzept epistemischer Ungerechtigkeit beschreibt sie einen bedingenden Zusammenhang zwischen sozialer Benachteiligung und einer epistemischen Benachteiligung und macht damit auf die politische Dimension von Wissen aufmerksam.[14] Ihr Modell für epistemisch relevante Formen sozialer

10 Damit meine ich z. B. Begriffssysteme in bestimmten Gesetzen, aber auch eine (gedachte) Gesamtheit gesellschaftlichen Wissens.
11 Damit meine ich Vorgänge, in denen Wissen produziert und geteilt wird.
12 Für weitere Formulierungen dieses Zusammenhangs sind insbesondere die Werke von Michel Foucault zu nennen oder z. B. auch *Spivak*, Can the Subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation, 2008.
13 Vgl. *Fricker,* Epistemic injustice. Power and the Ethics of Knowing, 2007.
14 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 2.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Benachteiligung basiert dabei darauf, dass Machtverhältnisse in sozialen Beziehungen immer auch anhand von sozialen Identitäten und den Eigenschaften, die ihnen diskursiv zugeschrieben werden, strukturiert sind.[15] Wenn solche Zuschreibungen anhand einer sozialen Identität nachteilig sind (identity prejudice),[16] können sie sich auf ungerechte Weise auch auf Situationen auswirken, in denen Personen etwas wissen oder Wissen produzieren oder teilen.

Von dekolonialer[17] Seite stammen Ausarbeitungen des Konzepts z. B. von *Boaventura de Sousa Santos* in der Formulierung „kognitive Ungerechtigkeit" (cognitive injustice). In seiner globaleren und weniger akteur:innenzentrierten Perspektive kritisiert er einen grundsätzlich ungleichen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen und seiner Produktion als Problem des Verhältnisses verschiedener Wissenskulturen bzw. -traditionen, das durch den Kolonialismus geprägt ist. Wissenschaftliches Wissen konstituiere sich auch gerade dadurch, bestimmte Wissenstraditionen auszuschließen.[18] Dass bestimmte Ansichten gerade bestimmter Personen kein Wissen sein könnten, sei dabei verbunden mit einer Praxis der Entmenschlichung dieser Personen.[19]

Diese Formulierung des Zusammenhangs zwischen Wissen und sozialer Machtverteilung als *epistemische Ungerechtigkeit*[20] hat zwei Stoßrichtungen, die ich besonders hervorheben möchte: Sie stellt sowohl eine epistemische als auch eine ethische Kritik am Ausschluss marginalisierter Gruppen aus dem Wissen und seiner Produktion dar. Eine epistemische Kritik liegt in ihr insofern, als dass epistemische Ungerechtigkeit ein Problem der Wahrheitsfindung darstellt: Die durch sie hervorgebrachten Verzerrungen stehen einer adäquateren Beschreibung der Wirklichkeit im Weg.[21] Mit dem Begriff von Ungerechtigkeit, von „injustice", hat die Kritik aber genauso eine ethische Komponente: Einer Person oder eine Gruppe wird

15 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 13 f. Macht meint für sie dabei die Fähigkeit, in einer Situation das Verhalten anderer zu kontrollieren.
16 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 6, 27 – 29.
17 Dekoloniale Theorien, eng verwandt mit den bekannteren postkolonialen Theorien, zielen spezifisch auf eine Kritik und Überwindung kolonialer Strukturen im Wissen und haben vor allem in Lateinamerika ihren Ursprung, vgl. z. B. *Quijano*, Cultural Studies Vol. 21, S. 168 (177).
18 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies of the South. Justice against epistemicide, 2014, insb. S. 118 – 133.
19 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 122.
20 Im Folgenden werde ich mich schwerpunktmäßig an *Fricker* anlehnen.
21 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 43.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit der epistemischen Schieflage ein Unrecht getan. Diese ethische Dimension ergibt sich daraus oder verschärft sich jedenfalls dadurch, dass epistemische Ungerechtigkeit kein zufälliger Irrtum ist, sondern gerade in Zusammenhang mit einer Tradition gesellschaftlicher (oder globaler) Marginalisierung steht.[22] Bestimmte Personengruppen sind dann systematisch davon betroffen, dass sie in Kontexten, in denen es um Wissen und Wissensproduktion geht, benachteiligt werden.[23] Dieses Unrecht hat dabei auch eine politische Dimension, insofern es die Freiheit betrifft, sich in einem politischen Diskurs erfolgreich zu äußern.[24]

Dass diese epistemische Marginalisierung damit bis zu einem gewissen Grad in bestimmten Situationen erwartbar ist (nämlich in solchen, in denen es um Wissen von und über marginalisierte Personengruppen geht), macht sie aber auch zugänglicher für einen verantwortlichen Umgang mit ihr.[25] Darauf zielt diese Untersuchung ab.

## 2. *Epistemische und hermeneutische Ungerechtigkeit*

*Fricker* unterteilt epistemische Ungerechtigkeit in zwei Aspekte: in testimoniale Ungerechtigkeit (testimonial injustice) und hermeneutische Ungerechtigkeit (hermeneutical injustice).

Testimoniale Ungerechtigkeit liegt vor, wenn marginalisierten Personen aufgrund eines ungerechtfertigten Vorurteils in Bezug auf ihre marginalisierte soziale Identität weniger Glaubwürdigkeit zugeschrieben wird.[26] *Fricker* erkennt hierin eine Form von Objektifizierung: Hinsichtlich ihrer Fähigkeit zu wissen wird den in dieser Hinsicht marginalisierten Personen ihr Status als Subjekt abgesprochen.[27] Von einzelnen Situationen abstrahiert führt dies zu einem Ausschluss von sozialen Praktiken, die Wissen erzeugen – was wiederum den Hintergrund für die zweite Form epistemi-

22 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 41 – 48.
23 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 48.
24 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 43.
25 Vgl. *Fricker,* Epistemic injustice (Fn. 13), S. 105, S. 67 – 71 explizit zum Begriff einer Verantwortung bei der Tätigkeit des Urteilens.
26 Vgl. *Fricker,* Epistemic injustice (Fn. 13), S. 28.
27 Vgl. *Fricker,* Epistemic injustice (Fn. 13), S. 135. Gleichzeitig kann auch die testimoniale Ungerechtigkeit ihren Grund in einem Bild des Gegenübers haben, das diesem die Menschlichkeit abspricht, insbesondere bei rassistischen Vorurteilen. Vgl. hierzu Fricker, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 44 f. und insbesondere *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 122.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scher Ungerechtigkeit nach *Fricker* bildet,[28] die hermeneutische Ungerechtigkeit.

Hermeneutische Ungerechtigkeit liegt vor, wenn Erfahrungen von Personen mit einer marginalisierten Identität (marginalisiert durch ein „structural identity prejudice") aufgrund dieser Marginalisierung nicht angemessen kollektiv verstanden werden,[29] also in vorherrschenden kollektiven Wissenssystemen nicht angemessen abgebildet werden. *Fricker* beschreibt hier eine Verzerrung zum Nachteil marginalisierter Identitäten in den hermeneutischen Ressourcen, dem (verfügbaren) Wissen selbst. Das kann auch die Möglichkeit der marginalisierten Personen betreffen, sich selbst zu beschreiben, denn diese müssen, um Begriffe für ihre Selbstbeschreibung zu finden, auf dieses kollektive Wissen zugreifen.[30]

Beide Formen epistemischer Ungerechtigkeit haben dabei für die Betroffenen in konkreten Situationen nachteilige Auswirkungen. *Fricker* nennt hier selbst eine Situation vor Gericht als Beispiel:[31] Eine glaubwürdige und plausible Darlegung der eigenen Erfahrung und des eigenen Standpunktes ist für einen günstigen Ausgang eines Gerichtsverfahrens regelmäßig entscheidend. Trennscharf zu unterscheiden sind die beiden Formen epistemischer Ungerechtigkeit nicht. Was das Recht angeht, können sie aber in unterschiedlichen Bereichen schwerpunktmäßige Relevanz haben: Ich würde testimoniale Ungerechtigkeit vor allem im Prozessrecht als Problem der Glaubwürdigkeit und in den Rechtswissenschaften als Frage von Stellenbesetzungen und von Rezeptionszusammenhängen verorten. Hermeneutische Ungerechtigkeit scheint dagegen eher relevant für die Tätigkeit der Verfassungsinterpretation selbst zu sein, abstrahierbar von der Einkleidung in einen Prozess. Die Kritik hermeneutischer Ungerechtigkeit und ihr Zusammenhang mit Interpretation gehen dabei über die klassische Methodenkritik der Hermeneutik hinaus: nämlich insofern, als dass gesellschaftliche Machtverhältnisse gezielt miteinbezogen werden. Es wird nicht die Existenz eines Vorverständnisses problematisiert, sondern es wird eingeordnet und bewertet.

---

28 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 152.
29 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 155.
30 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 162.
31 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 23 – 27. *Fricker* benutzt den Gerichtsprozess in Harper Lees „To Kill a Mockingbird" als ein zentrales Beispiel in ihren Analysen.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *III. Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG*

Dass hermeneutische Ungerechtigkeit jedenfalls für die Interpretation von Normen relevant ist, in deren Anwendungsbereich gesellschaftliche Marginalisierung eine zentrale Rolle spielt, möchte ich im Folgenden mit drei Entscheidungen des BVerfG belegen: Dem Homosexuellenurteil von 1957,[32] dem Beschluss zur sog. „Dritten Option" von 2017[33] und der „Triage"-Entscheidung von 2021.[34]

### *1. Das Homosexuellenurteil von 1957*

In einem Urteil von 1957 erklärte das BVerfG die (ausschließliche) Strafbarkeit von sexuellen Handlungen zwischen Männern gem. § 175 StGB a. F. für verfassungskonform. Es liege weder eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG (stellenweise in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geprüft) noch eine Verletzung von Gleichheitssätzen vor.

Der Schwerpunkt der Prüfung des Gerichts lag dabei auf der Frage, ob die Gleichheitssätze und insbesondere das Verbot der Diskriminierung anhand des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG überhaupt anwendbar seien. Dafür zog es eine Reihe von Sachverständigen aus der Sexualforschung, der Medizin, der Psychologie, der Soziologie sowie aus der Jugendarbeit und der Polizei heran, um die Frage der Unterschiedlichkeit (cis-)männlicher und weiblicher Homosexualität zu klären.[35] Die im Urteil wiedergegebenen Einschätzungen der Sachverständigen waren dabei durchaus heterogen bei der Frage, ob die individuellen und sozialen Unterschiede, die alle Stellungsnahmen bestätigten (insbesondere die geringere soziale Sichtbarkeit weiblicher Homosexualität), biologisch oder durch aktuelle soziale Umstände bedingt seien.[36] Die Tendenz ging jedoch in Richtung zwingender biologischer Unterschiede. Das BVerfG nahm dies als Grundlage für die Feststellung, dass männliche und weibliche Homosexualität keine vergleichbaren Sachverhalte darstellen würden.[37] Männliche

32 BVerfG, Urteil v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 – *Homosexuelle*.
33 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 ff.
34 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20.
35 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 35 – 44.
36 Vgl. z. B. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 73 ff. und 104 ff.
37 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 161.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Homosexualität wurde als von häufigen Partnerwechseln und gesteigerter Aggressivität geprägt verstanden,[38] lesbische Sexualität sei hingegen von einer „zärtlichen Frauenfreundschaft" kaum zu unterscheiden.[39] Die Auslegung, dass Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG nicht einschlägig seien, wurde ferner damit gestützt, dass bei der Ausarbeitung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG das Verhältnis weiblicher und männlicher Homosexualität keine Rolle spielte.[40]

Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit wurde mit Verweis auf die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG abgelehnt, wobei zur Ausfüllung des Begriffs „Sittengesetz" vor allem die Einschätzungen der beiden christlichen Konfessionen heranzuziehen seien;[41] demgegenüber hätten andere Perspektiven aus „interessierten Kreisen" (zu lesen wohl als: aus betroffenen und daher voreingenommenen Kreisen) keine besondere Relevanz.[42]

Sowohl die Beurteilungen der Sachverständigen als auch die des Gerichts selbst wirken heute hoffnungslos veraltet – ich schildere beides deshalb, weil an ihnen die Wirkung epistemischer Ungerechtigkeit gut zu erkennen ist. Diese tritt dabei an unterschiedlichen Stellen zu Tage: Bereits die ausschließliche Hinzuziehung von Sachverständigen, die Homosexualität als Objekt ihrer Forschung oder ihrer Arbeit haben, statt auch (offen) homosexuelle Menschen, von den Antragstellern abgesehen, zur Sprache kommen zu lassen, ist wohl Ausdruck dessen, was *Fricker* testimoniale Ungerechtigkeit nennt. Ebenfalls spielt diese eine Rolle, wenn das Gericht die Einschätzung betroffener Kreise für unbeachtlich erklärt. Mit Blick auf hermeneutische Ungerechtigkeit ist an der Entscheidung des Gerichts bemerkenswert, dass eine grundsätzliche Vergleichbarkeit männlicher und weiblicher Sexualität kaum ernsthaft erwogen wird.[43] Die ergänzende historische Auslegung, die den Denkhorizont des Parlamentarischen Rats zur Grenze der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG erklärt, wirkt hier schließlich als Perpetuierung der mangelnden Repräsentation von Homosexualität im Wissen.

---

38 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 152.
39 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 155.
40 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 157 – 159.
41 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 167 f.
42 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 174.
43 Die abweichenden Sachverständigeneinschätzungen werden so gewertet, dass sie die Unterschiede zwischen männlicher und weiblicher Sexualität nur anders erklären, BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 156.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 2. *Die Entscheidung zur „Dritten Option" von 2017*

Der Umgang des BVerfG sowohl mit Betroffenen als auch mit historischer Auslegung im Kontext hermeneutischer Ungerechtigkeit hat sich seither gewandelt. Das wird z. B. am Beschluss des BVerfG zur sog. „Dritten Option" von 2017 anschaulich, in dem es (primär) um die verfassungsrechtliche Anerkennung des Geschlechts von intersexuellen Personen (Personen mit „Varianten der Geschlechtsentwicklung") und die Pflicht des Gesetzgebers ging, dafür einen positiven Eintrag im Personenstandsrecht zu schaffen. Im Verfahren wurden dabei nicht nur medizinische Verbände wie die Bundesärztekammer angehört, sondern auch verschiedene Betroffenenverbände.[44]

Neben dem Schutz der geschlechtlichen Identität durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, der bereits durch die Rechtsprechung zu Transidentität etabliert war,[45] behandelt das Urteil vor allem den Schutzgehalt des Geschlechtsbegriffs in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Dieser war in der bisherigen Rechtsprechung immer als identisch mit dem von Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG, also der Gleichberechtigung von Männern und Frauen, definiert worden.[46] Nun kommt das Gericht aber zu dem Schluss, dass auch Personen außerhalb der geschlechtlichen Binarität unter den Geschlechtsbegriff des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG subsumierbar sind.[47] Hierzu kommt es vor allem mittels einer teleologischen Auslegung: Diese ergebe, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerade den Schutz der Personen ermöglichen sollte, die in den Worten des BVerfG „strukturell diskriminierungsgefährdet[…]" seien.[48] Auch intersexuelle bzw. nicht binäre Identitäten in ihrem Geschlecht durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu schützen, stehe nicht entgegen, dass die Verfassungsgeber:innen 1947 nur binäre Geschlechter vor Augen hatten. Das Gericht verweist auf das heute weiter fortgeschrittene Wissen über geschlechtliche Identitäten.[49] Das vergangene Geschlechtsverständnis des Gerichts wird mit Hinweis darauf abgetan, dass dieses eine Beschreibung des damaligen gesellschaftlichen und rechtlichen Verständnisses der Geschlechtszugehörigkeit war.[50]

---

44 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 18.
45 Letzte zentrale Entscheidung hierzu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109.
46 Vgl. z. B. BVerfG, 26.1.1977 – 1 BvL 17/73, BVerfGE 43, 213 (225).
47 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 58.
48 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 59.
49 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 61.
50 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 50, allerdings mit Verweis auf eine Entscheidung, in der es nicht spezifisch um Art. 3 III GG ging.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Entscheidung wurde teilweise für eine intransparente und ungerechtfertigte Implementierung von „Geschlechtertheorie" in die Verfassungsinterpretation kritisiert.[51] Mir scheint, dass das Gericht eine Instanz epistemischer Ungerechtigkeit verarbeitete: Das breitere gesellschaftliche Bewusstsein über die Existenz von Intersexualität und Nichtbinarität und deren Anerkennung als eigene geschlechtliche Kategorie ist Ergebnis von Forschung und von Lobbyarbeit der Betroffenenverbände. Dieses Wissen hatte im gesamtgesellschaftlichen Kontext bis vor einigen Jahren kaum eine Möglichkeit zu existieren; anders formuliert war es aufgrund einer Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit, der starken Marginalisierung geschlechtlicher Minderheiten, kaum sichtbar. Dies nimmt das Gericht zum Anlass, einer zweckorientierten Auslegung den Vorzug zu geben.

### *3. Die „Triage"-Entscheidung von 2021*

Noch zentraler befasst sich das Bundesverfassungsgericht mit einer Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit in der Entscheidung zur „Triage", also zu Priorisierungsentscheidungen, wenn medizinische Ressourcen nicht ausreichen, um alle Personen mit Bedarf intensivmedizinisch zu behandeln,[52] was Ende 2021 aufgrund der Covid-19-Pandemie in Deutschland wie auch in anderen Ländern ein realistisches Szenario war. Der Beschluss behandelt eine Verpflichtung des Gesetzgebers, auf die spezifische Gefährdung der medizinischen Versorgung von behinderten Menschen bei einer drohenden Triagesituation auf den Intensivstationen aufgrund der Coronapandemie zu reagieren. Wie in einer solchen Situation zu entscheiden sei, war bisher ungeregelt. Empfehlungen z. B. der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) empfahlen eine die Priorisierung von lebensrettenden Behandlungen nach den Erfolgsaussichten dieser Behandlungen, um in der konkreten Situation möglichst viele Menschenleben zu retten. In die Prognose der Erfolgsaussichten der zu behandelnden Person, die konkrete Infektion zu überleben, sollten dabei insbesondere auch Komorbiditäten und eine Einschätzung der allgemeinen Gebrechlichkeit einbezogen werden.[53]

---

51 Insb. *Rixen*, JZ 2018, 317 (z. B. 320).
52 Vgl. zum Begriffsverständnis BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 9.
53 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 9.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Offensichtlich vor allem mit Blick auf Krankenhäuser in privater Trägerschaft[54] konkretisierte das Gericht die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu einer konkreten Schutzpflicht des Staates, sofern eine Benachteiligung durch Dritte aufgrund von Behinderung (unter anderem) hochrangige Rechtsgüter und insbesondere das Leben bedroht.[55] Eine solche Gefährdungslage liege bei einer drohenden Triagesituation vor: Vor allem Kriterien wie Komorbiditäten und „Gebrechlichkeit" seien Einfallstore für eine pauschalisierend schlechtere (und damit falsche) Einschätzung dafür, ob die Behandlung von behinderten Menschen Erfolg habe.[56] Das konkrete Risiko macht das BVerfG daran fest, dass nach Einschätzung sachkundiger Dritter (was vor allem auch eine Interessenvertretung von Betroffenen meinte)[57] die Situation von behinderten Menschen mangels entsprechender Schulungen und durch unbewusste Stereotypisierung durch das medizinische Personal oft falsch beurteilt wird. Hierfür gebe es ebenfalls in wissenschaftlichen Studien Anhaltspunkte.[58] Diesem konkreten Risiko müsse durch Regelungen begegnet werden, die das Risiko für falsche – ableistische[59] – medizinische Beurteilungen behinderter Menschen durch medizinisches Personal senkten. Ob der Gesetzgeber dieser Pflicht durch die positive Festlegung von Triagekriterien oder durch die gesetzliche Verankerung andere Maßnahmen wie z. B. Schulungen nachkomme, liege in seinem Gestaltungsspielraum.[60] Demgegenüber stellte das Gericht (ohne weitere Erörterung) fest, dass das Kriterium der Erfolgsaussichten für die Priorisierung von lebensrettenden Behandlungen mit der Verfassung vereinbar sei.[61] Es umging damit die Diskussion, wie mit der mittelbaren Diskriminierung behinderter Menschen, die ganz grundsätzlich in dem Kriterium der Erfolgsaussichten liegt, umzugehen ist.[62]

---

54 Krankenhäuser in öffentlicher Hand, die an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unmittelbar gebunden wären, werden nur in einem Satz erwähnt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn 129.

55 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 97.

56 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 114 – 121.

57 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 113.

58 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 113.

59 Ableismus meint Diskriminierung aufgrund von Behinderung, vor allem dadurch, dass implizit nichtbehinderte Personen zur Norm gemacht werden.

60 Vgl. insb. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 126 – 128.

61 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 118.

62 Dies scharf kritisierend *Walter*, NJW 2022, 363 (364): „Nach dieser Triage wird der Anteil von Menschen mit Behinderung an der Gesamtbevölkerung niedriger sein."



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Risiko für eine Diskriminierung und damit eine Verpflichtung des Gesetzgebers, vor ihr zu schützen, macht das BVerfG also daran fest, dass es bei medizinischem Personal an adäquatem Wissen über Behinderung fehlt: Es konstatiert mit anderen Worten im medizinischen Bereich eine Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit, die von Betroffenenverbänden auch unabhängig von den konkreten Gefahren der Pandemie kritisiert wird und in den Stellungnahmen der Betroffenen- und Interessenverbände einen großen Raum einnahm.[63] Überlegungen, wie die eigene Auslegung (möglicherweise auch die Nichtberücksichtigung mittelbarer Diskriminierung durch das Kriterium der Erfolgschancen selbst) durch hermeneutische Ungerechtigkeit beeinflusst wird, macht das Gericht nicht explizit.

Die drei Beispiele zeigen, wie hermeneutische Ungerechtigkeit verfassungsrechtliche Entscheidungen drastisch beeinflusst, wie sie im Rahmen klassischer Auslegungsmethoden Eingang in methodische Reflexion findet und als soziales Phänomen im Anwendungsbereich von Normen festgestellt werden kann. Um einen Ansatzpunkt für einen systematischen Umgang mit hermeneutischer Ungerechtigkeit in der Verfassungsinterpretation zu gewinnen, lohnt sich nun ein Blick auf die in den Theorien zu epistemischer Ungerechtigkeit selbst vorgeschlagenen Reaktionsmöglichkeiten auf dieses Phänomen.

## *IV. Potenziale für Reaktionen auf hermeneutische Ungerechtigkeit*

Wie Kritik der klassischen Hermeneutik ist eine Methodenkritik durch den Verweis auf hermeneutische Ungerechtigkeit nur produktiv, soweit es tatsächlich Reaktionsmöglichkeiten auf sie gibt, erkennende Subjekte den hermeneutischen Schieflagen also nicht völlig ausgeliefert sind. Der Zusammenhang zwischen Wissen und gesellschaftlicher Machtverteilung ist allerdings gleichzeitig nichts, was im engeren Sinn überwunden werden kann. *De Sousa Santos* und *Fricker* schlagen daher Lösungen vor, die beide auf einen Wandel der hermeneutischen Ressourcen zielen.[64] Sie verfolgen dabei sehr unterschiedliche Ansätze: *De Sousa Santos* folgert daraus, dass

63 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 40 – 65.

64 *Fricker* wendet sich gegen Ansätze, die aus der Verflechtung von Wissen und Vernunft auf der einen und sozialen Machtbeziehungen auf der anderen Seite den Schluss ziehen, dass der Zusammenhang zwischen Macht und Wissen nicht bewusst gestaltet werden kann, vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 2 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

etabliertes wissenschaftliches Wissen sich auch durch einen kolonial geprägten Ausschluss anderen Wissens ergibt, dass Skepsis gegenüber Expert:innenwissen angebracht ist. Er stellt das Konzept des klassischen Kanons in Frage und betont den Wert von nicht-wissenschaftlichen Formen des Wissens.[65] Diese Strategie beruht dabei nicht auf einer grundsätzlichen Ablehnung von Wissenschaft, sondern ist der Versuch, gegen-hegemonialen Perspektiven Raum und eine gleichwertige Chance zu geben.[66] Für juristische Fragen wäre dieser Ansatz z. B. im Rahmen von Beteiligungmöglichkeiten von Betroffenenverbänden an Prozessen und im Rahmen von Gesetzgebung relevant. Außerdem wirft er Fragen auf für das Verhältnis des Einflusses von z. B. Expert:innenkommissionen und Betroffenenperspektiven. Die drei Beispiele aus dem letzten Kapitel zeigen hier beispielhaft, wie sich die Auswahl derjenigen Gruppen und Personen, die im Rahmen eines Verfahrens vor dem BVerfG angehört werden, gewandelt hat, wohl vor allem ermöglicht durch die Einführung des § 27a BVerfGG. Dieser regelt die Stellungnahme „sachkundiger Dritter" (typischerweise gesellschaftliche Gruppen und Interessenverbände), gerade im Gegensatz zum Sachverständigengutachten.[67]

Die Potenziale zur Reaktion auf epistemische Ungerechtigkeit, die *Fricker* identifiziert, sind deutlich individualistischer gedacht und haben spezifische Kommunikationssituationen vor Augen. *Fricker* fragt danach, mit welchen Tugenden auf epistemische Ungerechtigkeit reagiert werden kann. Diese Tugenden haben einerseits einen intellektuellen Charakter und dienen der besseren Wahrheitsfindung, ähnlich wie z. B. die Tugend, keine voreiligen Schlüsse zu ziehen.[68] Andererseits zielen sie auf soziale Gerechtigkeit. *Fricker* bezeichnet sie daher als hybride Tugenden.[69]

In einem hermeneutischen Umfeld, in dem eine Benachteiligung marginalisierter Identitäten besteht, sollte diese mit eigenen intellektuellen Anstrengungen ausgeglichen werden. Die Form der Anstrengung, die dabei ein Verhaftetbleiben in epistemischer Ungerechtigkeit von einem adäquaten Versuch, diese Ungerechtigkeit auszugleichen, unterscheidet, ist der Unterschied zwischen einer bei der Meinungsbildung routinierten und einer außergewöhnlichen Anstrengung,[70] die die vorhandenen kritischen Ressourcen miteinbezieht. Denn Vorurteile können nur mit

65 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 58.
66 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 66 u. 190.
67 Vgl. *Scheffczyk*, in: BeckOK BVerfGG, Ed. 1.12.2021, § 27a, Rn. 2 – 5.
68 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 124.
69 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 120.
70 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 104 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hilfe kritischer Konzepte ausgeglichen werden. Das Reaktionspotenzial auf epistemische Ungerechtigkeit liegt damit auch darin, dass Diskurse nie monolithisch sind,[71] es also immer kritische(re) und weniger kritische Perspektiven gibt, deren Einbeziehung zu gerechteren oder weniger gerechten Ergebnissen führen kann.

Um zu erkennen, wann diese zusätzliche Anstrengung angebracht wäre, schlägt *Fricker* eine „reflexive critical sensitivity" beim Zuhören und bei der Meinungsbildung vor.[72] Diese könnte z. B. durch die Frage umgesetzt werden, ob eine formulierte Position in einem Wissenssystem, dass marginalisierten Gruppen eine bessere Stellung zugestehen würde, plausibler wäre.

## *V. Vorschläge für methodologische Anschlussmöglichkeiten*

Wie würden diese Tugenden Eingang in juristische Methodiken finden? Hierfür möchte ich zum Abschluss einige Vorschläge machen oder jedenfalls einige Verortungen vornehmen. Dabei denke ich nicht, dass eine Berücksichtigung von Konstellationen hermeneutischer Ungerechtigkeit dazu prädestiniert ist, eine von Normen losgelöste, unmittelbar einer Idee von Gerechtigkeit verpflichtete Problemanalyse darzustellen, sondern dass ihre Berücksichtigung auch Eingang in methodisch stärker strukturierte Argumente finden kann.

### *1. Genetische Auslegung und sozialer Wandel*

Der Beschluss zur „Dritten Option" führt beispielhaft vor Augen, wie Fragen des gesellschaftlichen Wandels zuallererst für historische und vor allem genetische (also auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bezogene) Auslegungsansätze eine Rolle spielen.

*Frickers* Vorschlag einer „reflexive critical sensitivity" könnte hier eine Möglichkeit für eine verantwortlichen Umgang mit hermeneutischer Ungerechtigkeit darstellen, da diese Ansätze besonders geneigt sind, hermeneutische Ungerechtigkeit zu perpetuieren. Es kann gefragt werden: Was war das historische Verständnis von z. B. bestimmten Identitäten oder Er-

71 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 104, mit Blick auf moralische Diskurse.

72 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 7.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fahrungen, wie es sich aus Gesetzgebungsmaterialien ergibt? Sind Perspektiven von Betroffenen eingegangen oder stellt das Verständnis einen Blick von außen dar? War das Begriffsverständnis der Normgebenden eines, das aufgrund unreflektierter Reproduktion vorherrschender Perspektiven oder im Gegenteil aufgrund einer reflektierenden Überlegung entstand?

Solche Überlegungen sind dabei noch nicht per se Ausdruck eines „living constitutionalism".[73] Vielmehr werden auf diese Weise erst einmal Informationen zur Einordnung historischer und genetischer Argumente gesammelt, die mindestens die Frage beantworten können, ob Perspektiven des Gesetzgebers eher bewusste Wertungen oder durch hermeneutische Ungerechtigkeit induzierte Nichtbeschäftigung mit der Fragestellung darstellen. Über das Verhältnis einer genetischen Auslegung zu anderen Auslegungen ist damit noch nichts gesagt. Wenn das BVerfG im Urteil zur „Dritten Option" dazu kommt, vor allem nach dem Zweck der Regelung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu fragen, scheint mir diese Herangehensweise auch nicht losgelöst von subjektiven Wertungen des Gesetzgebers. Sie könnte auch als Beantwortung der Frage gelesen werden, welche Bedeutung nach dem Ziel des Parlamentarischen Rates der Begriff des Geschlechts in einem für geschlechtliche Minderheiten günstigeren hermeneutischen Klima hätte.[74]

### 2. *Normbereichsanalyse*

Aus Perspektive der „strukturierenden Methodik"[75] kann das Problem hermeneutischer Ungerechtigkeit auch als Phänomen im Sachbereich von Normen verstanden werden, bei dem sich die Frage stellt, inwieweit es in den Normbereich, also in die Auswahl der für eine Entscheidung relevanten, „normativ" wirkenden Tatsachen aufgenommen werden soll.[76] Die unter 1. formulierte Herangehensweise stellt dann einen Unterfall dieses Vorgangs dar. Am leichtesten kann hermeneutische Ungerechtigkeit wohl erkannt werden als hermeneutisch ungerechte Perspektive aus der Vergangenheit, die heute überwunden wurde: Die gesellschaftliche Bewertung

73 So explizit die Kritik von *Rixen* (Fn. 51), 325 am Beschluss zur „Dritten Option".

74 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), Rn. 363 zur unscharfen Abgrenzung zwischen zweckorientierten und anderen Auslegungsmethoden.

75 Zum Begriff vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), insb. Rn. 298 f.

76 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), Rn. 281.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von Homosexualität hat sich grundlegend gewandelt[77] und auch die heutige Rechtswissenschaft ist sich in der negativen Bewertung des Homosexuellenurteils von 1957 überwiegend einig.[78] Aber auch eine aktuelle hermeneutische Ungerechtigkeit in der Lebenswelt kann im Sachbereich entdeckt und in den Normbereich gehoben werden, wie der Triage-Beschluss deutlich zeigt. Besonders kompliziert, aber methodisch besonders relevant ist außerdem die Frage, wie sich die denkende und urteilende Person selbst verortet, soweit sie entdeckt hat, dass ein Themengebiet, über das zu urteilen gilt, von hermeneutischer Ungerechtigkeit geprägt ist. Sowohl die eigene Position hinsichtlich gesellschaftlicher Machtverteilung als auch der eigene Wissensstand können dabei Gegenstand der Normbereichsanalyse sein, die so die denkende und urteilende Person in den Normbereich miteinschließt.[79] Hieraus kann dann z. B. geschlossen werden, ob zusätzliche Anstrengungen nötig sind, um eine hermeneutische Ungerechtigkeit so wenig wie möglich zu perpetuieren.

In diesem Zusammenhang stellt sich außerdem die Frage, ob Änderungen der Wirklichkeit auch unmittelbar Einfluss auf die Normbedeutung haben können. Nach dem BVerfG kann das in bestimmten Fällen durchaus der Fall sein. Diese Normbereichsanalyse als mögliche Auslegungsmethode benutzt das Gericht explizit vor allem im Rahmen der Rechtsprechung zum Rundfunk, um im Angesicht von sich wandelnder Technik die „normierende Wirkung" der Rundfunkfreiheit zu wahren.[80]

Der Wandel hermeneutischer Ressourcen, also von gesellschaftlicher Einordnung sozialer Phänomene und Erfahrungen, könnte in gleicher Weise Gegenstand einer Normbereichsanalyse sein, die zu einer Änderung der Normbedeutung führt. Anders als technische Neuerungen liegen (neue) gesellschaftliche Einordnungen bestehender Phänomene allerdings oft im Grenzbereich zwischen normativer Bewertung und (richtigstellender) Deskription, wie z. B. die Einordnung, oder besser Nicht-Einordnung

---

77 Vgl. *Pschorr/Spanner*, Verfassungswandel messbar machen, in: Donath et al. (Hrsg.), Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit: 59. Assistententagung Öffentliches Recht, 2019, S. 137.

78 Vgl. z. B. *Gärditz*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft Rn. 80.

79 Vgl. zur Position der Richterin in der Normbereichsanalyse *Goldberg*, Die Richterin im Normanwendungsprozess, in: Donath et al. (Hrsg.), 59. Assistententagung (Fn. 77), S. 155.

80 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.3.1987 – 1 BvR 147/86 u. a., BVerfGE 74, 297 juris Rn. 132 – *5. Rundfunkentscheidung*.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von Homosexualität als Krankheit zeigt. Bei einem Wandel hermeneutischer Ressourcen stellt sich also die Frage, inwiefern eine Richtigstellung in der Sache vorliegt, die etwaige Normbereiche beeinflussen kann, um die „normierende Wirkung" einer Regelung zu erhalten, und inwiefern eine für die juristische Arbeit möglicherweise irrelevante Bewertung von Gesamtgesellschaft bzw. Expert:innen. Dabei kann es aber auch Ausdruck hermeneutischer Ungerechtigkeit sein, wenn eine Änderung der Sichtweise von Gesellschaft oder von Personengruppen auf ein Phänomen als bloße Wertungs- oder Ideologiefrage abgetan wird.

Trotzdem darf all dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein verantwortlicher Umgang mit dem Problem epistemischer Ungerechtigkeit völlig unabhängig von Fragen des Wandels eine genaue und möglichst vorurteilsfreie Analyse des normierten Bereichs der Wirklichkeit erfordert. Dies betrifft vor allem Bereiche, in denen klar ist, dass identitätsbezogene Marginalisierung das Wissen über bestimmte Erfahrungen beeinflusst.

### *3. Grundrechte und die Rolle des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten*

Ein konkreter methodischer Vorschlag, um die Perpetuierung von hermeneutischer Ungerechtigkeit bei der Interpretation von Grundrechten zu vermeiden, wäre eine vorrangige Berücksichtigung des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten bei der Bestimmung des Schutzbereiches. Etabliert ist dieser Ansatz in der Rechtsprechung des BVerfG vor allem bei der Religionsfreiheit,[81] aber auch z. B. beim Umgang mit der Kunstfreiheit.[82] In der Literatur stellt sich die Frage danach, inwiefern Freiheitsrechte nicht grundsätzlich nach dem Selbstverständnis der Geschützten zu bestimmen sind.[83] Mit Blick auf den Gegenstand dieser Betrachtung hat das den Effekt, dass bei der Interpretation der typischerweise sehr offen gehaltenen Begriffe der Grundrechte Ressourcen herangezogen werden, die weniger belastet von hermeneutischer Ungerechtigkeit sind. Dies wäre einerseits eine proaktive Herangehensweise, um hermeneutischer Unge-

81 Vgl. z. B. BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 Rn. 40 f.

82 Vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (188 f.).

83 Vgl. *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, insb. S. 282 – 296. Jüngst auch scharf diskutiert *Sacksofsky*, Allgemeine Impfpflicht – ein kleiner Piks, ein großes verfassungsrechtliches Problem, VerfBlog v. 21.1.2022.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechtigkeit möglichst wenig zu erliegen. Diese Herangehensweise ist aber andererseits pauschal: Soziale Ungleichheit und Marginalisierung sind hier gar keine Kriterien für die Berücksichtigung von Selbstverständnissen. Das Selbstverständnis von Betroffenen bei der Interpretation von Grundrechten ganz grundsätzlich zu berücksichtigen, ist allein als Reaktion auf hermeneutische Ungerechtigkeit damit nicht notwendig.

### *4. Verfassungstheorien: Konsens oder Pluralismus*

Abschließend möchte ich mich noch schlaglichtartig auf Verfassungsverständnisse beziehen, die aus einem bestimmten Verständnis von Verfassung heraus bestimmte Auslegungsmaximen entwickeln, die entweder konsens- oder pluralitätsbetont sind.

Wenn z. B. die Rolle von Grundrechten mit *Rudolf Smend* als objektive Werteordnung mit der sozialen Funktion der Gemeinschaftsbildung verstanden wird, ist ein gesamtgesellschaftlicher Bedeutungswandel von bestimmten Erfahrungen zwar gut in Verfassungsinterpretation integrierbar.[84] Dagegen wird erschwert, nicht mehrheitsfähige Selbstbeschreibungen von bestimmten Personengruppen in die Interpretation von Grundrechten miteinzubeziehen. Anders sieht es bei pluralitätsbetonten Verfassungstheorien aus, wie bei *Peter Häberles* „offener Gesellschaft der Verfassungsinterpreten". Nach dieser Theorie spielt die Verfassungsinterpretation aller, insbesondere nichtjuristischer und nichtstaatlicher Stellen, die von Verfassungsnormen betroffen sind, einerseits deskriptiv betrachtet eine Rolle bei der juristischen Verfassungsinterpretation. Andererseits trägt sie auch normativ zur Legitimität der (demokratischen) Verfassung bei.[85] Epistemische Ungerechtigkeit, und zwar sowohl in ihrer testimonialen als auch in ihrer hermeneutischen Form, stellt für dieses Legitimationskonzept klar ein Problem dar: Eine pluralistische Legitimation scheitert, soweit bestimmte Gruppen aufgrund von Vorurteilen gegen ihre soziale Identität faktisch nicht äußerungsberechtigt sind, und steht jedenfalls vor Schwierigkeiten, soweit sie aufgrund der inhaltlichen Struktur hermeneutischer Ressourcen keine authentische, ihren Erfahrungen gerecht werdende Perspektive formulieren können. Dass unterschiedliche Gruppen unterschiedliche Chancen auf Beteiligung an diesem „vorjuristischen" Interpretations-

84 Vgl. *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, s. insb. S. 158 f. zum integrierenden Sachgehalt der Grundrechte.

85 Vgl. *Häberle*, JZ 1975, 297 (298 f. u. 301 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

prozess haben, findet dabei in den methodischen Vorschlägen *Häberles* Berücksichtigung. Juristische Verfassungsinterpretation sollte einordnen, wer im Vorfeld der gerichtlich-juristischen Verfassungsinterpretation bereits an Interpretationsprozessen beteiligt war, z. B. im Rahmen der Gesetzgebung. Dies wiederum soll Auswirkungen darauf haben, mit welchen Methoden die Verfassung juristisch interpretiert wird.[86] Mit Blick auf hermeneutische Ungerechtigkeit könnte dieses Konzept möglicherweise weitergedacht und konkretisiert werden.

## *VI. Ausblick*

Die obigen Ausführungen sollten zeigen, dass epistemische und vor allem hermeneutische Ungerechtigkeit ein Problem für Verfassungsinterpretation darstellt, und dies sowohl in theoretischer Hinsicht als auch in der Praxis des BVerfG. Methodische Anknüpfungspunkte und damit Möglichkeiten eines verantwortlichen Umgangs mit hermeneutischer Ungerechtigkeit sind vielfältig und nicht per se auf ein bestimmtes Verfassungs- und Methodenverständnis beschränkt. Jedenfalls aber hat dieser Beitrag darzulegen versucht, dass soziale Verantwortung und adäquates Erkennen auch im Recht näher beieinander liegen, als es auf den ersten Blick scheinen mag.

86 Vgl. *Häberle* (Fn. 85), 303 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Zwischenstaatliche Verantwortung

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Grundrechtsverantwortung und zwischenstaatliche Zusammenarbeit

*Prisca Feihle*

## *Inhaltsübersicht*

I. Ein relationales Verständnis von Grundrechtsverantwortung in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit 138

II. Anwendbarkeit der Grundrechte in zwischenstaatlichen Zusammenhängen 141

1. Keine Beschränkung der Grundrechtsbindung aufgrund des Sachzusammenhangs zwischenstaatlicher Kooperation 142

2. Extraterritoriale Bindungen 143

a) Umfassend funktionales Verständnis bei extraterritorialen staatlichen Aktivitäten 143

b) Extraterritoriale Grundrechtsbindungen in Bezug auf Schutzpflichten? 144

III. Grundrechtliche Verpflichtungen bezogen auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit 145

1. Grundrechtsschutz vs. internationale Kooperation 146

a) Kooperatives Handeln als eigene Grundrechtsverletzung 147

b) Schutzpflichten bezüglich von anderen Staaten ausgehender Grundrechtsgefährdungen 148

2. Grundrechtsschutz durch internationale Kooperation 149

a) Schutzpflichten gerichtet auf internationale Kooperation 150

b) Relevanz der internationalen Einbindung im Rahmen von Abwehrrechten 152

3. Zwischenfazit 152

IV. Grenzen und Potenzial der Grundrechte, Verantwortung in internationaler Kooperation zu strukturieren 153

1. Grenzen der (grund-)rechtlichen Bindung der auswärtigen Gewalt und ihrer Justiziabilität 153



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Grenzen des innerstaatlichen Verfassungsrechts? 154
a) Die Relevanz des Völkerrechts für die Auslegung der Grundrechte i. R. v. zwischenstaatlicher Zusammenarbeit 155
b) Kooperation der Gerichte 156
V. Fazit 157

Grenzüberschreitende Herausforderungen erfordern zwischenstaatliche Zusammenarbeit. Phänomene so vielfältig wie der Klimawandel, eine Pandemie, Flucht und Vertreibung oder Digitalisierung zeigen Grenzen unilateralen staatlichen Handelns auf. Entsprechend kooperieren Staaten – auf formelle und informelle Weise und in allen möglichen gesellschaftlichen Bereichen. Die weitreichende Bedeutung internationaler Kooperation ist dabei sowohl Folge als auch Grundlage einer interdependenten internationalen Ordnung.[1] Der Beitrag geht der Frage nach, welche Rolle hierbei Grundrechte unter dem deutschen Grundgesetz spielen. Ausgehend von aktuellen Beispielen aus der Rechtsprechung beleuchtet er, inwiefern in einer innerstaatlichen Verfassung verbürgte Grundrechtspositionen Verantwortung in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit strukturieren können. Dazu schlägt er ein relationales Verständnis von Grundrechtsverantwortung in internationaler Kooperation vor (I.). Es folgen Überlegungen zur Reichweite (II.) und zum Inhalt (III.) grundrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Zusammenarbeit mit anderen Staaten. Die Weiterentwicklung grundrechtsbasierter Verantwortung in internationaler Kooperation verweist zwar auf bestimmte Grenzen des innerstaatlichen Verfassungsrechts, birgt aber auch Potenzial (IV.).

## *I. Ein relationales Verständnis von Grundrechtsverantwortung in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit*

Verantwortung kann als ein normatives Verhältnis verstanden werden, das festlegt, *wer* (als Verantwortungssubjekt) *für etwas* (Verantwortungsobjekt)

1 Zu den globalisierungsbedingten Herausforderungen für das Verfassungsrecht, siehe bereits *Nolte*, VVDStRL 2007 (Bd. 67), 129 und *Poscher*, VVDStRL 2007 (Bd. 67), 160. Siehe auch *Puttler*, Globalisierung als Topos, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI (Internationale Bezüge), 3. Aufl., 2013, S. 333.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*wem gegenüber* (als Verantwortungsinstanz) einzustehen hat.[2] Die Zuschreibung von Verantwortung kann auf Grundlage unterschiedlicher Arten normativer Erwartungen und insofern etwa in einem politischen, moralischen oder rechtlichen Sinne erfolgen.[3] Hier soll es um eine rechtliche Form der Verantwortung *von* Staaten *für* Grundrechtsschutz *gegenüber* Personen gehen, die durch zwischenstaatliche Zusammenarbeit betroffen werden. Das Konzept der Verantwortung ist dabei weiter als das der Verantwortlichkeit im Sinne einer nachträglichen Haftung für bereits eingetretene Verstöße oder Schäden. Es schließt auch normative Erwartungen bezüglich der Realisierung bzw. des (präventiven) Schutzes bestimmter – hier grundrechtlicher – Positionen mit ein.

Inwiefern können also in einer innerstaatlichen Verfassung verbürgte Grundrechte Verantwortung im Rahmen von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit strukturieren? Zunächst ist es doch vielmehr das als „Recht der Kooperation"[4] bezeichnete Völkerrecht, das geeignet zu sein scheint, internationale Kooperation zwischen Staaten zu regeln. Zwischenstaatliche Zusammenarbeit wirft aber auch genuin verfassungsrechtliche Fragen auf, etwa nach den verfassungsrechtlichen Grundlagen für zwischenstaatliche Zusammenarbeit, der Verbands- und Organkompetenz im Bereich des auswärtigen Handelns und der Bestimmung des Verhältnisses des Verfassungsrechts zum Völker- und Europarecht. Diese Themenkomplexe bilden den Hauptbestandteil eines als Außenverfassungsrecht,[5] Recht der auswärtigen Gewalt,[6] Recht der internationalen Beziehungen[7] oder *foreign relations law*[8] bezeichneten Rechtsbereiches. Hierbei lohnt es sich, Grundrechte als spezifischen Bestandteil eines solchen nach außen gerichteten Verfassungs-

2 *Werner*, Minimalgehalte und Grenzen der Verantwortungszuschreibung, in: Seibert-Fohr (Hrsg.), Entgrenzte Verantwortung. Zur Reichweite und Regulierung von Verantwortung in Wirtschaft, Medien, Technik und Umwelt, 2020, S. 31 (31 – 32).

3 *Werner*, Verantwortungszuschreibung (Fn. 2), S. 33.

4 *Friedmann*, The Changing Structure of International Law, 1964, S. 60 – 63.

5 *Röben*, Außenverfassungsrecht, 2007.

6 *Biehler*, Auswärtige Gewalt, 2005; *Nettesheim*, Verfassungsbindung der auswärtigen Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI (Internationale Bezüge), 3. Aufl., 2013, S. 559; *Sauer*, Staatsrecht III: Auswärtige Gewalt, Bezüge des Grundgesetzes zu Völker- und Europarecht, offene Verfassungsstaatlichkeit, 6. Aufl., 2020.

7 *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017.

8 Bradley (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, 2019; Aust/Kleinlein (Hrsg.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries, 2021.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechts stärker in den Blick zu nehmen.[9] Dies führt zu der Frage, inwieweit Grundrechte einen Staat dazu verpflichten können, gerade auch in seiner Zusammenarbeit mit anderen Staaten für den verfassungsrechtlich verbürgten Schutz der Rechte Einzelner einzustehen. Die hier synonym verwendeten Begriffe der internationalen Kooperation und der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit sind nicht letztgültig geklärt, werden aber in einem offenen Sinne so verstanden, dass sie jede Form der mehr oder weniger freiwilligen Interaktion zwischen mehreren Staaten zu einem bestimmten, gemeinsamen Zweck bezeichnen.[10] Es mag nicht immer trennscharf abzugrenzen sein, inwieweit die Berufung auf Grund- oder Menschenrechte Verantwortung in derartig grenzüberschreitenden Kontexten in einem rechtlichen – und nicht nur politischen oder moralischen Sinne – adressiert. Dennoch lässt sich gerade auch hier die Frage nach Verantwortung für den Schutz der Rechte Einzelner in einem rechtlichen – insbesondere grundrechtlichen – Sinn stellen. Aus einer grundrechtlichen Perspektive ist das Subjekt einer solchen Verantwortung bereits festgelegt: Unter Grundrechten im Rahmen einer innerstaatlichen Verfassung – hier des deutschen Grundgesetzes – kommt nur eine Bindung der jeweils gebundenen – hier der deutschen – Staatsgewalt in Betracht. Auf den ersten Blick steht diese Perspektive daher in einem Spannungsverhältnis zu Tendenzen, Verantwortung in Anbetracht globaler Herausforderungen und technologischer Entwicklungen in räumlicher wie auch zeitlicher Hinsicht zunehmend entgrenzt zu begreifen.[11] Dennoch kann auch im Rahmen einer grundrechtlichen Perspektive auf internationale Kooperation Verantwortung in gewisser Weise grenzüberschreitend konzeptualisiert werden. Hierzu kann an eine Betonung der relationalen Dimension der Grundrechte angeknüpft werden – wenn auch teils unter umgekehrten

9 Für umfassende Betrachtungen der Außengerichtetheit innerstaatlichen Verfassungsrechts, siehe Bomhoff/Dyzenhaus/Poole (Hrsg.), The Double-Facing Constitution, 2020; spezifisch zur Rolle der Grundrechte hierin: *Grimm*, The Various Faces of Fundamental Rights, in: Bomhoff/Dyzenhaus/Poole (Hrsg.), The Double-Facing Constitution, 2020, S. 413.

10 Zu einem parallelen, etwas engeren Begriffsverständnis und dessen Herleitung, siehe *Wolff*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit. Grundgesetzlicher Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation, 2020, S. 28 – 29, dessen umfassende Studie sich – anders als der hiesige Beitrag – auf die Rolle der Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension als Grenzen internationaler Kooperation konzentriert (S. 24 – 27).

11 Zum Phänomen der Entgrenzung und unterschiedlichen Implikationen für den Begriff und auch die Regulierung von Verantwortung, siehe Seibert-Fohr (Hrsg.), Entgrenzte Verantwortung (Fn. 2).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorzeichen. Relationale Grundrechtsverständnisse mahnen an, dass die grundrechtliche Freiheit nicht nur als die Freiheit eines Individuums für sich, sondern gerade auch als die Freiheit des Individuums in seiner Beziehung zu anderen zu verstehen ist.[12] Eine solche relationale Perspektive erscheint nicht nur auf Grundrechtsträger:innenseite angebracht. Auch Verantwortung für Grundrechte kann zunehmend relational zu verstehen sein. Hier können Vorschläge aus der Völkerrechtswissenschaft in Bezug genommen werden, die Verantwortung im Völkerrecht um ein relationales Verständnis zu ergänzen suchen.[13] Dieses würde es ermöglichen, die Verantwortung eines Staates zwar weiterhin als unabhängige Verantwortung im Rahmen seiner eigenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu verstehen, hier aber zugleich das Verhältnis seiner Verantwortung zu der anderer Staaten in den Blick zu nehmen.[14] Dies kann als Inspiration für eine grundrechtliche Perspektive dienen. Aus dieser kommt zwar weiterhin stets nur eine Verantwortung des jeweils gebundenen Staates in Betracht. Auch diese steht aber insofern im Verhältnis zu anderen Staaten, als dass der grundrechtlich verpflichtete Staat beständig in internationale Kooperationsverhältnisse eingebunden und auf diese angewiesen ist. In diesem Sinne muss ein Staat seinen grundrechtlichen Verpflichtungen nicht nur für sich, sondern auch gerade in und durch Zusammenarbeit mit anderen Staaten gerecht werden.

## *II. Anwendbarkeit der Grundrechte in zwischenstaatlichen Zusammenhängen*

Dass Grundrechte Verantwortung der deutschen Staatsgewalt gerade auch in ihrer Beziehung zu anderen Staaten strukturieren können, setzt ihre diesbezügliche Anwendbarkeit voraus. Art. 1 III GG bindet grundsätzlich alle deutsche Staatsgewalt in umfassender Weise an die Grundrechte. Dies wird auch nicht durch den Sachzusammenhang zwischenstaatlicher Zu-

12 Siehe hierzu u. a. *Mangold*, VVDStRL 2021 (Bd. 80), 7 (13 – 14); *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 11 – 12. Siehe auch *Svenja Behrendts* Beitrag in diesem Band.

13 Für den Vorschlag eines relationalen Ansatzes bezogen auf Verantwortung im Völkerrecht, siehe *Nollkaemper*, Shared Responsibility for Human Rights Violations. A Relational Account, in: Vedsted-Hansen/Gammeltoft-Hansen (Hrsg.), Human Rights and the Dark Side of Globalisation, 2017, S. 27 (30 – 38).

14 *Nollkaemper*, Introduction, in: Nollkaemper/Plakokefalos (Hrsg.), Principles of Shared Responsibility in International Law, 2014, S. 1 (12).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sammenarbeit infrage gestellt (1.). Schwierigkeiten bestehen aber weiterhin bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Grundrechte in extraterritorialen Kontexten (2.).

### 1. *Keine Beschränkung der Grundrechtsbindung aufgrund des Sachzusammenhangs zwischenstaatlicher Kooperation*

Eine Rücknahme grundrechtlicher Bindung könnte zur Ermöglichung internationaler Kooperation im Grundgesetz angelegt sein. Dies könnte sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit sowie der Entscheidung des Grundgesetzes für offene Staatlichkeit ergeben.[15] Zudem könnte hierbei das völkerrechtliche Prinzip souveräner Gleichheit der Staaten von Bedeutung sein. Dieses könnte dagegensprechen, dass, zumindest mittelbar, Grundrechtsstandards des deutschen Grundgesetzes für die Zusammenarbeit zwischen mehreren Staaten maßgeblich sein können. Jedoch lässt sich aus völkerrechtlichen Regelungen zur Jurisdiktionsabgrenzung gerade nicht ableiten, dass der deutsche Staat selbst in seinem auswärtigen Handeln nicht an Grundrechte gebunden sein kann.[16] Auch der teils hochpolitische Charakter auswärtiger Beziehungen zu anderen Staaten rechtfertigt keine Rücknahme der umfassenden Grundrechtsbindung unter dem Grundgesetz. Aus anderen Rechtssystemen sind zwar hierdurch begründete Rücknahmen der (grund-)rechtlichen Determinierung – oder zumindest ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit – bekannt.[17] Dem Grundgesetz erscheinen solche Bereichsausnahmen von rechtlicher Bindung und gerichtlicher Überprüfung jedoch fremd.[18] Im Gegenteil legte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine umfassende grundrechtliche Bindung staatlicher Gewalt gerade auch im Sachbereich zwischenstaatlicher Zusam-

15 Für dieses Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsschutz und offener Staatlichkeit, siehe auch *Wolff*, Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation (Fn. 10), S. 1.

16 *Payandeh*, DVBl 2016, 1073 (1074 – 1076).

17 Etwa in den USA („political questions doctrine"); siehe hierzu und zu parallelen Rechtsfiguren in anderen Rechtsordnungen, *Aust*, Foreign Affairs, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Stand: August 2017, Rn. 17 – 20.

18 Siehe etwa, im Hinblick auf nachrichtendienstliche Aufklärungsmaßnahmen im Ausland, BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 105.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

menarbeit an.[19] Der Kontext zwischenstaatlicher Zusammenarbeit schließt demnach die Anwendbarkeit der Grundrechte nicht *per se* aus. Anpassungen der Anforderungen grundrechtlichen Schutzes finden sich vielmehr auf inhaltlicher Ebene.

### 2. *Extraterritoriale Bindungen*

Für die Frage, inwieweit Grundrechte in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit Anwendung finden, können Schwierigkeiten mit der Bestimmung der extraterritorialen Reichweite der Grundrechte relevant werden. Grundrechte könnten nicht oder nur eingeschränkt anwendbar sein, wenn zwischenstaatliche Zusammenarbeit mit Beeinträchtigungen für Individuen außerhalb des deutschen Staatsgebietes verbunden ist. Im Grundsatz ist eine extraterritoriale Anwendbarkeit der Grundrechte bei staatlichen Aktivitäten außerhalb des deutschen Staatsgebiets inzwischen geklärt (a). Inwiefern Grundrechte Anwendung finden, wenn nicht die deutsche Staatsgewalt selbst in extraterritorialen Zusammenhängen handelt, sondern mittelbarer zu negativen Auswirkungen auf Individuen im Ausland beiträgt, ist hingegen nicht abschließend bestimmt (b).

#### a) *Umfassend funktionales Verständnis bei extraterritorialen staatlichen Aktivitäten*

Inwieweit Grundrechte die deutsche Hoheitsgewalt extraterritorial binden, war lange Zeit ungeklärt. Nach restriktiveren Verständnissen sollte sich die Grundrechtsbindung grundsätzlich nur auf das deutsche Staatsgebiet beziehen. Für eine Grundrechtsbindung im Ausland sei erforderlich, dass der Staat den Betroffenen als mit dem Gewaltmonopol versehene Hoheitsmacht gegenübertritt.[20] Das Urteil des BVerfG zur Ausland-Ausland-Fern-

19 Das BVerfG hat z. B. bereits früh entschieden, dass sich auch Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen an Grundrechten messen lassen müssen und mit einer Verfassungsbeschwerde angreifbar sind, BVerfG, Beschl. v. 21.3.1957 – 1 BvR 65/54, BVerfGE 6, 290 S. 294 – 295.

20 Für das Erfordernis eines solchen Subordinationsverhältnisses, siehe *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V (Allgemeine Grundrechtslehren), 2. Aufl., 2000, S. 353, Rn. 82 – 85. Siehe auch *Gärditz*, Die Verwaltung 2015, 463 (474 – 475).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

meldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst hat solch einer territorialen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Grundrechte jedoch eine Absage erteilt. Es stellt explizit fest, dass „die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte [nach Art. 1 III GG] nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist".[21] Es argumentiert hierbei mit einer zunehmenden Internationalisierung staatlicher Aktivitäten, der die Grundrechtsbindung zu folgen habe.[22] Ein solch umfassend funktionales Verständnis der Grundrechtsbindung führt dazu, dass Grundrechte überall dort Anwendung finden, wo deutsche Hoheitsgewalt ausgeübt wird.[23] Auch wenn deutsche Staatsorgane im Rahmen von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit extraterritorial agieren, finden grundrechtliche Bindungen daher Anwendung. Diese umfassende Grundrechtsbindung ist aber bundesverfassungsgerichtlich nur für die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte geklärt.

### *b) Extraterritoriale Grundrechtsbindungen in Bezug auf Schutzpflichten?*

Ein Anknüpfen an staatliche Aktivitäten lässt offen, inwieweit Grundrechte anwendbar sind, wenn nicht die deutsche Staatsgewalt selbst extraterritorial handelt, sondern mittelbarer durch ihre Kooperation mit anderen Staaten zu negativen Auswirkungen auf Individuen im Ausland beiträgt. Es bleibt insbesondere ungeklärt, inwieweit Schutzpflichten in grenzüberschreitenden Zusammenhängen Anwendung finden.[24] Der bundesverfassungsgerichtliche Appell, dass die Grundrechte der Internationalisierung staatlicher Handlungsbedingungen folgen müssen, könnte auch hierbei für eine umfassende Anwendbarkeit der Grundrechte sprechen. Einschränkungen der so entgrenzten Grundrechtsbindung wären dann auf inhaltlicher Ebene zu treffen. Alternativ müssten Kriterien weiterentwickelt werden, die bestimmbar machen, wann die deutsche Staatsgewalt derart auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter im Ausland einwirkt, dass Grundrechte in Form von Schutzpflichten grenzüberschreitend Anwendung finden. Hier könnte auf eine Mitverursachung schwerer Beein-

21 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Ls. 1.
22 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 96.
23 Für umfassend funktionale – statt territoriale – Bestimmungen des Anwendungsbereichs der Grundrechte, siehe auch *Payandeh* (Fn. 16), 1074; *Hölscheidt*, Jura 2017, 148 (150 – 152); *Wolff*, Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation (Fn. 10), Kapitel 3.
24 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 174 – 175.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trächtigungen für Personen im Ausland abgestellt werden, deren Bewältigung wiederum eine Beteiligung an zwischenstaatlicher Zusammenarbeit erforderlich macht.[25] Wenn Beeinträchtigungen unmittelbarer von anderen Staaten ausgehen, könnte eine diesbezügliche Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt wiederum „einen hinreichend engen Bezug zum deutschen Staat" voraussetzen. Auf dieses Kriterium stellten OVG NRW und BVerwG bezüglich Schutzpflichten gegenüber potenziell von Drohnenangriffen durch die USA betroffener Personen im Jemen ab.[26] Sie legten aber unterschiedliche Auffassungen dar, wann ein solch hinreichend enger Bezug gegeben sein soll.[27] Wie unmittelbar eine etwaige Mitverursachung von Beeinträchtigungen sein muss und inwieweit grundrechtliche Schutzpflichten auch unabhängig von einer solchen Anwendung finden können, bleibt insofern noch offen.

### *III. Grundrechtliche Verpflichtungen bezogen auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit*

Wenn Grundrechte gegenüber deutscher Staatsgewalt in ihrer Kooperation mit anderen Staaten Anwendung finden, stellt sich weiterhin die Frage, welche inhaltlichen Verpflichtungen von ihnen ausgehen. Im Sinne einer umfassenden Grundrechtsbindung könnten die gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten wie bei rein innerstaatlichem Handeln. Der Sachzusammenhang zwischenstaatlicher Zusammenarbeit kann sich hier aber in unterschiedlicher Weise auswirken. Mit unterschiedlichen Begründungen wird von einer Absenkung grundrechtlicher Schutzstandards im Bereich der auswärtigen Gewalt ausgegangen.[28] Die hier vorgeschlagene relationale Perspektive möchte hingegen aufzeigen, dass die notwendige

25 So angedeutet, aber nicht entschieden in BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 175 in Bezug auf die durch Treibhausgasemissionen durch Deutschland mitverursachten Folgen des Klimawandels für in Bangladesch und Nepal lebende Beschwerdeführende.

26 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15, juris, Rn. 113 – 117; BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19, Rn. 39 – 50.

27 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19, Rn. 49 – 50: Hinreichend enger Bezug setze relevante Handlung in deutschem Staatsgebiet mit Entscheidungscharakter voraus.

28 Für unterschiedliche Begründungstopoi der eingeschränkten Grundrechtsbindung der auswärtigen Gewalt, siehe *Neubert*, Der Einsatz tödlicher Waffengewalt durch die deutsche auswärtige Gewalt, 2016, S. 167 – 211.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Modifikation grundrechtlicher Verpflichtungen im Zusammenhang zwischenstaatlicher Zusammenarbeit nicht lediglich in einer Einschränkung grundrechtlichen Schutzes mündet. Vielmehr können Grundrechte spezifische Anforderungen aufstellen, die den deutschen Staat gerade in seiner Zusammenarbeit mit anderen Staaten binden. Hierbei können sich Grundrechtsschutz und internationale Kooperation gegenüberstehen. Grundrechtliche Verpflichtungen können entsprechend Begrenzungen oder bestimmte Bedingungen für zwischenstaatliche Zusammenarbeit beinhalten (1.). Andererseits kann Grundrechtsschutz internationale Kooperation auch erfordern (2.).

### *1. Grundrechtsschutz vs. internationale Kooperation*

Internationale Kooperation und Grundrechtsschutz können sich zunächst gegenüberstehen. Zwischenstaatliche Zusammenarbeit kann bestimmte Risiken für grundrechtlich geschützte Güter mit sich bringen. Potenziell können diesbezüglich alle Grundrechte unter dem Grundgesetz relevant werden. Ob ein bestimmtes Grundrecht einschlägig ist, hängt davon ab, ob aus internationaler Kooperation resultierende Beeinträchtigungen dessen Schutzbereich betreffen. Aus einer solchen Relevanz bestimmter Grundrechtspositionen lässt sich aber noch nicht ableiten, wie die einschlägigen Grundrechte die deutsche Staatsgewalt hier verpflichten. Explizit weisen im Grunde nur das Verbot der Auslieferung Deutscher an das Ausland (Art. 16 II GG) und das Asylrecht (Art. 16a GG) auf eine grenzüberschreitende Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen hin. Umgekehrt verweist das Recht auf Freizügigkeit (Artikel 11 GG) auf seine territoriale Begrenztheit auf das Bundesgebiet. Bei allen anderen Grundrechten stellt sich die Frage, inwiefern sich ihre inhaltlichen Gewährleistungen auch grenzüberschreitend verstehen lassen. Dies hängt maßgeblich vom jeweiligen Sachzusammenhang und der Konstellation zwischenstaatlicher Zusammenarbeit ab. Grundrechtliche Anforderungen an internationale Kooperation können hierbei von weicheren Überwachungspflichten bis hin zu strikten Beteiligungsverboten reichen. Hierfür wird relevant, welche Grundrechte in welcher Dimension betroffen sein sollen und welcher Stellenwert internationaler Kooperation bei der grundrechtlichen Prüfung zukommt.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *a) Kooperatives Handeln als eigene Grundrechtsverletzung*

Die Beteiligung an grundrechtlich relevanten Beeinträchtigungen, die von einem anderen Staat ausgehen, können als eigener Grundrechtseingriff oder eigene Grundrechtsverletzung durch die deutsche Staatsgewalt verstanden werden. So leitet das BVerfG aus der Menschenwürde nicht nur eine Verpflichtung des deutschen Staates ab, selbst keine menschenwürdeverletzenden Handlungen vorzunehmen. Stattdessen dürfe „die deutsche Hoheitsgewalt [auch nicht] die Hand zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen".[29] Jedenfalls Art. 1 I GG lässt sich so als ein umfassendes Beteiligungsverbot an internationaler Kooperation verstehen, wenn Menschenwürdeverletzungen im Raum stehen. Der Schutz der Menschenwürde setzt sich in diesem Sinne gegen jegliche, auch gewichtige Interessen an der Beteiligung an internationaler sowie – als Teil der Verfassungsidentität[30] – supranationaler Zusammenarbeit durch.

Auch in der Übermittlung von Informationen an andere Staaten kann ein eigenständiger Grundrechtseingriff liegen, der sich an grundrechtlichen Schutzstandards (Art. 10 I GG und Art. 5 I 2 GG) messen lassen muss. So bewertete das BVerfG die Weitergabe von Daten an ausländische Nachrichtendienste.[31] Die bundesverfassungsgerichtliche Bestimmung der grundrechtlichen Anforderungen erscheint von dem Bestreben geprägt, Grundrechtsschutz im Rahmen solcher Kooperationsverhältnisse nicht leerlaufen zu lassen, hierbei aber auch Raum für notwendige Zusammenarbeit von Staaten im Sicherheitsbereich zu belassen. So betont das BVerfG die grundsätzliche Offenheit des Grundgesetzes für zwischenstaatliche Zusammenarbeit.[32] Gleichzeitig verwendet es diese Offenheit nicht als pauschales Argument für eine Rücknahme grundrechtlichen Schutzes. Im Gegenteil muss internationale Kooperation in Anbetracht der mit ihr einhergehenden Risiken von Schutzvorkehrungen für den Grundrechtsschutz flankiert sein. Hierbei muss zwar nicht sichergestellt sein, dass ein gleichartiger Schutz von personenbezogenen Daten oder Menschenrechten im Empfängerstaat gewährleistet ist. Dennoch leitet das BVerfG aus den einschlägigen Grundrechten bestimmte Anforderungen ab, wie etwa die Gewährleistung eines angemessenen materiellen datenschutzrechtlichen Ni-

29 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 Rn. 62 (m. w. N.).

30 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 Ls. 3, Rn. 48 – 49.

31 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 111.

32 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 245 – 247.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

veaus oder die Einhaltung grundlegender menschenrechtlicher Standards bei der Nutzung der Daten durch den Empfängerstaat.[33]

Wenn staatliches Handeln in Kooperation mit anderen Staaten als eigene Grundrechtsverletzung bzw. eigener Grundrechtseingriff verstanden wird, zeigt sich, dass hierbei Abwehr- und Schutzpflichtendimension der Grundrechte schwer zu trennen sind. Ein Beteiligungsverbot an Menschenwürdeverletzungen wird von Aufklärungspflichten hinsichtlich der zu erwartenden Behandlung der potenziell einer Auslieferung unterworfenen Person im auslieferungsersuchenden Staat begleitet.[34] Grundrechtseingriffe im Rahmen des Informationsaustausches müssen von positiven Maßnahmen zur Gewährleistung gewisser Grundrechtsstandards in Kooperationsverhältnissen flankiert sein, um gerechtfertigt sein zu können.[35] Trotz dieser Unschärfen lässt sich eine Konzeption als eigener Grundrechtseingriff mit tendenziell strikterer Verpflichtungswirkung von Konstellationen abgrenzen, in denen lediglich Überwachungspflichten in Bezug auf das nicht-zurechenbare Handeln anderer Staaten in Betracht kommen.

### *b) Schutzpflichten bezüglich von anderen Staaten ausgehender Grundrechtsgefährdungen*

Grundrechte werden nicht in ihrer Abwehrfunktion, sondern in ihrer Dimension als Schutzpflichten relevant, wenn aus internationaler Kooperation resultierende Gefährdungen nicht unmittelbar dem deutschen Staat zuzurechnen sind. So entschied etwa die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf Gefährdungen von Leib und Leben jemenitischer Staatsangehöriger durch bewaffnete Drohnenangriffe im Jemen, die von den USA unter Einbeziehung der Air Base Ramstein in Deutschland ausgingen.[36] OVG NRW und BVerwG waren sich jedoch uneinig darin, wie voraussetzungs- und gehaltvoll stattdessen in Betracht kommende Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG sind. Das OVG NRW verurteilte die Bundesregierung dazu, sich durch geeignete Maßnahmen zu vergewissern, dass der

33 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 231 – 242, 248 – 264.

34 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 Rn. 59 (zur „Gewährleistungsverantwortung" deutscher Gerichte mit Blick auf den die Auslieferung ersuchenden Staat), Rn. 62 – 75.

35 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152, etwa Rn. 239.

36 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15, juris, Rn. 134 – 138; BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19, Rn. 28 – 33.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einsatz von Drohnen über die Air Base Ramstein durch die USA nur im Einklang mit dem Völkerrecht stattfindet.[37] Das BVerwG lehnte eine solche Verpflichtung in der Folge jedoch ab. Mit recht pauschalen Verweisen auf die Bedeutung internationaler Kooperation im Sicherheitsbereich[38] legt es grundrechtliche Schutzpflichten restriktiv aus. Nur unter engen Voraussetzungen – u. a. erst nach bereits eingetretenen Völkerrechtsverstößen – würden gerichtlich auch nur begrenzt überprüfbare Überwachungspflichten bezüglich des Handelns anderer Staaten entstehen.[39] Die beiden Ansätze unterscheiden sich demnach v.a. auch in dem Spielraum, den die Gerichte staatlichem Handeln in der Interaktion mit anderen Staaten unter grundrechtlichen Schutzpflichten zuerkennen. Während das OVG NRW die Bedeutung solcher Spielräume zwar betont, diese aber in der Subsumtion in den Hintergrund geraten,[40] weckt der Ansatz des BVerwG Zweifel, welchen Gehalt grundrechtliche Bindungen bei der Weite der zuerkannten Spielräume überhaupt noch haben.[41]

### *2. Grundrechtsschutz durch internationale Kooperation*

Grundrechte können den deutschen Staat in seiner zwischenstaatlichen Zusammenarbeit nicht nur – unterschiedlich streng – begrenzen. Vielmehr kann effektiver Grundrechtsschutz internationale Kooperation auch erfordern. Dass grund- oder menschenrechtliche Verpflichtungen internationale Kooperation einfordern können, zeigt auf internationaler Ebene besonders deutlich Art. 2 I IPwskR auf. Dieser sieht vor, dass Staaten die Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte nicht nur einzeln, sondern gerade auch „durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit" verfolgen sollen. Das Grundgesetz stellt einen solchen expliziten Zusammenhang zwischen Grundrechtsschutz und internationaler Kooperation nicht her. Insofern stellt sich die Frage, inwieweit Grundrechtsgarantien dennoch eine Verpflichtung zur zwischenstaatlichen Zusammenarbeit entnommen werden kann.

---

37 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15, juris, Tenor.
38 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19, etwa in Rn. 47, 59.
39 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19, Rn. 51.
40 Siehe hierzu *Aust*, JZ 2020, 303 (306 – 307).
41 *Marauhn/Mengler/Strobel*, AVR 2021, 328 (330) sprechen hier von „Verantwortungsfreizeichnung".



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *a) Schutzpflichten gerichtet auf internationale Kooperation*

Eine grundrechtsbasierte Verpflichtung zur internationalen Kooperation erscheint v.a. aus der Schutzpflichtendimension der Grundrechte begründbar. Wenn Grundrechtsgefährdungen aus grenzüberschreitenden Zusammenhängen stammen und sich daher auch nur grenzüberschreitend begegnen lassen, erscheint es durchaus denkbar, dass Schutzpflichten den deutschen Staat zu zwischenstaatlicher Zusammenarbeit verpflichten. Reichweite, Voraussetzungen und Inhalt so international ausgerichteter Schutzpflichten sind aber alles andere als geklärt. Dass grundrechtliche Schutzpflichten zu internationaler Kooperation verpflichten können, erkannte das BVerfG in seinem viel diskutierten Klimabeschluss in Bezug auf den Klimawandel jedenfalls hinsichtlich in Deutschland lebender Personen an. Der Beschluss stellt zwar am Ende keine Verletzung der Schutzpflichtendimension fest.[42] Dennoch legt das BVerfG hier dar, dass es einer Schutzpflicht gerade nicht entgegenstehe, dass der Klimawandel globalen Charakter hat und nicht durch Deutschland allein aufzuhalten ist. Im Gegenteil bestimmt diese globale Dimension den Inhalt einer grundrechtlichen Schutzpflicht.[43] Dieser Inhalt besteht sodann darin, den deutschen Staat zu international ausgerichtetem Handeln zum Schutz vor grenzüberschreitenden Grundrechtsgefährdungen zu verpflichten. Dem Klimawandel und dessen Gefahren für Leben und Gesundheit muss Deutschland also gerade auch in internationaler Einbindung und Abstimmung begegnen.[44]

Eine derartig grundrechtlich basierte Pflicht zur internationalen Zusammenarbeit könnte über den Kontext klimawandelbasierter Gefahren hinaus verallgemeinerbar sein.[45] Sie könnte dann bestehen, wenn internationale Kooperation für den Schutz von Grundrechten unerlässlich erscheint, da globalen oder zumindest grenzüberschreitenden Gefährdungslagen für Grundrechte nur durch mehrere Staaten zusammen zu begegnen ist. Die konsequente Fortentwicklung und Verallgemeinerung einer solchen Schutzpflicht könnte jedoch dem Vorwurf ausgesetzt sein, Außen-

42 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 143 – 170.
43 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 149.
44 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 144.
45 Zur Verallgemeinerbarkeit der mit Art. 20a GG verbundenen internationalen Dimension der Grundrechte über den Klimawandelkontext hinaus, siehe *Krohn*, ZUR 2021, 603 (bejahend hinsichtlich anderer umweltbezogener Schutzgüter jenseits der deutschen Staatsgrenzen) sowie *Aust*, AJIL 2022, 150 (155) (zur Vorsicht mahnend in Bezug auf globale Herausforderungen allgemein).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politik umfassend grundrechtlich aufzuladen und zu überformen. Einer solchen Gefahr können die unter Schutzpflichten generell, und im Kontext zwischenstaatlicher Zusammenarbeit im Besonderen, verbleibenden Spielräume entgegenwirken. Wie solch international ausgerichtetes Handeln zum Schutz von Grundrechten auszusehen hat, ist grundsätzlich unbestimmt und verfassungsgerichtlich auch nur begrenzt überprüfbar. Dennoch verlangt eine solche Schutzpflicht, erstens, dass Schutzvorkehrungen – hier im Sinne eines Zusammenwirkens mit anderen Staaten – überhaupt getroffen werden, zweitens, dass die dabei ergriffenen Maßnahmen nicht offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen und, drittens, dass diese nicht erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.[46] Bei der Frage, ob der Staat dieser Schutzpflicht nachkam, wird auch zu berücksichtigen sein, dass das Zustandekommen ausreichender Maßnahmen auf internationaler Ebene von anderen Staaten abhängt. Dennoch ist eine grundrechtliche Schutzpflicht denkbar, die ihn verpflichtet, hier seinen Beitrag zu leisten.

Inwieweit solche Schutzpflichten den deutschen Staat zum Handeln, insbesondere auch zu internationaler Kooperation, verpflichten können, wenn es um grundrechtlichen Schutz für Personen außerhalb des deutschen Staatsgebietes geht, bleibt jedoch eine offene Frage. Dass Schutzpflichten hier relevant werden können, hat das BVerfG zwar angedeutet, aber explizit nicht entschieden.[47] Prinzipiell ist es denkbar, dass grundrechtliche Schutzpflichten auf internationale Kooperation greifen, wenn Personen im Ausland von grenzüberschreitenden Herausforderungen betroffen sind, an deren Bewältigung sich auch Deutschland beteiligen muss. Auf inhaltlicher Ebene wären die Anforderungen einer solchen Schutzpflicht aber jedenfalls modifiziert. Eine Schutzpflicht kann den Staat nur zu Maßnahmen verpflichten, die ihm zur Verfügung stehen. Betätigungsmöglichkeiten des Staates zugunsten nicht in Deutschland aufhältiger Personen können aber offensichtlich rechtlich wie auch faktisch eingeschränkt sein.[48] Umso mehr setzt Grundrechtsschutz in derart grenzüberschreitenden Zusammenhängen internationale Kooperation voraus und könnte diese umgekehrt auch einfordern.

---

46 Zu diesem Maßstab der Feststellung einer Schutzpflichtverletzung, siehe u. a. BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 157.

47 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 174.

48 Siehe hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 176 – 179.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### b) *Relevanz der internationalen Einbindung im Rahmen von Abwehrrechten*

Die Notwendigkeit internationaler Kooperation kann sich zudem im Rahmen der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte niederschlagen. Auch dies zeigt der Klimabeschluss des BVerfG exemplarisch auf. Es wendet sich im Rahmen der abwehrrechtlichen Prüfung nicht nur einem intertemporalen Freiheitsverständnis zu, sondern hebt hier auch eine internationale Dimension der Freiheitssicherung hervor. Diese macht das BVerfG an der Klimaschutzverpflichtung des Art. 20a GG fest:

> *„Mit dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verpflichtet Art. 20a GG auf ein Ziel, das der nationale Gesetzgeber für das Klima nicht allein, sondern nur in internationaler Kooperation erreichen kann."*[49]

Die Einhaltung des Art. 20a GG als justiziable Rechtsnorm wird dann wiederum Voraussetzung für eine mögliche Rechtfertigung von mit dem Klimaschutz verbundenen Grundrechtseingriffen.[50] Für andere Bereiche grenzüberschreitender Gefährdungslagen existieren zwar keine mit Art. 20a GG direkt vergleichbaren verfassungsrechtlichen Normierungen. Dennoch ist es über den Klimawandel hinaus vorstellbar, dass eine internationale Dimension des Grundrechtsschutzes deutlich hervortritt, etwa im Bereich des international situierten Gesundheitsschutzes unter den Bedingungen einer globalen Pandemie. Diese internationale Dimension könnte jedenfalls genereller in der Prüfung der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Eingang finden.

## 3. *Zwischenfazit*

Grundrechte unter dem Grundgesetz erscheinen in der Zusammenschau einschlägiger Rechtsprechung grundsätzlich geeignet, Verantwortung im Rahmen von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit zu strukturieren. Grundrechte können die Beteiligung des deutschen Staates an zwischenstaatlicher Zusammenarbeit unterbinden oder bestimmten Bedingungen

---

49 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 200.

50 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 196 – 207. Mit dem Beitritt zum Pariser Übereinkommen und seinem weiteren Tätigwerden zum Klimaschutz sei der deutsche Staat dessen Vorgaben aber gerecht geworden.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterwerfen. Umgekehrt haben sie auch das Potenzial, internationale Kooperation einzufordern, wenn Grundrechtsschutz in Anbetracht globaler Gefährdungen nicht von einem Staat für sich zu leisten ist. Wie genau solche grundrechtlichen Verpflichtungen aussehen und wie weit sie reichen, wird aber weiter herauszuarbeiten sein.

## *IV. Grenzen und Potenzial der Grundrechte, Verantwortung in internationaler Kooperation zu strukturieren*

Verantwortung für Grundrechtsschutz relational zu verstehen, lädt dazu ein, weiterzudenken, inwieweit Grundrechte staatliche Gewalt spezifisch in ihrer Zusammenarbeit mit anderen Staaten binden können. Das Potenzial der Grundrechte unterliegt hierbei aber auch Grenzen. Zunächst stellen sich Fragen nach den Grenzen des Rechts im Rahmen der Außenpolitik (1.). Weiterhin könnte spezifisch das innerstaatliche Verfassungsrecht an seine Grenzen stoßen, wenn es dazu aufgefordert ist, das Verhältnis zwischen Staaten zu bestimmen (2.).

### *1. Grenzen der (grund-)rechtlichen Bindung der auswärtigen Gewalt und ihrer Justiziabilität*

Zunächst stellen sich Fragen nach potenziellen Grenzen des Rechts bzw. der grundrechtlichen Bindung und ihrer Justiziabilität. Auch wenn Fragen der auswärtigen Gewalt hochpolitischen Charakter haben können, schließt dies eine grundrechtliche Bindung nicht aus. Umgekehrt ist von vornherein klar, dass es auch bei einer Fortentwicklung der Grundrechtsverantwortung in internationaler Kooperation nicht das BVerfG sein wird, das über Einzelfragen der Außenpolitik entscheidet.[51] Dass hier notwendigerweise Spielräume der Politik verbleiben, weist auf bestimmte Grenzen der grundrechtlichen Bindungen und ihrer gerichtlichen Überprüfung hin, lässt aber nicht auf ihre Entbehrlichkeit schließen. Das Maß an grundrechtlicher Determinierung, gerichtlicher Überprüfung und Spielräumen der Politik – gerade auch mit Blick auf Völkerrechtsfreundlichkeit und offene Verfassungsstaatlichkeit – muss hier vielmehr immer wieder neu

51 Siehe hierzu *Waldhoff*, Die innerstaatlichen Grundrechte als Maßstab der Außenpolitik?, in: Isensee (Hrsg.), Menschenrechte als Weltmission, 2009, S. 43 (70 – 71).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

austariert werden. Dies ist dem Zusammenspiel von verfassungsgerichtlicher Überprüfung und demokratischer Entscheidungsfindung inhärent. Es ist offensichtlich, dass Fragen der Verantwortung in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit nicht alleine durch eine „elaborierte Grundrechtsdogmatik" zu lösen sind.[52] Dennoch ist die Erkenntnis, dass Grundrechtsbindungen internationale Kooperationsverhältnisse betreffen, Voraussetzung dafür, dass diese auch durch Legislative und Exekutive beachtet und effektuiert werden. Mit der grundrechtlichen Bindung geht insbesondere auch parlamentarische Verantwortung für Grundrechte im Rahmen von internationaler Zusammenarbeit und ihrer gesetzlichen Normierung einher.[53] Umgekehrt bietet parlamentarisches Tätigwerden einen sinnvoll-konkreten Anknüpfungspunkt für (verfassungs-)gerichtliche Überprüfung. So konnte sich das BVerfG in seinem Beschluss zum Klimaschutz unmittelbar auf das bereits beschlossene Klimaschutzgesetz und dessen konkrete Regelungen beziehen. Dies dürfte die verfassungsgerichtliche Bearbeitung des globalen Problems des Klimawandels – gerade auch im Vergleich zu Verfahren zum Klimawandel vor internationalen Gerichten wie dem EGMR – wesentlich erleichtert haben.[54] Es ist insofern gerade das Zusammenspiel zwischen rechtlicher Bindung, verfassungsgerichtlicher Überprüfung und Spielräumen der Politik, welches das Potenzial hat, Grundrechtsverantwortung in zwischenstaatliche Kooperation umfassend einzuschreiben.

### *2. Grenzen des innerstaatlichen Verfassungsrechts?*

Zudem ergeben sich aus der Perspektive des innerstaatlichen Verfassungsrechts, in dem Grundrechte verbürgt sind, inhärente Begrenzungen. Auch wenn auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit bezogen, können Grundrechte unter dem Grundgesetz immer nur einseitig deutsche Staatsgewalt verpflichten. Dennoch werden hieraus abgeleitete grundrechtliche Standards für internationale Kooperation mittelbar auch für andere Staaten

52 Für diesen Hinweis bezüglich grenzüberschreitender nachrichtendienstlicher Tätigkeit, siehe *Gärditz*, DVBl 2021, 905 (913).

53 Siehe explizit BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 Rn. 139.

54 Siehe hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 134. Für die Funktionsweise der Verantwortungsstrukturierung durch Emissionsbudgets, siehe *Michael von Landenberg-Roberg* in diesem Band. Zu Schwierigkeiten und Potenzial des internationalen Menschenrechtsschutzes in Klimafällen vor dem EGMR, siehe *Corina Heri* in diesem Band.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

relevant, die mit der Bundesrepublik Deutschland zusammenarbeiten. Es lohnt insofern, hierbei auf das Potenzial des Völkerrechts (a) sowie eines grenzüberschreitenden Dialogs zwischen Gerichten (b) zuzugreifen.

### *a) Die Relevanz des Völkerrechts für die Auslegung der Grundrechte i. R. v. zwischenstaatlicher Zusammenarbeit*

Aufgrund der Begrenzungen des innerstaatlichen Verfassungsrechts, das nur die deutsche Staatsgewalt binden kann, liegt es nahe, materielle Bindungen für zwischenstaatliche Zusammenarbeit vorrangig im Völkerrecht zu suchen. Schließlich ist dieses *per definitionem* zwischenstaatliches Recht und kann für mehrere oder alle an verschiedenen Formen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit beteiligten Staaten verbindliche Standards bereitstellen. Insofern muss sich die zwischenstaatliche Zusammenarbeit deutscher Staatsgewalt an für Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Standards messen lassen. Gleichzeitig kann es vor diesem Hintergrund aber auch besonders sinnvoll sein, völkerrechtliche Regelungen im Rahmen der Auslegung grundrechtlicher Verpflichtungen einzubeziehen. Dies kann und wird nicht immer zu einem Gleichlauf völkerrechtlicher und grundrechtlicher Verpflichtungen in internationaler Kooperation führen. Vielmehr ist zu überlegen, inwiefern diese Rechtsschichten miteinander interagieren und wo sie auch notwendigerweise voneinander abweichen.[55] Einerseits können völkerrechtliche Verpflichtungen zur Auslegung des Inhalts grundrechtlicher Verpflichtungen herangezogen werden, insofern sie für den Schutz Einzelner relevante Inhalte bereitstellen. So verwies beispielsweise das BVerfG bei der Bestimmung des Inhalts grundrechtlicher Schutzpflichten auf Inhalte des Pariser Klimaschutzübereinkommens.[56] Andererseits können grundrechtliche Verpflichtungen aber auch über das hinausgehen, was völkerrechtlich verbindlich festgelegt ist. Weiterhin wird auch nicht jede relevante völkerrechtliche Verpflichtung grundrechtlich überformt werden. Vielmehr kann die politische oder völkerrechtliche

55 Zu Dynamiken von Interaktion und Abweichung zwischen innerstaatlichem *foreign relations law* und Völkerrecht, siehe *Aust/Kleinlein*, Introduction. Bridges under Construction and Shifting Boundaries, in: Aust/Kleinlein (Hrsg.), Foreign Relations Law and International Law (Fn. 8), S. 1 (1 – 9).

56 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 149.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verantwortung Deutschlands insofern wiederum weiterreichen als die derartigen Anforderungen grundrechtlicher Verpflichtungen.[57]

### *b) Kooperation der Gerichte*

Dass Grundrechte nur einseitig den deutschen Staat binden, zugleich aber internationale Kooperation mehrere Staaten betrifft, kann zudem eine Berücksichtigung der Ansätze anderer Gerichte oder Institutionen bei der Auslegung grundrechtlicher Gewährleistungen nahelegen. Die Frage, inwiefern Rechte Einzelner Zusammenarbeit zwischen Staaten begrenzen oder erfordern können, stellt sich offensichtlich nicht nur unter dem Grundgesetz, sondern auch in anderen innerstaatlichen Rechtsordnungen wie auch im internationalen Menschenrechtsschutz. Insbesondere sei hier beispielhaft auf letzteren verwiesen. So interpretiert der EGMR etwa die EMRK derart, dass diese menschenrechtsbasierte Kooperationspflichten enthält, bislang aber nur bezogen auf prozedurale Verpflichtungen unter dem Recht auf Leben in Reaktion auf Fälle grenzüberschreitender Kriminalität.[58] Auch der UN-Menschenrechtsausschuss beschäftigte sich mit Kooperationspflichten bezogen auf das Recht auf Leben unter dem IPbpR und thematisierte solche in Bezug auf unzureichende Maßnahmen der Seenotrettung.[59]

Im Sinne einer Kooperation über Kooperation bieten hier Rechtsvergleich und Berücksichtigung innerstaatlicher wie internationaler Entscheidungen für die Weiterentwicklung von Grundrechtsverantwortung in internationaler Kooperation insofern besonderes Potenzial. Diese kann erlauben, sich über Standards, wie und inwieweit Grund- und Menschenrechte Verantwortung im Rahmen von internationaler Zusammenarbeit bestimmen, zu vergewissern und diese fortzuschreiben. Auch das BVerfG, das seine Kooperation mit anderen Gerichten mitunter nicht wenig kon-

57 Siehe etwa den Verweis des BVerfG auf Verpflichtungen aus dem Pariser Übereinkommen, finanzielle Unterstützung an vom Klimawandel besonders betroffene Länder zu leisten. Diese Verpflichtung wird nicht zum Bestandteil grundrechtlicher Gewährleistungen, sondern als Ausdruck einer hierüber hinausgehenden politischen und völkerrechtlichen Verantwortungsübernahme angeführt, BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 Rn. 179.

58 EGMR [GK], *Güzelyurtlu u. a. gegen Zypern und Türkei*, Urt. v. 29.1.2019 – Nr. 36925/07.

59 UN-MRA, *A.S. u. a. gegen Malta*, 13.3.2020, CCPR/C/128/D/3043/2017; UN-MRA, *A.S. u. a. gegen Italien*, 4.11.2020, CCPR/C/130/D/3042/2017.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frontativ ausgestaltet, zeigt sich interessanter- und auch passenderweise gerade in diesen Zusammenhängen besonders offen für Kooperation und Dialog.[60] So haben etwa die EGMR-Rechtsprechung zum Informationsaustausch zwischen Nachrichtendiensten oder klimawandelbezogene Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte aus anderen Rechtsordnungen in der BVerfG-Rechtsprechung bereits Berücksichtigung gefunden.[61] Eine derartige Inbezugnahme von Ansätzen anderer innerstaatlicher Gerichte sowie internationaler Gerichte und anderer Institutionen geht über eine Berücksichtigung für Deutschland völkerrechtlich verbindlicher Regelungen hinaus. Schließlich sind bereits gegen andere Staaten ergangene Entscheidungen des EGMR für Deutschland nicht unmittelbar bindend. Eine verstärkte Berücksichtigung wird sich daher auch nicht in einer bloßen Übernahme der Ansätze anderer Gerichte erschöpfen. Vielmehr wird auch hier eine wertende Betrachtung erforderlich sein, die bestimmt, inwieweit sich – einerseits – Ansätze übertragen lassen und inwieweit – andererseits – Grundrechte unter dem Grundgesetz anderweitige Anforderungen an internationale Kooperation stellen. Fragen, wie Grund- und Menschenrechte internationale Kooperation binden können, werden in diesem Sinne zwar weiter im Rahmen und aus Sicht der jeweiligen Rechtsordnung beantwortet, dies aber auch im komplexen und kooperativen Zusammenspiel mit anderen Rechtsordnungen.

## *V. Fazit*

Für die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte Einzelner kann zwischenstaatliche Zusammenarbeit einerseits Gefährdungen mit sich bringen, aber auch im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes erforderlich sein. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten und internationaler Kooperation ist nicht vollends auflösbar. Dass es überhaupt als solches

60 Zu den in den Eigenheiten deutscher Verfassungsdogmatik begründeten Hemmnissen einer Kooperationsbereitschaft im Sinne einer substanziellen Berücksichtigung der Anschauungen anderer Gerichte, siehe *Gärditz*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, 2021, § 4 Rn. 113. Zu einer kritischen Reflexion des mit dem Konzept der Integrationsverantwortung verbundenen Verhältnisses des BVerfG zum EuGH, siehe *Max Erdmann* in diesem Band.

61 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 u. a. Rn. 111, 192, 250; BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30, u. a. Rn. 157, 203, 218.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wahrgenommen wird, wird auch dadurch bedingt, dass zwischenstaatliche Zusammenarbeit zunehmend in grund- und menschenrechtlichen Kategorien begriffen wird. Weder international noch innerstaatlich sind Fragen des Grund- und Menschenrechtsschutzes im Rahmen von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit aber auch nur annähernd abschließend geklärt. Für ein umfassenderes Verständnis hiervon ist eine offene Perspektive auf internationale Kooperation notwendig. Es lohnt, über bestimmte Formen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit wie etwa i. R. d. EU hinauszuschauen und auch informellere Formen der Kooperation und ihre Bedeutung für Grundrechte mit einzubeziehen. Dabei wird auch deutlich, dass internationale Kooperation kein Selbstzweck ist und nicht als solcher verstanden werden sollte. Für sich rechtfertigt der Zusammenhang internationaler Kooperation also weder eine besonders strenge noch eine besonders zurückhaltende Grundrechtsbindung. Wie genau Rechte Einzelner – insbesondere auch solche, die in einer innerstaatlichen Verfassung verbürgt sind – Verantwortung im Rahmen internationaler Kooperation strukturieren können, wird weiter herauszuarbeiten sein. Die internationale Situiertheit der Verantwortung für Grundrechte, also dass ein Staat gerade durch seine Beziehung mit anderen Staaten Grundrechte gefährden und schützen kann, ist bei einer Fortentwicklung des Verständnisses der Grundrechte, ihres Anwendungsbereichs und ihrer Verpflichtungswirkungen mitzudenken.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Ist die Europäische Union eine Verantwortungsgemeinschaft? Zum europarechtlichen Konzept der Verantwortung im Lichte des Solidaritäts- und Loyalitätsprinzips

*Ranjana Andrea Achleitner*

## *Inhaltsübersicht*


I. Einführung 159

II. Zum Konzept der EU als eine Verantwortungsgemeinschaft 162

1. Die EU als Wertegemeinschaft 162

2. Das Solidaritäts- und Loyalitätsprinzip als Grundpfeiler eines europarechtlichen Konzepts der Verantwortung 164

a) Solidarität 164

b) Loyalität 166

3. Bedrohung der europäischen Werte: Rechtsinstrumente der EU 168

III. Conclusio 170


> *„Europa lässt sich nicht mit einem Schlage herstellen und auch nicht durch eine einfache Zusammenfassung. Es wird durch konkrete Tatsachen entstehen, die zunächst eine Solidarität der Tat schaffen." (Schuman-Erklärung 1950)*

## *I. Einführung*

Die Geschehnisse während der letzten Jahre der sich aneinanderreihenden (Wirtschafts-, Flüchtlings- und Corona-)Krisen in Europa haben die Schwächen wie auch Stärken der EU schonungslos offenbart und gezeigt, dass die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten nicht allein von Altruismus geprägt sind. Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* betont in ihren Reden zur aktuellen Situation regelmäßig den notwendigen Zusammenhalt zwischen den Mitgliedstaaten: „*Diese Krise wird wahrscheinlich unsere*



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*Politik […] neu definieren. Und in dieser neuen Welt muss Europa zusammenhalten, und zwar durch Dick und Dünn.*"[1]

Der EU wird in letzter Zeit zunehmend attestiert, dass sie den Krisen und Herausforderungen dieser Zeit nicht gewachsen ist und in den unterschiedlichen Problemfeldern scheitert.[2] Es wird mitunter moniert, dass der Zusammenhalt der EU gefährdet ist.[3] So werden Zweifel laut, ob die EU so gefestigt ist, „*um allen wahrnehmbaren inneren und äußeren Bedrohungen standzuhalten*"[4] und es wird mithin befürchtet, dass „*längerfristig eine Lage geschaffen [würde], in der die Union selbst auf dem Spiel stehen könnte*".[5] Hierbei ist ebenso die Frage nach der Ausgestaltung der Beziehungen der Mitgliedstaaten der EU untereinander von Relevanz.

Die Lösungsansätze in der Krise waren verbunden mit einer transnationalen Solidarität innerhalb der EU. So haben die Mitgliedstaaten etwa bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie bei der Behandlung von Patient:innen oder der Bereitstellung medizinischer Hilfsgüter sich gegenseitig unterstützt. Diese Solidarität unter den Mitgliedstaaten mag als altruistisches Konzept oder wechselseitiges Verhalten gewertet werden. Die Frage der (wechselseitigen) Verantwortung der Mitgliedstaaten stellt sich nicht allein im Kontext mit der Covid-19-Pandemie,[6] sondern diese ist ebenso im Bereich der EU-Klimapolitik und EU-Migrationspolitik von großer Bedeutung. Es wird mitunter die Befürchtung geäußert, die EU wäre nicht nur eine Solidargemeinschaft,[7] sondern auch eine Transferunion,[8] wodurch eine eindeutig negative Konnotation gesetzt wird.

In diesem Zusammenhang gilt es zu diskutieren, in welcher Form und ob eine gegenseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten im Europarecht verankert ist.[9] Es stellt sich sohin die Frage, inwieweit Mitgliedstaaten Verantwortung füreinander übernehmen müssen und welche inhaltliche

1 Plenartagung des Europäischen Parlaments, 16.4.2020.
2 Siehe hierzu auch *Habermas*, EJIL 23 (2012) 335.
3 *Hatje/Schwarze*, EuR 2019, 153.
4 *Hatje/Schwarze* (Fn. 3), 153.
5 *Hatje/Schwarze* (Fn. 3), 154.
6 Siehe hierzu etwa *Steinmair*, Die EU als Solidargemeinschaft – der Fall Italien in: Hilpold/Raffeiner/Steinmair (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa, FS Neisser, 2021, S. 826; *Ignáczy/Langenkamp*, Culture, Practice & Europeanization, 2021, 135; *Repasi*, EuZW 2020, 345; *Reinl/Eder*, European Union Politics 23 (2022) 66.
7 *Steinmair*, Solidargemeinschaft (Fn. 6), S. 843; *Wulf/Skupien*, Leviathan: Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaften, 44 (2021), 578.
8 *Hilpold*, EuR 2016, 373 (374, 404).
9 Hierzu bereits *Bieber*, ZEuS 2021, 221.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Konzeptualisierung die Kategorie Verantwortung im Primärrecht verortet werden kann.

Im Zusammenhang mit der Flüchtlingspolitik der EU etwa wird der Begriff explizit hierfür verwendet. Dies mag auch ein Bekenntnis zur Humanität sein; gerade bei der Flüchtlingspolitik stellt sich allerdings ebenso die Frage nach einer proportionalen Verteilung der Flüchtlinge auf die einzelnen Mitgliedstaaten. Die Thematik der Flüchtlingspolitik macht deutlich, dass die Debatte um eine gegenseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten eng mit dem in den Verträgen der EU verankerten Solidaritätsprinzip verwoben ist. Gerade in der Flüchtlingskrise wurde als Lösungsinstrument immer wieder auf das Solidaritätsprinzip verwiesen und hierbei wurden unterschiedliche Interpretationen dieses Prinzips vorgetragen und Handlungsempfehlungen abgeleitet.[10] Gleichermaßen hat die Staatsschuldenkrise einiger Mitgliedstaaten die Frage nach einer transnationalen Solidarität wieder in den Vordergrund gebracht. Der Europäische Stabilitätsmechanismus sowie die Maßnahmen der EZB scheinen die Mitgliedstaaten regelrecht zu einer „*Schicksalsgemeinschaft*"[11] zusammenzufügen.[12] Neben der Thematik der wechselseitigen Verantwortung der Mitgliedstaaten rückt die Frage nach einer Verantwortung der EU gegenüber Drittstaaten in Krisensituationen angesichts des derzeit herrschenden Kriegs in der Ukraine zudem in den Vordergrund.

Die Verantwortung der Mitgliedstaaten zueinander ist Ausdruck und Ausprägung des Prinzips der Solidarität.[13] Das hier zu untersuchende europarechtliche Konzept der Verantwortung findet daher zum einen seinen Ausgangspunkt im Solidaritätsprinzip gem. Art. 3 Abs. 3 EUV, welches eines der Leitmotive der EU darstellt. Im Schrifttum wird mitunter von

10 Umfassend hierzu etwa *Gluns/Schammann*, Die EU und die globale Migration als gegenwärtige Herausforderung und bleibende Zukunftsfrage, in: Gehler/Merkl/Schinke (Hrsg.), Die Europäische Union als Verantwortungsgemeinschaft, 2020, S. 235; *Hilpold* (Fn. 8), 373.

11 *Hatje*, Die EU auf dem Weg zur Solidarunion – Wandel durch Krise, in: Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 73 (78).

12 Hierzu anstatt vieler *Gaitanides*, Solidarität in der Finanzkrise, in: Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 85; *Tsevas*, Staatsschuldenkrise in Europa, in: Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 99.

13 *Bieber* (Fn. 9), 226 – 229.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer „*Verantwortungssolidarität*“[14] gesprochen. Ein weiterer Bezugspunkt bildet das Loyalitätsprinzip. Im Folgenden wird die in den Raum gestellte These, dass die EU als Verantwortungsgemeinschaft angelegt ist,[15] erörtert, indem die Prinzipien der Solidarität und der gegenseitigen Loyalität als Grundpfeiler eines solchen Konstrukts herausgearbeitet werden. Überdies gilt es, über Sanktionen im Falle von Fehlverhalten einzelner Mitgliedstaaten, welches den Zusammenhalt der EU gefährdet, zu diskutierten. Die übergeordnete Frage ist daher gleichermaßen: Wie weit dürfen mitgliedstaatliche Egoismen reichen?

Die Konzeption der EU als Verantwortungsgemeinschaft weist unterschiedliche Dimensionen auf, die nach Verpflichteten und Adressaten der Verantwortung zu unterscheiden sind. Neben dem Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten und der EU gegenüber Drittstaaten ist außerdem das Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander dem Verständnis der EU als Verantwortungsgemeinschaft inhärent. Der Fokus des Beitrags liegt in letztgenannter Konstellation und es soll insbesondere die Verantwortung der Mitgliedstaaten zueinander diskutiert werden. Das vereinende Band in allen Konstellationen sind die im Primärrecht verankerten Werte der EU.

## *II. Zum Konzept der EU als eine Verantwortungsgemeinschaft*

### *1. Die EU als Wertegemeinschaft*

Als Ausgangspunkt für die Erörterung der EU als Verantwortungsgemeinschaft dient das Verständnis der EU als Wertegemeinschaft bzw. Werteunion.[16] Die EU ist mitnichten als reines Projekt zur Finalisierung des Binnen-

14 *Bieber*, Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 9.

15 Zum Ganzen und primär aus politik- und sozialwissenschaftlicher sowie theologischer Sicht *Gehler/Merkl/Schinke*, Verantwortungsgemeinschaft (Fn. 10); *Schinke*, Die Europäische Union als Verantwortungsgemeinschaft in der COVID-19-Pandemie – Plädoyer für reine „rigorose Solidarität“, abzurufen unter https://www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com/eu-als-verantwortungsgemeinschaft (letzter Aufruf am 23.3.2022).

16 *Calliess*, JZ 2004, 1033; *Köck/Leidenmühler*, Die Werte der Europäischen Union, in: Wagner/Bergthaler (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtswissenschaften – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht, FS Kerschner, 2013, S. 53 (54 ff.); *Kirchhof*, NJW 2020, 2057 (2060); *Speer*, DÖV 2001, 980; siehe auch *Busek*, Eine Seele für Europa – Aufgaben für einen Kontinent, 2008; *Rensmann*,



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

marktes zu verstehen; die EU ist wertegebunden.[17] Auch wenn die Gründungsverträge ursprünglich noch nicht von Werten sprachen, so wurden bereits damals gemeinsame europäische Werte vorausgesetzt. Art. 2 EUV bringt nunmehr explizit das gemeinsame Wertefundament der EU zum Ausdruck,[18] sodass *Calliess* von einem europäischen „*Werteverbund*"[19] spricht. Die in Art. 2 EUV verankerten Werte sollen „*einheitsbildend, legitimationsfördernd und identitätsstiftend*"[20] wirken. Hierdurch wird das „*Wir-Gefühl*" innerhalb der EU gestärkt, wodurch die Solidarbereitschaft in der EU gefördert werden soll.[21]

Gleichermaßen sind die in Art. 3 EUV verankerten Ziele Richtschnur für jegliches Handeln der Unionsorgane. Die Vorgaben des Art. 3 EUV betreffen ebenso die Mitgliedstaaten, da diese gem. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV die EU positiv bei deren Zielverfolgung zu unterstützen haben (Loyalitätspflicht).[22] Die Mitgliedstaaten befinden sich sohin in dem Verband der EU, um die gemeinsamen Ziele zu realisieren, wodurch den Mitgliedstaaten ebenso spezifische Pflichten auferlegt werden. Dies bedingt „*zumindest eine wechselseitige Aufmerksamkeit*"[23]der Mitgliedstaaten und ein Interesse an der Kenntnis der Lage bzw. Situation der anderen, um die gemeinsamen Ziele tatsächlich zu erreichen.[24] Wird Verantwortung in Anlehnung an den Philosophen *Böhler* als Pflicht, Rede und Antwort zu stehen und sich zu rechtfertigen verstanden,[25] so lässt sich bereits an dieser Stelle der Erörterung eine wechselseitige Verantwortung der Mitgliedstaa-

---

Grundwerte im Prozeß der europäischen Konstitutionalisierung. Anmerkungen zur Europäischen Union als Wertegemeinschaft aus juristischer Perspektive, in: Blumenwitz/Gornig/Mursiwek (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, S. 49 ff.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 2 EUV Rn. 1.

17 *Schwarze/Wunderlich*, in: Becker et al. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., 2019, Art. 2 EUV Rn. 1.

18 *Calliess* (Fn. 16), Art. 2 EUV Rn. 1.

19 *Calliess* (Fn. 16), Art. 2 EUV Rn. 12 – 15.

20 *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 74. EL, September 2021, EUV Präambel Rn. 22; *Calliess* (Fn. 16), Art. 2 EUV Rn. 31.

21 *Calliess* (Fn. 16), Art. 2 EUV Rn. 31.

22 *Becker*, in: Becker et al. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., 2019, Art. 3 EUV Rn. 1.

23 *Bieber* (Fn. 9), 224.

24 *Bieber* (Fn. 9), 224.

25 *Böhler*, In dubio contra projectum. Mensch im Spannungsfeld von Verstehen, Konstruieren und Verantworten, in: Böhler (Hrsg.), Ethik für die Zukunft, 1995, S. 244 (244 – 276, 260).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten erahnen. Aus Verantwortung wird hierdurch „*Mitverantwortung*“.[26] Die EU als Wertegemeinschaft verpflichtet sich selbst und die Mitgliedstaaten zur Einhaltung ihrer Werte, womit das Fundament der EU als Verantwortungsgemeinschaft dargelegt sei und im Folgenden die beiden Grundpfeiler – Solidarität und Loyalität – näher zu betrachten sind.

## 2. *Das Solidaritäts- und Loyalitätsprinzip als Grundpfeiler eines europarechtlichen Konzepts der Verantwortung*

### *a) Solidarität*

Zwar wird die Solidarität oftmals sehr rasch und laut als Lösungskonzept für Krisen und Herausforderungen herangezogen, es darf dennoch nicht der Fehler begangen werden, dieser eine reine politische Rhetorik zuzuweisen.[27] Vielmehr stellt das Prinzip der Solidarität einen Grundwert der EU dar, dem existenzielle Bedeutung zukommt.[28] Es handelt sich hierbei um ein grundlegendes Strukturprinzip der EU und um eine Grundlage der EU als Wertegemeinschaft.[29] Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Solidarität beeinträchtigt nach der Rechtsprechung des EuGH die Union bis in ihre Grundfesten.[30] Die EU fördert gem. Art. 3 Abs. 3 EUV die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Im Schrifttum wird der Begriff der Solidarität als „*zentrales Schlagwort des Unionsrechts*“,[31] als „*Fundament des Integrations-*

26 *Nielsen-Sikora*, Europa als Verantwortungsgemeinschaft, in: Gehler/Merkl/Schinke, Verantwortungsgemeinschaft (Fn. 10), S. 25 (35).

27 *Hilpold* (Fn. 8), 375; siehe jedoch *Klamert*, The Principle of Loyalty in EU Law, 2014, S. 35 – 36; *Ross*, The Value of Solidarity, in: Krajewski/Neergaard/van de Gronden (Hrsg.), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity, S. 81 (85).

28 GA Bot, SA v. 26.7.2017 – C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618 – *Slowakei/Rat*, Rn. 18.

29 *Hilpold* (Fn. 8), 375.

30 EuGH, Urt. v. 7.2.1973 – 39/72, ECLI:EU:C:1973:13 – *Kommission/Italien*, Rn. 25.

31 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 74. EL, September 2021, Art. 2 EUV Rn. 45.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*prozesses*"[32] und „*Leitidee der Integration*"[33] verstanden.[34] Damit „umschreibt der Begriff der Solidarität die Überzeugung einer Gemeinschaft, dass die Verwirklichung der individuellen Interessen einer kollektiven Anstrengung bedarf".[35] Die Bedeutung des Bekenntnisses zur gegenseitigen Solidarität wird mitunter allerdings erst tatsächlich in der Krise sichtbar (gemacht).

Die Tragweite des Begriffs zeigt sich gleichermaßen in den unterschiedlichen Deutungen;[36] das Prinzip der Solidarität hat viele Facetten und Dimensionen.[37] Die verschiedenen Ausformungen von Solidarität sind kontextabhängig und müssen nicht zwingend in einem finanziellen Beistand liegen.[38] „*Der gemeinsame Nenner, der die verschiedenen Ausprägungen der Solidarität im Rahmen der Union verbindet, besteht darin, dass die Existenz eines ‚gemeinsamen Interesses' anerkannt wird, das sich von der Summe der Einzelinteressen unterscheidet und das davon auch isoliert werden kann.*"[39]

In den EU-Verträgen finden sich an vielen Stellen Bekenntnisse zur Solidarität und auch in der Grundrechte-Charta der EU sind solche zu finden. Einzelne Bestimmungen des EU-Primärrechts beziehen sich unmittelbar auf das Prinzip, andere entspringen gleichermaßen dem Solidaritätsgedanken. Der Solidaritätsbegriff durchzieht regelrecht den gesamten Rechtsbestand der EU.[40] So schafft etwa die EU-Kohäsionspolitik Mechanismen für einen solidarischen Finanzausgleich im Interesse wirtschaftlich schwacher Mitgliedstaten. Ebenso seien der Art. 222 AEUV, die Solidaritätsklausel, und der Art. 42 Abs. 7 EUV, die Beistandsklausel, genannt.

Solidarität setzt mithin natürlich voraus, dass die Mitgliedstaaten prinzipiell bereit sind, wechselseitige Verpflichtungen einzugehen, denn Solidarität zeichnet sich durch wechselseitige Handlungs-, Duldungs- und

---

32 *Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Band I, 2017, Art. 4 EUV Rn. 28.
33 *Calliess* (Fn. 16), Art. 2 EUV Rn. 29.
34 Zum Ganzen *Gussone*, Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2006; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, 1999.
35 *Hatje*, Solidarunion (Fn. 11), S. 75.
36 Zum Ganzen siehe *Sangiovanni*, Oxford Journal of Legal Studies 33 (2013), 213.
37 *Domurath*, Journal of European Integration 35 (2013), 459.
38 *Kunig*, Solidarität als rechtliche Verpflichtung, in: Becker et al. (Hrsg.), Verfassung und Verwaltung in Europa, FS Jürgen Schwarze, 2014, S. 190 (198, 200); *Hatje*, Solidarunion (Fn. 11), S. 80.
39 GA Bot, SA v. 26.7.2017 – C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618 – *Slowakei/Rat*, Rn. 13.
40 Siehe hierzu auch *Hatje*, Solidarunion (Fn. 11), S. 74.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

Unterlassungspflichten aus.[41] Das Prinzip der Solidarität bedeute sohin eine *„freiwillige Hinnahme von Nachteilen – oder der Verzicht auf Vorteile – zugunsten Dritter";*[42] es werden wechselseitige Verpflichtungen eingegangen.[43] Denn auch dem Begünstigten werden mitunter Verpflichtungen auferlegt und etwa Auflagen bestimmt. Dies hat das EuG bereits sehr früh festgestellt: *„Der Grundsatz der Solidarität beinhaltet Rechte und Pflichten sowohl für die Union, als auch für die Mitgliedstaaten. Zum einen ist die Union zur Solidarität gegenüber den Mitgliedstaaten verpflichtet, und zum anderen sind die Mitgliedstaaten zur Solidarität untereinander und gegenüber dem gemeinsamen Interesse der Union und ihren Politiken verpflichtet."*[44] Es ist daher nicht unbegründet, zu diskutieren, ob Solidarität ebenso egoistische Züge aufweist und nicht von reinem Altruismus getragen ist. So gilt es zu fragen, ob diesem Prinzip nicht grundsätzlich ein reziproker Charakter zuzusprechen ist, sodass Handlungen lediglich in der Hoffnung gesetzt werden, dafür eine Gegenleistung zu erhalten (*„Wer Solidarität sagt, will etwas haben"*[45]).[46]

Die Mitgliedstaaten haben freilich keine Verpflichtung zu einer unbegrenzten Solidarität. So muss die Identität der Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 2 EUV gewahrt werden.[47] Ebenso begrenzt das Subsidiaritätsprinzip die Verpflichtung zur Solidarität.[48] Überdies steht den Mitgliedstaaten ein Ermessenspielraum bei der Ausübung dieses Prinzips zu.

### *b) Loyalität*

Eine weitere vertragliche Konkretisierung der EU als Verantwortungsgemeinschaft ist in der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur loyalen Zusam-

---

41 *Lais*, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsbund, 2007, S. 46; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl., 1999, S. 11.

42 *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip (Fn. 41), S. 187.

43 *Hatje*, Solidarunion (Fn. 11), S. 73.

44 EuGH, Urt. v. 10.9.2019 – C-883/16, ECLI:EU:T:2019:567 – *Polen/Kommission*, Rn. 70.

45 *Stolleis*, Rechtsgeschichte – Legal History 5 (2004), 49.

46 *Hilpold* (Fn. 8), 377 – 378; siehe hierzu auch *Nowotny*, Unionale Solidarität – Rolle und Wirkungen der Geld- und Finanzpolitik im Euroraum, in: FS Neisser (Fn. 6), S. 791, der von einem „aufgeklärten Egoismus" spricht.

47 Siehe hierzu etwa das Urt. zum ESM-Vertrag und Fiskal-Pakt, BVerfG, Urt. v. 12.9.2012, Az. 2 BvR 1390/12.

48 *Gussone*, Das Solidaritätsprinzip (Fn. 34), S. 207 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

menarbeit zu finden.[49] Das Loyalitätsprinzip wirkt zwischen den Mitgliedstaaten, denn *„[j]ede Loyalitätspflicht kann letztlich nur gegenseitig wirken"*.[50] Die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit ist „ihrer Natur nach beiderseitig".[51] Daher sind Mitgliedstaaten verpflichtet, untereinander loyal zusammenzuarbeiten (horizontale Loyalität[52]).[53]

Das Primärrecht enthält zum einen konkrete Vorgaben zu einer gegenseitigen Unterstützung[54] und zum anderen ergibt sich die gegenseitige Loyalität aus Art. 4 Abs. 3 EUV, soweit dies zur Erreichung der Unionsziele (und Unionstreue) erforderlich ist. Eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit im horizontalen Verhältnis besteht allerdings lediglich punktuell.[55] Es handelt sich hierbei um allgemeine Kooperations- und Rücksichtsnahmepflichten[56] sowie um spezifische Pflichten zur Kooperation im Rahmen von gemischten Abkommen. Eine solche Kooperationspflicht lässt freilich die mitgliedstaatlichen Kompetenzen materiell unberührt, diese sind jedoch in der Weise auszuüben, dass sich andere Mitgliedstaaten darauf einstellen können. Der Anwendungsbereich reicht von der Steuerverwaltung über das Verwaltungsrecht bis hin zum Verbraucher- und Umweltschutz sowie der Gewährung von Sozialleistungen.[57] So müssen sich etwa Mitgliedstaaten über die Gewährung von Sozialhilfeleistungen gegenseitig Auskünfte geben[58] Im Rahmen der GASP wird die gegenseitige Loyalität

---

49 Eingehend zum Loyalitätsprinzip *Klamert*, Loyality (Fn. 27); *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001.

50 *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 4 EUV Rn. 30.

51 EuGH, Urt. v. 16.10.2003 – 339/00, ECLI:EU:C:2003:545 – *Irland/Kommission*, Rn. 72.

52 *Klamert*, Loyality (Fn. 27), S. 22.

53 EuGH, Urt. v. 10.3.1993 – C-186/91, ECLI:EU:C:1993:93 – *Kommission/Belgien*, Rn. 3; EuGH, Urt. v. 22.3.1983 – C-42/82, ECLI:EU:C:1983:88 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 36; EuGH Urt. v. 10.7.2014 – C-220/13 P, ECLI:EU:C:2014:2057 – *Nikolaou/Rechnungshof*, Rn. 51; EuGH Urt. v. 11.6.1991 – C-251/89, ECLI:EU:C:1991:242 – *Athanasopoulos u. a./Bundesanstalt für Arbeit*, Rn. 57; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 4 EUV Rn. 179 – 183; *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, S. 17 ff.

54 Siehe z. B. Art. 33 AEUV, Art. 120 AEUV, Art. 347 AEUV, Art. 351 Abs. 2 AEUV, Art. 74 AEUV, Art. 81 AEUV, Art. 87 AEUV.

55 *Franzius*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Band I, 2017, Art. 4 EUV Rn. 137.

56 Explizit in diesem Sinne die *leges speciales* der Art. 121 Abs. 1, Art. 156 UAbs. 1, Art. 165 Abs. 1 S. 1, Art. 167 Abs. 2, Art. 197 und Art. 222 AEUV.

57 *Kahl* (Fn. 54), Art. 4 EUV Rn. 180.

58 *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht,



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

regelrecht angemahnt:[59] Gemäß Art. 24 EUV sollen die Mitgliedstaaten zusammenarbeiten, „um ihre gegenseitige politische Solidarität zu stärken und weiterzuentwickeln. Sie enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte".[60] Es besteht allerdings keine allgemeine Amtshilfepflicht, noch verpflichtet Art. 4 Abs. 3 EUV zur Anerkennung von Hoheitsakten eines anderen Mitgliedstaates.[61] Mithin kann eine Pflicht zur „unionsfreundlichen" Auslegung nationaler Vorschriften, die eine Amts- und Rechtshilfe für andere Mitgliedstaaten ermöglichen, abgeleitet werden.[62]

Die Loyalitätspflicht wird mitunter mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in Verbindung gesetzt.[63] Beide Prinzipien beeinflussen und steuern die Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten qualitativ und diese tragen zur effektiven Anwendung des Rechts der EU bei.[64] Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens stellt gewissermaßen das Gerüst der transnationalen Zusammenarbeit dar[65] und ist als weiterer Aspekt für das europarechtliche Konzept von Verantwortung der Mitgliedstaaten anzusehen.

### *3. Bedrohung der europäischen Werte: Rechtsinstrumente der EU*

Das Fundament, auf dem die Säulen der EU als Verantwortungsgemeinschaft ruhen, wird aufgrund von Rechtsstaatdefiziten in Mitgliedstaaten derzeit massiv ins Wanken gebracht. Der Zusammenhalt innerhalb der EU wird durch eine systematische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit in Polen (aber auch in Ungarn) massiv beeinträchtigt und die gemeinsamen Werte

---

7. Aufl., 2015, Art. 4 EUV Rn. 151; EuGH, Urt. v. 11.6.1991 – C-251/89, ECLI:EU:C:1991:242 – *Athanasopoulos u. a./Bundesanstalt für Arbeit*, Rn. 57.

59 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 24 EUV Rn. 12.

60 Art. 24 Abs. 3 EUV.

61 *Kahl* (Fn. 54), Art. 4 EUV Rn. 183.

62 *Streinz* (Fn. 51), Art. 4 EUV Rn. 6.

63 *Danwitz*, EuR 2020, 61 (78); GA Colomer, SA v. 8.4.2008 – C-297/07, ECLI:EU:C:2008:206 – *Bourquain*, Rn. 45; GA Mengozzi, SA v. 4.3.2010 – C-316/07, C-358/07 bis 360/07 und C-409/07 und 410/07, ECLI:EU:C:2010:109 – *Stoß*, Rn. 104; EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-284/16 ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*, Rn. 34.

64 *Meyer*, EuR 2017, 163 (175); *Danwitz*, EuR 2020, 61 (78).

65 *Danwitz*; EuR 2020, 61 (44 ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der EU missachtet.[66] Damit wird die EU als Verantwortungsgemeinschaft in Frage und gleichzeitig auf eine harte Probe gestellt. Ende 2020 kam es zu einer ersten wirklich dramatischen Zuspitzung der Situation mit Auswirkungen für alle Mitgliedstaaten, als die Verhandlungen zum mehrjährigen Finanzrahmen und zu den außergewöhnlichen Corona-Hilfsgeldern kurz vor dem Scheitern standen, da Ungarn und Polen versuchten, diese zu behindern.

Die vom EuGH[67] bereits mehrmals festgestellte massive Verletzung des Rechtsstaatsprinzips durch Polen (und auch Ungarn) sowie die äußerst zurückhaltende Reaktion Polens auf den Rechtsstaatlichkeitsdialog mit der Kommission[68] zeigen eindrücklich, dass nicht alle Mitgliedstaaten das Konzept einer gegenseitigen Verantwortung der Mitgliedstaaten i. S. e. Wertegemeinschaft unterstützen. Die Einhaltung der insb. in Art. 2 EUV verankerten Werte der EU wird zum einen durch Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 und Art. 259 AEUV und zum anderen durch das sog. Rechtsstaatlichkeitsverfahren nach Art. 7 EUV[69] gewährleistet. Beide Verfahren können sowohl von der Kommission als auch von einem anderen Mitgliedstaat eingeleitet werden. Angesichts des zahnlosen Verfahrens nach Art. 7 EUV besteht mittlerweile Konsens darüber, dass die traditionellen EU-Instrumentarien an ihre Grenzen gestoßen sind. Der Instrumentenkanon wurde mit der Verordnung 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregel ausgedehnt (seit 1.1.2021 in Kraft). Nunmehr kann die Auszahlung von Haushaltsmitteln der EU unter die Bedingung gestellt werden, dass Rechtsstaatsstandards eingehalten werden. Demnach dürfen EU-Finanzzahlungen gekürzt werden, wenn Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit die Haushaltsführung oder die finanziellen Interessen der EU „hinreichend und unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen".[70]

---

66 Umfassend hierzu *Stäsche*, ZEuS 2021, 561; *Mader*, EuZW 2021, 133; *Dil-Gligor*, ZRP 2021, 63.

67 Siehe hierzu jüngst EuGH, Urt. v. 11.7.2019 – C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen*; EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen*; EuGH, Beschluss v. 27.10.2021 – C-204/21, ECLI:EU:C:2021:878 – *Kommission/Polen*; EuGH, Urt. v. 5.11.2019 – C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; EuGH, Urt. v. 29.3.2022 – C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235 – *Getin Noble Bank*.

68 Europäische Kommission, Factsheet v. 20.12.2017, IP/17/5367.

69 Zum Verfahren nach Art. 7 EUV siehe bereits *Köck/Leidenmühler* (Fn. 16), S. 53 (66 – 71).

70 Art. 4 VO 2020/2092.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## III. Conclusio

Verantwortung bedeutet die Pflicht, für seine Handlungen Konsequenzen zu tragen und einzustehen.[71] Die vielmehr in der Philosophie und Ethik angesiedelte Frage eines Verantwortungsbewusstseins der Mitgliedstaaten ist an dieser Stelle offen zu lassen.

Das Solidaritätsprinzip und das Loyalitätsprinzip sind mehr als ein moralisches Postulat: Sie nehmen eine Schlüsselrolle im Primärrecht der EU ein und bilden die Grundpfeiler der EU als Verantwortungsgemeinschaft. Aus diesen Prinzipien lässt sich die wechselseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten begründen; maßgebliche Normen sind die Art. 2, 3 und 4 EUV. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, sind das Verständnis der EU als Verantwortungsgemeinschaft und die wechselseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten direkt aus dem Primärrecht abzuleiten. Gleichwohl mag der Einwand gerechtfertigt sein, dass es sich hierbei um ein Leitbild und eine Zielvorgabe handelt, denn die Reichweite der Verpflichtung zur gegenseitigen Verantwortung bleibt – wie etwa in der Flüchtlingspolitik und in der Diskussion um einen diesbezüglichen Verteilungsschlüssel sehr eindrücklich sichtbar wird – begrenzt. Es ist sohin *Hilpold* zuzustimmen, dass dem im EU-Recht verankerten Solidaritätsprinzip ein Reziprozitätsaspekt innewohnt, der durch Konditionalitätselemente ergänzt wird.[72]

„*Krise und Solidarität existieren in einem fast schon symbiotischen Verhältnis. Wo Krise ist, kann der Ruf nach Solidarität nicht weit sein.*“[73] Dieses – wenn auch äußerst überspitzt beschriebene – Phänomen zeigt sich derzeit in der Ukraine-Krise. Der Krieg in der Ukraine stellt das Thema der EU als Verantwortungsgemeinschaft i. S. d. Verantwortung der EU gegenüber Drittstaaten in den Vordergrund. Die EU bekennt sich in politischen Statements zu dem Grundsatz der Schutzverantwortung der Vereinten Nationen (Responsibility to Protect – R2P[74]).[75] In seiner Empfehlung von 2013 spricht sich das Europäische Parlament etwa ausdrücklich für eine „Verständigung über die Auswirkungen der Schutzverantwortung auf

71 *Nielsen-Sikora*, Verantwortungsgemeinschaft, in: Gehler/Merkl/Schinke, Verantwortungsgemeinschaft (Fn. 10), S. 36.
72 *Hilpold* (Fn. 8), 404.
73 *Hatje*, Solidarunion (Fn. 11), S. 84.
74 Resolution adopted by the General Assembly on 16.9.2005, 60/1. 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, Rn. 138 – 140.
75 Grundsätzlich zu R2P und die EU siehe umfassend *Schmidt*, European Foreign Affairs Review 24 (2019), 309.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die außenpolitische Tätigkeit der EU und über die mögliche Rolle ihrer Maßnahmen und Instrumente in besorgniserregenden Situationen"[76] aus. Das gemeinsame Vorgehen der Mitgliedstaaten im Ukraine-Krieg wird derzeit sogar als Schritt in Richtung eines verstärkt solidarischen Europas gedeutet.[77] In der Tat werden die jüngsten Krisen in Europa und auf der Welt nur durch ein solidarisches Handeln der Mitgliedstaaten und eine gegenseitige Verantwortlichkeit zu überwinden sein.

76 Empfehlung des Europäischen Parlaments v. 18.4.2013 an den Rat zu dem Grundsatz der Vereinten Nationen „Responsibility to Protect" (R2P) (Schutzverantwortung) (2012/2143[INI]), P7_TA(2013)0180.

77 Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates v. 4.3.2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine i. S. d. Art. 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes, ABl. 2022 L 71/1.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verfassungsgerichtliche Integrationsverantwortung im europäischen Grundrechtsdialog

*Max Erdmann*

## *Inhaltsübersicht*

I. Integrationsverantwortung, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit 173
II. Dogmatische Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung 175
1. Organisationsrechtliche Integrationsverantwortung 175
2. Grundrechtliche Integrationsverantwortung 177
3. Zweierlei Integrationsverantwortung? 179
III. Verfassungstheoretische Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung 182
1. Der europäische Grundrechtsdialog als Topos der neueren Rechtsprechung 182
2. Europäischer Grundrechtsdialog und normativer Rechtsquellenpluralismus 183
IV. Institutionelle Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung 185
1. Gemeinsame Maßstabsbildung? 185
2. Vorrang und Rechtseinheit in der Grundrechtsjudikatur des EuGH 189
V. Fazit: Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Grundrechtsdialog 190

## *I. Integrationsverantwortung, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit*

Der Begriff der Verantwortung verweist auf Vorstellungen von Handlungsmacht. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich diese – man könnte meinen: in guter verfassungsgerichtlicher Tradition – in den jüngeren integrationsverfassungsrechtlichen Entscheidungen zu einem guten Teil selbst zugesprochen. Dogmatischer Hebel dieser Rechtsprechung ist das verfassungsrechtliche Konzept der „Integrationsverantwortung", das in den vergangenen Jahren einen bemerkenswerten Aufstieg erlebt hat. Seiner Er-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

findung in der *Lissabon*-Entscheidung des BVerfG folgte eine differenzierte Anwendung auf die politischen Organe der Bundesrepublik. Schließlich ordnete der Erste Senat in den *Recht-auf-Vergessen*-Entscheidungen die Dogmatik der Grundrechtskontrolle im unionsrechtlichen Kontext unter Rekurs auf die eigene Verantwortung im Prozess der europäischen Integration neu.[1] Seit *Lissabon* offenbart sich damit ein immer eindeutiger konturierter Prozess, in dessen Verlauf die Integrationsverantwortung durch das BVerfG als grundlegendes Prinzip des deutschen Integrationsverfassungsrechts ausdifferenziert wird.

Insbesondere die Entscheidung *Recht auf Vergessen II* bedeutet eine entschiedene Ausweitung des Prüfungsmaßstabs des Gerichts. Vor diesem Hintergrund ist die in der Literatur verbreitet positive Rezeption gerade dieses Beschlusses zunächst überraschend: Als „europarechtsfreundlich" lässt sich die Entscheidung wohl nur mit Einschränkungen bezeichnen.[2] In diesem Beitrag soll daher die These entfaltet werden, dass die verfassungsgerichtliche Konzeption der grundrechtlichen Integrationsverantwortung in ihrer durch die Entscheidung *Recht auf Vergessen II* und die Folgerechtsprechung vorläufig fixierten Form auch nicht zu vernachlässigende Querstände im Verhältnis zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz verursacht.[3]

---

1 *Aust*, EuGRZ 2020, 410 (411): „revolutionärer Aufbruch"; *Kühling*, NJW 2020, 275 (275 ff.); *Wendel*, JZ 2020, 157 (157): „eine der bedeutendsten Weichenstellungen in der gesamten Geschichte bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsjudikatur".

2 Anders *Edenharter*, DÖV 2020, 349 (349 ff.); *Hofmann/Heger*, EuGRZ 2020, 176 (182); *dies*., EuGRZ 2021, 1 (1 ff.); *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 (185 ff.); *Michl*, JURA 2020, 479 (479 ff.); *Wendel* (Fn. 1), 157 ff.; *Avbelj*, GLJ 21 (2020), 27 (27 ff.); *Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 376. Abwägend *Classen*, EuR 2021, 92 (111). Vgl. aber die kritische Perspektive bei *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177 (177 ff.). *Aust* (Fn. 1), 414 weist indes mit Recht darauf hin, „dass das Kriterium der Europarechtsfreundlichkeit sich kaum für eine arithmetische Bestimmbarkeit eignen dürfte".

3 Die Probleme der weiteren Operationalisierung sind bereits hervorgehoben bei *Gärditz*, VerfBlog v. 19.1.2020; *Voßkuhle*, EuGRZ 2020, 165 (169). Vgl. auch *Klein*, DÖV 2020, 341 (347): „Sollte die multifungible Integrationsverantwortungsformel, die nicht nur zur Verteidigung und Erweiterung des Anwendungsbereichs deutscher Grundrechte taugt, sondern offenbar auch grundgesetzlich festgelegte Kompetenzgrenzen sprengen kann, nicht auch eines Tages eingesetzt werden können, um dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung und Verwerfung von Sekundärrecht der Europäischen Union am Maßstab der Grundrechtecharta zu ermöglichen?"



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zur Begründung dieser These wird zunächst die „Integrationsverantwortung" als einheitliches verfassungsrechtliches Konzept adressiert (II.). Im Anschluss wird ihr Status in Grundrechtsfragen erörtert (III.). Abschließend soll gefragt werden, inwieweit das BVerfG durch eine zu expansive Wahrnehmung der grundrechtlichen Integrationsverantwortung die eigene Rolle im Prozess der europäischen Integration zu aktiv definieren könnte (IV.).

## *II. Dogmatische Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung*

### *1. Organisationsrechtliche Integrationsverantwortung*

In der *Lissabon*-Entscheidung wird die Integrationsverantwortung als Verantwortung deutscher Staatsorgane begriffen, die sich auf eine Kontrolle der Wahrung von Grenzen der durch das Zustimmungsgesetz zu EUV und AEUV an die Europäische Union übertragenen Hoheitsgewalt bezieht.[4] Dieses Verständnis von Integrationsverantwortung „übersetzt den Gedanken der Responsivität einer Demokratie in das Staatsrecht".[5] Einen Vorläufer dieses Verständnisses bildet der außenverfassungsrechtliche Begriff des „Integrationsprogramms", den das Gericht zur Bestimmung der Reichweite einer vom Bundestag durch Gesetz erteilten Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen entwickelt hatte.[6]

Es handelt sich damit um einen Begriff mit spezifischem Demokratiebezug, der auf den Prozess der europäischen Integration hin konzipiert ist.[7]

---

4 BVerfGE 123, 267 (356) – *Lissabon*.

5 *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 5 Rn. 16.

6 BVerfGE 104, 151 (195) – *Neues Strategisches Konzept*; dazu *Schorkopf* (Fn. 5), § 5 Rn. 16; *Aust* (Fn. 1), 415. Vgl. im europarechtlichen Kontext BVerfGE 89, 155 (Ls. 5).

7 Vgl. BVerfGE 123, 267 (356) – *Lissabon*: „Sie ist darauf gerichtet, bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung der europäischen Entscheidungsverfahren dafür Sorge zu tragen, dass in einer Gesamtbetrachtung sowohl das politische System der Bundesrepublik Deutschland als auch das der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 I und II i. V. m. Art. 79 III GG entspricht." Nach *Mayer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur I, 2. Aufl., 2020, § 4 Rn. 147 ff. „ging es dem Zweiten Senat nicht um die Verantwortung für die europäische Integration, sondern um eine Verantwortung für die Einhaltung der Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf die europäische Integration." Zuletzt wieder *Wendel* (Fn. 1), 162. Vgl. aber *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 365: „Strukturell ergibt sich die gemeinsame Verant-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im *Lissabon*-Urteil legt das Gericht besonderen Wert auf „die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats", die durch die Integrationsverantwortung folgerichtig mit einem spezifisch integrationsrechtlichen Sicherungsmechanismus versehen wird.[8] Adressat der Integrationsverantwortung ist hier vorrangig der Bundestag. Doch zeigt sich bereits in der *Lissabon*-Entscheidung eine für den Begriff der Integrationsverantwortung charakteristische Ambivalenz: Er verweist zum einen auf Kompetenzen des Bundestags im Bereich der Union, zum anderen aber in grundlegender Weise auf die sonstige Mitwirkung des Bundestages im Prozess der Europäischen Integration.[9] Der Zweite Senat hat konkretere Ausformungen der Integrationsverantwortung des Bundestags denn auch wiederholt auf Art. 38 I 1 GG gestützt.[10] Im Zusammenspiel mit der subjektivierenden Interpretation des Art. 38 I GG durch diesen Senat in Fragen der europäischen Integration ergibt sich ein Bild, in dem sich die Integrationsverantwortung strukturell mit grundrechtlichen Schutzpflichten vergleichen lässt.[11] Unter dieser Prämisse werden „aus der Integrationsverantwortung folgende Reaktionspflichten deutscher Verfassungsorgane" denkbar.[12] In

---

wortung aus der Verantwortung für die eigene Rechtsordnung, die aufgrund der engen Verzahnung auf die andere angewiesen ist." Ähnlich bereits *Grzeszick*, Die Europäisierung des Rechts und die Demokratisierung Europas, in: Axer (Hrsg.), Das europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Berlin 2010, S. 95 (95 ff.).

8 BVerfGE 123, 267 (Rn. 248) – *Lissabon*. Vgl. auch *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 87 f., der das vom BVerfG leitmotivisch herangezogene Prinzip souveräner Staatlichkeit direkt im Demokratieprinzip verankert; nach *Huber*, Die Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung, ZSE 15 (2017), 286 (295) dient die Integrationsverantwortung „der Sicherung von Demokratie und Volkssouveränität". Kritisch *Lhotta/Ketelhut*, ZParl 40 (2009), 864 (864 ff.).

9 *Sauer*, Staatsrecht III, 6. Aufl., 2020, § 4 Rn. 45.

10 Zuerst BVerfGE 89, 155 (171 ff.) – *Maastricht*. Vgl. die frühe Kritik bei *Tomuschat*, EuGRZ 1993, 489 (489 ff.).

11 *Aust* (Fn. 1), 416; vgl. in diesem Kontext *dens*., AöR 141 (2016), 415 (415 ff.) sowie *Huber* (Fn. 8), 295 f. Ausdrückliche Parallelisierung in BVerfGE 151, 202 (296) – *Europäische Bankenunion*: „Die Integrationsverantwortung verpflichtet die Verfassungsorgane – den grundrechtlichen Schutzpflichten nicht unähnlich –, sich dort schützend und fördernd vor die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für ihre Integrität sorgen kann" (unter Hinweis auf BVerfGE 142, 123 (209) – *OMT*).

12 BVerfGE 142, 123 (180) – *OMT*; vgl. bereits BVerfGE 134, 366 (395 f.) – *OMT-Beschluss*.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Entscheidungen in Sachen *EFSF* und *ESM* hat das Verfassungsgericht aus der Integrationsverantwortung insbesondere eine Budgetverantwortung des Bundestages abgeleitet.[13] Diese führt nach dem OMT-Urteil auch zu einer Verpflichtung deutscher Verfassungsorgane zur „kontinuierlichen Beobachtung" im Sinne einer fortlaufenden Kontrolle hinsichtlich der Beachtung der Grenzen des Integrationsprogramms.[14] Die Integrationsverantwortung besteht demnach sowohl bei der Übertragung von Hoheitsrechten an die Union wie auch bei der späteren Mitwirkung nationaler Verfassungsorgane bei der Verwirklichung des Unionsrechts.[15]

### *2. Grundrechtliche Integrationsverantwortung*

Während strukturell grundrechtliche Argumentationslinien auch dem vom Zweiten Senat etablierten organisationsrechtlichen Verständnis nicht fremd sind, hat der Erste Senat in der Entscheidung *Recht auf Vergessen II* ein dezidiert grundrechtliches Verständnis der eigenen Integrationsverantwortung etabliert: In Abkehr von der früheren Rechtsprechung, der zufolge Unionsrecht nicht Prüfungsmaßstab im Verfahren der Verfassungsbeschwerde sein könne, sieht sich das Gericht nun (auch) als Garanten der Unionsgrundrechte an.[16] Der erste Leitsatz der Entscheidung konstatiert, das Gericht nehme durch eine Prüfung vollständig vereinheitlichten Unionsrechts am Maßstab der Unionsgrundrechte „seine Integrationsverantwortung nach Art. 23 Abs. 1 GG wahr".[17]

Für diese dogmatische Wende führt der Erste Senat zwei Argumente an. Das *erste* Argument stützt sich auf ein kooperatives Verständnis der Über-

---

13 BVerfGE 129, 124 (180 f.) – EFSF; 130, 318 (344) – *Stabilisierungsmechanismusgesetz*; 131, 152 (205 f.) – *Unterrichtungspflicht*; 132, 195 (239 f., 271) – *ESM/Fiskalpakt*; 135, 317 (400 f.) – *ESM*; 154, 17 (84 ff.) – *PSPP*.

14 BVerfGE 142, 123 (208) – *OMT*.

15 *Huber* (Fn. 8), 294 f..

16 BVerfGE 110, 141 (154 f.) – *Kampfhunde*; 115, 276 (299 f.) – *Sportwetten*; vgl. nunmehr BVerfGE 152, 216 (Ls. 1) – *Recht auf Vergessen II*.

17 BVerfGE 152, 216 (Ls. 1, vgl. auch 236 zum Verweis auf vergleichbare Entscheidungen des österreichischen und belgischen Verfassungsgerichtshofs) – *Recht auf Vergessen II*. Diese Verweise überzeugen nicht durchgehend: Der österreichische Verfassungsgerichtshof postuliert eine Verpflichtung aus dem Äquivalenzprinzip, Unionsgrundrechte zu prüfen; der belgische Verfassungsgerichtshof setzt die Heranziehung internationalen und europäischen Rechts für den Prüfungsmaßstab schlicht voraus, wie hier *Classen* (Fn. 2), 102 f.. Zur jüngeren Rechtsprechung des Conseil d'État s. *Stepanek*, EuZW 2021, 701 (703 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tragung von Hoheitsrechten: In Übereinstimmung mit Art. 23 I GG auf die Union übertragene Hoheitsrechte seien dieser nicht exklusiv, sondern vor dem Hintergrund einer gemeinsamen „Entfaltung" derselben durch Kooperation supranationaler und nationaler Stellen zugewiesen.[18] Die (verfassungs-)rechtliche Verantwortung für diese „Mitwirkung" im Sinne von Art. 23 I 1 GG bezeichnet das Gericht als „Integrationsverantwortung".[19] Eine solche treffe auch das BVerfG im Bereich des Grundrechtsschutzes.[20]

Mit diesem Argument hängt eine *zweite*, eher institutionell orientierte Begründung der eigenen Prüfungskompetenz zusammen: Die Gewährleistung eines „wirksamen" Grundrechtsschutzes gehöre „zu den zentralen Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts". Dieses zweite Argument stützt sich nicht mehr auf Art. 23 I GG, sondern auf Struktur und Funktion der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I lit. 4a GG: Diese sei „bewusst weit und umfassend konzipiert" und biete „dem Anspruch nach […] einen umfassenden Grundrechtsschutz gegenüber der gesamten deutschen Staatsgewalt in allen ihren Ausprägungen".[21] Die Konzeption eines „umfassenden" Grundrechtsschutzes wird in der enorm verdichteten Argumentation des Gerichts freilich nicht in jeder Hinsicht transparent begründet. Schon im Ansatz ist nicht klar, was es bedeuten kann, dass die Verfassungsbeschwerde „umfassend konzipiert" sei: Sie ist vielmehr als außerordentlicher Rechtsbehelf mit bestimmten Zulässigkeitsvoraussetzungen und Einschränkungen hinsichtlich des materiellen Prüfungsmaßstabs ausgestaltet.[22] Das Konzept der Integrationsverantwortung scheint hier einen überschießenden teleologischen Gehalt in die prozessrechtlichen Befugnisse des Gerichts zu transportieren.[23] Es ist diese spezifisch verfassungsgerichtli-

18 BVerfGE 152, 216 (238 f.) – *Recht auf Vergessen II*: „In Bezug genommen wird damit ein eng verflochtenes Miteinander der Entscheidungsträger, wie es dem Inhalt der Unionsverträge entspricht. Danach obliegt die Umsetzung des Unionsrechts nur begrenzt den Institutionen der Europäischen Union unmittelbar selbst, sondern in weitem Umfang den Mitgliedstaaten."

19 BVerfGE 152, 216 (239) – *Recht auf Vergessen II*.

20 BVerfGE 152, 216 (239) – *Recht auf Vergessen II*.

21 BVerfGE 152, 216 (239) – *Recht auf Vergessen II*.

22 Vgl. auch *Klein* (Fn. 3), 343 ff.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., 2020, Rn. 1172.

23 Nach BVerfGE 152, 216 (243) – *Recht auf Vergessen II* lässt sich „die Prüfung anhand der Unionsgrundrechte" freilich „ohne Schwierigkeiten auf der Grundlage des geltenden Prozessrechts durchführen". Zugleich spricht die Entscheidung davon, den Rechtsbehelf „auch auf die Durchsetzung der Unionsgrundrechte zu erstrecken" (241). Die zwischen Art. 23 I GG und Art. 93 I Nr. 4a GG



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

che Perspektive auf den Individualschutz, die den bisher durch den EuGH zu gewährleistenden Grundrechtsschutz als „unvollständig" erscheinen lässt.[24]

### *3. Zweierlei Integrationsverantwortung?*

Angesichts der divergierenden Anknüpfungspunkte der organisations- und grundrechtlichen Aspekte der Integrationsverantwortung wird zum Teil konstatiert, dass diese lediglich den Namen miteinander gemein haben.[25] Doch erscheint eine Trennung der angeführten Dimensionen von Integrationsverantwortung nicht zwingend: Das BVerfG hat die Integrationsverantwortung mehrfach in allgemeiner Hinsicht als eine Verantwortung für die Wahrung der Anforderungen des Art. 23 I 1 GG konzipiert, die alle Staatsorgane betreffe.[26]

Integrationsverantwortung lässt sich dementsprechend auch als einheitliches allgemeines Prinzip des grundgesetzlichen Europaverfassungsrechts verstehen, das auf die Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben im Prozess der europäischen Union bezogen ist.[27] Sie wird, nach anfänglichen Verständnisschwierigkeiten in der Literatur,[28] inzwischen als „zentrales"[29] Theorem dieses verfassungsrechtlichen Teilgebiets gedeutet. Diese Einordnung macht auch den normativen Status des Prinzips der Integrationsverantwortung transparenter, der in der Literatur zum Teil noch unklar

---

oszillierende Argumentation des Gerichts bedingt eine gewisse Intransparenz bezüglich der normativen Grundlage der eigenen Prüfungskompetenz. Vgl. aber *Wendel* (Fn. 1), 162.

24 BVerfGE 152, 216 (240 f.) – *Recht auf Vergessen II* erkennt eine „Schutzlücke" und betont demgegenüber die Bedeutung eines „verfassungsgerichtlichen" Grundrechtsschutzes. In diese Richtung nun auch BVerfGE 156, 182 (197) – *Rumänien II*; *Aust* (Fn. 1), 412 weist darauf hin, dass die Argumentation des BVerfG vor dem Hintergrund der Existenz mitgliedstaatlicher Rechtssysteme ohne Verfassungsgerichtsbarkeit Fragen aufwirft.

25 *Aust* (Fn. 1), 417 formuliert betont „überspitzt".

26 Vgl. etwa BVerfGE 134, 366 (394 f.) – *OMT-Beschluss*; dazu *Huber* (Fn. 8), 289, 292; *Voßkuhle*, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, in: Axer (Hrsg.), Das europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Berlin 2010, 229 (232 f., 234).

27 Vgl. *Classen* (Fn. 2), 97; *Voßkuhle*, Integrationsverantwortung (Fn. 26), 232 f.

28 *Sonder*, KritV 94 (2011), 214 (214, 225): „nebulöses Konzept"; „auf wackligen Füßen".

29 *Huber* (Fn. 8), 288.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bleibt.[30] Die Integrationsverantwortung bildet in dieser Hinsicht ein seltenes Residuum verfassungsrechtlicher Unterdogmatisierung.[31] Als Verfassungsprinzip kann die Integrationsverantwortung in ihren normativen Wirkungen abgegrenzt werden von verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffen[32] und Leitbildern, die vor allem hintergründige normative Wirkungen zeitigen.[33]

Das BVerfG hat in dieser Hinsicht früh den Standpunkt vertreten, dass die Verfassung Normen auch außerhalb ihrer expliziten Regelungen zur Verfügung stellt.[34] Jene erfüllen diesen gegenüber eine Ergänzungsfunktion.[35] Die Integrationsverantwortung als verhältnismäßig junges Verfassungsprinzip scheint diesbezüglich noch nicht in jeder Hinsicht ausdifferenziert zu sein,[36] enthält jedoch der Entscheidung *Recht auf Vergessen II* zufolge eine (weitere[37]) eigenständige Rechtsfolge: Die Kompetenz des BVerfG zur Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte. Das Europa-, Unions- oder Integrationsverfassungsrecht des Grundgesetzes oszilliert nach hier vertretener Ansicht zwischen den im *Lissabon*-Urteil maßgeblich aus Art. 23 I GG gewonnenen allgemeinen Prinzipien der Integrationsverantwortung und der Europarechtsfreundlichkeit.[38] Diese bringen jeweils verschiedene Grundprämissen eines offenen Verständnisses von Staatlich-

30 Vgl. etwa *Klein* (Fn. 3), 347; *Kämmerer/Kotzur* (Fn. 2), 179 f.: „Zauberkasten des Art. 23 I GG".

31 *Volkmann*, JZ 75 (2020), 965 ff.

32 *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riehm/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.): GVwR I, 2. Aufl., 2012, § 1 Rn. 40 ff.

33 Statt aller *Volkmann*, AöR 134 (2009), 157 (170, 175).

34 BVerfGE 2, 380 (Ls. 4) – *Haftentschädigung*.

35 Vgl. BVerfGE 152, 216 (241) – *Recht auf Vergessen II* zu „Konsequenzen" der aus Art. 23 I GG gewonnen Integrationsverantwortung für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde. Insoweit gegen *Nettesheim*, Integrationsverantwortung – Verfassungsrechtliche Verklammerung politischer Räume, in: Pechstein (Hrsg.): Integrationsverantwortung, 2012, S. 11 (51), demzufolge das BVerfG sich „noch nicht einmal im Ansatz auf den Text des Grundgesetzes stützen kann".

36 *Klein* (Fn. 3), 347; vgl. auch *Erdmann*, EuR 2021, 62 (63). *Huber* (Fn. 8), 323 Fn. 177 zieht den Vergleich zu grundrechtlichen Innovationen des Gerichts.

37 BVerfGE 142, 123 (180) – *OMT*; vgl. bereits BVerfGE 134, 366 (395 f.) – *OMT-Beschluss*.

38 Vgl. zu letzterem *Erdmann* (Fn. 36), 64 ff.; ausführlich *Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 260 ff.; s. auch *Voßkuhle*, Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 (5); vgl. aber *dens*., Integrationsverantwortung (Fn. 26), S. 233: Europarechtsfreundlichkeit und Verfassungsidentität als „gegenläufige Strukturprinzipien". Vgl. dazu



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keit zum Ausdruck: Während die Integrationsverantwortung verfassungsrechtlichen Wertungen des Grundgesetzes auch im Kontext der europäischen Integration zur Geltung verhilft,[39] tariert die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes mögliche Konflikte beider Rechtsordnungen mit dem Ziel möglichst weitgehender Konkordanz aus.[40] Die Integrationsverantwortung hat angesichts des in Art. 23 I 3 GG enthaltenen Verweises auf Art. 79 III GG in diesem Verhältnis Vorrang, soweit die Verfassungsidentität des Grundgesetzes betroffen ist. Sie ist indes nicht notwendigerweise ein „abwehrendes und retardierendes Element im Integrationsprozess".[41] Als verfassungsrechtliches Prinzip ist sie vielmehr durch Rechtsfolgenpluralität gekennzeichnet. Diese Pluralität spricht gegen eine harte Unterscheidung zwischen organisationsrechtlicher und grundrechtlicher Integrationsverantwortung: Beide Ausprägungen des Prinzips sind letztlich darauf gerichtet, Grundentscheidungen des Verfassungsstaats unter dem Grundgesetz auch in der Mitwirkung seiner Organe am Prozess der europäischen Integration zu effektivieren. So beruft sich der Erste Senat in *Recht auf Vergessen II* auf das Kriterium einer „verfassungsgerichtlichen Kontrolle", das gerade keine Grundlage im Unionsrecht finden kann. Auch die grundrechtliche Integrationsverantwortung etabliert in dieser Hinsicht eine unionsrechtsexterne Kompetenz mitgliedstaatlicher Organe zur Einwirkung auf das Unionsrecht.[42] Nicht zu verleugnende Differenzen der Se-

---

statt vieler *Sauer*, Staatsrecht III (Fn. 9), § 9 Rn. 24 ff.; kritisch bereits *Nettesheim*, Integrationsverantwortung (Fn. 35), S. 21 ff.

39 *Wendel* (Fn. 1), 162.

40 Allgemein *Wendel*, Permeabilität (Fn. 8), S. 103: „Souveränität und Permeabilität müssen als auf verschiedenen Grundprämissen beruhende Verfassungsprinzipien innerhalb einer Verfassungsordnung [!] zueinander in Verhältnis gesetzt und ausbalanciert werden"; S. 104: „Gleichzeitigkeit beider Verfassungsprinzipien"; spezifisch zur Integrationsverantwortung auch *Voßkuhle*, Integrationsverantwortung (Fn. 26), S. 233.

41 Wie hier *Voßkuhle*, Integrationsverantwortung (Fn. 26), S. 238. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerfG NVwZ 2021, 1211 (1217).

42 BVerfGE 152, 216 (241) – *Recht auf Vergessen II*: „Die Verfassungsbeschwerde ergänzt den fachgerichtlichen Rechtsschutz bewusst um eine eigene verfassungsgerichtliche Kontrolle. […] Wenn heute der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz teilweise durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts überlagert wird, gibt es keinen Grund, den Bürgerinnen und Bürgern diesen Rechtsbehelf deshalb zu versagen." Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, dass hierin ein „dezenter Seitenhieb" (*Aust* [Fn. 1], 412 auf den EuGH gesehen werden kann. Tatsächlich wird man dem Ersten Senat die Dezenz wiederum nur zurückhaltend zusprechen dürfen: Eine allein über den EuGH vermittelte Grundrechtskontrolle wird von ihm umstandslos als „Schutzlücke" etikettiert.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nate in integrationsverfassungsrechtlicher Hinsicht[43] sollten auch vor dem Hintergrund von durch die Geschäftsverteilung veranlassten Perspektivunterschieden nicht überbetont werden. In der Rechtsprechung beider Senate dient das Prinzip der Integrationsverantwortung „letztlich […] dem gleichen Anliegen: Auch im Rahmen der europäischen Integration müssen die Verfassungsorgane ihre Aufgaben erfüllen, insbesondere auch die Wahrung des Rechts sicherstellen."[44]

## *III. Verfassungstheoretische Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung*

### *1. Der europäische Grundrechtsdialog als Topos der neueren Rechtsprechung*

Die neuere Konzeption grundrechtlicher Integrationsverantwortung bedingt eine bemerkenswerte Neuerung auch in der Semantik, anhand derer das Gericht die Grundrechtskontrolle im europäischen Rechtsraum adressiert. Ging es vor *Recht auf Vergessen II* noch um mehr oder weniger klar getrennte Räume föderal differenzierter Grundrechtsverantwortung, betont das Gericht seither auffällig die einheitlich-gemeineuropäische, wenn nicht universale[45] Dimension der Grundrechtsidee. In *Recht auf Vergessen II* wird „die Tradition der unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte" evoziert, auf der die EU-Grundrechtecharta fuße: „Sie beruft sich damit auf dieselbe Tradition, in die Art. 1 Abs. 2 GG auch die Grundrechte des Grundgesetzes stellt."[46] Der Zweite Senat hat das in seiner *Rumänien II*-Entscheidung aufgegriffen[47] und im jüngeren *Ökotox*-Beschluss zum Arzneimittelgesetz weiter ausgeführt:

> „*Die Grundrechte des Grundgesetzes, die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Grundrechte der Charta der Europäischen Union*

43 Vgl. nur *Masing*, Das Bundesverfassungsgericht, in: Herdegen et al. (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 Rn. 167 ff.
44 *Classen* (Fn. 2), 97. Vgl. ausf. *Voßkuhle/Schemmel*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: Hatje/MüllerGraff (Hrsg.), EnzEur III, 2. Aufl., 2021, § 6 Rn. 27 ff., 39.
45 *Nettesheim*, Integrationsverantwortung (Fn. 35), S. 27.
46 BVerfGE 152, 216 (240) – *Recht auf Vergessen II*.
47 BVerfGE 156, 182 (Ls. 2, 4; 198) – *Rumänien II*.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*wurzeln überwiegend in gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und sind insoweit Ausprägungen universaler und gemeineuropäischer Werte."*[48]

Das Prinzip der Integrationsverantwortung versetzt demnach, soweit es eine Kompetenz zur Kontrolle auch unionsrechtlicher grundrechtlicher Gewährleistungen vermittelt, das BVerfG in die Rolle eines Akteurs im europäischen Dialog über gemeinsame grundrechtliche Werte. Eben diese Rolle hatte bereits die Literatur vor *Recht auf Vergessen II* im Blick, die dem BVerfG eine aktivere Position in Fragen des europäischen Grundrechtsschutzes angesonnen hatte.[49]

### 2. *Europäischer Grundrechtsdialog und normativer Rechtsquellenpluralismus*

Das BVerfG nähert sich insofern einer nichthierarchischen, horizontalen Verhältnisbeschreibung der Rechtsregime des europäischen Grundrechtsschutzes an, die bisher vor allem in der Literatur des rechtspluralistischen Paradigmas präsent war.[50] Letztere betont die Annahme einer Gleichordnung unterschiedlicher Rechtsregime, die in Verbundstrukturen ineinander verwoben seien. Sie widerspricht insbesondere der rechtstheoretischen Tradition der Kelsen-Schule, die normlogisch auf die Einheit von Rechtsordnungen schließt und auf der transparenten formalen Zuordnung von Sollenssätzen besteht.[51] Die Geltung eines Rechtssatzes ergebe sich aus seiner Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung.[52] Der Annahme eines nichthierarchischen Verbunds zwischen Rechtsordnungen widerspreche der zugunsten einer Rechtsordnung postulierte Vorrang.[53] Während es für die Kelsen-Schule allein einen „Rechtsdeutungspluralismus" gibt, der auf die

48 BVerfG NVwZ 2021, 1211 (Ls. 3, 4): „Auch die Auslegung der Charta der Grundrechte ist an der Europäischen Menschenrechtskonvention und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in Gestalt ihrer höchstrichterlichen Konkretisierung auszurichten."

49 *Bäcker*, EuR 2015, 389 (389); *Griebel*, DVBl. 2014, 204 (209 f.); *Thym*, JZ 2015, 53 (53 ff.); s. auch *Aust* (Fn. 1), 410 Fn. 5 m. w. N.

50 Grundlegend *Griffiths*, JLP 24 (1986), 1 (1 ff.); *Walker*, MLR 65 (2002), 317 (317 ff.). Vgl. ausführlicher *Wendel*, Permeabilität (Fn. 8), S. 14 ff., insb. 18, 20 ff., 33 ff.

51 *Kelsen*, ZaöRV 19 (1958), 234 (234 ff.); *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund, in: Krause (Hrsg.): GS Blomeyer, 2004, S. 637 (658).

52 *Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 51), S. 658.

53 *Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 51), S. 656.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Entscheidung zugunsten des Vorrangs einer Rechtsordnung abzielt, nimmt die Literatur des *constitutional pluralism* einen „normativen Rechtsquellenpluralismus" an, welcher unter Verzicht auf hierarchische Relationen der dem europäischen Rechtsraum eigenen „Schwebelage" gerecht werde.[54] An der formalen Trennung von mitgliedstaatlicher und supranationaler Ebene wird dabei festgehalten; beide seien jedoch in ihrem Geltungsbereich partiell koextensiv und funktional verschränkt.[55]

In dieser Perspektive können verfassungsgerichtliche Entscheidungen zur Fortbildung gemeinsamer europäischer Werte und insoweit „performativ zu einem transnationalen Prozess der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts beitragen".[56] Der Erste Senat bewegt sich damit auf eine Relativierung des völkerrechtlichen Verständnisses zu, das als Grundlage der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in Fragen der normativen Verortung des Unionsrechts im mitgliedstaatlichen Rechtsraum wiederholt kritisiert wurde.[57] Freilich hält er an der Ansicht, die Anwendbarkeit des Unionsrechts innerhalb der deutschen Rechtsordnung leite sich aus dem im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen enthaltenen Rechtsanwendungsbefehl ab, fest.[58] Er widerspricht damit weiter dem vom EuGH herausgestellten Autonomiepostulat.[59] Zugleich positioniert er sich aber als Interpret der verfassungsrechtlich dichteren Aspekte des *acquis com-*

---

54 *Wendel*, Permeabilität (Fn. 8), S. 20, 23; s. auch *Wahl*, Der Staat 48 (2009), 587 (603 ff.).

55 *Wendel*, Permeabilität (Fn. 8), S. 372.

56 *Wendel* (Fn. 1), 164. Vgl. ausführlich auch *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 28, 360, 364 f., 367 ff.

57 Statt vieler *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 162 ff.

58 BVerfGE 123, 267 (402) – *Lissabon*: „[…] der Vorrang des Unionsrechts gilt in Deutschland nur kraft des durch Zustimmungsgesetz zu den Verträgen erteilten Rechtsanwendungsbefehls. Der Anwendungsvorrang reicht für in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt nur so weit, wie die Bundesrepublik Deutschland dieser Kollisionsregel zugestimmt hat und zustimmen durfte […]."

59 *Wendel*, Permeabilität (Fn. 8), S. 399. Zu diesem Problem im Kontext des PSPP-Urteils *Haltern*, AöR 146 (2021), 195 (221): „Dieser Streit ist weder marginal noch rein theoretischer Natur, denn er dreht sich um die Quelle der Autorität des Unionsrechts, die vom EuGH und den nationalen Gerichten unterschiedlich bestimmt wird. Im Herzen der europäischen Integration und ihrer Anlage des Verhältnisses der unterschiedlichen Rechtsordnungen zueinander liegt daher ein fundamentaler Widerspruch, der natürlich auch auf das zwischengerichtliche Verhältnis übergreifen muss. […] Die Unvereinbarkeit liegt […] in einem Konflikt über Verfassungswerte und vor allem darüber, wessen kollektive Werte anerkennenswert sind und durchsetzungsstark sein sollen […].", 236 (Fn. 104).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*munautaire*, der grundrechtliche Integrationsverantwortung als Element einer gemeinsamen Verantwortung der Höchstgerichte im europäischen Grundrechtsraum wahrnimmt.[60] Während die organisationsrechtliche Integrationsverantwortung noch einer demokratisch begründeten *bottom-up*-Struktur folgt,[61] wird im grundrechtlichen Bereich ein Nebeneinander der Gerichte etabliert. In diesem Bild verschwimmt der institutionelle Hintergrund judikativer Macht; die inhaltliche Dimension eines gemeinsamen Wertehorizonts rückt dagegen in den Vordergrund.[62] Dass es ausgerechnet der in Jurisdiktionsfragen konfliktträchtige[63] Bereich der Grundrechte ist, den das BVerfG für diese Selbstverortung wählt, wird in dieser Perspektive verständlich: Auch außerhalb des Kontextes der europäischen Integration werden subjektive Rechte heute als „Grundlage dessen, was verschiedene Gesellschaften auch über nationale Grenzen hinweg verbindet", wahrgenommen.[64] Hinsichtlich der Kooperation der Höchstgerichte in Europa geht das BVerfG insofern „einen großen Schritt auf den EuGH zu".[65] Auf den zweiten Blick sieht es freilich so aus, als stünde es ihm nunmehr auf den Füßen.

## *IV. Institutionelle Aspekte grundrechtlicher Integrationsverantwortung*

### *1. Gemeinsame Maßstabsbildung?*

Das institutionelle erweist sich damit womöglich auch in diesem Kontext als das gegenüber dem materiellrechtlichen widerständigere Element.[66] Wenn auch die Form des verfassungsgerichtlichen Sprechens über das Verhältnis der Grundrechtsregime im europäischen Rechtsraum von nicht zu

60 *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 372, 376 f.
61 *Nettesheim*, Integrationsverantwortung (Fn. 35), S. 19.
62 Vgl. *Haltern* (Fn. 59), 229: „Das Gespräch selbst wird zu einem Modell moderner Zivilisation: Sprechen ersetzt Gewalt, das Gespräch ersetzt den Moment des Entscheidens. Die wichtigste Annahme in diesem Modell besteht darin, dass dann, wenn das Gespräch andauert, irgendwann jeder die Wahrheit erkennen wird. Das Gespräch verläuft konvergent: Alle Teilnehmer werden sich in derselben Position treffen, wie in den Naturwissenschaften […]."
63 *Grimm*, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in: ders.: Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 321 (328).
64 *Volkmann*, VVdStRL 67 (2008), 57 (89).
65 *Wendel* (Fn. 1), 160.
66 Vgl. *Haltern* (Fn. 59), 242 Fn. 114.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterschätzender Bedeutung ist,[67] so sollte man die institutionelle Verankerung desselben durch das Gericht trotz berechtigter Wertschätzung einer Semantik der Kooperation nicht aus den Augen verlieren. Wie gesehen bedeutet die Inanspruchnahme von grundrechtlicher Integrationsverantwortung eine entschiedene Ausweitung der Rolle des BVerfG im europäischen Grundrechtsdialog. In der Annahme, das BVerfG verstehe sich inzwischen als eine Art europarechtliche Superrevisionsinstanz, liegt keine Übertreibung.[68] Das Gericht, das sich auch und gerade als Grundrechtsgericht begreift,[69] positioniert sich erneut als Akteur im Alltag der europäischen Grundrechtsrechtsprechung, aus dem es sich mit den Entscheidungen in Sachen *Solange II*, *Bananenmarktordnung* und *Europäischer Haftbefehl II* denkbar weit zurückgezogen hatte.[70] Das Konzept der Integrationsveranstaltung bietet somit auch in Grundrechtsfragen „eine Folie, mit der in Kompetenz- und institutionelle Strukturen gestaltend eingegriffen werden kann".[71] Die organisationsrechtliche Integrationsverantwortung diente dem Zweiten Senat in dieser Hinsicht dazu, die „Gubernativlastigkeit" supranationaler Hoheitsgewalt zu adressieren und diese unter Legitimationsgesichtspunkten an die mitgliedstaatliche Ebene zurückzubinden.[72] Vor diesem Hintergrund wird man öffentliche Freudenbekenntnisse aus dem Umfeld des EuGH über die „Annäherung" des BVerfG nicht zum Nennwert nehmen dürfen.[73]

---

67 Allgemein *Arendt*, Interview mit Adelbert Reif, in: *dies.*: Macht und Gewalt, 6. Aufl., 1970, S. 107 (130 f.); spezifisch *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 372: „Zivilisationsgewinn", mit dem entscheidenden caveat: „Diese Zivilisationsleistung kann jedoch nur erbracht werden, wenn die Gerichte von einem gemeinsamen Verständnis der verfassungsgerichtlichen Funktion getragen und sich ihrer gemeinsamen Verantwortung bewusst sind, die europäischen Grundprinzipien leben und sich selbst europäisieren."

68 *Sauer*, Staatsrecht III (Fn. 9), § 9 Rn. 63.

69 *Grimm*, ICON 13 (2015), 9 (9 ff.); *Britz*, Der Beitrag des BVerfG zur normativen Kraft der Grundrechte, in: Krüper et al. (Hrsg.): Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung, 2020, S. 143 (143 ff.).

70 BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*; 102, 147 (163 f.) – *Bananenmarktordnung*; 140, 317 (317 ff.) – *Europäischer Haftbefehl II*.

71 *Nettesheim*, Integrationsverantwortung (Fn. 35), S. 25; s. auch *Wendel* (Fn. 1), 162; *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 370.

72 *Nettesheim*, Integrationsverantwortung (Fn. 35), S. 27, 51: „Das BVerfG mutiert zu einer Institution, die unter dem Deckmantel der Verfassungsinterpretation eine sicherlich nicht unkluge Form der ‚Überpolitik' betreibt."

73 Vgl. F.A.Z. v. 30.11.2019, S. 10.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Eine solche Gewichtsverlagerung auf die mitgliedstaatliche Ebene bringt auch die Inanspruchnahme von Prüfungskompetenzen im Bereich der Unionsgrundrechte mit sich. Sie betrifft mit dem Vorabentscheidungsverfahren einen elementaren Bestandteil der europäischen Rechtsgemeinschaft. Der Erste Senat berücksichtigt das Vorabentscheidungsverfahren in seiner Entscheidung in Sachen *Recht auf Vergessen II* daher trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich: In Anknüpfung an die ständige Rechtsprechung, der zufolge die Vorlageverpflichtung der letztinstanzlichen Fachgerichte nach Art. 267 III AEUV durch das BVerfG am Maßstab des Art. 101 I 2 GG effektuiert wird,[74] erwägt das Gericht nun auch eine eigene Verpflichtung aus Art. 267 III AEUV, welche die Vorlagepflicht der Fachgerichte entfallen ließe.[75] Das ist unionsrechtlich heikel, legt man die bisher zurückhaltende Vorlagepraxis des BVerfG zugrunde. Eine Zentralisierung der Vorlagepflicht beim BVerfG wurde im Anschluss an die Entscheidung folgerichtig nicht erneut thematisiert. Und doch gehört es zu den Gelingensvoraussetzungen der vom BVerfG avisierten aktiveren eigenen Rolle im europäischen Grundrechtsdialog, dass die durch das Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH verortete Letztentscheidungskompetenz in Fragen der Unionsgrundrechte in der Rechtsprechungspraxis zukünftig nicht allzu konsequent ausgeübt wird.

Das dogmatische Instrument einer solchen Relativierung der Letztentscheidungskompetenz des EuGH liegt im Umgang mit der Kategorie des *acte clair*, welche das BVerfG bereits in der früheren Rechtsprechung großzügig gehandhabt hat.[76] Und auch die bisherige Vorlagepraxis im Bereich des europäischen Grundrechtsdialoges scheint sich eher an institutioneller Eigendynamik als am Bekenntnis zu gemeinsamer Maßstabsetzung zu orientieren: Bereits in *Recht auf Vergessen II* wird das Vorliegen eines *acte clair* ausdrücklich auch auf das Vorliegen einschlägiger Rechtsprechung des EGMR bezogen.[77] Auf eine Vorlage verzichtet das Gericht sowohl hinsichtlich der Frage nach mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielräumen wie auch in Bezug auf die Grundrechtsauslegung.[78] Zumindest letztere hätte eine Vorlage ohne Weiteres gerechtfertigt: Der EuGH räumt dem Datenschutz tendenziell ein höheres Gewicht ein als das BVerfG.[79] Das vom

74 Vgl. noch BVerfGE 147, 364 (378 ff.).
75 BVerfGE 152, 216 (245) – *Recht auf Vergessen II*.
76 Vgl. BVerfGE 133, 277 (316); 140, 317 (376); dazu auch *Haltern*, Europarecht Bd. 2, 3. Aufl., 2017, § 11 Rn. 1629.
77 BVerfGE 152, 216 (244) – *Recht auf Vergessen II*.
78 *Wendel* (Fn. 1), 165 f.
79 *Classen* (Fn. 2), 102.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

BVerfG angenommene prinzipielle Gleichgewicht zwischen Persönlichkeitsrecht und grundrechtlich geschützten Informationsinteressen der Öffentlichkeit beruht auf einer Interpretation der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, die das vermeintliche Gleichgewicht an keiner Stelle erwähnt.[80] Schließlich umschifft das BVerfG auch die vom EuGH angenommene unmittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte begrifflich dadurch, dass „im Ergebnis" trotz einer Abweichung von den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung „den Unionsgrundrechten […] eine ähnliche Wirkung" zukomme.[81] Im Ergebnis lässt sich daher der Eindruck kaum vermeiden, dass das BVerfG einerseits keine allzu strengen Maßstäbe an die eigene Vorlagepflicht anlegt und sich andererseits durchaus Spielräume bei der Rezeption einschlägiger EuGH-Rechtsprechung zubilligt.

Die Folgerechtsprechung bestätigt dieses Bild. Im *Ökotox*-Beschluss des zweiten Senats wird unter Betonung der gemeinsamen Grundlagen der europäischen Grundrechtsregime eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 16 GrCh vermieden: Der Zweite Senat betont dagegen den „nach Inhabern, Verpflichteten und Struktur im Wesentlichen funktional vergleichbaren Schutz" der Gewährleistungen der Berufsfreiheit, die sich „in großem Umfang als deckungsgleiche Gewährleistungen" darstellten.[82] Art. 16 GrCh wird daher vor dem Hintergrund von Maßstäben entfaltet, die zu Art. 12 I GG entwickelt wurden. Zudem geht das Gericht hier von einem weiten Verständnis der Kategorie des Grundrechtseingriffs aus, das in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zumindest nicht ausdrücklich formuliert wurde. Der Sachverhalt der *Rumänien II*-Entscheidung erforderte ebenfalls keine Vorlage an den EuGH.[83] Die Erwartung, angesichts der neuen Kompetenzarchitektur im europäischen Grundrechtsschutz werde es zu vermehrten Vorlagen des BVerfG an den EuGH kommen, hat sich zumindest bisher nicht erfüllt.[84]

80 Der EuGH entwickelt vielmehr eine Vermutung zugunsten des Überwiegens des Daten- und Persönlichkeitsschutzes, s. EuGH, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 81 – *Google Spain*; EuGH, Rs. C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773, Rn. 53, 66 – *GC u. a.*; dazu bereits *Classen* (Fn. 2), 106 f., 108 f.

81 BVerfGE 152, 216 (254) – *Recht auf Vergessen II*.

82 BVerfG NVwZ 2021, 1211 (1215).

83 BVerfGE 156, 182 (220) – *Recht auf Vergessen II*.

84 Vgl. aber *Britz*, NJW 2021, 1489 (1494 f.)



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 2. Vorrang und Rechtseinheit in der Grundrechtsjudikatur des EuGH

Die institutionelle Dimension der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz im Bereich der Unionsgrundrechte bedingt somit einen auffälligen Querstand zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, die auch im grundrechtlichen Bereich den Gedanken der europäischen Rechtseinheit betont.[85] Der EuGH knüpft an diesen die eigene Entscheidungskompetenz.[86] Diese Verbindung prägt noch die jüngeren Entscheidungen in den Rs. *Melloni* und *Siragusa*, die auch unter Berücksichtigung von Art. 53 GrCh enge Grenzen für abweichende mitgliedsstaatliche Grundrechtsstandards im Anwendungsbereich des Unionsrechts etablieren.[87]

Das BVerfG verlegt sich vor dem Hintergrund dieser Absage an divergierende mitgliedstaatliche Grundrechtsstandards auf eine Teilnahme an der Maßstabsbildung hinsichtlich der Unionsgrundrechte. Es hebt dabei unter Rücksicht auf den EuGH die Notwendigkeit hervor, „keine partikularen, nur in der Rechtspraxis einzelner Mitgliedstaaten nachweisbare[n] Verständnisse" zur Auslegung der Unionsgrundrechte heranzuziehen.[88] Doch sind abweichende mitgliedstaatliche Grundrechtsstandards nicht die einzige Form, in der sich ein Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten und Vorrangdogmatik zeigen kann. Verfassungsgerichtliche Interpretationen der Unionsgrundrechte ohne ausreichende Einbindung des EuGH sind für den Gedanken der europäischen Rechtseinheit potenziell nicht minder problematisch. Der EuGH hat folgerichtig in grundrechtlichen Entscheidungen[89] und in Bezug auf die Kategorie des *acte clair*[90] erste Weichen für eine Reaktion auf das BVerfG gestellt.

---

85 Locus classicus: EuGH, Rs. 44/79, EU:C:1979:290, Rn. 14 – *Hauer*. Dazu allgemein *Haltern*, Europarecht (Fn. 76), § 11 Rn. 1363, 1406, 1421 ff., unter Hinweis auf *Weiler*, WLR 61 (1986), 1103 (119).

86 *Haltern*, Europarecht (Fn. 76), § 11 Rn. 1422.

87 EuGH, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60 – *Melloni*; EuGH, Rs. C-206/13, ECLU:EU:C:2014:126, Rn. 32 – *Siragusa*: Keine Beeinträchtigung des Schutzniveaus sowie des „Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts".

88 BVerfGE NVwZ 2021, 1211 (1217).

89 Vgl. auch *Wedemeyer*, EuR 2021, 732 (740 ff., 745), der – unter Zugrundelegung des dialogischen Paradigmas – die Feststellbarkeit einer „Annäherung" zwischen den Gerichten letztlich offen lässt.

90 Vgl. *Böttcher*, NVwZ 2021, 1771 (1771 ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## V. Fazit: Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Grundrechtsdialog

Voraussetzung jeder Form von Verantwortung ist eigene Handlungsmacht: Verantwortung lässt sich überhaupt verstehen als Verbindung von Handlungsfähigkeit einerseits und dem Einstehenmüssen für die eigenen Handlungen andererseits.[91] Das Konzept der grundrechtlichen Integrationsverantwortung verschafft dem BVerfG wie gesehen Handlungsmacht im europäischen Rechtsprechungsverbund. Es betritt nunmehr aktiv das Spielfeld des europäischen Grundrechtsdialogs, von dem es sich zuvor erkennbar zurückgezogen hatte. Offen ist zurzeit, in welchem Ausmaß das BVerfG bereit ist, die damit einhergehenden Konsequenzen zu tragen. Diese bestünden vor allem in einer entschiedeneren Selbsteingliederung in das Vorabentscheidungssystem, die das BVerfG bislang vor allem in Bekenntnisform vorgenommen hat. Es bestehen kaum Zweifel daran, dass die Teilnahme beider Senate des BVerfG an einem dialogischen Verfahren der Maßstabsetzung im Bereich der Grundrechte zu einer Relativierung des „maximalistisch-letztentscheidenden" Stils führen dürften, der die integrationsverfassungsrechtlichen Entscheidungen der Vergangenheit geprägt hat.[92] Auf der anderen Seite spricht jedoch die selbstbewusste Inanspruchnahme „verfassungsgerichtlicher" Funktionen im Bereich des Grundrechtsschutzes für das Fortbestehen eines Spannungsverhältnisses zum EuGH, der auch in grundrechtlich geprägten Entscheidungskonstellationen Vorrang und Einheitlichkeit des Unionsrechts in den Vordergrund rückt. Das Dialogverhalten des BVerfG entspricht letztlich weniger der Idee des kommunikativen Handelns als einem sokratischen Modell hintergründiger Gesprächsführung, das gerade nicht auf ein offenes Sprechen unter Gleichen hinausläuft. Vielleicht spricht auch das gegen die These, der zufolge die grundrechtliche Variante der Integrationsverantwortung dieses Konzept schlechthin „ins Positive" wende.[93]

---

91 Vgl. dazu bereits *Haltern/Erdmann*, Präambel, in: HKNV, 2. Aufl., 2021, Rn. 19, 34 f. S. auch *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, 9 (9 ff.).

92 *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 2), S. 370, 376.

93 So aber die Tendenz bei *Hofmann/Heger* (Fn. 2), 4 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung im Polizeirecht

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung sticht (Polizei-)Pflicht. Die verantwortungstheoretische Ausgestaltung polizeirechtlicher Verantwortlichkeit

*Benedict Pietsch*

## *Inhaltsübersicht*


I. Einleitung 193

II. Pflicht und Verantwortung als grundlegende Begriffe 197

1. Wissenschaftstheoretische Probleme bei der Verwendung fremddisziplinärer Erkenntnisse 199

2. Pflicht und Verantwortung im moraltheoretischen Diskurs 203

III. Polizeirechtliche Verantwortlichkeit als konkrete Verantwortung 207

IV. Verwendung des Pflichtbegriffs und seiner Derivate im polizeirechtlichen Kontext 209

V. Fazit und Ausblick 211


## *I. Einleitung*

Wer bei einer polizeilichen Gefahrenlage in Anspruch genommen werden darf, beantworten die Vorschriften zur Verantwortlichkeit (vgl. §§ 4 – 6 MEPolG).[1] Verantwortliche werden traditionell als „(Polizei-)Pflichtige"[2] bezeichnet; sie sind die ihrer Verantwortlichkeit gemäß Verpflichteten.

Verantwortliche und Polizeipflichtige als Bezeichnung für die Adressaten polizeilicher Maßnahmen finden sich bereits in § 18 PrPVG als „Urnorm" der polizeirechtlichen Adressatenschaft. Danach sind die Maßnahmen gegen diejenigen zu richten, „die für das polizeimäßige Verhalten

1 Allgemeine Adressatenregelungen i. S. d. §§ 4 – 6 MEPolG finden natürlich nur insoweit Anwendung, als sich die Richtung polizeilicher Maßnahmen nicht (selbst) aus Spezialvorschriften ergibt (vgl. etwa § 34a Abs. 1 Satz 1 PolG NRW, § 14 Abs. 3 Satz 1 VersG NRW).

2 *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 319.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder den polizeimäßigen Zustand verantwortlich (polizeipflichtig) sind". An der Vorschrift des § 18 PrPVG wird dabei deutlich, dass sich jedenfalls für den Bereich des Polizeirechts die im allgemeinen öffentlich-rechtlichen Diskurs durchaus berechtigte Kritik nach einer Kompatibilität überkommenener Dogmatik mit dem Verantwortungs- als Rechts(satz)begriff so nicht stellt.[3] Der Begriff der Verantwortung stellt im Polizeirecht kein *Novum* dar, sondern hat spätestens seit der Einführung des PrPVG (1931)[4] seinen festen Platz. Verantwortlichkeit *und* Pflichtigkeit gehören beide zum etablierten polizeirechtlichen Vokabular.[5]

Trotzdem (oder gerade deswegen) wird im polizeirechtsdogmatischen Diskurs das Verhältnis beider Begriffe zueinander, insbesondere vor dem Hintergrund der geltenden polizeirechtlichen Vorschriften, kaum thematisiert. Vorherrschend ist vielmehr ein pragmatischer Begriffsgebrauch, der von der Vorstellung vollständiger Austauschbarkeit von Pflichtigkeit und Verantwortlichkeit geprägt ist.[6]

Wo in Fragen der polizeirechtlichen Adressatenschaft Terminologisches angemerkt wird, erfolgt dies zumeist beim ebenfalls alternativ zur Bezeichnung von Maßnahmeadressaten gebrauchten Begriffs des „polizeilichen Störers" (vgl. § 18 PrPVG). Die verantwortliche Person ist Störer:in, weil sie die öffentliche Sicherheit stört, indem sie eine Gefahr verursacht.[7] Heute wird der Störerbegriff zur Adressierung polizeilicher Maßnahmen *de lege lata* entweder nicht mehr verwandt oder sein Anwendungsbereich auf den Fall beschränkt, in dem sich eine Gefahr bereits realisiert, d. h. zu einer Minderung des durch die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfassten Bestands von Rechtsgütern geführt hat (vgl. § 8 Abs. 1 HambSOG). In der Literatur wird zunehmend von der Verwendung des

3 *Klement*, Rechtliche Verantwortung, in: Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2016, S. 559 (577), führt drei mögliche Kritikpunkte an: Die Einführung eines (überflüssigen) Synonyms, die – ihrem außerrechtlichen Ursprung geschuldete – mangelnde Präzision des Verantwortungsbegriffs sowie dessen „Eigenleben" und eine Kompetenzübertragung auf Exekutive und Judikative.

4 PrPVG v. 1.6.1931. [1.10.1931], PrGS 1931, S. 77.

5 Vgl. nur *Knemeyer* (Fn. 2), § 24; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2020, § 9.

6 *Knemeyer* (Fn. 2), Rn. 319: „Man spricht vom Verantwortlichen oder aber vom Polizeipflichtigen."

7 *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2012, Kap. 8 Rn. 2.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Störerbegriffs – der oft in Anführungszeichen gesetzt wird[8] – abgeraten.[9] Dies gilt *a fortiori* für den Begriff der „Polizeihaftung" (vgl. §§ 19, 20 PrPVG).[10] Wie der Begriff der Haftung und (nahezu) der des Störers sind „Pflichtigkeit" oder „Polizeipflicht" heute in keinem Polizeigesetz mehr verankert. Der polizeirechtdogmatische Sprachgebrauch zeigt sich hiervon allerdings unbeeindruckt.[11] Dabei ist das Begriffsverhältnis von Verantwortlichkeit und Pflicht(igkeit) keinesfalls frei von Unstimmigkeiten. Maßgeblicher Grund hierfür ist ein überschießender Gehalt des Polizeipflichtbegriffs. Dieser wird nicht nur in Bezug auf die einer wirksamen Polizeiverfügung eigenen Bindungswirkung und Titelfunktion folgenden konkreten Verantwortlichkeit verwandt (vgl. § 43 Abs. 1 VwVfG, § 14 BVwVG),[12] sondern dient zugleich der Bezeichnung eines hiervon zu unterscheidenden Konzepts: einer „abstrakten"[13] (auch: „materiellen"[14]) Polizeipflicht. Inhalt dieser Pflicht ist es, dass Personen ihr Verhalten und ihre Sachen so einrichten, dass Gefahren nicht entstehen.[15] Dabei stellt sich die abstrakte Polizeipflicht sowohl als eine Pflicht dar, Gefahren zu vermeiden (Gefahrenvorsorgepflicht) als auch bei bzw. nach Auftreten einer Gefahr diese zu beseitigen.[16]

---

8 Vgl. statt vieler *v. Mutius*, JURA 1983, 298.

9 Nach *Knemeyer* (Fn. 2), Rn. 319, ist der Störerbegriff plastisch, treffe aber „nicht eigentlich den Kern der Regelungen". Nach *Götz/Geis*, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Auf., 2017, § 9 Rn. 4 f., führt die Bezeichnung des Verantwortlichen als Störer:in zu verbreiteten Missverständnissen, etwa zu der Behauptung, dass derjenige, der seine Grundrechte ausübe, nicht Störer:in sein könne. Dass die Rede von „Handlungs-" bzw. „Zustandsstörern" überdies sprachlich allein schon deshalb missverständlich ist, weil keine Handlung und kein Zustand gestört werden, findet, soweit ersichtlich, keine Erwähnung.

10 Siehe hierzu nur die Ausf. von *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 4, sowie *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 2.

11 Siehe nur *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), § 9 Rn. 1.

12 Vgl. *Selmer*, Materielle Polizeipflicht, in: Hendler/Ibler/Soria (Hrsg.), FS Götz, 2005, S. 391 (395).

13 *Schlabach/Simon*, NVwZ 1992, 143 (145); *Papier*, NVwZ 1986, 256 (262); *OVG Lüneburg*, NJW 1998, 97 (98).

14 Vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), § 9 Rn. 4; *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 5; *OVG Münster*, NVwZ 1997, 507 (508); *Martensen*, DVBl. 1996, 286 (287).

15 Nach *Drews*, Preuß. Polizeirecht, AT I, 1. Aufl., 1927, S. 40 stellt die abstrakte Polizeipflicht einen zwar nirgends geschrieben, gleichwohl selbstverständlichen „allgemeinen Rechtsgrundsatz" dar.

16 *Selmer* (Fn. 12), S. 394 spricht insoweit von einer „Primär-" und einer „Sekundärstufe".



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wie es zu dieser eigentümlichen dogmatischen Parallelstruktur[17] gekommen ist, kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.[18] Dass über die Verantwortlichkeit für eine im Einzelfall bestehende Gefahr hinaus jede Person eine abstrakte Polizeipflicht trifft, ist jedenfalls nach wie vor herrschende Meinung.[19] Dabei werden beide Verwendungsweisen des Polizeipflicht(igkeits)begriffs nicht nur in engem (gleichwohl zumeist ohne *inneren*) Zusammenhang gebraucht, sondern überdies die Befugnis der Inanspruchnahme des polizeirechtlich Verantwortlichen auch aus der abstrakten Polizeipflicht abgeleitet, indem diese durch eine wirksame Polizeiverfügung „aktualisiert und konkretisiert"[20] wird.

Die unhinterfragte Gleichsetzung der Begriffe Verantwortlichkeit und Pflichtigkeit führt nicht nur dazu, dass mit der abstrakten Polizeipflicht der zweite, „historisch überkommene"[21] Bedeutungsgehalt des Polizeipflichtbegriffs tendenziell verdeckt wird. Es entsteht darüber hinaus der Eindruck, als ob die geltenden polizeirechtlichen Adressatennormen zur Begründung auch der abstrakten Polizeipflicht hinreichen. Vor diesem

17 Siehe nur *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 6: „Die Gesetze normieren heute die Verantwortlichkeit ausschließlich als Maßnahmenvoraussetzung. Sie unterlassen es also, die Verantwortlichkeit unabhängig von den behördlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr als eine eigene polizei- und ordnungsrechtliche Pflicht hervorzuheben. Dennoch hat sie, wie seit jeher […] den Charakter einer solchen Pflicht." I. d. S. auch *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2021, Rn. 299.

18 Vor der Einführung der §§ 18 ff. PrPVG gab es keine polizeirechtlichen Regelungen zur Adressatenschaft. Maßgeblich war die Auslegung des § 10 II 17 PrALR, wonach die Polizei „die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr" zu treffen hatte. Der abstrakten Polizeipflicht kam insoweit eine Kompensationsfunktion zu. Mit der Einführung des PrPVG spricht *Drews*, Preuß. Polizeirecht, AT, 4. Aufl., 1933, S. 43, nur mehr von einer *Entsprechung* der §§ 18 – 20 PrPVG mit dem Rechtsgrundsatz einer abstrakten Polizeipflicht.

19 *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1973, Bd. I, S. 177; *Wolff/Bachoff*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1978, Bd. III, § 127 Rn. 1 f.; *Schenke* (Fn. 17), Rn. 299; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehrrecht, 9. Aufl., 1986, § 19 Nr. 3; *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 6; *Martensen*, DVBl. 1996, 286 (287); *Griesbeck*, Die materielle Polizeipflicht, 1991, S. 30 f.; *Czeczatka*, Der Einfluss privatrechtlicher Rechtsverhältnisse, 1978, S. 34 ff.; *Nitschke*, Die materielle Polizeipflicht, 2013, insbes. Kap. 4 – 6; *OVG Lüneburg*, NdsVBl. 2004, 301 (303). Krit. *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), § 9 Rn. 4; *Selmer* (Fn. 12), S. 391 ff.; *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 5; *Papier*, NVwZ 1986, 256 (262).

20 *Petersen*, NJW 1992, 1202 (1204); *Martensen*, DVBl. 1996, 286 (287).

21 *Knemeyer* (Fn. 2), Rn. 318.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hintergrund sind Erwägungen angebracht, die die Frage nach einer *sinnvollen* Verwendungsweise der Begriffe Verantwortlichkeit und Pflichtigkeit in den Vordergrund stellen. Dies gilt umso mehr, als es sich beim Polizeirecht um ein besonders grundrechtssensibles Rechtsgebiet handelt, an das Art. 20 Abs. 3 GG hohe Anforderungen insbesondere hinsichtlich der inhaltlichen Klarheit und Bestimmtheit von (Eingriffs-)Normen stellt.[22]

Erfolgt eine Verhältnisbestimmung von Polizeipflicht(igkeit) und Verantwortlichkeit im gegenwärtigen polizeirechtlichen Diskurs nur unzureichend, erscheint zunächst ein Rekurs auf die Begriffe der Verantwortung und Pflicht in der Moraltheorie ebenso notwendig wie zielführend (II.). Hierbei gewonnene begrifflich-konzeptionelle Erkenntnisse (II.2.) entfalten mittels Auslegung als geeignete methodische Schleuse zum interdisziplinären Wissenstransfer (II.1.) dogmatische und normative Relevanz: Ist die polizeirechtliche Verantwortlichkeit ausschließlich verantwortungstheoretisch ausgestaltet (III.), erscheint es vorzugswürdig, hierfür den Pflichtbegriff und seine Derivate nicht mehr zu verwenden; im Sinne eines wohlfundierten Begriffssystems ist der Nexus Verantwortlichkeit – Pflichtigkeit – Polizeipflicht aufzubrechen und der Pflicht(igkeits)begriff dezidiert für das gesondert begründungsbedürftige Konzept der abstrakten bzw. materiellen Polizeipflicht zu reservieren. Jedenfalls ist eine reflektierte, an Konzeptgrenzen orientierte Begriffsverwendung angebracht (IV.).

Der Beitrag schließt mit einem kurzen, zusammenfassenden Fazit und einem Ausblick über begründungstheoretische und normanwendungsbezogene Folgen der vorliegenden Argumentation (V.).

## *II. Pflicht und Verantwortung als grundlegende Begriffe*

Bei den Begriffen der Verantwortlichkeit und der Pflichtigkeit handelt es sich um sprachliche Derivate („-keit": sog. Suffigierung). Ist die Bestimmung einer sinnvollen Begriffsverwendung allein mit den Mitteln polizeirechtlicher Dogmatik wenig praktikabel (s. o. I.), kann es hilfreich sein, hierzu auf die zugrundeliegenden Begriffe zu rekurrieren: Verantwortung und Pflicht.

Mit Verantwortung und Pflicht ist der moraltheoretische (d. h. ethische) Diskurs genuin befasst.[23] Beide Begriffe, ihr Verhältnis zueinander,

---

22 Vgl. BVerfGE 110, 33 (53 ff.).

23 Nach *Kant*, KrV, hrsg. von Weischedel, 8. Aufl., 2014, S. 677 [B 833, 834 | A 805, 806] ist Moral die Antwort auf die Frage „Was soll ich tun?". Die Moral-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ihr jeweiliges bedeutungstheoretisches *Proprium* sowie ihrer Abgrenzung spielen dabei in aktuellen Debatten der praktischen Philosophie eine zentrale Rolle. Gerade in Kontexten der Angewandten Ethik (etwa der Wirtschaftsethik) verdrängt der Verantwortungsbegriff zunehmend den zur Denotation normativer Relationen traditionell gebrauchten Begriff der Pflicht.[24] Wie man verantwortlich *als* moralisch adäquate Handlungsoption handeln soll, setzt die Bestimmung dessen, was verantwortlich handeln heißt, notwendig voraus. Aus diesem Grund existieren hierzu mittlerweile eingehende moraltheoretische Untersuchungen,[25] wobei die systematische Bestimmung des Verhältnisses Verantwortung–Pflicht dabei regelmäßig ihren Ausgang von der Analyse der Verwendung beider Begriffe in der Alltagssprache nimmt.[26]

Die Integration moraltheoretischer Erkenntnisse in den polizeirechtlichen Diskurs birgt nicht nur das Potenzial, den – mit dem Verhältnis Polizeipflichtigkeit–Verantwortlichkeit konkret benannten – blinden Fleck einer monodisziplinär-(polizei-)rechtsdogmatischen Sicht auszuleuchten. Immer dann, wenn Forschungsperspektiven erschlossen werden, ziehen diese ihre je eigenen Methoden nach sich und tragen auf diese Weise zur Pluralisierung und Selbstreflexion der Rechtwissenschaften bei („Methodenwandel durch Begegnung").[27]

---

theorie befasst sich mit der systematischen Ergründung der *a priori* geltenden, rein moralischen Gesetze.

24 Vgl. *Neuhäuser/Buddenberg*, Pflicht oder Verantwortung?, in: ZfPP 2 (2015), 49 (54); *Neuhäuser*, Verantwortung, in: Stoecker/Neuhäuser/Raters (Hrsg.), Handbuch Angewandte Ethik, 2011, S. 120 (123).

25 Vorliegend soll im Wesentlichen Bezug genommen werden auf *Neuhäuser/Buddenberg* (Fn. 24), S. 50 ff.; *Mieth/Bambauer*, Verantwortung und Pflichten, in: Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2017, S. 239 ff. und *Beck*, Verantwortung oder Pflicht?, ZfPP 2 (2015), 165, die verschiedene Facetten des Verantwortungs- und Pflichtendiskurses zusammenfassen sowie weitergehende Verweise enthalten.

26 Vgl. nur *Neuhäuser/Buddenberg* (Fn. 24), S. 51; *Heidbrink*, Definitionen und Voraussetzungen der Verantwortung, in: Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.): Handbuch Verantwortung, 2017, S. 3 (4).

27 Vgl. *v. Arnauld*, Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, in: VVDStRL 74, 2015, S. 39 (48 f.). Zur methodenkritisch-reflexiven Normerkenntnis siehe den Beitrag von *Lemken* in diesem Band.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *1. Wissenschaftstheoretische Probleme bei der Verwendung fremddisziplinärer Erkenntnisse*

Erkenntnisse der Ethik als „strukturell ähnliche",[28] gleichwohl extrajuridische Disziplin zur Bestimmung der Gehalte von Rechtsbegriffen[29] fruchtbar zu machen, ist allerdings in verschiedener Hinsicht Kritik ausgesetzt.[30] Dies gilt umso mehr, als bei der Verhältnisbestimmung von Verantwortung und Pflicht auch auf alltagssprachliche Erwägungen Bezug genommen wird. An dieser Stelle soll nur auf zwei Einwände eingegangen werden.[31]

Ein *erster* Einwand führt den Eigensinn des juristischen Diskurses ins Feld, als dessen Unterdiskurs die Polizeirechtsdogmatik einzuordnen ist. Allgemein gesprochen ist die Sache, von der die Jurisprudenz handelt, die „Sache Recht".[32] Die Rechtssprache dient der juristischen Kategorisierung der Welt.[33] Hierzu bildet sie einen Komplex von Aussagen, der, systemtheoretisch formuliert, grundsätzlich in sich geschlossen ist und sich selbstreferentiell produziert,[34] oder, sprachphilosophisch ausgedrückt, unter Teilnehmenden ein „Sprachspiel" etabliert.[35] Ist die Bedeutung eines Begriffs identisch mit seinem *fachspezifischen* Gebrauch,[36] kann man seine Bedeutung in einem Sprachspiel nicht dadurch erfassen, indem man sie auf die Bedeutung in einem anderen Sprachspiel zurückführt. Versuche, den Begriff der Verantwortlichkeit im juristischen Diskurs auf den Begriff der Verantwortung im moralischen Diskurs zurückzuführen, erscheinen vor diesem Hintergrund illusionär. Sie missachten die Regeln beider Sprachspiele und ignorieren die Unmöglichkeit sprachspielübergreifender Gebrauchsanalysen.[37]

Damit verwandt ist der *zweite* Einwand: Rechtsbegriffe wie Verantwortlichkeit unterscheiden sich von alltagssprachlichen Begriffen ganz erheb-

---

28 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 5. Aufl., 2014, S. 191.
29 Zum Rechtsbegriff als „Elementarteilchen juristischer Methodik und Dogmatik" siehe *Barczak*, JuS 2020, 905.
30 Nachfolgende Überlegungen erfolgen vor dem Hintergrund der krit. Anmerkungen von *Busche*, für die der Verf. herzlich dankt.
31 Allgemein zu Chancen von Risiken von Interdisziplinarität im öffentlichen Recht siehe die Beiträge von *Zimmermann* und *Dörenbach* in diesem Band.
32 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl., 1995, S. 30.
33 Vgl. *Li*, Recht ist Streit, 2011, S. 41.
34 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 317.
35 *Larenz/Canaris* (Fn. 32), S. 23.
36 Vgl. *Wittgenstein*, Untersuchungen, in: Wittgenstein Werkausgabe, Bd. 1, 1984, § 43, nach: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl., 2018, Rn. 155d.
37 Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 32), S. 23 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lich.[38] Während letztere oft vage und mehrdeutig sind, kennzeichnen sich begriffliche Prägungen im juristischen Diskurs durch eine hohe Präzision.[39] Die fachsprachliche Bedeutung von Ausdrücken, die in Akten richterlicher Festsetzung bei der Auslegung des Gesetzestextes entfaltet und fortentwickelt wird, unterliegt dabei rechtlich-institutionellen Bedingungen, die es gerade verhindern (sollen), dass Termini im Sinne der Umgangssprache verwendet werden.[40] Selbst wenn gegenüber anderen Systemen eine teilweise Durchlässigkeit von Inhalten zu konstatieren sein sollte, so werden deren Einflüsse jedoch umgehend denselben Mechanismen unterworfen, d. h. etwaige moraltheoretische Bedeutungen nahtlos von der Logik des Juristischen absorbiert.[41] Als Resultat dieser vollständigen Rekursivität gewinnt der Rechtsdiskurs seine „eigene strukturelle Stabilität".[42]

Was den ersten Einwand betrifft, sind viele Begriffe des juristischen Diskurses, etwa „Vertrag" (vgl. §§ 145 ff. BGB), „Meinung" (vgl. Art. 5 Abs. 1 Var. 1 GG) oder „Waffe" (vgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) der Allgemeinsprache entnommen und bleiben weiterhin an den Gemeingebrauch angebunden.[43] Der juristische Diskurs benutzt den gesellschaftlichen Kommunikationsfluss und zieht aus diesem „Sonderkommunikation als neue Elemente heraus".[44] Begriffe des politischen Diskurses (etwa „Gefährder") wandern in den juristischen Diskurs ebenso ein, wie juristische Begriffe umgekehrt das Bewusstsein im alltagssprachlichen und medialen Diskurs zu prägen geeignet sind (gut zu sehen am Beispiel des Begriffs der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) während der Covid-19-Pandemie).

Offenbar also finden in der realen Sprach- und Wissenspraxis sehr weitgehende Übersetzungsleistungen zwischen den scheinbar voneinander unabhängigen Sphären statt, die sich jedenfalls durch das Konzept der Sprachspiele nur unzureichend erklären lassen. Dies hat damit zu tun, dass Rechtsnormen nicht *an sich* bestehen, sondern gesellschaftliche Lebenssachverhalte in abstrakt-genereller Form regeln. Als gesellschaftlicher

38 Vgl. *Busse*, Juristische Fachsprache und öffentlicher Sprachgebrauch, in: Liedtke/Wengeler/Böke (Hrsg.), Begriffe besetzen, 1991, S. 160 (160).
39 Vgl. *Li* (Fn. 33), S. 35 ff.
40 *Busse* (Fn. 38), S. 162.
41 Vgl. *Fuchs*, Erkundung der Theorielandschaft, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 31 (54).
42 *Luhmann*, ZfRSoz 1999, 1 (4).
43 Vgl. dazu *Thiel*, Recht und Sprache, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl., 2021, S. 269 (277 f.).
44 *Teubner*, Recht als autopoetisches System, 1989, S. 108.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zwitter ist das Recht ebenso gesellschaftliches Subsystem, wie es zwischen der kommunikativ erzeugten Lebenswelt und anderen gesellschaftlichen Subsystemen vermittelt und hierauf bezogene, spezifische Verhaltenserwartungen durch Rechtsnormen operationalisiert.[45] Um sie anwenden zu können, müssen Rechtsnormen ausgelegt werden, wobei dem allgemeinen Sprachgebrauch – dem „Resonanzboden für die externen Kosten ausdifferenzierter Teilsysteme“[46] – sowohl als Ausgangspunkt für Auslegungsvorgänge als auch als deren Grenze eine fundamentale Rolle zukommt.[47]

Sicher gewinnt das „System Recht“ seine hohe Stabilität dadurch, dass es bei der Anwendung von Normen auf die bisherige Auslegung im Zusammenspiel zwischen Wissenschaft und (höchst-)richterlicher Rechtspraxis rekurriert. Aber die ständige weitere Auslegungsbedürftigkeit von Normen, die Rückwirkungen zwischen weiterer und bereits erfolgter Auslegung auf ihre Anwendung etablieren dabei einen dialektischen Prozess, der eine scheinbar bloße *Anwendung* von Normen in deren inhaltliche *Transformation* verwandelt.[48] Überdies weisen – wie die Rechtsphilosophie und andere „Bindestrich-Wissenschaften“[49] verdeutlichen – vorgeblich starre disziplinäre Grenzen ein hohes Maß an Offenheit und eine gewisse Kontingenz fachlicher Zuständigkeiten auf, die eher auf verfestigten konventionellen Abgrenzungen als auf voneinander unterscheidbaren Erkenntnisobjekten beruhen.[50]

Zweitens darf die Präzisierungsleistung juristischer Begriffsbildung nicht überschätzt werden. Sie ist oftmals „enttäuschend“,[51] und die einzel-

---

45 Vgl. *Habermas* (Fn. 28), S. 77 f.

46 *Habermas* (Fn. 28), S. 77.

47 Vgl. etwa BGH, NJW 1963, 914.

48 Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 32), S. 33.

49 Zu den „Bindestrich-Wissenschaften“ *Rehbinder*, Erkenntnistheoretisches zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, in: Martin/Rehbinder (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, 1985, S. 134.

50 Vgl. *Sterbling*, Interdisziplinarität, in: Berthel/Kühne (Hrsg.), Polizeiwissenschaftliches Studium im 21. Jahrhundert, S. 216 f. Bspw. wird heute von einer „Moralphilosophie“ *Kants* gesprochen. Für *Kant* selbst ist der Begriff der praktischen Philosophie maßgeblich, und die Gesetzgebung der praktischen Vernunft, die er (im klassischen Verständnis, lat. *moralis*, griech. *ethikos*) synonym als moralische Vernunft bezeichnet, bezieht sich gleichermaßen auf eine juridische (Legalität) wie tugendhafte (Moralität) Gesetzgebung, vgl. *R. Dreier*, Recht und Moral, in: R. Dreier, Recht – Moral – Ideologie, 2. Aufl., 2015, S. 180 (186).

51 So *Puppe*, Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl., 2019, S. 76. Diff. *Larenz/Canaris* (Fn. 32), S. 24.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nen Merkmale, aus denen Rechtsbegriffe zusammengesetzt sind, gehen an Eindeutigkeit und Präzision nicht über ihre alltagssprachliche Bedeutung hinaus.[52] Dieses scheinbare Defizit rechtlicher Begriffe erweist sich bei näherer Betrachtung allerdings als deren Stärke: Abstriche an Bestimmtheit und Berechenbarkeit werden *bewusst* hingenommen, um die Anwendbarkeit von Rechtsbegriffen sicherzustellen und inakzeptable Ergebnisse im Einzelfall zu vermeiden.[53]

In Bezug auf den Begriff der „Meinung" kann beispielsweise die Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen schwierig sein , weil die beiden Äußerungsformen oftmals miteinander verbunden werden und erst gemeinsam den Sinn einer Äußerung ausmachen.[54] In solchen Fällen ist mit dem BVerfG der Begriff der Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit auszulegen: Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind, wird sie als „Meinung" von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt.[55]

Ohnehin muss, worauf *Habermas* hinweist, letzten Endes *jedes* Definiens voraussetzen, dass es nicht seinerseits erläuterungsbedürftig ist; es muss sich durch alltagssprachliche Ausdrücke ersetzen lassen. Und umgekehrt ist kein Ausdruck einer Wissenschaftssprache sinnvoll, wenn er nicht in einigen Zusammenhängen durch Ausdrücke der Alltagssprache ersetzt werden könnte.[56]

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass sich das Recht *sowohl* durch Eigenlogik *als auch* durch seine „sprachliche Offenheit"[57] auszeichnet: Die Adaption extrajuridischer Diskurse und der Verweis auf alltagssprachliche Deutungsmuster sind ebenso „Funktionsbedingung" wie die Möglichkeit, die Lösung für einen konkreten Sachverhalt im Wege logischer Operationen aus dem Gesetzestext abzuleiten.[58] Insgesamt steht der Berücksichtigung extrajuridischer – ethischer – Erkenntnisse jedenfalls dann nichts im Wege, sofern die Möglichkeiten der Integration genutzt werden, welche die etablierte Dogmatik dafür *selbst* bereitstellt.

---

52 *Puppe* (Fn. 51), S. 76.
53 *Puppe* (Fn. 51), S. 80 f.
54 BVerfG (K), Beschl. v. 4.8.2016 – 1 BvR 2619/13, Rn. 13.
55 BVerfG (K), Beschl. v. 4.8.2016 – 1 BvR 2619/13, Rn. 13.
56 Siehe insgesamt *Habermas*, Umgangssprache, Wissenschaftssprache, Bildungssprache, MERKUR 1978, 327 (329).
57 *Thiel* (Fn. 43), S. 277.
58 *Thiel* (Fn. 43), S. 277 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zu nennen ist hier insbesondere die herkömmliche (Auslegungs-)Methodik[59] (insbesondere: Wortlaut und Telos der Norm) bei der theoretischen Rekonstruktion von Rechtsbegriffen und Normstrukturen. Die notwendige Umpolung von Begriffen aus anderem Kommunikationszusammenhängen in eine juristisch bearbeitbare Semantik gewährleistet die systemische Anschlussfähigkeit[60] extrajuridischer Inhalte. Sie ist zugleich die Grundvoraussetzung für die *Akzeptabilität* von Rechtsbegriffen, deren Explikation[61] unter Zuhilfenahme fremddisziplinärer Erkenntnisse erfolgt.

## *2. Pflicht und Verantwortung im moraltheoretischen Diskurs*

Bei Pflicht und Verantwortung handelt es sich um normative Grundbegriffe. Sie sind insofern grundlegend, als sie beide beanspruchen, konstitutiv für moralische Normativität, wenn nicht gleich für Normativität *schlechthin* zu sein, d. h die Bindungskraft von (moralischer) Normativität adäquat zu explizieren.[62] Sie sind demnach für das Verständnis und die Orientierung unseres Handelns von fundamentaler Bedeutung.[63]

Konzeptionell sind vier Weisen denkbar,[64] das Verhältnis von Verantwortung und Pflicht zu bestimmen: Die Begriffe können synonym verstanden werden; Pflicht und Verantwortung bezeichnen unterschiedliche Sachverhalte, weisen jedoch eine Schnittmenge auf; der Pflichtbegriff umfasst denjenigen der Verantwortung, ist jedoch nicht auf ihn reduzierbar; der Begriff der Verantwortung umfasst den Pflichtbegriff und ist nicht auf diesen reduzierbar.

Im Folgenden wird eine Divergenzthese vertreten. Diese erweist sich vor dem Hintergrund der hier skizzierten Bestimmungen von Verantwortung und Pflicht als belastbar, weil sie sowohl den bestehenden Unterschieden als auch der Möglichkeit von Schnittmengen Rechnung tragen kann.[65] Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich je nach Hintergrundtheorie des Pflicht- und Verantwortungsbegriffs unterschiedliche Nuancierungen erge-

---

59 Vgl. *v. Arnauld* (Fn. 27), S. 71 ff. Vgl. zum Kanon der Auslegungsmethoden *Larenz/Canaris* (Fn. 32), Kap. 4.
60 *Fuchs* (Fn. 41), S. 54.
61 Vgl. *Carnap*, Logik und Wahrscheinlichkeit, 1959, S. 15.
62 *Vogelmann*, ZfPP 2015, 121 (122).
63 *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 240.
64 Siehe dazu und im Folgenden *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 247. Für *Neuhäuser/Buddenberg* (Fn. 24), S. 49 sind „drei Weisen naheliegend".
65 Ebenso *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 249.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben können.[66] Daher sind weite Begriffe von Verantwortung und Pflicht zu wählen, die für unterschiedliche normative Standards und Urteile empfänglich sind. Der Verantwortungs- und der Pflichtbegriff verleihen normativen Urteilen damit eine *Form*, ohne einen Inhalt vorzugeben.[67]

Danach bezeichnet der Begriff der Pflicht allgemein ein praktisches Sollen, d. h. eine normative Forderung, die sich auf eine bestimmte Handlung oder Handlungsweise bezieht. Der Anspruch, dem der Pflichtadressat unterliegt, gilt dabei aufgrund seiner Rationalität als unbedingt. So sind beispielsweise für *Kant* – den Nestor der modernen Pflichtenethik – Pflichten Anforderungen, die sich das praktische Subjekt kraft seiner Vernunft *selbst* auferlegt.[68] Die praktische Anerkennung einer moralischen Pflicht fungiert als Ausdruck der Anerkennung des unbedingten Werts der unterstellten Autonomie jeder Person als Vernunftwesen.[69]

Im direkten Vergleich weist der Begriff der Verantwortung, obgleich von seinen Ursprüngen her weniger metaphysisch aufgeladen, ganz ähnliche Eigenschaften auf wie der Pflichtbegriff.[70] So ist auch im Kontext von Verantwortung ein Subjekt in Bezug auf gewisse normative Standards für bestimmte Verantwortungsobjekte (Handlungen oder Handlungsfolgen) zuständig.[71] Diese Zuständigkeit besteht, sofern die verantwortliche Person infolge ihrer Zurechnungsfähigkeit imstande ist, die richtige (d. h. verantwortliche) Entscheidung zu treffen. Dieser Verantwortung hat das Verantwortungssubjekt ebenfalls unbedingt gerecht zu werden.

Rekonstruiert man Pflicht- und Verantwortungsrelationen auf diese Weise, erweist sich das Verhältnis beider Begriffe aufgrund der bestehenden Parallelen als systematisch komplex. Die konkrete moralische Verantwortung einer Person lässt sich vielfach als die Pflicht zur Vornahme be-

---

66 In Bezug auf den Verantwortungsbegriff siehe dazu die Beiträge von *Steigleder*, *Birnbacher*, *Schmiedl-Neuburg* und *Ott* im Band von Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2016.

67 *Beck* (Fn. 25), S. 195. Ein derartig formales Verständnis besteht im öffentlichen Recht in Konstellationen, in denen eine konkrete Pflichtigkeit aufgrund normativer Anordnung oder Vereinbarung auf einen anderen „übergeht" (vgl. dazu allgemein *Dietlein*, Nachfolge, 1999, § 5).

68 Vgl. *Kant*, MdS, Werkausgabe, Bd. VIII, hrsg. v. Weischedel, 17. Aufl., 2014, S. 508 [A 1, 2, 3].

69 *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 241.

70 Vgl. im Folgenden *Beck* (Fn. 25), S. 187 f. Siehe zu den Relata des Verantwortungsbegriffs *Lenk*, Verantwortlichkeit und Verantwortungstypen, in: Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2016, S. 57 (62 ff.); *Loh*, Strukturen und Relata der Verantwortung, ebd., S. 35 (37 ff.).

71 Vgl. dazu insgesamt *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 242 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stimmter Handlungen refomulieren,[72] so wie Pflichten sich als Ausdruck einer allgemeinen moralischen Verantwortung begreifen lassen.[73] Sowohl der Begriff der Pflicht als auch jener der Verantwortung rücken ein (pflichtiges oder verantwortliches) Subjekt und seine Handlungen, nicht etwa seinen tugendhaften Charakter, in den Vordergrund.

Trotz aller Gemeinsamkeiten von Verantwortung und Pflicht ist der Deckungsgrad beider Begriffe letztlich begrenzt. In wenigstens drei Aspekten erweist sich der Pflichtbegriff als *enger* als der Begriff der Verantwortung.[74]

*Erstens* weisen Pflichtrelationen immer eine „prospektive Zeitrichtung"[75] auf. Damit gemeint ist, dass Pflichten stets auf die Bemessung richtiger Handlungen, nicht auf das Einstehenmüssen einer Person im Falle ihrer Nichterfüllung gerichtet sind. Welche Folgen eine Handlung nach sich zieht, ist somit für die Pflicht als solche irrelevant. Bei *Kant* beschränken sich Ausführungen zur Verantwortung auf wenige Zeilen;[76] eine Folgenorientierung wird dezidiert verworfen.[77] Anders ein verantwortungsbezogener Ansatz: A *ist* für eine Handlung verantwortlich (prospektiv) oder wird für eine Handlung *verantwortlich gemacht* (retrospektiv). A kann beispielsweise verantwortlich gemacht werden, weil seine Handlungen für eine andere Person bestimmte Folgen hervorgerufen haben, die nunmehr seine Verantwortlichkeit begründen. Bei der Verantwortung steht damit weniger die Beurteilung der Qualität der Handlung als solcher als vielmehr die Zurechnung der Handlungsfolgen im Vordergrund.[78]

*Zweitens* kann Verantwortung, anders als dies bei Pflichten der Fall ist, auch auf der Grundlage rein deskriptiver Standards zugeschrieben werden.[79] Subjekte können für Folgen ihrer Handlungen *Urheber:in*, d. h. kausal verantwortlich sein, wobei sich aus einem (mit-)ursächlichen Beitrag allein noch nichts darüber aussagen lässt, ob sie auch tatsächlich ver-

---

72 *Loh* (Fn. 70), S. 49 spricht von der „Einspeisung" von Pflichten zur Begründung von Verantwortlichkeit.

73 *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 247.

74 *Beck* (Fn. 25), S. 189 f.

75 *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 245; *Beck* (Fn. 25), S. 189 f.

76 Vgl. *Kant*, MdS, Werkausgabe, Bd. VIII, hrsg. v. Weischedel, 17. Aufl., 2014, S. 574 [A 101, 102].

77 Eine Vorgabe, die Vornahme einer Handlung an ein wünschenswertes Ergebnis zu koppeln, kann immer nur Ausdruck eines Gesetzes sein, das *bedingt* gilt. *Kants* Gesetz hat *kategorischen* Charakter: „Es befiehlt uns nicht hypothetisch, sondern befiehlt uns einfach", so *McIntyre*, Der Verlust der Tugend, 6. Aufl., 2014, S. 67.

78 *Mieth/Bambauer* (Fn. 25), S. 249; *Neuhäuser* (Fn. 24), S. 120.

79 Vgl. *Beck* (Fn. 25), S. 190 f., 194, 172 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

antwortlich gemacht werden können.[80] Mit dem Pflichtbegriff lassen sich Zusammenhänge rein kausaler Verursachung hingegen nicht angemessen ausdrücken.[81]

*Drittens* erweist sich der Begriff der Verantwortung tendenziell flexibler bei der Zuweisung normativer Forderungen zu *kollektiven* Subjekten. Die Rede von „gemeinsamen" oder „geteilten" Pflichten ist eher unüblich, jene von gemeinsamer und geteilter Verantwortung im allgemeinen Sprachgebrauch und in der (moraltheoretischen) Theoriebildung hingegen (mittlerweile) etabliert.[82] Dies hängt damit zusammen, dass die Zuweisung von Pflichten die Möglichkeit der Bestimmung konkreter Handlungen und konkreter, pflichtgebundener Personen erfordert. So gestaltet sich bei dem moralischen Problem notleidender Personen in entfernten Weltregionen eine Zuschreibung von starken Hilfspflichten nicht nur deshalb als schwierig, weil derartige Pflichten das Kriterium der Bestimmtheit nicht erfüllen, sondern auch, weil die Träger:innen derartiger Pflichten nicht hinreichend identifiziert werden können.[83] Daher können Hilfspflichten gegenüber den Armen oder die Eindämmung des Klimawandels[84] keine starken individuellen Pflichten begründen.[85]

Die moraltheoretische Rekonstruktion der Begriffe Verantwortung und Pflicht hat gezeigt, dass diese zwar miteinander verbunden sind, jedoch nicht gleichgesetzt werden dürfen. Die Folgenorientierung, die Zuschreibung auch mithilfe deskriptiver Standards und der allgemeine Sprachgebrauch bei mehr als einem Zuschreibungssubjekt sind Kriterien, mit de-

---

80 Vgl. *Beck* (Fn. 25), S. 172 f.

81 Vgl. *Beck* (Fn. 25), S. 191, 194. Nach *Kant* (Fn. 23), S. 498 [B 575 | A 547] ist Kausalität eine Kategorie der theoretischen, nicht der praktischen Vernunft; das Sollen aus Pflicht drückt zwar eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die aber in der Natur nicht vorkommt. Danach haben Prinzipien der reinen Vernunft zwar objektive Realität, aber nur in ihrem „praktischen Gebrauche", *Kant* (Fn. 23), S. 679 [B 836, 837 | A. 808, 809].

82 Vgl. *Beck* (Fn. 25), S. 191, 194; *Neuhäuser* (Fn. 24), S. 122 f.

83 Siehe auch *Mieth*/*Bambauer* (Fn. 25), S. 242.

84 Vgl. *Dietrich*/*Zanetti*, Philosophie der Internationalen Politik, 2014, S. 153; *Mieth*/*Bambauer* (Fn. 25), S. 242. Zum Themenkomplex „Verantwortung und Umwelt", auch unter Berücksichtigung des „Klimabeschlusses" des *BVerfG* (Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18), siehe die Beiträge von *Behrendt*, *Heri*, *Huggins* und *v. Landenberg-Roberg* in diesem Band.

85 *Mieth*/*Bambauer* (Fn. 25), S. 242; *Dietrich*/*Zanetti* (Fn. 84), S. 114 f. Zu utilitaristischen, institutionellen oder kosmopolitischen Ansätze, die die Grenzen der klassischen Verantwortungszuschreibung zu überwinden versuchen, *Dietrich*/*Zanetti* (Fn. 84), S. 116 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nen sich ein Verantwortungs- gegenüber einem Pflichtenkonzept abgrenzen lässt.

### *III. Polizeirechtliche Verantwortlichkeit als konkrete Verantwortung*

Die unter II.2. ermittelten Unterschiede zwischen dem Verantwortungs- und dem Pflichtbegriff können nunmehr als Kriterien zur Auslegung und Kategorisierung der in den geltenden Polizeigesetzen normierten Adressatenregime[86] herangezogen werden. Dabei ist festzustellen, dass deren normative Ausgestaltung dem Konzept der Verantwortung im o. g. Sinne entspricht. Zur Veranschaulichung soll § 4 Abs. 1 PolG NRW dienen: „Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten."

§ 4 Abs. 1 PolG NRW verortet *erstens* den Grund für die Verantwortlichkeit einer Person in ihrem *Verhalten*. Wer gefahrverursachend handelt, überschreitet potenziell oder aktuell der Allgemeinheit gegenüber die Grenzen seiner Rechtssphäre. Daher ist die Polizei befugt, gegen diese Person alle zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung notwendigen Maßnahmen zu treffen (§ 8 Abs. 1 PolG NRW). Die Verantwortlichkeit der Person für die Gefahr ergibt sich damit im Rückblick auf das vorgängige relevante, weil zu einer Gefahr führende Verhalten. Richtet die Polizei vor einem Hochrisikospiel zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten Gefährderschreiben an Personen,[87] erfolgt dies vor dem Hintergrund, dass deren Verhalten in vergleichbaren Fällen die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten begründet. Diese Verantwortung hat die polizeirechtlich verantwortliche Person zu tragen. Diese Verpflichtung, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, ist indes lediglich eine konkrete *Folge* der durch polizeiliche Anordnung auf Grundlage des § 8 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 PolG NRW generierten Verantwortlichkeit. Sie folgt nicht aus einer vorgängigen Pflicht des Gefährders, sich in einer polizeigemäßen Weise zu verhalten.[88]

---

86 §§ 6, 7, 9 PolG B-W, Art. 7, 8, 10 BayPAG, §§ 13, 14, 16 BerlASOG, §§ 5 – 7 BbgPolG, §§ 5 – 7 BremPolG, §§ 8 – 10 HambSOG, §§ 6, 7, 9 HSOG, §§ 69, 70, 71 SOG M-V, §§ 6 – 8 NPOG, §§ 4 – 6 PolG NRW, §§ 4, 5, 7 POG Rh-Pf, §§ 4 – 6 SPolG, §§ 6, 7, 9 SächsPVDG, §§ 7, 8, 10 SOG S-A, §§ 218 – 220 LVwG S-H, §§ 7, 8, 10 ThürPAG, §§ 17, 18, 20 BPolG.

87 Vgl. *OVG Magdeburg*, NVwZ-RR 2012, 720; *Barczak*, JURA 2014, 888 (890).

88 Dezidiert *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 84, wo von einer „aus der Gefahrenverursachung herrührende[n] Pflicht" gesprochen wird.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ferner zeichnet die Verantwortlichkeit i. S. d. § 4 Abs. 1 PolG NRW keine konkreten Handlungen im Vorhinein aus. Es geht nicht, wie beim Pflichtbegriff, um die Vornahme einer Handlung *als solche*, sondern, gleichsam spiegelbildlich zur Gefahrentstehung, um die Erreichung des Zwecks der Gefahrenabwehr (vgl. § 1 Abs. 1 PolG NRW), wobei die Proportionalität zwischen Grundrechtseingriff und Gefahrverursachung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sichergestellt wird (vgl. § 2 PolG NRW).

*Zweitens* ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 PolG NRW, dass die Person eine Gefahr „verursacht" haben muss.[89] Ihr Handeln muss damit kausal für die Entstehung der Gefahr gewesen sein. Zu der Frage, wann eine Gefahr als „verursacht" i. S. d. Norm gilt, werden verschiedene Ansätze vertreten, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingehend werden muss.[90] Wichtig ist lediglich, dass ohne festgestellte Kausalität einer Handlung eine Person nicht gem. § 4 Abs. 1 PolG NRW als verantwortlich für eine Gefahr gelten kann; ein kausaler Beitrag, und sei er noch so klein, ist notwendige Bedingung einer Inanspruchnahme durch die Polizei (*conditio sine qua non*).[91]

Auf der anderen Seite ist – ganz im Sinne des Verantwortungsbegriffs – ein reiner Kausalbeitrag für die Inanspruchnahme des polizeirechtlich Verantwortlichen nicht hinreichend. Würde der Begriff des Verursachens in einem weiten Sinne verstanden, wäre zur Gefahrentstehung jedes noch so entfernte Glied in der Kausalkette als ursächlich zu qualifizieren (etwa die Mutter des Gefahrenverursachers). Um die Zuschreibung von Verantwortlichkeit nicht ausufern zu lassen, bedarf es daher einer Eingrenzung durch wertende Kriterien.[92] Ganz überwiegend wird verlangt, dass ein Verhalten die Gefahrengrenze überschreitet,[93] d. h. die Gefahr in diesem Sinne *unmittelbar* verursacht.[94] Nur der unmittelbare Verursacher einer Gefahr ist polizeirechtlich verantwortlich. Die mittelbare Verursacher:in (sog. Veranlasser:in) hingegen kann grundsätzlich nur unter den engen Voraussetzungen des polizeilichen Notstands (§ 6 MEPolG) zur Gefahrenabwehr heran-

89 Auch die Zustandsverantwortlichkeit stellt nach ganz h. M. auf die Verursachung einer Gefahr ab, *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), § 9 Rn. 45; *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 51.
90 Dazu *Poscher*, JURA 2007, 801 (802); *v. Mutius*, JURA 1983, 298 (303).
91 *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), § 9 Rn. 10.
92 *Poscher*, JURA 2007, 801 (802); *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 25 ff.
93 So schon *Drews* (Fn. 15), S. 47.
94 Statt vieler *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 11 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gezogen werden.[95] Die Bestimmung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit geht somit von der Verursachung als deskriptivem Kriterium aus, zu dem in einem weiteren Schritt jedoch weitere, wertungsbezogene Urteile hinzutreten müssen, die einen „Verantwortungszusammenhang"[96] zwischen Verhalten und Gefahr herzustellen geeignet sind.

Betrachtet man die einschlägige Literatur zur Verantwortlichkeit, so wird *drittens* deutlich, dass im Zusammenhang mit kollektiver Verantwortlichkeit weit überwiegend nicht vom Pflichtigen, sondern vom Verantwortlichen gesprochen wird.[97] Es spricht zwar nichts dagegen, im Rahmen einer systematischen Abhandlung alternativ den Pflichtbegriff in Konstellationen zu verwenden, in denen mehrere Subjekte Adressaten polizeilicher Maßnahmen werden sollen. Doch dabei handelt es sich um eine technische Begriffsprägung, die im Kontrast sowohl zum allgemeinen Sprachgebrauch[98] als auch zur Zuweisung normativer Relationen im moraltheoretischen Diskurs[99] steht. Vor diesem Hintergrund ist es zu erklären, dass Aussagen wie solche, mehrere *Pflichtige* hätten eine Gefahr *verursacht*, nicht vorkommen.[100]

## *IV. Verwendung des Pflichtbegriffs und seiner Derivate im polizeirechtlichen Kontext*

Die Erörterungen unter III. haben gezeigt, dass die polizeirechtliche Verantwortlichkeit i. S. d. Begriffs der Verantwortung (II.2.) ausgestaltet ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit (und wenn ja, unter welchen Bedingungen) die weitere Verwendung des Pflichtbegriffs und seiner Derivate im polizeirechtlichen Kontext sinnvoll ist.

Entsprechen erstens sämtliche polizeirechtlichen Adressatenregime dem Begriff der Verantwortung und soll sich der Pflicht(igkeits)begriff zweitens

---

95 Zur scheinbaren Ausnahme des sog. Zweckveranlassers *Schoch*, JURA 2009, 360 (361); *Schmelz*, BayVBl. 2001, 550, jeweils m. w. N.

96 Bezeichnend *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 12.

97 So sprechen *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 90 durchgängig von der „Verantwortlichkeit mehrerer", *Knemeyer* (Fn. 2), § 28 von der „Auswahl zwischen mehreren Verantwortlichen" und *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 73 ff. von der „Mehrheit von Verantwortlichen".

98 *Beck* (Fn. 25), S. 191.

99 *Beck* (Fn. 25), S. 191.

10 Vgl. etwa die Formulierung bei *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl.,
0 2018, Rn. 284.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in diesem rechtlichen Rahmen bewegen, darf seine Verwendung nicht die Grenzen überschreiten, die ihm durch die verantwortungstheoretische Ausgestaltung der Verantwortlichkeit gesetzt sind. Das bedeutet, dass er inhaltlich keine zusätzlichen Gehalte einbringen darf. Gewährleistet sein muss absolute Synonymität. I. d. S. finden sich in der Literatur Angaben, die den Begriff „Polizeipflicht" explizit mit „Verantwortlichkeit für eine eingetretene Gefahr im Sinne des Polizeirechts" gleichsetzen.[101] Teilweise wird ferner darauf hingewiesen, es handle sich dabei um eine veraltete Bezeichnung,[102] um im Weiteren nur mehr auf die *Verantwortlichkeit* von Personen abzustellen.

Damit ist zugleich eine (begrenzte) Möglichkeit verdeutlicht, wie der Begriff der Polizeipflicht weiter verwandt werden *könnte*. Nur, wenn „Pflichtigkeit" i. S. v. Verantwortlichkeit als Voraussetzung einer gegen eine Person gerichteten polizeilichen Maßnahme gebraucht wird, kann seine Verwendung im polizeirechtlichen Kontext sinnvoll sein – etwa, um in einem Text sprachlich unschöne Mehrfachnennungen zu vermeiden oder in rechtshistorischer Absicht konzeptionelle Zusammenhänge zu veranschaulichen. Dabei sollte jedoch stets deutlich gemacht werden, dass der Begriff ohne Verlust an inhaltlicher Aussagekraft durch den Begriff der Verantwortlichkeit ersetzt werden kann.[103] Dies kann im Rahmen einer vorgängigen Begriffsklärung erfolgen. Nochmals: Andere Verwendungsweisen perpetuieren diskursiv ein Zurechnungskonzept, dessen Implikationen weder in der Normstruktur geltender Adressatenregime zu finden noch der Ausbildung einer kohärenten Polizeirechtsdogmatik zuträglich sind.[104]

---

101 Alpmann & Schmidt/F. A. Brockhaus (Hrsg.), Fachlexikon Recht, 3. Aufl., 2013, S. 1010.

102 Vgl. Creifelds/Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 20. Aufl., 2011, S. 925; *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 4.

103 Soweit ein solcher Hinweis bzw. terminologische Erwägungen i. S. d. vorliegenden Beitrags erfolgen, vermag die Verwendung von Polizeipflicht(igkeit) einen konsistenten polizeirechtsdogmatischen Begriffsgebrauch nicht zu gefährden. Entscheidend ist die reflektierte und transparente Verwendungsweise von Begriffen. Indes ist der Gebrauch des Begriffs der Verantwortlichkeit gegenüber dem der Pflicht(igkeit) aus den im Beitrag genannten Gründen vorzugswürdig. Diesen Hinweis verdankt der Verf. *Martin Wilhelm*.

104 So ist eine Aussage in der Form, auch der *Nichtverantwortliche* (§ 6 MEPolG) könne *polizeipflichtig* gemacht werden, hochgradig klärungsbedürftig, vgl. *Knemeyer* (Fn. 2), Rn. 333.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *V. Fazit und Ausblick*

Es ist deutlich geworden, dass die Ausgestaltung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit dem Verantwortungsbegriff folgt. „Verantwortlichkeit" i. d. S. meint die konkrete, d. h. die durch polizeiliche Verfügung *im Einzelfall* konkretisierte Verantwortung des Gefahrverursachers. Entsprechend dem Verantwortungsbegriff im moraltheoretischen Diskurs steht der Begriff der Verantwortlichkeit für ein normatives Zurechnungskonzept, infolgedessen zu Gefahrenabwehrzwecken in konkreten Situationen einem (oder mehreren) Gefahrverantwortlichen auf Grundlage in der Vergangenheit liegender Verursachungsbeiträge und wertender Kriterien bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden können. Damit fungiert der Begriff der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit nicht lediglich zur formalen „Vereinheitlichung der Ausdrucksweise".[105] Er ist kein reiner Kategoriebegriff[106] ohne jeden normativen Gehalt, sondern bildet als *auch* normativer Begriff[107] die verantwortungstheoretische Ausgestaltung geltender polizeirechtlicher Adressatennormen ab.

Daraus lassen sich in dreierlei Hinsicht Konsequenzen ableiten. *Erstens* erscheint es folgerichtig, den Pflichtbegriff im Polizeirecht auf den Bereich der abstrakten bzw. materiellen Polizeipflicht[108] zu beschränken. Die Polizeirechtsdogmatik erfüllt das Bedürfnis nach einer Systematisierung polizeirechtlicher Begriffe; eine ordnungsstiftende Orientierung sollte sowohl die Normstruktur geltender Vorschriften zur Adressatenschaft als auch die kategorialen Unterschiede von Zuweisungskonzepten normativer Anforderungen widerspiegeln. Bereits bestehende Ausführungen zu dieser Thematik müssten im Übrigen lediglich präzisiert werden, da eine klare argumentative Verknüpfung zwischen der abstrakten Polizeipflicht und der konkreten Verantwortlichkeit einer Person ohnehin nicht (mehr) besteht.[109]

*Zweitens* lässt die problem- und themenbezogene Einbeziehung moraltheoretischer Erwägungen in den polizeirechtsdogmatischen Diskurs

---

105 *Reiff*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 2. Aufl., 1956, S. 52.

106 Diesen Hinweis verdankt der Verf. *Markus Thiel*.

107 Sog. funktionsbestimmter Rechtsbegriff, vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 32), S. 310 ff. Funktionsbestimmter Rechtsbegriffe dient nicht nur der äußeren Systematisierung des Rechts, sondern drücken die einer Regelung zugrunde liegende Sinnbeziehung auf maßgebende Prinzipien – hier: der Verantwortung – aus, vgl. *dies*. (Fn. 32), S. 310.

108 Vgl. die Verweise unter Fn. 13, 14, 19.

109 Vgl. dazu *v. Arnauld* (Fn. 27), S. 65 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rückwirkungen auf den moraltheoretischen Diskurs zu; der systemübergreifende Erkenntnistransfer ist mithin keine Einbahnstraße. Wenn ein Bedeutungszusammenhang zwischen Verantwortlichkeit und Verantwortung besteht, so ist beispielsweise denkbar, das Interpretationsspektrum bestimmte moraltheoretischen Begriffe durch strukturähnliche juristische Konzepte zu erweitern (z. B. den moraltheoretischen Begriff der Kausalität durch die Unmittelbarkeitslehre).

*Drittens* ist es i. S. d. hier vertretenen Divergenzthese (II.2.) zwar nicht widersprüchlich, neben der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit auch das Konzept der abstrakten Polizeipflicht zur Anwendung kommen zu lassen. Fraglich ist dabei allerdings, welcher Anwendungsspielraum einer solchen Pflicht über das gesetzliche Regime hinaus verbleibt[110] und ob *de lege lata* eine hinreichende normative Anbindung gewährleistet werden kann. Eine „wertende" Inanspruchnahme geltender Adressatennormen (i. V. m. der Generalklausel)[111] erscheint jedenfalls vor dem Hintergrund der vorliegenden Ergebnisse fragwürdig.

Statt das Polizeipflichtkonzept zu revitalisieren, sollte bei Lücken in der gefahrenabwehrrechtlichen Adressatenschaft der Gesetzgeber in die Verantwortung (nicht: in die Pflicht[112]) genommen werden. Wie in der besonderen ordnungsrechtlichen Gesetzgebung könnte er, ganz in verfassungskonformer Weise, die Figur von „Gefahrenabwehr-Grundpflichten"[113] (vgl. §§ 4 Abs. 1 – 3, 7 BBodSchG, § 3 Abs. 1 BauO NRW) kodifizieren. I. d. S. will sich der Beitrag nicht nur als normativ-konzeptionelle Grundlegung, sondern auch als rechtspolitischer Impuls verstanden wissen.

110 Sehr krit. *Poscher*, JURA 2007, 801 (809); *Kugelmann* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 5 weist darauf hin, dass sich die praktische Relevanz lediglich auf die Rechtsnachfolge erstreckt. Vgl. dazu *BVerwG*, NVwZ 2006, 928.

111 Vgl. *Selmer* (Fn. 12), S. 397.

112 Vgl. BVerfG (K), Beschl. v. 2.5.2018 – 1 BvR 3250/14, Rn. 8.

113 Dazu *Götz/Geis* (Fn. 9), § 9 Rn. 7.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Interdisziplinarität

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Interdisziplinarität – eine Gefahr für den Vorrang des Gesetzes?

*Noah Zimmermann*

## *Inhaltsübersicht*


I. Einleitung 216

II. Bedeutung fremddisziplinärer Einflüsse in den Teilbereichen der Rechtswissenschaft 216

1. Unterschiedliche Struktur von Grundlagenfächern und Rechtsdogmatik 217

2. Unterschiedliche tatsächliche Bedeutung von Grundlagenfächern und Rechtsdogmatik 218

3. Zwischenfazit 220

III. Zur Bedeutung fremddisziplinären Wissens in Bezug auf die Rechtsdogmatik 221

1. Das Gesetz als Ausgangspunkt 221

2. Bindung durch das Gesetz? 223

a) Das Problem der Sprache 223

b) Faktische Gesetzesbindung 224

c) Formelle Gesetzesbindung 226

d) Materielle Gesetzesbindung 227

3. Folgerungen für die Möglichkeiten zum Einbezug fremddisziplinärer Erkenntnisse 228

a) Verweisung auf fremddisziplinäre Erkenntnisse 229

b) Eigene zugrunde liegende Tatsacheneinschätzung des Normgebers 230

c) Fehlende abschließende Wertung des Normgebers 231

IV. Kann in Bezug auf die Rechtsdogmatik von „Interdisziplinarität" die Rede sein? 232

V. Gefahr oder Chance? 233




https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## I. Einleitung

Wer kennt sie nicht: Die allgemeine wissenschaftspolitische Forderung nach mehr Interdisziplinarität. Obwohl diese Forderung zwar alles andere als neu ist,[1] werden hinsichtlich interdisziplinärer Forschung weiterhin vielfach erhebliche Defizite in der deutschen Wissenschaftslandschaft gesehen. So sah sich etwa der Wissenschaftsrat in 2020 veranlasst, eine umfassendes Positionspapier zum Thema Interdisziplinarität vorzulegen.[2] Bereits 2012 hatte eben dieser auch spezifisch der Rechtswissenschaft, die gemeinhin als besonders isolationistisch gilt,[3] ins Stammbuch geschrieben, hier die Bemühungen zu erhöhen.[4] Wissenschaftspolitisch bleibt es höchst strittig, wie viel tatsächliche interdisziplinäre Forschung hinsichtlich der Rechtswissenschaft wünschenswert ist und ob dieses Maß erreicht ist oder nicht. Allerdings stellt sich die ganz maßgebliche Vorfrage, in Bezug auf welche Bereiche der Rechtswissenschaft bis zu welchem Grad Interdisziplinarität möglich ist. Hierauf konzentriert sich der vorliegende Beitrag.

## II. Bedeutung fremddisziplinärer Einflüsse in den Teilbereichen der Rechtswissenschaft

Die Frage der Möglichkeit von Interdisziplinarität in „der" Rechtswissenschaft ist reichlich unkonkret. Es muss daher eine erste Konkretisierung vorgenommen werden, welche Bereiche der Rechtswissenschaft einer genaueren Betrachtung unterzogen werden sollen. Bei der Untersuchung drängt es sich geradezu auf, eine Unterscheidung zwischen den Grundlagenfächern und der Rechtsdogmatik vorzunehmen.[5] Denn diese Bereiche unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer Struktur als auch hinsichtlich ihrer tatsächlichen Bedeutung in Wissenschaft, Ausbildung und Praxis ganz erheblich.

---

1 Vgl. die Zusammenfassung der Entwicklung der Debatte hinsichtlich der Rechtswissenschaft bei *Grimm*, in: Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, 2016, S. 21 (21 f.).
2 Vgl. Wissenschaftsrat, Wissenschaft im Spannungsfeld von Disziplinarität und Interdisziplinarität. Positionspapier, 2020.
3 Vgl. etwa *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (2 f.).
4 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, 2012, S. 8.
5 Vgl. *Grimm* (Fn. 1), S. 23.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *1. Unterschiedliche Struktur von Grundlagenfächern und Rechtsdogmatik*

Die Grundlagenfächer werden oft auch als „Bindestrichfächer" bezeichnet.[6] Damit kommt zum Ausdruck, dass „Recht" im Sinne von Rechtswissenschaft jeweils mit einer anderen Disziplin sprachlich verbunden wird, womit bereits diese Bezeichnung auf Interdisziplinarität hinweist. Man kann deshalb so weit gehen, zu sagen, dass für die Grundlagenfächer Interdisziplinarität regelrecht konstitutiv ist.[7] Sie teilen mit der Rechtsdogmatik zwar ihren Erkenntnisgegenstand, das Recht.[8] Allerdings haben sie ganz vielfältige Erkenntnisinteressen. So beschäftigt sich die Rechtssoziologie etwa regelmäßig mit der Frage, welche Auswirkungen bestimmte gesetzliche Normen auf das menschliche Verhalten haben, aber auch mit der umgekehrten Wirkrichtung, also welche Auswirkungen die soziale Wirklichkeit auf das Recht hat.[9] Rechtsphilosophie hat hingegen zum Beispiel den Geltungsgrund des Rechts und die Frage der Gerechtigkeit des Rechts zum Gegenstand.[10] Dabei ist zu erkennen, dass das Erkenntnisinteresse häufig durch den nichtjuristischen Anteil der Bindestrichdisziplin dominiert wird.[11]

Hinsichtlich der Rechtsdogmatik hingegen ist eine Verbindung mit anderen Disziplinen auf den ersten Blick eher nicht angelegt und auch in deren Tradition nicht substanziell verankert. Sie ist die anwendungsbezogene Wissenschaft des geltenden Rechts, durch die die abstrakt-generellen Normen systematisiert und konkretisiert werden.[12] Ziel der Rechtsdogmatik ist also, dass Einzelfallentscheidungen erleichtert, sowie dass die jeweiligen Rechtsanwendungsergebnisse hinsichtlich der einzelnen Anwendungsfälle zueinander in ein konsistentes System gebracht werden. Die Erzeugung eines gewissen Maßes an Kohärenz ist vor dem Hintergrund des unter anderem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebots der Rechtsanwendungsgleich-

---

6 S. etwa *von Arnauld*, VVDStRL 74 (2015), S. 39 (44).

7 Vorsichtiger *Röhl*, VVDStRL 74 (2015), S. 7 (27).

8 *Waldhoff,* in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17 (30).

9 Vgl. *Groh*, in: Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 27. Edition 2021.

10 Vgl. *Osterkamp/Thiesen*, JuS 2004, 737 (739).

11 *Jestaedt*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 (271) verortet die Grundlagenfächer deshalb sogar außerhalb der Rechtswissenschaft.

12 Vgl. *Starck*, JZ 1972, 609 (609); *Gusy*, JZ 1991, 213 (215); *Waldhoff* (Fn. 8), S. 26 f.; *Jestaedt*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 117 (125); *Kirchhof/Magen*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 151 (153).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

heit auch verfassungsrechtlich geboten.[13] Das Erkenntnisinteresse der Dogmatik ist recht eng: Was gilt rechtlich? Oder anders gewendet: Was soll dem Recht zufolge sein? Die rechtsdogmatisch arbeitende Juristin beginnt die Untersuchungen hinsichtlich dieser Frage mit dem Blick ins Gesetz. Dementsprechend interessiert im ersten Zugriff nicht, was laut empirischen[14] Wissenschaften „ist" oder was laut anderen nicht-empirischen Wissenschaften sein soll. Deshalb herrscht auch heute noch vielfach die Wahrnehmung, dass es begründungsbedürftig sei, etwa empirische Erkenntnisse in der Rechtsdogmatik zu berücksichtigen.[15] Klar sein muss jedenfalls, dass nicht etwa die „Wirklichkeit als solche" in die Dogmatik einbezogen werden kann, sondern wenn dann nur Beschreibungen und Deutungen der „Wirklichkeit".[16]

### 2. *Unterschiedliche tatsächliche Bedeutung von Grundlagenfächern und Rechtsdogmatik*

Da die Rechtspraxis die Rechtsanwendung zur Aufgabe hat, haben die sogenannten Grundlagenfächer wie etwa Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte oder Rechtssoziologie dort regelmäßig keine unmittelbare Bedeutung. Denn Erkenntnisse der Bindestrichfächer lassen sich häufig höchstens mittelbar für die Rechtsanwendung fruchtbar machen.[17] Dies hat dann wiederum zur Folge, dass die Grundlagenfächer auch in der Ausbildung an der Universität wenig von Bedeutung sind,[18] da bei der Rechtswissenschaft als sogenannter Professionswissenschaft[19] die spätere berufliche Tätigkeit stark im Mittelpunkt steht.

Folglich stellt sich die Situation hinsichtlich der Rechtsdogmatik gänzlich anders dar. Sie nimmt sowohl in der Ausbildung als auch in der Praxis die dominierende Position ein. Denn sie orientiert sich stark an den Bedürfnissen vor allem der Rechtspraxis.[20] Vor diesem Hintergrund

13 Vgl. *Kirchhof/Magen* (Fn. 12), S. 152, 164, die daneben zu Recht auch eine unionsrechtliche Dimension sehen.
14 Zum Empiriebegriff *Starck* (Fn. 12), 610.
15 *Harbarth*, JZ 2022, 157 (157 f.).
16 *Gusy* (Fn. 12), 215.
17 Vgl. *Jestaedt* (Fn. 11), S. 271.
18 Vgl. *Stolleis*, JZ 2013, 712 (712 f.).
19 Etwa *Gutmann*, JZ 2013, 697 (697); *Kilian*, NJW 2017, 3043 (3048).
20 So sieht *Jestaedt* (Fn. 12), S. 122 f. es als maßgebliches Erfolgskriterium für Dogmatik an, ob sie bei der Rechtsanwendung Orientierung vermitteln kann.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erscheint es wenig überraschend, dass sich die Praxis für die Rechtsdogmatik interessiert. Sie erleichtert die tägliche Arbeit. Entsprechend wirkt sich dieses Interesse der Rechtspraxis an der Dogmatik wegen der Berufsbezogenheit der Ausbildung wiederum auf das Studium aus. Allerdings ist ebenso zu konstatieren, dass sich daneben nach wie vor auch ein ganz erheblicher Teil rechtswissenschaftlicher Forschung auf die Rechtsdogmatik konzentriert.[21] Wie ist dies zu erklären? Denn theoretisch können die Forschungsgegenstände frei gewählt werden und es besteht anders als in der Praxis und der Lehre kein unabwendbares Bedürfnis einer Fokussierung auf die Dogmatik[22].

Es sind verschiedene Gründe denkbar: Erstens besteht der Verdacht, dass die eigene Ausbildung der Forschenden auf ihre wissenschaftliche Tätigkeit fortwirkt. So haben sie alle das auf das Erlernen der Rechtsanwendung zugeschnittene Studium durchlaufen. Ferner ist es in Deutschland auch bei Anstreben einer Wissenschaftskarriere üblich, trotzdem vor der Habilitation das eigentlich speziell auf die Rechtspraxis vorbereitende Rechtsreferendariat zu durchlaufen.[23] Diese Lebensstationen hinterlassen Prägungen, sie können ein gesteigertes Interesse an Fragen der Rechtsanwendung zur Folge haben.[24] Zweitens und mit dem ersten Aspekt verbunden dürften sich viele Forschende nicht dazu in der Lage sehen oder sogar tatsächlich nicht dazu in der Lage sein, auf einem anderen Gebiet als der Rechtsdogmatik zu forschen. Denn die obligatorische Ausbildung in Studium und Referendariat schult nahezu nur in der Rechtsdogmatik. Alles darüber Hinausgehende muss selbst in Eigenregie erarbeitet werden, denn die Ausbildung im Rahmen der Grundlagenfächer hat für gewöhnlich nur sehr geringen Stellenwert. Falls vertiefte nichtrechtsdogmatische Kenntnisse erlangt werden, geschieht dies üblicherweise im Rahmen eines Zweitstudiums oder der Promotion bzw. Habilitation. Diese beiden (Um-)Wege erfordern aber ein ganz erhebliches zusätzliches Investment in Form von Zeit und Aufwand, das viele nicht aufbringen wollen oder auch teilweise nicht können. Drittens erhoffen sich viele Forschende wohl, mit dogmatischen Arbeiten am meisten Einfluss generieren zu können. Denn nur im Rahmen der Rechtsdogmatik funktioniert ein Sys-

---

21 *Waldhoff* (Fn. 8), S. 30. Nach *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39 (46 f.; 49) sei die Fokussierung auf die Dogmatik in den letzten Jahrzehnten sogar so stark wie nie zuvor geworden.

22 Vgl. *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 3 (10 f.).

23 *Jestaedt* (Fn. 12), S. 120.

24 So zum Studium *Breidenbach*, NJW 2020, 2862 (2863).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tem, das überspitzt als „symbiotische Beziehung“ von Wissenschaft und Praxis zur sich wechselseitig verstärkenden, jeweiligen Selbstermächtigung bezeichnet wurde.[25] Das Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis im Rahmen der Rechtsdogmatik beseitige sowohl das Geltungsproblem der Wissenschaft, die keine formelle Durchsetzungsmacht hat, als auch das Kompetenzproblem der Rechtsprechung, die streng genommen immer nur über den jeweiligen anhängigen Fall entscheidet.[26] Viertens führt die Tatsache, dass überwiegend rechtsdogmatisch geforscht wird, möglicherweise zu einer Art Selbstverstärkung der Rechtsdogmatik, da vor allem Nachwuchsforschende befürchten könnten, dass nichtdogmatische Arbeiten als wissenschaftlich irrelevant oder jedenfalls nur nachrangig relevant eingestuft werden, weil sie gewissermaßen von der Norm abweichen.[27]

### *3. Zwischenfazit*

Es lässt sich also sagen, dass interdisziplinäres Arbeiten in den Grundlagenfächern praktisch obligatorisch ist, jedoch die Grundlagenfächer aus den geschilderten mutmaßlichen Gründen häufig nur eine Nebenrolle spielen. Hinsichtlich der in der gegenwärtigen Situation selbst in der Forschung im Mittelpunkt stehenden Rechtsdogmatik erscheint interdisziplinäres Arbeiten in einem ersten Zugriff eher schwierig und nicht naheliegend. Da jedoch der in der Realität bestehende starke Fokus auf die Rechtsdogmatik in der Forschung nur beschwerlich, in der Ausbildung noch viel schwieriger und hinsichtlich der Rechtspraxis gar nicht zu ändern ist, soll anschließend die Frage, inwiefern hinsichtlich der Rechtsdogmatik Interdisziplinarität möglich ist, noch einmal einer genaueren Untersuchung unterworfen werden.

25 Vgl. *Lepsius* (Fn. 21), S. 43 ff.
26 *Lepsius* (Fn. 21), S. 43 ff.
27 Positiv gewendet bei *Lepsius* (Fn. 21), S. 49, der davon ausgeht, dass Nachwuchsforschende sich einen Karrierevorteil erhoffen würden, wenn sie eine dogmatische Arbeit schreiben.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *III. Zur Bedeutung fremddisziplinären Wissens in Bezug auf die Rechtsdogmatik*

Auch der Begriff der Interdisziplinarität ist hochgradig unklar und wird sehr uneinheitlich verwendet. Es wird deshalb zunächst im weitestmöglichen Sinne untersucht, in welcher Weise fremddisziplinäres Wissen in Bezug auf die Rechtsdogmatik eine Rolle spielt, wobei hier ein Fokus auf die Gesetzesauslegung gelegt wird.[28] Dabei ist die Gesetzesbindung zentral, weshalb diese hierbei als Erstes Gegenstand der Betrachtung sein muss. Aus dem Verständnis der Gesetzesbindung werden dann Antworten auf die Frage der Möglichkeit des Einbezugs fremddisziplinärer Erkenntnisse hergeleitet. Diese Resultate sollen dann erst zum Abschluss an potenziellen Interdisziplinaritätsverständnissen gemessen werden.[29]

### *1. Das Gesetz als Ausgangspunkt*

Es erscheint trivial, zu erwähnen, dass das wohl wichtigste Charakteristikum der Rechtsdogmatik als Wissenschaft des geltenden Rechts das Ziel der Verwirklichung der Gesetzesbindung ist. So bindet Art. 20 Abs. 3 GG die staatliche Gewalt an das Gesetz, womit ein Vorrang des (Parlaments-)Gesetzes vor anderen Rechtsnormen und erst recht vor nicht unmittelbar gesetzlich verankerten Wertungen statuiert wird. Dies wird durch Art. 97 Abs. 1 GG im Hinblick auf die Justiz dadurch untermauert, dass „die Richter" ausdrücklich „dem Gesetze unterworfen" werden. Diese Gesetzesbindung ist zur Sicherung der demokratischen Legitimation der Rechtsanwendung unentbehrlich.[30] Dadurch bildet die Rechtsdogmatik aber im Grundsatz ein geschlossenes, nach innen gerichtetes System.[31] Es kommt zunächst nur darauf an, was im Gesetz steht. Daher ist es im ersten Zugriff etwa völlig unerheblich, wie die empirische Situation in Bezug auf

---

28 Dementsprechend wird auf den Problemkreis der „Rechtsfortbildung" hier nicht eingegangen. Selbiges gilt für die sehr weitgehende Frage nach der Möglichkeit der Entwicklung gemeinsamer Methoden zusammen mit anderen Disziplinen, was aufgrund der divergierenden Erkenntnisinteressen allerdings prima vista zweifelhaft erscheint.

29 Siehe unter IV.

30 *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43 (46 f.); *Gusy* (Fn. 12), 217; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 182.

31 Vgl. *Jestaedt* (Fn. 11), S. 272 f.; *Di Fabio*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 63 (65).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einen Sachverhalt ist, die bloße Faktizität hat keinerlei normative Kraft.[32] Daraus wurde vor längerer Zeit[33] teilweise der (Kurz-)Schluss gezogen, dass man alle rechtsdogmatischen Fragen *allein* aus dem Gesetz beantworten könne,[34] dass man die Antworten auf Auslegungsfragen einfach allein per logischer Deduktion aus dem Gesetz ableiten kann[35]. Dann bräuchte man auch keinerlei fremddisziplinäre Erkenntnisse, da das Gesetz allwissend wäre.[36] Solche Vorstellungen haben sich in Begriffen wie dem der „Rechtsfindung"[37] manifestiert, der suggeriert, dass nur (auf)gefunden werden müsse, was bereits da ist.

Da diese Sichtweise allerdings bereits geradezu eklatant im Widerspruch zur Alltagserfahrung praktisch aller Juristinnen und Juristen stehen dürfte,[38] findet sie kaum mehr Anklang. Wenn dem so wäre, müsste es auch immer eine „richtige" Antwort auf eine jede Auslegungsfrage geben, was bekanntlich nicht der Fall ist[39]. Richterinnen und Richter sind keine Subsumtionsautomaten.[40] Auslegung ist kein rein formallogischer Vorgang.[41] Die Auslegung von Gesetzen, ihre Anwendung auf den konkreten Fall ist

32 *Gärditz*, in: Höfling/S. Augsberg/Rixen (Hrsg.), BerlK zum GG, Art. 20 (6. Teil) Rn. 85 (2011).

33 Es besteht allerdings teilweise die Wahrnehmung, dass diese Auffassung „unterschwellig noch weitverbreitet" sei, vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 11 Rn. 7.

34 Berühmt geworden sind in diesem Zusammenhang die §§ 6, 46 ff. der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, die heute teilweise reichlich kurios wirken; klassisch sind auch die Metaphern Montesquieus vom Richter, der „nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht" sei (*Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1748, Bd. 1, S. 225 der Forsthoff-Ausgabe von 1951) und Labands vom Richter als bloße „viva vox legis" (*Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Band 2, 5. Aufl., 1911, S. 178).

35 S. etwa *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Band 1, 5. Aufl., 1911, S. IX; *ders.*, Staatsrecht (Fn. 34), S. 178.

36 Diesen Schluss ziehend *Laband*, Staatsrecht (Fn. 35), S. IX.

37 Kritisch hinsichtlich des Begriffs etwa auch *Morlok*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 27 (74); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl., 2022, Rn. 755b.

38 Vgl. *Morlok* (Fn. 37), S. 34.

39 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 349 f.; *Rupp*, NJW 1973, 1769 (1773); *Gusy* (Fn. 12), 217.

40 BVerfG v. 10.8.1995 – 1 BvR 1644/94, NJW 1995, 2703 (2704); v. 22.8.2016 – 2 BvR 2953/14, NVwZ 2016, 1630 (1631); Wendung wohl zurückgehend auf *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 22.

41 *Starck* (Fn. 12), 609.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

regelmäßig keine reine Rechtsanwendung, sondern auch zugleich Rechtsschöpfung.[42]

Diese Schlussfolgerungen bedeuten hinsichtlich des Untersuchungsgegenstands, dass es jedenfalls naheliegend ist, dass fremddisziplinäre Erkenntnisse in der einen oder anderen Weise bei der Auslegung eine Rolle spielen. Denn wenn das Gesetz nicht jede Einzelfallentscheidung abschließend determiniert, besteht Raum für Einflüsse von außerhalb des Gesetzes.

## *2. Bindung durch das Gesetz?*

Aufgrund des in der Rechtsdogmatik angenommen Vorrangs rechtlicher Gründe vor nichtrechtlichen Gründen,[43] kommt es für die Berücksichtigungsfähigkeit fremddisziplinärer Erkenntnisse maßgeblich darauf an, ob und wie die Gesetzesbindung die Rechtsanwendung binden kann. Denn es ist eine Frage der Gesetzesbindung, inwiefern (zwingende) rechtliche Gründe bestehen, die im Ausgangspunkt außerrechtliche Gründe aus der Debatte ausschließen. Ohne Bindung kein Vorrang.

### *a) Das Problem der Sprache*

Recht ist in Sprache verfasst. Deshalb hat das Problem der Gesetzesbindung eine erhebliche sprachliche Komponente. Sprache ist ein menschengemachtes System. Worte haben keine gottgegebene Bedeutung. Die Bedeutung wird den Worten durch die Menschen verliehen.[44] Die Bedeutung ist deshalb auch nicht statisch. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern Worte menschliches Handeln binden können. Aufgrund der außerordent-

---

42 Grundlegend *Heck*, Interessenjurisprudenz (Fn. 40), S. 22; *Merkl*, Juristische Blätter 47 (1918), 425 (426 f.; 464) und *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934, S. 82 f.; sich letzterem ausdrücklich anschließend BVerfG v. 22.8.2016 – 2 BvR 2953/14, NVwZ 2016, 1630 (1631); ebenso u. a. auch *Rupp* (Fn. 39), 1770; *Starck* (Fn. 30), 49; *Kirchhof*, NJW 1986, 2275 (2276, 2277); in eine andere Richtung deutend hingegen etwa BVerfG v. 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 (280).

43 *Christensen*, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln, 2005, S. 1 (59); *Stark*, KJ 2021, 165 (170).

44 *Morlok* (Fn. 37), S. 69.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lichen Komplexität des Problems kann hier nur eine kursorische, skizzenhafte Betrachtung erfolgen.

Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass ein Normtext zu wenig oder zu viel[45] Bedeutung hat, wäre die Gesetzesbindung möglicherweise sehr schwach oder sogar nonexistent, womit auch sehr viel Raum für die Einbeziehung fremddisziplinärer Erkenntnisse bestünde. So wurde etwa die These aufgestellt, dass der Gesetzestext keinen semantischen Gehalt habe und deshalb die Gesetzesbindung nur Fiktion sei.[46] Auch wurde vorgebracht, dass die Rechtswissenschaft auf eine implizite Sprachtheorie angewiesen sei, die unzutreffend von einer immer absoluten und vollkommen statischen Bedeutung von Sprachzeichen ausgeht.[47]

Vor dem Hintergrund dieser Probleme kann das Thema der Gesetzesbindung in dreierlei Weisen untersucht werden. Erstens kann man sich die Frage stellen, inwiefern jedenfalls eine faktische Gesetzesbindung besteht, also der Gesetzgeber faktisch die Rechtsanwendung steuert. Schwieriger ist hingegen schon die zweite Frage nach einer formellen Gesetzesbindung, also inwiefern bei der Rechtsanwendung formelle, prozedurale Anforderungen eingehalten werden müssen. Schließlich folgt drittens noch die Frage nach einer materiellen Dimension der Gesetzesbindung, also inwiefern die Gesetzesbindung bei der Rechtsanwendung normativ betrachtet bestimmte Auslegungsergebnisse vorschreiben kann. Dabei ist der Hauptunterschied zwischen den drei Formen der Bindung hinsichtlich ihrer Wirkung, dass bei einer Missachtung einer formellen oder materiellen Gesetzesbindung das jeweilige Staatshandeln nicht mehr demokratisch legitimiert ist, was bei einem bloßen Opponieren gegen eine faktische Bindung nicht der Fall ist.

### *b) Faktische Gesetzesbindung*

Der demokratische Rechtsstaat basiert auf der Annahme, dass ein Parlament mittels Gesetz eine Steuerungswirkung erzielen kann.[48] Es dürfte weitverbreitet die Wahrnehmung bestehen, dass dies in der Praxis im

45 Vgl. etwa *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, S. 183.
46 So *Christensen*, in: Krüper/Merten/Morlok (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010, S. 128 (138).
47 So *Morlok* (Fn. 37), S. 51 f.
48 *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats, 1998, S. 105.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grundsatz auch funktioniert.[49] Wie ist dies aber zu erklären, wenn doch die vorgenannten Probleme hinsichtlich der Abfassung des Gesetzes in Sprache bestehen?

Zum einen ist Sprache in ihrem Kern jedenfalls für die Dauer eines Menschenlebens (und in vielen Fällen auch Gesetzeslebens) statisch genug, sodass manche Bedeutungen in einem solchen Ausmaß konsentiert sind, dass gegen diesen weitreichenden Konsens kaum ein Ankommen ist. Wenn etwa § 7 Abs. 2 Nr. 6 der Allgemeinen Polizeiverordnung von Heidelberg untersagt, „Bänke, Schilder, Hinweise, Denkmäler, Einfriedungen oder andere Einrichtungen zu beschriften, zu bekleben, zu bemalen, zu beschmutzen oder zu entfernen", bedarf es nicht unbeachtlicher Kreativität, sich Einzelfälle vorzustellen, bei denen sich selbst Laien nicht weitgehend einig sind, ob das beabsichtigte Verhalten untersagt ist oder nicht.[50]

Ferner muss bedacht werden, dass die Sprache der Gesetze vor allem Juristinnen und Juristen adressiert. Damit wird eine spezielle Personengruppe angesprochen, die hinsichtlich der bestimmten Begriffen zugewiesenen Bedeutungen einen noch einmal weitaus stärkeren Konsens als die Allgemeinheit oder z. B. andere, insbesondere geisteswissenschaftliche Wissenschaftsgemeinschaften hat.[51] Dies wird neben der Tatsache, dass der Personenkreis, der überhaupt ein Jurastudium beginnt, immer noch eine gewisse Grundhomogenität aufweist,[52] auch maßgeblich durch die homogenisierende Einheitsausbildung bewirkt[53]. Hinzu kommt die begriffliche Unitarisierungswirkung, die von der mit erheblicher Macht ausgestatteten Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes und des Bundesverfassungsgerichts ausgeht.[54] Die durch diese Gerichte erzielten Ergebnisse haben eine intensive faktische Geltung.[55]

---

49 Vgl. etwa *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, § 3 Rn. 23.

50 Wenn man erhebliche Energie aufbringt, wird man allerdings wohl auch bei relativ eindeutig wirkenden Normen wie dieser Zweifelsfälle finden können, vgl. *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 27.

51 Vgl. *Waldhoff* (Fn. 8), S. 27.

52 Vgl. *Böning*, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, 2017, S. 59 (66 f.), die jedoch auch eine leichte Abnahme der Sozialexklusivität sieht. Diese Exklusivität besteht hinsichtlich einer späteren Tätigkeit in Wissenschaft (ebda., S. 67 ff. m. w. N.) und Justiz (ebda., S. 72 ff. m. w. N.) dann nochmal in verstärktem Ausmaß.

53 Vgl. *Rupp* (Fn. 39), 1773.

54 Vgl. *Schlink*, Rechtstheorie 7 (1976), 95 (95); *Morlok* (Fn. 37), S. 67 f.

55 *Hassemer* (Fn. 22), S. 10; vgl. auch *Starck* (Fn. 30), 71.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese weitreichenden Unitarisierungen macht sich der Gesetzgeber gezielt zunutze. So bedient er sich bei neuen Gesetzen oder Gesetzesänderungen sofern möglich genau solcher stark konsentierter dogmatischer Begriffe,[56] womit er eine intensive tatsächliche Bindungswirkung erzeugen kann[57]. Er erlässt nicht nur bedeutungslose schwarze Farbe auf weißem Grund, sondern nutzt die bereits bestehende, das Recht konstituierende soziale Praxis[58] aus, indem er an diese anknüpft. Zwar wäre es etwa der Rechtsprechung möglich, einen solchen Begriff nun generell oder für diesen Einzelfall des neuen Gesetzes anders auszulegen als bisher, allerdings wird durch bestehende Präjudizien ein massiver faktischer Druck ausgeübt, den Begriff wie bisher auch auszulegen. Deshalb besteht im Ergebnis trotz der Unbestimmtheit und Dynamik von Sprache jedenfalls faktisch betrachtet eine gewisse Bindung.[59]

### *c) Formelle Gesetzesbindung*

Allerdings hat es mit der faktischen Bindung nicht sein Bewenden. Die Gesetzesbindung hat auch normative Kraft. Dies gilt in jedem Fall auf einer formellen Ebene.[60] Dadurch werden die Möglichkeiten der Auslegung methodisch beschränkt.[61] Diese Beschränkungen wurzeln vor allem im bestehenden juristischen Begründungszwang[62].

Hinsichtlich der inhaltlichen Standards für die Begründung[63] gilt als Leitlinie, dass sie die Begründung transparent und kritisierbar machen

---

56 Vgl. *Gusy* (Fn. 12), 219; *Hassemer* (Fn. 22), S. 13.

57 *Behrends*, in: ders./Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S. 9 (9). Vgl. auch *Starck*, in: Behrends/Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S. 106 (109); *Kirchhof/Magen* (Fn. 12), S. 164 f.

58 *Wrase*, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, 2017, S. 41 (48).

59 Vgl. in diese Richtung wohl auch *Wrase* (Fn. 58), S. 50.

60 Vgl. *Wrase* (Fn. 58), S. 49 f.

61 Vgl. BVerfG v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (280) – *Soraya*; *Alexy*, in: Alexy et al. (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 113 (117).

62 *Starck* (Fn. 30), 71; *Gusy* (Fn. 12), 217; *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 30), S. 227. Zur genauen verfassungsrechtlichen Herleitung siehe z. B. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 286 ff.

63 Umfassend hierzu auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl., 2012, S. 234 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

müssen,[64] um damit die legitimierende Ableitung der Entscheidung aus dem Normtext nachzuweisen[65]. Ein wichtiges Kriterium ist dabei die Widerspruchsfreiheit der Argumente.[66] Typische Verfahrensweisen bei der Begründung sind etwa die Argumentation mit der Erreichung eines anerkannten Zwecks sowie eine Folgenanalyse und -bewertung.[67] Dabei muss zwingend auch eine Auseinandersetzung mit den abgelehnten Auffassungen erfolgen,[68] womit eine Kombination von positiver und negativer Begründung der vertretenen Ansicht erreicht wird. Entgegenstehende Einwände sind entweder auszuräumen oder so zu reformulieren, dass sie in die eigene Auffassung integriert werden können.[69] Ferner muss ausgehend von einem möglichst konsentierten, allgemeinen Ausgangspunkt in kleinen Einzelschritten zum gewünschten Endergebnis gelangt werden, wobei die Schritte jeweils einzeln zu untermauern sind.

### *d) Materielle Gesetzesbindung*

Schließlich stellt sich die Frage nach einer materiellen Dimension der Gesetzesbindung, also ob die Gesetzesbindung die Auslegung von gesetzlichen Normen nicht nur hinsichtlich ihrer Verfahrensweise, sondern auch im Ergebnis inhaltlich einschränkt, sodass etwa eine Auslegungsvariante durch die Gesetzesbindung ausgeschlossen ist.

Dabei ist die Antwort von der faktischen Gesetzesbindung her zu entwickeln. Deren faktische Wirkung schlägt teilweise in eine materielle Wirkung um. Dies geschieht allerdings nicht von selbst, denn reine Faktizität hat wie bereits festgestellt keine normative Wirkung. Vielmehr impliziert und verhängt die Gesetzesbindung, ja die Idee des Rechts selbst auf einer im Verhältnis zur Sprache angesiedelten Metaebene eine eigene juristische Sprachregel. Denn Recht setzt eine verbindliche Sprechweise voraus,[70] je-

64 *Winter*, Rechtstheorie 2 (1971), 171 (173).
65 *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung (Fn. 45), S. 180 f.
66 Vgl. *Gusy* (Fn. 12), 222.
67 *Winter*, Rechtstheorie 2 (1971), 171 (178 ff.), der auch durchaus die Probleme und Schwachstellen dieser Argumentationsformen erkennt.
68 So *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung (Fn. 45), S. 163 in Bezug auf richterliche Urteile.
69 *Christensen/Kudlich*, Begründen (Fn. 62), S. 261 f.; s. auch *Christensen* (Fn. 43), S. 67 f.
70 Vgl. *Kirchhof*, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 20 Rn. 112.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

denfalls hinsichtlich grundlegender Wortbedeutungen. Ohne ein gewisses Maß an Konsens über basale Grundsätze verlieren Recht und Dogmatik ihre praktische Leistungsfähigkeit,[71] das gilt auch für sprachliche Grundsätze. Deshalb wird *teilweise* geregelt, welche Bedeutungen Worten beigemessen werden dürfen. Es wird namentlich durch das Recht die Sprachregel aufgestellt, dass nicht von einem sehr weitgehenden Konsens in der rechtswissenschaftlichen Sprachgemeinschaft abgewichen werden darf. Man kann mit anderen Worten auch sagen, dass angeordnet wird, dass der „übliche rechtswissenschaftliche Diskussionsrahmen"[72] durch eine staatliche Entscheidung nicht verlassen werden darf. Der abrupte Abbruch mit dem Herkömmlichen, die sprunghafte, überraschende Entscheidung ist missbilligt.[73] Allerdings bedeutet dies auch, dass ein „Diskussionsrahmen" erst ausgehandelt und dann auch einer weiteren Verhandlung zugänglich sein muss. Dies ist allerdings unproblematisch, da insbesondere die Wissenschaft nicht unmittelbar der Gesetzesbindung unterliegt[74].

Somit besteht letztlich auch eine materielle Gesetzesbindung. Diese kann jedoch nicht jeden Einzelfall vollständig prädeterminieren und ist daher von gradueller Natur.[75]

### 3. *Folgerungen für die Möglichkeiten zum Einbezug fremddisziplinärer Erkenntnisse*

Die Reichweite der Gesetzesbindung hat Folgen für die Möglichkeit der Einbeziehung fremddisziplinärer Erkenntnisse. Die Gesetzesbindung kann aufgrund ihrer aufgezeigten normativen Wirkung einer solchen Einbeziehung entgegenstehen, häufig ist dies jedoch nicht pauschal der Fall. Dennoch entscheidet das Gesetz über die juristische Relevanz außerrechtlicher Erkenntnisse.[76] Es stellt sich immer die rechtliche Frage, ob außerrechtliche Erkenntnisse einbezogen werden *sollen*. Es kann grundsätzlich zwi-

71 Vgl. *Gutmann* (Fn. 19), 697 f.
72 Wendung aus BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307) – *Honeywell*.
73 Etwas vorsichtiger in diese Richtung *Kirchhof* (Fn. 42), 2280.
74 In Bezug auf Bürgerinnen und Bürger *Kirchhof* (Fn. 70), § 20 Rn. 21 f.
75 Teilweise ähnlich *Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 39), S. 346 ff.; ferner auch *Gusy* (Fn. 12), 217.
76 *Gusy* (Fn. 12), 219; *Eifert*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 79 (81 f.); s. auch *Harbarth* (Fn. 15), 158 speziell in Bezug auf das Verfassungsrecht.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schen jedenfalls drei Fallgruppen unterschieden werden,[77] die allerdings nicht immer trennscharf abgegrenzt werden können und als Typisierungen zu verstehen sind.

### *a) Verweisung auf fremddisziplinäre Erkenntnisse*

In einer ersten Gruppe von Fällen verweist das Gesetz ausdrücklich auf fremddisziplinäre Erkenntnisse und erteilt damit hinsichtlich dieser Erkenntnisse einen expliziten Anwendungsbefehl.[78] Es wird dabei, in Bezug auf konditional strukturierte Normen[79], regelmäßig auf Tatbestandsebene an die Erkenntnisse angeknüpft. Sie werden somit als Tatbestandsmerkmal implementiert, sodass die Einhaltung oder Verletzung des außerrechtlichen Standards nötig ist, dass die Rechtsfolge ausgelöst wird. Hierbei kann sowohl auf empirische Erkenntnisse als auch auf (außerrechtliche) Wertungen verwiesen werden.[80] Dies ist etwa hinsichtlich eher empirischer Erkenntnisse dann der Fall, wenn im BImSchG auf den „Stand der Technik" i. S. v. § 3 Abs. 6 BImSchG verwiesen wird. Für Verweisungen auf außerrechtliche Wertungen können die polizeirechtliche Figur der öffentlichen Ordnung oder auch der Verweis auf die Grundsätze der Waidgerechtigkeit im Jagdrecht als Beispiele genannt werden.

Jedenfalls eng verwandt ist auch die Konstellation, dass eine dogmatische Figur auf fremddisziplinäre Erkenntnisse verweist. Das alles überragende Beispiel stellt hier die Verhältnismäßigkeitsprüfung dar,[81] vor allem in Form der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung.

---

77 Teilweise ähnlich *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482 (488 ff.) speziell in Bezug auf ökonomische Argumente.

78 *Gusy* (Fn. 12), 220; *Sliwiok-Born/Steinrötter*, in: dies. (Hrsg.), Intra- und interdisziplinäre Einflüsse auf die Rechtsanwendung, 2017, S. 1 (6).

79 S. dazu etwa *Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Vor § 40 VwVfG Rn. 6 ff. (2020).

80 *Gusy* (Fn. 12), 220.

81 Vgl. *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (442).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *b) Eigene zugrunde liegende Tatsacheneinschätzung des Normgebers*

Das andere Extremum stellt eine zweite Gruppe von Fällen dar, in denen der Normgeber eine eigene Tatsacheneinschätzung[82] getroffen hat. Es handelt sich dabei allerdings regelmäßig nicht um die bloße Umkehrung der ersten Fallgruppe. Denn wenn der Gesetzgeber „Kontra-Empirie" im Sinne einer unmöglich zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzung implementiert, ist die Norm ein faktisches Nullum. Vielmehr geht es üblicherweise um Fälle, in denen der Normgeber der Norm eine gewisse Tatsacheneinschätzung zugrunde gelegt hat. Dies kann etwa die Ausgangssituation betreffen, die zum Erlass der Norm motiviert, oder aber auch die tatsächliche Wirkung der Norm. Die Sachgerechtheit der Norm hängt in diesen Fällen grundsätzlich davon ab, dass die Tatsacheneinschätzung des Normgebers richtig ist, ansonsten wird das Normziel regelmäßig verfehlt. Da die Richtigkeit der zugrundeliegenden Tatsachenvermutung allerdings kein Tatbestandsmerkmal ist, greift die Rechtsfolge der Norm auch dann ein, wenn die zugrundeliegende Tatsacheneinschätzung in Wahrheit falsch ist.[83]

Solche Tatsacheneinschätzungen muss der Normgeber etwa dann leisten, wenn durch eine Polizeiverordnung ein Ge- oder Verbot erlassen wird. Wenn beispielsweise innerorts ein ausnahmsloser Leinenzwang für Hunde angeordnet wird, stuft der Verordnungsgeber nicht angeleinte Hunde typischerweise als Bedrohung unter anderem für die körperliche Unversehrtheit von Menschen ein. Diese Entscheidung beansprucht grundsätzlich Geltung, selbst wenn sie kontra-empirischen Charakter hätte. Auf der Ebene der Auslegung des Gebots kann Empirie nicht mehr berücksichtigt werden.[84] Es wäre im Beispiel also für die Auslegung der Norm völlig unerheblich, wenn ein verhaltensbiologischer Konsens bestünde, dass es ausgeschlossen ist, dass Hunde eine Bedrohung für die körperliche Unversehrtheit von Menschen und andere Rechtsgüter darstellen können. Eine andere Frage ist freilich, ob eine Norm, die Empirie leugnet, mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Allerdings ist das kontra-empirische Vorgehen nur dann rechtlich problematisch, insofern das höherrangige Recht ein solches verbietet. Somit entscheidet letztlich auch hier weiterhin das Recht

82 Der Gesetzgeber kann zwar theoretisch auch eine nicht-juristische *Wertung* einer Norm zugrunde legen, allerdings wird diese dann durch die Kodifikation zwangsläufig zu einer juristischen.

83 Vgl. *Petersen* (Fn. 81), 439.

84 Vgl. *Kirchhof* (Fn. 42), 2278.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über die Relevanz von Empirie, außerrechtliche Erkenntnisse haben damit auch in dieser Fallgruppe nicht aus eigener Kraft rechtliche Bedeutung.

### *c) Fehlende abschließende Wertung des Normgebers*

Letztlich verbleibt eine quantitativ sehr umfangreiche dritte Fallgruppe, bei der der Gesetzgeber keine abschließende Position bezieht, ob und inwieweit fremddisziplinäre Erkenntnisse berücksichtigt oder zugrunde gelegt werden sollen. Die fehlende abschließende Position des Gesetzgebers hat allerdings nicht zur Folge, dass außerrechtliche Erkenntnisse kategorisch nicht berücksichtigt werden können.[85] Denn Recht ist zwar als eigene Sollensordnung gegenüber der Seinsordnung und auch gegenüber anderen Sollensordnungen grundsätzlich autonom. Allerdings ist Recht insofern auf Tatsachen und außerrechtliche Wertungen bezogen, als es zum einen vor dem Hintergrund einer gesetzgeberischen Diagnose der nichtrechtlichen äußeren Umstände gesetzt wird und zum anderen als zwangsbewehrte Sollensordnung einen bestimmten tatsächlichen Zustand herbeiführen oder konservieren soll.[86] Es kann kaum vorkommen, dass eine gesetzliche Norm ausschließlich mit rechtlichen Phänomenen in Verbindung steht und völlig isoliert von Tatsachen und außerrechtlichen Wertungen ist.[87] Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Recht von Menschen gesetzt wird. Außerdem gehört es zu den Kerneigenschaften von Recht, dass damit menschliches Verhalten gesteuert werden soll.[88]

Es geht hier vor allem um Fälle, in denen die Auslegung der gesetzlichen Norm im tatsächlichen Sinne streitig ist, denn dann liegt gleichzeitig regelmäßig auch keine abschließende Stellungnahme des Normgebers über die Relevanz fremddisziplinärer Erkenntnisse vor. Folglich werden die fremddisziplinären Erkenntnisse hier zum Zweck herangezogen, eine Entscheidung zwischen den verschiedenen Auslegungsvarianten zu erleichtern und insofern Argumente zu liefern. So können empirische Erkenntnisse in dieser Fallgruppe etwa regelmäßig im Rahmen einer Folgenanalyse und Folgenbewertung einzelner Auslegungsvarianten herangezogen werden. Es kann mit deren Hilfe beurteilt werden, ob ein ermittelter Zweck

85 *Gusy* (Fn. 12), 220.
86 *Starck* (Fn. 12), 612; *Gusy* (Fn. 12), 216 f.
87 A. A. allerdings wohl *Gusy* (Fn. 12), 219.
88 Vgl. *Starck* (Fn. 12), 612.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Norm im Sinne einer Wirkung auf Lebenssachverhalte durch die Auslegungsvariante verwirklicht werden kann.[89]

Interessant sind deshalb etwa unbestimmte Rechtsbegriffe[90] und Generalklauseln, bei denen regelmäßig viel Raum für den Einbezug fachfremder Erkenntnisse bestehen dürfte.[91] Doch auch Ermessen und Beurteilungsspielraum sind Fälle der Öffnung des Rechts für außerrechtliche Erkenntnisse. Durch diese Figuren wird es ebenfalls möglich, die Entscheidung nach außerrechtlichen Gesichtspunkten zu fällen.[92] Denn eine Entscheidung innerhalb des Ermessensspielraums ist keine Entscheidung außerhalb des Rechts. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine Einräumung exekutiver Letztentscheidungskompetenzen.[93] Außerdem sind bestimmte Rechtsgebiete für die Aufnahme von Erkenntnissen bestimmter anderer Disziplinen besonders empfänglich, wie z. B. das Wettbewerbsrecht in Bezug auf die Ökonomie.[94]

## *IV. Kann in Bezug auf die Rechtsdogmatik von „Interdisziplinarität" die Rede sein?*

Wenn man nun hiervon einen Schritt zurücktritt, stellt sich die Frage, ob es sich bei den vorgehend beschriebenen Möglichkeiten der Berücksichtigung fremddisziplinärer Erkenntnisse um Interdisziplinarität handelt oder nicht. Dazu ist vorweg zu sagen, dass dies auch maßgeblich eine Definitionsfrage hinsichtlich des Begriffs der „Interdisziplinarität" ist. Diesbezügliche definitorische Abgrenzungsversuche können sich nie vollkommen vom Vorwurf freisprechen, arbiträr zu sein. Allerdings ist zu beachten, dass der Begriff der Interdisziplinarität durchaus geeignet ist, eine nicht nur oberflächliche, sondern vertiefte Zusammenarbeit von Disziplinen zu suggerieren. Deshalb soll hier auf dieser Basis dennoch eine Definition erfolgen.

Zur Kontrastierung des Interdisziplinaritätsbegriffs können die Begriffe der Multidisziplinarität und der Transdisziplinarität verwendet werden.

---

89 *Petersen* (Fn. 81), 440.

90 Wenngleich eine strenge Dichotomie „bestimmter" und „unbestimmter" Rechtsbegriffe wohl nicht überzeugend ist.

91 *Sliwiok-Born/Steinrötter* (Fn. 78), S. 7.

92 *Grzeszick*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 97 (100).

93 *Jestaedt* (Fn. 33), § 11 Rn. 55; *Geis* (Fn. 79), Vor § 40 VwVfG Rn. 1 (2020).

94 *Eifert* (Fn. 76), S. 85 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Multidisziplinarität bezeichnet üblicherweise eine Vorgehensweise, bei der zwar eine Fragestellung von mehreren Disziplinen bearbeitet wird, diese jedoch grundsätzlich zunächst getrennt und nach ihren eigenen Methoden vorgehen.[95] Es erfolgt nur eine Addition der Ergebnisse.[96] Transdisziplinarität wird hingegen als eine vollständige Aufhebung der Disziplingrenzen verstanden.[97] Folgerichtig wird Interdisziplinarität hinsichtlich der Intensität der Kooperation zwischen Multidisziplinarität und Transdisziplinarität eingeordnet.[98] Dabei soll eine gleichgeordnete Kooperation stattfinden, durch die auch die Entwicklung neuer, disziplinübergreifende Ansätze angestrebt wird, die über einen bloßen Import fremddisziplinärer Begriffe hinausgehen.[99]

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Einstufung des praktizierten Konzepts der Rechtsdogmatik als „interdisziplinär" jedenfalls fragwürdig.[100] Denn wie dargelegt findet regelmäßig lediglich ein bloßer Wissensimport aus anderen Disziplinen statt. Dieser unterliegt im Rahmen der Auslegung auch noch gewissen Grenzen,[101] weshalb eine ganz grundlegende Intensivierung der Qualität der Zusammenarbeit schwerlich möglich erscheint. Eine Gleichordnung der Disziplinen ist nicht zu erkennen, andere Disziplinen bleiben „Hilfswissenschaften" der Rechtsdogmatik.[102] Deshalb spricht vieles dafür, in Bezug auf die Rechtsdogmatik zurückhaltender von der bloßen Möglichkeit der „Multidisziplinarität" zu sprechen.

## *V. Gefahr oder Chance?*

Die eingeschränkte Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen in der Praxis ist somit auch Ausdruck der in der Theorie durch die Gesetzesbindung beschränkten Spielräume. Die Forderung nach mehr „Interdisziplinarität" sollte nicht zum Anlass genommen werden, im freirechtlichen Stile in juristische Entscheidungen unbegrenzt oder einseitig fremddisziplinäre Erwägungen einzubringen. Dies ist bisher allerdings in der Praxis auch nicht zu beobachten, was zusätzlich auch an der faktischen Bindung lie-

95 *Hilgendorf*, JZ 2010, 913 (914); *Martinek*, jM 2018, 447 (447).
96 Wissenschaftsrat (Fn. 2), S. 16.
97 Wissenschaftsrat (Fn. 2), S. 16 f., der den Begriff allerdings kritisch sieht.
98 Vgl. *Behschnitt/Maus/Robel*, FS Fastenrath, S. 297 (302 f.).
99 Wissenschaftsrat (Fn. 2), S. 15 f.
100 Vgl. *Martinek* (Fn. 95), 454.
101 S. unter III.
102 Vgl. *Martinek* (Fn. 95), 450.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen dürfte, die noch über die normative Gesetzesbindung hinausgeht. Umgekehrt muss sich eine aufgeklärte Rechtsdogmatik, die nicht vom überholten Konzept der lückenlosen Volldetermination des Rechts durch Gesetze ausgeht, durch die Einbeziehung von fremdwissenschaftlichem Wissen allerdings auch nicht generell bedroht fühlen.

Die tatsächliche Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen bietet deshalb zwar einiges an für die Rechtsdogmatik aber auch fruchtbarem Irritationspotenzial,[103] sie stellt beim gegenwärtigen Stand der Dinge jedoch wohl kaum eine Gefahr für Rechtsdogmatik und Gesetzesbindung dar. Deshalb dürfte in tatsächlicher Hinsicht durchaus noch Potenzial bestehen, im Rahmen der beschriebenen Grenzen verstärkt die Einbeziehung fremddisziplinären Wissens zu erwägen. Dies liegt allerdings zunächst vor allem in der Verantwortung der Wissenschaft, die anders als die Justiz nicht Entscheidungszwängen und unmittelbarer Gesetzesbindung unterliegt.

103 Vgl. *Gutmann* (Fn. 19), 699.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Mehr Interdisziplinarität wagen – über den Nutzen der Rechtstatsachenforschung

*Stella Dörenbach*[*]

## *Inhaltsübersicht*


I. Einführung 236

II. Möglichkeiten der Interdisziplinarität im Recht durch Empirie und Rechtstatsachenforschung 238

1. Verständnis des Rechtstatsachenforschungsbegriffs 238

a) Klassische Begriffsbestimmung 238

b) Erweitere Begriffsbestimmung 239

2. Konkrete Anwendungsbereiche 240

a) Rechtstatsachenforschung in der Gesetzgebungslehre 240

b) Zur Verwertbarkeit empirischer Erkenntnisse in der Rechtsanwendung und methodologische Bedenken 242

aa) Empirisches Wissen für Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen innerhalb des Subsumtionsvorgangs 242

bb) Normen, die Wertungsfragen aufwerfen 244

cc) Feststellen eines Wandels der Normsituation 245

dd) Freie Rechtsschöpfung 247

ee) Zwischenfazit 248

III. Mehr Interdisziplinarität wagen 249

1. Die „Datafizierung" der Gesellschaft oder „datenintensive Forschung" als Auswirkung auf das Recht 249

2. Schwierigkeiten der Interpretation und Herausforderungen der fachfremden Materie 250

3. Arbeitsteiliges Grundverständnis? 251

4. Methodenkompetenz in juristischer Ausbildung 252

IV. Fazit 253


---

* Besonderer Dank gilt Jan-Louis Wiedmann für rege Diskussion im Vorfeld und Dr. Fabian Bickel und Rico David Neugärtner für wertvolle Anmerkungen zum Text.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*„Wenn wir nur wüßten, wie Gesetze wirken …!“*[1]

## *I. Einführung*

Die persönliche Alltagserfahrung von Richter:innen beeinflusst den Prozess.[2] So ist beispielsweise die Rollenkonformität bzw. -diskonformität von Frauen von ausschlaggebender Bedeutung für das Urteilen des Gerichts.[3] Der Rollenbruch wird sanktioniert oder pathologisiert, Rollenkonformität dagegen mündet in milderer Behandlung.[4] Die Rechtstatsachenforschung (RTF), als ein Ansatz der Rechtssoziologie,[5] kann hier durch empirische Methoden eine kritische Reflexion anstoßen, indem sie soziale Zusammenhänge und gesellschaftliche Bedingungen das Recht betreffend offenlegt und ein kritisches Bewusstsein gegenüber ungefilterten Alltagserfahrungen weckt.[6] Von der Erforschung der Auswirkungen des Verfahrensrechts, wie dem Rückgang der Fallzahlen vor deutschen Zivilgerichten,[7] und Veränderungen innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit während der Covid-19-Pandemie[8] bis hin zu antizipativen Einschätzungen und Beurteilungen von späteren Urteilskonsequenzen schon beim Fällen des Urteils:[9] Die Anwendungsbereiche empirischer Untersuchungen zu rechtlichen Themen sind weit, betreffen aber nicht nur das Justizwesen. So könnte die RTF aufzeigen, dass die gängige Kündigungspraxis elementar vom gewollten Kündigungsschutz im Arbeitsrecht abweicht,[10] oder herausarbei-

1 *Böhret*, Wenn wir nur wüssten, wie Gesetze wirken …!, in: Letzgus (Hrsg.), Für Recht und Staat, Festschrift für H. Helmrich, 1994, S. 487 (487).
2 *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt, 2011, S. 76, zur Definition einer «Alltagstheorie» S. 38; *Bürkle*, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, 1984; *Brauweiler/Wörfel*, ZfRSoz 1982, 120 (140); *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, S. 77 f.
3 *Raab*, Männliche Richter – weibliche Angeklagte, 1993, S. 28 f.
4 *Raab*, Richter (Fn. 3), S. 30.
5 *Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2021, § 2 Rn. 61.
6 *Raiser*, Das lebende Recht, 3. Aufl., 1999, S. 47.
7 Institut für Rechtstatsachenforschung Konstanz, https://www.jura.uni-konstanz.de/institut-fuer-rechtstatsachenforschung/forschung/aktuelle-forschungsprojekte/der-rueckgang-der-fallzahlen-vor-deutschen-zivilgerichten/ (letzter Aufruf am 4.4.2022).
8 *Welti/Höland/Dahlke*, SGb 08.21, 480.
9 *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971, S. 21.
10 *Höland/Kahl/Zeibig*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz, 2007.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten, inwiefern sich die Realität von EU-Neuansiedlungsprogrammen für Geflüchtete von dessen Programmzielen unterscheidet.[11]

Dieses Plädoyer für mehr Empirie im Recht und für die RTF möchte dazu anregen, mehr Interdisziplinarität zu wagen. Die Forderung besteht darin, mehr empirische Rechtssoziologie in die bestehende Rechtsdogmatik zu integrieren, um Erkenntnisse der Sozialwissenschaften sinnvoll zu nutzen und um bestehende Defizite auszugleichen.

Auch wenn die Ängste vor einem „blinden Zahlenfetischismus"[12] und die Vorbehalte gegenüber einer Empirie innerhalb des Rechts ungebremst erscheinen mögen[13] (vermutet wird gar eine Ab- oder Geringschätzung der RTF unter Jurist:innen[14]) und ausgehend vom Beginn des 20. Jahrhunderts[15] die Kontroverse um eine „empirische Wende" im Recht bis heute nicht abzureißen scheint,[16] soll in diesem Beitrag zum einen gezeigt werden, dass eine Implementierung empirischer Erkenntnisse nicht mit dem Vorrang des Gesetzes konfligieren muss.[17] Zum anderen wird aus der sich rasant weiterentwickelnden „Datafizierung"[18] der Gesellschaft geschlossen, dass damit ein erhöhtes Potenzial für eine Verbesserung des Rechts, als auch erhöhtes Potenzial für Fehleranfälligkeit bei der Anwendung von empirischen Erkenntnissen einhergeht, was in einer Forderung für mehr interdisziplinäre Kompetenz in Form von Methodenkompetenz innerhalb der juristischen Ausbildung mündet.

Dadurch, dass die RTF interdisziplinär herangezogen werden kann, um bestehende Defizite im Recht zu neutralisieren, kann mit ihrer Anwen-

---

11 Institut für Rechtstatsachenforschung Konstanz, https://www.jura.uni-konstanz.de/institut-fuer-rechtstatsachenforschung/forschung/abgeschlossene-forschungsprojekte/das-zusammenspiel-zwischen-regelung-und-wirklichkeit/ (letzter Aufruf am 4.4.2022).

12 *Petersen,* Der Staat 49 (2010), 435 (451).

13 Kritisch u. a.: *Röhl,* Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; kritisch zum unhinterfragten Vertrauen in Zahlen: *Voßkuhle,* Das Konzept des rationalen Staates, in: Schuppert/Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 13 (24).

14 *Schwartze*, in: Ganner/Voithofer (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung, Tagungsband 2018, Vorwort, S. 7.

15 U. a. *E. Ehrlich, A. Nußbaum, E. Fuchs, H. Kantorowicz.*

16 Jüngst: *Petersen* (Fn. 12): „Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?", und Replik von *I. Augsberg,* Der Staat 51 (2012), 117: „Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft".

17 So die Vermutung von *Zimmermann* in diesem Band.

18 *Cukier/Mayer-Schoenberger,* Foreign Affairs 2013, 28 (29).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dung ein erster Schritt in Richtung einer „professionellen Ethik“[19] für Jurist:innen und damit ein Mittel für mehr Gerechtigkeit gesehen werden.

## *II. Möglichkeiten der Interdisziplinarität im Recht durch Empirie und Rechtstatsachenforschung*

Als interdisziplinäre Mittel kommen viele in Frage.[20] Hier soll der Fokus auf die Empirie als Mittel der Sozialwissenschaften gelegt werden. Die Einzelheiten des Begriffs der RTF und ihre Abgrenzung sind uneindeutig und umstritten,[21] sodass es zunächst einer Festlegung des Begriffsverständnisses für diesen Beitrag bedarf.

### *1. Verständnis des Rechtstatsachenforschungsbegriffs*

#### *a) Klassische Begriffsbestimmung*

Allgemein gefasst ist die RTF nichts anderes als angewandte[22] empirische – im Gegensatz zur theoretischen – Rechtssoziologie.[23] Die RTF selbst hat dabei keinen rechtssoziologischen Anspruch auf ein eigenes Erkenntnisinteresse bzw. darauf, eigene Theoriekonzepte zu erstellen, sondern sie bleibt sog. „juristische Hilfswissenschaft“.[24]

---

19 Begriff der „professionellen Ethik“ von *Baer,* Rechtssoziologie, 3. Aufl., 2017, § 2 Rn. 61; zu einer Berufsethik in der Justiz siehe auch *Seybold/Sandner/Weiß*, ARSP 101 (2015), 319 – 331.

20 U. a. Wirtschaftswissenschaften, Politologie, Psychologie, Philosophie und Literaturwissenschaften.

21 Geleitwort von *Bender,* in: Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., 2014, § 1 Rn. 6; *Baer,* Rechtssoziologie (Fn. 5), § 2 Rn. 67, 69; Geleitwort von *Rehbinder,* in: Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, 1968.

22 *Röhl,* Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, S. 22.

23 *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 35; oder nach *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 4 Rn. 52, auch: «empirische Sozialforschung das Recht betreffend».

24 *Voßkuhle,* Verwaltungsarchiv 85 (1994), 567 (570); dabei ist der Begriff „Hilfswissenschaft“ durchaus auch kritisch zu betrachten, könnte damit doch eine Abwertung der „anderen“ Wissenschaft verstanden werden. Allerdings soll damit m. E. nur verdeutlicht werden, dass die RTF an sich keine Entscheidungskompetenz hat, sie aber von Jurist:innen (als Hilfe) für ihre Entscheidungen herangezogen werden kann. Das macht sie nicht weniger wichtig.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ziel eines Betreibens von RTF ist eine „systematische Untersuchung der sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen, aufgrund derer einzelne rechtliche Regelungen entstehen, und die Prüfung der sozialen, politischen und sonstigen Wirkungen jener Normen."[25] Es geht bei der RTF somit um die Erforschung von rechtlich relevanten sozialen Tatsachen,[26] nämlich darum, die tatsächlichen Bedingungen sozialer Vorgänge zu ermitteln, um regelungsbedürftige Bereiche sachgerecht erfassen und gestalten zu können.[27] Hierbei soll eine sachgemäße Weiterbildung des Rechts dadurch erreicht werden, dass sich Gesetzgebung, Gerichte, die Verwaltung und die Rechtswissenschaft durch empirisch erforschte Daten ein Bild von den gesellschaftlichen Gegebenheiten machen.[28] Durch dieses möglichst genaue Bild von Rechtstatsachen sollen Jurist:innen einen besseren Bezug dazu erhalten, was sie mit rechtlichen Regelungen bewirken.[29] Als Mittel dient die empirische Sozialforschung mit ihren gängigen Datenerhebungstechniken wie beispielsweise Befragungen, Beobachtungen und Inhaltsanalysen.[30]

### *b) Erweitere Begriffsbestimmung*

In diesem Beitrag soll der Begriff der RTF weit aufgefasst werden, um den Leitgedanken einer interdisziplinären Anwendung von Empirie im Recht und die dahinführende Argumentation nicht aufgrund eines restriktiven Verständnisses von RTF limitieren zu müssen. Die Grenzen können verschwimmen zwischen dem klassischen RTF-Begriff (wenn es einen solchen überhaupt gibt) und rein soziologischen Erkenntnissen, welche in der Rechtsanwendung benutzt werden, aber nicht zwingend eigens dafür konzipiert wurden, um im Subsumtionsprozess Anwendung zu finden (für ein Beispiel siehe II.2.b.aa). Beides soll in der vorliegenden Arbeit berücksichtigt werden und findet unter dem Schlagwort der RTF Eingang in die Argumentation.

---

25 *Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung, in: Rehbinder (Hrsg.), Programmschriften und praktische Beispiele, 1968, S. 67.
26 *Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 118.
27 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl., 2022, Rn. 331.
28 *Raiser*, Beiträge (Fn. 26), S. 118.
29 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 19), § 2 Rn. 61.
30 *Schnell/Hill/Esser*, Methoden der empirischen Sozialforschung, 11. Aufl., 2018, S. 291 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch wird die RTF hier nicht auf ein Rechtsgebiet beschränkt. Die gängigen Methoden der RTF sind auf jedes Rechtsgebiet anwendbar, auch wenn die RTF traditionell häufig auf das Zivilrecht beschränkt wurde.[31]

Dieses weite Verständnis der RTF soll dazu dienen, alle gewinnbringenden Möglichkeiten der Empirie im Recht ausschöpfen zu können. Ziel des Beitrages ist es deutlich zu machen, dass die interdisziplinäre Arbeit mit empirischen Erkenntnissen möglich und zielführend ist – unabhängig von einem (engen) Begriffsverständnis.

## 2. *Konkrete Anwendungsbereiche*

*„Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik blind."*[32]

Zwar wird durch die RTF allein kein Zwang ausgeübt, ihre Erkenntnisse auch zu benutzen. Die Auswirkungen von rechtssoziologischen Untersuchungen können sich aber mittelbar zeigen:[33] Aufgrund von klareren Rechtstatsachen können Rechtsanwender:innen und -gestalter:innen ihre Entscheidungen und Handlungen anpassen und „wirklichkeitsnäher"[34] agieren, also den Versuch unternehmen, Entscheidungen nicht losgelöst von den sozialen Verhältnissen zu treffen. Das Potenzial empirischer Untersuchungen und der RTF ist somit nicht zu unterschätzen.

Die Forderung nach mehr Empirie im Recht führt zur Anschlussfrage, wie genau und wo diese sinnvoll in die Rechtsanwendung integriert werden kann. Potenzial für eine vermehrte Anwendung findet sich sowohl im Bereich der Rechtsetzung als auch innerhalb der Rechtsanwendung.

### *a) Rechtstatsachenforschung in der Gesetzgebungslehre*

Der Gesetzgeber als juristische und politische Instanz sollte allen voran ein Interesse daran haben, die Wirkungen seiner Gesetze zu erforschen, um Erfolg oder Misserfolg seiner Gesetzgebung adäquat beurteilen zu

---

31 *Raiser,* Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., 2013, S. 15.

32 *Kantorowicz,* Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, Neudruck 1962, S. 139.

33 *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 10.

34 Dabei ist der Begriff der „Wirklichkeit" nicht unumstritten. Kritisch bezüglich des Rückgriffs auf eine universale Erkenntnistheorie, welcher der Pluralität der (rechtlichen) Wirklichkeit(en) nicht gerecht wird, siehe *I. Augsberg*, Rechtstheorie 46 (2015), 71 (88).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

können.[35] Gesichertes rechtstatsächliches Wissen kann dazu beitragen, dass rechtspolitische Reformen in die gewollte Richtung gehen.[36] Zudem kann im Vorfeld durchgeführte RTF unter Umständen auch manche Änderung von Gesetzesbeschlüssen entbehrlich machen.[37] Konkret sollte die RTF den zu regelnden Lebenssachverhalt adäquat erfassen, beispielsweise durch das Herausstellen von Bedarfslagen.[38]

RTF wurde beispielsweise bei den Reformforderungen von Sterbehilfe im Jahr 2006[39] betätigt; auch soll die Kurzstudie „E-Voting – Alternative Wahlformen und ihre Absicherung“[40] aus dem Jahr 2022 als Basis für das öffentliche Fachgespräch im Deutschen Bundestag dienen, welche Expert:innen in umfassenden Interviews zu den Vor- und Nachteilen von E-Voting im Vergleich zu konventionellen Wahlverfahren durch persönliche Stimmabgabe in einem Wahlbüro befragt hat.

Neben der rechtsdogmatischen Einordnung sollten auch rechtstatsächliche Erkenntnisse berücksichtigt werden, da die empirisch erhobenen Daten zu Gesetzen führen können, welche eher der sozialen „Wirklichkeit“ entsprechen.[41]

---

35 *Hof*, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 16.

36 Gegen ein solches Vorgehen spricht lediglich der zeitliche Aspekt: Aufgrund der sich teilweise schnell entwickelnden Lage könnte dem Gesetzgeber oftmals die Zeit fehlen, in allen rechtspolitischen wichtigen Fragen eine empirisch fundierte Studie durchzuführen, siehe *Raiser*, Beiträge (Fn. 26), S. 126. Dadurch wird der Wert der RTF natürlich dahingehend relativiert, wenn eine zu lange Zeitspanne der RTF dieselbe ad absurdum führen würde, *Pappai*, Die Bedeutung von Rechtstatsachen für die Sozialgesetzgebung, in: Schulin/Dreher (Hrsg.), Sozialrechtliche Rechtstatsachenforschung – Probleme und Perspektiven, 1998, S. 45 (47).

37 *Pappai*, Rechtstatsachen (Fn. 36), S. 45 (45).

38 *Pappai*, Rechtstatsachen (Fn. 36), S. 45 (45).

39 *Schick,* NStZ 2006, 484.

40 VDI/VDE-IT als Konsortialpartner des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB) von April 2022, https://www.tab-beim-bundestag.de/downloads/Veranstaltungen/Thesenpapier_E-Voting_2022.pdf (letzter Aufruf am 10.4.2022).

41 *Strempel*, ZRP 1984, 195 (195).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *b) Zur Verwertbarkeit empirischer Erkenntnisse in der Rechtsanwendung und methodologische Bedenken*

Innerhalb des Rechtssetzungsprozesses kann das Recht somit von empirischer Rechtssoziologie profitieren.

Die RTF kann aber zudem Anwendung finden innerhalb der konkreten Rechtsanwendung und -auslegung, sowohl bei Gerichten als auch in der Verwaltung. Bei diesen Anwendungsbereichen könnten Konflikte mit der juristischen Methode und somit letztlich mit der Gewaltenteilung entstehen, welche wiederum die Grenzen des Plädoyers markieren.

Aufsteigend nach immer größer werdender Intensität des Einflusses von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen auf das Recht könnten rechtstatsächliche Erkenntnisse im Normensystem des geltenden Rechts schwerpunktmäßig Anwendung finden bei (aa) der Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen, also bei der Subsumtion unter den bereits bestimmten Zweck einer Norm, sowie bei (bb) Normen, welche Wertentscheidungen beinhalten, beim (cc) Feststellen eines Wandels der Normsituation und (dd) anknüpfend an die sog. „Freirechtslehre" bei der freien Rechtsschöpfung.

#### *aa) Empirisches Wissen für Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen innerhalb des Subsumtionsvorgangs*

Bei der Rechtsprechung wird ein Sachverhalt unter den Tatbestand einer bestimmten Norm subsumiert. Dabei kann es bestimmte Tatbestandsmerkmale geben, welche nur dann subsumierbar sind, wenn spezifisches rechtstatsächliches Wissen vorhanden ist.

Diese Frage stellt sich nicht nur bei Generalklauseln, sondern aufgrund der Komplexität der sozialen, technischen, medizinischen und natürlichen Welt bereits bei der Subsumtion unter Tatbestände, welche per se gesondertes Wissen beanspruchen. Diese sind dann nur subsumierbar, wenn hinreichendes rechtstatsächliches Wissen zu dem betroffenen Lebensbereich vorliegt. Warum auch hier das Stützen auf laienhaftes Wissen nicht immer zielführend sein kann, verdeutlicht die von *Petersen* gestellte Frage danach, ob es sich bei Sportwetten um „Glücksspiele" im Sinne des § 284 StGB handelt.[42] Bei der Auslegung des Begriffes „Glücksspiel" kann der Maßstab des Telos der Norm gewählt werden, welcher darin liegt, Anwen-

42 *Petersen* (Fn. 12), 440.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der:innen vor Spielsucht zu schützen (= normative Wertungsfrage, keine empirische); ausschlaggebend ist demnach der Suchtcharakter eines Spiels. Würden Sportwetten als spielsuchtfördernd klassifiziert werden, dann würde eine Subsumtion unter den Begriff „Glückspiel" dem Telos der Norm entsprechen, weil – dem Telos der Norm folgend – mit § 284 StGB vor Spielsucht geschützt werden soll. Ob aber ein konkretes Spiel oder eine Wette spielsuchtfördernd ist, ist hier eine empirisch zu beantwortende Frage, welche sich von einem Subsumtionsvorgang unterscheidet, bei dem kein spezifisches Fachwissen notwendig ist.[43] Bei der Frage danach, ob Sportwetten spielsuchtgefährdend sind, handelt es sich nämlich um eine Frage nach allgemeinen sozialen Gesetzmäßigkeiten und nicht nach Beobachtungen des Einzelfalls.[44] Die persönliche Meinung der Richter:innen, ob ein Spiel oder eine Wette spielsuchtfördernd ist, vermag hier zu unsachgemäßen Ergebnissen zu kommen. Hier wären empirische Methoden notwendig, um eine teleologische Auslegung bestmöglich realisieren zu können. Allgemeine Erkenntnisse über wirtschaftliche und soziale Rechtstatsachen müssten sich Richter:innen über die zuständigen Fachwissenschaften vermitteln lassen.[45] Als Rechtstatsachen in Betracht kommen generell technische, medizinische, sonstige naturwissenschaftliche und wirtschaftliche Abläufe, demographische Strukturen, homogene Personengruppen, gleichartige oder ähnliche Lebensbereiche, soziale Anschauungen, Wertungen und Normen.[46]

Bei der Frage, ob Sportwetten Suchtcharakter haben, wird deutlich, warum es sinnvoll ist, mit empirischen Methoden danach zu fragen, ob ein bestimmtes Spiel spielsuchtfördernd ist. Dieses Vorgehen führt – im Gegensatz zur Anwendung von sog. „Alltagstheorien"[47] –zielführender und genauer zu einer Subsumtion, die dem Telos der Norm näherkommt. Die Empirie spielt somit innerhalb der korrekten Anwendung der Me-

43 *Petersen* (Fn. 12), 441.

44 *Petersen* (Fn. 12), 442.

45 *Wulfhorst*, Richterliche Konkretisierung sozialrechtlicher Normen mit Hilfe von Rechtstatsachen, in: Schulin/Dreher, Rechtstatsachenforschung (Fn. 36), S. 53 (53).

46 *Wulfhorst* (Fn. 45), S. 54 f.

47 Alltagstheorien sind nicht wissenschaftlich geprüfte Hypothesen wie «Polizeibeamte sagen die Wahrheit», siehe *Lautmann,* Justiz (Fn. 2), S. 38; *Opp,* Soziologie im Recht, 1973, S. 98; *Baader,* Programmatische Bemerkungen, in: Schulin/Dreher, Rechtstatsachenforschung (Fn. 36), S. 29 (31). Weitere Beispiele für mangelnde Vereinbarkeit von Alltagstheorien mit sozialwissenschaftlich-empirisch gesicherten Theorien bei *Bürkle*, Richterliche Alltagstheorien (Fn. 2).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

thode eine entscheidende Rolle und steht dieser nicht entgegen. Empirische rechtssoziologische Ansätze sind in diesem Fall rechtsdogmatisch anschlussfähig.[48]

### *bb) Normen, die Wertungsfragen aufwerfen*

Ein weiterer Anknüpfungspunkt, an dem rechtstatsächliches Wissen in die gängige Rechtsanwendung integriert werden könnte, sind Wertentscheidungen des Rechts, also beispielsweise bei der Frage, was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht.[49] Hier entscheiden Richter:innen in der Praxis oftmals selbst[50] und stützen sich damit auf ihre Lebenserfahrung und Alltagstheorien.[51] Rechtstatsächliches Wissen könnte dazu beitragen, die Normen nicht nur auf subjektive Einschätzungen der Richter:innen zu stützen, sondern das eigene Empfinden bezüglich einer Wertungsfrage mit einer repräsentativen Erhebung innerhalb der Bevölkerung abzugleichen. Eine solche Einbeziehung von Umfragen der Bevölkerung bezüglich Wertentscheidungen kann allerdings nicht bedeuten, dass Rechtsdogmatik und Rechtspolitik durch Sozialwissenschaften verdrängt werden.[52] Rechtssoziologische Untersuchungen können – vereinfacht gesprochen – nur sagen, was ist, und nicht, was sein soll.[53] Auch wenn die Rechtsvorstellung und die Wertungen der allgemeinen Bevölkerung als grundsätzlich wichtig zu erachten sind, dürfen herrschende Rechtsüberzeugungen nicht mit dem Recht gleichgesetzt werden – das Recht soll ja gerade das Sozialleben steuern und ggf. korrigieren.[54] Es kann mithin lediglich eine Berücksichtigung der Rechtstatsachen erfolgen, keine Ersetzung einer solchen Wertung.[55] Dennoch darf die Bedeutung von fundiertem Rechtstatsachenwissen für Wertentscheidungen nicht unterschätzt werden, geben sie den Richter:innen ein adäquates Mittel an die Hand, ihre eigenen subjektiven Erfahrungen und moralischen Einschätzungen eigenverantwortlich zu reflektieren und mit der Mehrheits-

48 *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 311.
49 Vertiefend *Teubner,* Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 18 f.
50 *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 2 Rn. 13.
51 Siehe Fn. 47.
52 *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 2 Rn. 29.
53 *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 2 Rn. 29.
54 *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 2 Rn. 29.
55 *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 2 Rn. 29.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

meinung der Bevölkerung abzugleichen und ihre eigenen Überzeugungen kritisch zu bewerten.

### *cc) Feststellen eines Wandels der Normsituation*

„Normen stehen ständig im Kontext sozialer Verhältnisse und der gesellschaftlichen-politischen Anschauungen, auf die sie wirken sollen."[56] Die RTF kann – wie in II.1.a) dargestellt – dazu beitragen, dass gesellschaftliche Veränderungen sichtbar gemacht werden. Diese gesellschaftlichen Veränderungen wiederum können Anlass dazu geben, die bisherige Auslegung von Normen anzupassen. Die präzisere Darstellung der sozialen Realität durch die RTF stellt somit wiederum ein Einfallstor dar, durch das die empirische Rechtssoziologie gewinnbringend in der gängigen Rechtspraxis Anwendung finden kann.

Jede Norm unterliegt dem Wirkungszusammenhang ihrer Zeit – dabei kann es vorkommen, dass sich die vom Gesetzgeber ursprünglich intendierte Wirkung nach einiger Zeit in solcher Weise auswirkt, wie er es weder bedacht hat, noch billigen würde.[57] Haben sich die tatsächlichen Verhältnisse oder Gepflogenheiten, welche sich der Gesetzgeber vorgestellt hatte, in solcher Weise geändert, dass die konkrete Norm auf die sich verändernden Verhältnisse nun nicht mehr zu passen scheint, kann von einem Wandel der Normsituation gesprochen werden.[58]

Die empirische Rechtssoziologie kann dabei helfen, ein rechtstatsächliches, realitätsnahes Abbild der sozialen „Wirklichkeit" zu liefern und damit einen Wertewandel sichtbar machen, der zu einem eventuellen Normwandel führt, und damit zu einer Verbesserung der Rechtswirklichkeit beitragen. Als Beispiel könnte die Frage dienen, ob nach § 569a a. F. BGB nichteheliche Lebenspartner:innen in den Mietvertrag des verstorbenen Mieters eintreten können, obwohl nach § 569a a. F. BGB nur den Ehegatten (Abs. 1 S. 1), den Kindern oder den Familienangehörigen (Abs. 2) ein solches Recht zustand.[59] Nach dem subjektiven Willen des Gesetzgebers aus dem Jahr 1964 kann geschlossen werden, dass nichtehelichen Lebenspartner:innen kein Eintrittsrecht in den Mietvertrag gestattet werden sollte.

---

56 BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 288 – Soraya.
57 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 171.
58 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 57), S. 170 f., Zum Begriff der Normsituation siehe: *Jagusch*, Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ) 1947, 295 (295).
59 Beispiel übernommen aus *T. Möllers,* Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 6 Rn. 74.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das BVerfG stützt sich allerdings im Jahr 1990 auf „veränderte gesellschaftliche Verhältnisse“ und bejaht einen solchen Eintritt in den Mietvertrag auch für nichteheliche Partner:innen: Die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft sei als Erscheinung des sozialen Lebens anerkannt.[60] Ein solcher Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse kann durch RTF genauer und wissenschaftlich fundierter festgestellt werden. Gesellschaftliche Fragen, die Randgruppen betreffen und welche mit dem Alltag der Richter:innen nicht zwingend in Berührung geraten, könnten durch RTF sichtbar gemacht werden. Wie groß ist die Wohnungsnot in Großstädten tatsächlich? Wie sieht generell die Lebensrealität von Minderheiten aus? Von welchen gesetzlichen Regelungen werden sie besonders hart getroffen?

Da für einen Wandel der Normsituation die Unzulänglichkeit der bisherigen Rechtsprechung „evident“ geworden sein muss,[61] ist die Abgrenzung oft schwierig, wann von einem solchen Wertewandel gesprochen werden kann und wann nicht. Gerade deshalb bedarf es eines systematischen Vorgehens mit empirischen Erhebungen, um einen (vermeintlichen) Wertewandel nicht subjektiv feststellen zu müssen. Bei dieser spezifischen Herausarbeitung der sozialen „Wirklichkeit“ kann die RTF somit wertvolle Beiträge leisten.

Ob und wann eine dynamische Auslegung zu erfolgen hat, ist eine Frage der Rechtstheorie und der juristischen Methodenlehre, teilweise aber auch des materiellen Rechts selbst, insbesondere auch des Verfassungsrechts – aber nicht der Interdisziplinarität. Denn unabhängig davon, ob eine geänderte Auslegung aufgrund eines Normwandels befürwortet wird oder nicht – die Entscheidung sollte auf Basis einer belastbaren Rechtstatsache erfolgen.

60 BVerfG, Beschl. v. 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6, Rn. 15 f.: „Die Auslegung (vgl. LG Hamburg, 1988-02-01, 11 S 398/87, WuM 1989, 304), der nichteheliche Lebenspartner des verstorbenen Mieters könne als ‚anderer Familienangehöriger‘ iS BGB § 569a Abs. 2 S 1 angesehen werden und sei deshalb berechtigt, in das Mietverhältnis einzutreten, ist – insbesondere hinsichtlich der Annahme veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse seit Einführung von BGB § 569a […] – vertretbar und hält sich im Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung.“

61 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 57), S. 171.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### *dd) Freie Rechtsschöpfung*

Der Anwendungsbereich der RTF könnte noch weitergezogen werden. Etwa indem der RTF ein so großes Gewicht beigemessen wird, dass sie im Ernstfall entgegen der geltenden Rechtslage als Entscheidungsgrundlage herangezogen wird. Dieser Gedanke knüpft an die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts bestehende Schule der „Freirechtslehre“[62] an, welche durch soziale Normen, also das lebende Recht, Rechtslücken schließen und sich damit auf die Richterpersönlichkeit stützen wollte.[63] Im Grunde genommen sollte mit der Freirechtslehre „frei vom Gesetz“[64] gearbeitet werden. Nach *Ehrlich* sollten Richter:innen sich zwar methodengerecht an das Gesetz halten – sollten die gängigen Auslegungsmethoden aber versagen, so seien die Richter:innen frei, nach ihrem eigenen Judiz zu entscheiden.[65] Durch die freirechtliche Theorie sollte letztlich der Richterspruch aufgewertet werden[66] – das Gegenteil vom oftmals so titulierten „Paragraphenautomaten“[67].

Diesen Gedanken der Freirechtslehre weiterdenkend, könnte den Erkenntnissen der RTF auch ein derartig starkes Gewicht zugestanden werden, dass sie im Ernstfall entgegen der geltenden Rechtslage als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden könnte. Beispielsweise wurde durch empirische Studien festgestellt, dass die strikte Anwendung des Nettoeinkommensprinzips bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe Menschen, die am Existenzminimum leben, systembedingt härter trifft und damit arme Menschen systematisch diskriminiert werden.[68] Möchten Richter:innen

---

62 Einer der „geistigen Führer“ – so *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 104 – der Freirechtsbewegung war *Eugen Ehrlich* (1862 – 1922) u. a. mit seinem Werk „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ aus dem Jahr 1903. Der Name „Freirechtslehre“ ist eine bewusste Analogie zu „freireligiös“, siehe *Kaufmann,* Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004, S. 121. Bekannte Vertreter auch *Ernst Fuchs* mit „Was will die Freirechtsschule?“, von 1929 und *Oskar Bülow* mit „Gesetz und Richteramt“ aus dem Jahr 1885.

63 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 2 Rn. 56.

64 *Kaufmann,* Problemgeschichte (Fn. 62), S. 121.

65 *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 104.

66 *Dubischar*, Einführung in die Rechtstheorie, 1983, S. 50.

67 *Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Rechtssoziologie, 5. Aufl., 1980, S. 826.

68 *Wilde*, MschKrim 2015, 348 (357).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von diesem „widersprüchliche[n] Gesetzestext“[69] abweichen und stattdessen das Einbußeprinzip anwenden, würden sie sich explizit gegen den Gesetzgeber wenden.[70] Bei einem solchen Vorgehen würden den Erkenntnissen der Sozialwissenschaften ein stärkeres Gewicht beigemessen werden als der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Dieses Vorgehen kann zwar im Einzelfall ein Mehr an Gerechtigkeit erbringen, öffnet aber auch Tür und Tor für willkürliche Entscheidungen einzelner Richter:innen ohne demokratische Basis und kann ebenso ins Gegenteil umschwenken. Auch wenn sich die Entscheidungen im Einzelfall auf – wissenschaftlich fundierte – sozialwissenschaftliche Erkenntnisse stützen: Richter:innen würden sich bei einem solchen Vorgehen zum Gesetzgeber erheben und einen eindeutigen Bruch mit dem Vorrang des Gesetzes und damit der Gewaltenteilung vornehmen. In diesem Sinne ist somit die Anwendung von RTF abzulehnen, da eine solche „freie“ Anwendung von RTF den dogmatischen Anknüpfungspunkt verliert und den Rechtstaat gefährdet.

### *ee) Zwischenfazit*

Die große Gefahr bei Ablehnung jeglicher Interdisziplinarität in der Rechtsanwendung besteht in der potenziellen Beliebigkeit einer Auslegung ohne empirisches Fundament, bei der sich Richter:innen auf Alltagstheorien und subjektive Erfahrungen stützen, welche keiner wissenschaftlichen Kontrolle unterzogen wurden.[71] Diese Art der Auslegung kann zwar im Einzelfall mehr Rechtsschutz zulassen,[72] allerdings ist die wissenschaftlich befriedigendere Art der Auslegung jene, die sich nicht auf die persönliche Einschätzung und Wertung einer (richterlichen) Person stützt, sondern den Versuch unternimmt, sich auf ein repräsentatives Faktum zu stützen, um ein Mehr an Gerechtigkeit erlangen zu können.

These: Die Ergebnisse empirischer Untersuchungen „verwässern“ somit nicht zwangsläufig die juristische Methode. Vielmehr müssen methodologische Zweifel differenziert betrachtet werden:

---

69 *Wilde* (Fn. 68), 348.
70 *Wilde* (Fn. 68), 356.
71 *Brauweiler/Wörfel* (Fn. 2), 129 f.
72 Zur prozessualen Wahrheit siehe *Tischbirek,* Wessen empirische Wende? – Interdisziplinarität zwischen Rechtswissenschaft und -praxis, Rechtsempirie v. 21.12.2020.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(1) Innerhalb des Subsumtionsvorgangs fügt die Soziologie dem Forschungsinstrumentarium der Rechtswissenschaft eine Erweiterung hinzu, indem sie auf empirische Ergebnisse zurückgreift,[73] und Fachwissen bereitstellt, welches bei bestimmten Normen für die Subsumtion unter fachwissenschaftlich geprägte Tatbestandsmerkmale erforderlich ist. Empirische Ergebnisse können somit in den Rechtsverwirklichungsprozess integriert werden, da sich ihre Anwendung in die gängige Dogmatik einfügt. Bei entsprechender Methodenkompetenz (III.4.) sollten diese sozialwissenschaftlichen Kenntnisse berücksichtigt werden.

(2) Die RTF kann ein Instrument sein, um die kritische Selbstreflektion von Richter:innen bei Wertentscheidungen zu fördern. Wichtig ist hier von einem Sein nicht auf ein Sollen zu schließen.

(3) Ein Wandel der Normsituation sollte bestmöglich mit RTF festgestellt werden. Hier ist Interdisziplinarität wichtig, da mit der veränderten Auslegung, welche nicht vom damaligen Gesetzgeber intendiert war, Gefahren für den Rechtsstaat einhergehen, sollten Richter:innen Wertewandel ausschließlich auf subjektive Erfahrungen stützen.

(4) Bei einer freien Rechtsschöpfung entgegen der geltenden Rechtslage bleibt kein Raum für die RTF, weil damit die Rechtswissenschaft von der Sozialwissenschaft verdrängt werden würde.

## *III. Mehr Interdisziplinarität wagen*

### *1. Die „Datafizierung" der Gesellschaft oder „datenintensive Forschung" als Auswirkung auf das Recht*

Ein Punkt, der die RTF in ein weiteres und differenzierteres Licht rückt, ist das Voranschreiten der Digitalisierung[74] und der damit einhergehende Transformationsprozess des Wissenschaftssystems aufgrund von datenintensiverer Forschung im digitalen Zeitalter.[75] Die neue Wissenslage der Gesellschaft darf nicht falsch eingeschätzt oder übersehen werden.[76] Im

73 *Raiser*, Grundlagen (Fn. 31), S. 6.

74 So auch *Walter,* Über Fakten und Normen in Jurisprudenz und Wissenschaft, Rechtsempirie v. 14.1.2021.

75 Wissenschaftsrat, Positionspapier (Drs. 8667-20): Zum Wandel in den Wissenschaften durch datenintensive Forschung, Oktober 2020, S. 23.

76 *Spinner,* ZAW 1988, 328 (329).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gegensatz zum ersten Aufkommen der RTF vor 100 Jahren[77] kann die Wissenschaft auf immer mehr Daten zugreifen[78] – heutige Jurist:innen sehen sich einer datenintensiven Wissenschaft gegenüber, in der ein herannahender Kulturwandel gesehen werden kann:[79] „Die Frage, die uns beschäftigt, ist nun nicht: Wie kann man an dieser Entwicklung etwas ändern? – Denn das kann man nicht. Sondern: Was folgt aus ihr?“[80] *Max Weber* folgend hat diese Eröffnung von neuen Möglichkeiten Auswirkungen auf das Wissenschaftssystem an sich[81] und somit auch auf die Rechtswissenschaft und die Frage nach der Interdisziplinarität. Da die Daten vermehrt fachübergreifend benutzt werden können, erhöht sich ebenso der Bedarf an interdisziplinärem Austausch hierzu.[82]

## 2. *Schwierigkeiten der Interpretation und Herausforderungen der fachfremden Materie*

Verschließen sich Jurist:innen nicht dieser Entwicklung, stellt sich die Frage, was das für die juristische Arbeit bedeutet. Obwohl aus der „datafizierten“[83] Gesellschaft folgt, dass es mehr Daten und somit mehr potenziell nutzbares Wissen gibt, kann niemand das gesamte vorhandene Wissen beherrschen; eine vollständige Erkenntnis ist nicht möglich. Aufgrund der Geschwindigkeit, mit der neues Wissen hinzukommt und auch wieder veraltet, kann von einem „Wissensproblem in der Wissensgesellschaft“[84] gesprochen werden.

Sowohl diese Masse an Informationen als auch die rasche Verfügbarkeit neuer Daten gehen mit einer erhöhten Fehleranfälligkeit bei der Interpretation und der Auswertung dieser Daten einher. Wenn Gerichte beispielsweise beurteilen müssen, ob Greenpeace-Gutachten belastbar sind oder

77 *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, in: *Rehbinder,* Rechtssoziologie (Fn. 21), § 4 Rn. 52. Als Begründer der Soziologie, die das Soziale als Tatsache behandelt, gilt *Émile Durkheim* (1858 – 1917), siehe *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 2 Rn. 62.
78 Wissenschaftsrat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 11.
79 Wissenschaftsrat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 24.
80 *Max Weber*, in: Marianne Weber (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik, 1988, S. 414.
81 Wissenschaftsrat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 11.
82 Wissenschaftsrat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 29.
83 *Cukier/Mayer-Schoenberger,* Big Data (Fn. 18), 28 (29).
84 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 3 Rn. 7.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht,[85] bedarf es Kompetenzen bezüglich des Umgangs mit empirischen Methoden und Daten. Es bedarf einer kritischen Reflexion, um in die Schwierigkeiten, die Begrifflichkeiten, die Gedankenwelt an sich und die Methoden der Soziologie eindringen zu können.[86] Denn für die der Soziologie fachfremden Jurist:innen gibt es Schwierigkeiten, sowohl in der Umsetzung als auch in der Interpretation von (empirisch erhobenen) Daten.[87] Gefahren umfassen unter anderem die Fehlinterpretation von Daten, die Verwendung von manipulierten oder illegal akquirierten Daten, die Fehlanwendung von Methoden oder das Übersehen von Rechenfehlern.[88]

Während manche Gerichte Greenpeace als sachkundigen Dritten titulierten,[89] äußerten andere Zweifel an der Belastbarkeit ihrer Gutachten.[90] Ohne ein soziologisches Basiswissen können Richter:innen – aber auch Anwält:innen – nicht erkennen, ob die wissenschaftlichen Möglichkeiten des Vereins mit staatlichen Wissenschaftseinrichtungen mithalten können. Hierfür bedarf es Wissen darüber, welche Möglichkeiten der Datenerhebung und -auswertung überhaupt existieren und auf dem neusten Stand sind.

### *3. Arbeitsteiliges Grundverständnis?*

Um diese Problematik zu umgehen, könnte darauf geschlossen werden, ein arbeitsteiliges Interdisziplinaritätsverständnis zu befürworten, denn natürlich darf keine Disziplin, weder die „reine" Rechtswissenschaft, noch die Soziologie in Dilettantismus abgleiten.[91] Während Jurist:innen in dem ihnen bekannten Feld der reinen juristischen (dogmatischen) Rechtsarbeit verbleiben, wird für alle Fragen der Empirie auf ausgebildete Soziolog:innen verwiesen. Interdisziplinäres Arbeiten bedeutet dahingehend, dass eine Zusammenarbeit mehrerer Disziplinen stattfindet, die sich von ihren jeweiligen Erkenntnissen berichten.[92] Beispielhaft sind hierfür die Entscheidung über die Schuldunfähigkeit des Täters bei Strafsachen oder die

85 *Rath,* Dauergast in allen Gerichten, Legal Tribune Online v. 13.2.2022.
86 *Raiser,* Grundlagen (Fn. 31), S. 11.
87 *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 37.
88 Wissenschaftsrfat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 28.
89 BVerfG, Beschl. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246 – 396, Rn. 326.
90 OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 31.1.2007 – Az. 4 KS 2/04, S. 37.
91 *Raiser,* Beiträge (Fn. 26), S. 132.
92 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 3 Rn. 5.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frage, ob zivilrechtlich ein Sachmangel vorliegt.[93] In diesen Fällen werden schon heute fachfremde Gutachter:innen hinzugezogen und Erkenntnisse aus anderen Disziplinen genutzt. Diese Interaktionsform kann entweder durch Zusammenarbeit mehrerer Wissenschaftler:innen aus unterschiedlichen Disziplinen erfolgen oder durch eine Einzelperson mit multidisziplinärer Qualifikation, sog. „persönliche[r] Interdisziplinarität".[94] Jurist:innen sind somit entweder selbst interdisziplinär ausgebildet und haben beispielsweise ein Doppelstudium absolviert und können beide Fachbereiche kompetent abdecken oder sie arbeiten eng mit Fachpersonen aus dem betreffenden Gebiet zusammen. Das arbeitsteilige Grundverständnis ist bereits häufiger anzutreffen bei medizinischen, naturwissenschaftlichen oder technischen Fachdisziplinen,[95] aber paradoxerweise bei sozialwissenschaftlichen Fragestellungen noch eher selten.[96]

## *4. Methodenkompetenz in juristischer Ausbildung*

Doch auch das arbeitsteilige Zusammenwirken verlangt von Jurist:innen einen gewissen Grundstock an Wissen bezogen auf empirische Fragen, um eine hinreichende Kommunikation zwischen den Fachkulturen entstehen zu lassen und um einen eigenverantwortlichen Umgang mit den zur Verfügung stehenden Daten gewährleisten zu können. Die empirische Perspektive ist durch Fragestellung, Vorverständnis, Methodenwahl und Wertungen aller Art bestimmt. Die Aufgabe der Universitäten ist, es hier systematisch Kompetenzen bezogen auf den Umgang mit Daten und Methoden zu vermitteln.[97] Heute gehört es nicht zur Ausbildung von Jurist:innen, einschätzen zu lernen, was unter „Zustimmungstendenz in Interviews", „Definition der Grundgesamtheit" oder „Selektivitätsproblemen" gemeint ist[98], obwohl das zum Grundrepertoire der Sozialforschung gehört und Jurist:innen helfen könnte beim Umgang mit Daten. Denn Ziel ist, einschätzen zu können, inwieweit aus erhobenen Daten auf das Bestehen allgemeiner Gesetzmäßigkeiten geschlossen werden kann.[99] Studierende könnten daher von einer Integration empirischer Erkenntnisse in

93 *Lepsius*, JZ 2005, 1 (3).
94 *Laitko*, Lifis Online 2011, S. 8.
95 *Lepsius* (Fn. 93), 3.
96 *Lautmann,* Justiz (Fn. 2), S. 76.
97 Wissenschaftsrat, Datenintensive Forschung (Fn. 75), S. 7 – 8.
98 *Schnell/Hill/Esser*, Methoden (Fn. 30), S. 323, 239, 381.
99 *Petersen* (Fn. 12), 450.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Rechtswissenschaft profitieren, vor allem in Hinblick darauf, dass es um die ganzheitliche Ausbildung von Jurist:innen geht, die den Herausforderungen der Zukunft gewachsen sind. Gewollt sind kompetente Jurist:innen, die sich vor Big Data und empirischer Methodik nicht verschließen, sondern die ein ganzheitliches Bewusstsein für die in Zukunft dominierende Technik entwickeln. Dabei geht es nicht darum, Jurist:innen auf das Niveau ausgebildeter Soziolog:innen zu bringen, sondern um interdisziplinäre Kompetenz in Form von Methodenkompetenz.[100] Daher sollte die RTF mehr in den Fokus der juristischen Ausbildung rücken[101] und die Grundlagen der empirischen Rechtssoziologie als Grundlagenfach in die juristische Ausbildung integriert werden.

## *IV. Fazit*

> *„Wissen um das Phänomen Recht trägt also auch dazu bei, Recht einigermaßen verlässlich als ein Mittel zur Erreichung von Gerechtigkeit nutzen zu können.*“[102]

Da die RTF einen konkreten Blick auf „die Wirklichkeit“[103] wirft, bietet gerade sie konkrete Ansätze zur Rechtskritik. Zwar darf nicht der Fehler begangen werden, sich die Lösung juristischer Fragen allein durch Sozialtatsachen zu erhoffen.[104] Die RTF kann allerdings eine solide Kenntnis der Tatsachen erarbeiten und gegen Vorurteile und Alltagstheorien ankämpfen, welche auf einer selektiven Wahrnehmung der Rechtswirklichkeit beruhen könnten.[105] Denn durch das Heranziehen empirischer Erkenntnisse können die eigenen (teilweise unbewussten) Einstellungen und persönlichen Erfahrungen über die Welt noch einmal einer Prüfung unterzogen werden. Unter der Prämisse, dass das Endziel eine Verbesserung des Rechts darstellt,[106] bieten empirische Erkenntnisse und die RTF somit einen Weg fort von der subjektiven Meinung der einzelnen Rechtsprechenden hin

---

100 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 3 Rn. 8; § 10 Rn. 4.
101 Vgl. *Büllesbach*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung (Fn. 62), S. 401 (402): „In der Lehre, die bisher nur Normwissenschaft und die Dogmatik der Jurisprudenz vermittelte, fehlt die Empirie.“ Zu praktisch nutzbaren Vorstößen siehe *Hamann*, JURA 2017, 759 – 769.
102 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 19), § 2 Rn. 61.
103 Siehe Fn. 34.
104 *Lepsius* (Fn. 93), 12.
105 *Raiser*, Beiträge (Fn. 26), S. 137.
106 *Raiser*, Beiträge (Fn. 26), S. 143.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu einem wissenschaftlich fundierten und reflektiertem Umgang sowohl mit Einzelfragen, als auch im „Großen Ganzen", wenn es beispielsweise um grundlegende Haltungen geht: „Auf diesem Wege kann es der Rechtssoziologie gelingen, die Denkgewohnheiten der Jurist:innen kritisch zu durchleuchten, ihre Aufmerksamkeit auf Zusammenhänge zu richten, die bislang nicht genügend beachtet wurden, und ihnen neue Argumentationsmuster zur Verfügung zu stellen."[107]

Die RTF kann somit ein Beitrag zur Steigerung von Gerechtigkeit sein,[108] wenn sie wahrgenommen und beachtet wird. Ein kontinuierliches interdisziplinäres Heranziehen der anderen Wissenschaft kann letztlich helfen, die Grundlage dafür zu sein, eine professionelle Ethik als Jurist:in zu entwickeln und zu pflegen.[109] Wie genau sich eine Ethik letztlich für Jurist:innen formulieren lässt, ist die spannende Anschlussfrage. Denn durch die RTF allein wird freilich kein Zwang ausgeübt, ihre Erkenntnisse auch zu benutzen. Eine solche Normativität im Sinne einer Ethik müsste erst etabliert werden. Dieser Beitrag soll als erster Schritt für eine solche Ethik dienen, indem er aufzeigt, dass empirische Erkenntnisse und die RTF als interdisziplinäre Mittel rechtsdogmatisch anschlussfähig sind und die Integration der Erkenntnisse einer anderen Wissenschaft somit prinzipiell möglich ist.

Zudem schreitet der Wandel hin zu einer datenintensiveren Wissenschaft weiter voran. Da es in Zukunft noch mehr und noch bessere Möglichkeiten und Methoden geben wird, an empirische Erkenntnisse und Rechtstatsachen heranzukommen und damit ein genaueres Abbild der „Wirklichkeit" zu geben, sollten sich Jurist:innen nicht dieser neuen Entwicklung verschließen, sondern sie für sich und eine bessere Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zu Nutze machen und sich öffnen für neue Wege und Methoden des arbeitsteiligen und interdisziplinären Zusammenwirkens unter dem Motto einer „Kultur des Teilens"[110] im Wissenschaftssystem. Denn empirische Erkenntnisse können einen entscheidenden Beitrag darstellen, das Recht besser zu machen: Sie können Alltagstheorien entgegenwirken und eine kritische Reflexion anstoßen. Nun gilt es mehr Interdisziplinarität zu wagen – denn ob wir wollen oder nicht: die tatsächliche Welt ist ein essenzieller Bestandteil der Juristerei. Um gute

107 *Raiser,* Recht (Fn. 6), S. 43.
108 *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 2 Rn. 61.
109 *Baer,* Rechtssoziologie (Fn. 5), § 2 Rn. 61.
110 Wissenschaftsrat, Positionspapier (Drs. 8694-20): Wissenschaft im Spannungsfeld von Disziplinarität und Interdisziplinarität, Oktober 2020, S. 53.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Jurist:innen zu sein, müssen wir sie daher besser verstehen – dies gelingt am besten interdisziplinär.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortung und Umwelt

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Generationen: Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in der Zeit

*Svenja Behrendt*

## *Inhaltsübersicht*


| | | |
|---|---|---|
| I. | Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis | 262 |
| II. | Die Dynamik im Mitgliederbestand des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses | 265 |
| III. | Rechtfertigungslasten wegen künftiger Interessen bereits existenter Grundrechtsträger | 266 |
| IV. | Rechtfertigungslasten gegenüber künftigen Grundrechtsträgern | 270 |
| V. | Ergebnis und Ausblick | 273 |


Eine grundrechtliche Verantwortung zugunsten künftiger Generationen – da denkt man vermutlich mehr oder minder direkt an den Klimawandel und den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz.[1] Die dadurch angesprochene temporale grundrechtliche Dimension ist aber nicht begrenzt auf den Klimawandel. Überall dort, wo man mittel- und langfristig „Fakten schafft", wird das Thema diskutiert. Das zeigen beispielsweise die Diskurse zur Staatsverschuldung, zu sozialstaatlichen Programme wie dem Rentensystem sowie zur Reproduktionsmedizin.[2] Dabei fällt auf, dass die grundrechtlichen Fragen und Probleme keineswegs stets gleich gelagert sind. Trotz der Unterschiede gibt es einen gemeinsamen Nenner: Den Einfluss des Faktors „Zeit" auf grundrechtliche Ansprüche und Pflichten und das Problem der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten

1 BVerfGE 157, 30.

2 Vgl. exemplarisch *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl., 2018, GG, Art. 3 Rn. 214; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 114 ff.; *Häberle*, in: FS Zacher, 1998, S. 215 (228 ff.); *G. Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 6 und in Bezug auf die Sozialversicherungssysteme *Fuest*, in: Goldschmidt (Hrsg.), Generationengerechtigkeit, 2009, S. 153. Die Diskussion wird häufig auch unter dem Schlagwort der Nachhaltigkeit geführt.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über in der Zukunft bestehende Zustände. In diesem Beitrag, in welchem ich mich des Themas aus grundrechtstheoretischer, konzeptioneller Perspektive annehme, spielen die zeitliche Komponente und die epistemische Problematik eine zentrale Rolle. Es geht um die generelle grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Grundrechtsträgern und Generationen. Die einzelnen Anwendungsfelder einer solchen Verantwortung (Klima, Finanzen etc.) werden nicht konkret thematisiert. (Da es sich um Fallgruppen einer grundrechtlichen Verantwortung handelt, sind die Ausführungen aber auch als Beitrag zu diesen Diskussionen zu verstehen.)

Eine Verantwortung gegenüber künftigen Generationen wird mal als Staatsaufgabe, mal als Staatsziel diskutiert.[3] Eine grundrechtliche Verankerung wird primär über die objektive Dimension der Grundrechte in Betracht gezogen.[4] Über die Frage, ob Angehörige künftiger Generationen bereits heute als Grundrechtssubjekte anzusehen sind, meint man hinweg zu kommen, weil der objektiv-rechtlichen Pflicht ein Selbststand zukomme: Die Existenz eines Grundrechtsträger sei wegen der objektivrechtlichen Verankerung rechtlich irrelevant.[5] Über die Tragfähigkeit eines solchen Ansatzes ließe sich jedoch streiten; die rechtstheoretische Belastbarkeit der These, dass es Pflichten gebe, denen kein Anspruch korrespondiere, ist jedenfalls nicht selbstverständlich.[6] In der Literatur wird u. a. erwogen, diese Probleme durch Stellvertreter oder mithilfe eines Potenzia-

3 Vgl. *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 51, 489; *Kahl*, ZRP 2014, 17; *ders*., Nachhaltigkeitsverfassung, 2018, S. 12, 21 ff.; *ders*., DÖV 2009, 2.

4 *Appel*, Zukunftsvorsorge (Fn. 3), S. 117 f.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 207 ff.; *Hofmann*, ZRP 1986, 87; *ders*., Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, S. 258 ff. Im Ergebnis auch einen objektiv-rechtlichen Rechtsschutz befürwortend; *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, 2017, S. 587. Im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 20a GG vgl. auch *Huster/Rux* in: BeckOK-GG, 50. Ed. 15.2.2022, Art. 20a Rn. 17.

5 So beispielsweise *Appel*, Zukunftsvorsorge (Fn. 3), S. 118.

6 Instruktiv *Stepanians*, in: ders. (Hrsg.), Individuelle Rechte, 2007, S. 7; vgl. auch *Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte, erscheint 2022, insbes. Kap. 19 C. II. In der Diskussion um eine Verantwortung gegenüber künftigen Generationen daher zu Recht kritisch *Kleiber*, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 164.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

litätsarguments[7] (künftige Rechtsträger seien potenzielle Rechtsträger und deshalb sei ihnen schon jetzt eine Rechtsposition zuzuerkennen) zu überwinden. Das zentrale rechtstheoretische Problem, inwiefern eine rechtliche Pflicht bestehen kann, obwohl es noch keinen Rechtsträger gibt, wird durch diese Ansätze jedoch nicht gelöst.

Letzten Endes ist man sich in der Literatur weitgehend einig, dass eine Verantwortung gegenüber künftigen Generationen im Grunde nur als Selbstverpflichtung der gegenwärtig lebenden Rechtsgemeinschaft begründbar ist. Kein Ansatz wird über diesen Gesichtspunkt vollends hinweg kommen können, da eine rechtliche Verpflichtung ein entsprechendes positives Recht voraussetzt. Was positiv-rechtlich gilt, wird stets von der gegenwärtig lebenden Gesellschaft determiniert bzw. ist zumindest von ihr abänderbar. Dennoch macht es in der gegenwärtig herrschenden Lesart des Verfassungsrechts einen erheblichen Unterschied, ob eine Pflicht subjektiv-rechtlich grundrechtlichen Ursprungs ist oder ob sie lediglich im Sinne einer etwas diffus bleibenden Staatsaufgabe bzw. objektiv-rechtlichen Verpflichtung zu verstehen ist. Um eben jene subjektiv-rechtliche grundrechtliche Begründbarkeit geht es im Folgenden.

In diesem konzeptionell angelegten Beitrag nähere ich mich dem Thema aus grundrechtstheoretischer Perspektive. Beginnen werde ich mit einer kurzen Vorstellung des Grundkonzeptes des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses. Anschließend werde ich es in seiner temporalen Dimension weiterentwickeln. Dabei werde ich mich zum einen der Frage widmen, inwiefern künftige Interessen gerade erst gezeugter oder geborener Menschen schon jetzt Rechtfertigungslasten entstehen lassen und zum anderen der Frage, ob Rechtfertigungslasten gegenüber künftigen Grundrechtsträgern bereits jetzt entstehen können. Die Thematik wirft viele komplexe Fragen und Probleme auf.[8] Es wäre vermessen, anzunehmen, allen im Zuge dieses Beitrages gerecht werden zu können. In diesem Beitrag erfolgt lediglich die grobe Skizzierung des Konzepts und eine Auseinandersetzung mit ausgewählten, zentralen Problemen. Der Beitrag plausibilisiert im Ergebnis, dass das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis bei einer Betrachtung seiner Entwicklung in der Zeit grundsätzlich

---

7 *Feinberg*, in: Blackstone (Hrsg.), Philosophy and Environmental Crisis, 1974, S. 43. Zu dieser Diskussion siehe *Kleiber*, künftige Generationen (Fn. 6), S. 168 ff.

8 Einen Überblick über die Diskussion und die Probleme geben u. a. *Mathis*, Generationengerechtigkeit (Fn. 4), S. 461 ff. und *Kleiber*, künftige Generationen (Fn. 6).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geeignet ist, als konzeptionelle Basis für eine Diskussion über die zukunftsgerichteten Pflichten gegenwärtig Lebender zu dienen.

## *I. Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis*

Ausgangspunkt des anderorts ausführlich dargestellten[9] grundrechtstheoretischen Konzepts ist die Frage, was man eigentlich implizit behauptet, wenn man in Bezug auf das positive Recht die These aufstellt, dass ein Grundrecht gewährleistet würde. Die Antwort ist jedenfalls im Ansatz simpel: Mit einer solchen Behauptung wird zunächst ausgesagt, dass dieses Recht jedem Träger zustünde.[10] Das macht das Wesen eines Grundrechts aus. Negiert man diesen Zusammenhang, so setzt man sich in Widerspruch zu der Behauptung, dass das Recht ein *Grund*-Recht sei.

Konzeptionell ist ein grundrechtstheoretisches Rechtsverhältnis auch ohne normtextliche Anknüpfung denkbar. So ließe sich beispielsweise ein grundrechtstheoretisches Rechtsverhältnis unter Hasen konzipieren. Das wäre zwar weitgehend sinnbefreit, da kein Hase normativ ansprechbar wäre,[11] konzipierbar wäre es jedoch. Die Beschäftigung mit einem grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis unter Menschen ist hingegen mehr als eine bloße gedankliche Übung, da diverse Rechtsordnungen in Verfas-

---

9 Siehe *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), insbes. Kap. 19 und *dies*., Rechtstheorie 52 (2021), 45 (60 ff.).

10 Vgl. *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl., 2021, Vorbemerkungen zu Abschnitt I, Rn. 70. Im grundrechtlichen Diskurs wird die Grundrechtsträgerschaft häufig mit der Grundrechtsfähigkeit verknüpft, indem Grundrechtsfähigkeit zur Voraussetzung von Grundrechtsberechtigung gemacht wird vgl. ebd. Weshalb bereits die Grundrechtsberechtigung die Fähigkeit zu rechtlich relevantem Handeln bzw. einem selbstbestimmten Ausüben grundrechtlicher Freiheit voraussetzen soll, ist nicht ersichtlich. Konsequent ist eine solche Annahme bei Konzeptionen, welche die gegenseitige Einräumung von Grundrechten mit der menschlichen Vernunft begründen. Derartige Konzeptionen können aber nicht erklären, warum auch Menschen, die noch nicht/derzeit nicht/nicht mehr zu vernünftigem Entscheiden fähig sind, grundrechtsberechtigt sein sollen. Außerdem bliebe die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine hinreichende Vernunftbegabung anzuerkennen ist. Aus diesem Grund ist die Annahme abzulehnen, dass Grundrechtsberechtigung die Fähigkeit zur selbstbestimmten Ausübung grundrechtlicher Freiheit voraussetzt.

11 Zur normativen Ansprechbarkeit bzw. der Fähigkeit zu hinreichend verständigem Entscheiden und Handeln die Ausführungen in Fn. 10, Fn. 14, im Folgenden und bei *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 A. II. sowie *dies*., Rechtstheorie 52 (2021), 45 (passim).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sungstexten den Menschen als Träger von Grundrechten positiv-rechtlich nennen und eine Vielzahl von Interpreten deshalb in Bezug auf das positive Recht behaupten werden, dass Menschenrechte – und damit Grundrechte dessen Träger der Mensch ist – positiv-rechtlich gewährleistet werden.[12] In Bezug auf die deutsche Verfassung ist die Anerkennung von Menschenrechten in Anbetracht der Art. 1 I, II GG und den sog. Jedermann-Rechten eindeutig.

Wenn es mehr als einen Träger gibt, so steht das entsprechende Recht mehreren Subjekten zu. Sie können daher von dem jeweils anderen zumindest *prima facie* die Achtung dieses Rechts verlangen.[13] Auf diese Weise entsteht unter den Rechtsträgern ein Rechtsverhältnis.[14] Mitglieder dieses grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses sind alle, die das Kriterium der Grundrechtsträgerschaft erfüllen. Wenn das positive Recht – so wie die deutsche Verfassung – Menschen schon um ihrer selbst willen beispielswei-

---

12 Auch im Völkerrecht gibt es entsprechende Normtexte. Diese Anerkennung bedürfte in Bezug auf die Positivierung im nationalen Recht aber weiterer Erörterung, welche in diesem Beitrag nicht geleistet werden soll.

13 Ein Verständnis der Grundrechte, das zwischen Prima-facie-Ebene und definitiver Ebene unterscheidet, wurde insbesondere von Robert Alexy entwickelt. Diese sog. Prinzipientheorie wurde von Alexy selbst, aber auch von anderen Autoren, modifiziert und weiterentwickelt. Sie fußt auf der normtheoretischen Unterscheidung von Prinzipien und Regeln. Grundlegend *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985; weiterführend u. a. *Alexy*, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, S. 9; *ders*., in: FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 3 (insbesondere 11 ff.); *ders*., in: FS Neumann, 2017, S. 17. Instruktiv zum normtheoretischen Dualismus *Kallmeyer*, Ideales Sollen, 2016. Ein solches Grundrechtsverständnis ist nicht unumstritten, vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 73 ff.; *ders*., RW 2010, 349; *ders*., Ratio Juris 33 (2020), 134; *Jestaedt*, in: FS Isensee, 2007, 253 (275); *Klement*, JZ 2008, 761. Das BVerfG scheint dem Alexyschen Verständnis zuzuneigen, indem es statuiert, dass die Abwägung schon aus dem Wesen der Grundrechte selbst folge, vgl. exemplarisch BVerfGE 65, 1 (44); BVerfG, NJW 2018, 531 (532), weitere Nachweise bei v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 1 Rn. 285. Zur Zwei-Ebenen-Struktur der Grundrechte, wie sie hier zugrunde gelegt wird, siehe *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 12 und Kap. 19.

14 Es handelt sich somit um ein relationales Grundrechtsverständnis. Nach der Anerkennungs- und Kommunikationstheorie ist die menschliche Vernunft (und nicht die positiv-rechtliche Benennung der Träger eines Grundrechts) Entstehungsgrund für das Rechtsverhältnis. Auf Vernunftbegabung kommt es nach dem hier vorgestellten grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis indes gar nicht an, näheres dazu *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 A. II. Zur Würde als Relations- bzw. Kommunikationsbegriff vgl. exemplarisch *Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 (364).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

se das Recht zu leben einräumt, so wird positiv-rechtlich ein grundrechtstheoretisches Rechtsverhältnis anerkannt, das zwischen Menschen besteht. Jeder Mensch ist Mitglied desselben. Grundrechtstheoretische Rechtsverhältnisse bestehen dabei als bilaterale Rechtverhältnisse zwischen jedem Mitglied mit jedem Mitglied. Es entsteht eine Art vollständig vermaschtes Rechtsverhältnis-Netz. Wenn im Folgenden vom grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis die Rede ist, kann damit sowohl das grundrechtstheoretische Konzept als Ganzes oder die Konzipierung des bilateralen Rechtsverhältnisses gemeint sein.

Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis begründet zugunsten jedes Mitgliedes einen Anspruch auf Achtung als Gleichrangiger.[15] Da kein Grundrechtsträger mehr „Mensch" sein kann als ein anderer, zeichnet sich das Rechtsverhältnis durch Gleichrangigkeit aus. Der Anspruch auf Achtung als Gleichrangiger wirkt sich dahingehend aus, dass ein Mitglied von den anderen Mitgliedern *prima facie* zwei Dinge verlangen kann: Zum einen ein Verhalten zu unterlassen, welches seinen Interessen schadet und zum anderen ein Verhalten, welches zur Verwirklichung seiner Interessen beiträgt, vorzunehmen. Da der Rechtsadressat aber zugleich selbst Mitglied des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses ist, ist er nicht nur prima facie verpflichtet, sondern kann seinerseits prima facie beanspruchen, dass der andere ihn so handeln lässt, wie es seinen Interessen dient.[16] Wenn der Rechtsadressat und der Rechtsträger ihre Interessen in

15 Diese Gleichrangigkeit wird durch die binäre Codierung des die Mitgliedschaft begründenden Kriteriums begründet. Am Beispiel des menschenrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses: Menschsein ist keine graduell abstufbare Kategorie, dieses Kriterium ist deshalb binär codiert. Näher: *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 A. I. Im Grundrechtsdiskurs wird der Anspruch auf Achtung als Gleichrangiger primär in einen Zusammenhang mit der Menschenwürde gesetzt, vgl. exemplarisch *Höfling* in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 1 Rn. 35; *Isensee*, in: HGR, § 87 Rn. 168; *Schaefer*, AöR 135 (2010), 404 (418 f.). *Hofmann* (Fn. 14)), 363 stellt fest, dass trotz des Streits um das richtige/überzeugendere Verständnis der Menschenwürde weitgehende Einigkeit u. a. darüber bestehe, dass «Art. 1 Abs. 1 GG […] die prinzipielle rechtliche Gleichheit aller Menschen [garantiert]». Zur Beantwortung der sich aufdrängenden Frage, zu welchem Verständnis der Menschenwürde das von mir ausgearbeitete Konzept führt, siehe *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 G.

16 *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 B. I und Kap. 20 A. Zu der umfangreichen Diskussion zur Natur eines subjektiven Rechts sowie der Unterscheidung von subjektivem Recht und Anspruch. Instruktiv: Stepanians (Hrsg.), Rechte (Fn. 6). Im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis korrespondieren Ansprüche und Pflichten; Anspruch und Pflicht sind nur Kehrseiten voneinander.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

gegenläufiger Weise konkretisieren, kommt es zu einem Konflikt zwischen diesen Ansprüchen. Dann hängt die Antwort auf die Frage, welcher Prima-facie-Anspruch definitive Geltung erlangt, von einer Abwägung ab.[17]

Die Frage, ob der jeweils andere *definitiv* zur Vornahme bzw. zum Unterlassen der jeweiligen Handlung verpflichtet ist, kann nicht auf der grundrechtstheoretischen Ebene entschieden werden. Die Antwort hängt davon ab, ob und inwieweit die Ansprüche positiv-rechtlich anerkannt werden und welches Gewicht dem jeweiligen Interesse beigemessen wird. Das sind Umstände, die von den Normtexten abhängen und von Interpret zu Interpret unterschiedlich beantwortet werden können.[18] Daraus folgt im Übrigen, dass das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis auch bei einer Entwicklung in der temporalen Dimension kein Konzept über *materielle* Generationengerechtigkeit[19] sein kann. Vorstellungen über Gerechtigkeit beziehen sich auf die Anerkennung von Prima-facie-Ansprüchen und auf materielle Vorstellungen vom Ausgang einer Abwägung.

## *II. Die Dynamik im Mitgliederbestand des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses*

Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis unter Menschen besteht nur zwischen tatsächlich existierenden Menschen. Es knüpft schließlich daran an, dass etwas existiert, was als „Mensch" zu qualifizieren ist. Dabei können Entwicklungsstadien keine Rolle spielen, denn dass Lebewesen einer konstanten Entwicklung unterliegen, ist ihnen wesenseigen. Ebenso wenig hängt die Mitgliedschaft am grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis von einer „Vernunftbegabung" bzw. der Fähigkeit zu hinreichend verstän-

---

17 Siehe *Alexy*, in: FS Schmidt-Jortzig (2011), S. 3 (3 ff. zur Abwägung als Anwendungsform von Prinzipien, 13 f. zur notwendigen Verbindung von Grundrechten und Verhältnismäßigkeit und damit auch der Abwägung).

18 Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis hilft nur dabei, die Rechtsbeziehungen sowie die möglichen Prima-facie-Ansprüche zu erkennen. Ob diese auch positiv-rechtlich entstanden sind, entscheidet das positive Recht. In der Rechtsanwendung kommt es daher zunächst darauf an, ob die jeweiligen Interessen und Prima-facie-Ansprüche positiv-rechtlich grundrechtlich geschützt werden. Bejahendenfalls ist dann in einem zweiten Schritt zu entscheiden, welches Interesse überwiegt. Näher dazu *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 A. II. 3, A. III., B. IV., D. III., E.

19 Bei Fragen der Generationengerechtigkeit geht es m.E. primär um die Abwägungsentscheidungen, die angesichts gegenläufiger Ansprüche der Mitglieder, gegenwärtiger wie künftiger, notwendig werden.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

digem Entscheiden ab. Maßgebend ist lediglich, dass ein Organismus existiert, der zur Art homo sapiens zählt. Mit dem Stadium der Zygote beginnt die Entwicklung eines Wesens, das Mensch ist. Dementsprechend liegt ein neuer Grundrechtsträger im menschenrechtstheoretischen Rechtsverhältnis bereits dann vor, wenn eine menschliche Zygote existiert.[20] Die Mitgliedschaft endet mit dem Tod. Der Tod ist kein Entwicklungsstadium, er beendet die Entwicklung. Wegen des konstanten Entstehens und Vergehens menschlichen Lebens unterliegt der Mitgliederbestand des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses einem konstanten Wandel. Das wirkt sich auch auf die Rechtfertigungslasten aus: Wegen des konstanten Wechsels im Mitgliederbestand sind auch die Rechtfertigungslasten einer gewissen Dynamik unterworfen.

Hinsichtlich der uns interessierenden Fragestellung bedeutet das zunächst: Menschen, die erst noch gezeugt werden müssen, sind derzeit keine Mitglieder des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses. Bislang besteht nur eine grundrechtstheoretische Basis dafür, dass Rechtfertigungslasten – bei Positivierung – ab Zeugung entstehen können.

Davon ausgehend lassen sich zwei zentrale Fragen identifizieren. Zum einen: Inwiefern ist ein Rechtsadressat gehalten, bei den Entscheidungen über sein Verhalten die Interessen, die der *gezeugte* Mensch künftig ggfs. haben wird, zu berücksichtigen? Zum anderen: Inwiefern ist ein Mitglied im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis bei der Entscheidung über sein Verhalten gehalten, die Interessen eines *später gezeugten* Menschen zu berücksichtigen? Beiden Fragen wird im Folgenden nachgegangen.

## *III. Rechtfertigungslasten wegen künftiger Interessen bereits existenter Grundrechtsträger*

Bei der Beantwortung der ersten Frage wird man mit einem Problem konfrontiert, das mit der Ungewissheit darüber zu tun hat, welche Interessen

20 Das bedeutet nicht, dass die hier dargestellte Konzeption auf eine Gebärpflicht hinausliefe. Die Frage der positiv-rechtlichen Ausgestaltung und der Gewichtung von positiv-rechtlich anerkannten Prima-facie-Ansprüchen obliegt den Interpreten. Ebenso wie bei jeder anderen grundrechtlichen Frage sollte es in dem Diskurs der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft auf das bessere Argument ankommen. Die Argumente gegen eine Gebärpflicht wirken so erdrückend schwer, dass die Behauptung einer Gebärpflicht zu Recht als unvertretbar abgelehnt werden muss. Die Thematik kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein Grundrechtsträger künftig haben wird.[21] Typischerweise steht hier die Erkenntnisproblematik im Vordergrund. Konzeptionell ist es jedoch sehr wichtig, zwischen der realen, also der ontologischen Basis sowie ihrer Relevanz für Ansprüche und Pflichten im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis *auf der einen Seite* und der Problematik begrenzter Erkenntnismöglichkeiten und ihrem Einfluss auf Entscheidungen über Ansprüche und Pflichten *auf der anderen Seite* zu unterscheiden. Für das Entstehen von Rechtfertigungslasten mit Blick auf künftige Interessen ist die ontologische Basis entscheidend. Wenn es kein gegenläufiges Interesse eines Grundrechtsträgers gibt, entsteht auch keine Rechtfertigungslast.

Ohne eine Entscheidung des Grundrechtsträgers, mit welcher er seine Interessen konkretisiert, sind Prima-facie-Ansprüche in jedwede Richtung angelegt und widersprechen einander. Beispielsweise hätte man zugleich einen Anspruch darauf, dass die Musik laut aufgedreht wird, als auch darauf, dass sie ausgestellt wird. Welcher Anspruch *aktualisiert* wird, hängt davon ab, ob sich der Grundrechtsträger für oder gegen die Verfolgung eines bestimmten Interesses entscheidet. Vor dieser Entscheidung sind die Ansprüche in beide Richtungen sozusagen nur blass vorgezeichnet, sie befinden sich in einem noch undifferenzierten Stadium.[22] Grundsätzlich ist auch erst mit der Interessenskonkretisierung klar, ob der Rechtsadressat wegen eines entgegenstehenden Interesses prima facie zum Unterlassen der intendierten Handlung verpflichtet ist.[23] Dementsprechend sind selbst prima facie bestehende Pflichten der Mitglieder im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis *vor* einer determinierenden Konkretisierungsentscheidung seitens des Grundrechtsträgers nur in einem undifferenzierten Stadium denkbar.[24]

Das scheint zunächst dafür zu sprechen, dass künftige Interessen des gezeugten Menschen noch keinerlei Berücksichtigung fähig sind. Eine Zygote trifft noch keine Konkretisierungsentscheidung. Dennoch ist es nicht so, dass es ohne bzw. vor einer Konkretisierungsentscheidung keinerlei Ansprüche und Pflichten gibt: Es gibt elementare menschliche Grundbedürfnisse, die sich nicht als spezifische Belange der Persönlichkeitsentfaltung, sondern als Grundbedingungen einer solchen darstellen.[25] Zu die-

21 Vgl. *Mathis*, Generationengerechtigkeit (Fn. 4), S. 468; *Kleiber*, künftige Generationen (Fn. 6), S. 59. Vgl. auch *Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung (Fn. 3), S. 66.

22 *Behrendt,* Entzauberung, (Fn. 6), Kap. 19 B. I., II.

23 Zur Konkretisierung *Behrendt,* Entzauberung, (Fn. 6), Kap. 20.

24 *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 B. II.

25 Auch in anderen Konzepten zur Thematik einer Verpflichtung gegenüber künftigen Grundrechtsträgern bzw. Generationen wird dieser Gesichtspunkt



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen dürfte jedenfalls das Überlebensinteresse gehören, weshalb es einen Anspruch auf Erhaltung der Umstände gibt, die zum Überleben erforderlich sind. Ferner kann es einen Anspruch des Grundrechtsträgers geben, dass *vor* einer konkretisierenden Entscheidung seinerseits keine Fakten geschaffen werden. Bei dieser Konstellation dürfte es sich um eine spezielle Ausprägung des Selbstbestimmungsgedankens handeln. Ob ein solcher Prima-facie-Anspruch besteht, kann nicht von einer Konkretisierungsentscheidung des Grundrechtsträgers abhängen, denn es geht schließlich darum, dass der Grundrechtsträger das Recht hat, eine solche erst noch zu treffen und dass er jedenfalls prima facie verlangen kann, die Umweltbedingungen so zu gestalten, dass das jeweilige konkretisierte Interesse dann auch realisiert werden kann. Deshalb sind auch die Prima-facie-Ansprüche des undifferenzierten Stadiums Teil des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses und lösen Rechtfertigungslasten aus. Gegen den Gedanken scheint zu sprechen, dass ein Grundrechtsträger nie daran gehindert ist, sich für ein bestimmtes Interesse zu entscheiden. Ich kann mich beispielsweise auch dafür entscheiden, morgen zum Mars zu fliegen. Das eigentliche Problem liegt aber darin, dass die Realisierung des jeweiligen Interesses – je nach Lage der Umweltbedingungen und der zur Interessensrealisierung verfügbaren Zeit – mal mehr, mal weniger ressourcenintensiv sein wird. Auch die Möglichkeit der Interessensrealisierung als solche kann dadurch beeinflusst werden. Es geht daher nicht um die Möglichkeit der Entscheidung, sondern um die Möglichkeit der Realisierung des durch die Entscheidung konkretisierten Interesses.

Dass auch Prima-facie-Ansprüche im undifferenzierten Stadium Rechtfertigungslasten entstehen lassen, verkompliziert die Entscheidung des Interpreten über das, was definitiv gelten soll – nicht zuletzt deshalb, weil mit der Widersprüchlichkeit der Ansprüche umzugehen ist. Erneut lässt sich die Erkenntnisproblematik von der ontologischen Basis trennen.[26] Wenn menschliches Entscheiden determiniert ist, so steht bereits fest, in welcher Weise das Interesse künftig konkretisiert wird. Das Problem des In-

ins Spiel gebracht, vgl. *Mathis*, Generationengerechtigkeit (Fn. 4), S. 468; *Kleiber*, künftige Generationen (Fn. 6), S. 46, 59 f.

26 Diese begrenzten Möglichkeiten der Erkenntnis bewirken indes, dass bei Zuwiderhandeln gegen eine eigentlich gegebene Verhaltenspflicht nur ein unverschuldeter Angriff auf den Achtungsanspruch vorliegt – objektiv verhält sich der Rechtsadressat dennoch prima facie verhaltenspflichtwidrig, siehe *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 19 B. V.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

terpreten[27] wäre „lediglich", dass ihm das entsprechende Wissen angesichts begrenzter Möglichkeiten der Erkenntnis verschlossen bleibt. Da über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Rechtsadressaten zu entscheiden ist, kann sich der Interpret der Entscheidung nicht entziehen. Wenden wir also einen Blick darauf, ob es vielleicht Konstellationen gibt, in denen sich die mangelnde Kenntnis über die künftige Determination nicht auswirkt.

In den Fällen, in denen der Interpret dem *künftigen* Interesse in der einen wie der anderen Richtung ein im Vergleich mit dem Interesse des Rechtsadressaten geringeres Gewicht beimisst, wirkt sich das Problem der Widersprüchlichkeit gar nicht aus. In jedwedem Fall ginge die Abwägungsentscheidung zugunsten des Interesses des Rechtsadressaten aus.

Die vom Interpreten vorzunehmende Gewichtung des künftigen Interesses dürfte aber grundsätzlich anders ausfallen, wenn es um Interessen von bedeutendem Gewicht geht – wie beispielsweise dem Erhalt der Lebens- und Überlebensbedingungen.[28] Der Anspruch auf Fortsetzung des eigenen Lebens ist von derart hohem Gewicht, dass den Ansprüchen auf Erhalt dieser Entscheidung ein äußerst hoher Wert beizumessen ist. Dem sollte man auch nicht entgegenhalten, dass die Interessen gegenwärtig Lebender der Vorrang zu gewähren wäre, weil schließlich noch offen ist, ob der Rechtsträger künftig seine Interessen überhaupt in gegenläufiger Weise konkretisieren wird und der Rechtsadressat die Konkretisierungsentscheidung immerhin bereits getroffen hat. Jedenfalls wenn es um elementare Grundbedürfnisse geht und nicht sicher feststeht, dass künftige Generationen andere elementare Grundbedürfnisse[29] haben werden, spricht zum einen eine Vermutung dafür, dass ein Interesse am Erhalt dieser Grundbedürfnisse besteht. Der künftige Grundrechtsträger hat zwar (jedenfalls grundrechtstheoretisch) das Recht, sich auch gegen beispielsweise das Überleben zu entscheiden. Wir haben aber nicht das Recht, ihm diese Entscheidung abzunehmen oder gar davon auszugehen, dass er sich gegen

---

27 Ein solcher Interpret ist auch der Rechtsadressat, der nun eine Entscheidung über sein Verhalten treffen muss.

28 Es handelt sich um eine stufenlose Skala, die Übergänge sind fließend. Im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis hat jeder Grundrechtsträger einen Anspruch gegen die übrigen Mitglieder auf Erhaltung der Umstände, die zu seinem Überleben erforderlich sind. Dieser abstrakte Anspruch setzt sich aus einer Vielzahl konkreter Ansprüche zusammen, welche auf die Vornahme interessenfördernder Handlungen bzw. dem Unterlassen interessensbeeinträchtigender Handlungen gerichtet sind.

29 Das ließe sich auch dem Schlagwort der Grundrechtsvoraussetzungen, vgl. exemplarisch *Frenz*, DÖV 2021, 715 (720), zuordnen.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Wahrnehmung des jeweiligen Grundbedürfnisses entscheiden wird. Dementsprechend muss diesen Interessen trotz ihres undifferenzierten Stadiums ein erhebliches Gewicht eingeräumt werden.[30] Eine strukturelle Asymmetrie des Grundrechtsschutzes[31] sollte *auch* in der temporalen Dimension abgelehnt werden. Jedenfalls aber kennt der Prima-facie-Schutz im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis keine solche strukturelle Asymmetrie, da dieses grundrechtstheoretische Modell politisch gefärbten Grundrechtsverständnissen vorgelagert ist.[32]

Im Ergebnis bedeutet das, dass Rechtfertigungslasten auch in Bezug auf künftige Interessen entstehen, selbst wenn sie sehr weit in der Zukunft liegen. Hier liegt das zentrale Problem *nicht* bei der Frage, *ob* eine prima facie bestehende grundrechtliche Verpflichtung gegenüber der jeweils anderen Generation besteht. Diese ist – vergleichsweise – unproblematisch zu bejahen. Die Probleme liegen hier eher in dem Erkennen des Entstehens von Rechtfertigungslasten und des Erfordernisses einer Abwägung sowie der Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen.

## *IV. Rechtfertigungslasten gegenüber künftigen Grundrechtsträgern*

Ganz anders verhält es sich bei der zweiten der oben genannten Fragen. In dieser Konstellation geht es um eine Rechtfertigungslast gegenüber Generationen bzw. Personen, die noch gar nicht existent sind. Wir haben bereits

30 Dass bis zur Beeinträchtigung Zeit vergehen wird, steht dem nicht entgegen. Maßgebend ist allein, welche Folgen das eigene Handeln zukünftig haben wird, wobei das Zusammenwirken mit anderen Umständen über den zwischenzeitlich verstreichenden Zeitraum hinweg zu berücksichtigen ist. Erneut ist aus deterministischer Sicht zwischen der realen Entwicklung in der Zeit und der begrenzten Möglichkeiten der menschlichen Erkenntnis zu unterscheiden. Dass Menschen beispielsweise auch mit 90 Jahren ein Interesse am Überleben haben werden, müssen die anderen Mitglieder im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis auch dann berücksichtigen, wenn dieser Zeitpunkt noch 89 Jahre hin ist. Die mit dieser Thematik zusammenhängenden Probleme werden einem gesonderten Aufsatz vorbehalten – sie sind zu komplex, um sie hier en passant zu behandeln.

31 Dazu ausführlich *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 7 C. IV. 3 und Kap. 8 (passim).

32 Siehe *Behrendt*, Entzauberung (Fn. 6), Kap. 8 F und die Ausführungen zu Beginn des vierten Teils. Der Zusammenhang zwischen grundrechtstheoretischen Verständnissen und politischen Positionen wird zu einem späteren Zeitpunkt in einem Aufsatz gesondert erläutert.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

festgestellt, dass erst künftig gezeugte Menschen keine Mitglieder des derzeitigen grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses darstellen können. Das scheint zunächst zu bedeuten, dass Rechtfertigungslasten zugunsten künftiger Mitglieder grundsätzlich nicht entstehen können. Sie kämen zwar ggfs. in den Genuss dessen, was in Erfüllung der Pflichten zugunsten bereits existenter Grundrechtsträger zu tun wäre, hätten aber keine eigene Rechtsposition. Wir haben zwar auch festgestellt, dass das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in seinem Mitgliederbestand einer dynamischen Entwicklung unterliegt. Aber kann das etwas an der rechtstheoretischen Sachlage ändern? Können die hohe Wahrscheinlichkeit, dass es nachfolgende Generationen geben wird, sowie der Umstand, dass es ein sowohl individuelles als auch gesamtgesellschaftliches Interesse an der Zeugung neuer Menschen gibt, eine Art Vorwirkung[33] entfalten und kann dies Rechtfertigungslasten hervorbringen?

Im Unterschied zu den zuvor erörterten Pflichten in Bezug auf künftige Interessen bereits existenter Grundrechtsträger erstreckt sich die Ungewissheit hier nicht nur auf Faktoren, welche die Ausfüllung eines rahmenmäßig bereits begründeten grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses betreffen. Bei einer Berücksichtigung des sich dynamisch entwickelnden Mitgliederbestandes betrifft die epistemische Problematik auch die ontologische Basis für die Begründung eines grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses. Wenn ein Rechtsverhältnis tatsächlich existente Wesen voraussetzt, dann entsteht es immer erst mit deren realen Existenz. Die äußerst hohe Wahrscheinlichkeit, dass es einen Grundrechtsträger geben wird, reicht nicht; er muss auch tatsächlich existent werden. Aus rechtstheoretischer Perspektive liegt daher das Grundproblem darin, dass diese Begründung eines Rechtverhältnisses und damit der Ursprung jedweder Rechtfertigungslast nicht durch den üblichen Umgang mit den begrenzten Möglichkeiten der Erkenntnis überwunden werden kann.

Allerdings entstehen die Rechtfertigungslasten auch unabhängig von menschlicher Einsicht in ihr Bestehen. Sie werden allein durch das Bestehen der entsprechenden ontologischen Grundlage begründet. Wenn man deshalb die begrenzten Möglichkeiten der Erkenntnis über die Existenz künftiger Grundrechtsträger außer Acht lässt, so zeigt sich gleich ein ganz anderes Bild. Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis besteht dann objektiv zu jeder gegebenen Zeit zwischen den Mitgliedern, welche zu eben jenem Zeitpunkt existieren. Dabei ist irrelevant, ob man einen ver-

33 Eine solche Vorwirkung wird auch in der Literatur diskutiert, vgl. beispielsweise *Kleiber*, künftige Generationen (Fn. 6), S. 297 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Zeitpunkt wählt. Auf diese Weise werden Kontinuitäten im grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis „sichtbar", weil der Hemmschuh der Erkenntnisproblematik abgestreift wird: Ein jetzt 30-Jähriger wird, wenn er 50 Jahre alt ist, den dann gezeugten Menschen grundrechtlich verpflichtet sein. Ein jetzt gezeugter Mensch wird mit 90 Jahren seinerseits gegenüber den dann erst gezeugten Menschen prima facie verpflichtet sein. Gerade weil man *später* in eine Rechtfertigungslage kommen wird, ist es nicht mehr undenkbar, dass auch Vorwirkungen rechtstheoretisch begründbar sind. Wenn man durch jetziges Handeln eine Situation schafft, durch welche künftigen Grundrechtsträgern das Überleben bzw. die Befriedigung elementarer Bedürfnisse erschwert wird, so wäre das bereits jetzt ein Angriff auf den Achtungsanspruch des künftigen Grundrechtsträgers, schließlich wird man künftig in einem grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnis zu dieser Person stehen. Das bedeutet, dass eine Pflicht zur Erhaltung und Schaffung von Umweltbedingungen, welche menschliches Leben und Entfaltung der eigenen Persönlichkeit etc. ermöglichen, begründbar ist. Entsprechende Rechtfertigungslasten bestehen objektiv, wenn es zukünftig Mitglieder geben wird (wobei diese Bedingung *allein* der Abstraktheit der Aussage geschuldet ist).

Das – überwindbare – Problem der gegenwärtig lebenden Mitglieder ist wiederum, dass dieser zukünftige reale Sachverhalt nur prognostiziert werden kann. Wir können in der Regel nicht wissen, ob die Rechtfertigungslast tatsächlich entstehen wird oder nicht. Es bleibt uns gar nichts anderes übrig, als die Prognose auch auf die Existenz künftiger Grundrechtsträger zu erstrecken. Dementsprechend ist von einer Rechtfertigungslast der gegenwärtigen Mitglieder zugunsten zukünftiger Mitglieder auszugehen, weil die Existenz künftiger Grundrechtsträger zu prognostizieren ist.[34] Der Umstand, dass die Rechtfertigungslast ggfs. tatsächlich gar nicht entstanden ist, weil es faktisch zu keinen künftigen Grundrechtsträgern kommen wird, schadet nicht, weil es für die juristische Bewältigung nur auf das ankommen kann, was auf der Basis des menschlicher Erkenntnis zugäng-

34 Wenngleich höchst unwahrscheinlich, könnte es naturgemäß sein, dass es gar nicht zu nachfolgenden Generationen kommen wird. Insofern bleibt die Möglichkeit, dass Pflichten gegenüber einer künftigen Generation angenommen werden, die grundrechtstheoretisch gar kein Fundament haben. Dennoch dürfte klar sein, dass die Annahme, dass es zu künftigen Generationen kommen wird, handlungsleitend sein muss. Das folgt schon aus einer doppelten Folgenabwägung.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lichen Sachverhalts zu prognostizieren ist.[35] Dass es künftig Mitglieder geben wird, kann derzeit nicht ernsthaft bezweifelt werden. Da es wohl jedenfalls in der mittelfristigen Zukunft immer auch Individuen geben wird, die sich fortpflanzen, gibt es auch stets neu hinzutretende Grundrechtsträger, denen gegenüber Pflichten entstehen. Ungewiss ist primär, *welche* Personen neues menschliches Leben zeugen werden, mit welchen genetischen Anlagen diese menschlichen Wesen ausgestattet sein werden und welche Interessen sie später haben werden. Derartige Probleme stellen sich jedoch auch im Zusammenhang mit künftigen Interessen bereits existenter Mitglieder und sind keineswegs unüberwindbar.

Dass die jeweiligen Rechtsträger ihre Interessen nicht selbst einklagen können, ist für die Rechtfertigungslast im Übrigen irrelevant. Ebenso wenig, wie die Rechtfertigungslast ein zu hinreichend verständigem Entscheiden und Handeln fähigen Grundrechtsträger voraussetzt, kommt es auf die Fähigkeit an, sein Recht faktisch geltend zu machen und durchzusetzen.

## *V. Ergebnis und Ausblick*

Die Thematik einer grundrechtstheoretischen Verantwortung gegenüber künftigen Generationen bleibt schon wegen den beschränkten Möglichkeiten der Erkenntnis äußert problematisch. Dennoch hat sich das Konzept des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses bei einer Betrachtung seiner Entwicklung in der Zeit immerhin als grundsätzlich geeignet erwiesen, um ein paar grundlegenden Fragen, die sich im Zusammenhang mit intergenerationellen Rechtfertigungslasten stellen, zu begegnen. Dazu gehören beispielsweise das Problem der Indeterminiertheit künftiger Interessen und das Problem der fehlenden Individualisierbarkeit künftiger Grundrechtsträger. Es hat sich außerdem gezeigt, dass die Verpflichtung zum Schutz der Interessen künftiger Generationen – jedenfalls in Bezug auf die nicht ganz so weit in der Zukunft liegenden Generationen – grundrechtlich verankert ist. Den Staat treffen entsprechende Rechtfertigungslasten. Dass die jeweiligen Rechtsträger ihre Interessen nicht selbst einklagen können, ist für die Rechtfertigungslast irrelevant. Dieser Umstand spricht indes dafür, eine (rechtstheoretisch nun begründbare) gesetzliche Prozessstandschaft de lege ferenda zu kreieren, um die Rechtfertigung von Beein-

35 Zum Problem des Auseinanderfallens zwischen realer Sachlage und dem Vorstellungsbild des Menschen siehe auch *Behrendt*, Impossibility in criminal law theory and the constructivist discourse-theoretical concept of law, N. N.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trächtigung gerichtlich revisibel zu machen, denn erst durch Kontrolle wird eine rechtliche Verpflichtung faktisch wirksam.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Menschenrechtsschutz in Klimafällen: Das Beispiel der EMRK

*Corina Heri*

## *Inhaltsübersicht*


I. Der (menschenrechtliche) Begriff der Verantwortung 276

II. Menschenrechtliche Klimaklagen: Ein Überblick 278

1. Der Begriff der Klimaklagen 278

2. Beispiele erster menschenrechtlicher Klimaklagen 278

3. Verortung der Klagen 280

III. Verantwortung und Verantwortlichkeit für den Klimawandel vor dem EGMR 281

1. Die vier hängigen Verfahren, und ihre konventionsrechtliche Ausgangslage 281

2. Hürden und Erfolgsaussichten 284

3. Verantwortung für den Klimawandel vor dem EGMR? 286

a) Staatliche Schutzpflichten 286

b) Territorialer Geltungsbereich der EMRK 288

c) Rechtssubjektivität und ihre Ausschlüsse 289

IV. Verantwortung des EGMR in Bezug auf den Klimawandel 291

V. Zusammenfassung und Fazit 293


Der Klimaschutz und die Klimagerechtigkeit werden für gerichtliche Instanzen zunehmend relevant. In sogenannten „Klimaklagen" wird unter anderem geltend gemacht, dass die Auswirkungen des Klimawandels auch eine Verletzung der Grund- und Menschenrechte darstellen können. In diesen Verfahren werden nationale und internationale Gerichte vor Grundsatzfragen gestellt. Geklärt werden muss, ob und inwiefern einzelne Staaten für ihre übermäßigen Treibhausgasemissionen und deren Auswirkungen verantwortlich gemacht werden können. Angesichts der Vielschichtigkeit und Universalität des Klimawandels stellen sich auch anspruchsvolle Beweis- und Zurechnungsfragen. Vor den Menschenrechtsinstanzen wird sich ferner zeigen müssen, ob internationale Verfahren einen angemesse-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nen und demokratisch legitimen Beitrag zur Lösung der Klimakrise bieten können.

Zur Einbettung dieser Auseinandersetzung in das Tagungsthema wird in der Folge erst ein menschenrechtlicher Begriff der Verantwortung erörtert (I.). Anschließend bietet der Beitrag einen Überblick der menschenrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Klimawandel (II.). Konkretisiert wird dies im Hinblick auf vier Klimaklagen, die gegenwärtig vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg hängig sind (III.). Dabei wird die konventionsrechtliche Ausgangslage geschildert, die Erfolgsaussichten dieser Klagen eingeschätzt, und der Frage der Verantwortlichkeit – unter anderem im Sinne der verantwortlichen Akteure, der territorialen Zuständigkeit, und der betroffenen Rechte – vertieft nachgegangen. Daraufhin wird die institutionelle Verantwortung des EGMR untersucht (IV.). Hier geht es um die Ansprüche an den Gerichtshof als Menschenrechtsinstanz, welche sich zum ersten Mal mit dem Klimawandel auseinandersetzt. Argumentiert wird, dass eine Anerkennung der menschenrechtlichen Risiken des Klimawandels sowohl rechtlich möglich wie auch normativ wünschenswert ist. Betroffen ist dabei nicht nur die Frage der Verantwortung einzelner Staaten für ihre Treibhausgasemissionen und deren Auswirkungen, sondern auch die Rolle und die Verantwortung des EGMR als Menschenrechtsinstanz.

## *I. Der (menschenrechtliche) Begriff der Verantwortung*

Der Begriff der Verantwortung kann unterschiedlich gedeutet werden, und kann verschiedene Handlungen und Beziehungen beinhalten.[1] So erkannte zum Beispiel *H.L.A. Hart* vier Typen der Verantwortung. Diese bestehen aus einer kausalen Handlungsverantwortung („causal responsibility") bei Nichthandeln, einer Haftbarkeitsverantwortung bei Schäden („liability-responsibility"), einer Aufgaben- oder Rollenverantwortung („role-responsibility"), und einer Fähigkeitsverantwortung („capacity-responsibility").[2] Eine Ergänzung dieser Typologie durch weitere Verantwortungsformen ist durchaus denkbar.[3]

1 *Lenk*, Revue Internationale de Philosophie 1987, 250 (251 – 252).
2 *Hart,* Punishment and Responsibility (1968), 213, siehe hierzu *Boxer*, in: Pulman (Hrsg.), Hart on Responsibility, 2014, S. 30. Übersetzung der Begriffe durch *Lenk*, Revue Internationale de Philosophie (Fn. 1), 252 – 253.
3 *Lenk*, Revue Internationale de Philosophie (Fn. 1), 252.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ferner kann der Begriff der Verantwortung von jenem der Verantwortlichkeit und der Verpflichtung abgegrenzt werden. So kann in Anlehnung an *Niklas Luhmann* die Verantwortung als Form der Zuständigkeit verstanden werden, also als Funktion, die Unsicherheit absorbieren soll, indem sie eine Arbeitsteilung erstellt. Die Verantwortlichkeit hingegen versteht *Luhmann* als Rechenschaftspflicht für Fehler.[4] Aus juristischer (sowie auch aus moralischer oder philosophischer) Perspektive spielt auch der Begriff der Verpflichtung eine Rolle. Dieser Begriff ist rechtsphilosophisch umstritten, und Definitionsversuche beziehen sich unter anderem auf die Durchsetzbarkeit, die Befolgung oder die Begründung einer Norm; hier wird – um Kant zu folgen – von der „Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz" gesprochen.[5]

Mit Bezug auf den Klimawandel sind verschiedene Verständnisse der Verantwortung möglich. Aus strafrechtlicher Perspektive könnte es dabei um die Suche nach verantwortlichen „Tätern" gehen,[6] oder um das Schaffen der neuen internationalen Straftat des „Ökozids".[7] Thematisiert werden kann auch die Verantwortung von Einzelpersonen, Unternehmen, Wirtschaftssektoren, Staaten und der globalen Gemeinschaft.[8] Hier wird nicht nur die Verantwortung dieser Akteure für ihre eigenen Emissionen angesprochen, sondern teils auch ihre Rolle in der Schaffung einer wirksamen Klimapolitik. Thematisiert werden neben dem Bedürfnis nach einem ausgeprägteren Verantwortungsbewusstsein auch die Risiken des „Greenwashings", mit dem ein gewisses Verantwortungsbewusstsein vorgetäuscht wird, um umweltschädliche Aktivitäten zu legitimieren.[9]

Im Rahmen einer menschenrechtlichen Betrachtungsweise ergibt sich ein anderer Ansatz. Aus dieser Perspektive fragt sich primär, welche Akteure überhaupt die Verantwortung für den Klimawandel tragen können. Unterschieden wird dabei zwischen der „responsibility" (Verantwortung) und der „obligation" (Verpflichtung). Die eigentliche Verpflichtung trifft

4 *Luhmann*, in: Luhmann/Lukas/Tacke (Hrsg.), Schriften zur Organisation 1, 2018, S. 47 (48 und 52).

5 *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), 18.

6 *Seelmann*, Neue Zürcher Zeitung (2.11.2019).

7 Vgl. Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide (Stop Ecocide Foundation), Ecocide: Commentary and Core Text, 2021, https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf (letzter Aufruf am 23.3.2022).

8 Siehe zum Beispiel *Honnacker*, The Germanic Review 2021, 143.

9 *Parafiniuk/Smith*, Sustainability 2019, 3760.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Staaten, die durch Menschenrechtsverträge direkt gebunden sind. Die Frage nach der Verantwortung betrifft hingegen eine breitere Auswahl an Akteuren. Das gilt für Unternehmen, zum Beispiel im Sinne der sog. „Corporate Social Responsibility" (oder gesellschaftlichen Unternehmensverantwortung).[10]

## *II. Menschenrechtliche Klimaklagen: Ein Überblick*

### *1. Der Begriff der Klimaklagen*

Der Begriff der „Klimaklagen" ist diffus und entzieht sich einer einfachen Definition.[11] Es geht dabei grundsätzlich um Versuche, gerichtliche Instanzen dazu zu bewegen, sich mit klimarelevantem Handeln auseinanderzusetzen.[12] Für *Judith Fitz* handelt es sich dabei um alle Anträge auf gerichtliche Entscheidungen, die entweder einen Staat zu stärkeren Klimaschutzmaßnahmen verpflichten sollen, oder die Unternehmen für ihr klimaschädigendes Verhalten belangen möchten.[13] Der Begriff der *menschenrechtlichen* Klimaklagen kann hingegen enger gefasst werden, und betrifft Verfahren, in denen die (Grund- und) Menschenrechte einberufen werden, um bestehende Klimaschutzmaßnahmen anzufechten. Diese Verfahren richten sich primär an Staaten und können sich vor Menschenrechtsinstanzen oder vor innerstaatlichen Gerichten abspielen.

### *2. Beispiele erster menschenrechtlicher Klimaklagen*

Die Anzahl der menschenrechtlichen Klimaklagen wächst stetig. Darunter befinden sich zum Beispiel das niederländische *Urgenda*-Urteil,[14] der Klimabeschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts,[15] der Fall *Sacchi*

10 Vgl. z. B. *Martin/Bravo*, The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back, 2016.
11 *Fitz*, Juridikum 2019, 105 (106).
12 In ähnlichem Sinne, vgl. deutscher Bundestag, WD 7-3000-116/16 (2016) 4.
13 *Fitz*, Juridikum (Fn. 11).
14 Hoge Raad der Nederlanden, ECLI:NL:HR:2019:2006, *Urgenda/Königreich der Niederlande*.
15 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vor dem UNO-Kinderrechtsausschuss,[16] der belgische *Klimaatzaak*[17] oder die vier anhängigen Klimafällen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).[18]

Verstehen muss man diese Verfahren in einem größeren Kontext, in dem politisches Handeln nur sehr langsam fortschreitet oder ganz ausbleibt und in dem der Rechtsweg für klimarelevante Begehren oft steinig ist.[19] Vor diesem Hintergrund beginnen sich Menschenrechtsinstanzen mit den Auswirkungen des Klimawandels auseinanderzusetzen.[20] Diese Auseinandersetzung nimmt diverse Formen an, und teils findet sie auch unabhängig von eigentlichen Klagen statt. Zum Beispiel hat der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte sich in seiner Stellungnahme zum Recht auf eine gesunde Umwelt ausführlich mit den menschenrechtlichen Auswirkungen des Klimawandels und den entsprechenden staatlichen Schutzpflichten auseinandergesetzt.[21] Ähnlich haben auch fünf UNO-Menschenrechtsorgane gemeinsam erklärt, dass der Klimawandel diverse Risiken für die Menschenrechte schafft und dass Staaten entsprechend Klimaschutzmaßnahmen treffen müssen.[22] Ferner gibt es diverse Bestrebungen zur Anerkennung eines Rechts auf eine gesunde Umwelt, sowohl im inner-

16 UNO-Kinderrechtsausschuss, Entsch. v. 22.9.2021, UN Dok. CRC/C/88/D/104/2019 – *Sacchi*. Es gab fünf separate Entscheidungen in diesem Fall; im vorliegenden Beitrag wird durchgehend die Entscheidung in Bezug auf Argentinien zitiert.

17 Französischsprachiges Gericht erster Instanz in Brüssel (Zivilabteilung), Urteil v. 17.6.2021, Nr. 2015/4585/A – *Klimaatzaak ASBL gegen Belgien*.

18 EGMR, Komm. v. 13.11.2020 – Nr. 39371/20 – *Duarte Agostinho*; EGMR, Komm. v. 17.3.2021 – Nr. 53600/20 – *KlimaSeniorinnen*; EGMR, Komm. v. 16.12.2021 – Nr. 34068/21 – *Greenpeace Nordic*; und eine Beschwerde gegen Österreich bezüglich der Gesundheitsfolgen wärmerer Temperaturen für einen chronisch kranken Mann, EGMR, Beschwerde v. 25.3.2021, noch nicht kommuniziert, verfügbar unter https://www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/rechtsanwaeltin-michaela-kroemer-klimaklage-petition.pdf (letzter Aufruf am 11.3.2022).

19 Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 25.3.2021 – C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 – *Armando Carvalho*, Rn 48. Diese Beschwerde wurde in Anlehnung an die sog. *Plaumann*-Rechtsprechung abgewiesen.

20 *Savaresi/Setzer*, Journal of Human Rights and the Environment 2022, 7.

21 IAGMR, Gutachten v. 15.11.2017 – OC-23/17, Rz. 104.

22 UNO-Frauenrechtsausschuss, UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, UNO-Wanderarbeiterausschuss, UNO-Kinderrechtsausschuss und UNO-Behindertenrechtsausschuss, Gemeinsame Erklärung v. 16.9.2019, www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E (letzter Aufruf am 9.12.2021).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

staatlichen wie auch im internationalen Kontext.[23] Dieses Recht schützt nicht nur einzelne Menschen vor den menschenrechtlichen Folgen des Klimawandels, im klassischen Sinne des anthropozentrischen Schutzes dieser Rechte, sondern visiert auch den Schutz der Umwelt als solcher.[24]

### 3. *Verortung der Klagen*

Der Klimaschutz schreitet nur langsam und lückenhaft voran. Das Ziel aus dem Pariser Klimaübereinkommen, die Klimaerwärmung auf unter 1,5 Grad Celsius zu beschränken,[25] wird bei einer Weiterführung heutiger Emissionen bereits in einem Jahrzehnt überschritten sein.[26] Als Reaktion auf dringende Handlungsbedürfnisse und fehlende Schutzmaßnahmen kann man die menschenrechtlichen Klimaklagen als eine Art *ultima ratio* für die Beschwerdeführer:innen und ihre Interessen verstehen. Die Erfolge, die in diesem Zusammenhang verbucht worden sind, haben für viel Aufmerksamkeit gesorgt. Weniger genau betrachtet werden jene Fälle, in denen die Beschwerdeführer:innen unterliegen, und jene Fragen, die sich weniger gut für eine gerichtliche Auseinandersetzung eignen. Das gilt zum Beispiel für Versuche, mehr internationale Zusammenarbeit in Klimafragen zu erzwingen.[27] So berufen sich Beschwerdeführer:innen teils auch auf die Klimagerechtigkeit.[28] Ob Klimaklagen tatsächlich für mehr Klimagerechtigkeit sorgen können, ist noch nicht klar, beziehungsweise ist die

23 IAGMR, Gutachten v. 15.11.2017 (Fn. 21), Rn. 104; PACE Res. 2396 (2021), 29.9.2021; Banjul Charter, 1520 UNTS 217, Art 24; UNO-Menschenrechtsrat, Res A/HRC/48/L 23/Rev1 v. 8.10.2021. Zur innerstaatlichen Anerkennung, siehe z. B. *Daly/May*, in: Knox/Pejan (Hrsg.), The Human Right to a Healthy Environment, 2018, S. 42.

24 Zum Anthropozentrismus und den Menschenrechten, siehe *Kotzé*, Anthropocene Review 2014, 252.

25 Pariser Klimaübereinkommen, UN Dok. FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1, 12.12.2015.

26 IPCC, AR6 Report – Climate Change 2021: The Physical Science Basis, 7.8.2021, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report_smaller.pdf (letzter Aufruf am 23.3.2022).

27 Wie die sog. Autoren im Fall *Sacchi* sie einzuklagen versucht haben, vgl. UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi* (Fn. 16).

28 Die sechs Beschwerdeführer:innen im anhängigen *Duarte Agostinho*-Fall am EGMR nennen sich dementsprechend Youth4ClimateJustice, vgl. https://youth4climatejustice.org/ (letzter Aufruf am 9.1.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

Antwort auf diese Frage vom zugrundeliegenden Gerechtigkeitsverständnis abhängig.[29]

Deutlich ist, dass menschenrechtliche Beschwerden nicht alle für die Klimagerechtigkeit relevanten Fragen beantworten oder alle Verständnisse der Verantwortung für den Klimawandel abdecken können. Für eine globale Umverteilung von sozio-ökonomischen Gütern vermögen diese Verfahren wohl nicht zu sorgen. Hervorgehoben werden kann diesbezüglich ihre individualistische und vergangenheitsorientierte Betrachtungsweise sowie ihre Subsidiarität gegenüber staatlichem Handeln.[30] Auch sind die Menschenrechte nicht primär in der Lage, sich mit der Fülle der Verursacher und mit den systemischen Gründen für den Klimawandel auseinanderzusetzen.[31] Ferner wird die menschenrechtliche Unternehmensverantwortung für Klimaschäden bisher vorwiegend nicht thematisiert.[32] Grundsätzlich sind die Menschenrechte allein nicht in der Lage, für totale Klimagerechtigkeit zu sorgen. Sie können aber sehr wohl einen Beitrag zur Verwirklichung von mehr Klimagerechtigkeit machen, zum Beispiel, indem sie die Verfahrensrechte garantieren und doch eine Auseinandersetzung mit bestimmten menschenrechtsrelevanten Fragen ermöglichen.[33]

## *III. Verantwortung und Verantwortlichkeit für den Klimawandel vor dem EGMR*

### *1. Die vier hängigen Verfahren, und ihre konventionsrechtliche Ausgangslage*

Gegenwärtig sind vier Klimaklagen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hängig. Es handelt sich um den Fall *Duarte Agostinho und andere gegen Portugal und 32 weitere Mitgliedstaaten*, der von sechs jungen Menschen gegen 33 Mitgliedstaaten des Europarats anhängig

29 Vgl. hierzu *Keller/Heri*, Juridikum 2022, 83.

30 Vgl. z. B. kritisch zur klimaschutzfreundlichen Auslegung der Menschenrechtsverträge *Mayer*, American Journal of International Law 2021, 409.

31 *Mayer* (Fn. 30), 409.

32 Ein erster Erfolg in diesem Zusammenhang war aber das niederländische Urteil im Fall *Milieudefensie gegen Shell*, siehe Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

33 *Keller/Heri*, Juridikum (Fn. 29).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gemacht wurde;[34] den Fall *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, in dem der Verein KlimaSeniorinnen und seine Mitglieder die Auswirkungen des Klimawandels auf ältere Frauen anfechten;[35] den Fall *Greenpeace Nordic und andere gegen Norwegen*, in dem es um die arktische Erdölgewinnung und deren Auswirkungen auf das Klima geht;[36] und den Fall eines chronisch kranken Beschwerdeführers, dessen Krankheitsbild sich bei höheren Temperaturen verschlechtert.[37] Die ersten drei dieser Fälle wurden bereits kommuniziert. Das heißt, dass sie den betroffenen Staaten zugestellt wurden, und somit bereits eine erste Zulässigkeitsprüfung überstanden haben.

Die Beschwerdeführer:innen in diesen Fällen berufen sich auf verschiedene Konventionsrechte. In allen vier Fällen wurden die Rechte auf Leben (Artikel 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]) und auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Artikel 8 EMRK) einberufen. Diese beiden Bestimmungen waren auch im niederländischen *Urgenda*-Fall ausschlaggebend.[38] Die vier am EGMR hängigen Beschwerden beziehen sich aber auch auf weitere Rechte. Es geht unter anderem um das Recht auf ein faires Verfahren in Artikel 6 EMRK (*KlimaSeniorinnen*, *X. gegen Österreich*), das Recht auf eine wirksame Beschwerde in Artikel 13 EMRK (*KlimaSeniorinnen*, *X. gegen Österreich*, *Greenpeace Nordic*), das Diskriminierungsverbot in Artikel 14 EMRK (*Duarte Agostinho*, *Greenpeace Nordic*) und Fragen zur Opfereigenschaft gemäß Artikel 34 EMRK, gerade bei potenziellen Opfern zukünftiger Rechtsverletzungen und bei Organisationen als Kläger (*Duarte Agostinho*, *KlimaSeniorinnen*). Im Fall *Duarte Agostinho* kommen außerdem noch weitere Konventionsrechte zum Zug. Die Beschwerdeführer:innen haben sich in ihrer Beschwerdeschrift auch auf das Recht auf Eigentum (Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK) gestützt und für ein weites Verständnis der territorialen Zuständigkeit gemäß Art. 1 EMRK argumentiert. Ferner hat sich der Gerichtshof *proprio motu* das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung (Art. 3 EMRK) berufen, obwohl die Beschwerdeführer:innen sich nicht auf dieses Recht gestützt hatten.

Obwohl der EGMR diese vier Fälle noch nicht entschieden hat, sorgen sie bereits für große Aufmerksamkeit. So wurden in diesen Fällen außerordentlich viele Drittinterventionen eingereicht. Sowohl im Fall *Duarte Agos-*

34 EGMR, *Duarte Agostinho* (Fn. 18).
35 EGMR, *KlimaSeniorinnen* (Fn. 18).
36 EGMR, *Greenpeace Nordic* (Fn. 18).
37 EGMR, *X./Österreich* (Fn. 18).
38 Hoge Raad der Nederlanden, *Urgenda* (Fn. 14).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*tinho*[39] wie auch im Fall *KlimaSeniorinnen* hat der Gerichtshof neun solche Interventionen erhalten;[40] vergleichsweise finden in den meisten Fällen vor dem EGMR gar keine, oder nur vereinzelte, solche Interventionen statt.[41] Zunehmend gibt es auch wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der konventionsrechtlichen Verantwortung für den Klimawandel.[42]

Obwohl der Gerichtshof noch nie einen Klimafall beurteilt hat, hat er sich bereits ausführlich mit Umweltschäden befasst. Anhand von Fällen zum Schutz vor Umweltkatastrophen[43] und den Auswirkungen von gefährlichen (industriellen) Aktivitäten[44] hat der Gerichtshof ein sogenanntes „greening" der Konvention vorgenommen. Das heißt, dass die Konvention auch ohne eigentliche Umweltschutznorm unter gewissen Umständen vor den Auswirkungen von Umweltschäden schützt. Konkret geht es hier vorwiegend um positive Schutzverpflichtungen des Staates, der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen muss. Insbesondere die positiven Schutzpflichten unter den Artikeln 2 und 8 EMRK bilden hier eine mögliche Anspruchsgrundlage.[45] Hier knüpfen auch die Klimafälle an, in denen unter anderem eine Anwendung dieser Rechtsprechung auf den Klimawandel

---

39 Durch die Beschwerdeführer:innen zur Verfügung gestellt unter https://ln.sync.com/dl/383819540/pwjktn7x-uy5x8334-sib42xf2-pk8wkc9b (letzter Aufruf am 23.3.2022).

40 Gemäß Angaben der Beschwerdeführerinnen im Fall *KlimaSeniorinnen*: vgl. https://en.klimaseniorinnen.ch/ (letzter Aufruf am 23.3.2022).

41 Zwar stellt der Gerichtshof keine Statistik hierzu zur Verfügung (*Van den Eynde*, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law 2019, Rn. 5). *Cichowski* hat zwischen 1979 und 2012 insgesamt 702 solche Interventionen gezählt, vgl. *Cichowski*, Law & Society Review 2016, 890 (902).

42 Vgl. z. B. *Kobylarz*, Journal of Human Rights and the Environment (im Erscheinen); *Keller/Pershing*, European Convention on Human Rights Law Review 2021, 1; *Pedersen*, European Convention on Human Rights Law Review 2022; *Peters*, Archiv des Völkerrechts 2021, 164; *Braig/Panov*, Journal of Environmental Law and Litigation 2020, 261; *Hänni*, EuGRZ 2019, 1; *Braig/Ehlers-Hofherr*, NuR 2020, 589; *Keller/Heri/Piskóty*, Human Rights Law Review 2022; *Keller/Piskóty*, AJP 2021, 1367.

43 EGMR, Urt. v. 20.3.2008 – Nr. 15339/02, 11673/02, 15343/02 … – *Budayeva/Russland*.

44 EGMR, Urt. v. 24.1.2019 – Nr. 54414/13 und 54264/15 – *Cordella/Italien*, EGMR, Urt. v. 30.11.2004 – Nr. 48939/99 – *Öneryildiz/Türkei*; EGMR, Urt. v. 24.7.2014 – Nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11 … – *Brincat/Malta*.

45 Z. B. in *Braig/Ehlers-Hofherrn*, NuR (Fn. 42); *Braig/Panov*, Journal of Environmental Law and Litigation (Fn. 42); *Pedersen*, in: Knox/Pejan (Hrsg.), The Human Right to a Healthy Environment, 2018, S. 86; *Peters*, Archiv des Völkerrechts (Fn. 42).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

angestrebt wird. Diese Verpflichtungen werden in der Folge ausführlicher behandelt.

## 2. *Hürden und Erfolgsaussichten*

Obwohl die vier vor dem EGMR hängigen Klimafälle für große Aufmerksamkeit sorgen, steht der Ausgang dieser Verfahren noch nicht fest. Bevor es zu einem möglichen Verletzungsurteil kommen kann, braucht es eine Auseinandersetzung mit den konventionsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Dabei stellen sich Fragen der extraterritorialen Verantwortlichkeit und der Verantwortung von Drittstaaten und von Unternehmen. Auch Anforderungen an die Opfereigenschaft und das Verbot der *actio popularis* müssen berücksichtigt werden. Dieses verbietet strategische Klagen vor dem Gerichtshof rein im öffentlichen Interesse. Die einzelnen Kläger müssen vielmehr zeigen können, dass sie direkte, indirekte oder potenzielle Opfer einer Konventionsverletzung sind.

Zudem müssen in diesen Fällen auch komplexe Kausalitäts- und Zurechnungsfragen beantwortet werden, was unter anderem eine Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Beweisen erforderlich macht. In diesem Zusammenhang kann der Gerichtshof, der keine naturwissenschaftliche Expertise besitzt, an Informations- und Wissensdefizite stoßen. Ganz allgemein fragt sich, ob der Gang vor eine Menschenrechtsinstanz überhaupt eine angemessene, effektive und demokratisch legitime Lösung für die Klimakrise bieten kann. Hier geht es um die Rolle des Gerichtshofs und seiner Subsidiarität gegenüber den Mitgliedstaaten des Europarats.

Obwohl „erfolgreiche" Klimaklagen vor dem EGMR keineswegs ausgeschlossen sind,[46] weichen diese Klagen in vielen Hinsichten vom Straßburger Tagesgeschäft ab. So stellen diese Verfahren die herkömmlichen Verständnisse verschiedenster Elemente der Straßburger Rechtsprechung in Frage. Bei der Frage nach der Möglichkeit „erfolgreicher" Klimaklagen müssen nicht nur diese Elemente, sondern auch der Begriff des Erfolges hinterfragt werden. So geht ein menschenrechtliches Verletzungsurteil nicht unbedingt mit einer wirksamen Umsetzung in die Praxis einher. Gleichzeitig kann aber auch eine Unzulässigkeitsentscheidung oder ein Nichtverletzungsurteil einen „Erfolg" darstellen, weil der Weg für spätere

46 *Keller/Pershing*, European Convention on Human Rights Law Review (Fn. 42).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Klagen geöffnet, eine öffentliche Debatte angeregt oder ein Beitrag zum Dialog zwischen Entscheidungsträgern geleistet wird.[47]

Wenn der angestrebte Erfolg in Klimafällen hingegen das Durchsetzen von mehr Klimagerechtigkeit darstellt, sind die Erfolgsausschichten geringer. Wie *Stephen Humphreys* erkannt hat, kommen im Klimawandel diverse historische Ungerechtigkeiten zum Ausdruck. So werden die historischen Opfer kolonialer Ausbeutung und der wirtschaftlichen Globalisierung heute besonders durch den Klimawandel betroffen.[48] Ob Menschenrechte die entsprechenden Machtstrukturen beeinflussen können, ist nicht klar. Deutlich ist aber, dass sich die entsprechenden Ungleichheiten ohne ausreichende Klimaschutzmaßnahmen in der Zukunft nur intensivieren dürften.[49]

Am Gerichtshof scheint sich heute ein Bewusstsein für die Relevanz des Klimawandels für den Schutz der Menschenrechte auszubreiten. Anlässlich einer Tagung zum Thema „Menschenrechte für den Planeten" hat der Präsident des Gerichtshofs, *Robert Spano*, zum Klimawandel beispielweise gesagt: „climate change affects everyone of us and will impact the future of all humanity".[50] Auch einzelne Richter befassen sich außeramtlich zunehmend mit dem Thema.[51] Bemerkenswert ist, dass drei der hängigen Klimafälle zu sog. „impact cases" gemacht wurden, was heißt, dass sie prioritär behandelt werden. Wie der Gerichtshof diese Fälle entscheiden wird, ist aber weiterhin offen. Der nächste Teil wird zeigen, dass verschiedene Elemente der bestehenden Rechtsprechung dabei eine Rolle spielen könnten.

---

47 Allgemein zu den verschiedenen Auswirkungen von strategischen Fällen, vgl. *Duffy*, Strategic Human Rights Litigation: Understanding and Maximising Impact, 2018.

48 *Humphreys*, Journal of Human Rights and the Environment 2014, 134.

49 *Cruz/Rossi-Hansberg*, The Economic Geography of Global Warming, 2021 https://rossihansberg.economics.uchicago.edu/EGGW.pdf (letzter Aufruf am 26.3.2022).

50 *Spano*, Rede v. 5.10.2020, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20201005_Spano_Opening_Conference_Planet_ENG.pdf (letzter Aufruf am 23.3.2022).

51 *Eicke*, Human Rights and Climate Change: What Role for the European Convention on Human Rights? 2.3.2021, https://rm.coe.int/human-rights-and-climate-change-judge-eicke-speech/1680a195d4 (letzter Aufruf am 23.3.2022); *Eicke*, European Convention on Human Rights Law Review (2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 3. Verantwortung für den Klimawandel vor dem EGMR?

### a) Staatliche Schutzpflichten

*Ana Honnacker* schreibt mit Bezug auf den Klimawandel: „Aufgrund der räumlichen und zeitlichen Fragmentierung des Phänomens ist es überhaupt schwierig zu bestimmen, wer wofür und gegenüber wem verantwortlich ist".[52] Dieser Auffassung ist zu folgen: Es stellen sich hier komplexe Fragen, deren Beantwortung mit ökonomisch, politisch und moralisch schwerwiegenden Folgen verbunden sind. Anhand der vier hängigen Klimafällen und der bestehenden Straßburger Rechtsprechung ist eine erste Auseinandersetzung mit der *menschenrechtlichen* Verantwortung für den Klimawandel vor dem EGMR aber durchaus möglich. Zwar sind in diesem Zusammenhang noch diverse Fragen offen, aber erste Lösungsansätze zeichnen sich bereits ab. Dabei geht es um die Identität der menschenrechtlich für den Klimawandel verantwortlichen Akteure, um die Natur der betroffenen Rechte sowie um die verfahrensmäßigen als auch anderen Hürden, die einer rechtlichen Durchsetzung dieser Verantwortung im Weg stehen.

Mit Bezug auf die Frage, wer vor dem EGMR für den Klimawandel verantwortlich gemacht werden kann, gibt es eine deutliche Antwort. Die Menschenrechtsverpflichtungen aus der EMRK richten sich an Staaten, und dementsprechend können nur diese in Straßburg mit einer Individual- oder Staatenklage belangt werden.[53] Gleichzeitig muss aber deutlich gemacht werden, dass Staaten positive Schutzverpflichtungen haben, die auch auf das Handeln Privater zutreffen.[54] Der Staat muss folglich Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen, auch wenn die Gefahr von Privaten ausgeht. Wichtig ist hier, dass der Staat die Gefahr kannte, oder hätte kennen müssen („knew or ought to have known").[55] In den Umweltverschmutzungsfällen vor dem EGMR besteht in dieser Hinsicht oft eine Verbindung zwischen der Emissionsquelle und dem Staat, im Sinne eines staatlichen Eigentumsverhältnisses.[56] Die Abwesenheit einer solchen Ver-

52 *Honnacker* (Fn. 8), 146.

53 Siehe hierzu Artikel 1, 19, 33 und 34 EMRK.

54 Z. B. EGMR, Urt. v. 9.6.2009, – Nr. 33401/02, *Opuz/Türkei*, §§ 158 – 176 (mit Bezug auf die positiven Verpflichtungen des Staats bei häuslicher Gewalt).

55 Z. B. EGMR, Urt. v. 28.1.2014 – Nr. 35810/09 – *O'Keeffe/Irland*, §§ 148 – 152 (bezüglich sexuellen Missbrauchs in einer öffentlichen Schule).

56 Siehe z. B. EGMR, Urt. v. 9.6.2005 – Nr. 55723/00 – *Fadeyeva/Russland* (bezüglich eines staatseigenen Stahlwerks, das 2003 privatisiert wurde); EGMR, Urt. v.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

bindung scheint die staatliche Verantwortung für industriebedingte Umweltschäden aber nicht auszuschließen. So wurde im Fall *Cordella* eine Verletzung der positiven staatlichen Schutzpflichten unter Artikel 8 EMRK festgestellt, obwohl das verschmutzende Stahlwerk mehr als zwei Jahrzehnte zuvor privatisiert worden war.[57] Im Fall *Guerra* gab es keine Verbindung zwischen dem Staat und der betreffenden Chemiefabrik.[58] Im Fall *López Ostra* ging es um eine Abwasserbehandlungsanlage, die eine Privatfirma mit staatlicher Subvention gebaut hatte,[59] und im Fall *Taşkın* handelte es sich um eine Privatfirma, die mit staatlicher Bewilligung eine Goldmine betrieb.[60] Grundsätzlich ist also denkbar, dass Staaten nicht nur bezüglich der Emissionen, die von staatseigenen Betrieben stammen ausgehen, sondern für alle, die aus ihrem Hoheitsgebiet ausgehen, verantwortlich gemacht werden könnten.[61]

Wenn von einer menschenrechtlichen Verantwortung von Privaten gesprochen wird, geht es grundsätzlich um eine indirekte Drittwirkung der menschenrechtlichen Verpflichtungen der Staaten. Gleichzeitig können Private auch in dem Sinn betroffen sein, dass ein menschenrechtlicher Klimaschutz zu einer Einschränkung anderer Rechte und Freiheiten führen kann. Das Erdulden solcher Einschränkungen könnte auch als menschenrechtliche „Pflicht" zur sozialen Solidarität konzipiert werden,[62] ist aber im Grundsatz nicht mehr und nicht weniger als die gängige Abwägung verschiedener Rechtsgüter.[63] Vor dem EGMR ausgeschlossen sind

---

24.7.2014 – Nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11 … – *Brincat/Malta* (bezüglich asbestbezogener Krankheiten bei den Mitarbeitenden eines staatlichen Schiffbauunternehmens); EGMR, Urt. v. 30.11.2004 – Nr. 48939/99 – *Öneryildiz/Türkei* (bezüglich einer Methanexplosion auf einer städtischen Müllhalde).

57 EGMR, Urt. v. 24.1.2019 – Nr. 54414/13 und 54264/15 – *Cordella und andere/Italien*, § 10.

58 EGMR, Urt. v. 19.2.1998 – Nr. 14967/89 – *Guerra/Italien*.

59 EGMR, Urt. v. 9.12.1994 – Nr. 16798/90 – *López Ostra/Spanien*, § 7.

60 EGMR, Urt. v. 10.11.2004 – Nr. 46117/99 – *Taşkın und andere/Türkei*, § 14.

61 Vgl. UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi* (Fn. 16), insb. die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zur Extraterritorialität im Rahmen des Art. 1 EMRK.

62 Wie der Präsident der Gerichtshofs, *Robert Spano*, sie kürzlich besprochen hat, vgl. *Spano*, 'What Role for Human Duties, Obligations and Responsibilities in our European Human Rights Discourse?', Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Kopenhagen, 2.12.2021.

63 Zur Suche nach einer „fair balance" zwischen konkurrierenden Rechten, siehe EGMR, Urt. v. 27.6.2017 – Nr. 17224/11 – *Medžlis Islamske Zajednice Brčko und andere/Bosnien und Herzegowina*. Allgemein, siehe *Çalı*, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (2018).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf jeden Fall Klagen, die sich direkt an Dritte wendet, zum Beispiel an multinationale Unternehmen. Solche Bestrebungen, wie sie im innerstaatlichen Kontext zum Teil Erfolg zu haben beginnen,[64] widersprechen der Natur der EMRK. Dass nur eine indirekte, und keine direkte Drittwirkung möglich ist, bedeutet, dass Klimaschäden insbesondere durch multinationale Unternehmen aus einer konventionsrechtlichen Perspektive weniger gezielt erfasst werden können.[65]

### *b) Territorialer Geltungsbereich der EMRK*

Die Frage der staatlichen Schutzpflichten knüpft an einen zweiten wichtigen Fragekomplex an, nämlich an die Frage, für was und gegenüber wem einzelne Europaratsmitgliedstaaten verantwortlich gemacht werden können. Staatliche Treibhausgasemissionen schaden nicht bloß den eigenen Staatsbürger, sondern die Atmosphäre ist ein geteiltes Gut, das durch kollektives Handeln beeinträchtigt wird. Aus diesem Grund ist eine Auseinandersetzung mit dem territorialen Geltungsbereich der EMRK (und der sogenannten Zuständigkeit *ratione loci*) unabdingbar.

Die Frage der extraterritorialen Zuständigkeit hat sich in ähnlichen Fällen vor UNO-Menschenrechtsinstanzen[66] und vor nationalen Gerichten[67] bereits gestellt. Der UNO-Kinderrechtsausschuss hat die extraterritoriale Zuständigkeit für die Auswirkungen des Klimawandels kürzlich bejaht. In diesem Fall, dem Fall *Sacchi*, ging es um Beschwerdeführer:innen aus 12 verschiedenen Ländern, dies unter anderem auch aus Ländern, welche die Kinderrechtskonvention nicht ratifiziert haben, wie die Vereinigten Staaten. Hier hat der Kinderrechtsausschuss die Zuständigkeit der fünf beklagten Staaten *ratione loci* bejaht, und dabei auf die effektive Kontrolle dieser fünf Staaten über die verursachenden Emissionsquellen – und somit auch über die Beschwerdeführer:innen in Drittstaaten – abgestellt.[68]

Die vier vor dem EGMR hängigen Fällen sind etwas anders gelagert. Es geht um Beschwerden, die sich innerhalb des sog. *espace juridique*

64 Rechtbank Den Haag, *Milieudefensie und andere gegen Royal Dutch Shell*, 26.5.2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337

65 Siehe zur Unternehmensverantwortung *Jentsch*, GesKR 2021, 321.

66 Z. B. in UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi* (Fn. 16).

67 Deutsches Bundesverfassungsgericht, *Beschluss des Ersten Senats vom 24.3.2021*, 1 BvR 2656/18.

68 UNO-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi* (Fn. 16), § 10.5.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Konvention abspielen.[69] Das heißt, dass die Beschwerdeführer:innen alle aus Mitgliedstaaten des Europarats stammen. Die wichtige Frage, ob Beschwerdeführer:innen aus Drittstaaten sich mit einer Klimaklage gegen einen Europaratsmitgliedstaat an den EGMR wenden können, stellt sich in diesen Fällen also nicht. Dennoch gibt es hier extraterritoriale Elemente.

Am deutlichsten stellen sich die Fragen der Zuständigkeit *ratione loci* im Fall *Duarte Agostinho*. Hier berufen sich die Beschwerdeführer:innen sowohl auf die „direkte" wie auch auf die „diagonale" Verantwortung.[70] Als Heimatstaat der sechs Beschwerdeführer:innen ist Portugal gemäß diesem Modell der Zuständigkeit der einzige unter der 33 beklagten Staaten, der direkt verpflichtet ist, ihre Menschenrechte zu respektieren. Daneben werden auch 32 weitere Mitgliedsstaaten vor dem EGMR belangt, denen somit eine diagonale oder extraterritoriale Verantwortung vorgehalten wird. Dennoch, und obwohl in keinem der 33 Mitgliedstaaten die innerstaatlichen Instanzen ausgeschöpft wurden, wurde dieser Fall an alle beteiligten Staaten kommuniziert. Eine vorläufige Zulässigkeitsprüfung hat die Beschwerde damit – und trotz kritischer Gegenstimmen[71] – bereits überstanden. Wie der Gerichtshof die Frage der Gerichtsbarkeit in diesen und zukünftigen Fällen beantworten wird, ist aber noch offen. Werden extraterritoriale Klagen nicht zugelassen, dann werden ein Großteil der Auswirkungen des Klimawandels, sowie auch ein Großteil der betroffenen Personen vom Zugang zum EGMR ausgeschlossen. Relevant ist dabei auch, dass (zwischenstaatliche oder individuelle) Verfahren, die von Drittstaaten angestrebt werden, vor dem EGMR nicht zugelassen sind.[72]

### *c) Rechtssubjektivität und ihre Ausschlüsse*

Im Rahmen von menschenrechtlichen Klimaklagen muss geklärt werden, inwiefern die Menschenrechte die Auswirkungen des Klimawandels überhaupt erfassen können. Die anthropozentrische und individualistische Ausrichtung der EMRK und des Menschenrechtssystems allgemein bedeuten, dass kollektive Beeinträchtigungen und Schäden an der Natur, der

69 Zum "espace juridique", siehe EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini und andere/Vereinigtes Königreich*, §§ 141–142.

70 Vgl. *Peters*, Archiv des Völkerrechts (Fn. 42), 180; *Knox*, in: Gibney/Skogly (Hrsg.), Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations, 2012, S. 82.

71 Vgl. z. B. *Mayer*, American Journal of International Law (Fn. 30).

72 EGMR, Entsch. v. 6.10.2020 – Nr. 16554/19 – *Demokratische Republik Kongo/Belgien*, § 12 und 20.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Biodiversität und der Atmosphäre bzw. am Klima nicht direkt geachtet werden können.[73] Nur direkt betroffene Personen können sich mit einer Klage an den EGMR wenden, was bedeutet, dass der Klimawandel nur insofern für den Straßburger Gerichtshof relevant ist, als er die Menschenrechte Einzelner beeinträchtigt.[74] In die Zukunft gerichtete Klagen sind dabei möglich, aber diese weisen gewisse Schwierigkeiten auf, nicht nur mit Bezug auf die Beweislage, sondern auch in Hinsicht auf die Opfereigenschaft und die Zurechnung zum Staat. Grundsätzlich muss eine gewisse Unmittelbarkeit der Gefährdung vorliegen, was dazu führen kann, dass der Gerichtshof hauptsächlich zeitlich zurückblickende Urteile erlässt, die sich auf bereits stattgefundene Beeinträchtigungen konzentrieren.

Als Reaktion auf diese Situation hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE) kürzlich einen Vorstoß gemacht, mit dem ein eigenständiges Recht auf eine gesunde Natur auch im Rahmen des Europarats anerkannt werden soll.[75] Die Anerkennung dieses Rechts soll sowohl innerstaatlich wie auch am EGMR zu einem besseren Umweltschutz führen, und soll es dem Gerichtshof ermöglichen, einen präventiven Ansatz statt seiner gegenwärtig „eher reaktiven" Rechtsprechung anzuwenden.[76] Es gibt aber Kritik an dieser Vorgehensweise. Für *Francesco Francioni* reicht die Anerkennung eines eigenständigen Rechts auf eine gesunde Umwelt nicht aus, um die Anwendung des Einzelrechtsschutzes auf ein kollektives Gut wie die Natur zu gestatten.[77] Eine bessere Lösung sei gemäß *Francioni* nicht die Anerkennung eines neuen Rechts, sondern ein Umdenken des gesamten Menschenrechtssystems. Es brauche somit eine Öffnung, damit auch kollektive Interessen adäquat erfasst werden können.[78]

Ein solches Umdenken im Sinne einer Ausweitung des richterlichen Vorstellungsvermögens im Umgang mit Klimaklagen ist auch ohne Anerkennung eines neuen EMRK-Rechts nicht ausgeschlossen. Im Teil IV. dieses Beitrags wird diesbezüglich die Auslegung der EMRK als „lebendiges" Instrument thematisiert. In diesem Sinne bieten Klimafälle eine Gelegenheit, um grundlegende Elemente der Rechtsprechung – wie der territoriale Geltungsbereich und Verständnisse der Rechtssubjektivität – zu hinterfra-

73 Vgl. hierzu *Grear*, Law and Critique 2015, 225.
74 Kritisch hierzu: *Francioni*, European Journal of International Law 2010, 41.
75 PACE Res. 2396(2021).
76 *Ibid*., § 8, Übersetzung aus dem Englischen („a preventive mechanism to supplement the currently rather reactive case law of the Court") durch die Autorin.
77 *Francioni*, European Journal of International Law 2010, 41 (54).
78 *Ibid*., 55.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen. Gleichzeitig dürften praktische Überlegungen, wie zum Beispiel die Fallbelastung des Gerichtshofs und die Wahrung seiner Subsidiarität, hier schwer wiegen. So lehnt der Gerichtshof zum Beispiel die Möglichkeit einer Popularklage oder einer abstrakten Normenkontrolle – womit er sich in politische Entscheidungsprozesse einmischen könnte –konsequent ab.[79]

## *IV. Verantwortung des EGMR in Bezug auf den Klimawandel*

Im Text der EMRK wird der Klimawandel nicht erwähnt. Die Auslegung der EMRK passt sich aber an ändernde Umstände an, und soll Rechte garantieren, die „praktisch und effektiv" sind.[80] Das „greening"[81] der EMRK hat gezeigt, dass der Gerichtshof bei der Auslegung der Konvention einen großen Spielraum hat. Obwohl die EMRK keinen Umweltschutz vorsieht, konnte der EGMR eine umfangreiche Umweltschutzrechtsprechung entwickeln. Auch in anderen Zusammenhängen weicht die heutige Rechtsprechung des Gerichtshofs vom ursprünglichen Text der EMRK ab. So wird heute zum Beispiel im Rahmen von Artikel 9 EMRK (dem Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) ein Recht auf Wehrdienstverweigerung anerkannt.[82] Ein solches Recht war nicht im ursprünglichen Text der Konvention erhalten, und ein solcher Schutz wurde in der früheren Rechtsprechung ausdrücklich ausgeschlossen.[83] Dieses Beispiel zeigt, dass die Konvention geltungszeitlich ausgelegt werden muss. Diese Auslegungsstrategie des Gerichtshofs, welche die EMRK als „lebendiges" Instrument versteht, macht auch einen konventionsrechtlicher Klimaschutz grundsätzlich möglich.

Obwohl eine menschenrechtliche Auseinandersetzung mit dem Klimawandel also möglich ist, stellen die Klimaklagen auf verschiedene Arten eine Herausforderung für das Straßburger System dar. Dass der Gerichts-

---

79 Siehe z. B. EGMR, Urt. v. 4.12.2015 – Nr. 47143/06 – *Roman Zakharov/Russland*, § 164.

80 EGMR, Urt. v. 9.10.1979 – Nr. 6289/73 – *Airey/Irland*, § 24.

81 Vgl. *supra*, bei Fn. 10.

82 Siehe EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 23459/03 – *Bayatyan/Armenien*, §§ 102 – 111. Ein weiteres Beispiel ist das Recht, nicht gezwungen zu werden, einer Gewerkschaft beizutreten (sog. „closed shop"-Regelungen, siehe EGMR, Urt. v. 13.8.1981 – Nr. 7601/76 und 7806/77 – *Young, James und Webster/Vereinigtes Königreich*, §§ 51 – 57; siehe dazu *Letsas*, European Journal of International Law (2010), 509, 518 – 519).

83 EGMR, Urt. v. 12.12.1966 – Nr. 2299/64 – *Grandrath/Deutschland*, S. 626.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hof in dieser Hinsicht Stellung beziehen werden muss, ist mit der Kommunikation der ersten drei Klimafälle unvermeidlich geworden. Wie er dies machen wird, kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorhergesagt werden.

Unabhängig vom Ausgang dieser Verfahren kann man argumentieren, dass eine Anerkennung der menschenrechtlichen Risiken des Klimawandels nicht bloß rechtlich möglich, sondern auch normativ wünschenswert ist. Es geht dabei nicht nur um die Frage der Verantwortung einzelner Staaten für ihre Treibhausgasemissionen und deren Auswirkungen, sondern auch um die Rolle und die Verantwortung des EGMR als Menschenrechtsinstanz. Heute ist klar, dass die Klimakrise sich zuspitzt und die gegenwärtigen Emissionsreduktionen nicht ausreichen, um dieser Krise zu begegnen. Auch deutlich ist, dass der fortschreitende Klimawandel zu massiven Beeinträchtigungen für die Grund- und Menschenrechte führen wird.[84] Auf dieser Grundlage kann argumentiert werden, dass ein Aktivwerden der Menschenrechtsinstanzen auch in diesem Zusammenhang unabdingbar geworden ist. Abstützen kann man dieses Argument auf der Tatsache, dass die Menschenrechtsinstanzen bei einem Nichthandeln oder Zurücktreten die klimabezogenen Menschenrechtsbeeinträchtigungen genehmigen und somit in ihren Rollen versagen würden. Um ihrer Aufgabe nachzukommen, also um die Umsetzung und Einhaltung der Menschenrechte zu überwachen, müssen Menschenrechtsinstanzen wie der EGMR den Klimawandel als potenzielle Menschenrechtsverletzung prüfen.

Gegenteilig kann aber behauptet werden, dass der EGMR mit einem Eingreifen in den Klimaschutz seine Rolle überschreiten würde. Konkret kann in diesem Zusammenhang argumentiert werden, dass der Gerichtshof seine Subsidiarität wahren muss und den Klimaschutz den Mitgliedstaaten und ihren demokratischen Entscheidungsprozessen überlassen muss. Der Subsidiaritätsgrundsatz bestimmt das Zusammenspiel des Gerichtshofs mit den Konventionsstaaten; gemäß dieser Kompetenzausübungsregel sind primär die Staaten für die Einhaltung der EMRK verantwortlich.[85] Entsprechend besteht ein staatlicher Ermessenspielraum. Im Rahmen dieses Spielraums wählen die Mitgliedstaaten selbst die Mittel, mit denen sie ihren Verpflichtungen nachkommen möchten. Mit Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip kann gefragt werden, ob der Gang vor eine

84 Vgl. dazu z. B. UNEP, 'Climate Change and Human Rights' (2015), https://www.unep.org/resources/report/climate-change-and-human-rights.

85 EMRK, 7. Erwägung der Präambel. Vgl. zu diesem Thema *Brunner*, Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der EMRK – Analyse der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK, 2019.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Menschenrechtsinstanz überhaupt eine angemessene und demokratisch legitime Lösung für die Klimakrise bieten kann.

Um diesem Argument zu begegnen, kann ein differenziertes Verständnis der Verantwortung Abhilfe schaffen. Dabei kann man sich auf die Typologie *Harts* beziehen.[86] Relevant ist dabei nicht nur die Rolle des EGMR als Menschenrechtsinstanz, sondern auch seine Fähigkeit, den Klimawandel zu adressieren, und die Auswirkungen eines Nichthandelns.[87]

Deutlich ist, dass das Fortschreiten des Klimawandels verschiedenste Menschenrechte bedroht. Eine menschenrechtliche Antwort darauf hat seine Nachteile. Neben dem Anthropozentrismus und Individualismus der Menschenrechte muss in Kauf genommen werden, dass internationale Menschenrechtsinstanzen keine naturwissenschaftliche Expertise besitzen,[88] und dass sie mit Bezug auf diese Art von Fragestellungen unter demokratischen Defiziten leiden können.[89] Bis zu einem gewissen Grad können diese Defizite ausgeglichen oder überwunden werden, zum Beispiel unter Anwendung des Vorsorgeprinzips[90] oder mittels einer evolutiven Auslegung der Konvention unter Wahrung eines staatlichen Ermessenspielraums in der Wahl der konkreten Maßnahmen.[91] Offensichtlich ist aber, dass die Menschenrechte nicht alles können. Wie auch in anderen Bereichen stellen die Menschenrechte mit Bezug auf dem Klimawandel deshalb gewissermaßen eine *ultima ratio* dar. Sie greifen dann, wenn die Staaten und die internationale Gemeinschaft nicht handeln. An diesem Punkt angekommen, müssen die Menschenrechte ihre Verantwortung entweder wahrnehmen, oder in ihrer Rolle versagen.

## *V. Zusammenfassung und Fazit*

In Rahmen von Klimaklagen werden die Auswirkungen des Klimawandels zunehmend als Verletzung der Grund- und Menschenrechte verstan-

86 *Supra*, bei der Fn. 2.

87 So beschreibt *Valentin Jentsch* die Menschenrechte als „letzten Rettungsanker" für den Klimaschutz (*Jentsch*, GesKR 2021, 321).

88 *Shelton,* in: Knox/Pejan (Hrsg.), The Human Right to a Healthy Environment, 2018, S. 97 (106 und 113).

89 Z. B. *Mayer*, American Journal of International Law (Fn. 30), 423.

90 Human Rights Centre der Universität Ghent, Drittintervention im Fall *KlimaSeniorinnen*, https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2021/09/2020-09_KlimaSeniorinnen-v-Switzerland_TPI-HRC.pdf (letzter Aufruf am 23.4.2022), 10.

91 *Meguro*, Leiden Journal of International Law 2020, 933 (949).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den. Diese Verfahren stellen Gerichte und Menschenrechtsinstanzen vor Grundsatzfragen. Im Rahmen dieses Beitrages wurden verschiedene dieser Fragen mit Hinblick auf das übergreifende Thema der Verantwortung betrachtet. Dabei wurde gezeigt, dass der Begriff der Verantwortung mehr umfasst als nur eine rein staatliche Verantwortlichkeit oder Verpflichtung zur Einhaltung von Menschenrechtsverträgen. Hinterfragt werden unter anderem der territoriale Geltungsbereich der Menschenrechte, die Abgrenzung der betroffenen Rechtsträger, und die Palette der verantwortlichen Akteure, sowie der Inhalt der staatlichen Schutzpflichten. Durch die Auseinandersetzung mit den vier Klimabeschwerden, die gegenwärtig am EGMR hängig sind, wurde auch nach der Verantwortung des Gerichtshofs als Menschenrechtsinstanz gefragt. In diesem Sinne wurde nicht nur die konventionsrechtliche Ausgangslage dieser Klagen geschildert und die Erfolgsaussichten dieser Verfahren thematisiert, sondern auch ein normatives Argument für den menschenrechtlichen Klimaschutz skizziert. Auf dieser Grundlage kann argumentiert werden, dass ein Aktivwerden der Menschenrechtsinstanzen im Bereich des Klimawandels heute unabdingbar geworden ist.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Zwischen Modernisierung und Transformation – Die Verantwortung von Grundeigentümer:innen für die Leistungen der Natur

*Romy Klimke*[*]

## *Inhaltsübersicht*

I. Umweltökonomische Vorüberlegung: Die Tragik der verschwenderischen Unternutzung 297

II. Verfassungsrechtlicher Stand der Dinge: Die begrenzte ökologische Verantwortung von Grundeigentümer:innen 300

1. Eine dem Eigentum inhärente Verpflichtung? 301

2. Art. 14 Abs. 2 GG als Direktive für den Gesetzgeber 302

3. Verbleibende private Verantwortung aus Art. 14 Abs. 2 GG? – Selbstverantwortung vs. Tugendpflichten 302

III. Verantwortung von Grundeigentümer:innen – Zwei potenzielle Entwicklungspfade 305

1. Modernisierung: „[M]ake forests worth more standing than cut down" 306

2. Transformation: Eine eigentumsinhärente Verantwortung der guten Sachwalterschaft 308

3. Vermittelnder Ansatz 310

IV. Das Stewardship-Potenzial des Grundeigentums im Lichte von Art. 14 Abs. 2 GG 311

V. Auf dem Weg zu einem neuen Selbstverständnis von Grundeigentümer:innen? 313

Gesunde, intakte Ökosysteme tragen in vielfältiger Weise zum menschlichen Wohlergehen bei. Alles, was Menschen produzieren und konsumie-

* Für ihre wertvollen und hilfreichen Gedanken und Anmerkungen zu einer Entwurfsfassung dieses Beitrages sei Prof. Dr. Christian Tietje, Dr. Katja Rath, Miriam Elsholz, und Dr. Stefan Knauß herzlich gedankt.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ren, hat seinen Ursprung in der Natur. Diese Erkenntnis ist nicht neu. Doch erst seit etwa zweieinhalb Jahrzehnten gehen Wissenschaftler:innen vertieft der Frage nach, welche Werte der Mensch aus der Natur schöpft und wie sich diese systematisieren lassen.[1] Im Zentrum dieser Forschungsanstrengungen steht das Konzept der Ökosystemleistungen,[2] welches auch bereits Eingang in das deutsche Recht gefunden hat.[3] Das Konzept wird zum Teil für seinen anthropozentrischen Charakter kritisiert, weil es – so der Vorwurf – das Wirken der Natur nur insoweit in den Blick nimmt, als dass es für die menschliche Existenz notwendig ist. Dennoch erweist sich das Konzept als hilfreich und wirkmächtig, weil es zu dem übergeordneten Ziel beiträgt, Umweltschutzmaßnahmen von rechtfertigungsbedürftigen Freiheitsbegrenzungen zur Voraussetzung der Freiheitsverwirklichung zu erheben.[4] Grundsätzlich lassen sich vier verschiedene Kategorien von Ökosystemleistungen unterscheiden: *Versorgungsleistungen* als die Produkte, die Menschen von Ökosystemen erhalten und aus ihnen entnehmen; *Regulierungsleistungen*, welche die Luft und das Wasser reinigen und das Klima stabilisieren; *kulturelle Leistungen*, auf die Menschen zur Erholung sowie

1 Vgl. einführend zur Materie der Ökosystemleistungen *Daily* (Hrsg.), Nature's Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems, 1997*; Ruhl/Kraft/Lant*, The Law and Policy of Ecosystem Services, 2007.

2 Im deutschen Sprachgebrauch wird sowohl der Begriff der Ökosystemleistungen als auch der Ökosystem*dienst*leistungen verwendet, wobei die jeweilige Verwendung häufig zufällig gewählt wirkt und damit gerade kein Werturteil verbunden zu sein scheint. Im englischen Sprachgebrauch stellt sich dieses Problem nicht, weil allgemein von *ecosystem services* gesprochen wird. Angloamerikanische Wissenschaftler:innen haben jedoch vielfach darauf hingewiesen, dass das Konzept der *services* als solches bereits anthropozentrisch geprägt ist. Sie treffen eine grundlegende Unterscheidung zwischen Ökosystemfunktionen und -leistungen: Erstere seien allgegenwärtig, wohingegen Ökosystemleistungen ausschließlich die Funktionen von Ökosystemen bezeichnen, die für den Menschen von Nutzen sind.

3 Durch die Änderung des BNatSchG vom 8.9.2017, vgl. eingehend hierzu *Koellner/Stefan/Wolff,* ZUR 2018, 387 ff. Die Gesetzesänderung diente als Durchführungsrechtsakt der Umsetzung der Verordnung (EU) Nr. 1143/2014 über die Prävention und das Management der Einbringung und Ausbreitung invasiver gebietsfremder Arten. Eine eigenständige Definition des Begriffs findet sich im BNatSchG nicht. Heranzuziehen ist insoweit die unionsrechtliche Definition aus Art. 3 Nr. 6 IAS-VO, wonach Ökosystemdienstleistungen zu verstehen sind als "die direkten und indirekten Beiträge von Ökosystemen zum Wohle des Menschen", vgl. VO (EU) Nr. 1143/2014.

4 Dieser Gedanke ist angelehnt an *Bosselmann,* Ökologische Grundrechte, 1997, S. 79 und *passim*.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

spirituellen und religiösen Bereicherung angewiesen sind; und schließlich *Basisdienstleistungen*, welche durch Sauerstoffproduktion und Nährstoffkreisläufe die Grundlage für alle anderen Ökosystemleistungen bilden.[5]

Mit der zunehmenden Degradation verschiedenster Ökosysteme weltweit lassen diese lebensnotwendigen Ökosystemleistungen nach. Auch in Deutschland wird eine zunehmende Verschlechterung des Zustands der Ökosysteme beobachtet. Oft ist der Staat, insbesondere mit den ihm zur Verfügung stehenden Instrumenten des Umweltrechts, nicht hinreichend willens oder in der Lage, diesem Rückgang entgegenzuwirken.[6]

Ein Aspekt, den es hierbei zu berücksichtigen gilt, ist die Landfläche in privaten Händen. Grundeigentümer:innen verfügen, unabhängig davon, ob sie Waldeigentümer:innen oder Landwirt:innen sind oder im privaten Einfamilienhaus mit Garten wohnen, über ein kostbares Gut: Boden. Gesunde Böden erbringen eine Vielzahl essenzieller Ökosystemleistungen. Sie fungieren als Kohlenstoffspeicher, Wasserspeicher und Nährstoffvorrat und bilden die Grundlage für die Bereitstellung aller übrigen terrestrischen Ökosystemleistungen.[7] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwieweit Grundeigentümer:innen eine Verantwortung haben, einen Beitrag zur Aufrechterhaltung und Förderung dieser Leistungen für die Allgemeinheit zu erbringen.

## *I. Umweltökonomische Vorüberlegung: Die Tragik der verschwenderischen Unternutzung*

Derzeit stellen Ökosystemleistungen, die auf respektive durch privaten Grund erbracht werden, in aller Regel positive Externalitäten dar, da die Grundeigentümer:innen für diese Leistungen keine Kompensation erhalten oder sonstige finanzielle Anreize haben.[8] Eine Ausnahme bilden Versorgungsleistungen, welche – wie Obst, Fische oder Holz – an Ort und Stelle aus ihren Ökosystemen entnommen und auf Märkten gehandelt werden können.[9] Regulierungs- und Basisleistungen hingegen sind klassische Allmendegüter: Sie sind je nach Art der Leistung für jedermann

5 Vgl. die Übersicht in *Millennium Ecosystem Assessment*, Ecosystems and Human Well-being: Synthesis, 2005, S. 7.
6 Vgl. zu dieser Kritik schon *Bosselmann*, Im Namen der Natur, 1992, S. 137 ff.
7 *Ginzky,* ZUR 2015, 200; *Bartowski et al.,* Sustainability 10 (2018), 2447.
8 *Lant/Ruhl/Kraft,* BioScience 58 (2008), 971.
9 *Davidson*, Environmental Values 23 (2014), 466.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

innerhalb eines bestimmten Umkreises frei verfügbar und dabei zugleich nicht-ausschließbar und erschöpflich. Die Kombination aus Nicht-Ausschließbarkeit und Erschöpflichkeit macht sie anfällig für das Phänomen, das *Garrett Hardin* im Jahr 1968 unter dem Begriff der Tragik der Allmende zusammengefasst hat.[10] Ausgehend von einem Gedankenexperiment[11] mit einer frei zugänglichen, öffentlichen Viehweide zeigte er: Frei verfügbare Ressourcen werden so lange uneingeschränkt ausgenutzt, bis sie erschöpft sind. Die Kosten, die aus dem individuellen Verhalten für die anderen resultieren, werden ignoriert. Den Ausweg aus der so von *Hardin* beschriebenen Tragik der Allmende sahen in der Folgezeit Wissenschaftler:innen verschiedenster Disziplinen in der klaren Zuteilung von Verfügungsrechten; *Hardin* selbst gilt vielen als „Verfechter der Privatisierung".[12] Der Versuch, die Tragik der Allmende durch Überführung öffentlicher Güter in Privateigentum aufzulösen, kann indes in eine diametrale Tragik umschlagen: Die sog. Tragik einer „verschwenderischen Unternutzung".[13] Die Unternutzung tritt ein, weil sich Grundeigentümer:innen typischerweise auf eine eingeschränkte Form der Nutzung konzentrieren, welche sich entweder wirtschaftlich rechnet – wie die forst- oder landwirtschaftliche Nutzung – oder eigenen pragmatischen oder ästhetischen Interessen folgt, welche das Interesse der Allgemeinheit an einer optimalen Versorgung mit Ökosystemleistungen unberücksichtigt lässt:

---

10 *Hardin* weist in seinem Beitrag selbst darauf hin, dass der Begriff der *tragedy of the commons* erstmals durch William Forster Lloyd (1794 – 1852) verwendet wurde, vgl. *Hardin*, Science 162 (1968), 1243 ff; *Ostrom* und *Bosselmann* erkennen Grundzüge einer Theorie der Tragik der Allmende schon bei Aristoteles, welcher ausführte, dass „[t]hat which is common to the greatest number has the least care bestowed upon it", zitiert nach *Bosselmann*, in: Grinlinton/Taylor, Property Rights and Sustainability, 2011, S. 21 Fn. 1; siehe auch *Ostrom*, Die Verfassung der Allmende, 1999, S. 3.

11 In diesem Gedankenexperiment ging *Hardin* davon aus, dass jeder Hirte der Gegend versucht, soviel Vieh als möglich auf der Weide grasen zu lassen, weil er allein von dem Verkauf eines jeden zusätzlichen Tiers profitiert. Die Nachteile der Übernutzung der Weide tragen alle Hirt:innen gemeinsam und damit jeder einzelne nur zu einem Bruchteil. Aus der Perspektive jeder einzelnen Hirt:in überwiegen so die individuellen Vorteile die kollektiven Nachteile, mit der Folge, dass die Weide so stark übernutzt wird, dass sie keinen Ertrag mehr bringt und der Boden erodiert, vgl. *Hardin*, Science 162 (1968), 1244 f.

12 *Hengstermann*, Von der passiven Bodennutzungsplanung zur aktiven Bodenpolitik, 2019, S. 88.

13 *Lant/Ruhl/Kraft*, The Tragedy of Ecosystem Services, BioScience 58 (2008), S. 971.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> *„In other words, the beneficiaries of ecosystem services do not overconsume them; rather, the owners of natural capital undersupply them."*[14]

Die so beschriebene Situation lässt sich anhand zweier Praxisbeispiele illustrieren: Der Entnahme von Totholz aus Wäldern und der Anlage sog. Schottergärten, bei welchen der Boden nach dem Abtragen der obersten Humusschicht versiegelt und mit Schotter aufgefüllt wird.[15] In beiden Fällen wird in ökosystemische Prozesse eingegriffen: Die Entfernung von Totholz versagt dem Wald einen wichtigen Bestandteil seines Nährstoffkreislaufes und einen wertvoller Wasserspeicher.[16] Infolge der Anlage von Schottergärten entstehen ökosystemisch tote Flächen. Diese bieten nicht nur keinerlei Raum für Tiere und Pflanzen.[17] Durch die Versiegelung gehen die darunter liegenden Böden auch als Wasserspeicher und Kohlenstoffsenken verloren. Dennoch werden Schottergärten und Totholz-Entnahme derzeit von den Landesgesetzgebern noch überwiegend geduldet.[18] Die resultierenden versteckten Kosten werden in Ermangelung einer Verantwortlichkeitszuweisung und Folgenanlastung durch den Gesetzgeber der Allgemeinheit auferlegt. Im vorliegenden Beitrag interessiert an dieser Konstellation derweil nicht die gesetzgeberische Untätigkeit, sondern die Frage nach einer privaten Verantwortung jenseits gesetzlicher Ver- und Gebote, ökosystemische Leistungen zu erhalten und zu fördern. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive knüpft diese Frage an die Diskussion um eine Ökologiepflichtigkeit des Eigentums an.

---

14 *Ruhl/Kraft/Lant*, Ecosystem Services (Fn. 1), S. 164 f.

15 Eingehend zu dieser Problematik *Ferber*, NuR 43 (2021), 370 ff.

16 Weitere Informationen hierzu u. a. auf: www.undekade-biologischevielfalt.de/projekte/aktuelle-projekte-beitraege/detail/projekt-details/show/Wettbewerb/3230/ (letzter Aufruf am 11.4.2022).

17 In diesem Sinne auch VG Hannover, Urt. v. 26.11.2019, Az. 4 A 12592/17, Rn. 50.

18 Spezifische gesetzliche Vorkehrungen gegen Schottergärten existieren bislang in Baden-Württemberg (§ 21a Naturschutzgesetz BW), Hamburg (§ 9 HBauO), Schleswig-Holstein (§ 8 LBO SH) und Sachsen-Anhalt (§ 8 BauO LSA). Zum gesetzlichen Rahmen für das Belassen von Totholz im Wald vgl. *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*, Waldeigentum und Naturschutz, 2017, S. 100 ff.; *Czybulka*, NuR 42 (2020), 78 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## II. Verfassungsrechtlicher Stand der Dinge: Die begrenzte ökologische Verantwortung von Grundeigentümer:innen

Die Frage nach einer „Ökologiepflichtigkeit" des Eigentums wurde im verfassungsrechtlichen Schrifttum in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder gestellt.[19] 1988 nahm *Leimbacher* den Gedanken einer dem Grundgesetz inhärenten Ökologiepflichtigkeit auf und vertrat, dass hieraus eine Pflicht von Eigentümer:innen zur Wahrnehmung der Interessen der Natur folge. Diese sei von einer Gestalt, *„den Menschen […] nicht nur auf die Beachtung der Rechte der Natur zu verpflichten, ihn vielmehr auch zu positiven Leistungen anzuhalten*"[20] – eine Forderung, die in ihrer Progressivität im verfassungsrechtlichen Schrifttum bis heute ihresgleichen sucht.

Nach der deutschen Wiedervereinigung wurde in den Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission der Versuch unternommen, der sozialen Schranke aus Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG auch eine ökologische Schranke hinzuzufügen. Danach sollte der Gebrauch des Eigentums auch dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, welches Teil des Wohls der Allgemeinheit sei, dienen.[21] Entsprechende Vorschläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen.[22] Infolge der Einführung der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG dürfte heutzutage dennoch weitgehend anerkannt sein, dass Sozial- und Ökologiepflichtigkeit zwei „Teilaspekte des Gemeinwohlbezugs" des Eigentumsgrundrechts sind.[23] Während der Begriff der Sozialpflichtigkeit mit der Sozialstaatsklausel nach Art. 20 Abs. 1 GG korrespondiert, strahlt die Ökologiepflichtigkeit über Art. 20a GG in die Eigentumsfreiheit hinein.[24] Dabei kann konstatiert werden, dass sich angesichts der großen Herausforderungen, die Klima- und Biodiversitätskrise für die Gesellschaft mit sich bringen, soziale und ökologische Zielsetzungen nicht immer trennscharf auseinanderhalten lassen.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob und inwiefern Art. 14 GG den Einzelnen als Grundrechtsträger:innen eine private Verant-

---

19 Erstmalig wurde sie wohl von *Hübler* aufgeworfen, vgl. *Hübler*, DÖV 1985, 505.

20 *Leimbacher,* Die Rechte der Natur, 1988, S. 268.

21 Vgl. im Einzelnen den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, 5.11.1993, S. 67 f., 150.

22 Ebenso erwies sich der Versuch, die Schrankentrias der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG um ein Verbot der Beschädigung der natürlichen Lebensgrundlagen zu ergänzen, als erfolgslos, vgl. BT-Drs. 12/6000, 5.11.1993, S. 68.

23 *Czybulka* (Fn. 18), 75.

24 *Czybulka* (Fn. 18), 75 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wortung zuweist. Hierzu bedarf es eines genaueren Blickes auf Art. 14 Abs. 2 GG. Der Aussagegehalt dieser Verfassungsnorm ist indes alles andere als zweifelsfrei geklärt. Eine Grundfrage, die sich hierbei stellt, ist, ob es sich bei Art. 14 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG um zwei verschiedene Eigentumsschranken handelt.[25]

### *1. Eine dem Eigentum inhärente Verpflichtung?*

So wird teilweise angenommen, Art. 14 Abs. 2 GG beinhalte eine verfassungsunmittelbare Verpflichtung, welche dem Eigentum als solches anhafte und ohne gesetzgeberischen Konkretisierungsakt bestehe.[26] Dies folge bereits aus der eigenständigen Position der Verpflichtung, losgelöst von dem einfachen Gesetzesvorbehalt der Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Art. 14 Abs. 2 GG wird nach dieser Ansicht dezidiert als eine Grund*pflicht* verstanden, welche den Staat berechtigt und die Bürger:innen verpflichtet.[27] So wie Art. 6 Abs. 2 nehme Art. 14 Abs. 2 GG:

> *„einen bestimmten Personenkreis für einen bestimmten Bereich in eine besondere Verantwortung und lege[…] diesen als Adressaten staatlicher Maßnahmen fest. Er ist durch diese Grundpflicht[…] konkretisierende Gesetze zu belasten."*[28]

Doch auch ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers müsse Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbar ein Mindestmaß an Pflichten entnommen werden können, da die Gemeinwohlbindung des Eigentums in Falle der legislativen Untätigkeit leerlaufen würde.[29] Von einem solchen „Grundpflicht"-Charakter des Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG ging übrigens auch der Ausschussvorsitzende des Parlamentarischen Rates, *Herrmann von Mangoldt*, aus.[30]

---

25 Vgl. statt vieler *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 14 GG, Rn. 415.

26 In diesem Sinne *Leimbacher,* Rechte (Fn. 20), S. 268; *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 144; *Breuer,* Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 42 f.; *Wieland*, in: Schlieffen (Hrsg.), Republik, Rechtsverhältnis, Rechtskultur, 2018, S. 122 f.

27 *Papier/Shirvani* (Fn. 25), Art. 14 GG, Rn. 61; *Bryde*, in v. Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn. 66 ff.

28 Die Verursachereigenschaft sei „insoweit Folge einer besonderen Verantwortung", vgl. *Frenz*, Verursacherprinzip (Fn. 26), S. 149.

29 *Frenz*, Verursacherprinzip (Fn. 26), S. 146.

30 *Papier/Shirvani* (Fn. 25), Art. 14 GG, Rdn. 61.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 2. *Art. 14 Abs. 2 GG als Direktive für den Gesetzgeber*

Die heutzutage herrschende Ansicht und das Bundesverfassungsgericht sehen hingegen in Art. 14 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt. Sie verstehen Art. 14 Abs. 2 GG als Auftrag und „Richtschnur“[31] für den Gesetzgeber, im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung die Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu gewährleisten.[32] Außerhalb der so gestalteten Rechtsordnung bestehen für Grundeigentümer:innen grundsätzlich keine darüber hinausgehenden Pflichten. Die Verfassungsaussage *Eigentum verpflichtet* wird zudem als viel zu wenig konkret beurteilt, um aus ihr eine unmittelbare Verpflichtung Einzelner ableiten zu können.[33] Jenseits der gesetzlichen Verpflichtungen soll somit auch keine spezifische Verantwortung von Grundeigentümer:innen bestehen, umweltschützende Maßnahmen zum Erhalt von Ökosystemleistungen beizutragen. Diese Auffassung vermag zwar insofern zu überzeugen, als dass sie sich auf den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes stützen lässt. Versäumt der Gesetzgeber indes, seiner Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG in gebotenem Maße nachzukommen und ein umweltgerechtes Verhalten von Grundeigentümer:innen – wie beispielsweise in den eingangs skizzierten Beispielen – einzufordern, stellt sich die Frage, was von Art. 14 Abs. 2 GG substanziell verbleibt.

### 3. *Verbleibende private Verantwortung aus Art. 14 Abs. 2 GG? – Selbstverantwortung vs. Tugendpflichten*

Zum Teil wird vertreten, bei der Eigentümer:innenverantwortung handle es sich nicht um eine „Duldungspflicht entschädigungsloser Sozialbindung des Eigentums“,[34] sondern um eine „Garantie autonomer Verantwortlichkeit“ zugunsten der Eigentümer:innen, welche als Verfassungserwar-

---

31 BVerfGE 20, 351 (356); 25, 112 (117); 31, 229 (275); 37, 132 (140); 42, 263 (294); 50, 108 (112); 81, 208 (220), 89 1 (5); stRspr.

32 Vgl. statt vieler *Jarass*, in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 16. Aufl., 2020, Art. 14 GG, Rdn. 35a; *Ehlers*, VVDStRL 51 (1992), 227; *von Brünneck*, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S. 393; *Papier/Shirvani* (Fn. 25), Art. 14 GG, Rn. 416; *Lepsius*, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S. 130.

33 *Blasberg*, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Grundeigentums zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, 2008, S. 178; *Waechter,* Der Staat 38 (1999), 298 f.

34 *Blasberg,* Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Fn. 33), S. 179.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tung vom Staat zu schützen und zu fördern sei.[35] Art. 14 Abs. 2 GG räume dem Menschen „als Herr über die Natur dank seiner freiheitlichen Vernunft“[36] einen eigenverantwortlichen Handlungsbereich zum Schutz der Umwelt ein:

> *„Dabei trägt der Eigentümer die Verantwortung für den gemeinwohlorientierten Gebrauch des Eigentums, nicht die Allgemeinheit. Die Gemeinwohlziele definiert der Gesetzgeber, den gemeinwohlorientierten Gebrauch bestimmt grundsätzlich der Eigentümer. Er entscheidet als Träger der Eigentümerverantwortung über deren Ausgestaltung. Anders ist ein eigenverantwortlicher Gebrauch der Eigentümerfreiheit nicht möglich.“*[37]

Mit dem Postulat der Ökologiepflichtigkeit konfrontiert, wird fast schon reflexartig eingewendet, dass es einer solchen nicht bedürfe, da „derjenige, der Boden nutzt, ihn pflegt und nachhaltig nutzungsfähig erhält“.[38] In der Realität finden sich hingegen zahlreiche Belege für das Gegenteil.[39] Mangelnde Kenntnisse über ökosystemische Funktionen und Zusammenhänge, ökonomische Zwänge und andere Faktoren hindern Grundeigentümer:innen oft daran, ihr Land nachhaltig zu bewirtschaften und zu pflegen. Die These, „private owners take care of what they own“, entpuppt sich in der Praxis allzu oft als Schutzbehauptung und rhetorisches Feigenblatt.[40] Dieser Umstand ist den Vertreter:innen keineswegs unbekannt; sie

---

35 Hierzu *Leisner*, Umweltschutz durch Eigentümer, 1987, S. 73.

36 *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*, Waldeigentum (Fn. 18), S. 71.

37 *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*, Waldeigentum (Fn. 18), S. 31.

38 So die Beobachtung schon von *Hübler* (Fn. 19), 508; diese Annahme bestätigt z. B. die Behauptung von *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*: „Der Waldeigentümer mit seiner Erfahrung und seiner Verantwortung für die natürliche Entwicklung seines Waldes ist der Erstinterpret der Naturgesetzmäßigkeiten des Waldes“, vgl. *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*, Waldeigentum (Fn. 18), S. 65; in diesem Sinne auch *Depenheuer*: „Auch und gerade in den Fragen des Umwelt- und Naturschutzes ist der Eigentümer des Waldes der sachnächste und -gerechteste Sachwalter der Gemeinwohlverpflichtung des Waldes, für den und von dem er – vergangenheitsgeprägt und zukunftsorientiert – lebt“, vgl. *Depenheuer*, in: ders./Möhring (Hrsg.), Waldeigentum. Dimensionen und Perspektiven, 2010, S. XIV; *Leisner* sieht die Eigentümer:innen gar als *„die geborenen Sachwalter für Umwelt“*, vgl. *Leisner*, Umweltschutz (Fn. 35), S. 57, und identisch S. 170.

39 Vgl. hierzu u. a. die stichhaltige und studienbasierte Erwiderung *Czybulkas* auf *Kirchhof/Kreuter-Kirchhof*, wonach das forstliche Flächenmanagement mit 95 Prozent die mit Abstand häufigste Ursache für die Gefährdung von Wäldern in Deutschland darstelle, siehe *Czybulka* (Fn. 18), 81 f. m. w. N.

40 *Freyfogle*, Valparaiso University Law Review 36 (2002), 307 ff., 318; *Ruhl*, University Journal of Law and Policy 9 (2002), 3; *Barritt*, Journal of Environmental Law 26 (2014), 9.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wird jedoch als ein Zugeständnis an das zugrundeliegende, klassisch-libertäre Freiheitsverständnis verstanden, hinter welchem ökologische Belange zurücktreten. So interpretiert, schrumpft die behauptete Eigentümer:innen-Verantwortung zu einem bloßen „Eigentümerbelieben“[41] zusammen. Prägnant überspitzt hat dies *Walter Leisner* im Jahr 1987 formuliert:

> *„Umweltschutz durch Eigentümer — das ist zuallererst eine Wette auf das Vermögen des mündigen Bürgers, seine ‚wohlverstandenen Interessen‘ selbst zu begreifen und zu verfolgen. Und sollte sie selbst verloren werden, so muß sie der Demokrat nochmals halten: weil damit die Freiheit im Eigentum erkannt, im Eigentum Freiheit vom Bürger ganz angeeignet wird.“*[42]

Diese – schon damals gewagte – These erscheint heutzutage vor den gravierenden ökosystemischen und klimatischen Veränderungen der vergangenen Jahrzehnte nicht länger haltbar. Denn wer würde für die Folgen dieser Wette, wenn sie unwiderruflich verloren ist, einstehen wollen?

Ein anderer, überzeugenderer Ansatz besteht deshalb darin, Art. 14 Abs. 2 GG als einen ethischen Appell an Eigentümer:innen ernst zu nehmen und für den Versuch einer Verrechtlichung zu öffnen. Dass eine unmittelbar gegenüber Privaten wirkende Grundpflicht im Sinne einer *Rechts*pflicht nicht aus Art. 14 Abs. 2 GG hervorgehen soll, bedeutet nicht, dass sich Eigentümer:innen jenseits der positiven Rechtsordnung in einem Verantwortungsvakuum bewegen. Vielmehr lässt sich diese verfassungsrechtlich einzigartige Norm auch so interpretieren, dass sie neben einem Auftrag an die Legislative zugleich die Befolgung von *Tugendpflichten* gebietet. Derartige Tugendpflichten werden im Gegensatz zu Rechtspflichten üblicherweise dem Bereich der Ethik zugeordnet und eine rechtliche Qualität verneint. Wie *Waechter* ausführt, funktioniert diese Differenzierung indes nur so lange, wie:

> *„Nichtstörungspflichten als Rechtspflichten [ausreichen], um den Frieden in der Gesellschaft zu garantieren. Dies ändert sich in dem Moment, wo Friedensbedingung nicht mehr nur die Unterlassung von Störungen ist, sondern auch das aktive Hinwirken auf bestimmte gewünschte Zustände, die von existentieller Bedeutung sind. So verhält es sich mit der Notwendigkeit, eine ökologisch funktionsfähige Mitwelt zu schaffen.“*[43]

Den Begriff der Tugendpflicht versteht *Waechter* als ein Pendant zu Verantwortung und diese wiederum als einen dezidiert *handlungs*orientierten Begriff:

---

41 So kritisch *Rittstieg,* Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 389.
42 *Leisner*, Umweltschutz (Fn. 35), S. 166.
43 *Waechter,* Der Staat 38 (1999), 309.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> *„Verantwortung gilt nicht so sehr der Schonung des status quo der Mitwelt, sondern ihrer Förderung, und zwar nicht nur bzgl. der gegenwärtig repräsentierten Interessen, sondern auch der zukünftigen.“*[44]

Insofern erschöpfen sich Tugendpflichten nicht in der Beachtung des Rücksichtnahmegebotes und des Verursacherverbotes. Indem sie den Menschen nicht als atomistisches Individuum, sondern als teilhabendes und -nehmendes Mitglied der Gesellschaft voraussetzen, transportieren sie die Erwartungshaltung, dass das individuelle Verhalten in positiver Weise zum eigenen und allgemeinen Wohlergehen beiträgt. Dieser Gedanke der Verantwortung als Solidarität, der bereits charakteristisch ist für das Sozialstaatsprinzip, lässt sich auch auf den Umweltstaat übertragen: So wie sich die soziale Wohlfahrt nicht durch den Staat allein verwirklichen lässt, bedarf auch der ökologische Staat der aktiven Mitwirkung seiner Bürger:innen.

## *III. Verantwortung von Grundeigentümer:innen – Zwei potenzielle Entwicklungspfade*

Im verbleibenden Teil dieses Beitrages soll der Frage nachgegangen werden, wie die Annahme von Tugendpflichten aus Grundeigentum begründet und für die Rechtspraxis fruchtbar gemacht werden kann. Zwei alternative Entwicklungspfade sollen dazu kursorisch aufgezeigt werden. Den analytischen Bezugsrahmen bilden die Nachhaltigkeitspfade der Modernisierung und der Transformation.[45] Modernisierende Maßnahmen sind darauf ausgerichtet, „bestehende Institutionenordnungen effizient in Richtung Nachhaltigkeit umzubauen“[46], wobei die zentralen gesellschaftlichen Strukturen erhalten bleiben sollen. Transformative Strategien zielen demgegenüber auf einen grundlegenden Wandel der Lebensformen ab.[47] Moderne Narrative des Wirtschaftswachstums und der Natur als Kapital werden grundlegend in Frage gestellt.

---

44 *Waechter* (Fn. 43), 288.

45 Der dritte Nachhaltigkeitspfad der Kontrolle, wie er von *Adloff/Neckel* identifiziert wurde, wurde für die vorliegende Untersuchung nicht herangezogen, vgl. aber dazu *Adloff/Neckel*, Modernisierung, Transformation oder Kontrolle?, in: Dörre et al., Große Transformation? Zur Zukunft moderner Gesellschaften, 2019, S. 167ff.

46 *Adloff/Neckel*, Modernisierung (Fn. 45), S. 168.

47 *Adloff/Neckel*, Modernisierung (Fn. 45), S. 174.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 1. Modernisierung: „[M]ake forests worth more standing than cut down"[48]

Wer Schäden an Ökosystemen verursacht, soll diese ausgleichen – das ist der Grundgedanke des Verursacherprinzips. Spiegelbildlich dazu hat sich die Auffassung herausgebildet, dass derjenige entschädigt werden soll, der aktiv Maßnahmen zur Bereitstellung von Ökosystemleistungen ergreift: Von *polluter pays* zu *provider gets*.[49] Ein entsprechendes, marktbasiertes Instrument, dass in wachsendem Maße inner- und zwischenstaatlich eingesetzt wird, sind Zahlungen für Ökosystemleistungen (ZÖL).[50] Grundgedanke dieses Instrumentes ist es, privaten Grundeigentümer:innen einen finanziellen Anreiz für die Bereitstellung von Ökosystemleistungen zu geben.[51] Positive Externalitäten sollen auf diesem Wege internalisiert werden. Im Allgemeinen lassen sich zwei Arten von ZÖL unterscheiden: Programme, welche die partielle oder vollständige Einstellung von aktiven Nutzungen des Landes (z. B. keine Forst- oder Landwirtschaft zu betreiben), und Programme, die eine Modifikation der Aktivitäten zur Landbewirtschaftung vorsehen (z. B. die Verringerung des Einsatzes von Pestiziden). Derzeit werden derartige Programme vor allem aus staatlichen Mitteln finanziert. Längerfristig streben Befürworter:innen dieses Ansatzes indes auch eine stärkere privatrechtliche Nutzung von ZÖL-Vertragsregimen an, bei der private Bereitsteller:innen von privaten Nutznießenden für ihre Leistungen bezahlt werden und einen echten monetären Mehrwert im Vergleich zu potenziellen Alternativnutzungen erzielen können sollen.[52] Möglich werden soll dies durch die sog. ökonomische Inwertsetzung von Ökosystemleistungen – dem Versuch, den Wert der Güter und Leistungen der Natur in konkret bezifferbaren Geldwerten auszudrücken.[53] In dieser Inwertsetzung liegt zugleich eine Chance, Umweltbelange in Abwägungsprozessen von Politik und Verwaltung in messbarer und transparenter Weise einfließen zu lassen. Gleichzeitig begegnet die Ökonomisierung von

48 *Salzman*, Pace Environmental Law Review 28 (2011), 600.
49 *Mauerhofer/Hubacek/Coleby*, Ecology and Society 18 (2013), Art. 14.
50 Im Englischen bezeichnet als *payments for ecosystem services*.
51 Dieser Ansatz ist keinesfalls neu. Die Idee, die Produktion von positiven Externalitäten zu subventionieren, wurden schon von dem Ökonomen *Arthur C. Pigou* in seinem Werk „The Economics of Welfare" (1920) vorgebracht.
52 Vgl. hierzu z. B. OECD, Paying for Biodiversity. Enhancing the Cost-Effectiveness of Payments for Ecosystem Services, 2010, S. 38.
53 Vgl. grundlegend hierzu: TEEB, Die Ökonomie von Ökosystemen und Biodiversität, Synthesebericht, 2010.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ökosystemleistungen viel Kritik.[54] Bedenken bestehen einerseits hinsichtlich der praktischen Realisierbarkeit dieses Ansatzes:[55] Wie soll der wirtschaftliche Wert verschiedener Ökosystemleistungen konkret bemessen werden? Wie lässt sich der Kreis der jeweils Nutznießenden sinnvoll eingrenzen? Wie lassen sich Mitnahmeeffekte vermeiden und die Vertragserfüllung überwachen? Und wer soll die Kosten tragen? Der Staat dürfte dazu jedenfalls nicht vollumfänglich in der Lage sein.[56] Darüber hinaus wenden sich kritische Stimmen aufgrund ethischer Erwägungen auch ganz grundsätzlich gegen die marktwirtschaftliche Inwertsetzung von Natur.[57] Die Natur werde auf ihren extrinsischen Wert reduziert, für dessen Bemessung primär die jeweils verfolgten Ziel- und Zwecksetzungen in Relation zum Menschen maßgeblich sind. Eine derartige Inwertsetzung berge die Gefahr, dass der Eigenwert der Natur, ihr intrinsischer Wert, aus dem Blickfeld gerät.[58] Privates Naturschutzhandeln, dass nicht monetär, sondern rein intrinsisch motiviert ist, könnte verdrängt werden.[59] Auch besteht die Ge-

---

54 Ein hervorragender Überblick über die verschiedenen Positionen in dieser Debatte von Ökosystemleistungen findet sich bei *Bell-James*, University of Queensland Law Journal 39 (2020), 529.

55 WWF, Accounting for Natural Capital in EU Policy Decision-Making. A WWF Background Paper on Policy Developments, 2014, 14.

56 Dieses Argument wird auch insgesamt gegen Maßnahmen im Rahmen des Vertragsnaturschutzes angeführt, so führt z. B. *Tomuschat,* in: ders. (Hrsg.), Eigentum im Umbruch, 1996, S. 19 aus: „*Es ist für den Naturschutz geradezu eine Existenzfrage, daß er durch Maßnahmen verwirklicht werden kann, welche der betroffene Eigentümer entschädigungsfrei hinzunehmen hat. Kein Land ist so reich, daß es sich ständige Zahlungen aus Gründen des Naturschutzes leisten könnte. […] Der Versuch, Naturschutz insgesamt auf freiwilliger Basis mit dem Lockmittel öffentlicher Zahlungen zu sichern, muß also fast zwangsläufig scheitern. In Ländern mit niedrigerem Lebensstandard hätte er von Anfang an keine ernstliche Chance*".

57 Diese folge einem inhärent anthropozentrischen Bild von Natur, schreibe das Wachstumsnarrativ heutiger Industriegesellschaften fort und lasse das bestehende, unnachhaltige Wirtschaftssystem als Verursacher der heutigen Biodiversitäts- und Klimakrisen in seinen Grundfesten unberührt, so z. B. *Wilkinson*, Journal of Human Rights and the Environment 5 (2014), 184; *Morrow,* Journal of Human Rights and the Environment 5 (2014), 111.

58 Vgl. u. a. *Unmüßig*, Wertschätzung Ja – Inwertsetzung und Monetarisierung von Natur – Nein Danke!, 23.9.2019, https://www.boell.de/de/2019/09/23/inwertsetzung-und-monetarisierung-von-natur-nein-danke?dimension1=ds_oekonomie_natur_de (letzter Aufruf am 24.3.2022).

59 Im Englischen bezeichnet als *motivational crowding-out*, vgl. *Chapman et al*, World Development 129 (2020), 1 m. w. N.; das Pendant hierzu ist das *motivational crowding-in*, wenn finanzielle Anreize intrinsische Motive gerade fördern, vgl. *Chapman et al*, World Development 129 (2020), 2.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fahr, dass sich eine Mentalität des *No pay, no cure*[60] herausbildet, wie sie bereits im Landwirtschaftskontext konstatiert wurde und welche die Bereitschaft, ordnungsrechtliche Instrumente ohne Nachteilsausgleich zum Erhalt von Ökosystemleistungen zu akzeptieren, reduziert. Es bedarf einer genauen Reflektion, welcher Zweck mit ZÖL-Vereinbarungen verfolgt werden soll – geht es primär um die bloße Erfüllung eines Vertrags, nach dessen Auslaufen Grundeigentümer:innen zu alten Verhaltensweisen zurückkehren können? Oder soll darüber hinaus eine dauerhafte Verhaltensänderung, eine Verinnerlichung der übertragenen Verantwortung angestrebt werden? Da es sich um eine freiwillige Kooperationsform handelt, wird vertreten, dass das Interesse der Grundeigentümer:innen an einer Wiederaufnahme der ursprünglichen Nutzung notwendigerweise berücksichtigt werden muss.[61] Das BNatSchG tut dies bereits durch das sog. Wiederaufnahmeprivileg aus § 14 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG, wodurch gerade ein Anreiz für die Übernahme temporärer Naturschutzpflichten geschaffen werden soll. Das Vertragsmodell besticht damit gerade auch durch das Versprechen der Beibehaltung der vollumfänglichen Autonomie der Eigentümer:innen. Die bestehenden wirtschaftlichen und eigentumsrechtlichen Verhältnisse werden fortgeschrieben und lediglich durch zusätzliche Verfügungspositionen und vertragliche Verantwortlichkeiten ergänzt.

### 2. *Transformation: Eine eigentumsinhärente Verantwortung der guten Sachwalterschaft*

Im Gegensatz dazu stellt sich das Konzept des *Stewardship* als Ausdruck der Suche nach einer neuen Beziehungskonzeption zwischen Mensch und Natur dar.[62] In Ermangelung eines etablierten deutschsprachigen Begriffspendants lässt sich *Stewardship* auch als *gute Sachwalterschaft* bezeichnen. In dieser Konzeption übernimmt der:die Grundeigentümer:in eine individuelle Mitverantwortung für die Bewahrung der Schöpfung. In der Enzyklika *Laudato Si* des Papstes Franziskus aus dem Jahr 2015, welche auch

60 *Backes,* in: Tomuschat (Fn. 56), S. 200.
61 *Lutter/Paschke,* AFZ-DerWald 21/2018, 29.
62 Vgl. zugunsten einer Verpflichtung von Grundeigentümer:innen, ihr Land als ökologische Stewards zu verwalten, u. a. *Freyfogle*, Bounded People, Boundless Lands, 1998; *Reid/Nsoh*, Environmental Law and Management 25 (2013), 13; *Rodgers*, The Cambridge Law Journal 68 (2009), 550 ff.; *Lucy/Mitchell*, Cambridge Law Journal 55 (1996), 566 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Beachtung gefunden hat,[63] ist insofern von einer Beziehung der „verantwortliche[n] Wechselseitigkeit" die Rede:[64]

> *„Jede Gemeinschaft darf von der Erde das nehmen, was sie zu ihrem Überleben braucht, hat aber auch die Pflicht, sie zu schützen und das Fortbestehen ihrer Fruchtbarkeit für die kommenden Generationen zu gewährleisten."*[65]

Die *Stewardship*-Ethik findet ihre Wurzeln indes nicht nur in der jüdisch-christlichen Lehre, sondern auch in anderen Religionen und Philosophien.[66] Modernere, säkulare Begründungsansätze rekurrieren auf die menschlichen Grundbedürfnisse, die nur durch die begrenzt verfügbare Ressource des Bodens befriedigt werden können,[67] und auf die korrespondierenden Menschenrechte.[68] Auch bei *Stewardship* handelt es sich um ein anthropozentrisches Konzept, wodurch es sich in einem gewissen Spannungsfeld zu jüngeren, dezidiert ökozentrischen Ansätzen bewegt, die eine Zuweisung von subjektiven Rechten an die Natur anstreben.[69] Es steht jedoch für einen *altruistischen* in Abgrenzung zu einem *despotischen* Anthropozentrismus.[70] Wer in der Position ist, Inhaber:in einer Parzelle dieser begrenzten Ressource zu sein, soll damit in einer spezifischen Verantwortung stehen. Die Annahme ist, dass diese *Stewardship*-Verantwortung Grund und Boden selbst innewohnt, da sich nur auf diese Weise die Kontinuität der verantwortungsvollen Sachwaltung unabhängig von der

---

63 *Shelton*, AJIL 109 (2015), 132 – 135.

64 *Papst Franziskus*, Laudato Si, Enzyklika, Libreria Editrice Vaticana, 2015, Rn. 67.

65 *Papst Franziskus*, Laudato Si (Fn. 64), Rn. 67.

66 Vgl. einführend *Worrell/Appleby,* Journal of Agricultural and Environmental Ethics 12 (2000), 272; *Barnes*, Property Rights and Natural Resources, 2009, S. 155 ff.; *Barritt*, The Foundations of the Aarhus Convention, 2020, S. 135 ff., *Bavikatte*, Stewarding the earth, 2014, S. 39 ff., jeweils m. w. N.

67 *Lucy/Mitchell*, The Cambridge Law Journal 55 (1996), 597.

68 *Turner*, in: Martin-Ortega/Ferrier/Gordon/et al. (Hrsg.), Water Ecosystem Services, 2015, 163 –169.

69 Exemplarisch für die mittlerweile kaum noch überschaubare Literatur zu den Rechten der Natur *Voigt* (Hrsg.), Rule of Law for Nature, 2013; *Gutmann*, Hybride Rechtssubjektivität, 2021.

70 Der Begriff des *despotischen* Anthropozentrismus geht vorliegend auf Papst Franziskus zurück, der in seiner Enzyklika *Laudato Si* aus dem Jahr 2015 auf die „biblische Gesetzessammlung" rekurriert, welche das Verhältnis des Menschen zu seinen Mitgeschöpfen als eines der Fürsorge beschreibt, vgl. *Papst Franziskus*, Laudato Si (Fn. 64), Rn. 68.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

innehabenden Person gewährleisten lasse.[71] Bei diesen Überlegungen ist zu berücksichtigen, dass sich aus solchen, zunächst ethischen Annahmen über Verantwortung nicht ohne Weiteres normative Schlussfolgerungen ziehen lassen.[72] Insofern bedarf es einer Verrechtlichung sowohl durch Instrumente des Ordnungsrechts als auch der indirekten Steuerung, deren Erörterung allerdings über den vorliegenden Rahmen hinausweist.

### *3. Vermittelnder Ansatz*

So gegensätzlich die beiden aufgezeigten Entwicklungspfade zunächst erscheinen mögen, sind sie nicht unvereinbar. Eine vermittelnde Herangehensweise haben *McKenzie Skene et al.* aufgezeigt.[73] In ihrem Beitrag zum *Stewardship*-Konzept diskutierten sie im Jahr 1999 sechs verschiedene Methoden, entsprechende Verpflichtungen im Recht zu inkorporieren. Zahlungen für Ökosystemleistungen stellen nach ihrer Ansicht keinen Widerspruch zur Etablierung einer *Stewardship*-Verantwortung dar, sondern lassen sich vielmehr in ein transformatives Modell zu ihrer inkrementellen Realisierung einordnen, innerhalb dessen sie einen der ersten Schritte bilden.[74] Denn auch im Rahmen von *Stewardship*-Vereinbarungen sind Ausgleichszahlungen möglich. Diese sollten jedoch lediglich notwendige Aufwendungen vergelten bzw. als eine monetäre Anerkennung dienen – eine Gewinnerzielungsabsicht soll gerade nicht unterstützt werden.[75] Einzelne empirische Forschungsprojekte konnten bereits belegen, dass

---

71 Vgl. *McKenzie Skene/Rowan-Robinson/Paisley/et al.*, Edinburgh Law Review 3 (1999), 161.

72 *Führ*, Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat, 2003, S. 50.

73 *McKenzie Skene/Rowan-Robinson/Paisley/et al.* (Fn. 71), 151 ff.

74 *McKenzie Skene et al.* haben insgesamt folgende sechs Schritte zur Realisierung einer *Stewardship*-Verantwortung von Grundeigentümer:innen aufgezeigt (hier in aufsteigender Reihenfolge): Consultation; the use of financial incentives, education and persuasion; the imposition of financial penalties; regulating ownership; the acquisition of ownership or some lesser right; altering the nature of ownership, vgl. *McKenzie Skene/Rowan-Robinson/Paisley/et al.* (Fn. 71), 161.

75 In diesem Sinne definiert z. B. Art. 3 Nr. 37 des spanischen Gesetzes *del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad* den:die Träger:in von *Stewardship*-Verantwortung wie folgt: „Entidad de custodia del territorio: organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad", vgl. Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, 13.12.2007.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zahlungen für Ökosystemleistungen von den Empfänger:innen weniger als eine Vergütung im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr als ein Zeichen der Anerkennung ihrer individuellen Maßnahmen zum Schutz der Natur empfunden werden, wenn das Honorierungssystem beispielsweise Maßnahmen belohnt, die auch ohne diesen Anreiz durchgeführt worden wären.[76] Ob und inwieweit ZÖL-Programme tatsächlich eine *Stewardship*-Verantwortung von Grundeigentümer:innen befördern bzw. honorieren können, wird im Wesentlichen von der konkreten Ausgestaltung dieser Programme abhängen.

## *IV. Das Stewardship-Potenzial des Grundeigentums im Lichte von Art. 14 Abs. 2 GG*

Doch ließe sich vor dem Hintergrund des aufgezeigten verfassungsrechtlichen Eigentumsverständnisses der zweite Entwicklungspfad überhaupt beschreiten? Mit anderen Worten, ist die Idee des Eigentums als gute Sachwalterschaft als solche mit dem Grundgesetz vereinbar? Wie diese Frage beantwortet wird, hängt wohl im Wesentlichen davon ab, mit welchem Absolutheitsanspruch die zentralen Rechtspositionen des Eigentumsrechts – Ausschließungsrecht und Nutzungsrecht – behauptet werden und welches transformative Potenzial der grundrechtlichen Eigentumsgewährleistung zugestanden wird. Hinsichtlich des Grundeigentums lässt sich bereits *de constitutione lata* feststellen, dass in diesem mehr als in jedem anderen Eigentum eine soziale und ökologische Bindung zur Geltung gebracht wird. Die herausgehobene Stellung des Grundeigentums aus den übrigen Eigentumsformen zeigt sich dabei auch im Verhältnis zu Art. 15 GG, welcher nicht nur für „Grund und Boden", sondern auch für die „Naturschätze", zu denen bei weiter Auslegung auch die Funktionen und Leistungen der Ökosysteme gehören dürften, die Möglichkeit der Vergesellschaftung eröffnet.[77] Dem verbreiteten Unbehagen der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft bei der Betrachtung dieser eigentümlichen Norm steht hier ein wachsender Diskurs über die kollektive Verwaltung natürlicher Ressourcen auf der Grundlage des Prinzips der Treuhandschaft gegenüber[78] – ein Prinzip, welches mit dem *Stewardship*-Konzept eng verwandt ist. Die Anerken-

76 *Chapman et al.* (Fn. 59), 9.
77 In diesem Sinne zum Grundeigentum auch *Breuer*, Bodennutzung (Fn. 26), S. 43.
78 Vgl. schon frühzeitig *Bosselmann*, Natur (Fn. 6), S. 402 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nung einer *Stewardship*-Verantwortung muss demnach nicht zwangsläufig zu einer Dekonstruktion des Begriffs des Grundeigentums führen, sondern lediglich zu seiner Uminterpretation. Als ein Anknüpfungspunkt bietet sich der kürzlich von *Gunnar Folke Schuppert* vorgebrachte Vorschlag an, „Eigentum (auch) als Weltbeziehung" zu verstehen.[79] Die Vorstellung von „Eigentum als Weltbeziehung" findet im Grundeigentum einen besonderen Widerhall. Die Annahme, dass Grundeigentum ausschließbar und abgrenzbar sei, hat seit jeher nur auf dem Papier funktioniert, wo sich Grenzen erfinden und fein säuberlich ziehen lassen. Das reelle Eigentum an Grund und Boden lässt und ließ sich noch nie vollständig abgrenzen.[80] Die Bodenoberfläche mag uns immobil erscheinen. Sein Innenleben ist es nicht, auch wenn der juristische Sprachgebrauch vom „Erdkörper" dies suggerieren mag: Die im Boden ablaufenden Nährstoffkreisläufe sind im ständigen Fluss, die zahllosen Bodenlebewesen in stetiger Bewegung. Auch die Wurzeln von Bäumen und Sträuchern halten sich nicht an die oberirdisch gezogenen Grenzen. Bedenkt man die vieldimensionale, ökosystemische Einbindung von Böden, wird deutlich, dass Beeinträchtigungen und Beschränkungen der ökosystemischen Funktionalität und Leistungen eines jeden Stück Lands sich stets auch auf die Umgebung auswirken. In dem Verhalten von Grundeigentümer:innen liegt somit immer auch ein Zugriff und eine Einwirkung auf fluide Umweltmedien, die zwar mit dem Grundeigentum in Verbindung stehen, aber von diesem nicht umfasst werden. Aus dieser Interaktion von Ökosystemleistungen von Dritten oder der Allgemeinheit resultiert die spezifische Verantwortung, einen Beitrag zum ökologischen Gesamthaushalt zu leisten. Dabei dürfte die Verantwortung des:r Eigentümer:in für den Erhalt und verantwortungsvollen Gebrauch eines Grundstücks umso größer sein, je höher dessen ökosystemische Bedeutung ist.[81]

*De lege ferenda* würde eine Anerkennung von Rechten der Natur ein zusätzliches Argument für eine Verantwortung aus Eigentum an nicht-humanen Naturelementen eröffnen, weil ihre Befreiung aus dem Objektzustand die Grundkoordinaten im System der miteinander abzuwägenden Rechte

79 *Schuppert*, Eigentum neu denken, 2019, S. 273.

80 Vgl. zu dieser vorliegend nur angedeuteten ökologischen Perspektive auf das Grundeigentum die instruktiven Beiträge von *Sax*, Stanford Law Review 45 (1992), 1442 ff.; und *Butler*, Southern California Law Review 73 (2000), 927 ff.

81 *Frotscher* deutete diesbezüglich schon 1992 eine sog. Theorie der abgestuften Sozialbindung an, vgl. *Frotscher*, in: VVDStRL 51 (1992), S. 314 (Aussprache). Parallel dazu ließe sich im vorliegenden Kontext von einer Theorie der abgestuften Ökologiebindung von Eigentum sprechen.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Interessen grundlegend verändert. Ökosystemleistungen wären dann womöglich schlichtweg das Eigentum der Natur.

## *V. Auf dem Weg zu einem neuen Selbstverständnis von Grundeigentümer:innen?*

Die Suche nach dem besten Ansatz, der Degradation von Ökosystemleistungen entgegenzuwirken, wirft ein Schlaglicht auf grundlegende Fragen im Spannungsfeld von Eigentum und Naturerhalt, welche im Rahmen des vorliegenden Beitrages allenfalls angedeutet werden konnten: Ist es erstrebenswert, dass private Verfügungsrechte für Allmendegüter geschaffen und diese den Mechanismen des Marktes unterworfen werden? Wer profitiert davon und wer wird benachteiligt? Und wer trägt Verantwortung? Oder sollte nicht vielmehr das Konzept des Grundeigentums selbst einer kritischen Bestandsaufnahme unterzogen werden? All dies sind Fragen, denen sich Politik, Gesellschaft und (Rechts-)Wissenschaft stellen müssen. Ihrer Beantwortung setzt indes in einem ersten Schritt zwingend eine Besinnung auf das Verhältnis der zwei Wertentscheidungen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie voraus – die Privatnützigkeit und die Sozialpflichtigkeit.[82] Diese Wertentscheidungen sollten wieder in ein ausgewogenes Verhältnis gerückt werden. Das gilt, mehr noch als für alle anderen Eigentumspositionen, für den Boden als unvermehrbare Grundlage unserer natürlichen Lebensbedingungen.

82 In diesem Sinne auch *Breuer*, der „eine einseitige Verbiegung" feststellt, „wenn man einerseits die Wertentscheidung zugunsten privaten Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG betont […] und andererseits die Wertentscheidung für die Sozialpflichtigkeit in Art. 14 Abs. 2 GG zu einem bloßen Gesetzesvorbehalt und einer Gesetzgebungsrichtlinie degradieren will", vgl. *Breuer*, Bodennutzung (Fn. 26), S. 142 Fn. 131; sowie parallel dazu die Beobachtung von *Führ* mit Blick auf § 903 BGB, dass die darin normierte Beschränkung der Eigentümer:innenbefugnisse durch das Gesetz oder entgegenstehende Rechte Dritter „offenbar als lapidare Selbstverständlichkeit überlesen [wird] und nicht […] die gleiche Wirkung wie die positive Beschreibung der Eigentümerbefugnisse [entfaltet]", vgl. *Führ*, Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat, 2003, S. 96.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Fehlercode im System der Normkonkretisierung? Demokratische Verantwortlichkeit als Korrektiv der Legitimationsdefizite privater Normkonkretisierungen

*Benedikt Huggins*[*]

## *Inhaltsübersicht*


I. Problemaufriss 316

II. Theoretische Vorüberlegungen 317

1. Aktueller Diskurs 317

2. Normkonkretisierung 318

III. Grundsätze der Normungsarbeit 319

1. Zweck und Eigenschaften von Normungen 319

2. Normungsarbeit 320

a) Zusammensetzung der Normausschüsse 320

b) Beschränkte Zugriffsmöglichkeiten auf Normungen 321

IV. Einfluss der Normungsarbeit am Beispiel der Straßenbeleuchtung 321

1. Skizze des Rechts der Straßenbeleuchtung 322

2. Würdigung am Beispiel der Straßenbeleuchtung 323

V. Rechtlich vermittelte Bindungswirkung 324

1. Regelvermutungen 324

2. Gerichtliche Überprüfung 325

3. Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte 326

VI. Verfassungsrechtliche Würdigung 326

1. Problemstellung 326

2. Rechtfertigung 328

3. Kritik 329


* Der Autor dankt Antonia Paulus, Johannes Gallon, Isabel Lischewski und Odile Ammann für wertvolle Anregungen und Hinweise.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

VII. Lösungsvorschläge 331
1. Öffentlichkeit der Normungen 332
2. Sichtbarkeit normativer Regelungen 333
VIII. Synthese 334
1. Herstellung von Verantwortungszusammenhängen 334
2. Rechtliche Umsetzung 336
3. Fazit 336

## *I. Problemaufriss*

Gesetzliche Vorschriften sind notwendigerweise unbestimmt. Um die Anwendung im Einzelfall zu erleichtern, werden Normkonkretisierungshilfen erarbeitet. Letztere werden oftmals nicht von demokratisch legitimierten Organen geschaffen, wodurch sich die Tür öffnet, Partikularinteressen im Wege der Normkonkretisierung ins Recht zu kodieren. Exemplarisch zeigt sich das an den technischen Regelwerken (i. F. Normungen)[1] privater Normungsorganisationen wie das Deutsche Institut für Normung e. V. (i. F. DIN). Der Beitrag beschreibt die Mechanismen, mithilfe derer private Interessen ins Recht kodiert werden können. Diese rechtlichen Mechanismen verursachen ein Problem demokratischer Legitimation und lassen sich bildhaft als „Fehlercode" beschreiben. Als Antwort hierauf werden die Öffentlichkeit und die Sichtbarkeit normativer Regelungen untersucht. Eine aktuelle Debatte aufgreifend werden die Vorschläge aus einem deliberativen Demokratieverständnis heraus entwickelt. Dabei soll nicht das Wort gegen außerjuridischen Sachverstand bei der Normkonkretisierung erhoben werden. Die Lösungsvorschläge zielen vielmehr auf die Stärkung demokratischer Verantwortlichkeit ab.

1 Zuweilen wird der Begriff „Standard" oder, ohne Differenzierung, „Norm" gebraucht, dazu *Masuhr*, Europarechtliche Grenzen der Tätigkeit von Normungsorganisationen, 2019, S. 35 – 40; vgl. auch Art. 2 Nr. 1 VO (EU) Nr. 1025/2012, wobei in der englischen Sprachfassung wiederum „Standard" verwendet wird; zu den jeweiligen Normungstypen *Fellner*, Normung für alle, 2021, S. 69 – 73.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## II. Theoretische Vorüberlegungen

### 1. Aktueller Diskurs

Über Defizite demokratischer Verantwortlichkeit wird, besonders in der Politikwissenschaft,[2] lebhaft diskutiert.[3] Hervor sticht die Untersuchung von *Schäfer* und *Zürn*,[4] die eine demokratische Regression in Form mangelnder Responsivität der Parlamente und der Verschiebung von Entscheidungskompetenzen auf nicht-majoritäre Institutionen feststellen.[5] Nicht-majoritäre Institutionen sind beispielsweise Zentralbanken, Gerichte, aber auch private Normungsorganisationen, die nicht demokratischen Auswahl- und Entscheidungsprozessen unterliegen. Ein weiterer, zum Teil überschneidender,[6] Diskursstrang befasst sich mit den Einflüssen wirtschaftlicher Akteure. Aus der Perspektive der Rechtswissenschaften beschreibt *Pistor*, wie Anwält:innen das Recht kodieren, um Kapitalinteressen Privater durchzusetzen.[7]

Legt man diese Diagnosen zugrunde, drängt sich die Frage auf, ob und welche Mechanismen im Öffentlichen Recht privaten Wirtschaftsinteressen zu Lasten demokratischer Verantwortlichkeit zur Durchsetzung verhelfen. Die Problembeschreibungen der demokratischen Regression und der Kodierung von Kapitalinteressen ins Recht überschneiden sich dort, wo Rechtserzeugung mit mangelnder demokratischer Legitimation

---

2 *Przeworski*, Krisen der Demokratie, 2020, S. 102 – 106; *Heitmeyer*, Autoritäre Versuchungen, 2018, S. 177 – 203; ambivalent *Manow*, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, 2020, S. 58 – 70, 121 – 132; *Levitsky/Ziblatt*, How Democracies Die, 2018.

3 Der juristische Diskurs konzentriert sich auf die europäische Rechtsstaatlichkeitskrise, dazu *Bogdandy*, in: Kadelbach (Hrsg.), Verfassungskrisen in der Europäischen Union, 2018, S. 23 – 35; zuvor *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 43 – 48; zu parlamentarischen Erosionstendenzen *Huber*, in: Botha/Schaks/Steiger (Hrsg.), Das Ende des repräsentativen Staates?, 2016, S. 293 (302 f.); umfassender *Ginsburg/Huq*, How to Save a Constitutional Democracy, 2020.

4 *Schäfer/Zürn*, Die demokratische Regression, 2021.

5 *Dies.*, Die demokratische Regression, 2021, S. 89 – 114; ähnlich *Grimm*, in: Brenner/Huber/Möstle (Hrsg.), FS Badura, 2004, S. 156 – 168; zum Begriff der Entparlamentarisierung *Ruffert*, DVBl 2002, 1145; zur Responsivität *Unger*, Verfassungsprinzip (Fn. 3), S. 80 – 84; gegen die Responsivität *Hilbert*, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022, S. 257 – 261 (im Erscheinen).

6 *Schäfer/Zürn*, Regression (Fn. 4), S. 138 – 147.

7 *Pistor*, The Code of Capital, 2019, insb. S. 158 – 182.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf wirtschaftlich geprägte und strukturell ungleiche Interessenskonflikte trifft.[8]

## 2. Normkonkretisierung

Normkonkretisierungen sind typischerweise ein Rechtsanwendungsproblem. Hier soll nicht die notwendige Unschärfe von Rechtsbegriffen,[9] die Kluft von Normbegriff und Anwendung betrachtet werden.[10] Vielmehr richtet sich der Blick auf die gesetzliche Regelungsdichte.[11] Eine geringe Regelungsdichte zeigt sich beispielhaft im Immissionsschutzrecht, wo die anlagenbezogenen Pflichten von „schädlichen Umwelteinwirkungen" gem. §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 S. 1 und § 3 Abs. 1 BImSchG tatbestandlich abhängig sind und sich der Umfang der Pflichten für genehmigungsfreie Anlagen weitgehend nach dem „Stand der Technik" bestimmt.[12]

Diese gesetzliche Ausgestaltung im Imissionsschutzrecht ist gewollt.[13] Der Normtext ist insoweit undefiniert, dass er eine Lücke, eine Leerstelle, enthält,[14] die sich nicht anhand juristischer Methodik, sondern nur durch

---

8 Zumeist wird das Problem verfassungsrechtlich im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie behandelt, wodurch aber die strukturell ungleichen Interessenkonflikte aus dem Blick geraten, vgl. *Schröder*, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 237 (240 – 243); kritischer *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, 219 (232 – 237), die eine „subkonstitutionelle oder parakonstitutionelle Aushöhlung" (S. 233) thematisiert.

9 Ausführlich *Poscher,* FS Wahl, 2011, S. 527 (528 m. w. N.).

10 *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 11 Rn. 23.

11 Vgl. zu verfassungsrechtlichen Anforderungen im europäischen Verfassungsvergleich *Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 175 – 177; die Besonderheit hier mag hierin liegen, dass das Ideal der gesetzlichen Regelungsdichte mangels exekutiver und somit demokratisierter Befassung nicht greift; vgl. dazu auch *Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 124.

12 Dazu *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 43 – 46.

13 *Koch/Hofmann*, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, § 4 Rn. 97; vgl. zur Diskussion bei der Einführung des BImSchG *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1993, S. 100 – 110.

14 *Marburger* spricht von Strukturbedingungen, *Marburger*, Regeln der Technik, 1979, S. 32 – 39; ähnlich *Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, S. 92 – 96, der Recht als Speichermedium versteht; zur Unterscheidung von Output (Normanwendung), Impact (Wirkung einer Maßnahme) und Outcome (län-



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rückgriff auf außerjuridische Maßstäbe schließen lässt.[15] Der einbezogene Sachverstand beschränkt sich nicht auf die Einspeisung von Wissensbeständen, sondern integriert auch politisch wertende Elemente.[16] Diese außerjuridischen Erwägungen modifizieren, rechtlich vermittelt (vgl. V.), die abstrakt-generelle Bindungswirkung der fraglichen Norm, indem bestimmt wird, wie der Begriffsinhalt und der Begriffsumfang zu verstehen sind. Die Normkonkretisierung ist, auch wenn sie durch Private wie das DIN geschaffen wird, daher mittelbar *rechtserzeugend*.[17]

## *III. Grundsätze der Normungsarbeit*

### *1. Zweck und Eigenschaften von Normungen*

Grundsätzlich intendieren private Normungsorganisationen die allgemeine Anwendung von Normungen.[18] Ziel ist nicht oder nicht allein, im Sinne einer Selbstregulierung etwa die Vergleichbarkeit der Produkte zu sichern. Normungen sollen primär eine Entlastungsfunktion erfüllen, also normative Vorgaben entwickeln, die dann von staatlichen Organen nicht mehr erzeugt werden müssen.[19] Das DIN bezeichnet die Funktion von Normungen explizit als Deregulierung.[20] Dabei ähneln Normungen Normtexten auch strukturell, insbesondere werden an den Wortlaut der Normungen unterschiedliche Bindungserwartungen geknüpft, die sich in

---

gerfristige Wirkungen) *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 2016, 1 (5); zur Lückenhaftigkeit außerjuridischen *Wissens* ebd., S. 10 f.

15 Prägnant *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), 7; zur Wertungsabhängigkeit ebd., S. 18.

16 *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 167.

17 Dagegen *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 48 – 50, der diese für einen bloßen „Unterfall der Sachverständigenberatung der Verwaltung" hält.

18 DIN (Hrsg.), Deutsche Normungsstrategie, 2017, S. 10; Nr. 8.1 DIN 820–1:2014–06.

19 *Schulte*, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltnormung, 1998, S. 165, 166 f.; ferner *Stein*, in: Huggins/Herrlein et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, S. 349 (362).

20 Vgl. https://www.din.de/de/ueber-normen-und-standards/nutzen-fuer-die-oeffentliche-hand/deregulierung (letzter Aufruf am 31.3.2022); ebenso zur Abwendung staatlicher Aufsicht oder Regelung in historischer Betrachtung *Marburger*, Technik (Fn. 14), S. 151 f.; für das Regulierungsrecht *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1 (12 f.); a. A. *Ebinger*, Rechtsbegriff (Fn. 13), S. 202 – 204.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

„müssen", „sollen", „dürfen" oder „können" ausdrücken.[21] Normungstexte sind dadurch der juristischen Methodik zugänglich, ohne dass Normungen eo ipso rechtliche Bindungswirkungen erzeugen.

## 2. Normungsarbeit

### a) Zusammensetzung der Normausschüsse

Normungen werden in sog. Normausschüssen erarbeitet. Nach den Zielen des DIN stehen die Ausschüsse neben wirtschaftlichen Akteuren, z. B. Herstellervertreter:innen, auch anderen Personenkreisen offen.[22] Die offene Konzeption spiegelt sich aber in der Realität nicht wider. Das DIN hat für 62 der 69 Ausschüsse die Zusammensetzung der Gremien nach Zugehörigkeitsgruppen veröffentlicht (s. Tabelle).[23]

| **Zugehörigkeit der Mitglieder** | **Anteil der Sitze (Median)[24]** |
|---|---|
| Wirtschaft | 75,5 % |
| Wissenschaft und Forschung | 6,5 % |
| Anwender | 6 % |
| Öffentliche Hand | 4,5 % |
| Arbeitsschutz | 1 % |
| Verbraucherschutz | 0 % |
| Gewerkschaft | 0 % |
| Nichtregierungsorganisationen | 0 % |
| Umweltschutz | 0 % |

*Tabelle 1: Besetzung der Normausschüsse nach Zugehörigkeit der Mitglieder*

Dabei zeigt sich eine frappierende Dominanz wirtschaftlicher Akteure. Dies ist nicht nur mit Blick auf die Mehrheitsbildung und Gegenmachtbildung in den Gremien problematisch.[25] Vielmehr sind Einwirkungsmög-

21 Tab. 3 bis 6 DIN 820-2:2020-03.
22 DIN (Hrsg.), Normungsstrategie (Fn. 18), S. 11; Art. 5 VO (EU) Nr. 1025/2012; vgl. zudem *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 1997, 160 (205 f.).
23 Abrufbar unter https://www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse (letzter Aufruf am 31.3.2022).
24 Die größte Abweichung zwischen der Berechnung des Durchschnitts vom Median beträgt 1,9 %.
25 Gleiches gilt für die öffentliche Hand, die nur wenige Vertreter:innen entsendet, BT-Drs. 19/21252, S. 9 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lichkeiten von Gruppen, die Allgemeininteressen vertreten, insbesondere den hier interessierenden Umweltschutz, faktisch nicht existent. Dieser Befund widerspricht deutlich der öffentlichen Kommunikation und der Strategie des DIN, eine „breite Beteiligung aller Stakeholder" sicherzustellen.[26]

### *b) Beschränkte Zugriffsmöglichkeiten auf Normungen*

Problematisch ist ferner, dass Normungen öffentlich kaum zugänglich sind. Sie unterliegen dem urheberrechtlichen Schutz, den die DIN auch ernst verfolgt.[27] Eine Normung besteht aus mehreren Teilen, die jeweils ca. 50 – 300 € kosten. Dadurch werden den Bürger:innen, im Ansatz gebilligt von der Rechtsprechung,[28] erhebliche Kosten auferlegt, um Normungen überhaupt erst lesen zu können.[29] Zwar besteht die Möglichkeit, an sog. Normen-Infopoints Einsicht in die Regelwerke zu nehmen. Ausdrucke und Kopien sind aber mit Verweis auf das Urheberrecht nicht erlaubt, Notizen i. d. R. nur handschriftlich.[30] Dadurch werden erhebliche Zugangshürden installiert, die Interessierte eine vertiefte Befassung mit den Normungsinhalten faktisch unmöglich macht.[31]

## *IV. Einfluss der Normungsarbeit am Beispiel der Straßenbeleuchtung*

Die zuvor beschriebenen Probleme wirken sich auch auf die jeweiligen Normkonkretisierungshilfen, d. h. auf die Ergebnisse der Normungsarbeit, aus. Inwieweit Normungen die Anwendung des Rechts modifizieren, wird

---

26 DIN (Hrsg.), Normungsstrategie (Fn. 18), S. 11; vgl. dazu auch die nicht durchsetzbare Selbstverpflichtung in 5.4 DIN 820-1:2014:06.

27 Dazu *Waechter*, NVwZ 2013, 1251 (1252 – 1256).

28 Im Falle des gesetzlichen Verweises OVG Schleswig, Urt. v. 11.8.2011 – 2 LB 2/11, juris, Rn. 50 – 62; ebenfalls kritisch *Waechter* (Fn. 27), 1256; zum Kostenmodell EuG, Urt. v. 14.7.2021 – T-185/19, juris, Rn. 65.

29 Die Transparenzverpflichtungen gem. Art. 4 VO (EU) Nr. 1025/2012 berechtigen Einzelne nicht.

30 *Meurers/Beye*, DÖV 2018, 59 (60); *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hrsg.), UrhG, § 5 Rn. 30, wonach die rein körperliche Zurverfügungstellung von Normungen nicht mehr zeitgemäß ist.

31 Anders BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 – 3 C 21/12, NJOZ 2013, 1754 (Rn. 24 f.), mit dem Argument, dass auch Gesetze und Verordnungen nicht kostenfrei zugänglich seien. Dies trifft nicht (mehr) zu; vgl. bereits *Guckelberger*, DVBl 2007, 985; *Strohmeier/Garmisch*, DÖV 2019, 478 (481 – 483).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nachfolgend am Beispiel der Straßenbeleuchtung untersucht. Straßenbeleuchtungen sind als etwas Alltägliches praxisrelevant, wirtschaftlich bedeutsam, jedoch gleichzeitig gesetzlich kaum geregelt.[32] Das Beispiel interessiert, weil technische Fragen (wie gelingt z. B. Hinderniswahrnehmung und Energieeffizienz) und politische Fragen (wie sollen Ortsteile bei Nacht aussehen) zusammenfallen. Letztere werfen auch Zielkonflikte auf, wenn beispielsweise soziale Sicherheitsbedürfnisse und der Schutz von Fledermäusen austariert werden müssen. Das Beispiel betrifft den zuvor genannten Kulminationspunkt (s. II. 1.), wonach die Probleme dort entstehen dürften, wo Rechtserzeugung mit mangelnder demokratischer Legitimation auf wirtschaftlich geprägte und strukturell ungleiche Interessenskonflikte trifft.

### *1. Skizze des Rechts der Straßenbeleuchtung*

Die gesetzlichen Anforderungen sollen hier nur kurz umrissen werden. Einzelnen steht kein Rechtsanspruch auf die Beleuchtung zu. Zwar gilt in einigen Bundesländern eine straßenrechtliche, innerörtliche Beleuchtungspflicht,[33] die zumeist als kommunale Aufgabe der Daseinsvorsorge ausgestaltet ist.[34] Die Pflicht steht aber unter dem Vorbehalt der finanziellen Zumutbarkeit und wirkt nur im Verhältnis zwischen Kommune und Aufsichtsbehörde; sie stellt kein subjektiv öffentliches Recht dar.

Hingegen ist eine von störendem Licht Betroffene geschützt. §§ 1004 Abs. 1, 906 Abs. 1 S. 2 BGB greifen innerhalb der Verbundfunktion von öffentlichem und privaten Recht auf die immissionsschutzrechtlichen Vermeidungs- und Minimierungspflichten des § 22 Abs. 1, § 3 Abs. 1, 6 BImSchG zurück.[35] Daneben werden zudem haftungsrechtlich die Verlet-

32 Zur (unbedeutenden) Ausnahme des § 23 Abs. 4 BNatSchG *Huggins/Zimmermann*, DVBl 2022, 20 (24 f.); zu innerörtlichen Beleuchtungspflichten (vgl. IV. 1.) zur wirtschaftlichen Bedeutung *Deutscher Städte- und Gemeindebund* (DStGB), Kommunale Beleuchtung 2017, S. 3.

33 Vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 StrG BW, Art. 51 Abs. 1 S. 1 BayStrWG, § 51 Abs. 1 SächsStrG; als Teil der Straße vgl. § 7 Abs. 5 BerlStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BremLStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 HambWG.

34 *Axer*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 6 Rn. 79; *Huggins/Schlacke*, Schutz von Arten vor Glas und Licht, 2019, S. 162 f.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 15.9.1989 – 8 C 4/88, NVwZ 1990, 374 (376).

35 *Schlacke*, VVDStRL 2020, 169 (185 – 207, insb. 193); ferner *Brückner,* MüKo BGB, 8. Aufl., 2020, § 906 Rn. 20 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zung von Verkehrssicherungspflichten im Rahmen der §§ 823 Abs. 1 und 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG diskutiert, wenn haftungsbegründend eine nicht ausreichende Beleuchtung geltend gemacht wird.[36] Eine Pflichtverletzung liegt nur im Ausnahmefall vor, da die Dunkelheit ein allgemeines Lebensrisiko ist, auf das sich Nutzer:innen einstellen müssen.[37] Schließlich verpflichten insbesondere Regelungen des Naturschutzrechts zur Begrenzung der Beleuchtung, etwa um Zugvögel, vom Alpenstrandläufer bis zum Zwergsäger, vor tödlichen Anlockwirkungen des Lichts zu schützen.[38]

### *2. Würdigung am Beispiel der Straßenbeleuchtung*

Für Straßenbeleuchtungen ist in Deutschland die partiell europäisch harmonisierte Normung, die DIN EN 13201,[39] für Österreich die CEN/TR 13201-1 und für die Schweiz die SNR 13291 maßgeblich. Dabei regeln die Normungen weniger die Standsicherheit der Lichtmasten. Vielmehr werden Beleuchtungsparameter je nach Verkehrsweg, Nutzungsart und Verkehrssituation formuliert. Kern der Vorgaben sind Mindesthelligkeitswerte. Diese sind deutlich höher als die durchschnittlichen Werte bestehender Altanlagen.[40] Die Vorgaben sind maßgeblich aus der Perspektive der Kraftfahrzeugfahrenden gedacht und weniger technisch als gestalterisch. Die Vermeidung nachteiliger Wirkungen wird zwar berücksichtigt, jedoch sind entsprechende Maßnahmen – nach der Konzeption der Normung – unverbindlich und dürfen die Mindesthelligkeitswerte nicht unterschreiten.

Die gesetzlich verbindlichen Schutz- und Vermeidungspflichten des Immissions- und Naturschutzrechts und des daran anknüpfenden privaten Umweltrechts werden in der Normung als unverbindlich dargestellt. Demgegenüber deklariert die Normung Mindesthelligkeitswerte für verbindlich, obwohl der Kommune ein weiter Entscheidungsspielraum zusteht oder die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten den Ausnahmefall darstellt. Stellt man die gesetzlichen Anforderungen denen der Normung

---

36 *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl., 2020, Rn. 726.
37 *Huggins/Schlacke*, Schutz (Fn. 34), S. 195.
38 *Dies.*, Schutz (Fn. 34), S. 84 – 111.
39 Für Fußgängerüberwege findet DIN 67523 Anwendung; nicht unmittelbar anwendbar ist dagegen die LAI-Licht-Richtlinie der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (Hrsg.), Hinweise zur Messung, Beurteilung und Minderung von Lichtimmissionen, 2014.
40 Vgl. *Kyba/Kuester/Kuechly*, IJSL 2017, DOI: 10.26607/ijsl.v19i2.79.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gegenüber, ist ein Gegensatz zu konstatieren, der fast schon eine Umdeutung der rechtlichen Vorgaben erkennen lässt.

## V. Rechtlich vermittelte Bindungswirkung

Grundsätzlich steht es dem DIN frei, Norminterpretationsangebote kostenpflichtig anzubieten. Da Normungen über drei Mechanismen rechtlich kodiert werden und so Bindungswirkungen entfalten, werden ihnen eine überragende Bedeutung attestiert,[41] die dem rein privatrechtlichen Charakter entgegensteht.[42]

### 1. Regelvermutungen

Erstens wird eine Bindungswirkung erzeugt, indem das Recht durch Technik- und Rezeptionsbegriffe eine Vermutungsregel aufstellt, wonach derjenige, der die Anforderungen der Normung erfüllt, sich auch rechtskonform verhält.[43] Prototypisch ist die Bezugnahme auf den „Stand der Technik",[44] der in § 3 Abs. 6 BImSchG als Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen zur Vermeidung oder Ver-

41 *Schmidt-Preuß*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2021, § 26 Rn. 56.

42 Vgl. bereits BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 14/61, NJW 1962, 506 (507), indem technischen Regeln zwar keine Rechtsnormqualität aber faktische Bindungswirkungen zugeschrieben werden.

43 BVerwG, Beschl. v. 30.9.1996 – 4 B 175/96, juris, Rn. 5, wonach für die DIN-Normen eine „tatsächliche Vermutung" gilt, dass sie „einer objektiven Kontrolle standhalten"; noch deutlicher OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.5.2012 – 23 U 80/11, juris, Rn. 7, wonach DIN-Normen anerkannte Regeln der Technik darstellten, was auf einer wörtlichen Übernahme der Normungs*intention* (vgl. III. 1.) gem. Nr. 8.1 DIN 820-1:2014-06 beruhen dürfte; *Lübbe-Wolff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S. 87 (93 – 96); in Bezug auf die Regelvermutung kritisch *Seibel*, NJW 2013, 3000 (3002); ferner *Giesberts/Gayger*, NVwZ 2019, 1491 (1492).

44 Zur sog. Drei-Stufen-Lehre von „allgemein anerkannte Regeln der Technik", „Stand der Technik" und „Stand von Wissenschaft und Technik" BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (135 f.); zum Gleichlauf des Begriffs „Stand der Technik" mit dem unionsrechtlichen „Best Available Techniques" (BVT) *Feldhaus*, NVwZ 2001, 1 (5); zum Unionsrecht *Ehricke*, EuZW 2002, 746 (749 f.); *Kapoor/Klindt*, EuZW 2008, 649 (650).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

minderung von Umweltauswirkungen und zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus definiert ist. Solche Regelungen finden sich an vielen Stellen des Vergabe-, Umwelt- und Zivilrechts. Die unbestimmten Rechtsbegriffe fungieren insoweit als Leerstelle, welche die Inhalte der Normung rezipieren und so rechtlich kodieren.[45]

### *2. Gerichtliche Überprüfung*

Zweitens werden Normungen bei der Rechtsanwendung herangezogen, etwa um zu bestimmen, wann eine schädliche Umwelteinwirkung i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG vorliegt. Zwar sind die Rechtsbegriffe vollständig gerichtlich überprüfbar. Ebenso dürfen Normungen nicht unkritisch übernommen werden.[46] Allerdings trifft die Überprüfung auf faktische Grenzen, weil Normungen nicht verfügbar sind oder im Rahmen eines einzelnen Gerichtsverfahrens nicht vollständig rationalisiert und einer fachlich-kritischen Überprüfung unterzogen werden können.[47] Die Wirkung entspricht den sog. Funktionsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit,[48] die ein Dilemma erzeugen: Mangels Überprüfbarkeit und Alternativen werden Normkonkretisierungen privater Organisationen akzeptiert und der Norminterpretation zugrunde gelegt.[49] Konkretisierungshilfen erlangen dadurch mittelbare Bindungswirkungen, insbesondere wenn Berufungs- und Revisionsinstanzen auf sie rekurrieren.

---

45 Zur Inkorporationstheorie *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 85 m. w. N.

46 Deutlich BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 33-35/83, NJW 1987, 2886 (2888), allerdings wurden die Erwägungen nur geringfügig aufgegriffen.

47 In Bezug auf Verwaltungsbehörden *Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (295); vgl. ferner *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 2010, 211 (241 f.).

48 *Ludwigs*, DÖV 2020, 405 (411).

49 Als faktische Alternativlosigkeit bezeichnend *Ludwig*, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, S. 276 f.; *Lübbe-Wolff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S. 87 (94).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 3. Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte

Versteht man Recht als Erwartungsstabilisierung,[50] erlauben Normungen drittens, die Zeitorientierung zu beeinflussen. Private können durch Überarbeitung der Normungen den Inhalt der Leerstellen modifizieren und damit einen Dynamisierungseffekt erreichen. Dies ermöglicht es dem DIN, den Inhalt der Rechtsnormen zu steuern, ohne die zuständigen Organe zur Rechtssetzung motivieren zu müssen.[51] Aus juristischer Perspektive erfolgt dies prima facie auch ohne sichtbare Rechtsänderung.

Die Dynamisierung mag ein Ziel des Technikrechts sein.[52] Interessant ist jedoch, dass der Mechanismus es gleichzeitig erlaubt, an Verstetigungseffekten zu partizipieren. Diese treten ein, wenn öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidungen in Bestandskraft erwachsen und Adressat:innen vor Rechtsänderungen schützen. Auf diesem Wege können Unternehmen, die Beleuchtungen unterhalten, einer veränderten Rechtslage die Zulassungsentscheidung entgegenhalten.[53] Zudem sind Normungen weniger instabil als Rechtsverordnungen, da Gerichte über die Einzelfallanwendung, nicht aber über die Verwerfung von Normungen entscheiden. Die Zusammenschau dieser Effekte zeigen die Gestaltungsoptionen, die es Privaten ermöglicht, einschlägige Vorschriften zu „mastern".[54]

## VI. Verfassungsrechtliche Würdigung

### 1. Problemstellung

Grundsätzlich stellt sich ein demokratisches Legitimationsproblem. Denn die Normkonkretisierung verläuft nicht entlang der demokratischen Legitimationskette,[55] ausgehend von den in Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehenen Wahlen. In diesem Sinne erfolgt sie nicht stufenweise ausgehend vom Gesetz über Rechtsverordnungen usw. – bildlich gesprochen: von oben –,

50 So *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995 [Nachdr.], S. 125 – 131.
51 *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), 18.
52 *Battis/Gusy*, Technische Normen im Baurecht, 1988, S. 101 – 104.
53 Zu Nach- oder Umrüstungspflichten für Straßenbeleuchtungen § 41a Abs. 1 S. 3 BNatSchG n. F., dazu *Huggins/Zimmermann* (Fn. 32), 26 f.
54 In Anlehnung an „Masters of the code", *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 158 – 167.
55 BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (182); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl., 2004, § 24 Rn. 11 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sondern durch Bezugnahme nicht demokratisch legitimierter Institutionen – um im Bild zu bleiben: von unten –, wodurch sich die Möglichkeit ergibt, private Interessen an majoritären Institutionen und deren Kontrollmechanismen vorbei ins Recht zu kodieren.[56] Normkonkretisierungen durch private Normungsorganisationen sind auch nicht – hierin liegt der Unterschied zu Instrumenten der Verwaltung – in der verfassungsrechtlichen Konzeption der Normerzeugungsdelegation des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG enthalten. Eine Subdelegation, wie Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG gestattet, liegt hier nicht vor, sodass eine demokratische Legitimation von Normungen insoweit ausscheidet. Die gesetzlichen Rezeptionsbegriffe vermögen ebenfalls keine Legitimation zu stiften. Nach der Delegationstheorie ist der Verantwortlichkeitszusammenhang zwischen Legitimationsobjekt und -subjekt nur so stark wie die Verantwortlichkeitsverhältnisse in den einzelnen Delegationsbeziehungen, die den Verantwortlichkeitszusammenhang vermitteln.[57] Das Demokratieprinzip ist dementsprechend als Prozess kontinuierlicher Rückkoppelung zu verstehen.[58] Da die Rezeptionsbegriffe keinen Adressaten kennen, ist die Rückkoppelung und der Verantwortlichkeitszusammenhang durchbrochen.

Die Entscheidungen der privaten Normungsorganisationen sind auch legitimationsbedürftig.[59] Demokratie ist als Herrschaftsform Freier und Gleicher konzipiert.[60] Damit einher geht, dass die Demokratie als Laienherrschaft[61] keine besondere Sachkenntnis als Voraussetzung zur Mitentscheidung verlangt.[62] Entscheidungen, die Expertengremien überantwortet

---

56 Neben der privatverbandlichen Standardsetzung ist auch eine halbstaatliche oder exekutivische Standardsetzung möglich, dazu *Kloepfer*, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 151 (182 – 186); vgl. zur stufenweisen Konkretisierung *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 112.

57 *Strøm*, European Journal of Political Research 2000, 261 (276).

58 BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125 (139 f.); *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, § 6 Rn. 19.

59 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 33-35/83, NJW 1987, 2886 (2888); zu einem theoretischen Bagatellvorbehalt *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 174 – 177; für eine verminderte demokratische Legitimation bei Aufgaben mit geringem Entscheidungsgehalt BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (74).

60 *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2015, Art. 20 Rn. 61; ausführlich zu den Komponenten demokratischer Legitimation *Jestaedt*, Kondominialverwaltung (Fn. 17), S. 267 – 285.

61 *Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 285.

62 *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 81 m. w. N.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden, stehen somit zum Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis. Nicht verschwiegen werden soll, dass hierin auch ein Gleichheitsproblem in Form privilegierten Zugangs zum Ausdruck kommt,[63] welches hier nur aus demokratischer Perspektive als Defizit der Selbstherrschaft freier und gleicher Bürger berücksichtigt werden soll.[64]

### 2. *Rechtfertigung*

Zur Rechtfertigung des Legitimationsdefizits werden im Kern zwei Argumente ins Feld geführt. Das erste Argument basiert auf der Privatautonomie und der über Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinigungsfreiheit.[65] Demnach genießen private Organisationen wie das DIN die Freiheit, Selbstregulierungen vorzunehmen. Eine Beschränkung ließe sich nicht rechtfertigen, da die rechtssetzenden Organe, wenn sie mit den freiwilligen Normungen nicht einverstanden sind, entsprechende Rechtsakte erlassen können.[66]

Das zweite Argument zielt darauf ab, dass die Entlastung staatlicher Rechtssetzungsorgane eine Beteiligung gesellschaftlicher Akteure erfordere.[67] Mitunter wird mit Verweis auf die scheinbar objektive Entscheidungsqualität oder sachgerechte Aufgabenwahrnehmung eine Abschwächung des Demokratieprinzips für zulässig gehalten.[68] Entsprechend sei eine Demokratisierung gesellschaftlicher Macht, ausdrücklich auch die Normset-

---

63 *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 311 – 313; zur Bedeutung des sonst wenig beachteten Republikprinzips *Wallerath*, DÖV 2021, 905.

64 *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 52 f.; *Böckenförde*, Handbuch (Fn. 55), § 24 Rn. 35 – 48; dagegen *Trute*, Grundlagen (Fn. 58), § 6 Rn. 25.

65 *Götz/Lukes*, Zur Rechtsstruktur der Technischen Überwachungs-Vereine, 2. Aufl., 1980, S. 42 – 44; *Battis/Gusy*, Baurecht (Fn. 52), S. 220 – 222; *Schmidt-Preuß*, Handbuch (Fn. 41), § 26 Rn. 55, der die Freiheitsausübung für legitimen Eigennutz bei gleichzeitiger Gemeinwohlförderung hält; *ders.* (Fn. 22), 203 f.

66 *Kloepfer*, Handbuch (Fn. 56), S. 186 f.

67 Zur Öffnung des Demokratieprinzips gegenüber dem „organisierten Sachverstand" bzw. Expertiseaspekten *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 289; zur Ko- und Selbstregulierung *Spindler/Thorun* (Fn. 20), 11 f.; *Di Fabio*, VVDStRL 1997, 235 (238 –241); begründend *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 249, der von einer „‚Osmose' von Staat und Gesellschaft" spricht.

68 BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561-4/12, BVerfGE 135, 155 (Rn. 158); BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98, BVerfGE 107, 59 (91).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zungsakte privater Normungsverbände,[69] nicht verfassungsrechtlich gefordert.[70]

### *3. Kritik*

Die genannten Rechtfertigungsargumente sind nicht überzeugend. Hinsichtlich der Vereinigungsfreiheit handelt es sich bei Normungen nicht um Selbstregulierung. Selbstregulierung ist ein regulatorischer Prozess auf Industrieebene, in welchem Regeln und Standards für ebenjene Industrie gesetzt werden.[71] Wie das Beispiel der Straßenbeleuchtung zeigt, bestimmen Normungen über die Reichweite der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten des § 22 Abs. 1 S. 1 BImSchG, da die Anlagenbetreiberin zuvörderst zur Einhaltung des „Stand[s] der Technik" verpflichtet ist.[72] Die Intention der Normung, die allgemeine Anwendung, sowie die rechtlich vermittelte Bindungswirkung führen zu Fremdregulierung,[73] konkret zur rechtlichen Inkorporation privater Regelsetzung.[74] Diese reicht über eine Selbstbindung der Industrie hinaus, sodass eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommt.[75]

Hinsichtlich des zweiten Arguments überzeugt die allegorische Bezugnahme auf „die Gesellschaft" und die beschränkte demokratische Konzeption über die parlamentarische Legitimationskette[76] nicht. Sie ignoriert, wie selektiv die Beteiligung an der privaten Normungsarbeit ausgestaltet ist (vgl. III.). Zudem wird das Vorfeld staatlicher Entscheidungsfindung durch fachliche Foren ausgeblendet, deren Pfadabhängigkeiten und Impli-

---

69 Ausdrücklich *Schmidt-Aßmann*, AöR 1991, 329 (342).

70 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 69), 339; *Pistor* weist indes darauf hin, dass Private, obwohl sie auf die Durchsetzung ihrer Regeln durch den Staat vertrauen können, geringeren Anforderungen unterliegen, *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 222.

71 *Gunningham/Rees*, Law and Policy 2002, 363 (364 f.).

72 *Jarass*, in: ders. (Hrsg.), BImSchG, 13. Aufl., 2020, § 22 Rn. 43 f.; *Huggins*, I + E 2020, 10 (15).

73 Zudem laufen Sanktionsandrohung bei Nichteinhaltung der Selbstregulierungsverpflichtungen bei Normen ins Leere, da letztere von Dritten angewendet werden, vgl. dazu *Gunningham/Rees* (Fn. 71), 400 f.

74 Vgl. *Huyse/Parmentier*, Journal of Consumer Policy 1990, 253 (260).

75 Zur externen Vereinigungstätigkeit *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2015, Art. 9 Rn. 45.

76 Die Kette amtlicher Bestellungsakte angesichts des geringen demokratischen Nutzens als entbehrlich ansehend *Britz*, VerwArch 2000, 418 (423).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kationen nicht erfasst werden.[77] Es ist daher vorzugswürdiger, dem ein breiter konzipiertes Demokratieverständnis entgegenzustellen.[78]

Dies trägt auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG, das einen ausreichenden Verantwortungszusammenhang zwischen staatlichem Handeln und dem Willen der Bürger:innen verlangt.[79] Entscheidend ist die Sicherstellung eines „effektiven Einfluß[es] auf die Ausübung von Staatsgewalt“[80] und die Verhinderung einer „Verantwortungsverdünnung“[81]. Dabei entnimmt auch das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz kein monistisches Demokratieverständnis,[82] wonach das Parlament den Sammelpunkt der demokratischen Legitimation bildet. Vielmehr ermöglicht es der Prinzipiencharakter der Demokratie, auf verschiedene und auch neue Legitimationsmodi zurückzugreifen,[83] wie auf „Akzeptanz, Partizipation, Garantie von Entscheidungsrichtigkeit, Öffentlichkeit [und] Effizienz“.[84] Insbesondere außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung ist das Demokratieprinzip offen für andere Formen demokratischer Legitimation.[85]

---

77 *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 297; ähnlich *Zeccola/Pfleiderer*, DÖV 2021, 59 (65 f.); zur Übernahme von Normungen in Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen *Lübbe-Wolff* (Fn. 8), 227; zur mangelnden Überwachungsfunktion des Staates *Lamb*, Gesetzeskonkretisierung (Fn. 12), S. 186 – 188, 253 f.

78 Vgl. zur Diskussion um das individualistische-pluralistische Demokratieverständnis *Unger*, Verfassungsprinzip (Fn. 43), S. 75 – 82.

79 *Böckenförde*, in: Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber (Hrsg.), FS Eichenberger, 1982, S. 314 f.; *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 49; *Jestaedt*, Kondominialverwaltung (Fn. 17), S. 46, der – anders als hier vertreten – nur auf den Endpunkt des Entscheidungsprozesses abstellt.

80 BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (2. Ls.).

81 *Wallerath* (Fn. 63), 912; *Voßkuhle* (Fn. 47), 298.

82 BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15 – 2/15, BverfGE 150, 1 (99); BverfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., juris, Rn. 260.

83 BverfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., BverfGE 89, 155 (182), mit dem Hinweis, dass die Verantwortungsbeziehung auf verschiedene Weise hergestellt werden kann; *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 290 f.; zum Legitimationsniveau BverfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BverfGE 83, 60 (72).

84 *Dreier*, GG (Fn. 60), Art. 20 (Demokratie) Rn. 114; ähnlich *Trute*, Grundlagen (Fn. 58), § 6 Rn. 13, 45, 53 f., 66; allerdings dürfte die Aufzählung ebenso Elemente der *Legitimität* enthalten.

85 BverfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98, BverfGE 107, 59 (91); *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 291.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *VII. Lösungsvorschläge*

Derzeit wird als Antwort auf die erwähnten Defizite unter anderem die Stärkung demokratischer Öffentlichkeiten diskutiert. Insbesondere wird empfohlen, Mini-Öffentlichkeiten zu schaffen – wobei sich die Begründungen dafür unterscheiden – und die öffentliche Kontrolle von nichtmajoritären Institutionen zu verbessern.[86] Nachfolgend wird eine Antwort aus der Perspektive eines deliberativen Demokratieverständnisses entwickelt,[87] wie es unter anderem *Lafont* vertritt,[88] wonach es der Abkürzung über Expertenforen nicht bedarf.[89] Diese Betrachtung unterscheidet sich von anderen dadurch, dass nicht nach staatlicher Einflussnahme, sondern nach demokratischer Beteiligung an der Normungsarbeit gefragt wird.

Eine Begründung wäre auch ohne Bezugnahme auf ein deliberatives Demokratieverständnis möglich.[90] Der Vorteil dieses Ansatzes besteht aber darin, dass sich die juristische Normkonkretisierung so demokratisch betrachten lässt. Deliberation basiert auf dem „zwanglosen Zwang des besseren Arguments".[91] Dem folgt auch die Normkonkretisierung, die gemäß der juristischen Methodik Rationalisierungsprozessen und -regeln unterworfen ist. Beispielhaft dafür ist die Entkräftung der Regelvermutung von Technikbegriffen durch gute Gründe. Sie fragt nach der inhaltlichen Rechtfertigung der vorgefundenen Konkretisierung einer Norm. Aus dieser Perspektive sind eine Reihe von rechtsstaatlichen und demokratischen verfassungsrechtlichen Erwägungen denkbar. Die Untersuchung konzentriert sich auf zwei Aspekte, nämlich auf die *Öffentlichkeit* der Normungen und die *Sichtbarkeit* normativer Regelungen.

---

86 *Schäfer/Zürn*, Regression (Fn. 4), S. 210 – 214.

87 Dazu *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 60 – 62 m. w. N.; zur ergänzenden Funktion der Partizipation, BverfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 (u. a.), BverfGE 123, 267 (369); zur Legitimation von expertokratischen Öffentlichkeiten wie der Kohlekommission *Zeccola/Pfleiderer* (Fn. 77), 64 – 68.

88 *Lafont*, Unverkürzte Demokratie, 2021.

89 Aufgrund des losen Verantwortungszusammenhangs bei staatlicher Einflussnahme auf Normungsorganisationen erscheint eine Stärkung des exekutiven Einflusses nicht hilfreich, so aber *Marburger*, Technik (Fn. 14), 1979, S. 605; *Battis/Gusy*, Baurecht (Fn. 52), S. 19 u. 34 – 42.

90 Beispielhaft mit rechtstaatlicher Begründung *Meurers/Beye* (Fn. 30).

91 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1998 [Nachdr.], S. 370.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 1. Öffentlichkeit der Normungen

Der Zwang des besseren Arguments setzt dessen Kenntnis und Nachvollziehbarkeit voraus. Gesetze sowie deren Materialien, einschließlich der Sachverständigengutachten, sind online zugänglich.[92] Ebenso wird von staatlichen Beratungen, Leitfäden und Fachkonventionen erwartet, dass diese ihre Ergebnisse begründen und so überprüfbar machen. Normungen sind hingegen weder öffentlich frei zugänglich, noch begründet. Bevor aber Begründungspflichten diskutiert werden können, bedarf es der Öffentlichkeit der Normungen. Mit Blick auf den urheberrechtlichen Schutz ist diese Frage umstritten.[93] Derzeit ist vor dem EuGH ein Verfahren anhängig, in dem für die Öffentlichkeit mit den Argumenten gestritten wird, dass harmonisierte Normungen als Teil des Unionsrechts[94] keinem urheberrechtlichen Schutz unterlägen und der „freie Zugang zum Gesetz" gem. Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 Vorrang haben müsse.[95]

Dem zugrunde liegen dürfte indes die Frage, ob der Regelungsinhalt in verfassungswidriger Weise der demokratischen Öffentlichkeit entzogen wird.[96] Die installierten Zugangshürden, von Normungen überhaupt Kenntnis zu nehmen, führen zu einer Entkoppelung von der demokra-

---

92 *Oldenburg*, Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen 2009, S. 93 – 98, 205 – 208; noch ablehnend, aber de lege ferenda befürwortend *Stöhr*, NJW 1999, 1440; zur Debatte um die Verständlichkeit in der Corona-Pandemie *Herbert*, VerfBlog v. 4.3.2021; ferner BverfG, Beschl. v. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81, BverfGE 65, 283 (291), wonach die Kenntnismöglichkeit des Bürgers „nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein" darf.

93 Am Beispiel des Baurechts *Waechter* (Fn. 27), 1251; zur wörtlichen Aufnahme einer Normung in einen Bebauungsplan BverfG, Kammerbeschl. V. 29.7.1998 – 1 BvR 1143/90, juris, Rn. 32 – 34.

94 Harmonisierte Normungen werden, anders als nationale Normungen, im Amtsblatt (der EU) veröffentlicht; als solche sind sie Teil des Unionsrecht, dazu EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-613/14, juris, Rn. 40.

95 EuGH, Gerichtsinformationen v. 23.9.2021 – C-588/21, juris; zuvor ablehnend EuG, Urt. v. 14.7.2021 – T-185/19, juris, Rn. 93 – 104: Das Gericht erkennt den Zugang zu Normungen nicht als öffentliche Interessen i. S. d. Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 an. Allerdings kann bei Straßenbeleuchtung ein öffentliches Interesse bereits wegen „Informationen zu Emissionen in die Umwelt" i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 2 VO (EG) Nr. 1367/2006 betroffen sein.

96 In Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip *Meurers/Beye* (Fn. 30), 62 f.; *Strohmeier/Garmisch* (Fn. 31), 481; zur grundlegenden Bedeutung der freien Willensbildung BverfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BverfGE 7, 198 (208); Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als legitimationsbezogenes Zuordnungsprinzip *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 399.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tischen Öffentlichkeit und zu einer Verkürzung demokratischer Willensbildung,[97] da die kleinteiligen Regelungen vom Gesetzgeber auf das expertokratische, für private Interessen aber anfällige Forum der privaten Normungsorganisation verschoben wird. Normungen und ihre Entwürfe müssen daher, wie andere öffentliche Normen auch, kostenfrei zur Verfügung stehen.[98] Die Konzeption der Normen-Infopoints, wo Normungen eingesehen werden können, erlaubt eine solche Befassung nicht und entspricht nicht mehr den Anforderungen der Informationsgesellschaft des 21. Jahrhunderts.[99]

Dies dürfte auch die Untersuchungsgegenstände der Rechtswissenschaften beeinträchtigen. Es steht zu vermuten, dass die Zugangshürden den Grund bilden, weshalb sich Rechtswissenschaftler:innen kaum *in concreto* mit Normungen beschäftigen. Es verwundert daher nicht, dass Leitfäden, Fachkonventionen usw., die zumeist frei verfügbar sind, inhaltlich rezipiert werden, DIN-Normungen hingegen nicht.

### *2. Sichtbarkeit normativer Regelungen*

Die Möglichkeit, Normungsinhalte hinterfragen zu können, setzt neben der Verfügbarkeit voraus, dass die rechtliche Bedeutung der Normung ersichtlich ist. Wie das Beispiel der Straßenbeleuchtung zeigt, steht zu vermuten, dass Rezipienten der fraglichen DIN-Normung nicht erwarten, dass die Normung von den gesetzgeberischen Entscheidungen erheblich abweicht. Schließlich ist die Divergenz, selbst wenn der Text der Normung zur Verfügung steht, nicht ersichtlich, da die rechtlichen Bezugspunkte unklar bleiben. Die Nomenklatur des DIN von „müssen" oder „dürfen" können sogar die tatsächlichen rechtlichen Bindungswirkungen verschleiern.

---

97 Vgl. bzgl. Informationszugangsrechten *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 2013, § 50 Rn. 162 – 169; ähnlich *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl., 2021, § 4 Rn. 179, die die Verfügungsmöglichkeit über Informationen als Machtfrage charakterisieren; eine Kenntnismöglichkeit für ausreichend erachtend BVerwG, Beschl. v. 29.7.2010 – 4 BN 21/10, NVwZ 2010, 1567 (Rn. 13); zur Publizitätsanreizen *Wolff*, Anreize im Recht 2021, S. 135 – 138.

98 Ausführlich *Meurers/Beye* (Fn. 30).

99 Ähnlich *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, UrhG (Fn. 30), § 5 Rn. 30; dazu *Gröschner*, VVDStRL 2004, 344 (358, m. w. N.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Es mangelt daher an der *Sichtbarkeit* normativer Regelungen.[100] Normungen müssen also kenntlich machen, welche rechtlichen Anforderungen konkretisiert werden. Die Sichtbarkeit adressiert dabei eine spezifische Problemstellung, da insbesondere (Rechts-) Anwender:innen und außerjuridische Sachkundige[101] Schwierigkeiten haben dürften, zu erkennen, wann Normungen in Widerspruch zu Rechtsvorschriften geraten.

Zudem stellt sich die Kontrollfrage, ob erkennbar ist, welche normativen Steuerungswirkungen von dem jeweiligen Regelwerk ausgehen.[102] Auch diese Sichtbarkeit ist wesentlich. Denn die Normativität der Normkonkretisierung bestimmt darüber, wer Adressat der Deliberation ist (dazu sogleich).

## *VIII. Synthese*

Die zuvor genannten Anforderungen an die Öffentlichkeit und Sichtbarkeit bilden grundlegende Voraussetzungen für eine demokratische Öffentlichkeit.[103] Aus einer deliberativen Perspektive sind damit Vorbedingungen gegeben, um private Normungsorganisationen dem zwanglosen Zwang des besseren Arguments auszusetzen. Dies dürfte umso mehr gelten, wenn Begründungspflichten für die erarbeiteten Normungsergebnisse implementiert werden.

### *1. Herstellung von Verantwortungszusammenhängen*

Verantwortungszusammenhänge entstehen – auf diese dürfte es ankommen – durch Rechtfertigungslasten, mit denen private Normungsorganisationen konfrontiert werden. Diese können fachlicher und rechtlicher Natur sein, ohne dass sie sich eindeutig voneinander trennen lassen. Ob

100 *Lafont*, Demokratie (Fn. 88), S. 275 f.; ähnlich *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 296, wonach die Implikationen der Expertise klar sein müssen und die Möglichkeit bestehen muss, diese zu hinterfragen.

101 Zur Rezeption außerjuridischer Wissensbestände im Recht *Hoffmann*, in: Huggins/Herrlein et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht 2021, S. 29 (30 – 33).

102 Zur Problembeschreibung „doppelt-dynamischer" Verweise OVG Schleswig, Urt. v. 11.8.2011 – 2 LB 2/11, juris, Rn. 47 – 51.

103 Ähnlich *Hilbert*, Informationsfunktion (Fn. 5), S. 263 – 266 (im Erscheinen), der Informationen (des Parlaments) als Voraussetzung des Legitimationseinspeisemechanismus identifiziert.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein fachliches oder rechtliches Argument vorgebracht wird, ist aber für den jeweiligen Verantwortungszusammenhang von Bedeutung.

Man kann mit guten Gründen der Überzeugung sein, dass Detailfragen, wie die der Straßenbeleuchtung, in (offenen) Expertenforen entschieden werden sollen. Aber die Entscheidung darüber lässt sich erst treffen, wenn die normativen Konsequenzen überblickt werden können. Denn prima facie technische Fragen lassen sich politisieren. Und diese Politisierung ist, worauf *Möllers* zurecht hinweist, ebenfalls eine politische Entscheidung.[104] Dies zeigt sich in der Corona-Pandemie besonders deutlich. Vor Beginn der Pandemie wurde über die Frage, ob eine Atemschutzmaske (etwa vor giftigen Stäuben) notwendig ist, in sachverständigen Gremien entschieden.[105] Im Verlauf der Pandemie wurde das Tragen einer Maske politisiert und schließlich gesetzlich geregelt.[106] Hierbei wurden fachliche Fragen parallel zu rechtlichen verhandelt, die nicht nur an fachliche Akteure, sondern auch an rechtserzeugende Organe gerichtet waren.[107] Dadurch erweitern sich die Verantwortungszusammenhänge und erlauben die Partizipation an politischen Prozessen.[108]

Insgesamt können Verantwortungsbeziehungen zwei wesentliche Effekte verursachen. Erstens stellt die Rechtfertigungslast privater Normungsorganisationen ein Legitimationsmodus für die Normkonkretisierungsleistungen dar. Zweitens werden (verbleibende) Legitimationsdefizite abgefedert, indem Normungen der demokratischen Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und an demokratisch verantwortliche Organe rückgekoppelt werden können.[109]

---

104 *Möllers*, Gewalten (Fn. 11), S. 127.

105 Vgl. für die persönliche Schutzausrüstung von Arbeitnehmer:innen Art. 4 Richtlinie 89/656/EWG und § 4 ArbSchG, zur Konkretisierung durch technische Normungen *Kohte*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2021, § 174 Rn. 17 – 40; vgl. ferner DGUV Regel 112 – 190.

106 Vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG, dazu *Kießling*, in: dies. (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl., 2021, § 28a Rn. 34 – 37.

107 Vgl. *Lafont*, Demokratie (Fn. 88), S. 290, die als Gegenbild von „blinder Regelbefolgung" spricht.

108 Eine solche Rückanbindung dürfte manchen Vorschlägen von *Schäfer* und *Zürn* nahekommen, *Schäfer/Zürn*, Regression (Fn. 5), S. 204 f., 213 f.

109 Ähnlich für die Verfassungsinterpretation *Häberle*, JZ 1975, 297; dieser Zugriff dürfte sich überschneiden mit *Lafont*, Demokratie (Fn. 88), S. 380 – 402, die die Verfassungsgerichtsbarkeit als Partizipation an der Verfassungswirklichkeit versteht; zur Normbefolgung ebd. (S. 54 f.); ferner *Funke*, in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 201 (218 – 220).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 2. Rechtliche Umsetzung

Ein gesetzlich ausgestaltetes Verfahrensrecht, wie Normkonkretisierungen von privaten Normungsorganisationen erarbeitet werden, wäre sicherlich wünschenswert. Die beiden genannten Anforderungen lassen sich indes implementieren, indem die Vermutungswirkungen der Rezeptionsbegriffe und die Bezugnahme im Gerichtsverfahren von der Einhaltung dieser Anforderungen abhängig gemacht werden.[110] Damit könnte es gelingen, das defizitäre System der Normkonkretisierung, den „Fehlercode", zu verbessern und der Verantwortungsverdünnung entgegenzuwirken.

## 3. Fazit

Erstens zeigt das Beispiel der Straßenbeleuchtung, wie die als Leerstellen bezeichneten gelockerten Gesetzbindungen genutzt werden können, um Interessen in das Recht zu kodieren. Wichtiger dürften, zweitens, die Legitimationsdefizite sein, die sich in der rechtlichen Rezeption privatverbandlicher Normungen wie des DIN widerspiegeln. Die Mechanismen der Regelvermutungen, der faktischen Grenzen gerichtlicher Kontrolle sowie die Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte können die Legitimationsdefizite nicht lösen; vielmehr leisten sie der Entkoppelung von der demokratischen Öffentlichkeit Vorschub. Drittens kann zur Lösung auf die aktuellen demokratietheoretischen Reformdebatten Bezug genommen werden. Innerhalb der Gestaltungsräume des Art. 20 Abs. 2 GG können aus der Perspektive eines deliberativen Demokratieverständnisses Strategien, wie die hier diskutierte Öffentlichkeit und Sichtbarkeit, Treiber demokratischer Verantwortlichkeit sein. Öffentlichkeit und Sichtbarkeit bilden ein wichtiges Instrument, um Legitimationsdefiziten privater Normkonkretisierungsleistungen zu begegnen, indem private Normungsorganisationen demokratisch verantwortlich gemacht und an demokratisch verantwortliche Organe rückgekoppelt werden können. Gelänge die Umsetzung, könnten Normkonkretisierungen sich zu einem demokratischen Gewinn mausern.

110 Vgl. *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 222 – 225, die auf die Notwendigkeit staatlicher Durchsetzung privater Interessen mithilfe der Kodierung hinweist.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortungszuweisung im Klimaschutzrecht – Zur Funktion von „Emissionsbudgets“ bei der Evolution eines klimabezogenen Transformationsrechts*

*Michael von Landenberg-Roberg*

## *Inhaltsübersicht*


I. Erste Phase: „Emissionsbudgets“ als Konstruktionselement eines transparenten und effizienten Reduktionsrechts (1990er/2000er) 340

1. Grundfunktion: Zuweisung und Quantifizierung von Reduktionsverantwortung 341

2. Ermöglichung effektiver Kontrolle der Verantwortungserfüllung 341

3. Ermöglichung gemeinschaftlicher Verantwortungserfüllung 342

II. Zweite Phase: „Emissionsbudgets“ als Konstruktionselemente eines koordinationsbezogenen Transformationsrecht (2010er) 343

1. Emissionsbudgets als Elemente zeitlicher Verantwortungsstrukturierung 344

2. Emissionsbudgets als Elemente sektoraler Verantwortungsstrukturierung 345

3. Emissionsbudgets als Anknüpfungspunkte politischer Verantwortlichkeit 346

III. Dritte Phase: Emissionsbudgets als Konstruktionselemente einer normativen Rückkopplung des Transformationsrechts an Pariser Temperaturziel 347

1. Ausstehender Konsens über Aufteilungskriterien eines globalen Restbudgets im UN-Klimaschutzregime 348

2. Ansätze einer Rückkopplung an das Gesamtbudgetkonzept im europäischen und nationalen Klimaschutzrecht 349

a) Rückgriff auf Budgetkonzept im „Europäischen Klimagesetz“ als Faktor bei der zukünftigen Festlegung des Klimaschutzziels 2040 350


* Der Vortrag beruht auf Überlegungen, die ich ausführlicher in der Abhandlung «Verantwortungsstrukturierung durch Emissionsbudgets» entwickelt habe und die in Heft 2/2022 der Zeitschrift «Die Verwaltung» publiziert worden sind.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

b) Rückgriff auf Budgetkonzept zur Operationalisierung einer verfassungsrechtlich induzierten Rückkopplung durch das BVerfG 351

IV. Resümee 355

Klimaschutzrecht ist in seinem Kern Verantwortungszuweisungsrecht. Ohne die rechtliche Zuordnung von Verantwortlichkeit für die Reduktion von Treibhausgasemissionen wäre Klimaschutz aufgrund der ihm eigenen Struktur eines sozialen Dilemmas zum Scheitern verurteilt:[1] Nur wenn am Ende die einzelnen Akteure sicher sein können, dass ihre kostenintensiven Treibhausgasreduktionserfolge nicht durch das „Trittbrettfahren" Anderer zunichte gemacht werden, hat Klimaschutzpolitik eine Chance auf Erfolg. In Reaktion auf den Klimawandel als „common concern of humankind"[2] gestaltet das Klimaschutzrecht daher die Klimaschutzverantwortung durch eine kaskadenförmige Zuordnung sich konkretisierender Treibhausgas-Reduktionspflichten als kollektive Verantwortungsordnung aus.

„Emissionsbudgets" spielen als Konstruktionselement für die Strukturierung von Klimaschutzverantwortung eine zentrale Rolle. Ihr vielfältiges Funktionspotenzial ist vom Klimarecht jedoch erst nach und nach erschlossen worden. Klimaschutzrecht ist eben nicht als konzeptionell abgeschlossenes und problemadäquates Rechtsgebiet in die Welt getreten, sondern baut in einem mühsamen politischen Aushandlungsprozess erst nach und nach die Strukturen auf, die zur erfolgreichen Adressierung der Klimakrise notwendig sind. Dies hat zwei Konsequenzen: Zum einen lässt sich an dieser sukzessiven Aktivierung des Funktionspotenzials von Emissionsbudgets der Wandel des Klimaschutzrechts von einem punktuellen Reduktionsrecht zu einem umfassenderen Transformationsrecht nachzeichnen. Dieses soll nunmehr als fortentwickelte Form eines auf gesamt-

1 Zu dieser Problemstruktur nur IPCC, Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, 2014, S. 5; *Streck*, ZUR 2019, 13 (14); *Markus*, ZUR 2021, 595 (559); zu den verschiedenen Lösungsansätzen aus ökonomischer Sicht *Edenhofer/Flachsland/Jakob/Lessmann*, The Atmosphere as a Global Commons, in: Bernard/Semmler (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Macroeconomics of Global Warming, 2015, S. 260 ff.

2 Vgl. UN General Assembly Resolution 43/53 v. 6.12.1988; *Soltau*, Common Concern of Humankind, in: Carlarne/Gray/Tarasofsky (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Climate Change Law, 2016, S. 202.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gesellschaftliche Transformation angelegten Bewirtschaftungsrechts[3] den Übergang zur einer treibhausgasneutralen Lebens- und Wirtschaftsweise freiheitssichernd und sozialverträglich koordinieren. Zum anderen lässt sich anhand einer historischen Rekonstruktion der bisherigen Entwicklungsstadien des Klimaschutzrechts das Funktionspotenzial von Emissionsbudgets für die rechtliche Strukturierung von Klimaschutzverantwortung auch systematisch erschließen. Bei einer stark typisierenden Betrachtung lassen sich diesbezüglich drei Entwicklungsphasen unterscheiden. Ich will diese drei Phasen zunächst vorab kurz skizzieren und dann im Anschluss ausführlicher auf sie eingehen:

In der *ersten Entwicklungsphase*, die grob von der Unterzeichnung der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen (KRK)[4] im Jahr 1992 bis hinein in die erste Verpflichtungsphase des Kyoto-Protokolls (KP)[5] (2008–2012) reicht, wurden Emissionsbudgets zunächst dazu genutzt, die Minderungsverantwortung einzelner Länder bzw. Emittenten zu konkretisieren und transparent zuzuweisen. Die über Emissionsbudgets vollzogene Quantifizierung der individuellen Minderungsverantwortung diente als Grundlage für eine transparente Kontrolle der Verantwortungserfüllung wie auch als Ausgangsbasis für Formen gemeinschaftlicher Verantwortungswahrnehmung.

In der *zweiten Entwicklungsphase*, für das die 2010er-Jahre stehen, entwickelte sich das Klimaschutzrecht von einem punktuellen Reduktionsrecht zu einem umfassenderen Transformationsrecht fort: Die Einsicht setzte sich durch, dass es allein mit einer bloßen Reduzierung von Treibhausgasemissionen nicht getan ist, sondern es in absehbarer Zeit einer vollständigen Transformation der gesamten Lebens- und Wirtschaftsweise hin zur Klimaneutralität bedarf. Es kam daher zur Verabschiedung übergreifender

3 Zum Zusammenhang von gelingendem Transformationsprozess und klimaschutzrechtlichem Bewirtschaftungsregime jüngst *Franzius*, ZUR 2021, 131 (134), allgemeiner zuvor bereits *Wustlich*, Die Atmosphäre als globales Umweltgut, 2003, S. 86 ff., 233 ff.; *Reese*, ZUR 2010, 339 (346).

4 BGBl. 1993 II, 1783. Zum Regelungsgehalt eingehender *Bodansky/Brunnée/ Rajamani*, International Climate Change Law, 2017, S. 118 – 158; *Stoll/Krüger*, Klimawandel, in: Proelß (Hrsg.), Internationales Umweltrecht, 2017, 9. Abschnitt Rn. 4 – 53.

5 BGBl. 2002 II, 966. Für eine instruktive Gesamtdarstellung *Oberthür/Ott*, Das Kyoto-Protokoll: Internationale Klimapolitik für das 21. Jahrhundert, 2000; speziell mit Blick auf umweltvölkerrechtlich Sekundärrechtsetzung *Germelmann*, AVR 52 (2014), 325 (349 – 354).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Klimarahmengesetze,[6] die diesen Transformationsprozess rechtlich koordinieren sollen. „Emissionsbudgets" wurden nunmehr dazu eingesetzt, die Reduktionsverantwortung durch rechtlich vorgezeichnete Transformationspfade auch in der Zeit stärker zu strukturieren und in Bezug auf die Verwirklichung von Belastungsgerechtigkeit zwischen den unterschiedlichen Sektoren zu koordinieren.

Erst in der gegenwärtigen, *dritten Entwicklungsphase* beginnt das Klimarecht jedoch auf die in der Klimawissenschaft bereits früh formulierte Einsicht zu reagieren, dass sich das Ziel einer Begrenzung der Erderwärmung auf deutlich unter 2 Grad Celsius nur dann erreichen lässt, wenn das hierfür verbleibende Restbudget an weltweiten Treibhausgasemissionen bis zum Abschluss des Transformationsprozesses hin zur Klimaneutralität nicht überschritten wird. Auch für die hierdurch erforderlich werdende normative Rückkopplung der nationalen Transformationspfade an das globale Gesamtrestbudget kommt Emissionsbudget als Konstruktionselement naturgemäß eine zentrale Funktion zu.

Sehen wir uns diese aufeinander aufbauenden Phasen des Klimaschutzrechts nun etwas genauer an. Im Nachfolgenden möchte ich zum einen den Blick auf die verschiedenen Verwendungsfunktionen von „Emissionsbudgets" bei der Verantwortungsstrukturierung im Klimaschutzrecht schärfen und zum anderen aufzeigen, wo wir auf dem Weg zur Ausbildung eines funktionsfähigen Klimaschutzrechts heute stehen.

## *I. Erste Phase: „Emissionsbudgets" als Konstruktionselement eines transparenten und effizienten Reduktionsrechts (1990er/2000er)*

In seiner ersten Phase ging es im Klimaschutzrecht in erster Linie darum, auf möglichst breiter Front mit der Minderung von Treibhausgasemissionen überhaupt erstmal zu beginnen. Ihren ersten prominenten Auftritt hatten „Emissionsbudgets" in dieser Phase unter dem 1998 unterzeichneten Kyoto-Protokoll. Dieses enthielt für die teilnehmenden Industrieländer erstmals quantifizierte Treibhausgasreduktionspflichten.[7] Diese quantifizierten Reduktionspflichten waren für jeden Staat individuell für eine

6 Hierzu *Duwe/Evans*, Climate Laws in Europe: Good Practices in Net-Zero Management, 2020; Muinzer (Hrsg.), National Climate Change Acts: The Emergence, Form and Nature of National Framework Climate Legislation, 2020; *Groß*, ZUR 2011, 171.

7 Vgl. Art. 3 i. V. m. Anhang B.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fünfjährige Verpflichtungsperiode ausgehandelt worden. Sie wurde mit Inkrafttreten des Protokolls im Jahr 2005 völkerrechtlich verbindlich.[8] Ziel des Protokolls war es, die Gesamtemissionen der erfassten Treibhausgase von 2008 bis 2012 um mindestens 5 % unter das Niveau von 1990 zu senken.[9]

### *1. Grundfunktion: Zuweisung und Quantifizierung von Reduktionsverantwortung*

Operationalisiert wurden diese Reduktionspflichten durch die Zuteilung einer entsprechenden Menge von Emissionseinheiten.[10] Diese wurden in einem vom Sekretariat verwalteten Register für die Vertragsstaaten verbucht und in ihrer Anzahl entsprechend der jeweils gemeldeten Jahresemissionen reduziert.[11] Auf diese Weise kam „Emissionsbudgets" als Konstruktionselement erstmals eine zentrale Bedeutung zur Verantwortungsstrukturierung im Klimaschutzrecht zu. Sie quantifizierten für die vereinbarte Verpflichtungsperiode die individuelle Reduktionsverantwortung der einzelnen Staaten und konkretisierten damit die zuvor in der Klimarahmenkonvention lediglich qualitativ und kollektiv formulierte Klimaschutzverantwortung rechtsverbindlich aus.

### *2. Ermöglichung effektiver Kontrolle der Verantwortungserfüllung*

Dies hatte zwei Konsequenzen: Zum einen bildete die Quantifizierung der Reduktionsverantwortung mittels Emissionsbudgets im Zusammenspiel mit einem strengen Transparenzregime die Grundlage für eine *effektive Kontrolle der Verantwortungswahrnehmung*. Erst anhand der Konkretisierung individueller Klimaschutzverantwortung durch eine zahlenmäßig konkret

---

8 Zu den Gründen für diesen langen Ratifikationsprozesses, zu denen insbesondere die erste auf der Vertragsstaatenkonferenz 2001 in Marrakesch erzielte Einigung über maßgebliche Verfahrensregeln zur Durchführung des Protokolls zählte, *Saurer*, NuR 2019, 145 (147); *Bodansky/Brunnée/Rajamani*, Climate Change Law (Fn. 4), S. 160 f.

9 Vgl. Art. 3 Abs. 1 KP.

10 Zur näheren Ausgestaltung siehe UNFCCC, Decision 13/CMP.1, Modalities for the accounting of assigned amounts under Article 7, paragraph 4, of the Kyoto Protocol; *Bodansky/Brunnée/Rajamani*, Climate Change Law (Fn. 4), S. 175.

11 Ausführlich *Oberthür/Ott*, Kyoto-Protokoll (Fn. 5), S. 175 – 180.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gefasste Reduktionsvorgabe steht ein transparenter Maßstab bereit, an der sich die von den Staaten dann tatsächlich ergriffenen Maßnahmen messen lassen. Der Compliance-Mechanismus des Kyoto-Protokolls gehörte dann auch zu den ausgefeiltesten Kontrollregimen des Umweltvölkerrechts[12].

### 3. *Ermöglichung gemeinschaftlicher Verantwortungserfüllung*

Zum anderen ermöglichte erst die Quantifizierung der individuellen Reduktionsverantwortung die Verrechnung entsprechender Minderungsmaßnahmen zwischen den Vertragsstaaten. Sie bildete damit die Grundlage für *kooperative Formen der Verantwortungswahrnehmung* im Klimarecht. Diese versprach insbesondere die Möglichkeit von Effizienzgewinnen. Reduktionsmaßnahmen sollten zuerst dort durchgeführt werden können, wo sie mit den geringsten volkswirtschaftlichen Kosten verbunden sind.[13] Das Kyoto-Protokoll hielt dann aufbauend auf den Emissionsbudgets der Staaten verschiedene Flexibilitätsinstrumente zur kooperativen Verantwortungswahrnehmung bereit,[14] am prominentesten sicherlich die Möglichkeiten eines Emissionszertifikatehandels zwischen den beteiligten Ländern (Art. 17 KP).

Es ist daher kein Zufall, dass der Rückgriff auf die Figur quantifizierter Emissionsbudgets in dieser Grundform den Beginn des Klimaschutzrechts prägte, in der fehlendes politisches Vertrauen in die gegenseitige Erfüllungsbereitschaft zwischen den Staaten sowie die Angst vor den ökonomischen Folgekosten die maßgeblichen Hürden für die Übernahme konkreter Reduktionspflichten bildeten.

Bis heute bilden Emissionsbudgets in dieser an den Regelungen des Kyoto-Protokolls nur exemplarisch nachgezeichneten *Grundform* das kon-

---

12 Zu den Kernelementen dieses Erfüllungskontrollsystems und ihren Funktionsweisen auch aus heutiger Post-Kyoto-Perspektive noch instruktiv *Lefeber/Oberthür*, Key features of the Kyoto Protocol's compliance system, in: Brunnée/Doelle/Rajamani (Hrsg.), Promoting Compliance in an Evolving Climate Regime, 2012, S. 77 – 101; *Brunnée*, ZaöRV 63 (2003), 255 (270 ff.).

13 *Winter*, Die institutionelle und instrumentelle Entstaatlichung im Klimaschutzregime, in: Giegerich/Proelß (Hrsg.), Bewahrung des ökologischen Gleichgewichts durch Völker- und Europarecht, 2010, S. 49 (53).

14 Siehe hierzu den eingehenden Überblick bei *Kreuter-Kirchhof*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, 2005, S. 130 ff., sowie knapper *Winter*, ZUR 2009, 289; *Prall/Ewer*, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, § 9 Rn. 24.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

struktive Basiselement des Klimaschutzrechts, mit der Klimaschutzverantwortung in Form von Reduktionspflichten transparent zugewiesen, quantifiziert, effektiv kontrolliert und effizienzfördernd flexibilisiert werden kann.

## *II. Zweite Phase: „Emissionsbudgets" als Konstruktionselemente eines koordinationsbezogenen Transformationsrecht (2010er)*

In diesem Verantwortungszuweisungspotenzial erschöpft sich die Figur des Emissionsbudgets jedoch nicht. Beginnend mit dem UK Climate Change Act 2008[15] kommt es in der zweiten Entwicklungsphase des Klimaschutzrechts zur Ausbildung einer neuen Form von Rahmengesetzen,[16] die den nationalen Transformationsprozess hin zur Treibhausgasneutralität steuern sollen. Nationale Klimaschutzgesetze treten als Koordinierungsinstrumente zu den vielfältigen Reduktionsstrategien auf der Instrumentenebene hinzu. Das Klimaschutzrecht beginnt sich in dieser Phase von einem punktuellen Reduktionsrecht zu einem bewirtschaftungsrechtlichen Transformationsrecht fortzuentwickeln.[17] In Deutschland übernehmen hierbei zunächst die Bundesländer die Vorreiterrolle[18]. Mit dem Bundes-Klimaschutzgesetz hat seit 2019 nunmehr aber auch auf Bundesebene der Transformationsprozess *als Prozess* eine eingehende gesetzliche Strukturierung erfahren.[19] Auf der europäischen Ebene stellt die Verordnung 2021/1119,

15 Informativ hierzu *Frankhauser/Averchenkova/Finnegan*, 10 years of the UK Climate Change Act, 2018.

16 Siehe neben den Beiträgen in Muinzer (Fn. 6) zudem *Nash/Steurer*, Climate Policy 2019, 1052; *Iacobuta/Dubash/et al.*, Climate Policy 2018, 1114.

17 Zum Zusammenhang von konsequentem Klimaschutz und der Notwendigkeit einer zielorientierten, planerisch bewirtschaftenden Steuerung *Reese* (Fn. 3), 346; *Franzius* (Fn. 3), 133; *Wustlich*, Atmosphäre (Fn. 3), S. 86 ff., 233 ff.

18 Hierzu *Wickel*, DVBl. 2013, 77; *Knauff*, Die Verwaltung 49 (2016), 233; *Flaskühler*, Föderale Klimaschutzgesetzgebung in Deutschland, 2018, S. 101 ff.; *Beye*, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer, 2021; *Schnittker*, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer, 2021; *Kohlrausch*, ZUR 2020, 262.

19 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) v. 12.12.2019, BGBl. I 2513. Hierzu *Kment*, NVwZ 2020, 1537; *Saurer*, NuR 2020, 433; *Scharlau/v. Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klimski/Sina*, NVwZ 2020, 1; *Schlacke*, EurUP 2020, 338; *Albrecht*, NuR 2020, 370; *Wickel*, ZUR 2021, 332.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das sog. europäische Klimagesetz,[20] zusammen mit der „Governance"-Verordnung[21] entsprechende Rahmenregelungen bereit. Emissionsbudgets übernehmen in dieser zweiten Phase des Klimaschutzrechts drei neue Funktionen:

### *1. Emissionsbudgets als Elemente zeitlicher Verantwortungsstrukturierung*

Erstens werden Emissionsbudgets nun auch dazu eingesetzt, die Reduktionsverantwortung in der Zeitdimension stärker zu strukturieren. Sie bilden das Basiselement der in den Klimaschutzgesetzen in unterschiedlicher Ausprägungstiefe vorgezeichneten Transformationspfade. Diese sollen im Wege der politischen Selbstbindung die Umgestaltung der gesamten Lebens- und Wirtschaftsweise hin zur Treibhausgasneutralität strukturieren. Konkretisierte Reduktionsziele für die Jahre 2030 und 2040 markieren hierbei regelmäßig die rechtsverbindlichen Wegmarken, die für die erfolgreiche Transformation zur Klimaneutralität bis zur Mitte des Jahrhunderts einzuhalten sind.[22] So legt beispielsweise das BundesKlimaschutzgesetz (KSG) in § 3 Abs. 1 und 2 mit den nationalen Klimaschutzzielen die zentralen Wegmarken des Transformationsprozesses verbindlich fest: Die Treibhausgasemissionen werden demnach gegenüber dem Basisjahr 1990 schrittweise bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 %, bis 2040 um mindesten 88 % gemindert. Bis zum Jahr 2045 ist das Ziel Treibhausgasneutralität zu erreichen, ab 2050 soll Deutschland negative Treibhausgasemissionen verbuchen können.

Diese Wegmarken werden in anspruchsvollen Klimaschutzgesetzen durch konkretisierte Jahresemissionsmengenbudgets verbunden und der Transformationspfad auf diese Weise zeitlich nochmals deutlich tiefen-

---

20 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.2021, ABl. L 243/1; siehe hierzu den Überblick bei *Schlacke/Köster/Thierjung*, EuZW 2021, 620; *Reese*, ZUR 2020, 641.

21 Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018, ABl. L328/1; hierzu *Schlacke/Knodt*, ZUR 2019, 404; *Lammers/Römling*, ZUR 2019, 332.

22 Zu unterschiedlichen Ausprägungen der Zwischenzielformulierungen in den nationalen Klimaschutzgesetzen *Duwe/Evans*, Climate Laws (Fn. 6), S. 18 f.; zu der unterschiedlichen Rechtsqualität der Zwischenziele in den Landesklimaschutzgesetzen *Wickel*, Klimaschutz auf Länderebene, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Energiewende im Föderalismus, 2015, S. 187 (195); *Sina*, EurUP 2018, 314 (316); *Kohlrausch* (Fn. 18), 263.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

schärfer projektiert. So legt etwa das Bundes-Klimaschutzgesetz die zulässigen Jahresemissionsmengen bis zum Jahr 2030 in § 4 Abs. 1 in Verbindung mit Anlage 2 fest. Für den Zeitraum 2031 bis 2040 ergeben sich die zulässigen Jahresemissionsmengen aus den jährlichen Minderungszielen in Anlage 3. Gegenüber den vormals nur punktuellen Klimaschutzzielen wird durch die jahresbezogenen Emissionsbudgets ein nunmehr deutlich *konstanterer* rechtlich vermittelter Handlungsdruck auf die Klimapolitik erzeugt.[23] Durch die Einrichtung flankierender Mechanismen der Fortschrittskontrolle und entsprechender Reaktionspflichten bei Zielverfehlung lässt sich dieser Handlungsdruck noch einmal zusätzlich intensivieren.

In der ersten Phase des Klimaschutzrechts, dem Reduktionsrecht, hatte die Verknüpfung von Emissionsbudgets und Zeitdimension gerade auch der Flexibilisierung der Verantwortungserfüllung gedient. Die Anknüpfung an Verpflichtungsperioden statt an jahresbezogene Reduktionsziele sollte den Akteuren gerade einen zeitlichen Spielraum für ihre Reduktionsbemühungen gewähren.[24] Im Transformationsrecht hingegen wird die nachträgliche Modifikation des durch Emissionsbudgets vorgezeichneten Transformationspfades auch normstrukturell als legitimationsbedürftige Abweichung gefasst. Modifikationen bleiben zwar im Hinblick auf nicht abschließend überschaubare zukünftige Innovationen und Entwicklungen grundsätzlich möglich. Sie werden jedoch verfahrensrechtlich kanalisiert und auf Budgetumschichtungen begrenzt, die mit den Klimaschutzzielen konform bleiben.

### *2. Emissionsbudgets als Elemente sektoraler Verantwortungsstrukturierung*

Neben der Intensivierung der politischen Selbstbindung in der Zeitdimension werden Emissionsbudgets in den Klimaschutzgesetzen zweitens dazu verwendet, den Transformationsprozess auch *sektoral* rechtlich stärker zu strukturieren und *intersektoral* zu koordinieren.

Das nationale Jahresgesamtbudget von Treibhausgasemissionen wird hierfür auf die einzelnen Sektoren wie Energiewirtschaft, Industrie, Ver-

23 Aus diesem Grund zu Recht die „neue Qualität" gegenüber den bisherigen Punktzielen herausstellend *Wickel* (Fn. 19), 334.

24 Hierzu eingehender *Oberthür/Ott,* Kyoto-Protokoll (Fn. 5), S. 175 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kehr, Gebäude, etc. aufgeteilt.[25] In Deutschland geschieht dies für den Zeitraum bis 2030 durch § 4 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 KSG. Für den Zeitraum 2031 bis 2040 soll im Jahr 2024 die Aufteilung der sich aus Anlage 3 mittelbar ergebenden Jahresbudgets auf die Sektoren durch Rechtsverordnung der Bundesregierung erfolgen, § 4 Abs. 6 S. 1 KSG. Der nationale Transformationspfad wird mit anderen Worten in sektorale Transformationspfade entflochten. Transformationskosten und zeitlicher Transformationsdruck werden hierdurch sektoral zugeordnet und Investitions- und Planungssicherheit generiert. Dies zwingt den politischen Prozess dazu, die Transformation zur Klimaneutralität von Anfang an als gesamtgesellschaftliche Herausforderung zu begreifen, bei der zwar bestimmte Sektoren bei der Dekarbonisierungsrate aus Effizienzgründen zunächst privilegiert, kein Sektor jedoch auf Dauer von den erheblichen Transformationslasten verschont werden kann.

### *3. Emissionsbudgets als Anknüpfungspunkte politischer Verantwortlichkeit*

Drittens werden sektorbezogene Jahresbudgets in den Klimaschutzgesetzen nunmehr auch als Anknüpfungspunkte dafür genutzt, die politische Verantwortung für die effektive Umsetzung der Transformation stärker auszudifferenzieren und ressortbezogen zuzuweisen.[26] Diese ausdifferenzierte Zuweisung politischer Verantwortlichkeit für die Umsetzung der Klimaschutzziele materialisiert sich in sektorbezogenen Überwachungs- und Dynamisierungspflichten, die eine hinreichend ambitionierte Transformationspolitik in den jeweiligen Sachbereich sicherstellen sollen. So weist beispielsweise das Bundes-Klimaschutzgesetz die Verantwortung für die Einhaltung sektorbezogener Jahresemissionsmengen dem für diesen Sektor überwiegend zuständigen Bundesministerium zu (§ 4 Abs. 4 KSG).[27] Es hat die Aufgabe, die für die Einhaltung erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen und insbesondere bei der Fortschreibung des nationalen Klimaschutzprogramms entsprechend Strategien und Instrumente vorzuschlagen

25 Zur sektorbezogenen Budgetierung im Bundes-Klimaschutzgesetz *Wickel* (Fn. 19), 336; *Kment* (Fn. 19), 1540; *Saurer* (Fn. 19), 435; im internationalen Vergleich *Duwe/Evans,* Climate Laws (Fn. 6), S. 20.

26 Zu unterschiedlichen Formen sektoraler Verantwortungszuweisung und Fortschrittskontrolle in nationalen Klimagesetzen *Duwe/Evans,* Climate Law (Fn. 6), S. 30 f.

27 Diese ressortbezogene Verantwortungszuweisung ordnet *Franzius*, EnWZ 2019, 435 (436), gar als das „zentrale Merkmal" des Klimaschutzgesetzes ein.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und umzusetzen. Überschreiten die Emissionsdaten die zulässigen Jahresemissionsmenge für einen Sektor, so muss das verantwortliche Bundesministerium sofort aktiv werden. Es muss ein Sofortprogramm für den jeweiligen Sektor vorschlagen, das die Einhaltung der Jahresemissionsmengen des Sektors für die folgenden Jahre sicherstellt (§ 8 Abs. 1 KSG) und über das die Bundesregierung sodann berät und schnellstmöglich beschließt.

### *III. Dritte Phase: Emissionsbudgets als Konstruktionselemente einer normativen Rückkopplung des Transformationsrechts an Pariser Temperaturziel*

Auch die in der zweiten Entwicklungsphase erfolgte Funktionalisierung von Emissionsbudgets für die eingehendere zeitliche und sektorale Strukturierung des Transformationspfades stellt für sich genommen jedoch nicht sicher, dass die nunmehr im Pariser Abkommen verankerten Temperaturziele tatsächlich erreicht werden können. Hierfür kommt es maßgeblich auf die Gesamtsumme an Emissionen an, die bis zum Erreichen der weltweiten Netto-Treibhausgasneutralität in die Atmosphäre ausgestoßen werden. In der Klimawissenschaft ist zu diesem Zweck als Kontrollgröße das Konzept eines „globalen Gesamtemissionsbudgets" entwickelt worden, mit dessen Hilfe das Temperaturziel des Pariser Abkommens in eine noch verbleibende weltweite Gesamtrestmenge an Treibhausgasemissionen umgerechnet werden kann.[28]

In seiner gegenwärtigen dritten Phase steht das Klimarecht daher vor der Herausforderung, den Transformationsprozess auch rechtlich konsequent an dem Konzept eines globalen Restbudgets rückanzubinden. Konzeptionell setzt dies zwei Koordinationsmomente voraus: Auf der völkerrechtlichen Ebene muss das globale Restbudget mit Blick auf die in Kauf zu nehmenden Risiken und Restunsicherheiten bestimmt und sodann auf die Vertragsstaaten aufgeteilt werden. Auf Ebene der Vertragsstaaten muss über die Ausgestaltung des nationalen Transformationsrechts sichergestellt werden, dass der jeweilige Länderanteil bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität nicht überschritten wird.

---

28 Siehe nur das Gutachten des *Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltveränderung (WBGU)*, Kassensturz für den Weltklimavertrag – Der Budgetansatz, 2008; sowie in der Folge *Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU)*, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, 2020, Kapitel 2 „Pariser Klimaziele erreichen mit dem $CO_2$-Budget".



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dem Konzept des Emissionsbudgets kommt in der dritten Phase des Klimaschutzrecht daher die neue Funktion zu, nun nicht mehr allein auf der Instrumente- bzw. Koordinationsebene den Transformationsprozess zu strukturieren, sondern auch die normative Rückkopplung des Transformationsrechts an das Temperaturziel zu operationalisieren.

### *1. Ausstehender Konsens über Aufteilungskriterien eines globalen Restbudgets im UN-Klimaschutzregime*

Die Herausforderung besteht nun darin, dass man sich im Pariser Abkommen lediglich auf ein Temperaturziel geeinigt hat. Zwar lässt sich hieraus ein globales Restbudget in Form einer Rahmengröße noch prinzipiell ableiten. Rechtsverbindliche Regelungen für die angemessene Aufteilung des globalen Restbudgets auf die Vertragsstaaten lassen sich dem Abkommen jedoch gegenwärtig nicht entnehmen. Es fehlt daher bis auf Weiteres an konsentierten Kriterien, mit denen sich ausgehend vom Pariser Temperaturziel und dem sich hieraus ableitbaren globalen Gesamtrestemissionsbudget jeweilige Länderanteile rechtsverbindlich ausweisen ließen.

Dies hat seine Ursache vor allem darin, dass das insoweit maßgebliche Grundprinzip des UN-Klimaregimes, das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und diesbezüglichen Fähigkeiten,[29] im Hinblick auf seine diesbezüglichen Verpflichtungsgehalt völkerrechtlich nach wie vor unterbestimmt ist. Über seine adäquate Interpretation und Operationalisierung besteht bis heute kein abschließender Konsens.[30] Schon über die Frage, ob es zur Bestimmung der Verantwortlichkeit allein auf die historischen Treibhausgasemissionen oder auch auf den gegenwärtigen bzw. zukünftig zu erwartenden Emissionsausstoß ankommen soll, besteht keine Einigkeit.[31]

---

29 Vgl. Präambel, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 HS 1 FCCC; zu diesem Prinzip *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 2011, S. 61 – 66.

30 Vgl. *Bodansky/Brunnée/Rajamani,* Climate Change Law (Fn. 4), S. 27 f.; *Voigt/Ferreira*, Transnational Environmental Law 2016, 285 (289 ff.).

31 Zu den unterschiedlichen Positionen siehe nur einerseits *Mason-Case/Dehm*, Redressing Historical Responsibility for the Unjust Precarities of Climate Change in the Present, in: Mayer/Zahar (Hrsg.), Debating Climate Law, 2021, S. 170 und andererseits *Zahar*, Historical Responsibility for Climate Change is Political Propaganda, in: Mayer/Zahar, (Hrsg.), Debating Climate Law, 2021, S. 190, jeweils m. w. N.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Was unter dem gegenwärtigen völkerrechtlichen Status quo allenfalls möglich bleibt, ist daher eine Rückkopplung des UN-Klimaschutzregimes an das Konzept des globalen Restbudgets in weicher Form. Hierzu bietet die kollektive Fortschrittsauswertung im Rahmen des sog. *Global Stocktake*[32] einen Anknüpfungspunkt: Nach Art. 14 Pariser Abkommen führt die Vertragsstaatenkonferenz beginnend 2023 alle fünf Jahre eine weltweite Bestandsaufnahme der Durchführung des Übereinkommens durch. Dabei sollen die gemeinsamen Fortschritte bei der Verwirklichung des Zwecks des Übereinkommens und seiner langfristigen Ziele bewertet werden. Hier können die über die IPCC-Berichte in den Prozess des *Global Stocktake* eingespeisten Budgetberechnungen als kritischer Maßstab des kollektiven Ambitionsfortschrittes und Kontrollgröße für die Zielerreichung funktionalisiert werden. Die Limitierung dieser weltweiten Bestandsaufnahme auf die *kollektive* Fortschrittsauswertung und die nach wie vor fehlende Einigung auf die maßgeblichen Zuweisungskriterien für die Aufteilung dieses Budgets begrenzen freilich in dieser weichen Form der Rückkopplung die potenzielle Impulskraft des Gesamtbudgetkonzeption für die Anpassung der individuellen nationalen Beiträge bis auf Weiteres erheblich.

### 2. *Ansätze einer Rückkopplung an das Gesamtbudgetkonzept im europäischen und nationalen Klimaschutzrecht*

Trotz dieser auf absehbare Zeit wohl verbleibenden völkerrechtlichen Leerstelle lassen sich auf Ebene des europäischen und nationalen Klimarechts jedoch erste Ansätze beobachten, den Transformationsprozess an das für die Zielerreichung notwendige Gesamtbudgetkonzept rückanzubinden. Als Beispiele möchte ich hier zum einen auf das „Europäische Klimagesetz" und zum anderen auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Bundes-Klimaschutzgesetz verweisen.

32 Zur „weltweiten Bestandsaufnahme" *Friedrich*, Global Stocktake (Article 14), in: Klein/Carazo/u. a. (Hrsg.), The Paris Agreement on Climate Change, 2017, S. 319 – 337; *v. Landenberg-Roberg,* AVR 59 (2021), 119 (133).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*a) Rückgriff auf Budgetkonzept im „Europäischen Klimagesetz" als Faktor bei der zukünftigen Festlegung des Klimaschutzziels 2040*

Auf europäischer Ebene findet sich ein erster vorsichtiger Ansatz im „Europäischen Klimagesetz", mit dem sich die Union auf das Ziel der Klimaneutralität bis 2050 verpflichtet hat.[33] Um dieses Ziel zu erreichen, legt die Verordnung für das Jahr 2030 bereits eine verbindliche Zwischenzielvorgabe in Höhe einer Treibhausgasreduktion von mindestens 55 % fest. Für das Jahr 2040 soll die Kommission spätestens 2024 einen entsprechenden Legislativvorschlag vorlegen.[34] Bei diesem Vorschlag für das Klimaziel 2040 soll die Kommission ein projiziertes indikatives Treibhausgasbudget der Union für den Zeitraum 2030 bis 2050 berücksichtigen.[35] Dieses Budget wird definiert als die Gesamtmenge der Netto-Treibhausgasemissionen, die voraussichtlich in diesem Zeitraum emittiert werden, ohne dass hierdurch die Verpflichtung der Union gemäß dem Übereinkommen von Paris gefährdet werden würde.[36] Es handelt sich in der Sache also um das Paris-Ziel-kompatibles Restmengenbudget der EU.

Zwei Limitierungen dieser Form von Rückanbindung stechen natürlich hervor: Erstens nimmt das „Europäische Klimagesetz" das Konzept eines europäischen Restmengenbudgets nur als *indikative Kontrollgröße* für die Kommission in Bezug. Es fehlt damit weiterhin an einer rechtsverbindlichen Ausrichtung des Transformationspfades an einem europäischen Gesamtrestbudget.

Und zweitens wird die entsprechende Verpflichtung aus dem Pariser Abkommen nur unspezifisch als Variable in Bezug genommen. Dies ist vor dem Hintergrund der ausstehenden Einigung über die völkerrechtlichen Zuteilungskriterien zwar konsequent. Andererseits würde es der Union natürlich freistehen, durch die vorläufige Selbstbindung an einen ambitionierten eigenen Restbudgetansatz in den Klimaverhandlungen als Vorbild voranzugehen.

33 Vgl. Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2021/1119.
34 Vgl. Art. 4 Abs. 3 VO (EU) 2021/1119.
35 Vgl. Erwägungsgrund 30 sowie Art. 4 Abs. 5 m) VO (EU) 2021/1119.
36 Vgl. Art. 4 Abs. 4 S. 1 VO (EU) 2021/1119.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### b) Rückgriff auf Budgetkonzept zur Operationalisierung einer verfassungsrechtlich induzierten Rückkopplung durch das BVerfG

Auch den nationalen Gesetzgebern stünde es bei der Ausgestaltung ihres Transformationsrechts natürlich jederzeit frei, ihre Transformationspfade von sich aus auf ein temperaturzielkompatibles Restbudget auszurichten. Die Summe eines solchen nationalen Restbudgets ließe sich anhand von Kriterien berechnen, die angewendet auf die ganze Welt, das Erreichen der Pariser Temperaturziele mit der angestrebten Wahrscheinlichkeit gewährleisten würden.

In Deutschland haben wir nun die Sondersituation, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss zum Bundes-Klimaschutzgesetz[37] eine solche Rückkopplung nicht nur als politisch möglich und völkerrechtlich naheliegend, sondern als verfassungsrechtlich geboten ausgewiesen hat. Über den Rückgriff auf die Figur des „nationalen Restemissionsmengenbudgets" zur Operationalisierung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzgebots aus Art. 20a GG wird hier der Gesetzgeber dazu verpflichtet, den nationale Transformationspfad mit dem anvisierten Temperaturziel kompatibel zu halten. Am Beispiel Deutschlands lässt sich mit anderen Worten studieren, wie nationales Verfassungsrecht eine Rückkopplung des Transformationsrechts an die Figur des Gesamtrestbudgets auch im Angesicht einer ausstehenden völkerrechtlichen Verteilungsentscheidung induzieren kann.

Um die Bedeutung des Rückgriffs auf das Konzept eines „nationalen Restbudgets" bei der Operationalisierung der Klimaschutzpflicht aus Art. 20a GG adäquat zu erfassen, ist es notwendig, sich über die dogmatische Grundkonstruktion dieser Verfassungsgewährleistung im Klaren zu sein: Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz und zielt insoweit auf die Einhaltung einer Temperaturschwelle, bei der die anthropoge-

37 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18. Für eine problemsensible und komplexitätsangemessene Rekonstruktion der Entscheidung *Eifert*, JURA 2021, 1; positiv gegenüber dem verfassungsdogmatischen Ansatz auch *Schlacke*, NVwZ 2021, 912 (914 f.); *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099 (1107); *Seibert*, DVBl 2021, 1141 (1143); *Sinder,* JZ 2021, 1078 (1080 f.); kritisch hingegen *Faßbender,* NJW 2021, 2085 (2088 f.); *Calliess*, ZUR 2021, 355 (357); *Ek. Hofmann*, NVwZ 2021, 1587 (1588 f.); *Beckmann*, UPR 2021, 241; *C. Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1972 ff.); *K. Kotulla/M. Kottula*, NuR 2022, 1 (10); ambivalent *Berkemann,* DÖV 2021, 701 (711); *Ekardt/Heß*, ZUR 2021, 579 (580).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ne Erderwärmung angehalten werden soll.[38] Ist diese Schwelle erreicht, folgt aus Art. 20a GG grundsätzlich das Gebot, die Treibhausgasemissionen auf ein für die Treibhausgaskonzentration in der Erdatmosphäre neutrales Maß zu begrenzen[39].

Aus der internationalen Dimension des Problems Klimawandel hat das Bundesverfassungsgericht in einem ersten Schritt drei verfassungsrechtliche Gebote hergeleitet:[40] *Erstens* ist der Staat zu international ausgerichtetem Handeln zum globalen Schutz des Klimas verpflichtet. Chancen zur Effektivierung des Klimaschutzes auf internationaler Ebene müssen genutzt werden.[41] *Zweitens* verlangt Art. 20a GG die Umsetzung der international vereinbaren Lösungen im nationalen Recht. Und *drittens* verpflichtet das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot auch unabhängig von unmittelbaren Erfolgen auf internationaler Ebene zum Ergreifen nationaler Klimaschutzmaßnahmen, weil nur hierdurch negative Anreizwirkungen und Verhandlungsblockaden vermieden, das notwendige wechselseitige Vertrauen in die Realisierungsbereitschaft von Klimaschutzmaßnahmen geschaffen und eine positive Vorbildwirkung im Hinblick auf das Gelingen eines freiheitsfreundlichen Transformationsprozess entstehen kann.[42]

In einem zweiten Schritt wird das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG sodann mit Verweis auf den Wortlaut („durch die Gesetzgebung") und unter impliziten Rückgriff auf die Figuren der Ausgestaltungsdogmatik als ein Verfassungsgebot konstruiert, dass der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf.[43] Diese Konstruktion hat zwei Konsequenzen: Zum einen wird dem Gesetzgeber zur Bestimmung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzziels ein Konkretisierungsauftrag und eine Konkretisierungsprärogative zugewiesen, wobei die Aktualisierung dieses Auftrags sich allerdings

38 Zur Verankerung des Klimaschutzes in Art. 20a GG bereits BVerfG, Urteil v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/50, BVerfGE 118, 79 (110); BVerfG, Urteil v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, Rn. 47; aus der Literatur nur *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 96. EL 9/2021, GG, Art. 20a Rn. 9; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl., 2015, Art. 20a Rn. 32; *Groß,* ZUR 2009, 364 (366); *Cremer*, ZUR 2019, 278 (281); *Härtel*, NuR 2020, 577 (578).

39 BVerfG (Fn. 37), Rn. 198.

40 Zur Bedeutung für andere internationale Umweltgüter *Krohn*, ZUR 2021, 603.

41 BVerfG (Fn. 37), Rn. 202.

42 Vgl. BVerfG (Fn. 37), Rn. 203 f.

43 BVerfG (Fn. 37), Rn. 205 – 207. Siehe zur besonderen Rolle der Gesetzgebung bei der Konkretisierung des Art. 20a GG aus der Literatur nur *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 119 –123; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 127 ff.; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. Ed. 2021; Art. 20a Rn. 29; *Steinberg*, NJW 1996, 1985 (1991).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

an verfassungsrechtlichen Direktiven messen lassen muss.[44] Zum anderen bildet die verfassungskonform vorgenommene gesetzgeberische Konkretisierung des Klimaschutzziels sodann selbst den *verfassungsrechtlichen* Maßstab zur Beurteilung der einfachrechtlichen Klimaschutzmaßnahmen in ihrer Gesamtheit. Art. 20a GG wird mit anderen Worten so konstruiert, dass ein Teil seines verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehaltes an einer verfassungskonformen einfachgesetzlichen Konkretisierungsentscheidung akzessorisch anknüpft.[45] Der Gesetzgeber hat nun durch § 1 Satz 3 des Bundes-Klimaschutzgesetzes das verfassungsrechtliche Klimaschutzziel dahingegen konkretisiert, dass entsprechend der Verpflichtung aus dem Pariser Abkommen der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 und möglichst auf 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist.[46] Das Bundesverfassungsgericht sieht diese Konkretisierungsentscheidung vor dem Hintergrund des gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes als *derzeit* vom gesetzgeberischen Konkretisierungsspielraum auch als gedeckt an.[47]

An diesem daher nunmehr auch *verfassungsrechtlich* maßgeblichen Temperaturziel lässt sich die gegenwärtige Klimaschutzpolitik, insbesondere die durch sie insgesamt zugelassenen $CO_2$-Emissionen, jedoch nicht unmittelbar messen. Zur Operationalisierung des Temperaturzieles als verfassungsrechtlichem Kontrollmaßstab greift auch das Bundesverfassungsrecht daher nunmehr auf das Konzept eines nationalen Emissionsmengenrest-

---

44 Zu den materiellen Bindungen des Gesetzgebers bei der Konkretisierung *Appel*, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl., 2018, § 2 Rn. 227 – 119; besonders die sich auch aus Art. 20a GG ergebenden prozeduralen Pflichten einer Selbstprogrammierung der politischen Gestaltung betonend *Eifert*, Der Verfassungsauftrag zur ökologisch nachhaltigen Politik, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, S. 211 (222 f.)

45 Entgegen der Auffassung von *Plozin*, DÖV 2021, 1089 (1095) kann hierin keine „Missachtung" der Normenhierarchie gesehen werden, da die Verfassungsnorm diese Öffnung selbst vollziehen kann und der Vorrang der Verfassung insoweit schon im Ausgangspunkt nicht missachtet wird. Dass Teilgehalte des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehaltes an einer einfachgesetzlichen Ausgestaltungsentscheidung anknüpfen, ist aus der grundrechtlichen Ausgestaltungsdogmatik hinlänglich bekannt und dort heute auch nicht mehr bestritten.

46 Kritisch hierzu *Beckmann* (Fn. 37), 244; *Plozin* (Fn. 45), 1095.

47 BVerfG (Fn. 37), Rn. 211 f., dort auch zur permanenten Pflicht des Gesetzgebers, die Konkretisierung des Klimaschutzzieles ggf. den neusten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

budgets zurück. Es tut dies aber in einer hinreichend differenzierten und problemsensiblen Art und Weise.

Hervorheben möchte ich an dieser Stelle in Anbetracht der bisweilen irritierend unverständigen Rezeption der Entscheidung, wie differenziert und problemsensibel das Bundesverfassungsgericht mit der Figur des „nationalen Restmengenbudgets" umgegangen ist. Der im Beschluss gewählte Ansatz ist sich der vielfältig verbleibenden, normativ relevanten Variablen auf dem Weg der Ableitung eines solchen nationalen Restbudgets aus dem Temperaturziel bewusst und preist sie explizit ein. Auf der Ebene der Bestimmung des globalen Restbudgets wird neben den verbleibenden wissenschaftlichen Unsicherheiten insbesondere den politischen Wertungsmöglichkeiten hinsichtlich des in Kauf genommenen Risikos der Temperaturverfehlung Rechnung getragen. Bei der Errechnung des nationalen Anteils werden vom Bundesverfassungsgericht als Einbruchstellen für verbleibende gesetzgeberische Entscheidungsspielräume das gegenwärtige Fehlen eines völkerrechtlichen Zuteilungsschlüssels, das Bestehen völkerrechtlicher Flexibilitätsmechanismen und die potenzielle Entwicklung negativer Emissionstechnologien in der Zukunft anerkannt.[48] Der Umstand, dass verfassungsrechtlich eingehegte Entscheidungsspielräume verbleiben und das Temperaturziel als Bandbreite zwischen 1,5 und deutlich unter 2 Grad Celsius formuliert ist, führt dazu, dass es sich bei der Figur des nationalen Restbudgets nicht um eine genau quantifizierbare Größe, sondern um ein an den Rändern unscharfes numerisches Rahmenkonzept handelt. In einem jüngst ergangenen Nichtannahmebeschluss des Gerichts ist daher dann auch treffend von einem lediglich „grob erkennbaren Budget"[49] die Rede.

Auch ein verfassungsrechtlicher Impuls führt allein aber natürlich nicht dazu, dass das deutsche Klimaschutzrecht nunmehr den Anforderungen eines konsequent auf das Temperaturziel ausgerichteten Transformationsrechts genügen würde. Hier bleibt auch nach der Anpassung des Bundes-Klimaschutzgesetzes auf der Umsetzung bzw. Instrumentenebene noch sehr viel zu tun.

48 Vgl. BVerfG (Fn. 37), Rn. 220 – 227.
49 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u. a., Rn. 4.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## *IV. Resümee*

Deutlich geworden sollte durch diesen kleinen Parforceritt durch den Entwicklungsverlauf des Klimaschutzrechts sein, dass Emissionsbudgets als normatives Konstruktionselement im Zentrum des Klimaschutzrechts angekommen sind und dort in Zukunft eine ebenso tragende wie vielgestaltige Rolle bei der angemessenen Strukturierung von Klimaschutzverantwortung einnehmen werden. Sie weisen Klimaschutzverantwortung zu und quantifizieren sie zu konkreten Reduktionspflichten. Sie ermöglichen die Strukturierung von Klimaschutzverantwortung zwischen den Sektoren und in den Dimensionen von Raum und Zeit. Sie eignen sich je nach Gestaltung für die Flexibilisierung und Entflexibilisierung von Verantwortungswahrnehmung gleichermaßen und sie können auf der Instrumente- wie auch Koordinationsebene Anknüpfungspunkt für ein effektives Monitoring-Regime und öffentliche Fortschrittskontrolle sein.

Wenn es in naher Zukunft aber nicht gelingt, das gesamte Klimarecht über die Figur vermittelnde Restmengenbudgets auch rechtlich konsequenter an den Pariser Temperaturzielen auszurichten, wird auch das Klimarecht als Transformationsrecht nicht mehr als der Versuch einer Weltrettung „ins blaue Hinein“ bleiben. Und auch das *Zeitbudget* hierfür ist endlich.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verantwortungsvoller Parentalismus. Der Staat im Dienst der Selbstbestimmung

*Isa Bilgen*[*]

## *Inhaltsübersicht*


I. Parentalismus statt Paternalismus 358

II. Selbstbestimmung als soziale Freiheit 360

1. Wider eine utopische Verfassungsinterpretation 360

2. Grundrechtliche Freiheit ist soziale Freiheit 363

III. Verantwortungsdimension sozialer Freiheit 364

IV. Staatsverantwortung für die individuelle Verantwortung 366

1. Erziehung und Bildung 367

2. Aufklärung und Information 368

3. Gebote und Verbote 370

V. Schwächen und Stärken der These 372

1. Paradoxie des Selbstbestimmungsschutzes 372

2. Antwort auf das Böckenförde-Dilemma? 374

VI. Fazit 375


> *„Und es scheint offensichtlich, dass viele Menschen nicht die letzte Verantwortung für ihr eigenes Tun übernehmen möchten. Viele Menschen fürchten sich tatsächlich davor, frei zu sein.“*
> (James M. Buchanan)

Individuelle Selbstbestimmung ist und bleibt normatives Leitbild des Grundgesetzes. Denn sie wurzelt in der Menschenwürde. Und doch scheint sich ihr Schutz auf die Abwesenheit des Staates zu beschränken. Mit Blick auf unzählige Gefährdungen der Selbstbestimmung in allen Le-

* Der Verfasser dankt Hans Michael Heinig und Thorsten Ingo Schmidt für wichtige Hinweise.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bensbereichen und auf allen gesellschaftlichen Ebenen kann das verfassungsrechtlich nicht gewollt sein. Dieser Beitrag will den Schutz der Selbstbestimmung auf das gebotene Niveau heben. Denn Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat nicht nur zur Achtung, sondern auch zum Schutz der Menschenwürde. Will er diesen Auftrag ernst nehmen, muss er sich entsprechend in den Dienst der Selbstbestimmung von Individuen stellen. Dazu darf und muss er ihnen bisweilen – wie Eltern ihren Kindern – Grenzen setzen, um im Sinne eines *verantwortungsvollen Parentalismus* ihre Eigenständigkeit und damit ihre Verantwortungs- und Selbstbestimmungsfähigkeit zu stärken.

## *I. Parentalismus statt Paternalismus*

Paternalismus beruht auf der Metapher von der asymmetrischen Eltern-Kind-Beziehung, die auf das Staat-Bürger:in-Verhältnis übertragen wird. Es ist sprachlich darum nur konsequent, vom *parentalen Staat* und dementsprechend besser von Parentalismus zu sprechen. Mit der Rede von Paternalismus und vom „Vater Staat" wird überdies ungewollt patriarchalisches Rechtsdenken reproduziert. Doch mit dieser banalen Sprachregelung ist nicht schon automatisch etwas traditionell pejorativ Konnotiertes in Positives übersetzt. Inhaltlich sind die Begriffe zunächst indifferent.

Bedeutender ist die Differenzierung von *James M. Buchanan*. In seinem Essay „Die Furcht vor der Freiheit" untersucht er die Überlebenschancen des Sozialismus im 21. Jahrhundert. Er definiert Sozialismus als kollektivierte, umfassende und intensive Kontrolle der individuellen Freiheit.[1] Jedoch ist auch der liberale Staat ein solches Kollektiv, das die Freiheit ordnet und beschränkt. So verstanden meint Sozialismus also nicht etwas kategorial Verschiedenes, sondern nur graduell ein „Mehr" davon. *Buchanan* unterscheidet vier „Quellen des Sozialismus". Die zentralverwaltungswirtschaftliche, die paternalistische und die distributive werden, so seine Analyse, „in den frühen Dekaden dieses neuen Jahrtausends" von der vierten Quelle, die er die parentale nennt, verdrängt werden.[2] Es handle sich gewissermaßen „um die Kehrseite des Paternalismus", also der „Haltung elitärer Menschen, die ihre eigenen bevorzugten Werte anderen Menschen

1 *Buchanan*, Die Furcht vor der Freiheit, in: Horn/Schwarz, Der Wert der Werte, 2012, S. 237 (239).
2 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 241 – 247.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vorschreiben wollen".[3] Parentalismus meine hingegen die „Haltung von Menschen, die danach streben, dass andere Personen, der Staat oder transzendentale Kräfte ihnen Werte vorschreiben".[4] Während letzterer *bottom up* wirke, verhalte sich ersterer *top down*.[5]

Seit der Epoche der Aufklärung wurde den Menschen das Streben nach Freiheit und Eigenverantwortung unterstellt und der Umstand vernachlässigt, „dass Freiheit Verantwortung mit sich bringt".[6] Darum fürchten Menschen, frei zu sein; sie wollen nicht die damit einhergehende Verantwortung für ihr Handeln übernehmen.[7] Sie suchen vielmehr den elterlichen (parentalen) Schutz, der Kindern einen sorglosen Freiheitsgenuss ermöglicht.[8] Verantwortung wird um den Preis der Freiheit gegen Sorglosigkeit eingetauscht.[9] In dieser Elternrolle ersetzt der Staat in der Moderne zunehmend Gott als transzendentale Kraft und erleichtert die Einzelnen um ihre Verantwortung.[10] Er bereinigt „jedes Unheil, das sie anrichten könnten".[11] Hier versteht *Buchanan* die Religion offensichtlich im Marx'schen Sinne als Trost und Rechtfertigung.[12]

Der Begriff des Parentalismus wird auch von *George J. Agich* gebraucht – im Kontext der Langzeitpflege zur Beschreibung der Sorge um die Autonomie von Pflegebedürftigen.[13] Diese Sorge wurzle in der Tatsache, dass Menschen nicht *ex nihilo* unabhängige Wesen sind, sondern geformt werden durch psychosoziale Beziehungen zu anderen; aus der wechselseitigen Angewiesenheit der Menschen folgen Verpflichtungen untereinander.[14]

*Buchanan* und *Agich* bezeichnen mit Parentalismus also aus je anderer Perspektive ein Phänomen, das auf der Sozialität von Menschen beruht, die Verantwortung füreinander und für ihren Freiheitsgebrauch übernehmen. Der daran angelehnte verantwortungsvolle Parentalismus meint aber nicht, dass stets mit und nie gegen den Willen der Betroffenen gehandelt wird. Insofern unterscheidet er sich vom libertären Paternalismus, der den

---

3 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 247.
4 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 247.
5 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 249.
6 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 247.
7 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 248.
8 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 248.
9 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 248 f.
10 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 248 – 252.
11 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 250.
12 Vgl. *Marx*, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung, MEW 1, 1976, S. 378.
13 *Agich*, Dependence and Autonomy in Old Age, 2003, S. 48.
14 *Agich*, Dependence (Fn. 13), S. 48.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Anspruch erhebt, die Wahlfreiheit der Person nicht einzuschränken.[15] Er teilt aber mit ihm den Gedanken eines sanften Paternalismus. Während sich dieser wiederum eher auf kognitive und voluntative Aspekte bezieht, erweitert der Parentalismus das Autonomieverständnis um kommunikative bzw. soziale Elemente.[16] Er berücksichtigt das komplexe Verhältnis von Selbst- und Fremdbestimmung. Was gemeinhin als Selbstbestimmung gilt, ist nur selten selbstbestimmt.

## *II. Selbstbestimmung als soziale Freiheit*

Die Grundrechte mit der Menschenwürde an der Spitze gewährleisten deshalb ein umfassendes Selbstbestimmungsrecht.[17] Selbstbestimmung heißt, dass der Mensch seine Identität nach freiem Willen, eigenständig und eigenverantwortlich formt und nach außen sein Leben danach gestaltet.[18] Sie ist zugleich Bedingung und Grund von Freiheit: „Nur wer selbstbestimmt handelt, handelt frei" und „nur wer frei ist", kann selbstbestimmt sein.[19] Das ist der Mensch demnach, wenn sein Wille kausalursächlich wird für sein eigenes Denken, Entscheiden und Handeln.[20]

### *1. Wider eine utopische Verfassungsinterpretation*

Das Leitbild von Recht und Moral ist das eines aufgeklärten, mündigen und sich eigenverantwortlich selbstbestimmenden Menschen.[21] Ähnlich ist der *homo oeconomicus* für die Ökonomik das „zentrale Konstrukt eines perfekt konsistent urteilenden und handelnden Akteurs".[22] Solch idealisierende Annahmen sind in der politischen und der Verhaltensökonomie nützlich. Sie dienen zum einen als Orientierungshilfe und zum anderen

15 Klassisch *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2008, S. 15.
16 Vgl. *Agich*, Dependence (Fn. 13), S. 49.
17 *Hillgruber*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung, 2012, S. 165 (167); *Hain*, Rundfunkordnung, 1993, S. 63: „Das Verständnis der Freiheitsrechte als Selbstbestimmungsrechte ist der Leitgedanke der Grundrechtsinterpretation."
18 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.3.1983 – 2 BvR 457/78, BVerfGE 63, 343 Rn. 64.
19 *Lindner*, AöR 140 (2015), 542 (554).
20 *Heun*, JZ 2005, 853 (859, Fn. 101).
21 *Lindner* (Fn. 19), 543 f.
22 *Dold/Schubert*, VJH 87 (2018), 29 (31); kritisch *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 15), S. 16 ff.; *Neumann*, Libertärer Paternalismus, 2013, S. 24 ff. m. w. N.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Rechtfertigung und Legitimation der Marktwirtschaft.[23] Das rechtliche Selbstbestimmungsdogma ist ebenso ein vereinfachendes theoretisches Gebilde zur Erklärung menschlichen Verhaltens.[24] Dieses darf aber „nicht ohne Rücksicht auf die Realität verabsolutiert werden".[25] Denn Identitätsbildung des Individuums erfolgt real im Verhältnis sowohl zu seiner Umwelt und seinen Mitmenschen als auch in der Reflexion auf sich selbst.[26]

Selbstbestimmung setzt also das Reflexionsverhältnis in der sozialen Gemeinschaft voraus.[27] Die Selbstbestimmung eines Individuums ist so gesehen niemals irrelevant für die Selbstbestimmung der anderen. Der in der Gemeinschaft stehende und sich darin verwirklichende Mensch ist notwendig sozialen, kulturellen und politischen Einflüssen und damit Fremdbestimmungen ausgesetzt. Gesellschaftlich gesetzte Werte, Normen und Erwartungen – als Überbau im Sinne des dialektischen Materialismus – prägen das Bewusstsein. Das soziologische Modell des *homo sociologicus* von *Ralf Dahrendorf* kommt dem realen Menschen näher, da es genau dies berücksichtigt.[28] *Franz Josef Lindner* spricht zutreffend vom dialektischen „Paradoxon fremdbestimmter Selbstbestimmung".[29] Selbstbestimmung enthält stets auch Fremdbestimmung und birgt damit Freiheitsgefährdungen.[30]

Die vom *normativen Individualismus* dominierte Rechtswissenschaft tut sich schwer, entsprechende sozialwissenschaftliche Erkenntnisse wirksam aufzugreifen. Dazu gehört auch die kritische Reflexion des herrschenden Selbstbestimmungsdogmas.[31] Dieses beruht auf anthropologischen Annah-

---

23 Vgl. auch *Latzel*, Verhaltenssteuerung, 2020, S. 146; kritischer *Habermann*, in: Bauhardt/Caglar, Gender and Economics, 2010, S. 151 (152, 157); *dies*., Homo Oeconomicus, 2008, S. 134 ff.: Das Modell des homo oeconomicus baue auf dem Ideal eines weißen, bürgerlichen und männlichen Subjekts auf.

24 Vgl. zum Zusammenhang des homo oeconomicus und dem Menschenbild des GG *Gröschner*, in: Engel/Morlok, Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 31 – 48; *Kirchgässner*, in: Engel/Morlok, Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 49 – 60.

25 *V. Hippel*, JZ 1998, 529 (531).

26 *Holz*, Weltentwurf und Reflexion, 2005, S. 49 f.

27 *Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1904, Art. „Selbsterkenntnis".

28 *Dahrendorf*, Homo Sociologicus, 2006, S. 25 ff.

29 *Lindner* (Fn. 19), 553.

30 *Lindner*, Das Paradoxon der Selbstbestimmung in: ders., Selbst – oder bestimmt?, 2017, S. 9 (19, 25).

31 Paradigmatisch dafür steht *Simon*, QJE 69 (1955), 99 ff. (*bounded rationality*); eingehend *Kahnemann/Tversky*, Econometrica 47 (1979), 263 ff.; *Fleischer/Schmolke/Zimmer*, in: Fleischer/Zimmer, Verhaltensökonomie, 2011, S. 9 (11).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

men, die empirisch und sozialpsychologisch nicht zutreffen.[32] Das Leitbild ist also eine Illusion. Das Recht muss sich an einem „Selbstbestimmungsrealismus" orientieren und Defizite aufspüren.[33] Die Rechtswissenschaft ist dabei auf psychologisches, ökonomisches und soziologisches Wissen angewiesen, denn „die Ursachen und Wirkungen von Fremdbestimmung sind keine rechtlichen, sondern ganz überwiegend tatsächliche Phänomene".[34]

Eine utopische Verfassungsinterpretation verbietet sich daher.[35] So wenig wie eine normative Pflicht zur Errichtung einer perfekten Welt darf eine deskriptive Vorstellung von einwandfrei selbstbestimmt und verantwortungsvoll handelnden Menschen dem Grundgesetz eingelegt werden. Es weiß vielmehr: Der Mensch ist fehlbar, er ist zugleich stark und schwach, manipulativ und manipulierbar, schützt und ist selbst schutzbedürftig. Die Verfassung kann nicht Perfektes vollbringen, weil sie mit Imperfektem operiert. Ihr anthropoligistischer Optimismus beschränkt sich darauf, dass sich der Mensch dem Ideal annähern *kann* und *soll*.[36]

Dass Menschen jenseits jeder Theorie weder absolute Willensfreiheit haben noch absolut selbstbestimmt sind, bedarf aus empirischer Sicht keiner weiteren Erläuterung.[37] Das Recht muss aber die Frage, ob eine Entscheidung autonom ist, nicht empirisch, sondern nur normativ beantworten,[38] um Verantwortung rechtswirksam zuschreiben zu können.[39] Denn Verantwortung setzt Freiheit und Selbstbestimmung, eine menschliche Ordnung wiederum Verantwortungszuschreibungen, d. h. die normative Verantwortungsfähigkeit ihrer Mitglieder, voraus.[40] Darum muss Recht

---

32 Vgl. *Wahl*, Wie kommt die Moral in den Kopf?, 2015, S. VI.

33 *Lindner*, Paradoxon (Fn. 30), S. 22 f.; *ders.* (Fn. 19), 563; vgl. auch *Latzel*, Verhaltenssteuerung (Fn. 23), S. 241, 280 f.

34 *Lindner*, Paradoxon (Fn. 30), S. 22 f.; *ders.* (Fn. 19), 563.

35 Vgl. *Bilgen*, Merkur 75 (2021), Heft 867, 84 (87).

36 Auch die Ökonomik versteht den homo oeconomicus mehr modellbildend als deskriptiv, vgl. *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 2013, S. 20, 28; ähnlich *Englerth*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, 2. Aufl., 2017, S. 165 (166 f.).

37 Vgl. *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 512; eingehend *Latzel*, Verhaltenssteuerung (Fn. 23), S. 217 ff.; *Prinz*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung, 2011, S. 73 (75): „Aus kognitionswissenschaftlicher Sicht von Freiheit und Autonomie zu reden wäre dann ähnlich wie aus zoologischer Sicht über das Einhorn zu reden".

38 Vgl. dazu *Schmolke*, Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 22.

39 *Prinz*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung (Fn. 37), S. 74.

40 Vgl. *Roth*, Fühlen (Fn. 37), S. 494; auch *Vanberg*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung, 2011, S. 45 (67, 70).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Autonomie- bzw. die prinzipielle Willens-, Urteils- und Selbstbestimmungsfähigkeit unterstellen. Es ist insofern blind für neurowissenschaftliche Skepsis,[41] die sonst erhebliche Konsequenzen hätte.[42] Strafrechtlich wären Zurechnung und Schuld unerklärbar, zivilrechtlich könnte kaum eine Haftung oder ein wirksamer Vertragsschluss begründet werden und verfassungsrechtlich wären Freiheitsrechte sinnlos. Die Fiktion von Willensfreiheit gehört daher zur Demokratie; sie ist Ausdruck einer „Entscheidung, auf eine Art und Weise zu leben, die die Verantwortlichkeit individueller Wesen kennt".[43]

### *2. Grundrechtliche Freiheit ist soziale Freiheit*

Selbstbestimmung in Form der Grundrechtsausübung ist folglich nicht reflexiv, sondern nur in sozialen Systemen und im Plural denkbar. Der Einzelne ist eben kein isoliertes, sondern ein gemeinschaftsgebundenes Subjekt.[44] Denn, um es mit *Axel Honneth* zu sagen, als „isoliertes Subjekt bleibt der Mensch in all seiner reflexiven Freiheit von der äußeren Welt" abgeschnitten.[45] So sehr er sich auch subjektive Ziele setzen kann, so ungewiss „bleibt deren Realisierbarkeit in der objektiven Wirklichkeit".[46] Das Zusammenspiel „zwischen Person und intersubjektiver Umgebung" stellt für Menschen „das Muster aller individuellen Freiheit dar".[47] Darum schützt das Grundgesetz Freiheit „nicht mit dem Ziel, bindungslose Selbstherrlichkeit und rücksichtslose Interessendurchsetzung zu fördern".[48] Der

41 Zur neurowissenschaftlichen Relativierung des Selbstbestimmungsdogmas *Singer*, in: Geyer, Hirnforschung, 2004, S. 30 – 65.
42 Vgl. *Heun*, in: Lampe/Pauen/Roth, Willensfreiheit, 2008, S. 276 (279 f.).
43 *Möllers*, Demokratie, 2008, Rn. 15: „Ob wir tatsächlich einen freien Willen haben, […] können wir nicht wissen. Wir wollen aber so behandelt werden, als hätten wir einen, und wir verpflichten uns dazu, auch die anderen entsprechend zu behandeln, wenn wir sie als frei anerkennen."; vgl. zur ähnlich vertragstheoretischen Argumentation *Vanberg*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung (Fn. 40), S. 65 f.
44 BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 Rn. 144 m. w. N.
45 *Honneth*, Das Recht der Freiheit, 3. Aufl., 2017, S. 85.
46 *Honneth*, Freiheit (Fn. 45), S. 85.
47 *Honneth*, Freiheit (Fn. 45), S. 113.
48 BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 Rn. 220.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mensch existiert und entfaltet sich vielmehr in sozialen Bezügen.[49] Individuelle Freiheit steht „im Verhältnis zur Mitwelt und Umwelt".[50] Um unter diesen Bedingungen, „die durch die Existenz des Menschen als Gattung gesetzt sind", bestehen zu können, muss Freiheit die Gestalt des Rechts annehmen.[51] In diese Form gehen aber gleichsam ihre Bedingungen ein, nämlich „die Verwiesenheit auf, Abhängigkeit von und Begrenzung durch andere Menschen".[52] Die natürliche (willkürliche) Freiheit wird also durch Recht begrenzt und dadurch für alle erst ermöglicht.[53] Kein Mensch kann „seine Individualität unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Zugehörigkeiten" entwickeln.[54] Das Grundgesetz gewährleistet daher Freiheit als soziale Freiheit. Da es keine wertfreie Ordnung ist, kann auch Selbstbestimmung keine absolut wertfreie sein.

### *III. Verantwortungsdimension sozialer Freiheit*

Selbstbestimmung impliziert Eigenständigkeit. Und Eigenständigkeit heißt, Verantwortung für die Folgen des eigenen Freiheitsgebrauchs in der Außenwelt zu übernehmen, ohne sich auf die Eltern oder den Staat zu stützen. Individueller Freiheitsgebrauch fordert also individuelle Verantwortung.[55] Es ist gerade Ausdruck der Selbstbestimmung, wenn Einzelne für ihr Handeln verantwortlich gemacht werden,[56] zumal sie sich andernfalls „rücksichtslos und unmoralisch" verhalten.[57] Prinzipielle Verantwortungsfähigkeit wird daher wie Selbstbestimmungsfähigkeit unterstellt. Denn Verantwortung ist „ein Grundprinzip unserer Rechtsordnung"[58]

---

49 Vgl. BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279 Rn. 136 m. w. N.; *Stern*, in: Achterberg/Krawietz/Wyduckel, FS Scupin, 1983, S. 627 (627).

50 *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 5. Aufl., 2013, S. 42.

51 Vgl. *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 42.

52 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 42.

53 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 43.

54 BVerfG, Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186 Rn. 32.

55 Vgl. insofern Art. 10 Abs. 2 EMRK, wonach die Ausübung von Freiheiten „Pflichten und Verantwortung mit sich bringt"; ähnlich auch Präambel der GRC.

56 Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 Rn. 141.

57 *Symmank/Hoffmann*, in: Heidbrink/Langbehn/Loh, Verantwortung, 2017, S. 949 (957).

58 *Riesenhuber*, in: Ders., Selbstverantwortung, 2011, S. 1; vgl. auch *Klement*, in: Heidbrink/Langbehn/Loh, Verantwortung, 2017, S. 559 (569).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und „Grund-Kategorie des modernen Rechtsstaates".[59] Grundrechte sind demnach „Gewährleistungen der Möglichkeit autonom-verantwortlichen Handelns".[60] Wo Verantwortung abgesprochen wird, droht auch Freiheitsverlust.

Andererseits würde es die Einzelnen überfordern, müssten sie für jede entfernte Konsequenz ihres Verhaltens Verantwortung übernehmen. Der Kreis muss sich daher auf vorausschaubare Folgen beschränken.[61] Auch darüber hinaus sollen Einzelne nicht *jedes* (Fehl-)Verhalten verantworten müssen. Der Sozialstaat ist insofern das vernünftige Konzept von Verantwortungskollektivierung *par excellence*.[62] Versicherungen etwa begrenzen zusätzlich Verantwortungsüberforderungen von Individuen. Eine Verantwortung *ad infinitum* führt das Prinzip denn auch *ad absurdum*.[63] Denn, um es mit den Worten von *Friedrich von Hayek* zu sagen: „Es zerstört das Verantwortungsbewußtsein ebenso, wenn einem gesagt wird, daß man für alles verantwortlich ist, wie daß man für nichts verantwortlich gemacht werden kann."[64]

Es ist paradoxerweise auch der Sozialstaat, der es verbietet, dem Individuum Verantwortung für sein Handeln abzusprechen, und der es gebietet, Eigenverantwortung zu stärken. Die Haftbarmachung für seinen Freiheitsgebrauch kann seine Eigenständigkeit fördern. Darum muss Verantwortung individualisiert werden, insbesondere müssen Sicherheits- und Gesundheitskrisen wie die Corona- oder Umweltkrise im individuellen Ursachenkreis betrachtet werden. Nur wenn die kollektive Krise zur individuellen Krise wird, weiß jede:r, was auf dem Spiel steht. Und nur dann kann verantwortungsvoll gehandelt werden.

Die Kollektivierung von Verantwortung birgt zudem Gefahren. Zum einen könnten verantwortungsvoll Handelnde für die Folgen fremden Handelns verantwortlich gemacht werden. Zum anderen droht, „dass sich die Verantwortung in höheren Sphären verflüchtigt"[65] und sich niemand für kollektive bzw. globale Krisen verantwortlich fühlt. Kollektivierungen führen dazu, dass Individuen sich der Verantwortung für ihren Freiheitsge-

---

59 *Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, S. 30.
60 *Saladin*, Verantwortung (Fn. 59), S. 67.
61 Vgl. *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl., 2005, S. 107; *Depenheuer*, VVDStRL 55 (1996), 156 (160).
62 Vgl. auch *Nullmeier*, ZPTh 11 (2020), 9 (24).
63 Vgl. *Schlink*, RJ 12 (1993), 57 (65); *Dreier*, in: Neumann/Schulz, Recht und Moral, 2000, S. 9 (11).
64 *V. Hayek*, Freiheit (Fn. 61), S. 107.
65 So *Ehlers*, DV 46 (2013), 467 (476).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - BY-NC-ND

brauch entziehen können – durch den schlichten Verweis, der Staat sei verantwortlich für die Behebung daraus resultierender Probleme, z. B. für den Klimawandel. In dem Maße also, in dem Verantwortung kollektiviert wird, in demselben Maße geht das individuelle Verantwortungsbewusstsein unter. Menschen brauchen aber Verantwortungsgefühl für eigenes Handeln,[66] um schädliche Konsequenzen evaluieren und ihr Verhalten entsprechend ändern zu können.

## *IV. Staatsverantwortung für die individuelle Verantwortung*

Das in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmungsrecht schützt nicht nur vor Bevormundung. Es verpflichtet den Staat auch, die für die Freiheit notwendigen Bedingungen zu schaffen.[67] Verantwortungsfähigkeit ist eine solche Voraussetzung. Dem Staat kommt daher eine *Schutzpflicht für die individuelle Verantwortungsfähigkeit aus dem Sozialstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG* zu.

Der Grund dieser Staatsverantwortung liegt in der Menschenwürde. Inhaltlich bezieht sie sich allgemein auf Freiheitsrechte, insbesondere auf das grundlegende Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Diese *Pflicht zum Parentalismus* ist dabei sozialstaatlich ausgerichtet. Denn das Soziale der Selbstbestimmung zu sichern, obliegt dem Sozialstaat. Insofern genügt das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht. Dieses beschränkt sich zwar nicht auf das physische Überleben, sondern schließt auch die „Möglichkeiten zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zur Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“ (sozioökonomische Grundlage) ein.[68] Daneben entfaltet aber die Gewährleistung eines *intellektuellen Existenzminimums* eigenständige Wirkung, weil sie über die materiellen Bedingungen hinaus auch die sozialen Bedingungen eines verantwortlichen Lebens in der Gemeinschaft einschließt. Dazu gehört auch die Verantwortungsfähigkeit.

Moralisch ist der Mensch verpflichtet, so zu handeln, dass die Maxime seines Willens jederzeit zugleich als allgemeines Gesetz gelten könnte. Aber die Empirie zeigt, dass dieser Imperativ nicht handlungsleitend ist. Wo Moral nicht als Kompass für verantwortungsvolles Handeln genügt,

66 Vgl. *Felser*, Konsumentenpsychologie, 4. Aufl., 2015, S. 227.
67 Vgl. *Ehlers* (Fn. 65), 485; im Kontext der Vertragsfreiheit *Schmolke*, Selbstbindung (Fn. 38), S. 77 ff.
68 BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 Rn. 135.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

muss das Recht seine ureigene Ordnungs- und Orientierungsfunktion aktivieren. Aufgabe des Rechts ist also die Steuerung individuellen Verhaltens hin zum verantwortungsvollen Handeln. Der Staat hat mittels des Rechts der sozialen Freiheit und Selbstbestimmung zu dienen. Zur Erfüllung seiner Schutzpflicht kann er sich verschiedener Mittel bedienen.

### *1. Erziehung und Bildung*

Kindererziehung ist das Recht und zuvörderst die Pflicht der Eltern. Dabei können sie grundsätzlich nach eigener Wertevorstellung eigenverantwortlich Erziehungsziele setzen. Das Grundgesetz gibt nichts Konkretes vor. Allgemein muss Erziehung aber die Selbstständigkeit und Verantwortungsfähigkeit der Kinder zum Ziel haben.[69] Diese sollen dadurch erst Selbstbestimmungsfähigkeit und Eigenverantwortung in der sozialen Gemeinschaft entwickeln.[70] Die Erfüllung der Elternverantwortung muss also die Möglichkeit künftiger Verantwortung zum Ergebnis haben.[71]

Doch was passiert, wenn Menschen am Ende dieses Erziehungsprozesses nicht die für ein rechtlich-soziales Miteinander gebotene Verantwortungsfähigkeit besitzen? Die Gesellschaft muss dies nicht einfach hinnehmen. Der Staat kann ihnen vielmehr Grenzen setzen, damit diese verantwortungsvoll handeln. Wo Elternverantwortung endet – sei es durch deren Mangel an hinreichender Kompetenz zur Erziehung oder durch Eintritt des Kindes in die Volljährigkeit –, beginnt Staatsverantwortung.[72] Freiheitsrechte führen „nicht zu völliger Lähmung und Neutralisierung staatlicher Einwirkung" auf Bürger:innen.[73] Welchen Sinn hätte noch der Staat, wenn er auf Verhaltenssteuerung verzichten müsste?[74]

Formulierungen wie „Selbstverantwortung vs. Bevormundung" implizieren ein antagonistisches Verständnis derselben. Doch auch bevormun-

---

69 Vgl. *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1979, S. 199.

70 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 45 m. w. N.; vgl. auch *Vieweg*, DZPhil 69/1 (2021), 98 (110); *Hillgruber*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung (Fn. 17), S. 173.

71 Vgl. *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 215; *Gerhardt*, in: Heidbrink/Langbehn/Loh, Verantwortung, 2017, S. 431 (433).

72 Vgl. auch *Klement*, in: Heidbrink/Langbehn/Loh, Verantwortung (Fn. 58), S. 569; *Vieweg* (Fn. 70), 111.

73 *Merten*, VVDStRL 55 (1996), 7 (37 f.).

74 Vgl. auch *Wagner*, in: Grigoleit/Petersen, FS Canaris, 2017, S. 281 (311); *Hacker*, Verhaltensökonomik, 2017, S. 236.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dende Erziehung dient dazu, Menschen verantwortungsbewusster zu machen. Mit der Zunahme an Regulierung geht nicht zwangsläufig die Reduktion der Spielräume für selbstbestimmtes Leben einher. Erziehung meint dabei die „stetige geistige Einwirkung auf Personen" mit dem Ziel, dass diese „auf Dauer nicht mehr aufgrund staatlichen Zwangs oder gesetzter Anreize, sondern aufgrund eines durch Erziehung herbeigeführten Bewusstseinswandels ihr Verhalten an der Zielvorgabe ausrichten".[75] Ein Hauch an staatlich und gesellschaftlich anzuerziehender Selbstdisziplin würde der Rechtsstaatlichkeit nicht Abbruch tun oder dem Totalitarismus das Wort reden. Auch der freiheitlich-demokratische Staat kann ethisch-sittliche Werte pflegen.[76] Er muss aber zumindest ein *verantwortungsvoll parentaler Staat* sein, der die Verantwortungsfähigkeit seiner Bürger:innen wahrt und ordnet, um die Bedingungen der freien Selbstbestimmung zu fördern. Entscheidend ist die Ausrichtung staatlicher Erziehungsziele an der Entwicklung der Kinder zu selbstbestimmten Personen.[77] Nicht ohne Grund hat das Bundesverfassungsgericht in der Pandemie ein Grundrecht auf Bildung begründet.[78]

### 2. *Aufklärung und Information*

Unabhängig davon muss der moderne Staat Aufklärung betreiben. Er kann Verhaltensänderungen seiner Bürger:innen nur erzielen, wenn er sie hinreichend über mögliche Folgen ihres Verhaltens informiert. Rechtlich wirksame Verantwortungszuschreibung setzt letztlich nicht nur Freiheit und Kausalität ihres Handelns, sondern auch das Wissen um die Umstände voraus.[79] Vor allem die Regierung[80] muss im Sinne eines *edukatorischen Parentalismus* differenzierte Informationen über Verhaltensoptionen bereitstellen, an denen sie sich eigenständig und eigenverantwortlich orientieren können. Durch „Wahlhilfen" lassen sich „aufgeklärte, informierte und rationale" Individuen generieren.[81] Auch Nudges sind nicht per se rechtlich

75 *Schumann*, in: Dies., Das erziehende Gesetz, 2014, S. 1 (2).
76 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 55.
77 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 50; vgl. auch Art. 125 Abs. 1 S. 2 BayVerf („Anspruch auf Entwicklung zu selbstbestimmungsfähigen und verantwortungsfähigen Persönlichkeiten"); Art. 28 BbgVerf.
78 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 42 ff.
79 *Heidbrink*, in: Heidbrink/Langbehn/Loh, Verantwortung, 2017, S. 3 (4).
80 BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, BVerfGE 105, 252 Rn. 51.
81 *V. Aaken*, in: Anderheiden et al., Paternalismus, 2006, S. 109 (125).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bedenklich; sie eignen sich aber nicht zur Aufklärung, weil sie i. d. R. das Unbewusste der Menschen berühren und damit subliminal, also eher manipulativ als positiv befähigend wirken.[82]

Ziel des aufklärenden Parentalismus ist aber die Befähigung zur Selbstbestimmung.[83] Dazu ist es auch legitim, wenn Menschen mit der Messung ihres sozialen und ökologischen Fußabdrucks, ihrer potenziellen Fähigkeit zur Virenübertragung und der Visualisierung der Gefahren des Rauchens oder des Rasens auf Autobahnen usw. an die möglichen Folgen ihres Handelns erinnert werden. Manchmal muss ein Betroffenheitsgefühl erzeugt werden, damit Einzelne verantwortungsbewusster werden. Sonst spüren sie die Kosten und unumkehrbaren Folgen ihres umweltschädlichen Verhaltens nicht unmittelbar. Darum werden sie auch leicht verdrängt. Wenn es den Einzelnen an geistiger Imaginationskraft für die Folgen alltäglicher, bequem eingerichteter und eingewöhnter Verhaltensweisen wie den Fleischkonsum oder den Brennstoff-, Strom- und sonstigen Energieverbrauch zum Arbeiten, Heizen, Kochen, Vergnügen usw. fehlt, um sie kritisch reflektieren zu können, dann muss der Staat eben diese fortlaufend durch Information ins individuelle Bewusstsein führen. Ein Grundrecht auf ein von den Folgen des eigenen Handelns unbeschwertes Gemüt gibt es nicht.

Der Mensch hat sich durch Kollektivierung von Verantwortung derart an seine Unmündigkeit gewöhnt, ja „sie sogar lieb gewonnen",[84] dass er sich aus eigener Geisteskraft gar nicht mehr entwöhnen wird.[85] Er hat es sich in der Möglichkeit bequem gemacht, die für eine Mündigkeit notwendige Eigenständigkeit und Verantwortlichkeit an die Gemeinschaft abzugeben. Mündigkeit und Selbstbestimmung können aber gefördert werden, indem mehr Verantwortung eingefordert wird. Der Staat hat so gesehen die Aufgabe der Befreiung des Menschen aus seiner selbst- oder fremdverschuldeten, „ihm beinahe zur Natur gewordenen Unmündigkeit".[86]

---

82 Vgl. *Schnellenbach*, Wirtschaftsdienst 94/11 (2014), 778 (779).
83 Vgl. auch *Kirste*, in: Anderheiden et al., Paternalismus, 2006, S. 31 (31).
84 *Kant*, Werkausg., Bd. XI, hrsg. v. Weischedel, 1977, S. 54.
85 Vgl. zum „Trägheitsprinzip der Psychologie" *Felser*, Konsumentenpsychologie (Fn. 66), S. 231.
86 *Kant*, Werkausg., Bd. XI (Fn. 84), S. 53 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 3. Gebote und Verbote

Auf Einsicht folgt nicht zwangsläufig verantwortungsvolles Verhalten. Vernunftappelle und Information sind daher nur bedingt wirksam[87] und erfüllen zumeist die Schutzpflicht nicht. Der Staat muss die Wirkung seiner Aufklärung fortwährend beobachten. Ist sie erfolglos, kann er Verhaltenspflichten auferlegen.

Das Grundgesetz verlangt insofern mehr als nur Eigenverantwortungsappelle. Es bedarf rechtsverbindlicher Pflichten für alle, so verschieden ihre moralischen Ordnungsvorstellungen sein mögen. Denn die Schwelle von subjektiven Fehlvorstellungen von der Wirklichkeit zum folgenreichen Verhalten ist schnell überschritten. Allein auf die freiwillige Rücksichtnahme auf Dritt- und Umweltinteressen zu setzen, käme einer verfassungswidrigen staatlichen Untätigkeit gleich.

Vor dem Lieferkettengesetz hatte sich die Politik darauf verlassen, dass Unternehmen freiwillig präventive Umwelt- und Menschenrechtsschutzmaßnahmen in ihre Unternehmensstruktur einführen werden. Bekanntlich musste der Staat sie dann doch gesetzlich dazu verpflichten. Auch in der Corona-Pandemie wurde mit der Impfpriorisierung[88] ein verantwortungsvolles Sich-hinten-anstellen der weniger Gefährdeten angeordnet. Grundsätzlich ist auch egoistischer, eigennütziger und umweltbelastender Freiheitsgebrauch geschützt. Verantwortungsvoller Freiheitsgebrauch meint nicht, dass jegliches Verhalten einem öffentlichen Zweck oder der Freiheitsverwirklichung von anderen dienen soll.[89] Die Folgen sind aber mit Verantwortung verbunden. Das Bewusstsein dafür wird weniger durch moralische Appelle, mehr durch Regulierung und Verpflichtung geschärft.

Vor allem in Krisenzeiten wird daher nicht selten für eine stärkere Verbotspolitik plädiert. Bereits *Hans Jonas* konstatierte, dass „nur ein Höchstmaß politisch auferlegter gesellschaftlicher Disziplin die Unterordnung des Gegenwartsvorteils unter das langfristige Gebot der Zukunft zuwege bringen kann".[90] Der Marxismus habe den Vorteil, dass er zukunftsgerichtet sei und Normen für die Gegenwart im Hinblick auf ihre langfristige Nützlichkeit für die Zukunft setze.[91] Eine „wohlwollende, wohlinformierte

87 Vgl. für sozialpsychologische Erkenntnisse zu Aufklärungskampagnen *Stroebe*, in: Jonas/ders./Hewstone, Sozialpsychologie, 6. Aufl., 2014, S. 231 (258 f.).
88 Zur Priorisierung im Namen der Solidarität *Kieslich/Prainsack*, in: Reis/Schmidhuber/Frewer (Hrsg.), Pandemien und Ethik, 2021, S. 29 – 43.
89 So aber *Saladin*, Verantwortung (Fn. 59), S. 83 f.
90 *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 255.
91 *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 256.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und von der richtigen Einsicht beseelte Tyrannis" biete bessere Chancen für die „Rettung vor dem Unheil";[92] zumal „asketische Züge" einer „sozialistischen Disziplin […] in der bevorstehenden Epoche harscher Anforderungen und Verzichte" vorteilhaft seien.[93] Für eine Lösung der Krise tendiert *Jonas* zu „Abstrichen" der Freiheit in der Gegenwart, „freiwillig wenn möglich, erzwungen wenn nötig".[94]

Auch *Buchanan* schätzt die Chancen für einen parentalen Sozialismus besser ein als die des Liberalismus, weil dieser Einzelnen die Flucht aus ihrer Verantwortung ermögliche.[95] Der klassische Liberalismus habe darin versagt, den Verlust des religiösen Glaubens der Menschen zu kompensieren und ihr „Verlangen nach einer parentalen Rolle des Staates" zu reflektieren.[96] Der Staat muss aber gerade deswegen die Eigenständigkeit stärken, indem er ihnen Verantwortung für die Folgen ihres Handelns mittels des Rechts zuschreibt.[97]

Rechtsnormen werden letztlich internalisiert und können das Verantwortungsbewusstsein stärken. Dabei darf es nicht darum gehen, über den äußeren Rechtsgehorsam hinaus die innere Gesinnung zu erzwingen.[98] Selbstbestimmung bedingt neben den beschriebenen komplizierten Reflexionsverhältnissen auch Selbsterkenntnis. Und diese setzt ein Selbstbewusstsein voraus.[99] *Ulrich Haltern* beschreibt diese Prozesse wie folgt: „Wir beginnen uns zu sehen, wie das Recht uns sieht, indem wir an der Konstruktion von Bedeutungen teilnehmen, die das Recht vornimmt. Wir internalisieren die Repräsentation, die das Recht von uns formt, und

---

92 *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 254 f., 262 f.
93 *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 264.
94 *Jonas*, Verantwortung (Fn. 69), S. 322 f.
95 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 239 f.
96 *Buchanan*, Furcht (Fn. 1), S. 252, 254.
97 Das Strafrecht wurde als „wohlwollende Fremdbestimmung" bezeichnet, die der „Stabilisierung von Eigenverantwortung" dient: *Lagodny*, in: Anderheiden et al., Paternalismus, 2006, S. 225 (225).
98 Kritisch dazu *Gramm*, Der Staat 30 (1991), 51 (65); bei *v. Hayek*, Freiheit (Fn. 61), S. 98 scheint das Ziel von Verantwortungszuschreibung über eine Verhaltens- auch eine Charakteränderung zu sein: „Wir schreiben einem Menschen nicht Verantwortung zu, um zu sagen, daß er, so wie er war, anders hätte handeln können, sondern um ihn anders zu machen"; widersprüchlich anmutend *Benda*, APuZ 35 (1985), 18 (35): „Der Staat darf äußeres Verhalten sozialadäquat normieren und auch Rechtsgesinnung verlangen […], aber nicht die Moral durch das Recht erzwingen wollen"; grundlegend dazu *Radbruch*, Rechtswissenschaft, 1969, S. 18.
99 Vgl. *Eisler*, Wörterbuch (Fn. 27), Art. „Selbsterkenntnis".



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

können unsere Ziele und Einsichten nicht länger von ihnen trennen."[100] Auch *H. L. A. Hart* konstatiert, dass Gesetze „Standards der Ehrlichkeit und Menschlichkeit errichten" können, „die schließlich ihren Charakter verändern und sich zur allgemeinen Moral erheben".[101] Kurz: Rechtsnormen prägen unser Gerechtigkeitsempfinden und schärfen unser Verantwortungsbewusstsein. Was Recht ist, wird als gerecht angenommen.[102]

Es ist mit *Friedrich von Hayek* davon auszugehen, „daß im allgemeinen das Bewußtsein, verantwortlich gemacht zu werden, das Verhalten einer Person in einer gewünschten Richtung beeinflussen", also die Verantwortungszuschreibung zur Befolgung gewisser Regeln führen wird.[103] Recht dient so gesehen „der Vergewisserung der Gesellschaft über die tragenden Werte".[104] Einerseits kann derart rechtliche Fremdbestimmung zur Entwöhnung identitätsprägender Entscheidungsprozesse und zur Erschlaffung des Denkmuskels führen. Andererseits können Maßnahmen das aktive Reflektieren anregen und so selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung fördern.[105]

## *V. Schwächen und Stärken der These*

### *1. Paradoxie des Selbstbestimmungsschutzes*

Die Diskussion über Werte und Prinzipien führt auch die epistemische Grundfrage nach der Deutungs- und Bestimmungshoheit über diese ein. Der Staat sorgt sich um die Selbstbestimmungsfähigkeit seiner Bürger:innen und möchte sich um sie kümmern. Die Paradoxie liegt darin, dass das Selbstbestimmungsrecht die subjektive Vorstellung der Einzelnen von der Art und Weise, wie sie ihr Leben gestalten wollen, schützt. Der Staat maßt sich aber an, besser als sie zu wissen, welche die richtige Lebensweise

100 *Haltern*, in: Schuppert/Pernice/ders. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 37 (72).
101 *Hart*, Der Begriff des Rechts, 2011, S. 208.
102 *Würtenberger*, in: Rüthers/Stern, Freiheit und Verantwortung, FG Rechtspolitik, 1984, S. 533 (549); vgl. auch *Murphy*, in: Coleman, Hart's Postscript, 2001, S. 382 (391): „Since this is presented as law, it probably is law, and therefore just".
103 *V. Hayek*, Freiheit (Fn. 61), S. 99; vgl. dazu auch *Vanberg*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung (Fn. 40), S. 66.
104 *Basedow*, JZ 2018, 1 (2).
105 *Dold/Schubert* (Fn. 22), 36.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist, und versucht, deren Vorstellung zu beeinflussen. Selbstbestimmung soll also gestärkt werden durch Fremdbestimmung. Andererseits soll der Staat ja gerade Fremdbestimmungspotenziale in der Gesellschaft möglichst ausmerzen und so die Individuen zu selbstbestimmten Individuen befähigen.[106] Gleichwohl darf er nicht als „sittlicher Staat" mit einem „über das Funktionale hinausgehenden Sinn"[107] verstanden werden.

Gegen die Sorge vor einer Entwertung der Individualität durch einen Parentalismus und die grundsätzliche Missbrauchsgefahr[108] ist einzuwenden, dass sich ein derartiger Dammbruch in Bezug auf weiche Parentalismen nicht belegen lässt. Zudem birgt jede staatliche Macht in einer Demokratie derlei Gefahren. Und jede Verhaltenssteuerung steht in einem Spannungsverhältnis zur Selbstbestimmung. Aber allein die Möglichkeit eines verfassungswidrigen Machtmissbrauchs macht parentalistische Eingriffsbefugnisse nicht unzulässig; es darf davon ausgegangen werden, dass sie „in einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie korrekt und fair angewendet"[109] werden. Die „rechtliche Verhaltenslenkung" ist denn auch „kein Tabubruch, sondern vielmehr Hauptzweck des Rechts".[110] Der Staat ist daher „zu wertenden Entscheidungen über menschliches Verhalten nicht nur berechtigt, sondern in gewissem Umfange auch verpflichtet", wobei der Eigenwert des Menschen zu wahren ist.[111]

Umfassender Parentalismus darf dabei nicht die Antwort auf die beschränkte Rationalität von Menschen sein. Psychosoziale Erkenntnisse sollten insofern kein Einfallstor sein, zumal der Staat durch fehlbare Menschen handelt und damit auch seine Erziehungsziele „falsch" gesetzt sein können. Wenn diese die Bürger:innen erziehen sollen, stellt sich die Frage: Wer erzieht dann die Erzieher:innen? Diesen Paradoxieproblemen und Machtmissbrauch kann durch rechtsstaatliche und gesellschaftliche Kontrolle genauso wirksam begegnet werden wie sonstigem Staatshandeln auch. Der Staat ist also nicht per se eine Bedrohung. Gefährlich wird es,

106 Vgl. auch *Lindner*, Paradoxon (Fn. 30), S. 22 f.; *Latzel*, Verhaltenssteuerung (Fn. 23), S. 209 ff.

107 *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 10.

108 Vgl. mahnend *Anderheiden et al.*, in: Dies., Paternalismus, 2006, S. 2 (2); vgl. auch *v. Aaken*, in: Anderheiden et al., Paternalismus (Fn. 81), S. 110; *Schumann*, Gesetz (Fn. 75), S. 15 f.

109 In einem anderen Kontext BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, BVerfGE 30, 1 Rn. 103.

110 *Latzel*, Verhaltenssteuerung (Fn. 23), S. 2.

111 *Benda* (Fn. 98), 35.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wenn er Freiheitsbedingungen nicht nur zu optimieren, sondern absolut zu gewährleisten verspricht und sucht.

## 2. *Antwort auf das Böckenförde-Dilemma?*

Dem verantwortungsvollen Parentalismus geht es aber nicht darum, absolute Selbstbestimmung aller Bürger:innen zu verwirklichen, sondern deren Verantwortungsfähigkeit zu fördern. Er ist schließlich auf verantwortungsfähige Mitglieder angewiesen.[112] Doch kann er, in Anlehnung an das *Böckenförde-Diktum*,[113] diese Voraussetzung selber garantieren? Zunächst sei klargestellt, dass der Staat eine inhaltliche Orientierung der Selbstbestimmung an bestimmte ethische Werte nicht vorschreiben darf.[114] Aus der Staatsverantwortung erwächst nicht die Kompetenz, den Menschen Tugenden und Sitten zu oktroyieren. Das würde letztlich zu einem „totalitären Zugriff" auf sie führen.[115] Verantwortung ist aber kein sittlicher Wert,[116] sondern normative Bedingung für die Verwirklichung von Freiheit. Der Staat kann demnach Verantwortungsfähigkeit nicht verordnen, gleichwohl aber rechtlich anordnen.[117]

Für die sittlich-neutrale, rechtliche Verankerung des hier vertretenen Verantwortungskonzepts in der Würdenorm spricht, dass diese ein „verbindliches normatives Prinzip für alles staatliche Handeln und auch für das Zusammenleben in der Gesellschaft" ist; daraus leitet *Böckenförde* die Rechtssubjektivität des Individuums „als Träger grundlegender Rechte und

112 Vgl. *Ehlers* (Fn. 65), 486 f.

113 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 112 f.: „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* […] Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben […]".

114 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 54; vgl. *ders.*, Staat (Fn. 107), S. 23 f.

115 *Böckenförde*, Staat (Fn. 107), S. 24.

116 Dazu *Ryffel*, Der Staat 6 (1967), 275 – 292.

117 Vgl. auch *Geiger*, in: Imboden, Gestalt des Rechtsstaates, 1965, S. 9 (19); a. A. *Bethge*, NJW 1982, 2145 (2147); *Dreier*, in: Neumann/Schulz, Recht (Fn. 63), S. 28; *Hillgruber*, in: Riesenhuber, Selbstverantwortung (Fn. 17), S. 185; *Hofmann*, VVDStRL 41 (1983), 42 (46); *Merten* (Fn. 73), 37.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Freiheit zu verantwortlichem Handeln" ab.[118] Mit der Würdenorm stehe daher „ein Halte- und Orientierungspunkt bereit, der nicht nur ein ethisch-moralisches Angebot ist, das man annehmen oder auch ablehnen kann, vielmehr als Teil der Verfassung ein verbindliches normatives Prinzip darstellt".[119]

Die die Gesellschaft bindende und den freiheitlichen Staat „tragende, homogenitätsverbürgende Kraft"[120] könnte in einem liberal-demokratischen Grundkonsens gesehen werden. Dieser wird nicht durch rechtlichen Zwang, sondern durch „eine lebendige, freiheitliche politische Kultur" am besten geschützt, wenn auch nicht garantiert.[121] Vor allem Fehl- und Desinformationen durch Verbreitung von *Fake News* und Verschwörungsmythen etc. gefährden diesen Grundkonsens.[122] Die Sicherung der Verantwortungsfähigkeit kann aber seinem Zerfall entgegenwirken. Durch eine Schutzpflichtkonstruktion wird dafür eine grundrechtliche Grundlage geschaffen.[123] Der Staat muss sich danach schützend vor manipulierender Fremdbestimmung stellen.[124] Hierzu ist kein „sittlicher Staat" und keine wie auch immer „beseelte Tyrannis" erforderlich, sondern nur ein verantwortungsvoller Staat.

## *VI. Fazit*

Das Grundgesetz gewährleistet individuelle Freiheit als soziale Freiheit, weil sie verantwortungs- und pflichtgebunden ist. Wenn Bürger:innen ihre als Selbstbestimmung verstandene Freiheit unter der Bedingung ihrer Sozialität entfalten wollen, müssen sie verantwortungsfähig sein. Daraus ergibt sich die *Verantwortung des Staates als Pflicht zum Schutz und zur Förderung der Verantwortungsfähigkeit seiner Bürger:innen*. Er steht so letztlich im Dienst ihrer Selbstbestimmung. Dabei soll er keineswegs soziale Abhängigkeitsverhältnisse stabilisieren, sondern individuelle Unabhängigkeit

118 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 391.
119 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 392.
120 *Böckenförde*, Freiheit (Fn. 50), S. 111.
121 *Dreier*, JZ 1994, 741 (752).
122 Vgl. *Druml*, in: Reis/Schmidhuber/Frewer (Hrsg.), Pandemien und Ethik, 2021, S. 133 (144).
123 Das NetzDG richtet sich allein gegen die Verhinderung von Straftaten, nicht aber gegen die Gefährdung der Selbstbestimmung. Verfassungsrechtlich kann dort also „nur" der Aspekt der öffentlichen Sicherheit herangezogen werden.
124 Vgl. *Lindner* (Fn. 19), 564.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fördern. Es geht also mehr um die Individualisierung rechtlicher Verantwortung als um die Homogenisierung einer Gesinnung.

Da Selbstbestimmung in der Menschenwürde wurzelt und damit Verfassungsgut vom höchsten Rang ist, muss der Staat Fremdbestimmungspotenziale auf allen gesellschaftlichen Ebenen und in allen Lebensbereichen ausmerzen. Dazu darf und muss er sich notfalls – unter strikter Wahrung seines freiheitlich-demokratischen Charakters – parentalistischer Mittel bedienen. Insbesondere durch eine effektive Kombination aus Erziehung, Aufklärung und Verboten muss er der zunehmenden Zersetzung des demokratischen Grundkonsenses entgegenwirken. Schützt und bewahrt der Rechtsstaat die Verantwortungsfähigkeit seiner Bürger:innen nicht rechtzeitig und hinreichend, dann findet sich die Gesellschaft womöglich nicht mehr in einer brüchigen, sondern in einer gebrochenen Demokratie.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Mehr oder Weniger Staat? Staatliche Bevormundung vs. Eigenverantwortung am Beispiel der aktuellen Gesundheitspolitik*

*Anna Berry*

## *Inhaltsübersicht*


I. Verantwortung im Gesundheitsrecht 378

II. Gesetzliche Verortung der Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht 380

1. Verfassungsrechtliche Anknüpfung der Eigenverantwortung 380

2. Derzeitige gesetzliche Ausgestaltung von Eigenverantwortung 380

a) Die „hinkende" Ausformung des Solidarprinzips 380

b) Eigenverantwortung im Sinne des § 1 SGB V 383

c) § 52 SGB V als einzige sanktionsbewehrte Vorschrift der Eigenverantwortung 384

3. Eigenverantwortung als Verteilungskriterium im Gesundheitswesen 386

a) Notwendigkeit neuer Verteilungskriterien 386

b) Glücksegalitarismus 387

c) Zweistufige Versorgung 388

III. Hürden einer Stärkung der Eigenverantwortung 389

1. Kontrollinstanzen und Rechtsschutz 389

2. Vertiefung sozialer Gesundheitsungleichheiten 390

IV. Änderung des Eigenverantwortungskonzepts 392


* Der Beitrag wurde in deutlich abgeänderter Form in der Aprilausgabe der Gesundheitsrecht-Zeitschrift mit dem Titel „Rationierungsmöglichkeiten im Gesundheitswesen durch stärkere individuelle Inverantwortungnahmen" veröffentlicht, *Berry*, GesR 2022, 205 – 212.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## I. Verantwortung im Gesundheitsrecht

Verantwortung ist die Kehrseite des dem Einzelnen grundgesetzlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts und als Korrelat zur Freiheit zu verstehen.[1] Ähnlich dem Begriff der „Pflicht", ist „Verantwortung" vor allem für die Klärung von Zuständigkeitsfragen relevant. Übertragen auf das Gesundheitsrecht stellt sich damit die Frage: Wer ist inwieweit für Folgen gesundheitsgefährdenden Verhaltens zuständig bzw. verantwortlich? Zugleich ist mit „Verantwortung" aber auch gemeint, im Bewusstsein möglicher Konsequenzen zu handeln.[2] Dabei ist Eigen- respektive Selbstverantwortung im Gesundheitswesen mit der Aufforderung an den Einzelnen gleichzusetzen, Verantwortung für seine Gesundheit zu übernehmen, was ein engagiertes, kostenbewusstes, aber auch mündiges Gesundheitsverhalten verlangt.[3] Eigenverantwortung umfasst begriffsnotwendig die Fähigkeit, eine selbstbestimmte, informierte Entscheidung auf ausreichender Tatsachengrundlage zu treffen. Das Verständnis von Eigenverantwortung im Gesundheitswesen hat sich jedoch von diesem ursprünglichen Wortverständnis gelöst und setzt Eigenverantwortung derzeit vollständig mit Selbstverschulden gleich.

Aktuell berufen sich viele Akteure auf ein solches Verständnis der Eigenverantwortung – weshalb der Begriff zu Recht zur Floskel des Jahres 2021 gekürt wurde.[4] So berufen sich etwa Corona-Impfverweiger:innen auf ihre eigenverantwortliche Entscheidung zur Nicht-Impfung. Aber auch die Gegenseite möchte diese Argumente gelten lassen, und fordert etwa, wie unlängst der bayerische Gesundheitsminister, dass Impfgegner höhere

1 *Klement*, Rechtliche Verantwortung, in: Handbuch Verantwortung, 2016, 1 (4).

2 Nähere etymologische Begriffserklärung bei *Schaefer/Weißbach*, Das Gesundheitssystem braucht mehr Eigenverantwortung, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 2012, 199 (200) mit dem Hinweis, dass bei Eigenverantwortung das Handeln nur in Bezug auf die eigene Person ausgerichtet wird und damit schnell egoistisch wird.

3 *Schmidt*, Verantwortung für Gesundheit: Formen, Funktionen und Folgen der Zurechnung, Soziale Systeme 2014, 350 (350 f.).

4 Der Negativpreis ging an den Begriff der „Eigenverantwortung" mit der Begründung: „Ein legitimer Begriff von hoher gesellschaftlicher Bedeutung wird ausgehöhlt und endet als Schlagwort von politisch Verantwortlichen, die der Pandemie inkonsequent entgegenwirken. Fehlgedeutet als Synonym für soziale Verantwortung und gekapert von Impfgegnerinnen und Impfgegnern als Rechtfertigung für Egoismus", u. a. Nachweis bei: https://www.zeit.de/news/2022-01/01/eigenverantwortung-ist-floskel-des-jahres?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (letzter Aufruf: 24.5.2022).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Krankenversicherungsbeiträge zahlen sollen.[5] Ein weiteres Beispiel für bereits durchgesetzte Konsequenzen für eigenverantwortliches Handeln kann in der kurzzeitig eingeführten Kostentragungspflicht für Nicht-Geimpfte bei Corona-Tests gesehen werden.

Zugespitzt könnte man sich weiter fragen, ob im Falle einer Triage nicht an die eigenverantwortliche Entscheidung des Einzelnen zur Nicht-Impfung oder sogar an die individuelle Verantwortungslosigkeit des Einzelnen im Umgang mit Covid-19 geknüpft werden sollte.

Auf den ersten Blick scheint eine solche Stärkung dieser Eigenverantwortung erstrebenswert. Anders formuliert: „If we become sick and disabled as a result of neglecting to take care of ourselves, or by having taken undue risks, then dealing with these health needs should be seen as a personal rather than social responsibilities and as such should not be considered on a par with other, unavoidable health needs."[6] Was auf den ersten Blick nachvollziehbar und sogar nach einer Reduktion staatlicher Eingriffe klingt, führt jedoch zum Gegenteil.

Eine Zunahme von gesetzlich geforderter Eigenverantwortung – im derzeit verstandenen Sinne von Selbstverschulden – führt zu einem Mehr an staatlicher Intervention, das in einer nicht gewollten staatlichen Gesundheitserziehung und damit Bevormundung münden kann.

Im Folgenden soll zunächst die derzeitige Ausgestaltung der Eigenverantwortung im Gesundheitswesen ausgeleuchtet werden. Untersuchungsgegenstand der folgenden Analyse sind dabei ausschließlich die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherungen, da diese mit über 70 Millionen Mitgliedern rund 90 Prozent der deutschen Bevölkerung ausmachen. Anschließend soll über die konkrete Ausgestaltung einer möglichen Ausweitung dieses Verständnisses von Eigenverantwortung eingegangen werden. Daraufhin schließt sich Kritik und ein Fazit in Form eines Appelles für ein – von der jetzigen Form abweichendes – alternatives Verständnis der Eigenverantwortung an.

---

5 Forderung zu finden etwa bei: https://www.tagesspiegel.de/politik/belastung-der-krankenversicherung-bayerns-gesundheitsminister-will-ungeimpfte-staerker-zur-kasse-bitten/27924532.html (letzter Aufruf: 24.5.2022).

6 So eine häufig vorzufindende Ansicht zitierend: *Wikler*, Personal and Social Responsability for Health, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann, Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, 269 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## II. Gesetzliche Verortung der Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht

### 1. Verfassungsrechtliche Anknüpfung der Eigenverantwortung

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie die Staatszielbestimmung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) verlangen vom Staat die Schaffung eines Gesundheits- und Krankenversicherungssystems. Konzeptionell sind Teilhabe und Partizipation klassische Elemente des „aktivierenden Sozialstaates" und staatbürgerliches Pendant zu einer Verstärkung individueller Pflichten, etwa in Form der Eigenverantwortung.

Die verfassungsrechtliche Grenze der Eigenverantwortung und damit ein Einstehen der gesetzlichen Krankenversicherung für ihre Versicherten ist jedenfalls dort erreicht, wo der Staat aufgrund von Schutzpflichten handelnd eingreifen muss.[7] Dem Gesetzgeber kommt also eine weite Einschätzungsprärogative zu, den dieser mit den einfach-gesetzlichen Regelungen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) im fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) für den Großteil der Bevölkerung nachgekommen ist.[8]

### 2. Derzeitige gesetzliche Ausgestaltung von Eigenverantwortung

#### a) Die „hinkende" Ausformung des Solidarprinzips

§ 1 SGB V in seiner jetzigen Form betont die grundsätzliche Solidarität der gesetzlichen Krankenversicherung, statuiert daneben aber ausdrücklich das Prinzip der Eigenverantwortung jedes einzelnen Versicherten: „Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Das umfasst auch die Förderung der gesundheitlichen Eigenkompetenz und Eigenverantwortung der Versicherten […]."

Solidarität meint als Gegenstück zur Eigenverantwortung und als noch nicht rechtlich eingeordneter, sog. vor-rechtlicher, Begriff zunächst einmal

---

7 *Wittreck*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Sozialstaatsprinzip) Rn. 28; *Becker/Kingreen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 7. Aufl. 2020, § 1 Rn. 23.

8 BVerfG, Beschluss v. 8.4.1981 – 1 BvR 608/79, BVerfGE 57, 70 (99); BVerfG, Beschluss v. 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193 (209); *Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, SGB V, 112. EL 2021, § 1 Rn. 5.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Bereitschaft, füreinander einzustehen: Dies geschieht in der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Beitragsfinanzierung, welche im Umlageverfahren und nicht durch Ansparung individueller Mittel nach Einkommen, und nicht nach Risiko berechnet wird.[9] Damit richten sich die Versichertenbeiträge weder nach Vorerkrankungen oder gesundheitlicher Disposition, sondern nach einem festen Teil des Einkommens der Versicherten und damit in gewisser Weise nach deren finanzieller Leistungsfähigkeit, bei gleichen bedarfsorientierten Leistungsansprüchen gegen die gesetzlichen Krankenkassen (sog. solidarische Finanzierung).[10] Das Äquivalenzprinzip, auf das sich das gesamte private Krankenversicherungssystem mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung stützt, findet man in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht. Eine Ausnahme davon bildet das Krankengeld, welches gewissermaßen noch in einem synallagmatischen Verhältnis steht.[11] Ansonsten gilt: gleiche Leistung bei unterschiedlichen Beiträgen.[12] Anders als bei einem privaten Vertragsverhältnis stehen Leistung und Gegenleistung in einem nicht kontrollier- und kalkulierbaren Verhältnis zueinander, was einem egoistischen, das System missbrauchenden Gesundheitsverhalten, Vorschub leisten kann. Hinter dem Solidarprinzip steht ein positiv zu bewertender Grundgedanke, der weiter gestärkt anstatt entkräftet werden sollte. Denn nicht jeder hat die wirtschaftlichen oder informativen Ressourcen, sich zusätzlich privat abzusichern.[13] Bereits de lege lata wird das Solidarprinzip finanziell stark entkräftet. Der Grund liegt darin, das Bezieher:innen von beson-

9 *Becker/Kingreen*, SGB V (Fn. 7), § 1 Rn. 4.

10 Jeder erhält so viel, wie er zur Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit oder zur Behebung, Besserung oder Linderung seines Krankheitszustandes benötigt, wobei das individuelle Gesundheitsrisiko (Alter, Geschlecht, Vorerkrankung) unerheblich ist, vgl. *Vossen*, SGB V (Fn. 8), § 1 Rn. 6. Auf den Ausgleich unter den verschiedenen gesetzlichen Krankenkassen, die strukturelle Unterschiede bei ihren Mitgliedern aufweisen und deshalb durch einen Gesundheitsfonds mit einer Art Risikostrukturausgleich als Form einer Solidarität innerhalb der GKV nach §§ 265 f., 271 SGB V unterstützt werden, wird hier nicht eingegangen.

11 Das Krankengeld ist auf ein gesetzliches Höchstmaß am Tag begrenzt, sodass vor allem bei sehr hohen Einkommen nicht von einem synallagmatischen Verhältnis von Krankengeld und regelmäßigem Arbeitsentgelt gesprochen werden kann.

12 *Aust/Bothfelder/Leiber*, Eigenverantwortung – Eine sozialpolitische Illusion? Wissenschaftliches und Sozialwissenschaftliches Institut, Mitteilungen 4/2006, 192; *Vossen*, SGB V (Fn. 8), § 1 Rn. 6.

13 Ähnlich *Aust/Bothfelder/Leiber* (Fn. 12), 191.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders hohen Einkommen, bei denen die gesetzliche Krankenversicherung aufgrund der festen prozentualen Bemessung auch besonders finanziell gestärkt würde, sich stattdessen in der privaten Krankenversicherung absichern können. Diese Option führt dazu, dass sich Personen mit besonders geringen gesundheitlichen Risikofaktoren und damit guter (und für sie günstiger) Gleichwertigkeit von Beiträgen und Versicherungsleistungen, der gesetzlichen Krankenkasse entziehen können. Hinzu kommt, dass die Gutverdienenden, die sich freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versichern lassen, die Qual der Wahl zwischen diversen „Wahltarifen" haben, die zu einer Reduktion des Solidarbeitrags führen.[14]

Auch, wenn durch die freiwilligen Versicherten die gesetzlichen Kassen dennoch etwas finanziell gestärkt werden, indem die Beitragsreduktion vor Abwanderung zur privaten Krankenversicherung schützt, führt diese Selektion der – überspitzt formulierten – „gesunden Gutverdiener" nicht nur dazu, dass sie den Solidarausgleich entkräften, sondern verstärkt den Trend zur Zwei-Klassen-Medizin. Damit wird der Sinn der zwangsweisen Mitgliedschaft (bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen), der in der tauglichen Abgrenzung des Mitgliederkreises besteht, um eine leistungsfähige Solidargemeinschaft zu bilden, konterkariert und ad absurdum geführt.[15]

Ohne eine Mitversicherung der bislang Privatversicherten, wird die finanzielle Belastung insbesondere durch die demographische gesellschaftliche Struktur noch prekärer, sodass ein immer größerer finanzieller Ausgleich von der Allgemeinheit finanziert werden muss, bei weiteren gleichzeitigen Bestrebungen der Kosteneffektuierungen und Kosteneinsparungen. Bereits heute werden nicht mehr alle Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung von der Solidargemeinschaft finanziert. Dieses Problem mit der einhergehenden Abkehr vom Solidargedanken wird häufig als fernes Zukunftsszenario beiseitegeschoben oder eben als vermeintlich positiv konnotierte Notwendigkeit zur Stärkung der Eigenverantwortung diskutiert.[16]

---

14 § 53 SGB V: So können Gutverdiener zwischen Selbstbehalttarifen, Tarifen für Nichtinanspruchnahme von Leistungen, Kostenerstattungstarifen etc. wählen.

15 Zum Sinn der gesetzlichen Zwangsmitgliedschaft: *Vossen*, SGB V (Fn. 8), § 1 Rn. 5.

16 *Fuchs et al.*, Rationalisierung, Rationierung und Priorisierung – was ist gemeint?, Deutsches Ärzteblatt 2009, 554 (554). Die steigenden finanziellen Belastungen werden nicht nur mit dem demographischen Wandel, sondern zugleich mit dem rasanten medizintechnologischen Fortschritt mit Kostenexplosionen v.a. im Krankenhaussektor und sinkenden Einnahmen aufgrund stetig



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### b) Eigenverantwortung im Sinne des § 1 SGB V

Die Eigenverantwortung wird in § 1 S. 3 SGB V präzisiert, wonach „die Versicherten […] für ihre Gesundheit mitverantwortlich [sind]; sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden und ihre Folgen zu überwinden." In der Gesetzesbegründung zur Schaffung des § 1 SGB V heißt es weiter: „Jeder Versicherte ist für die Erhaltung seiner Gesundheit so weit verantwortlich, wie er darauf Einfluß nehmen kann."[17] Dem Willen des Gesetzgebers kommt insoweit – glücklicherweise, angesichts der schieren Weite der möglichen Einflussnahmen auf die Gesundheit und damit die potenzielle Verantwortlichkeit – nur als *eine* von mehreren juristischen Auslegungsmethoden Bedeutung zu. Mittlerweile ist es nahezu unbestritten, dass die in diesem Satz normierte Eigenverantwortung eine bloße Zielvorstellung ist, auf deren Grundlage mangels Bestimmtheit keine sanktionsbewehrten konkreten Handlungsverpflichtungen hinsichtlich eines gesundheitsschädigenden Verhaltens der Versicherten gezogen werden können.[18]

Dennoch zeigt die Vorschrift deutlich: Grundsätzlich greift bei allen Versicherten der Gleichheitsgedanke, d. h. sie haben gleichen Zugang zu den Regelleistungen, unabhängig von den eigenen finanziellen Mitteln (sog. Chancengleichheit). Einschränkungen sind jedoch möglich und werden auch tatsächlich teilweise bei der gesetzlichen Krankenversicherung vorgenommen, sobald *unverdiente* Ungleichheiten vorliegen, sodass Eigenverantwortung im Sinne von Selbstverschulden als Rechtfertigungsgrund für Ungleichverteilungen rechtlich greifen darf.[19]

---

steigender Zahlen prekärer, nicht regulärer Beschäftigungsformen begründet, vgl. *Remmers*, Ethische Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit gesundheitlicher Versorgungsleistungen, in: Bittlingmayer/Sahrai/Schnabel, Normativität und Public Health, 2009, 111.

17 BT-Drs. 11/2237,157. Weiter heißt es dort: „Solidarität und Eigenverantwortung sind keine Gegensätze, sie sind tragende Prinzipien der GKV, sie gehören zusammen. […] Ohne Solidarität wird Eigenverantwortung egoistisch, ohne Eigenverantwortung wird Solidarität anonym und mißbrauchbar."

18 *Vossen*, SGB V (Fn. 8), § 1 Rn. 3 f.

19 Erläuterung nach *Marckmann*, Eigenverantwortung als Rechtfertigungsgrund für ungleiche Leistungsansprüche in der Gesundheitsversorgung, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann, Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, 299 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### c) § 52 SGB V als einzige sanktionsbewehrte Vorschrift der Eigenverantwortung

Die Zielbestimmung des § 1 SGB V reicht zwar nicht, um sanktionsbewehrte Folgen an die Eigenverantwortung zu knüpfen. Es gibt in der aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung jedoch eine Norm, die Rechtsfolgen für bestimmtes eigenverantwortliches Vorverhalten vorsieht, nämlich den § 52 SGB V. Diese Norm findet sich im dritten Kapitel unter „Leistungsbeschränkungen", wobei der § 52 SGB V die „Leistungsbeschränkungen bei Selbstverschulden" abschließend aufzählt.[20] Die Norm zieht damit eine Grenze des Solidarprinzips und stellt „praktische Konkordanz zum Grundsatz der Eigenverantwortung" her.[21] Damit stellt die Regelung eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass in der gesetzlichen Krankenversicherung die Eigenverantwortung in Form von Verschulden keine Rolle für die Leistungsansprüche spielt.

Der erste Absatz umfasst die *vorsätzlich* zugezogene Krankheit, bei der die gesetzliche Krankenversicherung nach pflichtgemäßen Entschließungs- und Auswahlermessen eine Beteiligung an den Behandlungskosten und gegebenenfalls das Krankengeld von den Versicherten durch Verwaltungsakt (zurück)fordern kann.[22] Dabei setzt der Vorsatz sowohl Wissen als auch Wollen hinsichtlich der konkreten Handlung, dem Eintritt des Erfolges (Krankheit) und der Kausalität zwischen Handlung und Erfolg voraus.[23] Daran wird es neben gravierenden Beweisschwierigkeiten aber auch bei äußerst gesundheitsgefährdendem Verhalten der Betroffenen fehlen, da diese regelmäßig auf das Ausbleiben des Erfolges vertrauen und damit nicht bedingt vorsätzlich, sondern groß fahrlässig handeln, sodass der Anwendungsbereich derzeit praktisch leer läuft.[24]

---

20 BT-Drs. 16/7439, 96: So soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine Klarstellung erfolgen, dass „nur" bei diesen, in § 52 SGB V aufgezählten, Fällen eine Kostenbeteiligung der Versicherten erfolgen kann; *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 7. Aufl. 2020, § 52 Rn. 8.

21 *Heberlein*, in: BeckOK SGB V, 63. Ed. 2021, § 52 Rn. 1 f.

22 Ausgeklammert wird hier die Herbeiführung einer Krankheit bei vom Versicherten begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen, das auch die Rechtsfolge des § 52 Abs. 1 SGB V auslöst.

23 *Lang*, SGB V (Fn. 20), § 52 Rn. 2; mit der Frage, ob Unterlassen einem positiven Tun gleichzustellen ist, verneinend: *Heberlein* (Fn. 21), SGB V, § 52 Rn. 6 ff., 13 f.

24 Ähnlich *Huster*, Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, Ethik Med 2010, 289 (293 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der § 52 Abs. 2 SGB V knüpft – thematisch hier interessanter – an eigenverantwortliche Vorentscheidungen zu „medizinisch nicht indizierten ästhetischen Operationen, eine[r] Tätowierung oder ein[em] Piercing" an, die eine Krankheit und damit weitere Behandlungen verursachen können. Dann *hat* die Krankenkasse die Versicherten im Rahmen einer gebundenen Entscheidung in „angemessener" Höhe an den Kosten zu beteiligen, wobei die Höhe der Rückforderung im Auswahlermessen der gesetzlichen Krankenversicherung steht. Grund für diese Regelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung eine Einforderung der Eigenverantwortung: „Da sich Versicherte, die derartige Maßnahmen durchführen lassen, aus eigenem Entschluss gesundheitlichen Risiken aussetzten, ist es nicht sachgerecht, diese Risiken [Anm.: anders als nach einer kurzzeitigen zuvor geltenden Rechtslage] durch die Versichertengemeinschaft abzudecken."[25]

Kritik am § 52 Abs. 2 SGB V ist naheliegend: In Anbetracht der stetig wachsenden Möglichkeiten diverser *body modifications*, muss der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG angeführt werden.[26] Denn Tätowierungen und Piercings sind neben Möglichkeiten wie u. a. Implants, Brandings, Skarifizierungen oder den beliebten Ohrringen völlig willkürlich ausgewählt.[27] Deutlich gravierender wiegt der Wertungswiderspruch zum § 52 Abs. 1 SGB V, der im Unrechtsgehalt deutlich intensivere Fälle umfasst. Dennoch kommt bei Absatz 1 der Krankenkasse Entschließungsermessen zu, ob sie an der vorsätzlichen Herbeiführung einer Krankheit Konsequenzen knüpft, wohingegen sie bei Absatz 2, bei dem es sich um sozial zunehmend akzeptierte Verhaltensweisen der Versicherten handelt, einschreiten *muss*.

Schließlich muss der § 52 SGB V insgesamt kritisch hinterfragt werden, da den Behandelnden bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine Mitteilungspflicht nach § 294a SGB V an die gesetzliche Krankenversicherung trifft. Diese Mitteilungspflicht und damit der gesamte § 52 SGB V tangiert nicht nur das grundrechtlich verankerte Arztgeheimnis und das

25 BR-Drs. 755/06, 300 f. Kurzzeitig galt eine Fassung, nach der alle medizinisch nicht indizierten Operationen eine Regressmöglichkeit auslösen konnten. Diese wurde durch die – in bewusster Abkehr zur Vorgängernorm formulierten und damit nicht analogiefähige – nicht indizierte ästhetische Operation ersetzt, vgl. *Heberlein* (Fn. 21), SGB V § 52 Rn. 21.

26 *Lang*, SGB V (Fn. 20), § 52 Rn. 8; a. A. mit der Annahme, dass Tätowierungen und Piercings bloß illustrierend und damit nicht abschließend (anders als bei den abschließend erwähnten ästhetischen Operationen) genannt werden *Heberlein* (Fn. 21), SGB V, § 52 Rn. 22.

27 Zu der Kritik *Huster* (Fn. 24), 293 f.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Selbstbestimmungsrecht durch elementare Zerstörung der Vertrauensbeziehung zwischen Behandelnden und Patient:innen, sondern berührt die Integrität der Gesundheitsversorgung in ihrer Ganzheit. Damit ist sie als misslungen anzusehen.[28] Aufgrund der aufgezählten Kritikpunkte ist der § 52 SGB V so nicht haltbar, keine gelungene Ausgestaltung der Eigenverantwortung und sollte ersatzlos gestrichen werden.

### *3. Eigenverantwortung als Verteilungskriterium im Gesundheitswesen*

#### *a) Notwendigkeit neuer Verteilungskriterien*

Eigenverantwortung ist vor allem beim derzeitigen § 52 SGB V mit Selbstverschulden gleichzusetzen und als bloßer Euphemismus für eine Kostenbeteiligung zu verstehen, denn eine Umschreibung für das In-Einklang-Bringen der Ziele des eigenen Lebens mit den potenziellen Folgen persönlichen Gesundheitsverhaltens. Die exakte Höhe der entstandenen Kosten steht erst nach Abschluss der Krankenbehandlung fest, sodass unter Heranziehung des Wortlautes („beteiligen") und des Telos der Vorschrift keine Versagung der Behandlungsleistung (anders: beim Krankengeld) zulässig ist. D. h., der Anspruch auf Erbringung der Leistungen der Krankenbehandlung wird nicht berührt, sodass die gesetzliche Krankenversicherung die Sachleistung zunächst in vollem Umfang erbringen muss.[29] Die Kosten der momentan praktizierten Erbringung der medizinischen Leistungen haben aufgrund begrenzter Ressourcen bereits heute eine inakzeptable, nicht mehr von der Solidargemeinschaft allein zu tragende, Höhe erreicht. Denn nicht nur technologischer Fortschritt oder die gesamtgesellschaftliche Altersstruktur führen zu Kostenexplosionen im Gesundheitssektor, sondern auch die enormen Ausgaben, die durch die Corona-Pandemie verursacht

---

28 So bereits in Ansätzen *Huster* (Fn. 24), 293; *Heberlein*, (Fn. 21), SGB V § 52 Rn. 24.

29 *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, SGB V, 112. EL 2021, § 52 Rn. 20; *Schifferdecker*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB V, 117. EL 2021, § 52 Rn. 18, 20: Maßgebliche Kriterien für den Regress sind neben dem Grad des Verschuldens, die Höhe der Aufwendungen durch die GKV sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Versicherten. Nach a. A. ist eine volle Kostenauferlegung möglich, denn aus dem Begriff der Beteiligung ergebe sich nicht, dass zwingend ein Kostenanteil bei der Krankenkasse verbleiben muss, *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, SGB V, § 52 Rn. 10.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden. Bezogen auf die derzeitige Lage, sind Forderungen nach Kostenbeteiligungen für Corona-Tests oder Erstattungspflichten für Behandlungskosten bei einer teuren Behandlung und langatmigen Therapien von Long-Covid von Nicht-Geimpften opportunistisch. Die einzig in Betracht kommende Regelung des § 52 Abs. 1 SGB V, die eine Kostenbeteiligung bei vorsätzlicher Hinzuziehung einer Krankheit ermöglicht, läuft auch hier leer: Selbst den wenigen querdenkenden Impfgegner:innen auf einer Corona-Party kann nur schwer ein vorsätzliches Hinzuziehen einer Infektion nachgewiesen werden, denn ihnen fehlt das sichere Wissen bezüglich einer tatsächlichen Covid-19-Infektion und damit der Vorsatz. De lege lata ist grundsätzlich keine Sanktionierung unvernünftigen Verhaltens von Corona-Leugnern möglich.

Durch die aktuelle pandemische Lage ist die Diskussion, die schon lange um eine finanzielle Entlastung der Krankenkassen existiert, neu entbrannt. Im Folgenden werden zwei ältere Auffassungen herangezogen, bei der Eigenverantwortung ein deutlich höherer Stellenwert als bei der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung zukommt, und auf die Corona-Pandemie übertragen.

### *b) Glücksegalitarismus*

Zunächst einmal könnte man Eigenverantwortung als einziges Zuteilungskriterium im Gesundheitswesen benennen, wobei auch hier Eigenverantwortung mit Selbstverschulden gleichgesetzt wird. Dies ist die Ansicht des sog. Glücksegalitarismus. Das bedeutet, dass nur für „reines Pech" erlittene Nachteile ein Wiedergutmachungsanspruch bestehen soll, was im Umkehrschluss dazu führt, dass selbstverschuldete Krankheiten durch die Betroffenen vollständig oder zum Teil selbst zu tragen sind.[30] Es wird also differenziert, ob die Krankheit/Behinderung auf einem unverschuldeten Defizit („brute luck") oder auf eigenverantwortlichem Verschulden („option luck") beruht, wobei in letzter Konstellation die Person selbst die Kosten tragen muss. Es bleibt damit eine Ausgestaltung als nachträgliche Regressmöglichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung. Gegen diese Ansicht sprechen jedoch gewichtige Gründe: Für eine Versagung der Behandlung bleibt gerade in Notfällen keine Zeit zur Ermittlung der Schuld-

30 *Schmidt-Petri*, Glücksegalitarismus im Gesundheitswesen, 2011, 1, 5; *Buyx*, Eigenverantwortung – Verteilungskriterium im Gesundheitswesen, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512 (1515).



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frage. Dabei darf der Begriff des Egalitarismus nicht darüber hinwegtäuschen, dass Ungleichheiten, die Ergebnis einer freien Wahl sind, keine Ungerechtigkeit für den Glücksegalitarismus darstellen.[31] Nur bei komplett fehlendem Selbstverschulden kommt die Solidargemeinschaft für die Behandlungskosten auf. Hiernach würde die Krankenversicherung wohl von jedem die Kosten einer Covid-19-Infektion ersetzt verlangen können, da eine solche durch optimale Hygienebestimmungen und Anwendung von Maskenpflichten individuell stets vermeidbar gewesen wären. Damit würde der Sinn der gesetzlichen Krankenkassen, nämlich die Übernahme von Behandlungskosten, aber komplett leerlaufen.

### *c) Zweistufige Versorgung*

Ein anderer Ansatz, der an die Eigenverantwortung von Patient:innen knüpft, liegt in der Etablierung eines zweistufigen Versorgungssystems. Es müsste eine Liste von Krankheiten aufgestellt werden, deren Ursache in kausal relevanter Weise auf dem Verhalten der Einzelnen beruht, welche bei Eintritt des Krankheitsfalles nur eine Basis-Behandlung bekämen. Denn aufwändige und teure diagnostische Verfahren würden nicht aufgrund des solidarischen Leistungsspektrums zur Verfügung stehen.[32] Statt eines bloßen Schuldenturms wie beim Glücksegalitarismus durch Regressforderungen, droht hier ein direkter Leistungsausschluss, womit die zunächst harmloser klingende Ansicht zu drastischeren Folgen führt. Gegen diese Ansicht spricht, dass auch hier ein Arzt gezwungen wäre, über das Verhalten des Patienten zu richten, Informationen an die zuständigen Stellen weiterzuleiten, oder selbst die Entscheidung über einen Leistungsausschluss und damit einem Vorenthalten von (eventuell überlebenswichtigen) Ressourcen zu treffen.[33] Bezogen auf Covid-19-Patient:innen müsste der individuelle Verschuldensgrad und die persönliche Verantwortungslosigkeit im Umgang mit der Infektion festgestellt werden, sodass besonders leichtsinnige Personen von besonders kostspieligen Behandlungen, eventuell sogar einer künstlichen Beatmung, ausgeschlossen werden könnten.

---

31 So auch der Hinweis von *Buyx*, Eigenverantwortung als Verteilungskriterium im Gesundheitswesen, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann, Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, 316.

32 *Buyx* (Fn. 30), 1515; *Buyx*, Gesundheitswesen (Fn. 31), 332 mit dem weiteren Vorschlag, dass Eigenverantwortung als Kriterium eines Priorisierungsverfahrens genutzt werden könnte.

33 *A. Buyx*, Gesundheitswesen (Fn. 31), 329.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weder solche Behandlungsausschlüsse noch solche Nachforschungen in der Persönlichkeitssphäre sind wünschenswert.

Der Hinweis auf die Möglichkeit einer zusätzlichen Absicherung durch den Abschluss einer privaten Zusatzversicherung zur Vermeidung solcher Behandlungslücken, verkennt soziale Ungleichheiten: Versicherungen haben einen Informationsvorsprung und würden Versicherten Policen anbieten, die nicht den realen Risikobedürfnissen entsprechen.[34] Zudem würde bei einem frei von politischen Einflüssen bestehenden Versicherungsmarkt, die unteren sozialen Schichten aufgrund ihres erhöhten Krankheitsrisikos höhere Prämien zahlen, was nicht nur ungerecht, sondern vielfach schlicht nicht leistbar ist. Eine solche Privatisierung des Krankheitsrisikos und damit Aushöhlung des Solidarprinzips ist abzulehnen.[35]

## *III. Hürden einer Stärkung der Eigenverantwortung*

### *1. Kontrollinstanzen und Rechtsschutz*

Paradoxerweise nimmt die staatliche Kontrolle und Intervention mit einer Stärkung der Eigenverantwortung (als Gleichsetzung mit Selbstverschulden) nicht ab, sondern zu. Es muss bestimmt werden, wer im Einzelfall den jeweiligen Grad an Eigenverantwortung und die Kausalitäten ermittelt. So sind Monokausalitäten und unmittelbare Verursachungen noch leicht zu ermitteln, was ist jedoch mit Zweckveranlassern? Es wäre zudem ungerecht, alle Verschuldensgrade einheitlich zu behandeln: Absicht sollte nicht mit Eventualvorsatz oder sogar Fahrlässigkeit gleichgesetzt werden. Konsensfähig ist: Der ideologische Impfgegner muss anders behandelt werden als der Träge, der sich aus Bequemlichkeit nicht impfen lässt, anders als der Egoist, der bloß keinen persönlichen Mehrwert bei der Imp-

---

34 Die Probleme zutreffend herausstellend: *Ahrens*, Gesundheitsökonomie und Gesundheitsförderung – Eigenverantwortung für Gesundheit?, Gesundheitswesen 2004, 213 (218).

35 Ebenfalls das Fazit von *Ahrens* (Fn. 34), 220. Man kann Eigenverantwortung und Solidarität (ähnlich: der Gesetzgeber in Fn. 17) auch nicht als Gegensätze sehen wie *Maio*, Gesundheit als Pflicht – Krankheit als Schuld? Warum Eigenverantwortung und Solidarität zusammengehören, Klinikarzt 2014, 392 (393). Danach sollen Ängste vor dem Ausschluss aus dem solidarischen Leistungsspektrum keine gute Grundlage sein, Eigenverantwortung zu stärken; dies darf allenfalls „mit Augenmaß verfolgt werden" und nicht zur Aushöhlung der Solidargemeinschaft führen.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fung erkennt, anders als der aus völlig diversen Gründen Überforderte. Es müssten vielmehr individuelle Motive eruiert und eine Skala der Eigenverantwortlichkeit mit entsprechenden rechtlichen Konsequenzen entworfen werden. Selbst eine Differenzierung durch unterschiedliche Grade an Kostenbeteiligungen führt nicht nur zu einem deutlich bürokratischen Mehraufwand, sondern zugleich zwingend zu enormen Eingriffen in Privat- und Intimsphäre. Soll ein Arzt, ein Jurist, ein Verwaltungsbeamter oder ein pluralistisch besetztes Gremium[36], ähnlich einer Ethikkommission, darüber entscheiden?

Trotz der Wesentlichkeitslehre müssen angesichts der Vielzahl auftretender Fallkonstellationen enorme Prognose-, Beurteilungs- und Ermessensspielräume bestehen bleiben. Mag die Gegenüberstellung von Verschulden im Einflussbereich des Einzelnen und unvorhergesehenen, nicht kalkulierbaren Risiken auf den ersten Blick überzeugen, so ergeben sich große praktische Probleme aus der Tatsache, dass zahlreiche Erkrankungen multifaktorielle Ursachen haben.

### 2. *Vertiefung sozialer Gesundheitsungleichheiten*

Forderungen nach einem Mehr an Eigenverantwortung riskieren zudem eine weitere Zuspitzung sozialer Gesundheitsungleichheiten. Denn die für eigenverantwortliches Handeln erforderlichen Möglichkeiten und Fähigkeiten sind sozial ungerecht verteilt: So sind ungesunde Lebensstile und Arbeitsbedingungen in einkommensschwachen Milieus überrepräsentiert, was mit fehlendem Gesundheitswissen und fehlenden finanziellen Mitteln für die eigene Gesundheit einhergeht.[37] Die Vorstellung mit gutem Willen,

---

36 In der Literatur wird vorgeschlagen, dass solche Priorisierungs- und Rationalisierungsentscheidungen durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) getroffen werden, mit dem Hinweis, dass ein neu zu errichtendes Gremium vorzugswürdig sei, das einen Querschnitt der Gesellschaft widerspiegelt: *Lange et al.*, Rationierung im deutschen Gesundheitswesen unter besonderer Berücksichtigung der Onkologie: Sichtweise deutscher Entscheidungsträger – eine qualitative Interviewstudie, Gesundheitswesen 2015, 8 (11).

37 Einer Studie nach führen materielle Unterschiede nur bedingt zu einem gesünderen Leben, denn steigende Einkommen werden zunehmend für Konsumgüter und Dienstleistungen verwendet; es scheinen v. a. psychosoziale Faktoren, wie soziale Existenzängste, relevant zu sein. Menschen mit geringerem Einkommen erfahren mehr Einschränkungen, Abhängigkeiten, Unterordnung, weniger Wahlmöglichkeiten, Selbstbestimmung sowie Anerkennung, vgl. *Rauprich*, Public Health als Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit, Ethik Med 2010,



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gesunder Ernährung und Sport gehe gute Gesundheit einher, verkennt die Komplexität des Themas und die Tatsache, dass etwa die Hälfte der erwachsenen Bevölkerung an mindestens einer chronischen Krankheit leidet.[38] Hinzu kommt, neben dem deutlich schlechteren Gesundheitszustand in einkommensschwachen Milieus, eine deutlich geringere Lebenserwartung von bis zu 10 Jahren (!).[39] Damit gilt: je höher die soziale Schicht, der man angehört, desto niedriger das Morbiditäts- und Mortalitätsrisiko.[40] Diese Ungleichheiten verschärfen sich weiter, indem marginalisierte Gruppen kaum Gehör bei Erlass von Regelungen finden und von einer Verantwortungszuspitzung doppelt benachteiligt werden.[41] Neben dem Problem der Ermittlung unmittelbarer Kausalitäten treten also noch Nachweisschwierigkeiten bei der Frage auf, ob jemand die Entscheidung zu gesundheitsgefährdendem Verhalten völlig autonom gewählt hat, aber auch die Frage nach normativen Standards. Welche Handlungen wollen wir in welchem Ausmaß sanktioniert sehen?[42]

Das überdurchschnittliche Krankheits- und Sterberisiko geht mit geringem Einkommen, weniger Gestaltungsfreiheit in Arbeit und Familie, geringerer Bildung und Sprachkompetenz sowie mangelnder Konfliktfähigkeit, fehlendem sozialem Einfluss und geringerer sozialer Unterstützung einher; diese Indikatoren beschreiben aber zugleich die Möglichkeit, eigene Lebensverhältnisse zu kontrollieren und zu hinterfragen und damit

---

263 (265 f.); *Schmidt*, Die Sanierung der Eigenverantwortung, oder: vom Gesundheitsgehorsam zur Gesundheitsermächtigung, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2010, 51 (53).

38 Dies ergab eine Umfrage des RKI im Jahr 2019/2020 nach dem selbsteingeschätzten Gesundheitszustand von Erwachsenen, Ergebnisse der Studie GEDA 2019/2020 – EHIS, 7: https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/GBEDownloadsJ/JoHM_03_2021_GEDA_2019_2020_EHIS.pdf?__blob=publicationFile (letzter Abruf am 24.5.2022).

39 M. w. N. *Schmidt* (Fn. 3), 352; *Rauprich* (Fn. 37), 265.

40 *Remmers*, Verteilungsgerechtigkeit (Fn. 16), S. 111.

41 So teilen wir indirekt schon jetzt Krankheiten in Kategorien von „verdient", bzw. selbstverschuldet und unverdient ein, wie folgendes Beispiel illustriert: So wird Insulin beim Diabetes Typ-II ein Leben lang von der Solidargemeinschaft finanziert, da dies mit den Erfahrungen der Mehrheit kompatibel und nachvollziehbar erscheint; anders der Heroinabhängige, der sich gesellschaftlich kein Gehör verschaffen kann, und nur unter strengen Auflagen und strikten Kontrollen, Methadon zur Verfügung gestellt bekommt; Beispiel nach *Schmidt* (Fn. 3), 355.

42 So zutreffend mit Beschränkung auf die drei Problemkreise: Problem der kausalen Verursachung, Problem der Entscheidungsautonomie und Problem der normativen Standards: *Marckmann*, Eigenverantwortung (Fn. 19), 305.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eigenverantwortlich zu handeln.[43] Mangels individueller Ressourcen ist folglich eigenverantwortliches Handeln nicht bei jedem gleich möglich.

Ein weiterer gewichtiger Punkt ist, dass Ausgabenreduktionen vor allem bei gesunden Versicherten sinnvoll möglich sind. Diese rund 50 Prozent der Versicherten, die als größtenteils „gesund" bezeichnet werden könne, verursachen aber nur rund drei Prozent der Gesamtausgaben der Krankenkassen.[44] Es ist daher mehr als fragwürdig, ob hier eine großangelegte Reform zur Stärkung der Eigenverantwortung zielführend ist. Zudem entscheidet bei besonders stark Erkrankten vor allem das medizinische Personal über Sinn und Notwendigkeit weiterer Behandlungen.

Damit führt aber eine Stärkung der Eigenverantwortung – im derzeit verstandenen Sinne von Selbstverschulden – allein zur Idealisierung kompetitiver Lebensführung, schwächt den Wert sozialer Orientierungen ab und ist damit abzulehnen.[45]

## *IV. Änderung des Eigenverantwortungskonzepts*

In den einkommensschwachen Milieus liegt gerade keine vollkommen selbstbestimmte Entscheidung ganzer Bevölkerungsschichten vor, die mit der lapidaren Feststellung „Rechtliche Freiheit führt eben zu tatsächlicher Ungleichheit"[46] hingenommen werden darf.

Statt Eigenverantwortung mit Selbstverschulden gleichzusetzen und daran Sanktionen finanzieller Art bis hin zum möglichen Ausschluss von (teuren) Behandlungen zu knüpfen, sollte sich auf das dahinterstehende Konzept zurück besinnt werden: Eigenverantwortung soll ein „Empowerment zur autonomen, eigenverantwortlichen Lebensgestaltung unter Bedingungen einer zu ermöglichenden Teilnahme am sozialen Prozess von Kommunikation und Kooperation"[47] verstanden werden. Soziale Ungleichheiten bestimmen primär die individuelle Gesundheit, sodass das Konzept Eigenverantwortung im Sinne von Selbstverschulden leerläuft.[48] Bevor an eine Stärkung des jetzigen Verständnisses von Eigenverantwortung überhaupt gedacht werden kann und rechtliche Konsequenzen aufgrund Eigenverschuldens eingeführt werden, müssen überhaupt erst ein-

43 *Ahrens* (Fn. 34), 216.
44 Mit Verweis auf eine ältere Statistik: *Ahrens* (Fn. 34), 214.
45 Ebenfalls *Maio* (Fn. 35), 393.
46 So aber *Huster* (Fn. 24), 295.
47 *Remmers*, Verteilungsgerechtigkeit (Fn. 16), 126.
48 Zutreffend: *Ahrens* (Fn. 34), 220.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mal vergleichbare Startbedingungen gegeben sein. So können staatliche Präventions- und Gesundheitskompetenztrainings in Schulen solche Ungleichheiten abmildern, aber niemals gänzlich auffangen. Vielmehr sind hier alle staatlichen Akteure gefragt.

Das Gesetz nimmt ausdrücklich nur die Krankenkassen in den Blick, indem es in § 1 S. 4 SGB V statuiert: „Die Krankenkassen haben den Versicherten dabei [Anm.: bei der Vermeidung von Krankheitseintritt und Behinderung sowie ihren Folgen] durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken." Damit stielt sich der Gesetzgeber größtenteils aus der positiven Benennung seiner eigenen Verantwortung im Kampf gegen Gesundheitsungleichheiten, denn es ist im hohen Maße auch der Gesetzgeber, der Arbeits- und Wohnbedingungen, aber auch den Zugang zum Bildungssystem regelt, was allesamt hochrelevante Faktoren für soziale Gesundheitsungleichheit sind.[49] Solche Faktoren lassen sich aber nicht individuell, sondern bloß politisch gestalten und definieren.[50]

Derzeit kann an der Aufgeklärtheit, dem guten Willen, an den fehlenden inneren Ressourcen und den strukturellen Rahmenbedingungen gearbeitet werden, um Eigenverantwortung nicht im Sinne von Selbstverschulden, sondern als Selbstbefähigung zu stärken.[51]

Eigenverantwortung als Stärkung eines selbstbestimmten Lebens darf nicht verwechselt werden mit staatlicher Bevormundung: akzeptieren Personen risikoreiches Verhalten, so soll der Staat über Gefahren aufklären, aber nicht zu einer Gesundheitsdiktatur werden.[52] Die Abgrenzung im Einzelfall kann schwierig sein. Eigenverantwortung darf jedoch nicht zu

---

49 So wird in der Gesetzesbegründung zwar auf ungünstige Arbeits- und Wohnverhältnisse Bezug genommen, der Gesetzgeber erwähnt seine Verantwortung in diesem Fall nicht explizit, sondern betont die vielseitigen Aufgaben der GKV: „Darüber hinaus hat die Krankenkasse die Aufgabe, auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken. Diese Verantwortung erwächst ihr aus der Tatsache, dass über 90 Prozent der Wohnbevölkerung in der GKV geschützt sind. Hierbei kommen Fragen der Umweltbelastung ebenso in Betracht wie ungünstige Wohn- und Arbeitsverhältnisse." Getreu dem Motto: Verantwortung ist gut, solange sie anderen zugewiesen wird, ähnlich *Schmidt*, Sanierung (Fn. 37), 53.

50 So korrekt auf den Punkt gebracht durch *Ahrens* (Fn. 34), 215.

51 Nach *Maio* (Fn. 35), 392 fehlt es nicht an Aufgeklärtheit oder gutem Willen, sondern nur an inneren Ressourcen und strukturellen Bedingungen.

52 Manche erkennen in den Public Health-Konzepten, die die Gesundheit der Bevölkerung schützen und steigern wollen eine solche Gesundheitsdiktatur; nach neuerer Sichtweise dient Public Health vor allem dem Abbau sozialer Gesundheitsungleichheiten, vgl. *Rauprich*, Public Health (Fn. 37), 266.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer sanktionsbewehrten Einforderung von Gesundheit mutieren.[53] So wird teils richtig festgestellt: „If people know what risks they are taking, but accept them as the price of pursuing goals that they held in higher priority, then it is not the business of public health to re-order these priorities and insist that the risks factors be avoided so that health is valued above all".[54] Verantwortungsvolles Handeln muss nicht deckungsgleich mit vernünftigem Handeln sein, diese Entscheidung sollte aber jeder unabhängig von seinem sozialen Status selbstbestimmt treffen können.[55]

Bei der – hier als Illustration dienenden – Corona-Politik ist die Situation kritisch: Aufklärungskampagnen mögen problemlos möglich sein, zwingende Beratungsangebote oder aber die Einführung einer allgemeinen Impfpflicht sind höchst fragwürdig. Was die zahlreichen Verhaltensmaßnahmen und Verbote angeht, gilt: So lange kein umfangreiches Risikobewusstsein und zahlreiche Desinformationen existieren, muss und darf der Staat wohl auch rechtlich intervenierend tätig werden. Dies darf aber nur ein Zwischenschritt auf dem Weg zu einer gesundheitsbewussten, eigenverantwortlichen Lebensführung sein.

Dabei sollte der Staat vor allem auf *prospektive Gesundheitsvorsorge* durch zahlreiche Informationen und Aufklärungen über gesundheitliche Risikofaktoren wie Fehl- oder Mangelernährung, Bewegungsmangel oder übermäßigen Konsum mancher Genussmittel setzen.[56]

Eine *retrospektive Schuldzuweisung* aufgrund des populistischen Konzeptes der Eigenverantwortung sollte vollständig unterbleiben. Die bisher rudimentär geregelte Norm des § 52 SGB V sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Der Staat darf und sollte Maßnahmen ergreifen, damit jeder die Ziele des eigenen Lebens mit möglichen potenziellen Gesundheitsfolgen in Einklang bringen darf. Wie dieses Leben aussieht, obliegt jedoch der Entscheidung des Individuums, sodass die Solidargemeinschaft ihre Mitglieder nicht zu gesundheitsförderndem Verhalten verpflichten und bei Zuwiderhandlungen sogar bestrafen darf; denn damit würde die gesetzliche Krankenversicherung eine bevormundende „Volkserziehungsanstalt".[57] Statt erzieherisch, d. h. belohnend oder bestrafend tätig zu werden, sollte

53 So auch *Maio* (Fn. 35), 392.
54 *Wikler*, Personal and Social Responsability (Fn. 6), 270.
55 Ähnlich *Schaefer/Weißbach* (Fn. 2), 201.
56 Beispiele nach *Marckmann*, Eigenverantwortung (Fn. 19), 304.
57 So auch die Ansicht und das Zitat von *Schaefer/Weißbach* (Fn. 2), 201. Als Voraussetzungen für verantwortliches Handeln des Individuums werden aufgezählt: sauberes Wissen zum Abschätzen der tatsächlichen Konsequenzen unseres Handelns; ein gesundheitspolitischer Rahmen, der garantiert, dass Wissen



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Staat informative, wertneutrale, zielgruppenspezifische Aufklärungsarbeit leisten.[58]

der Leistungserbringer ungetrübt von finanziellen Interessen ankommt sowie eine entsprechende persönliche Disposition.

58 Gleichfalls *Schaefer/Weißbach* (Fn. 2), 203.



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verzeichnis der Autor:innen


Dr. Ranjana Andrea Achleitner
Wissenschaftliche Mitarbeiterin post doc (Universitätsassistentin) am Institut für Europarecht der Johannes Kepler Universität Linz

Dr. Svenja Behrendt
Postdoktorandin an der Universität Konstanz in der Exzellenzinitiative „Human Data Society. Autonomy – Agency – Accountability"

Anna Berry
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Recht der Digitalisierung von Prof. Dr. Thomas Wischmeyer an der Universität Bielefeld

Isa Bilgen
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht, Verwaltungs- und Kommunalrecht von Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt an der Universität Potsdam

Daniel Busche
Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Lothar Michael an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Stella Dörenbach
Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin und Doktorandin am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht von Prof. Ino Augsberg an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Max Erdmann
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Ulrich Haltern an der LMU München

Prisca Feihle
Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht und die Internationalisierung der Rechtsordnung von Univ.-Prof. Dr. Helmut Aust an der Freien Universität Berlin

Dr. Corina Heri
Postdoktorandin im „Climate Rights and Remedies Project" am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht von Prof. Dr. Helen Keller an der Universität Zürich

Benedikt John Huggins
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl an der Universität Heidelberg

Madlen Karg
Universitätsassistentin am Institut für Europarecht und Völkerrecht von Univ.-Prof. Dr. Werner Schroeder an der Universität Innsbruck




https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dr. Romy Klimke
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Christian Tietje an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Lars C. Kroemer
Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht von Prof. Dr. Burkhard Schöbener an der Universität zu Köln

Dr. Michael von Landenberg-Roberg
Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Martin Eifert an der Humboldt-Universität zu Berlin

Kaie Lemken
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtstheorie bei Prof. Dr. Matthias Jestaedt an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

Antonia Paulus
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie (Abt. 1) bei Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Voßkuhle an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

Benedict Pietsch
Leiter der Geschäftsstelle „Musterpolizeigesetz“ und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel an der Deutschen Hochschule der Polizei, Münster

Noah Zimmermann
Akademischer Mitarbeiter am Institut für Finanz- und Steuerrecht bei Prof. Dr. Hanno Kube an der Universität Heidelberg



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verzeichnis der Herausgeber:innen

Prof. Dr. Odile Ammann
Außerordentliche Professorin an der Fakultät für Recht, Kriminalwissenschaften und öffentliche Verwaltung der Universität Lausanne

Fiona Bottega
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Energierecht von Prof. Dr. Johannes Reich an der Universität Zürich

Jasmina Bukovac
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich

Irina Lehner
Wissenschaftliche Assistentin am Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) sowie Doktorandin an der Universität Zürich bei Prof. Dr. Andreas Glaser

Julia Meier
SNF Doc.CH Stipendiatin und Doktorandin am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht an der Universität Zürich

Réka Piskóty
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht von Prof. Dr. Helen Keller an der Universität Zürich

Caroline Rausch
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen von Prof. Dr. Andreas Glaser an der Universität Zürich

Meret Rehmann
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Energierecht von Prof. Dr. Johannes Reich an der Universität Zürich

Lea Schneider
Wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. Dr. h. c. Andreas Kley und Doktorandin bei Prof. Dr. Christine Kaufmann an der Universität Zürich

Regina Weder
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) sowie Doktorandin an der Universität Zürich bei Prof. Dr. Andreas Glaser

Martin Wilhelm
Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# Verzeichnis der Unterstützer:innen

Dombert Rechtsanwälte PmbB
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Becker Büttner Held PmbB
BWV Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH
Dike Verlag AG
Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte PmbB
Duncker & Humblot GmbH
Ius Alumni – Alumni-Vereinigung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
Let's Get Digital
Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
Poledna RC AG
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
Rittershaus Rechtsanwälte PmbB
Schellenberg Wittmer AG
sui generis Verlag
Umbricht Rechtsanwälte AG
UZH Alumni – Dachorganisation UZH Alumni
Verlag C.H. Beck oHG
W. Kohlhammer GmbH
Walter de Gruyter GmbH
Werder Viganò AG
Zürcher Anwaltsverband



https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748928768 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND