

Funktion und Funktionalität des Rechts

DIKE 



Nomos

TAGUNGSBAND JUNGE TAGUNG ÖFFENTLICHES RECHT 2025

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Funktion und Funktionalität des Rechts

Herausgegeben von:

Lea Köhne | Saskia Westermann | Isa Bilgen | Tom Heilmann | Alina Holze |
Mathias Honer | Annalena Mayr | Nik Roeingh | Marie-Louise Reuter | Sabine Ries |
Anton Weniger | Vincent Widdig

DIKE 



Nomos

Diese Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Publikationsfonds für Open-Access-Monografien des Landes Brandenburg gefördert.

This publication was supported by funds from the Publication Fund for Open Access Monographs of the Federal State of Brandenburg, Germany.

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 2026

© Die Autor:innen

Publiziert von

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

Gesamtherstellung:

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

ISBN (Print): 978-3-7560-3795-7 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF): 978-3-7489-7142-9 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print): 978-3-03891-926-1 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748971429>



Onlineversion
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Zwischen dem 24. und 26. September 2025 fand in Potsdam die 65. Junge Tagung Öffentliches Recht unter dem Titel „Funktion und Funktionalität des Rechts“ statt. Die Tagung wurde als gesamtbrandenburgisches Projekt der Universität Potsdam und der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) von Isa Bilgen, Tom Heilmann, Alina Holze, Mathias Honer, Lea Köhne, Annalena Mayr, Nik Roeingh, Marie-Louise Reuter, Sabine Ries, Anton Weniger, Saskia Westermann und Vincent Widdig organisiert. Der vorliegende Sammelband enthält die Beiträge der Tagung und ermöglicht damit einen Überblick über den Tagungsinhalt.

Angesichts der zahlreichen Krisen und globalen Ausnahmesituationen widmete sich die Tagung im Jahr 2025 der Frage nach der Funktion und Funktionalität des Rechts: Welchen Beitrag *soll* das Recht zur Bewältigung der Probleme unserer Zeit leisten? Welchen Beitrag *kann* es leisten? Und wo liegen die Grenzen seiner Wirkmacht? Wie und in welchem Rahmen kann das Recht seine Funktionen angemessen erfüllen? Die Tagung näherte sich diesen Fragen aus verschiedenen Perspektiven – dogmatisch, historisch, teils kritisch oder intersektional. Die Vielschichtigkeit der Problematik spiegelt sich nicht zuletzt in der großen thematischen Bandbreite der diesjährigen Tagung.

Wir sind besonders stolz, dass die JTÖR diesjährig zum ersten Mal als gemeinsames brandenburgisches Projekt ausgerichtet wurde. Gerade in (rechts)politisch schwierigen Zeiten ist es elementar, auch als Universitäten zusammenzuhalten. Die Gemeinsamkeiten, statt nur die Unterschiede zu betonen. Der Standort Brandenburg hat dabei eine besondere Bedeutung: eine geografische durch seine Nähe zur Hauptstadt und durch seine Grenze nach Osteuropa sowie eine historische durch die DDR und die preußische Geschichte, die eng mit der heutigen Bundesrepublik verwoben ist. Brandenburg lädt damit wie kaum ein anderer Ort zur Reflexion über die Funktion und Funktionalität des Rechts ein.

Als Tagungsteam möchten wir uns bei der Universität Potsdam und der Europa-Universität Viadrina sowie unseren Sponsoren für die großzügige Unterstützung bei der Tagungsumsetzung bedanken. Dem Open-Access-Fond des Landes Brandenburg danken wir für die Förderung bei der Publikation dieses Sammelbandes. Ferner möchten wir uns bei Susan

ne Baer, Fabian Michl, Erol Pohlreich, Roya Sangi, Marcus Schladebach, Johanna Schmidt-Räntsch und Andreas Zimmermann bedanken, die als Speaker*innen und Panelist*innen den Eröffnungsabend bereichert haben. Ermöglicht wurde die Tagung aber vor allem durch die vielen Menschen, die uns mit Rat und Tat zur Seite gestanden haben: Lina Asmussen, Melanie Brohse, Michaela Ignatius, Marieke Kramer, Lewis Lindemann, Thomas Mielke, Sebastian Pape, Theresa Peters, Antonia Pydde, Amelie Reusch, Lars Rühlicke, Eva Städele, Maj Wiechmann, Charlotte Wolf, Patrice Wunderlich.

Inhaltsverzeichnis

Editorial: Was kann, was darf, was soll das Recht leisten?	11
<i>Melina Reyher</i>	
Freiheitsrechte als Beziehungsrechte? Zur (Re-)Konstruktion des Sozialen in der Grundrechtslehre	17
<i>Christian Demmelbauer</i>	
Verfassungen gegen den Nihilismus	35
<i>Tristan Wißgott</i>	
Political constitutionalism in der Bundesrepublik: Potentiale und Fallstricke am Beispiel Wilhelm Hennis'	51
<i>Michael B. Strecker</i>	
Von ‚Better Regulation‘ zu ‚Agile Regulation‘ – Staatliche, ko-regulative und private Normsetzung im Technikrecht	67
<i>Eva Molinari</i>	
Prognosen im Recht: Überlegungen zu Wahrscheinlichkeiten in der Rechtsanwendung am Beispiel der schweizerischen Rechtsordnung	89
<i>Louise Majetschak</i>	
Kontroversen um die Bedeutung evaluativer Rechtskonzepte in Rechtsprechung am Beispiel der Menschenwürde	107
<i>Jonas Fechter</i>	
Resilienz und Außenwirtschaftsrecht	123
<i>Sarah Geiger</i>	
Das beamtenrechtliche Statusrecht im Kontext der Bedrohung der liberalen Verfassung Für einen konzeptionellen Wandel	139

Max G. Weber

Kritik des rechtlichen Resilienzbegriffs oder: Von Schmitts
Ausnahmestand zur Resilienz 155

Victoria Kautzner

„Homogenität“ reloaded: Zur Aufladung des Rechts mit
pseudojuristischer Programmatik 175

Daniel Haefke

Die Grenzen der Funktionalität des Rechts am Beispiel nationaler
Identität 191

Johannes Siegel

Recht berechnen – Zur Messbarkeit von Recht am Beispiel
anlassloser Identitätskontrollen 205

Andreas Knecht

Macht des Geldes: Steigerung der Leistungsfähigkeit des
Unionsrechts im Rahmen hybrider Wertedurchsetzung 221

Konstantin Redeker

Ökonomische Effizienz und ökologische Erfolge – Ungeahnte
Funktionen und Funktionalität ökonomischer Analysen im
Umweltrecht 237

Nina Lanzer

Vegetarische Ernährung per Gesetz – Das Recht zwischen
Sozialmoral und Moral 255

Giacomo Sebis

Menschenrechte und Circular Economy: Wie das Völkerrecht den
sozialen Auswirkungen einer Transformation zur Kreislaufwirtschaft
begegnen kann 273

Robert Stendel

Bundesländer als Innovationsmotoren im Klimaschutz? 291

Markus Lehnshack

Wende ohne Wandel? Das deutsche Klimarecht im globalen
Machtgefüge 307

Michael Kalis

Vorsicht, Weitsicht, Nachsicht? – Überlegungen zum
„vorausschauenden Recht“ in Zeiten von Anthropozän und
Transformation 325

Cansu Cinar

„More than Human Rights“ und die Überwindung binärer
Denkweisen im interamerikanischen Menschenrechtsdiskurs 341

Editorial: Was kann, was darf, was soll das Recht leisten?

Isa Bilgen, Tom Heilmann, Alina Holze, Mathias Honer, Lea Köhne, Anna-lena Mayr, Nik Roeingh, Marie-Louise Reuter, Sabine Ries, Anton Weniger, Saskia Westermann, Vincent Widdig

I. Tagungsthema

Die Frage nach der Funktion und Funktionalität des Rechts gehört zu den klassischen, zugleich aber immer wieder neu zu stellenden Grundfragen der Rechtswissenschaft. In Zeiten multipler Krisen – geopolitischer Umbrüche, ökologischer Transformation, technologischer Beschleunigung und demokratischer Erosion – gewinnt sie besondere Dringlichkeit. Recht steht unter dem Erwartungsdruck, Stabilität zu gewährleisten und Wandel zu ermöglichen, Konflikte zu ordnen und Werte zu verteidigen, ohne dabei seine eigene normative Substanz preiszugeben. Die 65. Junge Tagung Öffentliches Recht hat diese Spannungen aufgegriffen und unter dem Titel „Funktion und Funktionalität des Rechts“ zum Gegenstand einer breiten, interdisziplinär offenen Diskussion zu den folgenden drei Kernfragen gemacht: Was kann, was darf und was soll das öffentliche Recht leisten?

II. Eröffnungsabend

Eingeleitet wurde die Tagung mit einem feierlichen Eröffnungsabend, der das Tagungsthema bereits programmatisch zuspitzte. Im Mittelpunkt stand die Frage, ob und wie das Recht mit Krisen umgehen muss. In ihrem Festvortrag „Das Recht muss Krise können. Zur Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit für die Demokratie heute“ nahm Professorin Dr. Dr. h.c. mult. Susanne Baer, Richterin des Bundesverfassungsgerichts a.D., die gegenwärtige Krisenhaftigkeit politischer und gesellschaftlicher Verhältnisse zum Anlass, die Rolle der Rechtsstaatlichkeit neu zu vermessen. Sie machte deutlich, dass die Leistungsfähigkeit des Rechts nicht in grenzenloser Flexibilität liege, sondern gerade in der Fähigkeit, auch unter Druck normativ standzuhalten, Konflikte offen zu verhandeln und demokratische Verfahren zu sichern.

An den Festvortrag schloss sich eine Podiumsdiskussion unter dem Titel „Krisen ohne Ende – Recht ohne Grenzen?“ an, die das Spannungsverhält-

nis zwischen rechtlicher Begrenzung und politischer Handlungsfähigkeit vertieft. Unter der Moderation von Dr. Marcus Schladebach diskutierten dazu Professor Dr. Fabian Michl, Dr. Roya Sangi und Professorin Dr. Johanna Schmidt-Räntsch. Die Diskussion verband praktische, rechtspolitische und richterliche Perspektiven und machte deutlich, dass die Frage nach der Funktionalität des Rechts nicht abstrakt zu beantworten ist, sondern stets kontextabhängig bleibt: zwischen Erwartungsüberlastung und Funktionsverlust, zwischen dem Ruf nach Effektivität und der Notwendigkeit rechtlicher Selbstbegrenzung. Der Eröffnungsabend setzte damit einen normativen und analytischen Rahmen, auf den die folgenden Panels in vielfältiger Weise Bezug nahmen.

III. Tagungsbeiträge

Der vorliegende Tagungsband versammelt die Beiträge der sechs thematischen Panels und dokumentiert die Vielfalt der Perspektiven, mit denen sich der juristische Nachwuchs der Frage nach den Aufgaben, Leistungsgrenzen und Transformationspotenzialen des Rechts nähert. Die Beiträge eint das Anliegen, Funktionalität nicht auf bloße Effektivität oder Steuerungsfähigkeit zu reduzieren, sondern sie stets im Lichte normativer Bindungen, demokratischer Legitimation und gesellschaftlicher Voraussetzungen zu reflektieren.

Das erste Panel zur Funktion des Verfassungsrechts widmet sich grundlegenden verfassungstheoretischen Perspektiven. Melina Reyher entwickelt ein relationales Verständnis von Freiheitsrechten, das diese nicht allein als Abwehrrechte, sondern als konstitutiv für soziale Beziehungen begreift. Christian Demmelbauer analysiert illiberale Verfassungstheorien und zeigt, wie Verfassungen dort als identitätsstiftende Antworten auf vermeintlichen Nihilismus mit autoritären Implikationen funktionalisiert werden. Tristan Wißgott knüpft an Wilhelm Hennis an und fragt nach einer politiksensiblen Verfassungsrechtswissenschaft, die das Recht nicht nur als Grenze, sondern auch als Infrastruktur demokratischer Politik versteht.

Das zweite Panel zur Produktion des Rechts rückt Fragen der Normsetzung, Methodik und Begründung in den Mittelpunkt. Michael B. Strecker vergleicht staatliche, ko-regulative und private Normsetzung im Technikrecht und lotet unter dem Stichwort „Agile Regulation“ neue Formen zukunfts-fester Regulierung aus. Eva Molinari untersucht den wachsenden Stellenwert von Prognosen und Wahrscheinlichkeiten im Recht und skiz-

ziert Grundlinien einer allgemeinen Lehre rechtlicher Prognosen. Louise Majetschak beleuchtet anhand der Menschenwürde die Kontroversen um evaluative Rechtskonzepte in der Rechtsprechung und macht deren rechtsphilosophische Voraussetzungen sichtbar.

Im dritten Panel zu Resilienz und Recht wird die Frage verhandelt, wie Recht auf Krisen reagiert und sich gegen systemische Erschütterungen behaupten kann. Jonas Fechter zeigt am Beispiel des Außenwirtschaftsrechts, wie sicherheitspolitische Überlegungen in rechtliche Instrumente der Resilienz übersetzt werden. Sarah Geiger problematisiert das beamtenrechtliche Statusrecht im Spannungsfeld zwischen Loyalitätspflichten und der Verteidigung der liberalen Verfassung. Max Gerrit Weber ordnet schließlich den Resilienzbegriff verfassungstheoretisch ein und diskutiert sein Verhältnis zu klassischen Notstandsmodellen, insbesondere zu Carl Schmitts Ausnahmezustand.

Das vierte Panel zur Kritik des Rechts nimmt funktionalistische Verkürzungen des Rechts selbst in den Blick. Victoria Kautzner analysiert die Figur der „Homogenität“ im Staatsangehörigkeitsrecht und legt deren pseudojuristische und historisch belastete Programmatik offen. Daniel Haefke diskutiert am Beispiel nationaler Identität die Grenzen einer rein funktionalen Sicht auf das Recht und plädiert für eine stärkere interdisziplinäre Öffnung. Johannes Siegel zeigt anhand anlassloser Identitätskontrollen, wie empirisch-rechtssoziologische Zugänge die Funktionsweise und Dysfunktionalitäten konkreter Rechtsnormen sichtbar machen können.

Das fünfte Panel zur Leistungsfähigkeit des Rechts fragt nach den Steuerungswirkungen und Grenzen rechtlicher Instrumente. Andreas Knecht untersucht die unionsrechtliche Rechtsstaatlichkeitskonditionalität und die ambivalente Macht finanzieller Anreize im Mehrebenensystem. Konstantin Redeker beleuchtet die Rolle ökonomischer Effizienzanalysen im Umweltrecht und diskutiert deren Potenziale und Konflikte mit klassischen rechtsstaatlichen Prinzipien. Nina Lanzer schließlich stellt mit der Regulierung vegetarischer Ernährung eine provokante Frage nach der Reichweite rechtlicher Steuerung moralisch hoch aufgeladener Lebensbereiche.

Das sechste Panel zur Transformation durch Recht richtet den Blick auf globale und langfristige Wandlungsprozesse. Giacomo Sebis entwickelt einen völkerrechtlichen Rahmen für eine sozialverträgliche Kreislaufwirtschaft unter Einbeziehung menschenrechtlicher Dimensionen. Robert Stendel analysiert die Rolle der Bundesländer als Innovationsmotoren im Klimaschutz und die produktiven Potenziale föderaler Vielfalt. Markus

Lehnshack problematisiert das deutsche Klimarecht im globalen Machtgefüge und macht fortwirkende imperialistische Strukturen sichtbar.

Abgerundet wurde das Tagungsprogramm durch ein Impulspanel zum Recht im Anthropozän, in dem Michael Kalis Überlegungen zu einem „vorausschauenden Recht“ anstellt und Cansu Cinar postanthropozentrische Ansätze im interamerikanischen Menschenrechtsdiskurs vorstellt. Beide Beiträge verdeutlichen, dass die Frage nach der Funktion des Rechts untrennbar mit veränderten Welt- und Selbstverständnissen verbunden ist.

Der vorliegende Band versteht sich als Einladung zur Weiterarbeit an diesen Fragen. Er dokumentiert nicht nur den Stand einer lebendigen Debatte, sondern zeigt auch, dass die Reflexion über Funktion und Funktionalität des Rechts selbst eine zentrale Funktion der Rechtswissenschaft ist.

IV. Fazit und Ausblick

Die Beiträge dieses Bandes belegen eindrücklich, dass die Frage nach der Funktion und Funktionalität des Rechts weder eindimensional noch abschließend zu beantworten ist. Funktionalität erweist sich nicht als bloße Frage der Effektivität, Messbarkeit oder Steuerungsleistung, sondern als relationales, normativ aufgeladenes Konzept, das stets im Spannungsfeld von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und gesellschaftlicher Wirklichkeit steht. Die Tagung hat verdeutlicht, dass Recht sowohl auf Stabilisierung als auch auf Transformation angelegt ist – und dass gerade in Krisenzeiten die Versuchung groß ist, seine Funktionen zu überdehnen oder zu verkürzen.

Zugleich wurde sichtbar, welches analytische Potenzial in einer selbstkritischen, interdisziplinär offenen und empirisch informierten Rechtswissenschaft liegt. Viele Beiträge plädieren implizit oder explizit dafür, Funktionalität nicht gegen Normativität auszuspielen, sondern beide in ein produktives Verhältnis zu setzen. Recht „funktioniert“ nicht trotz, sondern wegen seiner Bindungen: an Verfahren, an Rechte, an Begründungspflichten und an die Anerkennung gesellschaftlicher Pluralität.

Der vorliegende Band versteht sich daher nicht als Schluss-, sondern als Zwischenbilanz. Er lädt dazu ein, die hier angestoßenen Diskussionen weiterzuführen – in der Dogmatik ebenso wie in der Theorie, in der Rechtsvergleichung, der Rechtssoziologie, der Rechtskritik und der Rechtspolitik. Wenn die Tagung einen gemeinsamen Nenner hatte, dann vielleicht diesen: dass die Zukunftsfähigkeit des Rechts weniger von immer neuen

Instrumenten abhängt als von der Bereitschaft, seine Funktionen immer wieder neu zu reflektieren, zu begrenzen oder zu erweitern und zu verteidigen.

Freiheitsrechte als Beziehungsrechte?

Zur (Re-)Konstruktion des Sozialen in der Grundrechtslehre

Melina Reyher*

Der Mensch ist in seinem Dasein und seiner Persönlichkeitsentfaltung auf soziale Beziehungen angewiesen; er entwickelt sich nicht im luftleeren Raum, sondern mit und durch andere. Ausgehend von dieser Interdependenz zwischen Individuum und sozialer Umwelt plädiert der Beitrag für ein Freiheitsrechtsverständnis, das den Menschen als Grundrechtssubjekt nicht als isoliertes Individuum, sondern als soziales Beziehungswesen begreift. Damit soll der Schutz intersubjektiver Beziehungen aus der Peripherie in das Zentrum der Freiheitsrechte gerückt werden.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung: Grundannahmen der Grundrechtslehre als Problem	17
II.	Freiheitsrechte als Beziehungsrechte?	19
1.	Phänomenologie der Freiheitsrechte: Dritte als Grenze	19
2.	Das relational-soziale Moment in der herrschenden Grundrechtslehre	21
a)	Der Mensch als Beziehungswesen	21
b)	Die Sozialität des Menschen im Recht	22
3.	Relationale Defizite des Freiheitsrechtsverständnisses	25
III.	Möglichkeiten eines Perspektivenwechsels	27
1.	Suhrs interaktives Freiheitsparadigma	27
2.	Vestings Verständnis von Grundrechten als Nachbarschaftsverhältnissen	29
3.	Impulse für eine Beziehungsperspektive	30
4.	Konsequenzen einer relationalen Betrachtung der Freiheitsrechte	30
IV.	Fazit	31

I. Einleitung: Grundannahmen der Grundrechtslehre als Problem

Im Zentrum des verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnisses steht das *einzelne* Individuum, dessen Freiheit vor staatlichen Eingriffen durch die primäre Funktion der Freiheitsrechte – der Abwehrfunktion – geschützt

* Die Autorin ist Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und Promotionsstipendiatin der Hans-Böckler-Stiftung.

wird.¹ Diese Ausrichtung auf ein von sozialen Beziehungen losgelöstes Individuum ist Ausdruck eines „methodologischen Individualismus“², der das autonome Subjekt in den Mittelpunkt stellt.³ Diese Sicht ist jedoch insoweit realitätsfern, als individuelle Freiheit nicht losgelöst von sozialen Bedingungen gedacht werden kann. Die Konzentration auf Freiheitsrechte als Abwehrrechte des *einzelnen* Individuums führt zu einer atomistischen Individualbetrachtung, die übersieht, dass der Mensch – das Subjekt der Grundrechte – sich nicht im luftleeren Raum entfaltet, sondern als Beziehungswesen⁴ gerade *mit* und *durch* andere⁵. Diese soziale Eingebundenheit zeigt sich zwar bei der Konstitution und Entfaltung der Gegenstände der Freiheitsrechte im Rahmen der Verfassungspraxis, doch bleibt sie innerhalb der Grundrechtsdogmatik weitgehend unbeachtet.

Aus diesem Grund erscheint ein Perspektivenwechsel hin zu einem heterarischen Freiheitsrechtsverständnis, das Menschen als Beziehungswesen in den Mittelpunkt stellt, notwendig. Meine These lautet: Freiheitsrechte sind von Anfang an auch Beziehungsrechte. Sie werden durch die soziale Umwelt – sowohl in der Konstitution der Schutzgegenstände⁶ als auch im Rahmen der Freiheitsausübung – wesentlich (mit-)geprägt. Diese relationale Konstitution der Freiheitsrechte führt nicht nur zu einem Perspektivenwechsel, sondern hat auch dogmatische Folgen für Schutzbereich und Grundrechtsfunktion, die über die bisherigen Ansätze zu Drittwirkung und Schutzpflichten hinausgehen.

-
- 1 Zur Abwehrfunktion als Primärfunktion vgl. W. Cremer, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003, S. 67; H. Sauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., Tübingen 2023, vor Art. 1 GG Rn. 96; I. Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, Tübingen 2021, S. 23 f.
 - 2 A. Funke, Parallelweg: Menschenwürde und Menschenbild. Zur Entweltlichung des Menschen in der Menschenwürdeinterpretation, in: R. Gröschner/S. Kirste/O. Lembcke (Hrsg.), Wege der Würde. Philosophenwege – Rechtswege – Auswege, Tübingen 2022, S. 83 (100 f.).
 - 3 Vgl. Sauer (Fn. 1), vor Art. 1 GG Rn. 84; zur Herleitung durch die herrschende liberale Grundrechtstheorie vgl. M. Sachs/T. Mann, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 10. Aufl., München 2024, vor Abschnitt I Rn. 63.
 - 4 M. Eifert, Autonomie und Sozialität, in: C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 365 (366).
 - 5 D. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Berlin 1976, S. 80 ff.
 - 6 Zur sozialen Konstitution des autonomen Subjekts vgl. U. Sacksofsky, Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: K. Günther/U. Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, Berlin 2022, S. 180 (184).

Zur Untersuchung meiner These werde ich zunächst eine phänomenologische Betrachtung der Freiheitsrechte vornehmen und aufzeigen, inwiefern das herrschende Grundrechtsverständnis bereits jetzt eine Beziehungsfunktion erkennen lässt. Im Anschluss stelle ich die Grundrechtsdogmatik des autarken Individuums dem relationalen grundrechtstheoretischen Vorverständnis gegenüber. Zur Überwindung des Vertikalverhältnisses der Grundrechte stelle ich dann in Anlehnung an *Suhr* und *Vesting* eine Beziehungsebene der Freiheitsrechte vor, die diese in ihrem jetzigen Verständnis ergänzen soll.

Ziel des Beitrags ist weder die Ablösung des bestehenden Grundrechtssystems noch die Begründung einer unmittelbaren Drittwirkung oder die Relativierung individueller Selbstbestimmung. Vielmehr plädiere ich für ein Freiheitsrechtsverständnis, das den Menschen so erfasst, wie er tatsächlich existiert – als soziales Wesen – und ihn in dieser Daseinsweise auch ausdrücklich und nicht nur als Nebenprodukt schützt.

II. Freiheitsrechte als Beziehungsrechte?

Im Folgenden wird zunächst untersucht, wie die Freiheitsrechte in ihrem aktuellen Verständnis bereits mit intersubjektiven Beziehungen umgehen. Anschließend werden die Lücken der herrschenden Vertikalbetrachtung aufgezeigt.

1. Phänomenologie der Freiheitsrechte: Dritte als Grenze

In der (Rechts-)Wirklichkeit ist das Grundrechtssubjekt Mensch in verschiedene Beziehungen eingebettet, entfaltet sich mit und durch andere und wird mit sozio-kulturellen Erwartungen und Möglichkeiten konfrontiert.⁷ Obwohl diese Sozialität als „Grundlage jeder Rechtsontologie“ verstanden werden kann⁸, ist das Wesen der Grundrechtslehre überwiegend

7 Siehe etwa *B. Rössler*, *Autonomie: Ein Versuch über das gelungene Leben*, Berlin 2017, S. 52 f., 322 f.; *M. Honer*, *Prolegomena einer relationalen Grundrechtstheorie und -dogmatik*, *Der Staat* 2025, 249 (252); *A. Mangold*, *Relationale Freiheit*. Grundrechte in der Pandemie, in: C. Walter (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, VVDStRL 80, Berlin 2021, S. 7 (13 f.).

8 *W. Maihofer*, *Recht und Sein: Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt a.M. 1954, S. 83 ff.

von einem starken liberalen Charakter geprägt⁹, der das Individuum als Grundrechtssubjekt anstelle eines Beziehungswesens eher als „geschlossenen Container“¹⁰ denkt. „Die Anderen“ als soziales Umfeld des Individuums tauchen in der Grundrechtsdogmatik vor allem als Gefahr für die Freiheitsausübung auf: Ihre Rechte spielen primär im Rahmen der Rechtfertigung als entgegenstehende Rechte eine Rolle.

Daneben können Dritte auch im Rahmen der Grundrechtsfunktionen eine Rolle spielen. Obwohl die „Sinnmitte“¹¹ und „primäre Bedeutung“¹² der Freiheitsrechte in der subjektiv-rechtlichen Abwehrdimension liegt, besitzen sie auch eine objektiv-rechtliche Seite, die über das Verhältnis zwischen Bürger:in und Staat hinausgeht. Unter diese Dimension fallen grundsätzlich Grundrechtswirkungen, die keine unmittelbaren subjektiven Ansprüche begründen.¹³ Neben der Ausstrahlungswirkung, die insbesondere im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung auch Einfluss auf weitere Individuen haben kann, ist dabei auch die Fallgruppe der Schutzpflichten¹⁴ von Relevanz, die ein positives Handeln des Staates zur Folge hat.¹⁵ Diese Funktion greift dort, wo die klassische Folge der Abwehrfunktion, ein Unterlassen des Staates, nicht ausreichend oder zielführend ist. Im Mittelpunkt steht dann das positive Tätigwerden des Staates zum Schutz vor Grundrechtsverletzungen durch Dritte.

Doch auch hier spielt die Beziehungsebene zwischen Individuen keine Rolle, da die Schutzpflichten letztendlich *den Staat* zum positiven Tätigwerden verpflichten¹⁶ und intersubjektive Vorgänge weitgehend unberücksichtigt bleiben. Das zeigt, dass Dritte vor allem als Grenze der Freiheit, nicht als deren Bedingung erscheinen. Nach *Ladeur* erkennt das Bundesverfassungsgericht somit zwar die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums an, beschränkt sie jedoch auf die Funktion der Begrenzung – etwa in Form

9 G. Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden 1988, S. 14, 25ff.

10 T. Vesting, Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke, in: T. Vesting/S. Koriath/I. Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen 2014, S. 57 (62).

11 BVerfGE 61, 82 (101).

12 BVerfGE 50, 290 (337); 115, 320 (358).

13 Sauer (Fn. 1), vor Art. 1 GG Rn. 106.

14 Zu den bisher vom BVerfG anerkannten Schutzpflichten vgl. Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Fn.1), S. 229.

15 E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1633).

16 Sauer (Fn. 1), vor Art. 1 GG Rn. 115.

von Gemeinschaftsbindung als Grenze der Kunstfreiheit¹⁷ oder als „objektive Wertordnung“ im Rahmen des Lüth-Urteils^{18,19}. Die eigentliche Chance, Grundrechte als interpersonale Rechte zu begreifen, die „die Selbstorganisation sozialer Regeln in der Gesellschaft schützen“²⁰, ist so – wenn überhaupt – nur im Ansatz erkennbar.

2. Das relational-soziale Moment in der herrschenden Grundrechtslehre

Dass Freiheit im liberal²¹ geprägten Grundrechtsdenken als isolierte Freiheit des *einzelnen* Individuums angesehen wird, ist keineswegs zwingend. Sowohl die soziologische Betrachtung des Menschen als Beziehungswesen wie auch die Untersuchung verschiedener verfassungsrechtlicher Vorverständnisse zeigen, dass Selbstbestimmung und rechtliche Freiheit einen relationalen Charakter besitzen.

a) Der Mensch als Beziehungswesen

Bereits die tatsächliche Betrachtung des Menschen zeigt, dass er nicht atomistisch, sondern als Teil eines sozialen „großen Ganzen“ gesehen werden muss. Sein Dasein ist auf Umwelt und Mitmenschen angewiesen.²² Das zeigt sich dadurch, dass das Individuum sich nicht ausschließlich selbst definiert und präsentiert, sondern maßgeblich im Dialog mit anderen.²³ Individualität und Persönlichkeit entstehen nicht im isolierten Ich-Vorgang, sondern im Austausch – durch Erfahrungen, Erwartungen und auch bewusste Distanzierung davon.²⁴ Der Prozess der (Selbst-)Definition

17 Vgl. BVerfGE 30, 173 (193).

18 BVerfGE 7, 198.

19 K. Ladeur, Die transsubjektive Dimension der Grundrechte, in: T. Vesting/S. Koriath/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen 2014, S. 17 (17).

20 Ladeur, Dimension (Fn. 19), S. 21.

21 Zur Rolle der liberalen Grundrechtstheorie vgl. bereits E. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 (1529 ff.).

22 H. Henkel, Recht und Individualität, Berlin 1958, S. 8.

23 G. Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, Tübingen 2007, S. 33; Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 80; M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtsverständnis, Tübingen 1993, S. 74 ff; Mangold, Pandemie (Fn. 7), S. 13 f.

24 So auch Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 62.

des Menschen sowie das daraus resultierende Selbstverständnis sind somit kommunikative Vorgänge.²⁵ Das führt keineswegs zu einer Negation der Selbstbestimmung des Individuums, sondern verdeutlicht, dass diese notwendigerweise im sozialen Kontext stattfindet.²⁶ Die Umwelt ist für das Individuum daher nicht nur Grenze seiner Freiheit, sondern zugleich Bedingung. Wird diese relationale Einbindung des Menschen ignoriert, steht, wie *Marx* formulierte, ein „auf sich beschränktes Individuum“²⁷ im Mittelpunkt, dem Gesellschaft nur als Beschränkung seiner „ursprünglichen Selbstständigkeit“ erscheint.²⁸

Eine fehlende relationale Betrachtung verkennt, dass sich Identität nur in Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Erwartungen und sozio-kulturellen Einflüssen entfalten kann. Wer Autonomie²⁹ rein individualistisch betrachtet, kann sie nicht ausreichend schützen. Eine relationale Betrachtung des Subjekts negiert Selbstbestimmung nicht, sondern sichert vielmehr die Bedingungen ihrer Entstehung – die Auseinandersetzungen des Individuums im Dialog mit anderen.

b) Die Sozialität des Menschen im Recht

Dass die Sozialität des Menschen in der Grundrechtsdogmatik eine untergeordnete Rolle spielt, lässt sich ideengeschichtlich begründen. Liberale Theorien von Recht und Staat bilden die Grundlage des geltenden Rechts.³⁰ Sie beruhen auf einer „Wende zum Subjekt“³¹, die das Individuum – und seine Rolle in einer zunehmend individualisierten Gesellschaft – ins Zentrum rechtlicher und politischer Überlegungen rückt. Erste Ansatzpunkte individualrechtlicher Entwicklungen finden sich bereits in der *Magna*

25 *Henkel*, Individualität (Fn. 22), S. 8; *Britz*, Selbstdarstellung (Fn. 23), S. 33.

26 *D. Loick*, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 3. Aufl., Berlin 2022, S. 29ff; *Rössler*, Autonomie (Fn. 7), passim, insb. S. 52 ff.

27 *K. Marx*, Zur Judenfrage, in: *K. Marx/F. Engels Werke*, Bd. 1, Berlin 1981, S. 347 (364).

28 *Marx*, Judenfrage (Fn. 27), S. 366.

29 Zur Autonomie als „vorpositive normative Überlegung“ der Verfassungstheorie vgl. *Honer*, Prolegomena (Fn. 7), 255; ähnlich *Britz*, Selbstdarstellung (Fn. 23), S. 6.

30 *A. Schmidt*, Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik, in: *L. Foljanty/U. Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 74 (74).

31 *H. Dreier*, Verbindungsweg: Würde und Freiheit, in: *R. Gröschner/S. Kirste/O. Lembcke* (Hrsg.), *Wege der Würde. Philosophenwege – Rechtswege – Auswege*, Tübingen 2022, S. 49 (53).

Charta (1215) und der *Petition of Right* (1628).³² Die eigentliche Wende vollzog sich jedoch erst mit der Aufklärung gegen Ende des 18. Jahrhunderts durch eine grundlegende Umorientierung in Philosophie und Recht, die den Einzelnen verstärkt in den Mittelpunkt rückte.³³

Diese Zentrierung prägt bis heute die Grundrechtsdogmatik.³⁴ Auf den ersten Blick scheint dem bundesdeutschen Grundrechtsverständnis daher ein gewisser Atomismus innezuwohnen. Doch zwei grundlegende Vorverständnisse der Grundrechtslehre zeichnen ein anderes Bild. Vorverständnisse wirken dabei als Leitbilder und Vorannahmen³⁵, die insofern eine Relevanz für die herrschende Dogmatik haben, als sie als Teil der Grundrechtstheorie die Grundrechtsinterpretation beeinflussen (können)³⁶.

Ein zentrales Vorverständnis stellt das Menschenbild des Grundgesetzes dar.³⁷ Dieses geht nicht von einem isolierten, sondern von einem gemeinschaftsgebundenen Individuum aus, wie das Bundesverfassungsgericht bereits 1954 betonte:

*„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“*³⁸

Trotz der Terminologie („Spannung“) erkennt das Gericht in der „Gemeinschaft“ nicht *nur* eine Spannungslage für das Individuum, sondern spricht der sozialen Umwelt durch die „Gemeinschaftsbezogenheit“ der Person auch einen positiven Mehrwert zu.³⁹ Dabei handelt es sich nicht etwa

32 H. Hofmann, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Prinzipien, Tübingen 1995, S. 4 (19).

33 Dreier, Verbindungsweg (Fn. 31), S. 53.

34 K. Hesse, Bedeutung der Grundrechte, in: E. Benda/W. Mihofer/H.Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1), 2. Aufl., Berlin 1995, S. 127 (134 f.).

35 F. Wapler, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 1 Rn. 165.

36 Dazu Böckenförde, Grundrechtstheorie (Fn. 21), 1530; Augsberg, Theorien (Fn. 1), S. 13 f.; Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 73; H. Alexy, Zum Menschenbild des Grundgesetzes, JZ 2024, 841 (844). Als Beispiel für den Rückgriff auf das „Vorverständnis“ des Menschenbildes vgl. zuletzt BVerfGE 153, 182 (261).

37 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 73; Alexy, Menschenbild (Fn. 36), 841; kritisch Wapler (Fn. 35), Art. 1 Rn 165.

38 BVerfGE 4, 7 (15).

39 Mangold, Pandemie (Fn. 7), S. 14.

um einen „Kompromiss“ zwischen individuellem und kollektivem Selbst⁴⁰, sondern vielmehr um die rechtliche Abbildung der sozialen Beziehungen des Individuums als dessen normative Bedingung. Diese Doppeldimension – Bedingung und Grenze zugleich – zeigt sich auch im Freiheitsverständnis des Grundgesetzes.⁴¹ Zwar ist nirgends im Grundgesetz ein ausdrückliches Freiheitsverständnis formuliert, doch lässt sich bei Lektüre und Auslegung der Grundrechte ein *Freiheitsmodell*⁴² ableiten, das über den liberalen Individualismus hinausgeht. Exemplarisch verdeutlicht dies das „Muttergrundrecht“⁴³ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁴ Dieses konkretisiert durch seine Ausgestaltungswirkung sowie seine Gewährleistungsgehalte die Menschenwürde⁴⁵ und wurzelt im „normative[n] Leitbild“⁴⁶ der individuellen Selbstbestimmung⁴⁷. Während man zunächst ein rein negatives Freiheitsverständnis⁴⁸ vermuten könnte⁴⁹ – Freiheit als Abwesenheit von Zwang –, zeigt bereits der Wortlaut „Recht auf freie *Entfaltung* seiner Persönlichkeit“, dass hier auch ein positiver Freiheitsbegriff⁵⁰ mitschwingt: Freiheit als Möglichkeit, Optionen verfolgen zu können, Freiheit *zu* etwas. Diese Freiheit *zu* etwas – im Gegensatz zur Freiheit *schlechthin*⁵¹ – verwirklicht sich nicht allein im Vertikalverhältnis zwischen Staat und (isoliertem) Individuum, sondern setzt auch ein gewisses Maß an sozialem Miteinander voraus: Die Wahlmöglichkeiten, die einer Person zur Verfügung stehen, entstehen in einem Zusammenspiel

40 So I. Augsberg, Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie, in: F. Schorkopf (Hrsg.), *Verfasste Freiheit*, VVDStRL 82, Berlin 2023, S. 29 (39).

41 Zur „vorrechtlichen“ Herleitung des normativen Freiheitsverständnisses des Grundgesetzes vgl. Britz, *Selbstdarstellung* (Fn. 23), S. 6, 16 ff.

42 Suhr, *Entfaltung* (Fn. 5), S. 55.

43 Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Fn. 1), S. 2.

44 Über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehend zeigt sich das positive Freiheitsverständnis auch in Leistungsansprüchen, vgl. S. Rixen, in: M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 10. Aufl., München 2024, Art. 2 Rn. 224 ff, sowie in der positiven Schaffung von Grundrechtsräumen, z.B. im Rahmen der Rundfunkfreiheit, vgl. F. Fechner, in: K. Stern/F. Becker, 4. Aufl., Hürth 2024, Art. 5 Rn. 195.

45 U. Di Fabio, in: G. Dürig/R. Scholz/R. Herzog, *Grundgesetz-Kommentar*, München 2024, Art. 2 Rn. 130; BVerfGE 153, 182 (261).

46 I. Bilgen, *Verantwortungsvoller Parentalismus*, DÖV 2022, 840 (840).

47 So auch Dreier, *Verbindungsweg* (Fn. 31), S. 53.

48 J. Christman, *Autonomie*, in: B. Rössler et al. (Hrsg.), *Handbuch für politische Philosophie und Sozialphilosophie*, Band I (A-M), Berlin 2008, S. 96 (97).

49 Dazu M. Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Tübingen 2005, S. 36.

50 Rössler, *Autonomie* (Fn. 7), S. 33.

51 Böckenförde, *Grundrechtstheorie* (Fn. 21), 1530.

von Gesellschaft, Kultur und Recht.⁵² Somit umfasst ein positives Freiheitsverständnis nicht nur die Fähigkeiten einer Person, sondern auch die zur Freiheitsausübung erforderlichen sozialen Bedingungen.⁵³

Das Freiheitsverständnis vereint somit negative und positive Elemente.⁵⁴ Sowohl das Menschenbild des Grundgesetzes als auch dessen Freiheitsverständnis orientieren sich damit an der sozialen Wirklichkeit des Menschen: Freiheit entsteht nicht allein durch die Abwesenheit staatlicher Eingriffe, sondern erst dort, wo dem Einzelnen reale Wahlmöglichkeiten zur Ausübung seiner Freiheit offenstehen. Andere sind somit in der Grundrechtstheorie nicht nur Begrenzung, sondern auch Bedingung der Freiheitsausübung.⁵⁵

3. Relationale Defizite des Freiheitsrechtsverständnisses

Im Gegensatz dazu beachtet die herrschende Grundrechtsdogmatik die soziale Bedingtheit individueller Freiheit allenfalls mittelbar. Weder die dialogische Konstitution von Schutzbereichsgegenständen noch die relationale Perspektive auf Selbstbestimmung und Freiheitsausübung werden besonders gewürdigt.

Dies verdeutlichen auch neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht erkennt nur selten die relationale Eingebundenheit von Freiheit und ordnet diese bei Berücksichtigung dogmatisch nicht richtig ein. Dies zeigt sich etwa an der Sterbehilfe-Entscheidung.⁵⁶ Trotz der Berücksichtigung der Rolle anderer im Rahmen der Inanspruchnahme von Hilfe⁵⁷, bleibt das Gericht bei einer individualistischen Perspektive auf Selbstbestimmung⁵⁸. Es weist zwar richtigerweise auf die Wechselwirkung der eigenen Freiheit mit der Freiheit anderer hin⁵⁹, doch verkennt es die bereits vorgelagerte Bedeutung intersubjektiver Beziehungen für die Selbst-

52 Rössler, Autonomie (Fn. 7), S. 37 f., 55.

53 Sacksofsky, Relationale Freiheit (Fn. 6), S. 182.

54 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 64.

55 Diese ambivalente Doppelrolle des sozialen Umfelds wurde jüngst vor allem in der Covid-19-Pandemie deutlich, vgl. Mangold, Pandemie (Fn. 7), S. 13 f.; Sacksofsky, Relationale Freiheit (Fn. 6.), S.194 ff.

56 BVerfGE 153, 182.

57 BVerfGE 153, 182 (265).

58 BVerfGE 153, 182 (260 f.).

59 BVerfGE 153, 182 (267).

bestimmung.⁶⁰ Diese Berücksichtigung hätte nicht automatisch zu einem anderen Ergebnis geführt, da relationale Selbstbestimmung auch die Distanznahme von anderen Ansichten umfasst. Sie hätte wohl aber zu einem realitätsnäheren Verständnis von Selbstbestimmung als sozial eingebundenem Prozess geführt.

Noch deutlicher zeigt sich das Fehlverständnis von Relationalität in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur selbstbestimmten Geschlechtsidentität. In diesen bleibt unberücksichtigt, dass geschlechtliche Identität gerade in einem dialogischen Prozess entsteht – geprägt durch sozio-kulturelle Erwartungen und individuelle Distanzierungen davon.⁶¹ Auch die *Voraussetzungen* dieser Identitätsbildung müssen zum Schutzbereich des Grundrechts gehören. Zwar erkennt das Gericht in der „Dritte Option“-Entscheidung an, dass „kein Mensch seine Individualität unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Zugehörigkeiten“ entwickeln kann⁶², doch wird dies lediglich als normative Tatsache *festgestellt*, statt bereits als Teil der Persönlichkeitsentfaltung angesehen und geschützt zu werden. Dadurch verkennt das Gericht die Heteronomität der Selbstbestimmung.

Gerade im Rahmen eines dynamischen Grundrechts wie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hätte eine relationale Freiheitsrechtsbetrachtung ein höheres Schutzniveau zur Folge. Eine liberal-individualistische Betrachtung des Grundrechtssubjekts führt zu einer „relativen Blindheit“ gegenüber den in sozialen Beziehungen verorteten Voraussetzungsaspekten der Realisierung grundrechtlicher Freiheit.⁶³ Zur „Schaffung und Sicherung der notwendigen sozialen Voraussetzungen“⁶⁴ grundrechtlicher Freiheit bedarf es eines Konzepts des Voraussetzungsschutzes, das dem Individuum *Möglichkeiten* – sei es zur Selbstwahl, zur Selbstdarstellung oder zur Äußerung – eröffnet.⁶⁵ Diese Voraussetzungen dürfen sich nicht nur auf das isolierte Individuum beschränken, sondern müssen dessen soziale Be-

60 Ausführlich dazu *Funke*, Parallelweg (Fn. 2), S. 102 f.

61 A. *Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, Frankfurt am Main 1995, passim; L. *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung: das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Baden-Baden 2011, S. 85 ff.

62 BVerfGE 147, 1 (19).

63 *Böckenförde*, Grundrechtstheorie (Fn. 21), 1531.

64 *Böckenförde*, Grundrechtstheorie (Fn. 21), 1539.

65 *Britz*, Selbstdarstellung (Fn. 23), S. 33, 47. Hierbei geht es explizit nur um die Schaffung eines Voraussetzungsschutzes; ein Erfolg kann seitens des Staates freilich nicht garantiert werden, vgl. *Britz*, Selbstdarstellung (Fn. 23), S. 47; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie (Fn. 21), 1531.

ziehungen mitdenken. Dadurch kann auch stärker berücksichtigt werden, welche Strukturen die Freiheit und Selbstbestimmung des Individuums gefährden.⁶⁶

Nicht nur Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG, auch weitere Freiheitsrechte – etwa die Religions-, die Meinungs- oder die Kunstfreiheit – sind in unterschiedlichem Maß durch beziehungstheoretische Realisierungen geprägt. Ein Ansatz, der die Beziehungsdimension von Freiheitsrechten ausdrücklich mitdenkt, kann hier zu einem präziseren Verständnis ihrer Schutzrichtung führen. Eine solche Dimension ersetzt das bestehende Verständnis nicht, sondern ergänzt es für jene Freiheitsrechte, die relational (mit-)geprägt sind.

III. Möglichkeiten eines Perspektivenwechsels

Um Relationalität in die herrschende Grundrechtslehre zu integrieren, entwickeln *Suhr* und *Vesting* Ansätze einer beziehungsorientierten Betrachtung der Freiheitsrechte.

1. Suhrs interaktives Freiheitsparadigma

Mein Verständnis von „Beziehungsrechten“ knüpft im Wesentlichen an *Suhrs* Verständnis von Freiheitsrechten an. Zwar spricht *Suhr* nicht ausdrücklich von Beziehungsrechten, doch betont er, dass Grundrechte „auch und gerade Kommunikationsrechte, also Wege und Straßen der Geselligkeit“ sind.⁶⁷ Unter „Kommunikationsrechten“ versteht *Suhr* nicht etwa nur Art. 5 GG⁶⁸, sondern die generelle Ausübungsdimension der Freiheitsgrundrechte, insbesondere im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG.⁶⁹ Ich verwende trotzdem den Begriff „Beziehungsrechte“, um eine Verwechslung mit den spezifischen Kommunikationsgrundrechten des Art. 5 GG zu vermeiden.

Suhr bezeichnet Kommunikation – im Anschluss an *Scholz* und *Luhmann* – als „elementaren sozialen Prozeß der Konstitution von Sinn

66 *Sacksofsky*, Relationale Freiheit (Fn. 6), S. 185.

67 *Suhr*, Entfaltung (Fn. 5), S. 83 f.

68 So etwa *Ladeur*, Dimension (Fn. 21), S. 17 ff.

69 *Suhr*, Entfaltung (Fn. 5), S. 82 ff., insb. S. 85.

in zwischenmenschlichem Kontakt“.⁷⁰ Auf dieser Grundlage versteht er Grundrechtsausübung als „freiheitlichen Kommunikationsprozeß“⁷¹, wobei er Freiheit nicht atomistisch, sondern „als interindividuelle Kommunikation“ begreift⁷². Im Zentrum der Freiheitsgrundrechte und deren Freiheitsverständnis stehen nicht weiter Einzelaktionen des Individuums, sondern der Mensch als Beziehungswesen.⁷³ Dieses Paradigma stützt sich soziologisch auf das Verständnis des Menschen als soziales Wesen, insbesondere im Rahmen der Persönlichkeitsentfaltung.⁷⁴

Dogmatisch sieht Suhr die Freiheitsrechte nicht auf ihre Abwehrfunktion begrenzt: „Die Grundrechte *sind* [...] zwar auch Abwehrbastionen [...], aber sie sind in ihrer Ausübungsdimension weitgehend auch und gerade Kommunikationsrechte“.⁷⁵ Hierbei kritisiert er auch die „Asozialität“ des individualistischen Freiheitsverständnisses⁷⁶ und lehnt die Übertragung eines solchen Verständnisses auf die Persönlichkeitsentfaltung, die gerade nicht individualistisch, sondern in Interaktion und durch andere erfolgt⁷⁷, ab. Konsequenzen hat Suhrs Freiheitsparadigma vor allem für Art. 2 Abs. 1 GG. Während andere Autor:innen hier die individualistische Selbstbestimmung und Entfaltung betonen⁷⁸, rückt Suhr den Schutz interindividueller Kommunikation und dialogischer Entfaltung in den Vordergrund, indem er das Eingebundensein des Individuums in soziale Beziehungen als Selbstentfaltungsbedingung ansieht. Damit entwickelt Suhr ein kommunikatives Entfaltungsverständnis.⁷⁹

70 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 81, im Anschluss an R. Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, S. 286 f.; N. Luhmann, Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965, S. 25.

71 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 81.

72 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 81.

73 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 84.

74 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 84 f.

75 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 83 f.

76 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 84.

77 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 84 f.

78 Dazu U. Sacksofsky, Autonomie und Fürsorge, KJ 2021, 47 (51); Alexy, Menschenbild (Fn. 36), 844; T. Barczak, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn 26.

79 Suhr, Entfaltung (Fn. 5), S. 80.

2. Vestings Verständnis von Grundrechten als Nachbarschaftsverhältnissen

Auch Vestings Konzeption zielt darauf, auf Grundlage der kulturellen Einbettung des Individuums⁸⁰ die intersubjektive Dimension der Grundrechte zu stärken. Unter Bezugnahme auf die Konzeption der „Nachbarschaft“ legt er den Schwerpunkt auf die horizontalen Beziehungen zwischen Grundrechtsträgern, die vom Souveränitätsverhältnis Staat-Individuum abweichen.⁸¹ Vesting schlägt vor, das herrschende Grundrechtsverständnis durch dieses Nachbarschaftsmodell zu ergänzen. Darin stabilisieren sich Beziehungen in horizontalen „nachbarschaftlichen Vernetzungen“.⁸² Auf diese Weise soll das vorherrschende staatsbezogene Grundrechtsverständnis „vom Druck seines Absolutismus“ befreit werden.⁸³

Als Subjekt der Freiheitsrechte sieht Vesting daher nicht das einzelne Individuum, sondern die Verknüpfung zwischen den Individuen an.⁸⁴ Auf diese Weise soll – in Anlehnung an die Unterscheidung zwischen subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Gehalten – die „horizontale Selbstorganisation der Individuen“ in den Vordergrund treten.⁸⁵ Vestings Einordnungen berücksichtigen auch die Rolle intersubjektiver Beziehungen beim Konstitutionsprozess von Freiheitsgegenständen. Die grundrechtlich geschützten (Nachbarschafts-)Beziehungen sind für ihn „vorläufige Ergebnis[se] eines prinzipiell unendlichen Kommunikationsprozesses zwischen den Rechtssubjekten“⁸⁶ und somit dynamisch. Da freiheitsrechtliche Schutzbereiche nicht statisch, sondern Ausdruck fortlaufender intersubjektiver Aushandlung sind, lassen sich zukünftige Ausprägungen der Freiheitsrechte noch nicht abschließend bestimmen; sie unterliegen dem gesellschaftlichen Wandel sowie sozialen Dynamiken.⁸⁷

80 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 73.

81 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 59.

82 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 59.

83 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 59.

84 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 76.

85 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 60.

86 Vesting, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 77.

87 Dies zeigt sich vor allem im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das durch seine Dynamik besser auf aktuelle Gefährdungen der Freiheit reagieren kann, vgl. BVerfGE 54, 148 (153); 65, 1 (41); *Di Fabio* (Fn. 45), Art. 2 Rn. 136.

3. Impulse für eine Beziehungsperspektive

Sowohl *Suhr* als auch *Vesting* setzen wichtige Impulse für einen Perspektivenwechsel. *Suhr* zeigt anhand seines kommunikativen Ansatzes, dass Freiheitsrechte nicht primär das Staat-Bürger:in-Verhältnis regeln, sondern vor allem die intersubjektive Grundrechtsausübungsdimension schützen. Besonders deutlich zeigt sich dies im Kontext von Art. 2 Abs. 1 (i.V.m Art. 1 Abs. 1) GG: Die Persönlichkeit entsteht wesentlich im Austausch mit anderen. Die soziale Umwelt nimmt hierbei eine Doppelrolle ein: Sie ist einerseits Teil der *Konstitution* und andererseits Teil der *Freiheitsausübung*.⁸⁸

Auch *Vesting* erkennt diese Doppelrolle: Er betont sowohl die Bedeutung des sozialen Umfelds für die Freiheitsausübung als auch die Interdependenz zwischen sozialen Beziehungen und Grundrechten. Als Folge soll sich die Grundrechtslehre von der Fokussierung auf das isolierte Individuum entfernen und die Beziehungen zwischen den Subjekten in den Vordergrund rücken.⁸⁹ Anders als *Suhr* löst er seinen Ansatz von Art. 2 Abs. 1 GG und entwickelt dadurch ein leichter auf andere Freiheitsrechte übertragbares Konzept.

Ein Paradigmenwechsel nach *Suhr* und *Vesting* hätte eine interaktive Freiheitsbetrachtung zur Folge, die das Individuum als Teil einer gemeinschaftlichen Praxis ansieht. Dadurch müssten intersubjektive Freiheitsbeziehungen nicht mehr über Umwege vom einzelnen Subjekt her gedacht werden, sondern können genuine Gegenstände der Freiheitsrechte darstellen. Das wirft jedoch die Frage auf, ob ein solcher Schutz tatsächlich einer Neubetrachtung der Freiheitsrechte bedarf oder bereits im aktuellen Grundrechtsverständnis angelegt ist.

4. Konsequenzen einer relationalen Betrachtung der Freiheitsrechte

Eine Ergänzung im Sinne von *Suhr* und *Vesting* hätte die Rekonstruktion des freiheitsrechtlichen Schutzbereichs zur Folge. Damit gehen Konsequenzen für den Schutzzumfang der Freiheitsrechte auf Ebene des Schutzbereichs wie auch für deren Schutz auf Ebene der Grundrechtsfunktionen einher. Intersubjektive Freiheitsausübung, die wesentlich für die Entwicklung und Entfaltung der eigenen Identität ist, würde so auf ein neues Schutzniveau hochgehoben werden.

88 Ausführlich dazu siehe auch *Britz*, Selbstdarstellung (Fn. 23), passim.

89 *Vesting*, Nachbarschaft (Fn. 10), S. 84.

Auf das oben bereits genannte Beispiel der geschlechtlichen Identität übertragen hätte dies zur Folge, dass die (selbstbestimmte) Identität nicht weiter als fertiges Produkt auftritt, das es nun vor staatlichen Eingriffen zu verteidigen gilt. Durch eine Neubetrachtung erscheint auch der vorverlängerte Identitätsbildungsprozess als im Rahmen eines spezifischen Freiheitsrechts besonders schützenswert. Vor diesem Hintergrund überzeugt auch *Cremers* Einschätzung, eine relationale Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG gehe nicht über ein „formales Verständnis von Freiheit“ hinaus und *Suhr*s Ausführungen haben lediglich einen „defensiv-explikativen Charakter“⁹⁰, nicht. Zwar kann den dargestellten Konzeptionen von *Suhr* und *Vesting* eine gewisse Nähe zur Schutzpflichtenlehre⁹¹ nicht abgesprochen werden, doch bieten diese insbesondere im Rahmen der Berücksichtigung intersubjektiver Beziehungen ein Mehr an Schutz.

Cremers Einordnung erkennt vor allem, dass die Grundrechtslehre auf abstrakten Vorverständnissen basiert, aus denen konkrete Dogmen erwachsen können. Sowohl *Suhr* als auch *Vesting* nehmen eine Justierung dieses abstrakten Vorverständnisses vor, indem sie das Grundrechtssubjekt neu denken. Schwerpunkt eines Perspektivenwechsels ist somit, dass sich das Recht an der Wirklichkeit orientieren muss – eine Wirklichkeit, in welcher Beziehungen wesentlich für die Entfaltung, das Wesen, das Leid und die Freude des Menschen sind.⁹² In Anlehnung an *Nedelsky* profitiert die Rechtslehre somit von einer Perspektivenänderung („*shift in emphasis*“), durch die Beziehungen von der Peripherie des Rechts in dessen Mittelpunkt gerückt werden.⁹³

IV. Fazit

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass im Bereich der Freiheitsrechte ungelöste Fragen relationaler Freiheit bestehen. Die herrschende Grundrechtslehre reagiert darauf weiterhin vom einzelnen Individuum her, ohne dezidiert auf dessen Relationalität einzugehen. Dadurch wird deutlich, dass Freiheit in der deutschen Grundrechtslehre weiterhin als ein

90 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (Fn. 1), S. 189.

91 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (Fn. 1), S. 181.

92 *J. Nedelsky*, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford 2011, S. 3.

93 *Nedelsky*, *Relations* (Fn. 92), S. 3.

isoliertes Hab und Gut verstanden wird, obwohl die Wechselbeziehungen zwischen Individuum und sozialer Umwelt eine tragende Rolle spielen.

Das soziale Moment, das bereits grundrechtstheoretisch angelegt ist, sollte in der Grundrechtsdogmatik stärker in den Fokus rücken. Freiheitsgrundrechte haben die personale Freiheit zum Gegenstand – diese kann jedoch nur interpersonal stattfinden.⁹⁴ Dritte sollten innerhalb der Grundrechtsdogmatik nicht bloß als Grenze erscheinen, die im Rahmen der Rechtfertigung oder ohne klare Kontur im Rahmen der Grundrechtsfunktionen abgehandelt werden. Vielmehr sollten Grundrechtsschutzbereiche die zwischenmenschliche Kommunikation schützen und relationale Beziehungen in den Blick nehmen. Auch bei der Konstitution des Schutzbereichs sollte nicht vom Individuum her gedacht werden, sondern ein interaktives Paradigma zugrunde gelegt werden, um die Interdependenz zwischen Individuum und Sozialität zu verdeutlichen. Daher plädiere ich für eine Neubetrachtung des Grundrechtssubjekts: weg vom isolierten Individuum hin zum sozial eingebetteten Subjekt, dessen – positive und negative – Auseinandersetzungen mit seiner Umwelt stärker geschützt werden.

Das bedeutet keineswegs, dass eine etwaige „Definitionshoheit“ der sozialen Umwelt die Selbstbestimmung des Individuums ersetzen soll.⁹⁵ Eine relationale Perspektive von Freiheit führt nicht zum Vorrang des Willens der Gemeinschaft gegenüber dem des Individuums.⁹⁶ Gerade in Anbetracht der Funktion von Grundrechten als Minderheitenrechte wären dadurch Ausprägungen wie das Recht auf selbstbestimmte geschlechtliche Identität ernsthaft gefährdet. Es geht vielmehr darum, den Menschen im Recht so abzubilden, wie er auch in der Wirklichkeit auftritt: als soziales Wesen.

Die Anerkennung zwischenmenschlicher Beziehungen als (Mit-)Bedingung von Freiheit ermöglicht es, das Verhältnis zwischen Bürger:innen in der Grundrechtslehre neu zu denken. Nur so können intersubjektive Entfaltungswege selbst zum unmittelbaren Schutzgegenstand der Freiheitsrechte werden, ohne lediglich als Nebenprodukt einer Individualbetrachtung aufzutreten. Auch prozessual führt ein relationales Verständnis zu keinem Systembruch. Freiheitsrechte bleiben subjektive Rechte, die individuell durchgesetzt werden können. Der Prüfungsmaßstab erweitert sich le-

94 H. Rupp, „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte (2001), in: H. Rupp/A. Funke (Hrsg.), *Freiheit – Organisation – Verwaltung: ausgewählte Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht*, Tübingen 2024, S. 144 (156).

95 Siehe dazu auch Sacksofsky, *Relationale Freiheit* (Fn. 6), S. 185 f.

96 Sacksofsky, *Relationale Freiheit* (Fn. 6), S. 186, 198.

diglich: Die Grundrechtsprüfung könnte etwa auch berücksichtigen, ob die staatliche Ordnung die *sozialen Voraussetzungen* der Freiheit hinreichend gewährleistet. Zwar lässt sich dies teilweise auch über die bestehende Dogmatik lösen, doch zeigen aktuelle Entscheidungen, dass diese bei Fällen mit relationaler Relevanz an ihre Grenzen stößt.

Der Unterschied zum Status quo liegt also weniger im „Ob“ des Schutzes als im „Wie“ seiner Begründung. Natürlich soll dieser Beitrag als abstrakter Denkanstoß noch keine konkreten dogmatischen Konsequenzen für die einzelnen Freiheitsrechte aufzeigen.⁹⁷ Doch ein Perspektivenwechsel vom isolierten zum relationalen Subjektverständnis könnte ein erster Schritt zu einer sozialeren Grundrechtsdogmatik sein.

⁹⁷ Zu den konkreten dogmatischen Konsequenzen einer solchen Grundrechtsbetrachtung für verschiedene Grundrechtsbereiche vgl. *Honer*, Prolegomena (Fn. 7), 266 ff.

Verfassungen gegen den Nihilismus

Christian Demmelbauer

Als Teil ihrer Kritik liberaler Gesellschaften entwickeln illiberale Denker:innen eigene verfassungsrechtliche Legitimationsnarrative: Geschichten, Ideen und Theorien in und über Verfassungen, die illiberale Herrschaftsansprüche rechtfertigen sollen. Der vorliegende Beitrag rekonstruiert ein solches Legitimationsnarrativ auf der Grundlage von Carl Schmitts Theorie der demokratischen Verfassung. In unserer Zeit eines angeblichen Nihilismus, in der Menschen von Desorientierung und Einsamkeit geplagt sind, versprechen illiberale Verfassungen eine kollektive politische Identität zu affirmieren, zu konkretisieren und zu stärken. Der Beitrag zeigt, inwiefern diese Vorstellung konsequent durchgedacht zur gedanklichen Grundlage für Autoritarismus und Exklusion wird, und antwortet auf den folgenden illiberalen Einwand: Auch liberale Verfassungen seien eine exkludierende Form der Selbstaffirmation.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	35
II. Nihilismus und Verfassung	38
III. Verfassung als Selbstaffirmation	40
IV. Autoritäre Konsequenzen	45
V. Tu Quoque: Ein Einwand	46
VI. Schluss	49

I. Einleitung

In den letzten Jahren steigt die Popularität von illiberalen Zugängen zu politischer Gemeinschaft und Verfassung. Das Gesellschaftsmodell der liberalen Demokratie wird zunehmend von politischen Kräften in Frage gestellt, die die normativen Grundlagen gleicher Freiheit radikal zurückweisen. Eine beachtliche Zahl von Staaten präsentiert sich gerade in ihren Verfassungen als zentrales Alternativprojekt zur westlich-liberalen Moderne. Singapur etwa baut eine illiberale Demokratie auf kommunitaristisch

angelegten „asiatischen Werten“ auf.¹ Die ungarische Verfassung verpflichtet alle Staatsorgane zum Schutz der „christlichen Kultur Ungarns“.² Diese Verfassungen wenden sich gegen die liberale Tradition, indem sie den Schutz bestimmter ethnisch oder religiös definierter Gemeinschaften zum zentralen Verfassungsprinzip erheben.

In der Verfassungstheorie besteht Uneinigkeit darüber, ob diese illiberalen Verfassungen³ auf einer ernstzunehmenden Verfassungskultur – einem Konstitutionalismus – beruhen. Gabór Halmai etwa meint, dass „illiberaler Konstitutionalismus“ ein „Oxymoron“ ist: Konstitutionalismus, verstanden als normative Verfassungstheorie, die auf Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und den Schutz von Grund- und Menschenrechten besteht, sei per definitionem liberal.⁴ Dem stehen (kritische) Analysen eines „illiberalen“⁵ „populistischen“⁶ „kommunitaristischen“⁷ und „autoritären Konstitutionalismus“⁸ gegenüber. Ob man dabei nun von Konstitutionalismus sprechen möchte oder nicht, illiberale Verfassungen sind jedenfalls nicht nur ein

1 E. Mérieau, *Singapour, modèle global de démocratie illibérale. Constitutionnalisme et État de droit au prisme des „valeurs asiatiques“*, *Revue française de droit constitutionnel* 2023, 227.

2 Art. R (4) ungarisches Grundgesetz.

3 Beide zentralen Begriffe, „illiberal“ und „Verfassung“, können in diesem Beitrag aus Platzgründen nicht genau behandelt werden. Im Wesentlichen ist mit „illiberaler Verfassung“ ein Rechtsdokument gemeint, das vorgibt, die Ausübung politischer Herrschaft zu regeln, und liberale Grundprinzipien der gleichen Freiheit aller Bürger:innen zurückweist. Zum Begriff der Verfassung vgl. z.B. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin 2012, S. 11 ff. Zum Begriff des Illiberalismus vgl. z.B. M. Laruelle, *Illiberalism: a conceptual introduction*, *East European Politics* 2022, 303. Im Rahmen meiner Dissertation setze ich mich genauer mit diesen Begriffen auseinander.

4 G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, *German Law Journal* 2019, 296 (312 f.).

5 T. Drinóczi/A. Bieñ-Kacala, *Illiberal Constitutionalism in Central and Eastern European States*, in: M. Laruelle (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Illiberalism*, NY 2024, S. 555.

6 P. Blokker, *Populism as a constitutional project*, *International Journal of Constitutional Law* 2019, 535.

7 L.-A. Thio, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, S. 133 (142-147).

8 A. Somek, *Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and its Legacy*, in: C. Joerges/N. Singh Ghaleigh (Hrsg.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland, Oregon 2003, S. 361.

Stück Text.⁹ Die illiberale Verfassungspraxis stützt sich auf verfassungsrechtliche Legitimationsnarrative: Geschichten, Ideen und Theorien in und über Verfassungen, die Herrschaftsansprüche rechtfertigen sollen.¹⁰ In diesem Beitrag versuche ich ein solches illiberales Legitimationsnarrativ kritisch zu rekonstruieren: In der Zeit eines angeblichen Nihilismus, in der Menschen von Desorientierung und Einsamkeit geplagt sind, versprechen illiberale Verfassungen eine kollektive politische Identität zu affirmieren, zu konkretisieren und zu stärken.

Diese Rekonstruktion erfolgt durch eine Analyse illiberaler politischer und Verfassungstheorie. Illiberale politische und Verfassungstheoretiker:innen weisen das liberale Grundprinzip gleicher Freiheit radikal zurück.¹¹ Sie behaupten, dass dieses Prinzip moderne liberale Demokratien in den Verfall geführt hat. Der Liberalismus sei „gescheitert“; er müsse deshalb überwunden werden.¹² Die Bandbreite an Texten, die sich nach diesem Kriterium als illiberal bezeichnen lassen, ist sehr weit. So sind etwa sowohl das Werk des „Kronjuristen des Dritten Reiches“¹³ Carl Schmitt als auch Texte aus dem politischen Katholizismus¹⁴ und der neuen Rechten¹⁵ nach dieser Definition illiberal. Der Vorzug eines derart weiten Begriffs ist, dass sich Gemeinsamkeiten ideologisch weit auseinanderliegender Strömungen darstellen lassen.

Ich beginne mit der Rekonstruktion einer unter illiberalen Autor:innen weit geteilten Diagnose: Liberale Gesellschaften leiden an Nihilismus, am Verlust höherer Werte und stabiler Identitäten (II). Daraufhin soll Carl

9 Vgl. G. Frankenberg, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Berlin 2020, S. 102-107.

10 Vgl. zu verfassungsrechtlichen Legitimationsnarrativen W. Voermans, *The Story of Constitutions. Discovering the We in Us*, übers. v. Brendan Monaghan, NY 2023, S. 312 f.

11 E. Holzleithner, *Reactionary Gender Constructions in Illiberal Political Thinking, Politics and Governance* 2022, 6 (7). Damit unterscheiden sie sich von marxistischen Theoretiker:innen, die argumentieren, dass der Liberalismus das Ideal gleicher Freiheit selbst nicht angemessen realisiert, vgl. S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Mass./London 1993, S. 1.

12 P. Deneen, *Why Liberalism Failed*, New Haven/London 2018.

13 So auch in BVerwG NVwZ 2024, 1755 (1761). Zu Schmitts Rolle im Nationalsozialismus vgl. z.B. H. Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, VVDStRL 2001, 9.

14 Dazu: K. Vallier, *All the Kingdoms of the World. On Radical Religious Alternatives to Liberalism*, NY 2023.

15 Dazu: T. Bar-On, *Rethinking the French New Right. Alternatives to modernity*, London/NY 2013.

Schmitts Verfassungstheorie als Antwort auf den liberalen Nihilismus gelesen werden: Verfassungen sind als Selbstaffirmation eines einheitlichen Volkes zu verstehen (III). Im nächsten Schritt wird gezeigt, dass dieses Verfassungsverständnis autoritäre Konsequenzen hat (IV). Schließlich wird auf einen möglichen illiberalen Einwand geantwortet (V).

II. Nihilismus und Verfassung

Kontemporäre illiberale Autor:innen beschreiben liberale Gesellschaften oft als einsam, leer und homogen. Sie klagen über die Zerstörung von „konstitutiven Gemeinschaften“,¹⁶ wie etwa Familie, Kirche und regionale ethnische Gruppen, die ihren Mitgliedern vormals Zugehörigkeit, Sinn und Identität vermittelten. Mit ihrem Wegfall werden Individuen entwurzelt.¹⁷ Sie werden losgelöst von reichhaltigen kulturellen Kontexten, die sie durch ihr Leben führen könnten, und verlieren sich in den oberflächlichen Verführungen des Konsums und der Unterhaltung.¹⁸ Wie Nietzsches „letzte Menschen“ geben sie jede höhere Mission für das Angenehme auf.¹⁹ Dabei werden sie, wie Nietzsche meint, zu einer „Herde“ ohne Hirten.²⁰ Der Untergang kultureller Identitäten und die Angleichung von Geschlechterrollen führen, so illiberale Autor:innen, dazu, dass Menschen „austauschbar“ werden.²¹ Die Polyphonie angeblich reichhaltiger Gemeinschaften und sozialer Identitäten wird ersetzt durch die Monotonie des Massenkonsums.

16 Der Begriff der konstitutiven Gemeinschaft entstammt dem Kommunitarismus (vgl. *M. Sandel*, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 1998 [1982], S. 147-154) und wird etwa von den illiberalen Autoren Patrick Deneen und Alain de Benoist entlehnt (*Deneen*, *Liberalism* (Fn. 12), S. 38; *A. de Benoist*, *Contre le libéralisme. La société n'est pas un marché*, Monaco 2019, S. 111 f.).

17 Nach *A. de Benoist*, *The Ideology of Sameness*, übers. v. R. Adwan, London: Arktos 2022, S. 14 sind sie „soil-less“. *Deneen* spricht von „homelessness“ (*Liberalism* (Fn. 12), S. 78).

18 *A. de Benoist*, *On Identity*, Telos 2004, 9 (57); *R. Legutko*, *The Demon in Democracy. Totalitarian Temptations in Free Societies*, übers. v. T. Adelson, NY/London: Encounter Books 2016 [2012], S. 36.

19 *F. Nietzsche*, *Also sprach Zarathustra*. Ein Buch für Alle und Keinen, Frankfurt/M./Leipzig 2007 [1883], S. 19.

20 *Nietzsche*, *Zarathustra* (Fn. 19), S. 19.

21 Zur angeblich drohenden „Austauschbarkeit“ von Männern und Frauen, vgl. *M. Harrington*, *Feminism Against Progress*, London 2023, S. 35, 109, 150; zur angeblichen Angleichung von Kulturen, vgl. *de Benoist*, *Sameness* (Fn. 17), S. 24.

Recht und Verfassung spielen eine zentrale Rolle in dieser Untergangszählung. Nach András Láncki, dem Hofideologen von Viktor Orbán,²² werden sowohl göttliches als auch natürliches Recht in der Moderne relativiert. Nur noch der Mensch wird als Ursprung des Rechts angesehen.²³ In bildhafter Sprache schreibt Láncki: „Today all laws are founded [...] on the development of human reason which proudly bangs its chest – I do not need any outside assistance in order to be able to produce laws.”²⁴ Láncki stellt die moderne Verfassung als zentralen Ausdruck dieser Rechtskonzeption dar.²⁵ Sie wird als Produkt menschlicher Vernunft gedacht, die sich anmaßt, die politische Realität nach ihren Vorstellungen zu ordnen.²⁶ Nach Patrick Deneen ist das im Wesentlichen eine sozialtechnische Angelegenheit: Die Verfassung ist die „‘applied technology’ of liberal theory“.²⁷ Für Deneen und Láncki sind liberale Verfassungen demnach Maschinen zur Ausübung und Begrenzung von Macht. Sie können dem allgemeinen Bedeutungsverlust in modernen Gesellschaften nichts entgegensetzen, sondern verstärken ihn eher noch.

Diese Kritik liberaler Gesellschaften und des liberalen Verständnisses von Recht und Verfassung beinhaltet eine Problembeschreibung: Illiberale beklagen, dass moderne Gesellschaften und liberale Verfassungen nihilistisch sind – losgelöst von höheren Werten. Wer so eine Diagnose stellt, muss auch eine Therapie vorschlagen. Aus illiberaler Perspektive wäre eine naheliegende Strategie, Recht und Verfassung wieder eine tiefere Bedeutung zu geben: Es bräuchte eine sinnstiftende Verfassung. Im nächsten Abschnitt versuche ich zu zeigen, dass Carl Schmitts Theorie der demokratischen Verfassung als Theorie einer sinnstiftenden Verfassung gelesen werden kann.

22 K.L. Scheppele, The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism, *German Law Journal* 2019, 314 (317).

23 A. Láncki, Laws Beyond Relativity. Command or Fairness?, *The Legal Culture* 2021, 9 (passim).

24 Láncki, Relativity (Fn. 23), 18.

25 Láncki, Relativity (Fn. 23), 18.

26 Láncki, Relativity (Fn. 23), 18.

27 Deneen, Liberalism (Fn. 12), S. 101.

III. Verfassung als Selbstaffirmation

Schmitts Verfassungstheorie ist zu komplex, um sie in diesem Kapitel umfassend rekonstruieren zu können.²⁸ Hier geht es nur darum, einen ihrer grundlegenden Gedanken aufzubereiten. Der Ausgangspunkt ist die soeben beschriebene Nihilismus-Diagnose. Diese findet sich auch bei Schmitt: Er verachtet²⁹ die „Seelenlosigkeit eines rationalistischen und mechanistischen Zeitalters“.³⁰ Die Antithese dieser Seelenlosigkeit sieht Schmitt im Politischen.³¹ Politische Gemeinschaft bzw., in Schmitts Terminologie, „politische Einheit“³² wird dabei als die intensivste Form menschlichen Zusammenhalts verstanden. Ihre Verbindung ist so stark, dass sie ihr entgegengesetzte Gruppen als Feinde betrachtet, als „in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes“, und im Konfliktfall möglicherweise als „Negation der eigenen Art Existenz“.³³ Es ist die Sphäre, in der es ernst wird,³⁴ wo Überzeugungen so stark sind, dass Menschen bereit sind, dafür zu töten und zu sterben.³⁵ Dieser Ernst ist der nihilistischen Welt des bloßen Konsums entgegengesetzt. Wie Leo Strauss Schmitts Gedanken zusammenfasst: „die einzige *Garantie* dagegen, daß die Welt nicht eine Welt der Unterhaltung wird, sind Politik und Staat“.³⁶

Im Einklang damit versucht Schmitt, die politische Bedeutung der Verfassung gegen deren angeblich liberale Deutung als formale Technik der Machtausübung und -beschränkung wiederzubeleben.³⁷ Schmitt un-

28 Für eine umfassende Rekonstruktion vgl. V. Neumann, Carl Schmitt als Jurist, Tübingen 2015, S. 99 ff.

29 Vgl. L. Strauss, Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen [1932], in: H. Meier (Hrsg.), Carl Schmitt, Leo Strauss und der „Begriff des Politischen“. Zu einem Dialog unter Abwesenden, erw. Neuaufl., Stuttgart/Weimar 1998, S. 97 (119).

30 C. Schmitt, Römischer Katholizismus und politische Form, München 1925, S. 16.

31 B. Van de Wall, Political existentiality in Carl Schmitt; reenchanting the political, Philosophy and Social Criticism 2025, 774.

32 C. Schmitt, Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963, S. 43.

33 Schmitt, Begriff (Fn. 32), S. 27.

34 Das wird in der neuere Schmitt-Rezeption hervorgehoben, etwa bei G. Maschke, Drei Motive im Anti-Liberalismus Carl Schmitts [1988], in: G. Maschke, Der Tod des Carl Schmitt, durchges. u. erw. Aufl., Wien/Leipzig 2012, S. 155 (161 f.).

35 B. Schupmann, Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis, Oxford 2017, S. 80.

36 Strauss, Begriff (Fn. 29), S. 118.

37 C. Schmitt, Der bürgerliche Rechtsstaat [1928], in: G. Maschke (Hrsg.), Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, Berlin 2021, S. 44.

terscheidet gleich zu Beginn seiner *Verfassungslehre* zwischen Verfassung und Verfassungsgesetzen. Verfassungsgesetze sind einzelne Gesetze, die in bestimmter Form ergehen, also etwa in einer Urkunde enthalten oder erschwert abänderbar sind.³⁸ Die Verfassung hingegen ist ein „Zustand“: Als „absolute Verfassung“ ist sie „der konkrete Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staates.“³⁹ Als „positive Verfassung“ ist sie die „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit.“⁴⁰ Die Verfassung ist damit nichts weniger als die „politische Daseinsform“⁴¹ des Gemeinwesens. Verfassungsgesetze sind demgegenüber bloß „sekundär“;⁴² rechtstechnische Details. Die Verfassung ist höher, wichtiger. Sie bestimmt die „Seele“⁴³ des Staates.⁴⁴

Wenn sich ein verfassungsrechtlicher Ansatz zur Überwindung des Nihilismus ergeben soll, muss sich dieser also in der (politischen) Verfassung befinden. Hier ist der Ernst zu suchen, den illiberale Autor:innen in liberalen Gesellschaften vermissen. In modernen Gesellschaften liegt der Kern der Verfassung nach Schmitt in der positiven Verfassung, der „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit.“⁴⁵ Diese Entscheidung betrifft die grundlegende Gestalt des Staates. Die positive Weimarer Verfassung ist nach Schmitt etwa eine „konstitutionelle Demokratie [...] mit bundesstaatlicher Struktur.“⁴⁶ Betroffen wird diese Entscheidung von der „verfassungsgebenden Gewalt“. Sie ist der Wille, durch den die politische Einheit die Gesamtentscheidung über ihre eigene Art und Form trifft.⁴⁷ In einer Demokratie ist die verfassungsgebende Gewalt nach Schmitt das Volk.⁴⁸ Das Volk gibt sich in seiner „Identität [...] mit sich selbst als politischer Einheit“⁴⁹ eine Verfassung.

38 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1989 [1928], S. 11-20.

39 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 4.

40 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 20.

41 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 24.

42 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 23; vgl. auch S. 76.

43 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 4.

44 Vgl. J.P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge 1997, S. 231.

45 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 20. Vgl. H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 2. Aufl., Berlin 1992 [1964], S. 125.

46 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 24.

47 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 75.

48 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 223.

49 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 205.

Die positive Verfassung ist Schmitt zufolge daher ein Akt der Selbstkonstitution: Das Volk gibt sich selbst seine Verfassung. Solche Akte der Selbstkonstitution beinhalten jedoch ein Paradox: Verfassungsgebung durch das Volk setzt voraus, dass das Volk handlungsfähig ist; dass es eine Entscheidung für eine Verfassung treffen kann. Ohne Verfassung, die bestimmt, in welchen Formen das Volk handeln kann, scheint das Volk aber nicht handlungsfähig zu sein. Damit sich das Volk selbst eine Verfassung geben kann, müsste es also schon eine Verfassung haben. Um sich konstituieren zu können, müsste das Volk schon konstituiert sein.⁵⁰ Der Akt der Selbstkonstitution scheint sich somit selbst vorauszusetzen und damit unmöglich zu sein.

Schmitt löst dieses Problem, indem er das Volk als politische Einheit und verfassungsgebende Gewalt als *Voraussetzung* der positiven Verfassung behandelt. In Schmitts Worten: „Was nicht politisch vorhanden ist, kann sich auch nicht bewußt entscheiden.“⁵¹ Die positive demokratische Verfassung setzt also voraus, dass das Volk schon vor dem Akt der Verfassungsgebung eine handlungsfähige politische Einheit ist. Das Volk ist aus sich heraus und unabhängig von der positiven Verfassung „politisch aktionsfähig“.⁵² Seine verfassungsgebende Gewalt kann dem Volk daher im Rahmen der ersten Verfassungsgebung höchstens „bewußt“ werden.⁵³ Es besteht schon davor als von der Verfassung unabhängiges, handlungsfähiges Kollektivsubjekt.

Um politisch aktionsfähig zu sein, braucht das Volk nach Schmitt eine starke kollektive Identität.⁵⁴ Die „Gleichartigkeit“⁵⁵ der Mitglieder des Volkes erlaubt es ihm unmittelbar und ohne Verfahren der Kompromissbildung einen einheitlichen politischen Willen zu bilden. Diese kollektive Identität ermöglicht auch, dass das Volk Anführer:innen hat, die ihren Willen mit dem Willen des Volks identifizieren: „Dadurch, daß einer herrscht oder regiert, darf er nicht aus der allgemeinen Identität und Homogenität des Volkes heraustreten.“⁵⁶ Eine starke kollektive Identität sichert so die

50 A. Somek, *Constituent Power in National and Transnational Contexts*, *Transnational Legal Theory* 2012, 31 (35).

51 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 50.

52 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 205.

53 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 50.

54 Allgemein zum Begriff vgl. J. Assmann, *Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität*, in: J. Assmann/T. Hölscher (Hrsg.), *Kultur und Gedächtnis*, Frankfurt/M 1988, S. 9.

55 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 228.

56 Schmitt, *Verfassungslehre* (Fn. 38), S. 235.

Identität von Regierenden und Regierten, die Schmitt als Definition der Demokratie ansieht.⁵⁷ Durch die kollektive Identität sind alle Mitglieder des Volkes politisch⁵⁸ ident, sodass der Wille der einen für den Willen der anderen stehen kann. Soweit scheint Schmitts Theorie der positiven Verfassung klar zu sein: Ein schon vereintes Volk gibt sich aus eigener Machtfülle eine Verfassung.

Hier stellt sich aber eine Frage: Wenn die Verfassung ein handlungsfähiges Volk mit einer starken kollektiven Identität schon voraussetzt, wozu braucht es dann eigentlich eine Verfassung? Schmitt gibt Anhaltspunkte, wie eine verfassungslose Demokratie aussehen könnte. Das Volk kann nach Schmitt seinen Willen „durch Zuruf, durch *acclamatio*, durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein“ ausdrücken.⁵⁹ Wenigstens eine mögliche Form der Demokratie besteht also darin, dass das Volk eine:n Anführer:in unwidersprochen in seinem Namen walten lässt. Konsequenterweise meint Schmitt auch, dass „diktatorische und zäsaristische Methoden [...] unmittelbare Äußerungen demokratischer Substanz und Kraft sein können.“⁶⁰ Somit „erscheint die Diktatur als wahre Demokratie.“⁶¹ Ist eine Verfassung dann nicht ein Zeichen von Schwäche; ein Zeichen dafür, dass die demokratische Kraft nicht ausreicht, um sich unmittelbar selbst zu regieren?

In der Tat ist der Aufmarsch jubelnder Massen für Schmitt der unmittelbarste Ausdruck demokratischer Kraft.⁶² Wie Schmitt selbst sieht, kann so ein Aufmarsch aber nie die ganze politische Gemeinschaft erfassen und schon gar nicht ihr Dauerzustand sein.⁶³ Das mit sich identische Volk ist somit auch bei Schmitt nicht einfach da; keine „handgreifliche Wirklichkeit“.⁶⁴ Sein Zusammenhalt muss laufend hergestellt und gewollt werden, um sich zu erhalten. Die positive Verfassung hat hier ihre entscheidende Funktion: Wie Hasso Hofmann schreibt, drückt sie den „Selbstbe-

57 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 234.

58 Worin die Identität besteht – ob etwa in einer Religion oder in der Zugehörigkeit zu einer Nation – ist irrelevant (Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 228–234).

59 C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Berlin 1969 [1926], S. 22.

60 Schmitt, Parlamentarismus (Fn. 59), S. 23.

61 E. Holzleithner, Führung muss sein. Carl Schmitts Fiktion eines totalen Staates, in: E. Kreisky/M. Löffler/ S. Zegler (Hg.innen), Staatsfiktionen. Denkbilder moderner Staatlichkeit, Wien 2011, S. 103 (113).

62 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 243 f.

63 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 206 f.

64 Schmitt, Parlamentarismus (Fn. 59), S. 35.

hauptungswillen eines Volkes als einer Einheit und Ganzheit“ aus.⁶⁵ Sie ist Ausdruck des Willens zur Selbsterhaltung als sich selbst beherrschendes Kollektivsubjekt.⁶⁶ Mit anderen Worten: Die positive Verfassung ist *Selbstaffirmation*; das Volk bejaht und bekräftigt die eigene Existenz und den eigenen Herrschaftsanspruch. Da das Volk keine handgreifliche Wirklichkeit ist, ist dieser Akt der Selbstaffirmation zugleich ein Akt der Inszenierung.⁶⁷ Die positive Verfassung ist Darstellung des nie ganz präsent einheitlichen Volkes und erlaubt Bürger:innen dadurch, sich imaginär in dessen Reihen einzugliedern. In der Affirmation steckt folglich auch eine Art *Imagination* des Volkes.

Mit der Funktion der Selbstaffirmation gehen zwei weitere Funktionen einher. Zunächst *konkretisiert* die Verfassung die politische Einheit. Durch sie wird klar, was die kollektive Identität des Volkes in einer konkreten Situation bedeutet. Da das Volk als homogen existierend schon vorausgesetzt ist, kann die positive Verfassung aber nie als mehr auftreten, denn als „bewußte[] Gestaltung‘ dessen, was schon ist“.⁶⁸ Darüber hinaus *stärkt* die Verfassung die kollektive Identität der politischen Einheit. Sie erlaubt und erfordert organisiertes Handeln zur Festigung der grundlegenden Homogenität des Volkes: „Die Einrichtungen eines Staates haben die Funktion, [die] Gleichartigkeit [des Volkes] möglich zu machen und täglich aufs neue wiederherzustellen.“⁶⁹ Beide Funktionen hängen aber begrifflich von der Selbstaffirmation ab. Das, was konkretisiert und gestärkt werden soll, ist das als einheitlich imaginierte Volk mit seiner kollektiven Identität.

Wir können jetzt sehen, inwiefern Schmitts demokratische Verfassung sinnstiftend sein soll. Sie stellt insofern ein Gegengewicht zur vermeintlichen Seelenlosigkeit moderner Gesellschaften und Verfassungen dar, als sie eine vorausgesetzte kollektive Identität affirmiert, konkretisiert und stärkt. Sie bekräftigt und stützt eine politische Identität, die dem sinnentleerten liberalen Rechtsstaat als etwas Höheres und Ernstes gegenübergestellt wird. Diese kollektive politische Identität verspricht den Menschen Bedeutung und Zugehörigkeit. Sie entreißt sie der Oberflächlichkeit eines Lebens als

65 Hofmann, Legitimität (Fn. 45), S. 129.

66 Schmitt leitet die Legitimität des Rechts dementsprechend auch aus dem „Recht auf Selbsterhaltung“ ab (Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 22; vgl. Hofmann, Legitimität (Fn. 45), S. 129).

67 Vgl. Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 207: „Es gibt [...] keinen Staat ohne Repräsentation“.

68 Hofmann, Legitimität (Fn. 45), S. 135; s. auch Neumann, Schmitt (Fn. 28), S. 104.

69 Schmitt, Rechtsstaat (Fn. 37), S. 47.

bloße Konsument:innen. In der Verfassung bejaht das Volk sich selbst als die Gemeinschaft, die ihren Mitgliedern mehr bietet als Unterhaltung: Es nimmt sich als politische Gemeinschaft ernst. Das ist das in der Einleitung angesprochene illiberale Legitimationsnarrativ: Eine illiberale, selbstaffirmierende Verfassung verspricht in der Zeit eines angeblichen „Nihilismus“, eine starke kollektive Identität zu affirmieren, zu konkretisieren und zu stärken.

IV. Autoritäre Konsequenzen

Diese Selbstaffirmation ist keineswegs so „demokratisch“, wie Schmitt sie darstellt. Sie hat (mindestens) zwei autoritäre Konsequenzen. Zunächst setzt die positive Verfassung das Volk voraus. Sie affirmiert seine Einheit und seine unmittelbare Handlungsfähigkeit. Wie oben schon beschrieben endet diese unmittelbare Handlungsfähigkeit aber in der Diktatur. Schmitt identifiziert die „Akklamation“ als „natürliche Form der unmittelbaren Willensäußerung eines Volkes“:⁷⁰ Das Volk kann „nur Ja oder Nein sagen“⁷¹ – zu den Vorschlägen eines Anführers, der dadurch mit dem Volk als Ganzes identifiziert wird. Die Bürger:innen, die das Volk tatsächlich ausmachen, haben damit eine überwiegend „passive Rolle“.⁷² In Wirklichkeit regiert in Schmitts „Demokratie“ somit nicht das Volk, sondern die Person oder Gruppe, die mächtig genug ist, ihren Willen als den des Volkes auszugeben. Die selbstaffirmierende Verfassung bekräftigt diesen Herrschaftsanspruch noch.

Eine zweite autoritäre Konsequenz ergibt sich daraus, dass die Homogenität des Volkes nicht einfach vorhanden ist. Schmitts „Demokrat:innen“ müssen laufend versuchen, die kollektive Identität des Volkes abzusichern bzw. überhaupt erst herzustellen. Daher verlangt die Idee des Volkes als aus sich selbst heraus handelnde Einheit die Unterdrückung aller, die in diese Einheit nicht hineinpassen. In Schmitts eigenen Worten: Demokratie verlangt die „Ausscheidung und Vernichtung des Heterogenen“.⁷³ Eine echte Demokratie kann es demnach nur geben, wenn der Pluralismus verschiedener Identitäten aufgelöst wird, wenn sichergestellt ist, dass ohnehin

70 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 83.

71 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 38), S. 84.

72 W. Scheuerman, *The End of Law. Carl Schmitt in the Twenty-First Century*, 2. Aufl., London/NY 2020, S. 83.

73 Schmitt, *Parlamentarismus* (Fn. 59), S. 14.

alle gleich sind und das Gleiche wollen. Das lässt sich nur verwirklichen, wenn Menschen, die der kollektiven Identität nicht entsprechen (oder auch nur dessen verdächtig sind), ausgeschlossen werden. An die Stelle liberaler Prinzipien der gleichen Freiheit zu politischer Beteiligung und Gestaltung des eigenen Lebens setzt Schmitt somit die (illiberale) Dominanz einer Gruppe im Namen eines als einheitlich imaginierten Volks.

V. *Tu Quoque: Ein Einwand*

Die Vorstellung der Verfassung als Selbstaffirmation ist demnach nicht nur illiberales Legitimationsnarrativ, sondern gedankliche Grundlage für Autoritarismus und Exklusion. Auf diese liberale Kritik gibt es einen Einwand, der in diesem Abschnitt behandelt werden soll: Es scheint, als könnten Illiberale mit „tu quoque“ antworten. Auch liberale Verfassungen seien eine Form der Selbstaffirmation. Das zeige sich, so der Vorwurf, insbesondere an ihren autoritären Seiten.

Der polnische Philosoph Ryszard Legutko etwa besteht darauf, dass auch Liberale ein Programm der Homogenisierung einsetzen. Ähnlich wie kommunistische Vorgänger schließt der liberale öffentliche Diskurs alle aus, die den „political mainstream“⁷⁴ kritisieren.⁷⁵ Auch hier finde demnach eine Ausscheidung und Vernichtung des Heterogenen statt. Adrian Vermeule erhebt einen ähnlichen Einwand auf Ebene der Verfassungstheorie. Er schreibt, dass progressive Verfassungsjurist:innen das Recht für ihr utopisches Befreiungspathos instrumentalisieren.⁷⁶ Für Vermeule ist das besonders offensichtlich in der Supreme Court Entscheidung *Obergefell v. Hodges*, die die gleichgeschlechtliche Ehe legalisierte.⁷⁷ Er sieht darin ein „ritual drama“, in dem die Überwindung alter Vorurteile zelebriert wurde.⁷⁸ Diejenigen, die sich auf die Seite der Vorurteile stellen (wie Chief Justice Roberts, der eine „dissenting opinion“ verfasst hat), werden als „Bösewicht“ („villain“) dargestellt.⁷⁹ Sie werden aus einer Gemeinschaft der Fortschrittlichen ausgestoßen, die die Verfassung als Gelegenheit betrachtet, sich

74 Legutko, *Demon* (Fn. 18), S. 82.

75 Legutko, *Demon* (Fn. 18), S. 3 f.

76 A. Vermeule, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge/Medford 2022, S. 117-121.

77 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

78 Vermeule, *Constitutionalism* (Fn. 76), S. 118 f.

79 Vermeule, *Constitutionalism* (Fn. 76), S. 119.

selbst zu affirmieren und zu inszenieren. Progressives Verfassungsrecht ist nach Vermeule also linksliberale, rituelle Selbstaffirmation.

Legutko und Vermeule haben ein Talent für Polemik. Der sachliche Kern ihrer Einwände sollte aber ernstgenommen werden: Sind auch liberale Verfassungen Selbstaffirmationen einer homogenen Gemeinschaft, die ihre politische Identität in der Akzeptanz liberaler Grundprinzipien gleicher Freiheit sieht? Liberale könnten dies akzeptieren und einfach darauf bestehen, dass der freiheitliche Gehalt ihrer Prinzipien autoritäre Konsequenzen verhindert. In diesem Beitrag möchte ich aber der Möglichkeit einer anderen Antwort nachgehen: Selbstkonstitution lässt sich anders verstehen denn als Selbstaffirmation. Um das zu zeigen, beziehe ich mich auf Christine Korsgaards Lösung des Paradoxes der Selbstkonstitution in ihrer Theorie persönlicher Identität.

Für Personen lautet das Paradox der Selbstkonstitution folgendermaßen: Um sich selbst zu konstituieren, muss eine Person schon da, d.h. konstituiert, sein.⁸⁰ Nach Korsgaard scheint es zunächst zwei mögliche Lösungen für dieses Paradox zu geben. Entweder die Person entscheidet sich aus dem Nichts, wer sie sein will. Michael Sandel hat diese Konzeption eines „empty self“ Rawls liberaler politischer Theorie unterstellt.⁸¹ Oder die Person ist vorher schon da und setzt ihre Identität in ihren Handlungen bloß um. Korsgaard beschreibt diese Konzeption unter dem Namen „the determinate self“.⁸² Beide Konzeptionen sind – so Korsgaard – unbefriedigend: Das leere Selbst scheint keine Gründe für Handlungen zu haben und sich für nichts mit vollem Einsatz engagieren zu können. Das determinierte Selbst scheint unfrei und intolerant zu sein.⁸³ Es muss Widersprüche zur eigenen Identität als existenzielle Bedrohung wahrnehmen. Das Paradox der Selbstkonstitution transformiert sich insofern in ein Dilemma.

Laut Korsgaard entsteht dieses Dilemma erst durch eine statische Betrachtungsweise. Eine solche Betrachtungsweise geht davon aus, dass das Selbst schon vor seinen Handlungen existiert.⁸⁴ Laut Korsgaard ist das ein Missverständnis. Wir sind nicht vor unseren Handlungen da, sondern konstruieren unsere Identität in unseren Handlungen.⁸⁵ Eine Person zu sein

80 C. Korsgaard, *Self-Constitution. Agency, Identity, and Integrity*, Oxford 2009, S. 20.

81 Korsgaard, *Self-Constitution* (Fn. 80), S. 42 f.

82 Korsgaard, *Self-Constitution* (Fn. 80), S. 43.

83 Korsgaard, *Self-Constitution* (Fn. 80), S. 43.

84 Korsgaard, *Self-Constitution* (Fn. 80), S. 43 f.

85 Korsgaard, *Self-Constitution* (Fn. 80), S. 19.

bedeutet, sich selbst ständig in und durch die eigenen Handlungen als ein Selbst mit einer bestimmten Identität zu konstruieren.⁸⁶ Selbstkonstitution ist demnach weder *creatio ex nihilo* noch Affirmation einer vorausgesetzten Identität. Es ist Arbeit („work“).⁸⁷ Wir erarbeiten uns laufend eine Identität aus der Situation, in die wir geworfen sind. Die Einheit der Person ist daher auch nicht Voraussetzung unserer Handlungen, sondern (immer angestrebtes und nie endgültig erreichtes) Ergebnis eines Vereinigungsbemühens.⁸⁸

Korsgaards Ausführungen lassen sich auf das verfassungstheoretische Problem der Selbstkonstitution anwenden: Die oben rekonstruierte Schmittsche Sicht begreift die politische Einheit als ein determiniertes Selbst. Sie entscheidet zwar über die Art und Form ihrer politischen Einheit. Dafür wird die politische Einheit selbst und, im demokratischen Fall, die Gleichartigkeit ihrer Mitglieder aber schon vorausgesetzt. Die kollektive Identität des Volkes wird als vor der Verfassung bestehend angenommen.⁸⁹ Ein an Korsgaard orientierter liberaler Ansatz kann nun behaupten, dass der Gedanke, ein einheitliches Volk müsse vor dem Akt der Verfassungsgebung bestehen, auf einer statischen Betrachtungsweise beruht. Wie das Selbst muss auch das Volk nicht als vor seiner Verfassung bestehend gedacht werden.

Stattdessen kann die kollektive Identität der politischen Gemeinschaft als laufende Arbeit verstanden werden. Zusammenhalt ist dementsprechend nichts Fertiges, sondern nie mehr als vorläufiges Ergebnis eines Vereinigungsbemühens. So gesehen ist die Verfassung nicht Affirmation einer vorher bestehenden kollektiven Identität. Sie ist zugleich Ermöglichungsbedingung und Zwischenergebnis eines fortlaufenden Aushandlungsprozess über eine mögliche kollektive Identität. Die kollektive Identität einer politischen Gemeinschaft hat somit den Status von „praktischen Hypothesen, die sich erst bewähren oder scheitern können“.⁹⁰ Nach liberalen Maßstäben scheitern solche Hypothesen jedenfalls dann, wenn sie nicht alle, die

86 Korsgaard, Self-Constitution (Fn. 80), S. 42.

87 Korsgaard, Self-Constitution (Fn. 80), S. 26.

88 Korsgaard umschreibt die Aufgabe als: „pull yourself together“, Korsgaard, Self-Constitution (Fn. 80), S. 125 ff.

89 Vgl. H. Lindahl, Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood, in: M. Loughlin/N. Walker (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2008, S. 9 (16 f.).

90 J. Habermas, Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden, in: J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt/M 1976, S. 92 (118).

wollen, als Teilnehmer:innen in den Prozess der Auseinandersetzung über die Gestalt politischer Gemeinschaft einbeziehen.⁹¹ Schmitts Konzeption hingegen lässt überhaupt keinen Aushandlungsprozess zu. Bei ihm wird die Einheit der politischen Gemeinschaft *vorausgesetzt* und nicht *erarbeitet*.

VI. Schluss

Schmitts Theorie der demokratischen Verfassung sieht in der Verfassung also die Selbstaffirmation eines Volkes, das als Träger einer starken kollektiven Identität gedacht wird. Das kann als Legitimationsnarrativ für illiberale Verfassungen funktionieren, indem es diese als sinnstiftende Verfassungen sieht: als Gegenpol zum angeblichen Nihilismus liberaler Gesellschaften und Verfassungen. Wir haben aber gesehen, wie diese Vorstellung konsequent durchgedacht autoritäre Konsequenzen hat. Eine liberale Verfassungstheorie, die Verfassung als Ermöglichungsbedingung und Zwischenergebnis eines fortlaufenden Aushandlungsprozess betrachtet, kann diesen Konsequenzen entgehen. Als Teil der laufenden Arbeit an der politischen Gemeinschaft muss sie auch keineswegs so nihilistisch sein, wie sie von Illiberalen gern präsentiert wird.

Schmitts Theorie der demokratischen Verfassung ist jedoch nicht die Einzige, die versucht, der Verfassung eine Bedeutung (zurück-)zugeben, die in der liberalen Moderne angeblich verloren gegangen ist. Adrian Vermeule etwa stellt die Orientierung am Gemeinwohl ins Zentrum seiner (religiös unterlegten) illiberalen Verfassungstheorie.⁹² Demokratie betrachtet er explizit nur als eine mögliche „determination“ dieser allgemeinen Idee.⁹³ Das zeigt, dass auch illiberale Verfassungstheorie unterschiedliche Wege gehen kann. Diese nachzuvollziehen ist zentral, soll die aktuelle Attacke auf die liberale Demokratie adäquat verstanden werden.

91 Vgl. J. Rawls, *Political Liberalism*, erw. Aufl., NY 2005 [1993], S. 217 und S. Benhabib, *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubled Times*, Cambridge/Malden 2011, S. 68 f.

92 Vermeule, *Constitutionalism* (Fn. 76), S. 28 ff.

93 Vermeule, *Constitutionalism* (Fn. 76), S. 47 f.

Political constitutionalism in der Bundesrepublik: Potentiale und Fallstricke am Beispiel Wilhelm Hennis'

Tristan Wißgott*

Die Bundesrepublik kennt keine Tradition des *political constitutionalism*. Warum dies so ist, soll dieser Beitrag am Beispiel von Wilhelm Hennis erklären. Dessen Werk stellt den Versuch dar, der verfassungsrechtlichen Theorie und Praxis der Bundesrepublik, die sich als *legal constitutionalism* begreifen lässt, einen radikal anderen Verfassungsbegriff entgegenzuhalten. In Hennis' Werk zeigt sich beides: die Potentiale eines *political constitutionalism*, aber auch die normativen Gründe, die gegen eine ungebrochene Übernahme dieser der britischen Verfassungsdiskussion entstammenden Theorie sprechen. Gleichwohl gibt es, so das Schlussargument, gute Gründe, weder einen *political constitutionalism* allgemein noch Hennis im Besonderen vorschnell ad acta zu legen.

Inhaltsverzeichnis

I. Der political constitutionalism: eine britische Erfindung	53
II. Die Verfassung der Bundesrepublik: legal constitutionalism in Reinform	55
III. Wilhelm Hennis' political constitutionalism I: Prägungen	58
IV. Wilhelm Hennis' political constitutionalism II: Scheitern	60
V. Die Zukunft des bundesrepublikanischen legal constitutionalism	64

Die Bundesrepublik kennt keine Tradition des *political constitutionalism*¹. Diese Feststellung ist auf der einen Seite richtig. Dieser in der angelsächsischen politischen Theorie in zahlreichen Variationen vertretene und vielfach diskutierte Verfassungsbegriff, der bestenfalls sekundär auf die Eingehung und Begrenzung, primär aber auf die *Ermöglichung* von Politik

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Vergleichendes Staatsrecht und Politische Wissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen. – Für hilfreiche Anmerkungen danke ich Mathias Honer.

1 Vgl. für diesen Befund vor allem Ch. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, 2015, Kap. I; zuvor ähnlich etwa U. K. Preuß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, in: U. K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung: die Ordnung des Politischen*, 1994, S. 7.

zielt, hat in der Bundesrepublik nur vereinzelt Adepten², aber keine breite Anhängerschaft gewinnen können. Auf der anderen Seite ist mit dieser zutreffenden Feststellung nichts erklärt: Warum scheint die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre – der Beginn einer Antwort könnte, zugegeben, schon in dieser begrifflichen Selbststilisierung liegen – für die demokratische Institutionen konstituierende, nicht „den Staat“ zügelnde Dimension des Verfassungsrechts nicht empfänglich zu sein?

Die Antwort liegt, so die Überlegung, die ich im Folgenden zu explizieren suche, im Verfassungsbegriff der Bundesrepublik und einer Wissenschaft vom öffentlichen Recht, die sich prinzipiell affirmativ gegenüber diesem Verfassungsbegriff verhält. Diese Überlegung lässt sich sinnfällig explizieren am Beispiel einer Theorie, die gerade damit bricht. Aus diesem Kontrast erhellt zum einen der besondere Verfassungsbegriff der Bundesrepublik; zum anderen aber wird deutlich, warum Theorien eines *political constitutionalism* nicht ohne weiteres auf die Bundesrepublik übertragbar sind. Ich möchte für diesen Kontrast *Wilhelm Hennis'* Verfassungstheorie heranziehen. *Hennis* folgt der Staatsrechtslehre nämlich gerade nicht, sondern bricht offen mit ihr. Gegen den Verfassungsbegriff der Bundesrepublik hält er, so meine Lesart, an einer Form des *political constitutionalism* fest. Damit freilich steht er relativ allein auf weiter Flur – und scheitert.

Ich verfolge mit diesem Fokus zwei Ziele: einmal möchte ich am Beispiel von *Wilhelm Hennis* erklären, warum die Tradition des *political constitutionalism* in der Bundesrepublik nicht nur faktisch nicht anschlussfähig war, sondern auch theoretisch kaum anschlussfähig sein konnte; und weiter möchte ich aber die Potentiale einer sei's auch vorsichtigen Rezeption dieser Theorie wie auch der *Hennis'schen* Schriften ausloten. Dafür gehe ich wie folgt vor: Ich beginne mit einer Charakterisierung des *political constitutionalism* als spezifisch britische Verfassungstheorie (I.) und kontrastiere

2 Gegenwärtig ist vor allem an besagten *Christoph Möllers* zu denken; vgl. seine neue Aufsatzsammlung: *Demokratie und Gewaltengliederung: Studien zur Verfassungstheorie*, 2025; weiter sein Beitrag zur Demokratietheorie des Grundgesetzes in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 5. – Im Übrigen erfreuen sich ein „Recht der Politik“ und Standortbestimmungen der Rechtswissenschaft im demokratischen Prozess zunehmender Beliebtheit; dies freilich mit durchaus gewichtigen Unterschieden im Detail, die ich hier nicht auffächern kann. Vgl. partes pro toto *O. Lepsius*, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, *Der Staat* 2013, 157; *M. Morlok*, *Notwendigkeit und Schwierigkeit eines Rechts der Politik*, *DVB* 2017, 995; *S. Jürgensen*, *Verfassungsnormativität im Recht der Politik*, *DÖV* 2019, 639; *M. Honer*, *Recht der Politik*, *Der Staat* 2023, 677; *J. v. Achenbach*, *Das Recht der Demokratie in der Staatswissenschaft*, *Der Staat* 2025, 155.

dagegen den Verfassungsbegriff der Bundesrepublik (II.). Dass letzterer jedenfalls nicht alternativlos, vielleicht gar ein Irrweg ist, hat Wilhelm Hennis beständig einzuwenden versucht. Dessen Theorie möchte ich als Variante eines *political constitutionalism* charakterisieren (III.) – und aus diesem Charakter zugleich ihr Scheitern erklären (IV.). Zum Abschluss komme ich auf die Frage zu sprechen, welche Rezeptionspotentiale gleichwohl bestehen könnten (V.).

I. Der political constitutionalism: eine britische Erfindung

Der *political constitutionalism* und der von diesem dichotomisch streng geschiedene *legal constitutionalism* zählen zu den Paradigmen der internationalen politischen und Verfassungstheorie der vergangenen Jahr(zehnt)e. Mit etwas gutem Willen lässt sich die gesamte angelsächsische politische und Verfassungstheorie mit dieser Heuristik strukturieren. Dass dieses Paradigma in der Bundesrepublik gleichwohl nicht anschlussfähig scheint, liegt – jedenfalls auf den ersten Blick – an seiner engen Orientierung am britischen Verfassungsrecht: der *political constitutionalism* hat wesentlich einen polemischen Charakter, mit dem Spezifika der britischen *Constitution* in vermeintlichen Gefährdungslagen verteidigt werden sollten und sollen. Diesen Charakter möchte ich zunächst rekonstruieren.³

Begriffsprägend war ein 1979 erschienener Aufsatz von J. A. G. Griffith, der unter dem nachgerade lapidar anmutenden Titel „The Political Constitution“⁴ die vermeintlichen Idiosynkrasien der englischen Verfassung gegen Reformvorschläge in Schutz zu nehmen suchte. „We have therefore a considerable number of proposals for radical constitutional change being advanced by a number of rather improbable people“⁵; In dieser Feststellung ist Griffiths Fundamentalkritik an den in der Tat weitreichenden Vorschlägen – etwa die Einführung einer *Bill of Rights* und die Einrichtung eines *Supreme Court* – aufgehoben. Dagegen wendet Griffith sich in einem denkbar grundsätzlichen Argument. Er weist nach, wie sehr diese Vorschläge

3 Eine Ideengeschichte des *political constitutionalism*, die – weil der Chronist zugleich einer ihrer Protagonisten ist – nicht frei von Bias sein kann, liefert R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, in: H. Kumarasingham/Peter Cane (Hrsg.), *The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom*, Bd. I, Cambridge 2023, S. 59.

4 J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, *Modern Law Review* 42 (1979), 1.

5 Griffith, *The Political Constitution* (Fn. 4), 12.

im Widerspruch zu Grundprinzipien der englischen Verfassung stehen;⁶ und er hält gegen die Vorstellung, der politische Prozess sei stärker zu juridifizieren, einen Verfassungsbegriff hoch, der sich affirmativ zur politischen Praxis verhält:

The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also.⁷

Der Einfluss dieses Textes steht in keinem Verhältnis zu seiner argumentativen Substanz. Nicht nur aus dem Abstand von bald fünf Jahrzehnten und dem Ärmelkanal lässt der Text mehr Fragen offen, als er beantwortet. Auch der britischen Verfassungstheorie, die sich in der Nachfolge von Griffith in dessen Traditionslinie zu stellen sucht, hat über die Defizite nicht hinwegsehen können.⁸ Der eher okkasionell denkende Text folgt im Duktus der Argumentation dem Ideal einer Phronesis: jenem Gebot praktischer Klugheit, das von der Theorie seit Aristoteles streng zu scheiden sei. Als Metatheorie wissenschaftlicher Argumentation war dies, obzwar sie sich auf Edmund Burke, den großen Verteidiger der englischen Verfassung, noch affirmativ beziehen konnte, zunehmend unplausibel geworden.⁹

Die „zweite Welle“ transformiert Griffiths eher deskriptive *Beschreibung* der britischen Verfassung als „Political Constitution“ darum, konsequent, in ein *normatives Programm*: in einen *political constitutionalism*, der als solcher sich in der zeitgenössischen politischen Theorie zu positionieren sucht. Vor allem *Richard Bellamy* und *Adam Tomkins* haben sich um eine republikanische Aktualisierung von Griffiths Ansätzen bemüht.¹⁰ Und *Jeremy Waldron* und *Martin Loughlin*, die sich zwar beide nicht affirmativ auf den *political constitutionalism* beziehen, haben wichtige Beiträge zur Kritik

6 Griffith, The Political Constitution (Fn. 4), 15: “The proposals are fundamental because they would change the constitution at its very heart...”.

7 Griffith, The Political Constitution (Fn. 4), 19.

8 Vgl. etwa die Diskussion bei G. Gee, The political constitutionalism of JAG Griffith, Oxford Journal of Legal Studies 28 (2008), 20.

9 Vgl. nur J. Habermas, Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Sozialphilosophie (1961), in: ders., Theorie und Praxis, 1978, S. 48.

10 A. Tomkins, Our republican constitution, 2005; R. Bellamy, Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy, Cambridge 2007.

des neuen Gegners: dem *legal constitutionalism* geliefert.¹¹ Ungeachtet der relativen Heterogenität dieser Autoren und ihrer Theorien, die keineswegs verschwiegen werden sollte¹², eint sie doch eine Prämisse: nämlich die prinzipielle Skepsis gegenüber der Verrechtlichung politischer Prozesse. Dass politische Entscheidungen am besten von Politikern getroffen werden sollten, weil nur diese sich dafür in der Öffentlichkeit *verantworten* müssen, war schon die implizite Normativität hinter *Griffiths* Text:

The fundamental political objection is this: that law is not and cannot be a substitute for politics. This is a hard truth, perhaps an unpleasant truth. For centuries political philosophers have sought that society in which government is by laws and not by men. It is an unattainable ideal. ... I believe firmly that political decisions should be taken by politicians. In a society like ours this means by people who are removable. It is an obvious corollary of this that the responsibility and accountability of our rulers should be real and not fictitious.¹³

Präzise diese Position kehrt, in verschiedenen Varianten, in den Texten von *Bellamy* und *Tomkins* ebenso wieder wie in denen von *Waldron* und *Loughlin*.

II. Die Verfassung der Bundesrepublik: legal constitutionalism in *Reinform*

Diese theoretische Debatte ist in Deutschland nie wirklich aufgegriffen worden. Das eint sie mit der innig verwandten Debatte – Protagonist nicht nur des *Political Constitutionalism*, sondern auch des Kriegs gegen *Judicial Review* ist ja *Waldron* – um die Radikalkritik der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dass *diese* Debatte sich in Deutschland nur als bedingt rezeptionsfähig erwiesen hat, hat Christoph Möllers auf die unterschiedlichen institutionellen Ausgangsbedingungen zurückgeführt: Das Grundgesetz autorisiere das Bundesverfassungsgericht selbst; daher stellten sich keine mit

11 *J. Waldron*, Political political theory: essays on institutions, 2016; *M. Loughlin*, Against Constitutionalism, Harvard 2022.

12 Vgl. *R. Greally*, Ideologies of Political Constitutionalism, Oxford Journal of Legal Studies 44 (2024), 949.

13 *Griffith*, The Political Constitution (Fn. 4), 16.

den USA vergleichbaren Legitimationsprobleme (wohl aber andere).¹⁴ Für die Diskussion um den *political constitutionalism* kann diese Erklärung allerdings nicht umstandslos übertragen werden. So sehr diese Theorie nämlich eine britische Erfindung ist, so wenig ist sie die bloße Abstraktion des institutionellen Arrangements der britischen Verfassung. Bei allem zurückgenommenen normativen Anspruch – vor allem bei Griffith – ist gegen den *political constitutionalism* seit jeher eingewandt worden, er sei ein idealisiertes Zerrbild der englischen Verfassung, kein bloßes Abbild; und der Gegensatz zum *legal constitutionalism* sei in der Folge kein prinzipieller, sondern entspringe nur dem polemischen Abgrenzungsbedürfnis der genannten Theoretiker. In Wahrheit, so die Kritik, weisen Verfassungen typischerweise Elemente beider Theorien auf; es handle sich lediglich um graduelle Unterschiede.¹⁵

Diese Kritik ist einerseits nicht von der Hand zu weisen; denn selbst die englische Verfassung setzt, wenn auch in zurückgenommenen Maße, auf rechtliche Sicherungen gegen Politik. Andererseits indes negiert die Kritik eine zentrale Weichenstellung; denn das Signum der *political constitutionalists* liegt nicht in dem von ihnen präferierten institutionellen Arrangement, sondern in dem Begriff von Sozialität.¹⁶ Politische Konflikte können, so die oben bereits genannte gemeinsame Auffassung, in den Formen des Rechts nur unzulänglich ausgetragen werden; ihre Politisierung ist darum der einzig gangbare Weg, sie periodisch neu auszutragen. Hingegen vertraut der *legal constitutionalism* auf die Konfliktlösung durch Recht; dass dieses nicht nur beständig neu auszuhandelnde Prämissen der Politik, sondern überzeitig gültige Grenzen für diese statuiert, ist Axiom dieser Theorie. Damit ist eine kategoriale Differenz markiert. Auch wenn man die Dichotomie von

14 Ch. Möllers, Zur Theorie verfassungsgerichtlicher Kontrolle: eine kritische Einführung, in: ders., Demokratie und Gewaltengliederung: Studien zur Verfassungstheorie, 2025, S. 346 (349 ff.).

15 Vgl. etwa A. Kavanagh, Recasting the Political Constitution: From Rivals to Relationships, King's Law Journal 30 (2019), 43; M. Loughlin, The Political Constitution Revisited, King's Law Journal 30 (2019), 5.

16 Vgl. die Antikritik an den Vorgenannten durch A. Latham-Gambi, Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism—an Imaginary Opposition?, Oxford Journal of Legal Studies 40 (2020), 737; die folgenden Kurzcharakterisierungen dort 742 f. – Die Einsicht, dass sich Hennis' Theorie vom Verfassungsbegriff der Bundesrepublik hinsichtlich des Begriffs von ›Sozialität‹ unterscheidet, verdanke ich einer Nachfrage von Mathias Honer. Zum Begriff der ›Sozialität‹ vgl. seinen Aufsatz: Prolegomena einer relationalen Grundrechtstheorie und -dogmatik, Der Staat 2025, 249 (251) m.w.N.

legal und *political constitutionalism* also nicht an ein starres institutionelles Arrangement rückbinden sollte, ist der Unterschied zwischen ihnen gleichwohl einer ums Ganze.

Die Bundesrepublik lässt sich, wenn ihr institutionelles Design auch ein ganz anderes als das sowohl Englands wie auch der Vereinigten Staaten ist, in dem Schema von *political* und *legal constitutionalism* also dennoch präzise verorten¹⁷, nämlich: entschieden letzterem zuschlagen. Das trifft, wenn auch in abgeschwächter Form, auf ihre prominenteste politische Theorie, nämlich die Jürgen Habermasens, zu – der ja mit seiner Diskurstheorie dem Politischen ein Übermaß an Harmonismus verordnet¹⁸. Und es trifft auch und vor allem auf Praxis und Theorie des Verfassungsrechts der Bundesrepublik zu. Die bundesrepublikanische Praxis, wesentlich geformt durch das neue Bundesverfassungsgericht, und, im Nachgang, die verfassungsrechtliche Theorie haben sich nämlich gleichsam entschieden einem *legal constitutionalism* verschrieben, wie vor allem Verena Frick argumentiert hat.¹⁹ Die fragile Demokratie in der Bonner Republik der Nachkriegszeit war mit einem Grundgesetz, das eine Verfassung nicht sein sollte, ausgestattet, dem die Sorge um ein zweites Weimar eingraviert war. Die Einhegung des Politischen durch Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht und ein diese juristisch operationalisierendes Verfassungsgericht trennten die Bonner Republik nicht nur von der Weimarer Vorgängerin – sondern auch von der britischen Verfassung.

Die folgende Entwicklung ist hinreichend bekannt: Dass sich politische, aber auch gesellschaftliche Konflikte am besten durch das *Recht* befrieden lassen, ist in der Bundesrepublik ein Gemeinplatz. Verena Frick hat drei distinkte Merkmale des bundesrepublikanischen Verfassungsbegriffs ausgemacht:²⁰ ein Bundesverfassungsgericht, das als Verfassungsorgan und als „Hüter der Verfassung“ verstanden wird; ein Verständnis der Verfassung,

17 Vgl. dazu noch G. Gee/G. C. N. Webber, What Is a Political Constitution?, Oxford Journal of Legal Studies 30 (2010), 273, die die beiden Theorien eher als „Modelle“ zur Analyse verschiedener Verfassung verstehen wollen.

18 J. Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992; zur entsprechenden Kritik vgl. Ch. Möllers, Demokratie, in: H. Brunkhorst/R. Kreide/C. Lafont (Hrsg.), Habermas-Handbuch, 2015, S. 75. – Siehe aber auch Habermas' vorsichtige Skepsis gegenüber Verfassungsgerichten: a.a.O., Kap. VI.

19 V. Frick, The Justicization of Politics: Constitutionalism and Democracy in Germany after 1949, Redescriptions 22 (2019), 18.

20 Frick, The Justicization of Politics (Fn. 19), 22 ff.

vor allem ein Verständnis der Grundrechte als Staat und Gesellschaft strukturierende „Wertordnung“; ein epistemisches Monopol des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsauslegung. Und Frick hat daraus zurecht den Schluss gezogen, dieses Verfassungsverständnis sei gerade das Gegenteil eines *political constitutionalism*: „Therefore, German constitutionalism is best understood as a form of legal-moral normativism. It paradigmatically represents a way of constitutional thinking that can be captured with the concept of ‚legal constitutionalism.‘“²¹

III. Wilhelm Hennis' political constitutionalism I: Prägungen²²

Dieser Verfassungsbegriff allein ist durchaus bemerkenswert. Sehr viel bemerkenswerter ist allerdings, dass dieser Verfassungsbegriff in der Staatsrechtslehre die längste Zeit selten prinzipiell infrage gestellt wurde. Bei aller anfänglichen Skepsis der Staatsrechtslehre gegenüber Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht hat sich diese doch recht schnell und vor allem in bemerkenswert grundsätzlicher Weise auf den neuen Verfassungsbegriff eingelassen.²³ Bernhard Schlink hat das wissenschaftliche Selbstverständnis der Staatsrechtslehre einmal auf die treffende Formel des Bundesverfassungsgerichtspositivismus gebracht hat:²⁴ Damit ist jedenfalls die Eigenart der Staatsrechtslehre treffend charakterisiert, im Verbund mit dem Bundesverfassungsgericht die Verfassung vor allem als Ensemble von Entscheidungssätzen für (Grund-)Rechtsstreitigkeiten zu verstehen. Wilhelm Hennis hat diesen Verfassungsbegriff der Bundesrepublik nicht akzeptiert; aber er hat sich zugleich nicht von der Verfassungstheorie und -praxis der Bundesrepublik entfernt, sondern beständig mit ihr auseinandergesetzt. Erst beides in Verbindung macht ihn zu einer einzigartigen Figur.

21 Frick, The Justicization of Politics (Fn. 19), 28 f.

22 Der folgende Abschnitt schöpft aus einem längerem Manuskript, in dem ich Hennis' Verfassungstheorie werkgeschichtlich zu rekonstruieren und ideenhistorisch zu vermessen suche: T. Wißgott, Wilhelm Hennis' Fragestellung: über den historischen Ort seiner „politischen Wissenschaft“, Ms. 2026.

23 Zur Skepsis gegenüber dem Grundgesetz: M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV: 1945–1990, 2012, Kap. II; gegenüber dem Verfassungsgericht: F. Lange, Der Dehler-Faktor: die widerwillige Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts durch die Staatsrechtslehre, Der Staat 2017, 77.

24 B. Schlink, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161.

Der lebensweltliche Hintergrund dieser besonderen Theorie lässt sich nur plausibel vermuten. Wahrscheinlich spielen zwei Faktoren eine Rolle. *Einmal* Hennis' Generationenzugehörigkeit. Dem „Jahrgang 1923“ hat Hennis' Biograph Stephan Schlak zwei Prägungen entnommen²⁵, die Hennis und seine Generation etwa von den „1929ern“, die für die intellektuelle Geschichte der Bonner Republik so einflussreich werden sollten (man denke nur an Habermas), trennten: den Untergang Weimars, den man noch aktiv miterlebt hatte – und die Kriegsteilnahme. Mir scheint ein dritter Aspekt wichtig zu sein: das Studium, also die intellektuelle und wissenschaftliche Prägung in der Nachkriegszeit. Hennis studierte Rechtswissenschaften ab 1945; 1951 wurde er zum Dr. iur promoviert. Seine Ausbildung erfuhr er in einer Zeit, in der von deutscher Staatlichkeit kaum die Rede sein konnte. All die Faktoren, die für den Verfassungsbegriff der Bonner Republik so entscheidend sein sollten, fallen in die Zeit nach Hennis' Promotion. Die Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik hat Hennis darum als Wissenschaftler erst bearbeiten können, nachdem er seine intellektuellen Prägungen erfahren hatte. Zugleich aber blieb Hennis – das trennt ihn etwa Karl Loewenstein – der politischen Praxis der Bundesrepublik und ihrer wissenschaftlichen Bearbeitung völlig verschrieben.

Zum zweiten ist als wichtiger Faktor Rudolf Smend zu nennen. Bei Smend studiert Hennis in Göttingen; in Smends Seminar erfährt Hennis seine intellektuelle Prägung; von Smend wird Hennis schließlich promoviert. Hennis bleibt Smend und seiner Verfassungstheorie sein gesamtes akademischen Wirken hindurch verbunden. Vor allem gilt das für Smends Verfassungsbegriff, den dieser im späten Kaiserreich in kritischer Auseinandersetzung mit dem staatsrechtlichen Positivismus entwickelt hatte. Gegen diesen hatte Smend eingewandt, er sei unfähig, die politische Wirklichkeit zu erfassen. Darum hatte Smend einen Verfassungsbegriff entwickelt, der die politische Praxis ins Zentrum rückte – und zugleich den normativen Anspruch der Verfassung radikal zurücknimmt.²⁶ Aus diesem Studium bei Smend und von dessen Schriften erklärt sich wohl, warum Hennis einem Verfassungsbegriff verhaftet bleibt, den man guten Gewissens als *political constitutionalism* bezeichnen kann – wie das namentlich Verena Frick auch

25 S. Schlak, Wilhelm Hennis: Szenen einer Ideengeschichte der Bundesrepublik, 2008, Kap. I; dort auch zur Biographie im Übrigen, die mich hier nicht weiter interessiert.

26 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 119.

getan hat.²⁷ Zwar ist die Hennis'sche Theorie, zugestanden, ein *political constitutionalism* nur *avant la lettre*: Hennis' zentrale Texte entstehen vor Griffiths begriffsprägendem Aufsatz; weder diesen noch die daran anknüpfende Diskussion scheint er wahrgenommen oder gar rezipiert zu haben. Gleichwohl fand Hennis, vermittelt über Smends Verfassungstheorie, Anschluss an die britische Verfassungstradition; aus der Auseinandersetzung mit ihr gewinnt er seinen eigenen Ansatz.

IV. Wilhelm Hennis' political constitutionalism II: Scheitern²⁸

In dem ihm eigenen polemischen Stil hat Hennis seinen Einspruch gegen die Staatsrechtslehre noch nach fünf Jahrzehnten grundgesetzlicher Verfassungsgeschichte formuliert:

Der Gleichklang, bei Juristen ja wirklich selten, scheint perfekt zu sein: das GG die ‚normative Ordnung des Staates‘, sein Schwerpunkt liegt in den vorangestellten Grundrechten, diese bilden ein ‚Wertsystem‘. Sogar ein normatives „Menschenbild“ liegt dem Grundgesetz zugrunde, es beschützt die staatliche und gesellschaftliche Ordnung gegen ihre ›Feinde‹ – es konstituiert eine „wehrhafte Demokratie“. Eine „ganz andere Republik“, das ist mit diesem GG (Art. 1, 20, 79 Abs. 3) nicht zu machen. ... Bonn kann nicht Weimar werden! Der Hüter der Verfassung residiert in Karlsruhe und nur in Karlsruhe, ein mächtiger Gulliver mit zehntausend nachgeordneten Juristenlilliputanern an seinen Leinen. Alle Politik – auf welchem Gebiet auch immer! – definiert sich unter dem so verstandenen Grundgesetz als ‚Grundrechtspolitik‘...²⁹

27 V. Frick, Das Stabilitätsversprechen der Verfassung: der Aufstieg des Grundgesetzes in der Bonner Republik, *Leviathan* Sonderband 36: Politische Stabilität (2020), 74 (79 ff.); *dies.*, Abschied von der Ordnung: zur Ideengeschichte des Verfassungsdenkens angesichts ihrer schwindenden Normativität, *PVS* 60 (2019), 21 (25 f.). – Frick geht übrigens wohl zu weit, wenn sie die disziplinäre Entzweiung der einstigen Staatslehre in die rechtswissenschaftliche Staatsrechtslehre einerseits, die Politikwissenschaft andererseits mit der Dichotomie von *legal* und *political constitutionalism* gleichsetzt. Weder Karl Loewenstein noch Hennis – die beiden nennt Frick als Vertreter eines *political constitutionalism* – sind doch im Ansatz repräsentativ für die sich als Demokratiewissenschaft verstehende Politikwissenschaft.

28 Wie Fn. 22.

29 W. Hennis, *Integration durch Verfassung?* (1998), in: *ders.*, *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 353 (362 f.).

Dagegen hat Hennis einen radikal anderen Verfassungsbegriff gesetzt: einen Verfassungsbegriff, der nicht die wie auch immer geartete Einhegung demokratischer Politik in seinen Mittelpunkt rückt, sondern die eine solche Politik ermöglichende, also: demokratische Politik konstituierende Dimension des Verfassungsrechts. In einer Definition seiner Vorstellung einer Verfassung kommt dieser Charakter deutlich zum Ausdruck:

Eine Verfassung ist keine Zivilprozess- oder Konkursordnung, in der rechtstechnische Präzision der höchste Rechtswert ist. Der Sinn von Verfassungssätzen ist erst in zweiter oder dritter Linie der, für eventuelle Rechtsstreitigkeiten klare Entscheidungssätze zu liefern. Der primäre Sinn von verfassungsrechtlichen Regeln ist vielmehr der, dem politischen Leben die institutionellen Voraussetzungen rechtlich zu sichern, die vorhanden sein müssen, damit dieses Leben einmal ein freiheitliches sei, zum anderen aber auch die Aufgaben eines modernen Staates angemessen erfüllt werden können.³⁰

In diesem Zitat wird Hennis' Okkupation mit dem Verhältnis von Verfassung und Verfassungswirklichkeit deutlich. Griffith hatte ja noch die radikale Definition aufgestellt, die Verfassung gehe in der politischen Praxis auf. Hennis folgt ihm weitestgehend, wenn er auch der „normativistische Wende“ der Staatsrechtslehre, ausgehend von Konrad Hesse, durchaus ihre Berechtigung konzidiert. „Aber hat man im Bemühen um Korrektur vergangener Fehler nicht des Guten ein wenig zu viel getan?“³¹ Wortgewaltig erhebt Hennis Einspruch gegen die Vorstellung, aus der Verfassung ließe sich „die materiale Wertordnung des ganzen politischen Lebens herauslesen“. Entschieden widerspricht er dem Programm von Bundesverfassungsgericht und „neuester deutscher Staatsrechtslehre“, die Verfassung als „Ensemble von Befehlen an Regierung und Parlament“ zu verstehen. „Verfassungsaufträge“ und die „Vergatterung der Nation zum Grundrechtsvollzug“ schrieben der Verfassung einen „sakralen Gebotsrang“ zu, führten zu „sektiererischer Übersteigerung“. „Das muß böse enden“, denn:

...die Verfassung als sozialer und geistiger Eisenbahnfahrplan, das ist die Vorstellung, die hinter dem Verfassungsbegriff unseres Begriffspaares steht. Die Fahrtrichtung ist angegeben: Demokratie, sozialer Rechtsstaat,

30 W. Hennis, Richtlinienkompetenz und Regierungstechnik (1964), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 106 (115).

31 W. Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit (1968), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 182 (196 f.).

Menschenwürde, Freiheit. Schaut man nun genauer hin, so muß man feststellen, der Fahrplan wird schlecht eingehalten, Verspätungen, Versäumnisse, Schlampereien sind an der Tagesordnung. ... Das Fazit: die Verfassung, das Buch der Bücher, wird nicht „ernst genommen“, sie wird verraten, bestenfalls dient sie als ideologischer Schein zur Verdeckung einer sich im Zustand der Sündigkeit befindlichen Wirklichkeit.³²

Hinter Hennis' Theorie kommt jene implizite Normativität zum Vorschein, die auch bei Griffith schon angelegt war, wenn sie auch bei beiden kaum expliziert wird. Ziel dieses Verfassungsbegriffs ist keineswegs die radikale Freistellung der Politik von rechtlichen Bindungen; sondern dieser Verfassungsbegriff ist sehr wohl seinerseits teleologischen Natur insoweit, als er auf ein „gutes Leben“, wie Hennis ganz explizit sagt, zielt. Nur wird dieses Ziel nicht als ein Ideal substantieller Sittlichkeit verstanden, sondern muss politisch verwirklicht werden. Darum hat die Verfassung zur Aufgabe, die Politik zu ermächtigen, dass sie ihrerseits dieses Ziel erreichen kann. Hier wird die unmittelbare Vergleichbarkeit von Hennis und den Theoretikern des *political constitutionalism* deutlich: Sie alle vertrauen der rechtlichen Befriedung gesellschaftlicher Antagonismen nicht, sondern überantworten sie der Politik.³³

Aber eine gute Theorie ist bekanntlich: ihre Zeit, in Gedanken erfasst³⁴. Hennis' Ansatz war nach diesem Maßstab, ungeachtet ihrer Einsichten, keine gute Verfassungstheorie. Das liegt daran, dass Hennis den Eigengesetzlichkeiten der bundesrepublikanischen Verfassungswirklichkeit keineswegs einen Eigenwert zuspricht. Im Gegenteil: Hennis kennt ein relativ exaktes Ideal, an dem er die Bundesrepublik misst: „Der englische Parlamentarismus gibt das Muster ab für alles, was sich parlamentarische Regierungsweise nennt“, und weiter: „daher gewinnen wir die Maßstäbe am einfachsten, wenn wir kurz nach England hinüberschauen“³⁵. Unverändert bleibt all die Jahre dieser *modus operandi*, in dem Hennis das in Deutschland geringe

32 Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit (Fn. 31), 199 f.

33 In dem Koordinatensystem von *Greally*, *Ideologies of Political Constitutionalism* (Fn. 12), wäre Hennis unzweifelhaft der konservativen Variante zuzuschlagen; das trennt ihn von allen oben genannten Autoren. Inhaltliche Vergleichbarkeit besteht am ehesten mit G. Gee, *The Political Constitution and the Political Right*, *King's Law Journal* 30 (2019), 148. Vgl. die auch auf Hennis zutreffende Charakterisierung bei *Greally*, a.a.O., 969 ff.

34 Vgl. G. W. F. Hegel, RPh, Vorrede = Werke, Frankfurt a. M. 1970, Bd. VII, S. 26.

35 W. Hennis, *Parlamentarische Opposition und Industriegesellschaft* (1956), in: ders., *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 1 (5 ff.).

„Verständnis für seine Eigengesetzlichkeiten“ aufbessern will. Stets ist der englische Parlamentarismus der „Maßstab“; er stellt die „Norm dieses Systems“ dar, nach der sich die Bundesrepublik zu richten habe, aber dem sich diese Bundesrepublik nicht fügen will. Wie könnte sie auch? So suggestiv die Erzählung vom parlamentarischen Regierungssystem nach englischem Vorbild sein mag: die politische Wirklichkeit der Bundesrepublik entzieht sich Hennis’ Deutungsschema; man wird ihren Eigengesetzlichkeiten nicht gerecht, misst man sie nur am von Westminster abstrahierten Ideal. Gerade das, was wir heute als Vorgang der Parlamentarisierung der Bundesrepublik verstehen – die Herausbildung zweier Volksparteien oder die Umdeutung des Gesetzesvorbehalts durch die Wesentlichkeitstheorie etwa³⁶ – kann er in seiner Bedeutung nicht würdigen.

Wenn die Wirklichkeit der Theorie nicht folgt: umso schlimmer für die Fakten. Hennis unterläuft seinen eigenen Anspruch und wird zum erbitterten Kritiker der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik: er schreibt scharfe Polemiken gegen den „Parteienstaat“ und Helmut Kohl;³⁷ er kämpft gegen das Verhältniswahlrecht und für ein Mehrheitswahlrecht;³⁸ er kritisiert die Verlagerung der Bundestagsarbeit in die Ausschüsse und fordert ein, das Bundestagsplenum als „Forum der Nation“ ernst zu nehmen³⁹. Mit dem selbst auferlegten methodischen Postulat hatten diese Philippiken auf die Verfassungswirklichkeit wenig zu tun. Hier zeigen sich die Grenzen eines *political constitutionalism*: Wer beansprucht, nicht bloß abstrakte Theorie zu betreiben, sondern die Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik zu bearbeiten, der kommt nicht umhin, deren *legal constitutionalism* wenigstens für einen Augenblick ernst zu nehmen. Wer ihn indes, wie Hennis, als nichts anderes denn als ewigen Irrweg begreifen kann, der verkennt die Leistungen, die diese Verfassung zu erbringen vermag. Es gab, so lässt sich resümieren, einen *political constitutionalism* in der Bundesrepublik also gerade deshalb die längste Zeit nicht, weil die Voraussetzungen schwerlich gegeben waren. Die Staatsrechtslehre folgte der Verfassungspraxis tief in den *legal constitutionalism* hinein; und der singulär gebliebene Versuch einer radikal anderen Verfassungstheorie, den Hennis gewagt hat, blieb im Wesentlichen bei der Negation der Staatsrechtslehre stehen.

36 Vgl. darüber F. Meinel, Vertrauensfrage: zur Krise des heutigen Parlamentarismus, 2019.

37 W. Hennis, Auf dem Weg in den Parteienstaat: Aufsätze aus vier Jahrzehnten, 1998.

38 W. Hennis, Große Koalition ohne Ende?, 1968.

39 W. Hennis, Clôture im Bundestag, AöR 1966, 254; ders., Die Rolle des Parlaments und die Parteiendemokratie (1974), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 226.

V. Die Zukunft des bundesrepublikanischen legal constitutionalism

Hat der Konstitutionalismus der Bonner Republik in ihrer Berliner Nachfolgerin noch eine Zukunft? Oder sind nicht vielleicht nunmehr die Voraussetzungen für ein anderes Verfassungsverständnis, stärker politisiertes gegeben? Ist es gar Zeit für eine Hennis-Renaissance? – Sicherlich jedenfalls ist es nach wie vor zwecklos, dem Verfassungsbegriff der Berliner Republik ungebrochen jenes Verfassungsverständnis eines *political constitutionalism* entgegenzuhalten, das Wilhelm Hennis als Alternative zur Bonner Republik entworfen. Die – vielleicht ernüchternde – Einsicht des Vorstehenden ist ja: dass es keine unvermittelte Rezeption des *political constitutionalism* und keine unvermittelte Rezeption der Hennis'schen Schriften geben kann. Zu grundsätzlich sind die Unterschiede, die dieses Verfassungsverständnis von der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik trennen. Und doch scheint mir eine geläuterte Variante eines *political constitutionalism* eine gewinnbringende Möglichkeit zu sein, die Verfassungsprobleme der Gegenwart anzugehen. Der Konstitutionalismus der Bundesrepublik sieht sich in der Konfrontation mit der AfD, einer rechtspopulistischen bis rechtsextremen Partei, einer neuen Herausforderung gegenüber. Ein *political constitutionalism*, ja: schon eine Auseinandersetzung mit Hennis' alten, aber keineswegs schlecht gealterten Texten könnte aus zwei Gründen verlohnen.

Zum einen, weil die von der AfD aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen in vielerlei Hinsicht das Selbstverständnis des bunderepublikanischen Verfassungsrechts ins Wanken bringen.⁴⁰ Das auf eine Konsensdemokratie ausgerichtete Verfassungsrecht der Bundesrepublik ist mit einer starken Systemopposition offensichtlich vor neue Herausforderungen gestellt, auf die die alten Fragen nicht mehr ohne weiteres passen. Anstatt allerdings, wie es namentlich das Bundesverfassungsgericht derzeit tut, das politische Prinzip der Großen Koalition zum Verfassungsgebot zu überhöhen,⁴¹ scheint es an der Zeit zu sein, die basalen Funktionen eines parlamentarischen Regierungssystems in Erinnerung zu rufen. Wer, nur als Beispiel, der Heilmann-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁴²

40 Vgl. nur Ch. Schönberger/S. Schönberger, Die AfD im Bundestag: zum rechtlichen Umgang mit einem parlamentarischen Neuling, JZ 2018, 105.

41 Vgl. F. Meinel, Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition, Der Staat 2021, 43.

42 BVerfGE 166, 304 ff.

deren obstruktives Potential sich im Rahmen der vorgezogenen Neuwahl 2025 vermutlich erst in Grundzügen angedeutet hat, mehr entgegensetzen will als den Hinweis: der Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 GG werde überdehnt,⁴³ könnte bei Wilhelm Hennis fündig werden. Dessen robuste Theorie von Regierung und Opposition, auch dessen nicht von Verfassungsrechtsprechung überblendete Unterordnung des einzelnen Abgeordneten wie des Bundesverfassungsgerichts unter das Primat des politischen Prozesses versprechen einiges an Argumentationsmaterial.

Zum zweiten stellt sich die grundsätzlichere Frage, ob der *legal constitutionalism* nicht gerade die falsche Antwort auf die populistischen Gefährdungen der politischen Institutionen ist.⁴⁴ Die Prämisse des *political constitutionalism* war, dass sich politische Konflikte nur in den Formen des politischen Prozesses einer dilatorischen Lösung zuführen lassen. Wenn diese Prämisse stimmt, dann wäre der *legal constitutionalism* der Bundesrepublik nur die verfassungsrechtliche Form einer politisch im Wesentlichen nicht umstrittenen Epoche. Dann wäre wohl, wie es Philip Manow jüngst argumentiert hat,⁴⁵ die fortschreitende liberale Einhegung der Demokratie ihrerseits Ursache des gegenwärtigen Populismus. Und schließlich wäre die bessere Antwort auf die mit der AfD gestellte Frage nach der Zukunft des bundesrepublikanischen Konstitutionalismus dann vielleicht tatsächlich eine Hinwendung zu einem anderen Verfassungsbegriff: „It is not by attempting to restrict the legal powers of government that we shall defeat authoritarianism. It is by insisting on open government.“⁴⁶

43 So jedenfalls ein Argument in dem hervorragenden Aufsatz von J. Gallon, Eilgesetzgebung als empirisches Phänomen und ihre verfassungsrechtliche Bedeutung, *Der Staat* 2024, 327.

44 Vgl. R. Bellamy, Political constitutionalism and populism, *Journal of Law and Society* 50 (2023), 7.

45 Ph. Manow, Unter Beobachtung: die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde, 2024.

46 Griffith, *The Political Constitution* (Fn. 4), 16.

Von ‚Better Regulation‘ zu ‚Agile Regulation‘ – Staatliche, ko-regulative und private Normsetzung im Technikrecht

Michael B. Strecker*

Aufgrund immer kürzerer Innovationszyklen, steigender Komplexität und des wachsenden internationalen Deregulierungs- und Wettbewerbsdrucks steigt die Bedeutung ko-regulativer und privater Normsetzung als Alternative zu rein staatlicher Gesetzgebung. Dieser Beitrag vergleicht jene drei Regulierungsmodi anhand interdisziplinär abgeleiteter Kriterien „guter Gesetzgebung“: Erforderlichkeit, Repräsentativität, Fachwissen, Transparenz, Geschwindigkeit, Zugänglichkeit, Effektivität und Agilität. „Agile Regulation“ erscheint als neues Leitkonzept, das Normen etwa durch offene Formulierungen, evaluative, experimentelle und tastende Verfahren zukunftsfähig macht. Das Ergebnis zeigt insbesondere, dass Verfahren rein privater Regulierung zwar meist schnell und sachkundig sind, jedoch erhebliche Effektivitätsdefizite aufweisen. Während staatliche Regulierung in den Bereichen Repräsentation, Zugänglichkeit und Transparenz überzeugt, bietet Ko-Regulierung Vorzüge in den Kategorien Fachwissen, Geschwindigkeit und Agilität. In Zukunft muss Ko-Regulierung ob ihrer steigenden Bedeutung transparenter sowie repräsentativer und müssen technische Normen zugänglicher werden.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	68
I. Problemaufriss	68
1. Höhere Komplexität	68
2. Schnellere Veränderungen	69
3. Neue Chancen- und Risikoabwägungen	69
II. Forschungsfrage und Methodik	71
B. Gute Rechtsetzung im Technikrecht	72
I. Regulierungsmodi	72
II. Kriterien und Bewertung	74
1. Erforderlichkeit	74

* Michael B. Strecker ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Wischmeyer) an der Humboldt-Universität zu Berlin und Gründer der Jura-Plattform <https://lexmea.de>.

2. Repräsentative Beteiligung	75
3. Fachwissen	77
4. Transparenz	78
5. Geschwindigkeit	79
6. Zugänglichkeit	80
7. Effektivität	81
8. Agilität	83
a) Offene Formulierungen	83
b) Evaluierungen	84
c) Normative Experimente (insb. Regulatory Sandboxes)	85
d) Tastende Regulierung	86
e) Ungeeignete Instrumente	86
C. Fazit und Thesen	87

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Wir leben in der bis dato wohl technologisch disruptivsten Epoche der Menschheitsgeschichte. Systeme Künstlicher Intelligenz (KI) unterbrechen und ersetzen in unzähligen Bereichen den Einsatz altbewährter Verfahren¹ und lösen dabei das Bedürfnis nach staatlicher Steuerung aus. Als Steuerungsmittel stehen dem Staat neben dem parlamentarischen Gesetz auch kooperative Rechtsetzungsverfahren zur Verfügung.² Bei der Wahl und Ausgestaltung des passenden Modus der Regulierung ist er zunehmenden Herausforderungen ausgesetzt:

1. Höhere Komplexität

Trotz aller Fortschritte auf dem Forschungsgebiet „Erklärbare KI“³ gelten KI-Systeme weiterhin als besonders komplex und intransparent (Stichwort: „Black Box“)⁴. Die disruptiven Veränderungswirkungen von KI-Systemen erschweren zudem die Übertragbarkeit vorhandenen Erfahrungswissens und die Prognose ihrer Auswirkungen auf die Gesellschaft. Der Gesetz-

1 Dazu bereits OECD, Künstliche Intelligenz in der Gesellschaft, 2020, S. 54 ff.

2 Zusammenfassend etwa M. Eifert, Regulierungsstrategien, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, § 19.

3 Umfassend dazu R. Guidotti/U. Schmid/L. Longo (Hrsg.), Explainable Artificial Intelligence, Proceedings of the third world conference xAI, 2025.

4 Anstelle vieler R. Guidotti et al., A Survey of Methods for Explaining Black Box Models, ACM Computing Surveys 51 (2018), Article 93.

geber leidet mithin unter Wissensdefiziten, was die Wahl des geeigneten regulatorischen Mittels erschwert.⁵

2. Schnellere Veränderungen

Agile Methoden⁶ und KI-Entwicklungstools⁷ bedingen immer schnellere Produktentwicklungszyklen. Hardwareseitig verdoppelt sich die Prozessorleistung ca. alle 20 Monate („Moore’sches Gesetz“).⁸ Auch die Speicherkapazitäten verdoppeln sich in regelmäßigen Abständen⁹ und damit im Trend auch die zum Trainieren von KI verfügbaren Datenmengen. Eine konstante Verdopplung pro Zeiteinheit bedeutet exponentielles Wachstum, bei dem der absolute Bestand selbst immer schneller steigt. Dies erfordert vom Normgeber eine immer schnellere Aktualisierung seines technischen Fachwissens sowie seiner regulatorischen Lösungen.

3. Neue Chancen- und Risikoabwägungen

KI-Systeme bergen sowohl erhebliche gesamtgesellschaftliche Chancen¹⁰ als auch Risiken¹¹. Der Gesetzgeber hat angesichts dieser Chancen „Innovationsoffenheit“ zu gewährleisten und im Hinblick auf die Risiken gleichzeitig

5 Vgl. C. Sicko, Gesetzesfolgenabschätzung und -evaluation, in: Scharrer et al. (Hrsg.), Risiko im Recht - Recht im Risiko, Baden-Baden 2011, S. 199 (203).

6 S. nur die Meta-Studie von A. Mishra/Y. I. Alzoubi, Structured software development versus agile software development: a comparative analysis, International Journal of System Assurance Engineering and Management 14 (2023), 1504–1522.

7 Peng et al., The Impact of AI on Developer Productivity: Evidence from GitHub Copilot, arXiv:2302.06590, 13.02.2023 beobachten dadurch eine um 55,8% schnellere Entwicklung. Einen Anstieg der Entwicklungszeit verzeichnen hingegen Becker et al., Measuring the Impact of Early-2025 AI on Experienced Open-Source Developer Productivity, arXiv:2507.09089, 25.07.2025 (v2).

8 So D. Hoffmann, Grundlagen der Technischen Informatik, 6. Aufl., München 2020, S. 32. Grundlegend G. Moore, Cramming More Components onto Integrated Circuits, Electronics 38 (1965), 114 (114 ff.).

9 G. Fels et al., Technik, in: Dorschel (Hrsg.), Praxishandbuch Big Data, Wiesbaden 2015, S. 255 (278).

10 122 innovative Einsatzszenarien in den unterschiedlichsten Bereichen nennen etwa C. Dilmegani/S. Ermut, Top 122 Generative AI Applications & Real-Life Examples, 15.09.2025, AIMultiple.

11 S. zu den Risiken für die Grundrechte etwa Europarat, Algorithms and Human Rights, CoE study DGI(2017)12, 2018, sowie M. Martini, Blackbox Algorithmus, Heidelberg 2019, S. 27 ff.

seiner „Innovationsverantwortung“ gerecht zu werden.¹² Die soeben erörterten Wissensdefizite erschweren die erforderlichen Risikoabwägungen. Aus den staatlichen Schutzpflichten¹³ entspringt die Aufgabe, die unmittelbaren technologischen Risiken („Risiken erster Ordnung“)¹⁴ regulativ einzuhegen. Technikrecht wird in dieser Ausformung zu einer Variante des Gefahrenabwehrrechts, wobei insbesondere das Vorsorgeprinzip¹⁵ den Erlass risikominimierender Maßnahmen auch bei ungewissen Prognosen technologischer Risiken im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ‚erforderlich‘ wirken lässt¹⁶.

Andererseits ist der Gesetzgeber auf der Steuerungsebene mit dem Risiko unerwünschter Nebeneffekte oder Ineffizienzen seiner Regulierung („Risiken zweiter Ordnung“) konfrontiert.¹⁷ Im Fokus stehen – gerade angesichts zunehmender internationaler Deregulierungstendenzen – häufig die sowohl intendierten als auch unerwünschten Hemmungsfolgen für die lokale Wettbewerbsfähigkeit¹⁸.

Zur Aufgabe, Innovation nicht zu behindern, tritt eine, insbesondere aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte abgeleitete, aktive Förderkomponente hinzu.¹⁹ Es ist somit auch Aufgabe des Staates, durch Rechtsetzung Möglichkeitsräume und Entfaltungsfreiheiten für innovatives Handeln zu schaffen; Technikrecht wird in dieser Ausformung zum „Innovationsermöglichungsrecht“.²⁰ Dem Vorsorgeprinzip wird daher zuneh-

12 Dazu allgemein bereits *W. Hoffmann-Riem*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, AöR 2006, S. 255 ff. Spezifisch zu jener Aufgabe im Bereich algorithmischer Systeme *ders.*, Die digitale Transformation als rechtliche Herausforderung, JuS 2023, 617 (619).

13 Dazu nur BVerfGE 39, 1 (42); 158, 170 (185 Rn. 31, 191 Rn. 49 f.).

14 Zu Risiken erster und zweiter Ordnung *A. Scherzberg*, 63 VVDStRL 2004, S. 214 (219).

15 Der EuGH erkennt das Vorsorgeprinzip in st. Rspr. seit Urteil vom 05.05.1998, Rs. C-157/96, Rn. 63 – National Farmers' Union u.a. als allgemeinen Rechtsgrundsatz an. Als wichtigste normative Stützen gelten heute allgemein Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV sowie im Speziellen Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV.

16 *C. Calliess*, Vorsorgeprinzip, in: Grunwald/Hillerbrand (Hrsg.), Handbuch Technikethik, 2. Aufl., Stuttgart 2021, S. 437 (438).

17 *Scherzberg* (Fn. 14), S. 219.

18 Dazu insb. *M. Draghi*, The future of European competitiveness - A competitiveness strategy for Europe (Part A), September 2024, S. 30, 69.

19 *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 2000, S. 155: „Grundrechtsverwirklichungspflicht“; *W. Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation (Fn. 12), S. 619: „Ausgestaltungsauftrag“.

20 *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht - Recht und Innovation, Tübingen 2016, S. 34 f.

mend ein politisch umstrittenes²¹ und insbesondere durch Industriekreise propagiertes „Innovationsprinzip“²² entgegengehalten, das eine stärkere Berücksichtigung der Auswirkungen regulatorischer Aktivitäten auf Innovation und Wettbewerbsfähigkeit verlangt.²³ Daraus wird insbesondere auch die Forderung nach experimentellen Regulierungsansätzen²⁴ abgeleitet, die nachfolgend unter dem Stichwort der Agilität erörtert werden.

II. Forschungsfrage und Methodik

Es stellt sich die Frage, welcher Regulierungsmodus (staatliche, ko-regulative oder private Normsetzung) diesen neuen Herausforderungen am ehesten gerecht wird – verkürzt ausgedrückt: Was ist „gute“²⁵ Rechtsetzungstechnik im Technikrecht?

Es existieren bis heute keine allgemein anerkannten Verfahren zur Wahl der passenden Regelungsform (Regulatory Choice).²⁶ Als normativer Begriff muss „gut“ durch weitere Kriterien bestimmt werden, wobei sich zunächst die methodische Frage stellt, welchen Maßstäben und Theorien diese Kriterien ihrerseits entspringen? Sie erfassen mehr als die untere Schwelle bloßer Verfassungs- und Primärrechtswidrigkeit und sind daher keine reinen verfassungs- bzw. primärrechtlichen Deduktionen; sie stellen Optimierungsgebote nach oben hin auf. Sie sind dabei zwar an verfas-

-
- 21 S. nur European Trade Union Confederation (ETUC), Beware the "innovation principle", Pressemitteilung, 26.05.2016.
 - 22 Als wichtigste normative Stützen werden etwa Art. 3 Abs. 3 S. 3 EUV, Art. 173 Abs. 1 S. 2 Spiegelstrich 4 AEUV sowie Art. 179 Abs. 1 AEUV genannt.
 - 23 Der den Anstoß gebende Brief European Risk Forum, The Innovation Principle, Okt. 2013, trägt auf S. 4 f. etwa die Signaturen der CEOs von BASF, Bayer AG, The Dow Chemical Company, Henkel, IBM und Philips.
 - 24 European Political Strategy Centre (EPSC), Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation, EPSC Strategic Notes Issue 14, 30.06.2016, S. 7: „experimental regulation“; G. Taffoni, Regulating for Innovation?, Eur. J. Risk Regul. 2020, 141 (145): „experimental [...] approaches“.
 - 25 Die englischsprachige Debatte um „better regulation“ firmiert im deutschsprachigen Raum zumeist unter dem Stichwort der „guten“ Gesetze, Gesetzgebung bzw. Rechtsetzung, s. nur A. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1995; G. Schuppert, Gute Gesetzgebung, ZG 2003: Sonderheft; D. Merten, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast, DÖV 2015, 349 (349 ff.).
 - 26 So auch der Befund bei G. Schuppert/C. Bumke, Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung, in: Kleindiek/Oehler (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, Köln 2000, S. 71 (90).

sungsrechtliche Leitplanken rückgebunden (insb. an das Rechtsstaats-, Demokratie- und Verhältnismäßigkeitsprinzip), speisen sich jedoch zudem induktiv aus den teils interdisziplinär gewonnenen Erkenntnissen der Gesetzgebungslehre,²⁷ der Rechtswirkungsforschung,²⁸ der „neuen Verwaltungswissenschaft“,²⁹ der (Rechts-)Soziologie³⁰ sowie den sozialwissenschaftlichen Arbeiten zu „Governance“³¹. Regulierungstheorie lässt sich so als „juristische Metadogmatik“³² verstehen.

B. Gute Rechtsetzung im Technikrecht

Nachfolgend werden zunächst die drei klassischen Regulierungsmodi dargestellt (I.) und anschließend anhand ausgewählter Kriterien guter Gesetzgebung einer Bewertung unterzogen (II.).

I. Regulierungsmodi

Auf dem Spektrum zwischen rein privater und rein staatlicher Regulierung ließen sich beliebig viele Zwischenmarkierungen einziehen.³³ Heute wird

27 S. nur Noll, Gesetzgebungslehre, Baden-Baden 1973 sowie U. Karpen, Gesetzgebungslehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, S. 38 ff.

28 S. nur M. Wrase, Rechtswirkungsforschung revisited, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, Wiesbaden 2019, S. 127 ff.

29 S. nur A. Voßkuhle/T. Wischmeyer, The ‘Neue Verwaltungswissenschaft’ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson (Hrsg.), Comparative Administrative Law, 2. Aufl., Cheltenham 2017, S. 85.

30 S. nur T. Raiser, Rechtstatsachenforschung und Rechtsfortbildung, in: Plett/Ziegert (Hrsg.), Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik, Tübingen 1984, S. 27 ff.; S. Baer, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 200 ff.

31 S. nur R. Mayntz, Governance im modernen Staat, in: Benz (Hrsg.), Governance, Wiesbaden 2004, S. 65 ff.; G. F. Schuppert, Governance und Rechtsetzung, Baden-Baden 2011, S. 27 ff.

32 So bereits für die Gesetzgebungslehre R. Bender, Das Selbstregulierungstheorem als die zentrale Methode einer allgemeinen Gesetzgebungslehre, in: Kaulbach/Krawietz (Hrsg.), FS Schelsky, Berlin 1978, S. 31 (31).

33 S. für eine Unterteilung in vier Typen noch W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261 (300 ff.); für eine Unterteilung in acht Typen OECD, Regulatory Policies in OECD Countries, 2002, S. 52 f.

den beiden Polen typischerweise noch die Mischform der Ko-Regulierung gegenübergestellt.³⁴

Private Regulierung (auch: Selbstregulierung) bezeichnet dabei als staatsfernste Form die gänzlich freiwillige „Rechts- und Standardsetzung durch nicht-staatliche Stellen, die auch auf privater Basis durch- und umgesetzt wird“.³⁵ Als Anwendungsbeispiel dienen etwa Googles AI-Principles.³⁶

Staatliche Regulierung zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass der Staat die „Verhaltenspflichten definiert und durchsetzt“.³⁷ Als Anwendungsbeispiel dienen die Verbote in Art. 5 der KI-VO (etwa für Manipulative Techniken oder „Social Scoring“), die allein im staatlichen Normsetzungsprozess verfasst wurden und durchgesetzt werden.

Ko-Regulierung (auch: regulierte Selbstregulierung³⁸) stellt eine Mischform zwischen staatlicher und privater Regulierung dar. In Bezug auf die KI-Regulierung bedeutet dies, dass der Staat selbst nicht alle Vorgaben bis ins Detail selbst regelt. Er begrenzt sich auf die Festlegung der „wesentlichen Anforderungen“ (Art. 8 ff. KI-VO) – wie etwa Governance und Qualität von Datensätzen oder Genauigkeit. Zur Konkretisierung jener vergibt die Europäische Kommission (KOM) anschließend Normungsaufträge³⁹ an das Joint Committee 21 (CEN/CLC/JTC 21) der europäischen Normungsinstitutionen CEN und CENELEC (Art. 40 Abs. 2 KI-VO). Nach erfolgreicher Gegenprüfung dieser harmonisierten Normen veröffentlicht die KOM ihre Fundstellen im Amtsblatt der EU. Unternehmen können jene dann auf freiwilliger Basis anwenden, profitieren sodann jedoch von einer Vermutung zugunsten der Konformität ihrer so entwickelten Produkte mit den „wesentlichen Anforderungen“ der KI-VO (sog. Konformitätsvermutung, Art. 40 Abs. 1 KI-VO). Die vor dem Inverkehrbringen erforderliche

34 *M. Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 52 ff.

35 *G. Spindler/C. Thorun*, Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft, MMR 2016: Beilage zu Heft 6, 1 (5)

36 Abrufbar unter <https://ai.google/principles/>. Auf oberster Ebene fordern diese gänzlich unkonkret: „1. Bold innovation“, „2. Responsible development and deployment“ und „3. Collaborative progress, together“.

37 *M. Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 23.

38 Grundlegend für diese Begriffsbildung *W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 115 (140).

39 S. den erteilten Normungsauftrag KOM, C(2023) 3215 final, 22.05.2023, der aufgehoben und aktualisiert wurde durch KOM, C(2025) 3871 final, 23.06.2025.

Konformitätsbewertung nimmt gem. Art. 43 Abs. 1 a) KI-VO – mit engen Ausnahmen – die Form einer internen Selbstkontrolle an.⁴⁰

II. Kriterien und Bewertung

Die soeben vorgestellten Regulierungsmodi werden nun anhand von Kriterien bewertet. Die aufgelisteten Kriterien sind dabei nicht als abschließend zu verstehen; sie stellen eine auf die eingangs geschilderte Problemlage zugeschnittene Auswahl dar.⁴¹

1. Erforderlichkeit

Gute Regulierung muss erforderlich sein,⁴² was bedeutet, dass kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen darf⁴³. Dies bezieht sich nicht lediglich auf den materiell-rechtlichen Anordnungsgehalt, sondern auch auf die Wahl des Regulierungsinstruments. Es stellt sich also die Frage, ob staatliches Recht unverzichtbar ist, oder ob auch ko-regulative oder private Instrumente gleich effektiv eingesetzt werden können. Auf noch konzeptioneller Ebene stellt sich die Frage, ob nicht auch durch *Ex-post*-Regulierung (insb. das Haftungsrecht) eine gleich wirksame Steuerung erreicht werden kann, wie durch eine *Ex-ante*-Regulierung (in Form eines Marktzulassungsregimes). An dieser Stelle wird auch das zuvor thematisierte Verhältnis des etablierten Vorsorgeprinzips zu einem etwaigen „Innovationsprinzip“ relevant. Es stellt sich dabei letztlich die gesellschaftspolitische Frage, ob man entsprechend der utilitaristischen Rechtstradition der USA auch hierzulande bereit ist, durch eine Auflockerung des Zulassungsregimes mehr Innovation zu ermöglichen, deren vereinzelte Kollateralschäden zum Wohle der breiten Masse hingenommen und nachträglich durch horrenden Strafschadensersatzzahlungen monetär kompensiert werden.⁴⁴

40 Kompakt zum Prozess der Ko-Regulierung etwa G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 7.

41 Im Rahmen seiner Dissertation systematisiert und untersucht der Autor weitere Kriterien wie etwa Geeignetheit, Angemessenheit, Effizienz, Kohärenz und Praktikabilität.

42 Siehe nur D. Mandelkern et al., *Moderner Staat - Moderne Verwaltung*, Mandelkern-Bericht, 13.11.2001, S. 18; U. Karpen (Fn. 27), S. 39.

43 StRspr, s. nur BVerfGE 120, 274 (321).

44 Dazu bereits M. B. Strecker, *Bausteine einer Regulierung algorithmischer Systeme inkl. Künstlicher Intelligenz*, RD 2021, 124 (133).

2. Repräsentative Beteiligung

Gute Normgebung umfasst eine möglichst repräsentative Beteiligung.⁴⁵ Diese dient insbesondere der Generierung von Legitimation und Fachwissen.⁴⁶ Sie erhöht zudem die für die Effektivität essenzielle Normakzeptanz.⁴⁷

Die Auswahl der Prozessbeteiligten wird sich auch auf das Aushandlungsergebnis durchschlagen. Beteiligte Wirtschaftsverbände werden etwa vornehmlich ökonomische Auswirkungen und Verbraucherschutzverbände vornehmlich verbraucherbezogene Folgen analysieren und einbringen.

Eine pauschale Grundthese lautet: „private Regulierung ist oft exklusiv, staatliche demokratisch und partizipativ.“⁴⁸ Gerade die gewählten Parlamentsvertreter repräsentieren zumindest das politische Meinungsspektrum. Auch die teils als zu unrepräsentativ⁴⁹ oder aufwendig und zu wenig erkenntnisreich⁵⁰ kritisierten Konsultationen der KOM wurden zumindest im Trend über die Jahre immer repräsentativer⁵¹. Die Konsultationsauswertung zum KI-Weißbuch (Abb. 1) zeichnet ein überaus repräsentatives Bild. Allerdings bestimmt die KOM über das Fragedesign bereits maßgeblich die Input-Möglichkeiten.⁵²

45 U. Karpen (Fn. 27), S. 201; M. Rossi, Betroffenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren, JöR 2014, 159 (162 ff.).

46 Vgl. D. Mandelkern (Fn. 42), S. 38.

47 M. Rossi (Fn. 45), S. 165.

48 S. Baer (Fn. 30) S. 214.

49 A. Alemanno, How Much Better is Better Regulation?, Eur. J. Risk Regul. 2015, 344 (349).

50 KOM, Commission Staff Working Document SWD(2019) 156 final, 15.04.2019, S. 78.

51 K.-O. Lindgren/T. Persson, Participatory governance in the European Union, in: Heinelt (Hrsg.), Handbook on Participatory Governance, Cheltenham 2018, S. 225 (236).

52 Kritisch dazu etwa Z. Meyers, Better regulation in Europe: An action plan for the next Commission, London/Brüssel/Berlin März 2024, S. 6.

Nach Befragten-Kategorie

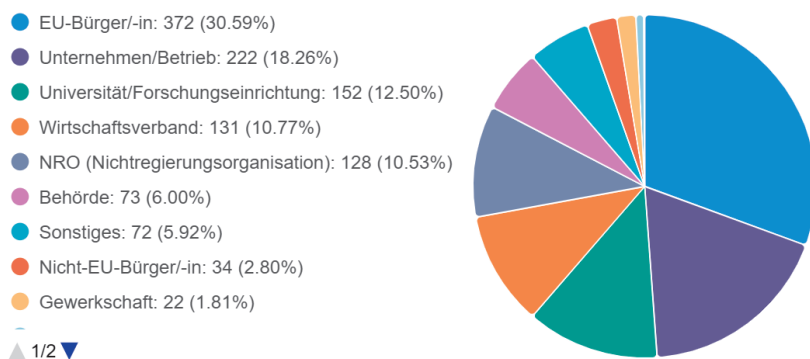


Abb. 1: Teilnehmende der Konsultation zum KI-Weißbuch der KOM; Quelle: KOM, <https://tinyurl.com/EUKOM2020>

In Normungsgremien der Ko-Regulierung sitzen größtenteils Vertreter großer, von der Regelung betroffener Konzerne, und die Entsendung von Vertretern verursacht in der Regel – zusätzlich zum Gehalt – vier- bis fünfstelligen Beitragskosten pro Jahr.⁵³ Allerdings übernimmt die EU die Kosten für die Teilnahme von Vertretern unterschiedlicher Verbraucherverbände (insb. ANEC, ECOS und ETUC).⁵⁴

Die repräsentative Ausgestaltung von Selbstverpflichtungen obliegt gänzlich den Unternehmen bzw. Branchenverbänden selbst. Firmen- oder branchenfremde Vertreter werden jedoch regelmäßig nicht eingebunden.

53 Siehe für das DIN etwa <https://www.din.de/de/din-und-seine-partner/din-e-v/f-inanzierung-von-din-e-v/fina-25>. Von der Beitragspflicht befreit sind demzufolge jedoch „Expertinnen und Experten der öffentlichen Hand“ sowie „Expertinnen und Experten der öffentlich-rechtlich verfassten Forschungseinrichtungen“.

54 Art. 16, 17 i.V.m. Anhang III der Standardisierungsverordnung (EU) 1025/2012.

3. Fachwissen

Zentrales Verfahrenselement zur Gewährleistung einer – rechtsstaatlich induziert – möglichst angemessenen Regelung ist eine sachverständige Tatsachen- und Optionenanalyse⁵⁵.

Den an staatlicher Regulierung Beteiligten werden pauschal „Wissens- und Kompetenzdefizite“ zugeschrieben.⁵⁶ Im Rahmen der KI-Regulierung griff der Staat daher auf das Fachwissen von externen Expertengruppen zurück und bildete sich in Enquete-Kommissionen selbst weiter.⁵⁷ Zudem erstellt insbesondere die Exekutive umfassende Gesetzesfolgenabschätzungen (GFAs) und führt Konsultationen durch, die die Informationsgrundlage des Gesetzgebers erhöhen und damit die Risiken zweiter Ordnung reduzieren sollen⁵⁸.

Ko- und Selbstregulierung haben den großen Vorteil, dass private Experten zu unmittelbaren Normgebern werden und ihr Fachwissen somit unmittelbar einbringen können.⁵⁹ Es handelt sich dabei in aller Regel um technische Experten. Normungsgremien treffen allerdings zunehmend grundlegende materiell-rechtliche Wertentscheidungen und nicht nur hochtechnische Spezifizierungen – etwa bei der Erarbeitung von Normen für die „Daten-Governance“ (Art. 10 Abs. 2 KI-VO) sowie die „Maße an Genauigkeit“ (Art. 15 Abs. 3 KI-VO). Bei der Daten-Governance wird versucht, mit technischen Fairnessmetriken Verzerrungen/„Biases“ zu minimieren. Dabei gibt es jedoch nicht das eine „Fairnessmaß“, es existieren vielmehr unterschiedliche technische Fairnesskonzeptionen, die sich teilweise gegenseitig widersprechen.⁶⁰ Hinzu kommt, dass nicht nur innerhalb der Materie eines Normungsauftrages, sondern auch zwischen zwei

55 Allgemein zu diesem Kriterium OECD, Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012, S. 7, I. Recommendation 2; R. Baldwin/M. Cave/M. Lodge, Understanding regulation, 2. Aufl., Oxford 2012, S. 29. Kritisch zum Kriterium C. Gusy, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, 291 (297).

56 G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 9.

57 Ausführlich dazu M. B. Strecker (Fn. 44), S. 135 ff.

58 So etwa die Befunde zur GFA bei C. Sicko (Fn. 5), S. 214; W. Köck, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, Verwaltungsarchiv 2002, 1 (10).

59 EP/Rat/KOM, Interinstitutionelle Vereinbarung - „Bessere Rechtsetzung“, 2003/C 321/01, 31.12.2003, Nr. 18; G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 1.

60 Aus technischer Sicht etwa D. Hellman, Measuring Algorithmic Fairness, Virginia Law Review 106 (2020), 811 ff., aus juristischer P. Hacker, Teaching Fairness to Artificial Intelligence, Common Market Law Review 55 (2018), 1143 (1175 f., 1179 ff.).

unterschiedlichen Normungsaufträgen trade-offs auszumachen sind – so etwa zwischen Genauigkeit und Fairness.⁶¹ Bei der Genauigkeit muss etwa entschieden werden, ob „False Positives“ oder „False Negatives“ schwerer wiegen und eine entsprechende Kostenmatrix erstellt werden, die Kosten-Nutzen-Wertungen beinhaltet.⁶²

Diese Wertentscheidungen werden in Zukunft erhebliche Auswirkungen auf grundrechtlich geschützte Bereiche haben. Gerade, wenn eine Regelung schwerwiegende Grundrechtskonflikte zu lösen hat, ist die staatliche Regulierung – gerade in Anbetracht der Wesentlichkeitstheorie⁶³ – der richtige Regulierungsmodus. Es ist daher zumindest sicherzustellen, dass die normkonkretisierenden Gremien ein hohes Maß an Transparenz gewährleisten und neben der Industrie auch die Zivilgesellschaft angemessen beteiligen.

Es wird jedoch auch moniert, dass der Staat durch die private Normkonkretisierung an staatlichem „Herrschaftswissen“ verliere und zunehmend auf Informationsrechte angewiesen wird.⁶⁴ Die Delegationsgrenze verläuft dort, wo strukturelle Kompetenzverluste zum „Souveränitätsverlust“⁶⁵ werden.

4. Transparenz

Auf dem europarechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit/Offenheit⁶⁶ fußt das Gebot der transparenten Normgestaltung⁶⁷. Das europäische Rechtset-

61 S. etwa A. *Feder Cooper/E. Abrams*, Emergent Unfairness in Algorithmic Fairness-Accuracy Trade-Off Research, arXiv:2102.01203v3, 07.09.2021 (v3). Neuere Ansätze zur technischen Überwindung dieses Trade-Offs finden sich etwa bei C. *Leininger/S. Rittel/L. Bothmann*, Overcoming Fairness Trade-offs via Pre-processing: A Causal Perspective, arXiv:2501.14710, 24.01.2025.

62 Bei KI zur Hautkrebserkennung wiegen etwa False Negatives deutlich schwerer, bei Gesichtserkennungskameras zur Fahndung nach Terroristen False Positives. S. dazu etwa K. *McGrath*, Accuracy and Explainability in Artificial Intelligence: Unpacking the Terms, *ICIS 2021 Proceedings*. 18, Paper Nr. 2621, S. 2.

63 StRSpr s. nur BVerfGE 34, 165 (192 f.); 147, 253 (310).

64 C. *Waldhoff*, Staat und Zwang, Paderborn 2008, S. 50.

65 So zum Gesetzgebungsoutsourcing K. *von Lewinski*, Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, Baden-Baden 2015, S. 43.

66 Art. 1 Abs. 2, 10 Abs. 3 EUV, Art. 15 Abs. 1, 298 Abs. 1 AEUV sowie in Art. 42 der Grundrechtecharta.

67 Zur Transparenz als Qualitätskriterium etwa U. *Karpen* (Fn. 27), S. 201. Aus europäischer Perspektive: D. *Mandelkern* (Fn. 42), S. 19; M. *Krajewski/U. Röslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, 85. EL, München Mai 2025, Art. 289 AEUV Rn. 39.

zungsverfahren gilt in weiten Strecken als transparent.⁶⁸ Zentrale politische Kompromisse werden jedoch teilweise erst auf den letzten Metern ohne entsprechende GFAs im gänzlich intransparenten⁶⁹ Trilog geschlossen.

Auch Normungsorganisationen gelten als „wenig transparent und offen“.⁷⁰ Die Sitzungen sind nicht-öffentlich und auch die Beteiligten sind (noch)⁷¹ nicht einsehbar. Einzig ein regelmäßiger Newsletter⁷² sowie eine öffentliche LinkedIn-Gruppe⁷³ sollen öffentliche Einblicke in die KI-Normung geben. Private Normungsprozesse entziehen sich in der Regel gänzlich der Öffentlichkeit.

5. Geschwindigkeit

Verspätete oder veraltete Normen sind im Lichte sich rapide wandelnder technischer und gesellschaftlicher Umstände zumeist nicht mehr angemessen. Zeitliche Effizienz stellt daher ein maßgebliches Qualitätskriterium dar.⁷⁴

Im Bundestag sinkt die durchschnittliche Dauer eines Gesetzgebungsverfahrens kontinuierlich,⁷⁵ was bereits Konflikte mit den Abgeordnetenrechten auf das Tableau des BVerfG brachte.⁷⁶ Auf EU-Ebene dauert die Gesetzgebung mit durchschnittlich 610 Tagen allerdings etwa 4,45-mal so lange⁷⁷ und die KI-VO wurde gar erst 2220 Tage nach der Einsetzung der Hochrangigen Expertengruppe für KI bzw. 1131 Tage nach Einbringung ins Parlament verkündet.⁷⁸

68 So zumindest in Bezug auf die Entscheidungsfindung durch Parlament und Rat, *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (ebd.), Art. 10 EUV Rn. 95.

69 Z. Meyers (Fn. 52), S. 15; ausführlich dazu M. Kluger/D. C. Koop, Investigation of informal trilogue negotiations since the Lisbon Treaty, Studie für das EESC, Juli 2017.

70 G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 12.

71 Siehe zum Vorhaben dies zu ändern DIN, DIN startet Transparenz-Offensive, Pressemitteilung, 31.01.2025.

72 <https://jtc21.eu/newsletter>.

73 <https://www.linkedin.com/groups/8793224>.

74 S. etwa das Ziel in EU-KOM, Europäisches Regieren, KOM (2001) 428 endgültig, 12.10.2001, S. 3, 7.

75 S. die Daten bei S. Karow, Das beschleunigte Parlament, ZfP 2018, 64 (67). S. zur Kritik daran nur Die Zeit, Richterbund kritisiert „Hauruckverfahren“ für Ampelgesetze, 27.08.2023.

76 S. BVerfG, Beschluss vom 5. Juli 2023 - 2 BvE 4/23.

77 Europäisches Parlament (EP), Handbook on the Ordinary Legislative Procedure, März 2025, S. 11.

78 EP, Legislative Observatory, 2021/0106(COD).

Selbst- und Ko-Regulierung wird hingegen allgemein eine „höhere Geschwindigkeit in der Rechtsetzung“ zugeschrieben.⁷⁹ Gänzlich selbst gesetzte Normen können ohne externe Fristen- und Verfahrensvorgaben schnell wieder geändert werden.⁸⁰ In Bezug auf die Ko-Regulierung gilt es jedoch zu beachten, dass bei erstmaliger Erstellung die Zeiten der Ausarbeitung und Anerkennung harmonisierter Normen sich erst an den ordentlichen Gesetzgebungsprozess anschließen. Der erste Normungsauftrag wurde am 22.05.2023 erteilt und sah eine Erarbeitung bis 30.04.2025 vor.⁸¹ Stand März 2026 sind die finalen Abstimmungen innerhalb des CEN/CLC/JTC 21 erst für die Zeiträume zwischen Ende 2026 und Anfang 2027 vorgesehen,⁸² weshalb der Vorschlag für die Digital-Omnibus-Verordnung zur KI eine entsprechende Verschiebung des Inkrafttretens der KI-VO vorsieht.⁸³ Erst künftige Änderungen bzw. Erlasse neuer Fassungen versprechen wieder zeitliche Effizienzgewinne.

6. Zugänglichkeit

Maßgeblich auf dem primärrechtlich normierten Recht auf Zugang zu Dokumenten⁸⁴ sowie dem Rechtsstaatsprinzip⁸⁵ fußt das Kriterium des Zugangs zu den Normtexten⁸⁶. „Zugänglichkeit“ hat dabei eine monetäre (Kosten des Zugriffs) sowie eine navigatorische Dimension (Auffinden/Verstehen).

Staatliche Normen sind heutzutage frei im Netz abrufbar. Auch private Selbstverpflichtungen stehen in der Regel online kostenfrei zum Abruf bereit – so etwa Googles AI Principles –⁸⁷; die Entscheidung hierüber obliegt jedoch einzig den jeweiligen Unternehmen. (Technische) Normen verbergen sich zumeist hinter Paywalls der Normungsorganisationen und kosten

79 G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 1.

80 Vgl. J. Braithwaite, Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control, Michigan Law Review 80 (1982), 1466 (1475 f.).

81 KOM, C(2023) 3215 final, 22.05.2023, Art. 1 S. 1.

82 CEN/CLC/JTC 21, work programme.

83 EU KOM, COM(2025) 836 final, Nr. 31 zur Änderung des Art. 113 KI-VO.

84 Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV, Art. 42 Grundrechtecharta.

85 Art. 2 EUV.

86 Allgemein zu jener Anforderung als Kriterium guter Gesetzgebung U. Karpen (Fn. 27), S. 201. Aus europäischer Perspektive: M. Krajewski/U. Röslein (Fn. 67), Rn. 37; D. Mandelkern (Fn. 42), S. 19, 51 ff.

87 S.o. Fn. 36.

niedrige dreistellige Summen.⁸⁸ Sie genießen urheberrechtlichen Schutz; allerdings besteht an ihrer Verbreitung ein überwiegendes öffentliches Interesse i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 der Verordnung (EU) 1049/2001 über den Zugang zu Dokumenten,⁸⁹ sodass entsprechende Zugangsanträge gestellt werden können.

7. Effektivität

Grundsätzlich sind ‚gute‘ Normen auf möglichst umfangreiche Effektivität – verstanden als nicht bloße rechtstechnische Geltung, sondern als faktische Zielerreichung – angelegt.⁹⁰ Normen erlangen soziale Effektivität entweder aufgrund freiwilliger Normbefolgung oder kraft Rechtsdurchsetzung.

Freiwillige Normbefolgung erfordert zunächst Normkenntnis, auf die sich wiederum die soeben diskutierten Aspekte der repräsentativen Beteiligung und Zugänglichkeit positiv auswirken. Sie hängt nach der wohl vorherrschenden Rational-Choice-Theorie von individuellen, rationalen Kosten-Nutzen-Rechnungen der Normbetroffenen ab.⁹¹ Dabei hängen die Kosten der Befolgung insbesondere von den Befolgungskapazitäten ab – die bei großen Konzernen regelmäßig deutlich größer sind, bei allen Regulierungsmodi jedoch durch Normvermittlungsmaßnahmen, wie z.B. erläuternde Begleitdokumente erhöht werden können. Die Kosten der Nichtbefolgung entsprechen theoretisch dem Produkt aus subjektiv wahrgenommener Sanktionswahrscheinlichkeit und Sanktionshöhe,⁹² wobei zur staatlichen auch die von der gesamtgesellschaftlichen Sensibilität abhängige soziale Sanktion hinzu tritt⁹³.

88 DIN EN ISO/IEC 5259-1:2025-09 zur KI-Datenqualität kostet etwa 120€, ist jedoch nur eins von vier Dokumenten einer Serie.

89 EuGH, Urteil vom 5.03.2024, Rs. C-588/21 P, ECLI:EU:C:2024:201, Rn. 85.

90 S. nur KOM, Mitteilung KOM(2006) 689 endg., 14.11.2006, S. 2; Z. Meyers (Fn. 52), S. 3.

91 Grundlegend G. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy 76 (1968), 169 (176 ff.). S. auch T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 256.

92 So prominent auch K.-D. Opp, Wann befolgt man Gesetze?, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz, Wiesbaden 2010, S. 35 (36 f.); ders., Soziologie im Recht, Reinbek bei Hamburg 1973, S. 197 ff.

93 Ausführlich dazu C. Alexander, On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence, The Journal of Law and Economics 42 (1999), 489 (489 ff.); c.f. S. Simpson, Corporate Crime, Law, and Social Control, Cambridge 2008, S. 107 f.

Positiv auf die Rechtsdurchsetzung wirkt sich bei allen Regulierungsmodi das Vorhandensein unternehmensinterner Compliance-Management-Systeme (CMS), Hinweisgebersysteme (Whistleblower-Systeme) und interner Untersuchungen (internal investigations) aus. Zentral sind jedoch letztlich materielle Sanktionsnormen und institutionelle Sanktionsmechanismen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.⁹⁴ Staatliche Regulierung hebt sich hier gerade durch die im Vergleich zu privaten Akteuren stärkeren Sanktionsmöglichkeiten hervor.⁹⁵ Gem. Art. 99 Abs. 3 KI-VO können die Marktüberwachungsbehörden bei Verstößen gegen die staatlich gesetzten Verbote drakonisch hohe Bußgelder in Höhe von bis zu 35 Mio. € oder 7 % des weltweiten Jahresumsatzes verhängen. In Bezug auf Ko- und Selbstregulierung wird eingebracht, die Beteiligung am Normgebungsprozess erhöhe die Normakzeptanz und somit die Befolgsrate der gemeinsam aufgestellten Regeln.⁹⁶ Die Ko-Regulierungsvorschriften der KI-VO sehen vor der Marktzulassung für die meisten aller Fälle lediglich „Konformitätsbewertungsverfahren auf der Grundlage einer internen Kontrolle“ durch die Entwickelnden selbst vor (Art. 43 Abs. 2 KI-VO). Den Marktüberwachungsbehörden verbleibt jedoch nach Art. 99 Abs. 4 KI-VO stets die Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern in Höhe von immerhin noch bis zu 15 Mio. € oder 3 % des weltweiten Jahresumsatzes.

Bei der Selbstregulierung stehen Unternehmen mangels drohender staatlicher Sanktionen und angesichts der teils nur schwer quantifizierbaren Reputationsgewinne bzw. -verluste vor dem sog. „motivation problem“.⁹⁷ Selbst-Regulierung wird daher allgemein eine erhebliche „Durchsetzungsschwäche“ nachgesagt.⁹⁸ Eine Analyse von 202 unternehmerischen Selbstverpflichtungen fand darin nahezu keine Sanktions- oder Durchsetzungsmechanismen.⁹⁹ Google hat zwar nach eigenen Angaben interne Mechanismen zur technischen Qualitätssicherung aufgebaut,¹⁰⁰ entließ jedoch auch

94 So etwa die Anforderung an die von den Mitgliedsstaaten zu erlassenden Vorschriften über Sanktionen in Art. 44 Abs. 2 Produktsicherheits-VO (EU) 2023/988 vom 10.05.2023 sowie in auch in Art. 99 Abs. 1 S. 2 KI-VO. Allgemein hierzu *F. Dünkel*, Empirische Fragen der Rechtswirkungsforschung, in: M. Rodi (Hrsg.), *Recht und Wirkung*, Köln 2002, S. 109 (115).

95 *D. Mandelkern* (Fn. 42), S. 23.

96 *C. Waldhoff* (Fn. 64), S. 37; *J. Braithwaite* (Fn. 80), S. 1479; *KOM* (Fn. 74), S. 17.

97 *J. Braithwaite* (Fn. 80), S. 1469.

98 *C. Waldhoff* (Fn. 64), S. 36. Ausführlich dazu *W. Frenz*, *Selbstverpflichtungen der Wirtschaft*, Tübingen 2001, S. 235 ff.

99 *M. C. Mathews*, *Strategic Intervention in Organizations*, Newbury Park 1988, S. 51 ff.

100 Google, *Responsible AI Progress Report*, Feb. 2025.

zwei Mitglieder ihrer eigenen KI-Ethikgruppe nach einem von diesen verfassten kritischen Artikel über die eigenen Technologien.¹⁰¹

8. Agilität

Während staatlicher Regulierung eine „hohe Inflexibilität“¹⁰² imputiert wird, könne mit Ko- und Selbstregulierung „flexibler auf sich verändernde Anforderungen reagiert werden“¹⁰³. Unter dem Begriff der Agilität werden nachfolgend Regulierungsverfahren untersucht, die „mehr Test-, Lern- und Anpassungsmöglichkeiten“¹⁰⁴ enthalten. An dieser Stelle verschwimmen Qualitätskriterien und Methoden. Den nachfolgenden Ausführungen liegt das Postulat zugrunde, dass der Einsatz moderner, agiler Methoden angesichts der eingangs geschilderten raschen Veränderungsgeschwindigkeit zum Qualitätskriterium wird.

a) Offene Formulierungen

Durch „abstrakte und technikneutrale Regelungen“ – etwa Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – kann mehr Flexibilität erreicht werden, was allerdings den Nachteil von „rechtlichen Grauzonen und Rechtsunsicherheit“ mit sich bringt.¹⁰⁵ Eine Spielart sind wirkungs-/ergebnisorientierte Ansätze, die statt konkreten Handlungsweisen Wirkungen bzw. Ergebnisse vorgeben, die die Normadressaten auf selbst gewähltem Wege herbeiführen können.¹⁰⁶

Das BVerfG hat gerade im Bereich der schnellen Veränderungen unterworfenen staatlichen Technikregulierung bereits früh die Verwendung besonders unbestimmter Rechtsbegriffe und die damit einhergehende *ex-post* Konkretisierung durch die Rechtsanwendungsorgane gebilligt.¹⁰⁷ Wählt der

101 T. Költzsch, Google entlässt zweite KI-Ethik-Forscherin, Golem, 22.02.2021.

102 M. Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 26.

103 G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S.9; vgl. EP/Rat/KOM (Fn. 59), Nr. 18.

104 So bereits das Ziel in KOM, Mitteilung COM(2018) 306 final, 15.05.2018, S. 11.

105 G. Spindler/C. Thorun (Fn. 35), S. 2.

106 OECD, Framework for Anticipatory Governance of Emerging Technologies, 2024, S. 29; *dies.*, OECD-Ausblick Regulierungspolitik 2021 (Kurzfassung), 2022, S. 44; World Economic Forum, Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution, Dez 2020, S. 15.

107 BVerfGE 49, 89 (135 ff.); vgl. 79, 174 (195).

Normgeber hingegen den Modus der Ko-Regulierung und beschränkt er sich dabei auf die Definition unbestimmter „wesentlicher Anforderungen“, überlässt er die Klärung von Zweifelsfragen primär den Normungsinstitutionen. Es stellt sich also die Frage, wer hierfür als geeigneter erscheint (siehe dazu Abb. 2). Der Vorteil der Ko-Regulierung liegt darin, dass die Konkretisierung durch die Normungsgremien die von den Rechtsanwendungsorganen vorgenommene Konkretisierung nicht substituiert, sondern ergänzt. Den Marktüberwachungsbehörden bleibt bei ihrer nachgelagerten Kontrolle dabei jedoch ein geringerer Spielraum (verwaltungsrechtliche Vermutungswirkung) als den Zivilgerichten (eingeschränkte zivilrechtliche Vermutungswirkung).¹⁰⁸

	Staatliche Regulierung	Ko-Regulierung
Offene Formulierung	Gesetzgeber Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensvorschriften	Gesetzgeber „wesentliche Anforderungen“
Konkretisierung	Rechtsanwendungsorgane Exekutive (KOM & Marktüberwachungsbehörden) und Judikative	Normungsinstitutionen und ggf. nachgelagert Rechtsanwendungsorgane

Abb. 2: Konkretisierung offener Formulierungen bei der staatlichen und bei der Ko-Regulierung.

b) Evaluierungen

Ein weiteres Verfahren agiler Rechtsetzung ist die Überprüfung der bei Normerlass – zumeist im Rahmen der prospektiven GFA – vorgenommenen Prognosen durch eine Evaluierung (teilw.: Wirkungskontrolle oder retrospektive GFA).¹⁰⁹ Seit 2015 hat die KOM insgesamt 210 Evaluationen und Fitness-Checks durchgeführt.¹¹⁰ Auch Art. 112 KI-VO enthält zahlreiche Evaluationsklauseln für unterschiedliche Anordnungen der KI-VO. Technische Normen werden durch die Normungsgremien in regelmäßigen Abständen an den Stand der Technik angepasst. Noch bis 2018 listeten Googles AI Principles Anwendungen, die nicht gebaut werden, darunter auch autonome Waffensysteme.¹¹¹ Nach einer internen Evaluation wurden diese Regeln durch die heute veröffentlichten generischeren Formulierung-

108 Dazu bereits M. B. Strecker (Fn. 44), S. 133 m.w.N.

109 S. A. Burghart (Fn. 25) S. 130, 146; D. Mandelkern (Fn. 42), S. 21; Z. Meyers (Fn. 52), S. 4.

110 Z. Meyers (Fn. 52), S. 21.

111 S. Pichai, AI at Google: our principles, Google Blog, 07.07.2018.

gen ersetzt. Da dieses Verbot also selbst aufgehoben wurde, kann sich künftig auch dem Waffenmarkt zugewendet werden,¹¹² ohne gegen die eigenen Regeln zu verstoßen. Normen der Selbstregulierung sind hingegen so agil, dass sie vor einem sich anbahnenden Normverstoß schlicht selbst geändert werden können.

c) Normative Experimente (insb. Regulatory Sandboxes)

„Normatives Experimentieren“ erfolgt derzeit insbesondere in Form experimenteller Normdispense im Rahmen von „Regulatory Sandboxes“.¹¹³ Allein im Jahr 2024 wurde in vier Verordnungen¹¹⁴ die Einrichtung von Regulatory Sandboxes vorgesehen, die primär dem Überwinden von Wissensdefiziten durch regulatorisches Lernen,¹¹⁵ jedoch auch zunehmend der allgemeinen Innovationsförderung dienen.

Die Mitgliedsstaaten wurden in Art. 57 Abs. 1 KI-VO mit der Errichtung einer Regulatory Sandbox (deutsch: KI-Reallabor) mandatiert. Gegenüber teilnehmenden Unternehmen werden, sofern sie sich an die Rahmenregeln der Sandbox halten, gem. Art. 57 Abs. 12 S. 2, 3 KI-VO keine Geldbußen für Rechtsverstöße verhängt. Die zivilrechtliche Haftung bleibt davon gem. Art. 57 Abs. 12 S. 1 KI-VO unberührt. Damit liegt Reallaboren der Gedanke des „Innovation Principle“ zugrunde, wonach Technologien schneller erprobt und zugelassen und etwaige Kollateralschäden *ex-post* über das Haftungsrecht abgewickelt werden sollen. Angesichts staatlicher Schutzpflichten für die Grundrechte der mit solchen Technologien interagierenden Personen kommt den Fragen, welche Arten von Entwickelnden bzw. Innovationen vom Normdispens profitieren und für welche Normen dieser Dispens erteilt werden kann, eine zentrale Bedeutung zu. Diese zentralen Wertentscheidungen trifft die KOM derzeit gem. Art. 58 Abs. 1 S. 1 KI-VO mittels Durchführungsrechtsakt selbst – was ein nicht unerhebliches Span-

112 L. Hooker/C. Vallace, Concern over Google ending ban on AI weapons, BBC, 05.02.2025.

113 Grundlegend etwa S. Ranchordas, Experimental lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes, SSRN Journal, 2021 sowie C. Krönke, Die Idee eines „Bundeserprobungsgesetzes“, NVwZ 2025, S. 961.

114 So in Art. 57, 58 der KI-Verordnung (EU) 2024/1689; in Art. 33 der Netto-Null-Industrie-Verordnung (EU) 2024/1735; in Art. 33 Abs. 2 der Cyberresilienz-Verordnung (EU) 2024/2847 und in Art. 10 ff. der Verordnung (EU) 2024/903 für ein interoperables Europa.

115 Dazu etwa C. Krönke (Fn. 113) S. 961.

nungsverhältnis zum Wesentlichkeitsgrundsatz erzeugt. Die Normdispense dürften sich insbesondere auf die ko-regulativen Elemente der KI-VO beziehen und etwa die staatlichen Verbote unberührt lassen.

d) Tastende Regulierung

Tastende Regulierung sieht in einem ersten Schritt Transparenz- und Berichtspflichten gegenüber den Behörden – und ggf. zusätzlich oder mittelbar auch gegenüber den Betroffenen oder wissenschaftlichen Gruppen – vor, die zum Lernen des Normgebers führen sollen. Ergibt sich daraus empirisch ermittelter Regulierungsbedarf, werden zunächst subjektive Rechte für die private Rechtsdurchsetzung geschaffen. In einem nächsten Schritt können Verbote besonders riskanter Anwendungen folgen. Erst in einem letzten Schritt sollte zur Einrichtung von Zulassungsregimen gegriffen werden.¹¹⁶

In diese Richtung gehen die Berichtspflichten für Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck (GPAI) – etwa in Art. 53 Abs. 1 a) KI-VO. Dass aus jenem Wissen jedoch lediglich unverbindliche Praxisleitfäden entstehen sollen (Art. 55 KI-VO), gilt es zu bemängeln.

e) Ungeeignete Instrumente

Letztlich sei noch knapp auf aus hiesiger Sicht ungeeignete Instrumente eingegangen; wie insbesondere „Sunset Clauses“¹¹⁷ – die vorab fixe Fristen für das Außerkrafttreten einer Norm vorsehen – und „One in, one out“ (OIOO)-Vorgaben¹¹⁸ – die verlangen, dass mit jedem Normerlass ein in quantitativer oder zumindest in qualitativer Hinsicht gleiches Maß an Normen außer Kraft gesetzt wird. Ob Normen weiterhin gelten sollen, sollte sich maßgeblich an deren „Erforderlichkeit“ im juristischen Sinne orientieren und nicht an fixen Fristen, quantitativen oder qualitativen Maßgaben.

116 Ausführlich dazu *Strecker et al.*, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz und anderer algorithmischer Entscheidungssysteme, Stellungnahme zum „Weißbuch – Zur Künstlichen Intelligenz“, D64, 10/2020, S. 11 ff.

117 Siehe dazu nur *S. Ranchordás*, Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty?, *Statute Law Review* 36 (2015), 28 (28 ff.).

118 Dazu nur EP, Ist der One-in-one-out-Grundsatz wirklich ein Instrument für eine bessere Rechtsetzung?, Studie für den Rechtsausschuss, PE 753.421, April 2024.

C. Fazit und Thesen

Kein Regulierungsmodus ist *per se* überlegen; die Profile sind teils komplementär. Was die staatliche Regulierung an Repräsentation, Transparenz und Zugänglichkeit liefert, erkauft sie mit Defiziten bei Geschwindigkeit und Fachwissen. Ko-Regulierung überzeugt gerade durch technisches Fachwissen und Geschwindigkeit, leidet aber an Repräsentations-, Transparenz- und Zugänglichkeitsdefiziten. Selbstregulierung disqualifiziert sich aufgrund eklatanter Effektivitätsdefizite als Alternative zu den beiden anderen Regulierungsmodi.

Wenn im Rahmen der Ko-Regulierung zunehmend gesellschaftlich relevante Wertentscheidungen – etwa über den Umgang mit Biases und Genauigkeitsoptimierungen – getroffen werden, müssen die Normungsgremien transparenter und repräsentativer und die durch sie erarbeiteten technischen Normen dringend zugänglicher gestaltet werden.

Verfahren wie etwa das regulatorische Lernen durch Evaluierungen und Regulatory Sandboxes können staatliche Regulierung und Ko-Regulierung agiler machen. Die Gestaltung des Verfahrens prädeterminiert jedoch sein Ergebnis. Ob wir mehr Innovationsfreiräume – etwa für selbstfahrende Autos auf den Straßen – aber damit auch mehr Kollateralschäden – etwa mehr individuelle Schäden an Eigentum, Leib und Leben – in Kauf nehmen möchten, ist eine politische Frage, die nicht alleine von der KOM in Durchführungsrechtsakten beantwortet werden sollte.

Wir werden künftig angesichts der rasanten technologischen Weiterentwicklungsgeschwindigkeit nicht mehr alles bis ins Detail regeln können und uns zwangsweise verstärkt mit offenen Formulierungen insbesondere für die grundlegenden Anforderungen begnügen müssen. Die Frage, welches Organ jene Anforderungen dann primär konkretisieren soll und die damit verbundene Frage, ob mehr auf *ex-post*- statt auf *ex-ante*-Regulierung gesetzt werden soll, wird die zentrale Frage der Rechtsetzungstechnik im Technikrecht.

Prognosen im Recht: Überlegungen zu Wahrscheinlichkeiten in der Rechtsanwendung am Beispiel der schweizerischen Rechtsordnung

Eva Molinari*

Abstract

Prognosen in der Rechtsanwendung sind Wahrscheinlichkeitsurteile über den Eintritt oder die Entwicklung von Tatsachen, Rechtswirkungen oder Subsumtionsergebnissen. Unterschieden werden empiriebasierte statistische Prognosen und sog. heuristische Prognosen, die gerade ohne quantitative Datengrundlage auskommen. Statistische Prognosen erhalten durch die prognostische Logik von Modellen Künstlicher Intelligenz sowie einem Trend hin zu quantitativer Methodik in der Wissenschaft zunehmend Verbreitung. Werden juristische Entscheide durch probabilistisch funktionierende KI getroffen, hat dies das Potential, den Rechtsanwendungsakt selbst, das (Selbst-)Verständnis des Menschen als Rechtssubjekt und die Rolle der hoheitlichen Entscheider:in zu verändern. Der Beitrag leuchtet die Logik, die sich statistische Prognosen und (Machine-Learning-)Algorithmen teilen, aus, zeigt die Konsequenzen dieser Logik für das Verständnis des Rechtsanwendungsaktes und die Rechtswissenschaften auf und illustriert anhand der Unterscheidung von legislativen und richterlichen Tatsachen beispielhaft eine Analysekategorie für die Erfassung von Prognosen im Recht.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	90
II.	Einige Grundlagen zu Prognosen im Recht	92
1.	Begriff	92
2.	Konkretisierungen	92
a)	Wahrscheinlichkeitsurteil	92
b)	Gegenstand	93
c)	„Statistische“ und „heuristische“ Prognosen	94
III.	Statistische Prognostik und der Rechtsanwendungsakt	95

* Dr. iur., RA; Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrbeauftragte, Habilitandin an der Universität Basel. Dank geht an Prof. Dr. Vanessa Rüegger und Prof. Dr. Nils Schaks für die wertvollen Inputs und die kritische Durchsicht.

1. Bedeutungszuwachs statistischer Prognostik	95
a. Algorithmisierung	95
b. Evidenzbasiertheit von Recht	97
2. Einfluss auf den Rechtsanwendungsakt	99
a. Der rechtliche Entscheidungsakt	99
b. Das (Selbst-)Verständnis des Menschen	101
c. Die Rolle der hoheitlichen Entscheider:in	102
IV. Konsequenzen für die Rechtswissenschaften	103
V. Beispiel einer Analysekategorie zur rechtlichen Erfassung von Prognosen	104

I. Einleitung

„Prognose“ ist nach allgemeiner Bedeutung eine Vorauserkenntnis, d.h. eine Vorausschau in die Zukunft. Da die Zukunft ungewiss ist, ist mit Prognose zwingend die Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten verbunden. Eine Prognose besagt also, wie sich etwas in Zukunft wahrscheinlich verhalten oder entwickeln wird.

Prognosen spielen im Recht eine große Rolle: Im schweizerischen Recht findet sich der Begriff in zahlreichen Erlassen und in unterschiedlichen Rechtsgebieten, z.B. Legalprognosen¹ oder Gefährlichkeits-² bzw. Gefahrenprognosen³ im Polizei-, Straf- oder Verwaltungsrecht. Im Zivil-⁴ und Sozialversicherungsrecht⁵ werden z.B. künftige Einkommen prognostiziert. Spezifisch für die Rechtsetzung ist die sog. Regulierungsfolgenabschätzung (vgl. Art.170 BV⁶) zu nennen, die u.a. eine prospektive Evaluation von Wirkungen eines Rechtsetzungsvorhabens vorsieht.⁷

-
- 1 D.h. Risikobeurteilungen von Straftäter:innen in Bezug auf die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten.
 - 2 Siehe nur *J. Sachs/M. Barp*, Forensiklexikon. Das Nachschlagewerk für soziale, medizinische und juristische Berufe, 2. Aufl., Bern 2023, S. 119.
 - 3 *M. Kern*, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgabe, Fribourg 2012, S. 318 f., 449 ff.
 - 4 Vgl. nur BGE 128 III 4, E. 4.; *M. Affolter*, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, AJP 2020, 833 (833).
 - 5 Vgl. *J. Guggisberg*, Tabellenlöhne und deren Zustandekommen. Problematik der Nutzung von Tabellenmedianlöhnen zur Bestimmung des Invaliditätsgrades, in: U. Kieser (Hrsg.), November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2022, Zürich/St. Gallen 2023, S. 23 (23 ff.).
 - 6 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (SR 101).
 - 7 Vgl. *G. Müller/F. Uhlmann/S. Höfler*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024, Rn. 57 ff., Rn. 160 ff.

Gleichzeitig wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass sich jeder rechtliche Gestaltungsakt Prognosen bediene,⁸ oder Prognosen zumindest in der Lage seien, „zahlreiche originär juristische Fragen zu beheimen“, wie etwa die Verhältnismäßigkeit oder das Ermessen.⁹ Prognosen werden als „juristische Allrounder“ bezeichnet.¹⁰

Trotz dieser Bedeutung und Verbreitung gibt es wenig grundlegende Untersuchungen dazu, was Prognosen im Recht sind, wie diese theoretisch und dogmatisch einzuordnen sind, und welche (methodischen) Anforderungen für deren Erstellung gelten (sollen). „Prognose“ ist kein allgemeiner Rechtsbegriff, sondern tritt situativ und uneinheitlich in Erscheinung.¹¹

Zudem erlangen Prognosen im Zusammenhang mit algorithmenbasierten Modellen Künstlicher Intelligenz (KI) immer größere Bedeutung, denn diese funktionieren aufgrund statistischer Probabilitäten. Dieses statistisch-prognostische Denken hat das Potential, das Verständnis von Recht maßgeblich zu beeinflussen, weshalb es im Zentrum der vorliegenden Untersuchung steht.

Zudem liegt der Fokus dieses Beitrages auf der Rechtsanwendung, d.h. auf Prognosen, die im Kontext von Einzelfallentscheidungen erstellt werden. Weitgehend ausgeklammert werden Prognosen im Kontext der Rechtsetzung und auch damit allenfalls einhergehende Spannungen mit dem Demokratieprinzip.¹²

Zunächst werden Grundlagen zum Verständnis von Prognosen im Recht vermittelt (II.), bevor aufgezeigt wird, inwiefern das KI-Modellen zugrunde liegende statisch-prognostische Denken unser Verständnis des Rechtsanwendungsaktes beeinflussen kann (III). Schließlich werden Konsequenzen für die Rechtswissenschaften aufgezeigt (IV.) und anhand eines Beispiels illustriert (V.).

8 W. Leisner, *Die Prognose im Staatsrecht. Zukunft in Vergegenwärtigung*, Berlin 2015, S. 14.

9 M. Goldhammer, *Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht*, Tübingen 2021, S. 42.

10 Goldhammer, *Prognosen* (Fn. 9), S. 454.

11 Vgl. T. Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., Heidelberg 2024, Rn. 203 f.; BVerfGE 50, 290 (332 f.); Goldhammer, *Prognosen* (Fn. 9), S. 38, 46, 353 m.w.H.; Leisner, *Prognose* (Fn. 8), S. 17.

12 Vgl. dazu aber S. Müller-Mall, *Freiheit und Kalkül. Politik der Algorithmen*, Stuttgart 2020; C. R. Ulbrich/B. S. Frey, *Automated Democracy. Die Neuverteilung von Macht und Einfluss im digitalen Staat*, Freiburg i.B. 2024.

II. Einige Grundlagen zu Prognosen im Recht

1. Begriff

Es gibt eine Vielzahl von Prognosearten, die sich je nach Objekt, Umfang, Zeitraum, Zweck oder Methode unterscheiden.¹³ Vorliegend werden Prognosen als Wahrscheinlichkeitsurteile über den Eintritt oder die Entwicklung von Tatsachen, Rechtswirkungen oder Subsumtionsergebnissen in der Zukunft verstanden. Diese Definition ist in mehrfacher Hinsicht zu konkretisieren, wobei Erkenntnisinteresse und Funktionsweise des Rechts mitzuberücksichtigen sind.¹⁴

2. Konkretisierungen

a) Wahrscheinlichkeitsurteil

Prognosen basieren auf *Wahrscheinlichkeiten*. Sie generieren folglich kein „echtes“ Wissen über die Zukunft, sondern „Wissen über Wahrscheinlichkeiten, mit denen Zukünftiges in einer bestimmten Form eintreten könnte.“¹⁵ Prognostik hat folglich nicht *die*, sondern nur *eine* aktuelle Konstruktion der Zukunft zum Gegenstand.¹⁶

Die Ergebnisse von Prognosen sind denn auch nicht neutral und objektiv,¹⁷ sondern *normativ*.¹⁸ Sie stellen keine faktisch neutralen Schlüsse dar, sondern sind stets mit einer Bewertung verbunden.¹⁹ Prognosen sind auf

13 O. K. Flechtheim, Der Griff nach der Zukunft, in: Stefan Mögle-Stadel (Hrsg.), Ist die Zukunft noch zu retten. Weltföderation – Der Dritte Weg ins 21. Jahrhundert, S. 19 (63); G. Tichy, Prognosemethoden, in: W. Albers et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. VI, 1981, S. 334 (335 ff.).

14 Vgl. Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 59 ff., 85 ff.

15 Bzgl. probabilistischer Algorithmen vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 15.

16 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 63.

17 Vgl. E.L. Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983, S. 80 f.

18 Bzgl. probabilistischer Algorithmen vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 21, 29; s. auch K. Martin, Ethical Implications and Accountability of Algorithms, Journal of Business Ethics 2019, 835 (837 ff., insbes. 839); H.G. Knapp, Logik der Prognose. Semantische Grundlegung technologischer und sozialwissenschaftlicher Vorhersagen, Freiburg/München 1978, 117 f.

19 Bzgl. probabilistischer Algorithmen vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 28 f., 20 f.; s. auch Martin, Algorithms (Fn. 18), 837 ff.

ein spezifisches Ziel hin ausgerichtet und funktionieren entlang bestimmter Regeln und Vorgaben. Die der Prognose zugrundeliegenden Fragestellungen, Daten, Parameter und Methoden sind abhängig von Stellungnahmen der prognostizierenden Person.²⁰ Welche Informationen und Ergebnisse „relevant“ sind, ist folglich abhängig von normativen Zwecksetzungen und Entscheidungen.²¹

Zu beachten ist zudem, dass Prognosen zwar auf Wahrscheinlichkeit beruhen, aber nicht mit dieser gleichzusetzen sind. Auch eine 99-prozentige Wahrscheinlichkeit ist noch keine Prognose.²² Eine solche entsteht erst durch eine *Entscheidung*, d.h. die Bewertung und Auswahl *einer* Möglichkeit aus einer Vielzahl von denkbaren Verläufen.²³ Dieses Verständnis ist gerade im Kontext der Rechtsanwendung besonders wichtig, denn hier „gehören Entscheidung und Prognose zusammen“²⁴; Prognosen werden im Hinblick auf eine konkrete rechtliche Entscheidung erstellt.

b) Gegenstand

Gegenstand von Prognosen können im Recht Tatsachen oder Rechtswirkungen sein. Die Prognose einer Tatsache²⁵ ist z.B. die Bevölkerungsentwicklung eines Landes oder zu erwartende Emissionen einer Anlage. Bei der Prognose von Rechtswirkungen²⁶ wird demgegenüber danach gefragt, wie sich eine rechtliche Entscheidung in der realen Welt potenziell auswirken wird. Ein Beispiel wäre die Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 22 f. Datenschutzgesetz (DSG)²⁷. In beiden Fällen dienen Prognosen als Grundlage dafür, eine (möglichst sachgerechte) rechtliche Entscheidung zu treffen. Sie dienen der Vorbereitung rechtlicher Entscheidungen.²⁸

20 Vgl. Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 67, 118 ff.; Bzgl. Algorithmen vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 20 f., 28 f.; s. auch Martin, Algorithms (Fn. 18), 838.

21 Vgl. Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 118 ff.; Knapp, Prognose (Fn. 18), S. 40 ff.

22 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 72.

23 N. Rescher, Predicting the Future. An Introduction to the Theory of Forecasting, New York 1998, S. 43; vgl. Knapp, Prognose (Fn. 18), S. 35 f.

24 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 103; vgl. S. Athey, Beyond prediction: Using big data for policy problems, Science 2017, 483 (483 ff.).

25 Vgl. Leisner, Prognose (Fn. 8), S. 13.

26 Vgl. Leisner, Prognose (Fn. 8), S. 13.

27 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25.09.2020 (SR 235.1).

28 Der Begriff „Entscheidung“ wird hier als Einzelfallentscheidung von Behörden und Gerichten verstanden.

Neben Tatsachen und Rechtswirkungen kann auch der rechtliche Subsumtionsakt selbst Gegenstand von Prognosen sein. Hier wird danach gefragt, welches Subsumtionsergebnis am wahrscheinlichsten ist. Diese Prognose ist anders gelagert als die vorangehend beschriebenen entscheidungsvorbereitenden Prognosen, denn hier *ersetzt* die Prognose den rechtlichen Entscheidungsakt (entscheidersetzende Prognose). Es geht folglich nicht um eine Prognose „im“ Recht, sondern um eine Prognose „des“ Rechts – der rechtlichen Entscheidung selbst. Diese Art von Prognose erlangt insbesondere im Zusammenhang mit der Verwendung von KI-Modellen in der Rechtsanwendung an Bedeutung.

c) „Statistische“ und „heuristische“ Prognosen

Wie erwähnt, bestehen viele unterschiedliche Prognosegrundlagen und -methoden. Im heutigen Verständnis werden Prognosen jedoch zunehmend in den modernen empirischen Wissenschaften und den Technowissenschaften verortet.²⁹ Diese empiriebasierten statistischen Prognosen werden als besonders geeignet erachtet, präzise und sachrichtige Aussagen über Zukünftiges zu generieren. Aufgabe der empiriebasierten Statistik³⁰ ist es gerade, „das [...] System von Wahrscheinlichkeiten transparenter und durch Trennung zufälliger von 'überzufälligen' Ereignissen präziser zu machen“.³¹ Der Prognosebegriff wird folglich zunehmend als gleichbedeutend mit datenbasierter statistischer Zukunftsschau verstanden. Derartige Prognosen werden nachfolgend als „statistische Prognosen“ bezeichnet.

Statistikbasierte Prognostik ist aber nicht zwingend. Prognostische Wahrscheinlichkeitsurteile können z.B. auch aus einem theoretischen Modell ohne empirische Daten abgeleitet, oder aufgrund allgemeiner Annahmen oder vereinfachter Regeln oder Erfahrungswerte erstellt werden.³²

29 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 13 f.

30 Statistik als Lehre vom Umgang mit quantitativen Informationen: L. Wasserman, All of Statistics. A Concise Course in Statistical Inference, New York 2004, S. 1; s. auch H. Degen/P. Lorscheid, Statistik-Lehrbuch mit Wirtschafts- und Bevölkerungsstatistik. Methoden der Statistik im wirtschaftswissenschaftlichen Grundstudium, 2. Aufl., München/Wien 2004, S. 1 ff.

31 J. Bortz, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 49.

32 So liegt die Wahrscheinlichkeit für eine „6“ beim Würfeln bei 1/6, auch ohne, dass Informationen über tatsächliche Würfelergebnisse vorliegen. Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 75; M. Küttner, Prognose, Vorhersage, in: H. Seiffert/G. Radnitzky (Hrsg.),

Derartige Vorhersagen nutzen allesamt heuristische Vereinfachungen³³ und haben den Vorteil, dass sie auch ohne gesättigte Datengrundlage auskommen.³⁴ Nachfolgend werden Prognosen, die nicht auf evidenzbasierter Statistik beruhen, zusammenfassend als „heuristische Prognosen“ bezeichnet.

Gerade im Recht finden sich traditionell weniger statistische als vielmehr heuristische Prognosen,³⁵ z.B. wenn ein:e Polizist:in bei drohender Gefahr abschätzt, ob ein Eingreifen notwendig erscheint,³⁶ oder ein Gericht die Geeignetheit einer staatlichen Maßnahme prüft.³⁷ Allerdings ist dies in Veränderung begriffen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, gewinnt das statistisch-prognostische Denken (auch) im Recht an Bedeutung.

III. Statistische Prognostik und der Rechtsanwendungsakt

1. Bedeutungszuwachs statistischer Prognostik

a. Algorithmisierung

Ein Grund für eine Bedeutungssteigerung statistisch-prognostischen Denkens liegt in der zunehmenden Leistungsfähigkeit und Verbreitung von Techniken der algorithmenbasierten KI; d.h. in der sog. „Algorithmisierung“.³⁸

Handlexikon zur Wissenschaftstheorie, München 1989, S. 276 („deduktiv-nomologische Prognose“); s. z.B. auch die klinisch-intuitive oder die klinisch-kriteriengeleitete Legalprognose, die nicht auf statistischen Untersuchungen beruhen. Dazu: *Sachs/Barp*, Legalprognose (Fn. 2), S. 119 f.

33 Unter Heuristik werden hier Strategien zusammengefasst, die auf unvollständiger Information und/oder auf vereinfachten Regeln basieren, mit dem Ziel, Entscheide schneller, (zeit-)sparender und/oder sogar angemessener zu treffen als komplexere Methoden. Vgl. *G. Girgerenzer/W. Gaissmaier*, Heuristic Decision Making, *Annual Review of Psychology* 2001, 451 (454).

34 *Goldhammer*, Prognose (Fn. 9), S. 75.

35 Vgl. *Nell*, Wahrscheinlichkeit (Fn. 17), S. 21 ff.

36 Vgl. *Goldhammer*, Prognose (Fn. 9), S. 154 ff.

37 Vgl. *T. Altwicker*, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, *ZSR* 2019, 181 (199).

38 Auch wenn Algorithmen KI-Techniken nur teilweise umschreiben, sind sie zur Chiffre für KI geworden, weshalb hier mit *Müller-Mall*, Algorithmen (Fn. 12), S. 10 ff., für die zunehmende Bedeutung und Verbreitung von KI der Begriff der Algorithmisierung verwendet wird.

(Machine-Learning-)Algorithmen funktionieren nach zwei Grundprinzipien: der Logik der Berechnung und der Logik der Wahrscheinlichkeit.³⁹ Sie berechnen im Wesentlichen aus einem Input entlang von (selbst „gefundenen“) Mustern einen Output in Form einer Wahrscheinlichkeitsaussage.⁴⁰ KI-Modelle generieren folglich wie Prognosen „Wissen über Wahrscheinlichkeiten“⁴¹ und funktionieren dabei ebenfalls nicht objektiv und neutral, sondern versehen die unterschiedlichen Möglichkeiten mit einer Bewertung hinsichtlich eines normativ gesetzten Ziels.⁴² „Algorithmen bilden [...] gerade nicht [...] neutral Muster, Verteilungen oder Zusammenhänge in Datensätzen ab, sondern versehen sie entlang ihrer prognostischen Orientierung mit einer Bewertung.“⁴³ Die Grundlage, auf der die Wahrscheinlichkeitsaussagen erstellt werden, ist die Analyse großer Datenmengen.⁴⁴ Im Kern basieren Algorithmen also auf statistischen Analysen.⁴⁵ Eine algorithmische Entscheidung stellt folglich nichts anderes als eine datenbasierte (statistische) Prognose dar.⁴⁶

Algorithmen durchdringen heute alle Lebensbereiche der sozialen Welt⁴⁷ und erheben damit „Wahrscheinlichkeit zum Prinzip der Weltdeutung“.⁴⁸ Dies macht auch vor dem Recht nicht Halt. Algorithmenbasierte KI wird im Recht zunehmend eingesetzt, sei dies zur Vorbereitung von Entscheiden

39 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 14 f.; N. Braun Binder/L. Obrecht, Die Begründung von Verfügungen beim Einsatz algorithmischer Systeme, SJZ-RSJ 2024, 707 (709 f.); s. auch A. Nassehi, Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft, 2. Aufl., München 2019, S. 74 f.

40 Athey, prediction (Fn. 24), 483; Ulbrich/Frey, Democracy (Fn. 12), S. 201 f.; Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 14, zur Logik von Input und Output 24 f., 26; s. auch S. Russel/P. Norvig, Artificial Intelligence. A modern Approach, 4. Aufl., London 2021, S. 42 f.

41 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 15; s. auch Nassehi, Muster (Fn. 39), S. 131.

42 Martin, Algorithms (Fn. 18), 838; Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 28 f.; W. Pfeil, „Leinen los und Fahrt voraus!“ – Evolutionäre Algorithmen, Künstliche Intelligenz und Legal Tech ändern das Recht, die Rechtsordnung und den Zugang zum Recht, InTer 2020, 17 (19); Russel/Norvig, AI (Fn. 40), S. 22.

43 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 28.

44 Braun Binder/Obrecht, Verfügungen (Fn. 39), 709 f.; s. auch Russel/Norvig, AI (Fn. 40), S. 44.

45 A. E. R. Prince/D. Schwarcz, Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data, Iowa Law Review 105 (2020), 1257 (1274); s. auch Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 24 f.

46 Vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 28, 32; Russel/Norvig, AI (Fn. 40), S. 772 ff.; Ulbrich/Frey, Democracy (Fn. 12), S. 202.

47 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 34; Martin, Algorithms (Fn. 18), 836.

48 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 26.

oder auch für die rechtliche Entscheidung selbst. Eine Studie aus dem Jahr 2021 hat z.B. ergeben, dass sämtliche der 25 beteiligten Schweizer Kantone mindestens ein algorithmengestütztes Tool im Bereich des Predictive Policing⁴⁹ benutzen.⁵⁰ Das schweizerische Recht kennt zudem auch das Konzept algorithmischer Entscheide ohne menschliches Zutun: Seit 2023 ist z.B. der neue Art. 21 DSG in Kraft,⁵¹ der von „automatisierten Einzelentscheidungen“ spricht.⁵² D.h., dass sowohl die Beurteilung des Sachverhalts als auch die rechtliche Entscheidung ohne menschliche Mitwirkung, also ohne „inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person erfolgt“.⁵³

b. Evidenzbasiertheit von Recht

Die Richtigkeit von Tatsachen – oder anders formuliert, die Sachgerechtigkeit – hat im Recht einen zentralen Stellenwert. Entscheidungen, die auf unrichtigen Tatsachen beruhen, werden als nicht legitim betrachtet.⁵⁴ Zudem wird vermutet, dass diesfalls auch weniger Aussicht auf Befolgung rechtlicher Vorgaben besteht und somit die Steuerungsfähigkeit bzw. Wirksamkeit des Rechts herabgesetzt ist.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund wird z.T.

49 Vgl. J. Pullen/P. Schefer, Predictive Policing – Grundlagen, Funktionsweise und Wirkung, in: M. Simmler (Hrsg.), Smart Criminal Justice. Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege, Basel 2021, S. 103 (111 ff.).

50 M. Simmler/S. Brunner, Smart Criminal Justice in der Schweiz – Die Kantone im Bann der Algorithmen?, in: M. Simmler (Hrsg.), Smart Criminal Justice. Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege, Basel 2021, S. 9 (15 ff.). Für weitere KI-Anwendungen vgl. z.B. die Projektdatenbank von KI-relevanten Projekten in der Bundesverwaltung, abrufbar unter <<https://cna.swiss/dienstleistungen/projektdatenbank/>> (besucht am 11.05.2026).

51 Vgl. N. Braun Binder, Staat, Mensch, Algorithmen, BJM 2023, 2 (5); D. Thurnherr, Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene (Schweiz), in: N. Braun Binder/P. Bußjäger/M. Eller (Hrsg.), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen, Wien/Hamburg 2021, S. 133 (138 ff.).

52 Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, Schweizerisches Bundesblatt (BBl) 2017, S. 6491 (7059).

53 Botschaft DSG (Fn. 52), S. 7056; s. auch Braun Binder, Algorithmen (Fn. 51), 5.

54 Entscheidungen, die „mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch“ stehen verstoßen z.B. gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV). F. Uhlmann, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005 m.w.H.; s. auch Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 181.

55 Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 181.

nach einer größeren Evidenzbasiertheit von Recht verlangt,⁵⁶ d.h. nach dem vermehrten Einbezug eines empirisch-methodisch fundierten Tatsachenwissens.⁵⁷ Dazu gehört auch die (quantitative) Statistik.⁵⁸

Diese Forderung reiht sich in einen Trend hin zu quantitativer Methodik in der Wissenschaft ein.⁵⁹ Die Rechtswissenschaften sind hier traditionell skeptisch.⁶⁰ Allerdings kann für die Schweiz eine – wenn auch moderate – Zunahme statistikbasierter Argumentation z.B. im Verwaltungsrecht festgestellt werden.⁶¹ In Zukunft dürfte dies noch zunehmen: Mit KI besteht die Möglichkeit, evidenzbasierte Prognosen erheblich zu vereinfachen. Und aktuelle Herausforderungen verlangen in hohem Maße nach Wissen über Zukunftsszenarien⁶² – (auch) mit weitem Prognosehorizont (z.B. die nachhaltige Entwicklung).⁶³

56 *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 181 f.; s. auch *K.-P. Sommermann*, Sachverständige Politikberatung: Funktionsbedingung oder Gefährdung der Demokratie, Baden-Baden 2015, S. 15 ff. Zur sog. evidenzbasierten Jurisprudenz *T. Altwicker*, Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2018, 619 (621); *J. Rachlinski*, Evidence-Based Law, Cornell Law Review 96 (2011), 901 (901 ff.); *H. Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Tübingen 2014, S. 2 ff., krit. zur Objektivität empirischer Forschung, S. 107 ff.

57 *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 181, Fn. 3; vgl. *Hamann*, Evidenz (Fn. 56), S. 10 f.

58 Empirie kann qualitativ oder quantitativ fundiert sein. Erstere wird bisweilen als „empirische Sozialforschung“ bezeichnet; letztere ist die Statistik (*Hamann*, Evidenz (Fn. 56), S. 21). Vorliegend wird mit Evidenzbasierung auf die quantitative empirische Forschung, d.h. die Statistik, verwiesen.

59 *Rachlinski*, Evidence (Fn. 56), 901 ff.; *G. Rieder/J. Simon*, Vertrauen in Daten oder: Die politische Suche nach numerischen Beweisen und die Erkenntnisversprechen von Big Data, in: R. Mohabbat Kar/B. Thapa/P. Parycek (Hrsg.), (Un)Berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 159 (159 ff.); *K. F. Gärditz*, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung, Beiheft 12/2017, 134, Fn. 227 (m.w.H.) spricht sogar von einem „Megatrend“.

60 Vgl. *Rachlinski*, Evidence (Fn. 56), 901, 917 ff.

61 Vgl. *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 620.

62 Vgl. zur Komplexität der Moderne und dem Verhältnis der Digitalisierung dazu *Nassehi*, Muster (Fn. 39), S. 119 ff.

63 Zur Schwierigkeit des Umgangs mit langfristiger Zukunftsvorsorge, s. *Goldhammer*, Prognose (Fn. 9), S. 372 f.; s. auch *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung, Tübingen 2005, S. 85 ff.

2. Einfluss auf den Rechtsanwendungsakt

Auch wenn statistisch-prognostisches Denken in Verbreitung begriffen ist, ist dieses noch deutlich davon entfernt, die Art, wie wir Rechtsanwendung und deren Akteur:innen verstehen, (vollständig) zu bestimmen. Wenn wir aber davon ausgehen, dass statistische Prognosen eingesetzt werden, um rechtliche Entscheidungen zu ersetzen, hat dies das Potential, das Verständnis dreier Schlüsselemente der Rechtsanwendung zu verändern: den rechtlichen Entscheidungsakt selbst (a), das (Selbst-)Verständnis des Menschen als Rechtssubjekt (b) und die Rolle der hoheitlichen Entscheider:in (c).

a. Der rechtliche Entscheidungsakt

Das statistisch-prognostische Denken ist in zweierlei Hinsicht relevant für rechtliche Entscheidungen: Erstens impliziert es, dass für jede Frage und jedes Problem eine berechenbare Antwort besteht.⁶⁴ Zweitens wird dadurch die Art, wie wir Zukunft verstehen, maßgeblich geprägt. Zukunft ist demnach nicht etwas Offenes, sondern eine Anordnung von Schrittfolgen und Wahrscheinlichkeiten⁶⁵ und damit etwas Gleichförmiges;⁶⁶ die Daten der Vergangenheit lassen sich in die Zukunft hinein extrapolieren.

Für die rechtliche Entscheidung bedeutet dies zunächst, dass auch diese in der Vergangenheit angelegt ist. Folgt der rechtliche Gestaltungsakt der Logik der Berechenbarkeit und der statistischen Wahrscheinlichkeit, erschöpft er sich in der Berechnung und Verwaltung vergangenen Handelns und dessen Extrapolation in die Zukunft.⁶⁷ Der Gestaltungswille, die Ausrichtung einer juristischen Entscheidung an (gesetzgeberischen) Werten und Wertungen, die allenfalls nicht (vollständig) mit den vorhandenen Daten bzw. der Sachgesetzlichkeit übereinstimmen, werden überflüssig.⁶⁸

64 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 37.

65 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 14, 46.

66 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 67.

67 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 32; vgl. Rieder/Simon, Big Data (Fn. 59), S. 169 ff. („Verwaltung nach Zahlen“).

68 Vgl. Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 117; Knapp, Prognose (Fn. 18), S. 110; L. Daston, How Reason Became Rationality. Max Planck Institut für Wissenschaftsgeschichte, 2013; s. auch O. Depenheuer, Zählen statt Urteilen. Die Auflösung der Urteilskraft in die Zahlengläubigkeit, in: Deutscher Hochschulverband (Hrsg.), Glanzlichter der Wissenschaft. Ein Almanach, Saarwellingen 2010, S. 8 (9 ff.).

Ermöglicht wird also „eine Art der Entscheidungsfindung, bei der man nicht entscheiden muss“.⁶⁹ Die Suche nach dem richtigen Verständnis von Recht, die Beurteilung der Tatsachen, der diskursive Akt der Subsumtion werden ersetzt durch ein Urteil, das wiedergibt, wie in vergleichbaren Situationen bisher am wahrscheinlichsten entschieden wurde. Die Frage „wie sollen wir entscheiden?“ wird dadurch beantwortet, wie vorgängig am ehesten entschieden wurde. Das „richtige“ Subsumtionsergebnis wird ersetzt durch das wahrscheinlichste.⁷⁰

Damit liegt ein klassischer „Sein-Sollen-Fehlschluss“ vor, den es zu verhindern gilt; für die Vergangenheit und Gegenwart erkannte tatsächliche Gesetzmäßigkeiten sind von normativem Sollen zu unterscheiden.⁷¹ Statistisch-prognostisches Denken im Recht setzt sich darüber hinweg und nimmt den Fehlschluss in Kauf.

Zudem verschiebt sich der Fokus von der Beurteilung eines Einzelfalles anhand tatsächlicher Gegebenheiten und rechtlicher Kriterien auf ein „Messen“ dieses Einzelfalles an statistisch-prognostischen „Normalitäten“. Der Einzelfall wird nicht für sich und anhand demokratisch legitimierter rechtlicher Kriterien bewertet, sondern danach, wie sehr er sich an bestimmte Vorstellungen von Normalität angleicht oder eben davon abweicht. „Gruppenwahrscheinlichkeiten werden somit zum Maßstab für Einzelfallentscheidungen“.⁷² Was dabei aufgrund der statistischen Daten keine positive Wahrscheinlichkeitsbeurteilung erhält, existiert nicht, wird also für den Einzelfall nicht berücksichtigt und an den Rand gedrängt.⁷³

Schliesslich wird der Rechtsanwendungsakt potentiell von den demokratisch legitimierten gesetzlichen Vorgaben entkoppelt. Algorithmische Entscheide kommen ohne Gesetzestext aus, denn sie erstellen sich ihre Regeln anhand der Trainingsdaten (z.B. vorangehende Entscheide) selbst.⁷⁴ Damit

69 Rieder/Simon, Big Data (Fn. 59), S. 171.

70 Vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 46 f.; Rieder/Simon, Big Data (Fn. 59), S. 171 („Entpolitisierung der Rechtsprechung“).

71 Vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 51.

72 G. Buchholtz/M. Scheffel-Kain, Algorithmen und Proxy Discrimination in der Verwaltung: Vorschläge zur Wahrung digitaler Gleichheit, NVwZ 2022, 612 (613).

73 Buchholtz/Scheffel-Kain, Proxy Discrimination (Fn. 72), 613; vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 27, die vom Vorgang der „Normalisierung“ spricht.

74 Ulbrich/Frey, Democracy (Fn. 12), S. 203 f.

stehen sie in einem Spannungsverhältnis zum Demokratie- und Legalitätsprinzip.⁷⁵

b. Das (Selbst-)Verständnis des Menschen

Das statistisch-prognostische Denken hat auch einen Einfluss auf das (Selbst-)Verständnis des Menschen als Rechtssubjekt.⁷⁶ Das Recht im liberal-demokratischen Verfassungsstaat baut auf der Idee der Autonomie des Menschen und dessen individueller Entfaltung auf. Dies kommt u.a. durch die Menschenwürdegarantie (Art. 7 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)⁷⁷ zum Ausdruck.⁷⁸ Insbesondere erstere verlangt ein offenes Menschenbild, das den Menschen nicht auf bestimmte Eigenschaften oder die Zugehörigkeit zu einer spezifischen Gruppe reduziert, sondern ihn in seiner Einzigartigkeit, Vielfältigkeit und seinen Widersprüchlichkeiten begreift.⁷⁹ Diese Offenheit gilt auch in zeitlicher Hinsicht: Der Mensch ist als sich veränderndes, „potenziell stets vorläufiges, gegenüber Neugestaltungen offenes Konstrukt zu begreifen“.⁸⁰ Beide Aspekte – Autonomie und Individualität – werden durch das Denken in berechenbaren Wahrscheinlichkeiten in Frage gestellt.

Funktionieren Entscheidungen als berechenbare Logik von Input und Output, wird der Akt selbstbestimmter Entscheidung ersetzt durch Berechnung. Die Entscheidung ist dann nicht mehr von einem freien Willen abhängig, sondern von auf der Vergangenheit beruhenden Daten, die sich nach der Logik der Wahrscheinlichkeit in die Zukunft fortschreiben. Der Mensch wird dann auch nicht mehr als freies Wesen verstanden, sondern

75 *Ulbrich/Frey*, Democracy (Fn. 12), S. 207, 217; *Müller-Mall*, Algorithmen (Fn. 12), S. 49 ff., 65 ff. (insbes. 70 ff.).

76 Grundlegend im Kontext von KI: *V. Rüegger/K. Schöbi*, Künstliche Intelligenz und Menschenwürde. Menschenwürde als Leitidee im Umgang mit KI, ZSR 2025, 209 (219 ff.).

77 Vgl. nur BGE 97 I 45, E. 3; BGE 133 I 110, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 5a; *J. Schweizer/J. Bongiovanni*, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, Art. 1–72, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 10 Rn. 96.

78 BGE 127 I 6 E. 5b; BGE 132 I 49 E. 5.a.

79 *E. M. Molinari*, Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung. Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion, Fribourg 2018, Rn. 134; *M. Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 41.

80 *Schefer*, Kerngehalte (Fn. 79); s. auch *Molinari*, Menschenwürde (Fn. 79), Rn. 134.

als vordefiniert durch vergangenes Handeln und Sein.⁸¹ Es reicht aus, ihn als Summe biochemischer Prozesse und Datensätze zu begreifen, die sich im Prinzip isolieren, vergleichen und aufrechnen lassen.⁸² Mit dieser Determiniertheit werden Autonomie und die Widersprüchlichkeit und Veränderlichkeit des Menschen – das offene Menschenbild – in Frage gestellt.⁸³

Die Menschenwürde ist aber noch auf eine andere Art betroffen: Wird der einzelne Mensch aufgrund kollektiver Daten beurteilt – werden also aus statistischen Daten über eine Gruppe Rückschlüsse auf das Individuum gezogen – wird er auf diese Gruppenzugehörigkeit reduziert.⁸⁴ Im Zentrum steht nicht der einzelne Mensch mit seiner Einzigartigkeit, sondern die Wahrscheinlichkeit, die sich aus „kollektiven Daten“ einer Gruppe ergibt.⁸⁵ Die Gefahr sog. statistischer Diskriminierung ist hier virulent.⁸⁶

c. Die Rolle der hoheitlichen Entscheider:in

Wenn Verläufe als berechenbar gelten und die Zukunft durch statistische Prognosen erschlossen werden kann, negiert dies den Spielraum für rechtliche Entscheidung und Zukunftsgestaltung. Und es verändert die Rolle der rechtlichen Entscheider:in: Nach diesem Verständnis braucht es gar keine eigentliche Entscheidung mehr und damit auch keine entscheidende Entität, sondern nur noch Vollzug im Sinne der Begleitung vorgegebener Verläufe.⁸⁷ Die hoheitliche Entscheider:in entscheidet dann nicht, sondern bewertet statistische Relevanz.⁸⁸

81 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 29 ff.; s. auch Nassehi, Muster (Fn. 39), S. 121, 125.

82 Rüegger/Schöbi, Menschenwürde (Fn. 76), 224.

83 Vgl. Rüegger/Schöbi, KI und Menschenwürde (Fn. 76), 220 ff.

84 Buchholtz/Scheffel-Kain, Proxy Discrimination (Fn. 72), 613; s. auch Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 22 f.; Nassehi, Muster (Fn. 39), S. 121 f.

85 Vgl. Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 22 ff.

86 Buchholtz/Scheffel-Kain, Proxy Discrimination (Fn. 72), 612 f.; Pfeil, Algorithmen (Fn. 42), 19; s. auch Altwicker, Statistik (Fn. 56), 640; G. Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen 2008.

87 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 117; Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 52.

88 Vgl. Buchholtz/Scheffel-Kain, Proxy Discrimination (Fn. 72), 613.

IV. Konsequenzen für die Rechtswissenschaften

Diese Ausführungen zeigen, dass die Rechtswissenschaften sich verstärkt mit Prognosen beschäftigen müssen. Dies gilt umso mehr, als „prognostische 'Übernahmen' von Entscheidungsprozessen meist beiläufig und vielfältig“ geschehen.⁸⁹ Um dies zu vermeiden, sind Bedeutung und Funktionsweise von Prognosen im Recht auszuleuchten; dies betrifft insbesondere folgende Bereiche:

Das statistisch-prognostische Denken tangiert zunächst das Verhältnis zwischen Recht und Empirie bzw. „Wirklichkeit“, insbesondere die Frage, welche Relevanz tatsächliche Gesetzmäßigkeiten im Recht haben (sollen).⁹⁰ Die sog. „Critical Legal Studies“⁹¹ oder Theoriemodelle, die als „New Legal Realism“⁹² zusammengefasst werden können, vermitteln ein gewisses Theorieangebot. Doch bedarf es weiterführender theoretischer Reflektion über das Verhältnis von Rechts- und Tatsachenerkenntnis.⁹³

Vor dem Hintergrund, dass sich Rechtsanwendung und Prognosen die Normativität und das Entscheidungsmoment teilen, ist (weiter) herauszuarbeiten, inwiefern sich juristische Methodik und Prognostik im Detail unterscheiden. Dies ist umso wichtiger angesichts der Lehrmeinungen, die Rechtsanwendung und Prognostik als wesensgleich verstehen und angesichts des Potentials probabilistischer KI-Modelle für juristische Entscheidungen.

Zudem ist nach der Ausgestaltung datenbasierter Rechtsargumentation zu fragen: Zwischen empirischem „Erfahrungswissen“ und dem rechtlich relevanten Tatsachenwissen besteht ein Transformationsprozess.⁹⁴ Dieser

89 Müller-Mall, Algorithmen (Fn. 12), S. 48.

90 Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 183; ders., Statistik (Fn. 56), 621; s. auch F. Vogel/R. Christensen, Neuer Rechtsempirismus, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 106 ff.

91 Vgl. etwa G. Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, in: Buckel et al. (Hrsg.), Neue Theorien (Fn. 90), S. 171 ff.; R. W. Baumann, Critical Legal Studies: A Guide To The Literature, New York 1996; A. Hunt, The Theory of Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies 6 (1986), 1 ff.

92 Für einen Überblick vgl. V. Nourse/G. Shaffer, Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?, Cornell Law Review 95 (2009), 61 (71 ff.).

93 Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 184 f.; s. auch I. Augsberg, International Law and its Methodology. Some Realism About New Legal Realism: What's New, What's Legal, What's Real?, Leiden Journal of International Law 28 (2015), 457 (466 f.).

94 Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 194.

ist an zwei Enden eines Spektrums besonders fehleranfällig: So können Anforderungen an empirische Grundlagen und Methodik derart hoch angesetzt sein, dass sie nicht erfüllbar sind. Oder aber es wird von Erfahrungswissen ausgegangen, das nicht auf hinreichenden Daten beruht.⁹⁵

In dogmatischer Hinsicht ist vorab zu ermitteln, was Prognosen im Recht sind und welchen rechtlichen Anforderungen Prognosen im Allgemeinen und statistische Prognosen im Besonderen zu genügen haben. Hierfür werden Analysekategorien und Maßstäbe benötigt, die es ermöglichen, Prognosen im Recht zu bestimmen und zu bewerten.

Eine solche Analysekategorie soll nachfolgend vorgestellt werden; sie illustriert beispielhaft, wie der Anwendungsbereich statistischer Prognostik näher bestimmt werden kann.

V. Beispiel einer Analysekategorie zur rechtlichen Erfassung von Prognosen

Tatsachen können in „adjudicative“ (richterliche) und „legislative (legislative) facts“ unterschieden werden.⁹⁶ Richterliche Tatsachen sind konkrete Einzel-Tatsachen, d.h. solche, die sich auf den konkreten Sachverhalt im Einzelfall beziehen,⁹⁷ z.B., ob X zur Tatzeit am Tatort war. Legislative Tatsachen sind genereller Natur, d.h. sie sind losgelöst von einem konkreten Einzelfall.⁹⁸ Das Schweizerische Bundesgericht umschreibt diese sog. Rechtstatsachen oder Realien als „die fallunabhängig vorgegebenen lebensweltlichen (gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, naturwissenschaftli-

95 Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 194 ff. mit Beispielen.

96 Es handelt sich dabei um unterschiedliche Arten von Tatsachen und nicht etwa die Frage, wer – Judikative oder Legislative – für deren Beurteilung zuständig ist. Zum Ganzen bereits K. Culp Davis, Judicial Notice, Columbia Law Review 55 (1955), 945 (952 ff.); s. auch Altwicker, Evidenz (Fn. 37), 185 Fn. 14; s. auch O. Lepsius, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, Juristenzeitung 2005, 1 (1 ff.).

97 Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 316; Culp Davis, Notice (Fn. 96), 952; Altwicker, Statistik (Fn. 56), 622; ders., Evidenz (Fn. 37), 185.

98 Lepsius, Sozialwissenschaften (Fn. 96), 1; Culp Davis, Notice (Fn. 96), 952; Goldhammer, Prognose (Fn. 9), S. 316; Altwicker, Statistik (Fn. 56), 622; ders., Evidenz (Fn. 37), 186.

chen, technischen etc.) Rahmenbedingungen“,⁹⁹ z.B. allgemeine medizinische oder gesundheitsbezogene Erkenntnisse.¹⁰⁰

In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass legislative Tatsachen einer empiriebasierten Ermittlung zugänglich sind.¹⁰¹ Wird im Kontext des Diskriminierungsverbots z.B. geprüft, ob in einem bestimmten Beruf überwiegend Frauen arbeiten, kann dies mit statistischen Methoden ermittelt werden.¹⁰² Allerdings gibt es in der Praxis zahlreiche legislative Tatsachen, die ohne hinreichende Datengrundlage als erwiesen gelten. Diese werden i.d.R. als „gerichtsnotorisch“ bezeichnet.¹⁰³ Und z.T. ist eine empirische Ermittlung nicht möglich – sei dies aufgrund eines tatsächlichen Erkenntnisdefizits oder einer negativen Kosten-Nutzen-Bilanz.¹⁰⁴

Im Gegensatz zu legislativen Tatsachen werden statistische Methoden bei der Ermittlung richterlicher Tatsachen als problematisch erachtet.¹⁰⁵ Hier erscheint der Einwand, dass vom Allgemeinen (den kollektiven Daten) nicht auf das Besondere (den Einzelfall) geschlossen werden darf, als maßgeblich.¹⁰⁶ Die richterliche Entscheidung müsse einzelfallbezogen erfolgen und dürfe nicht im Sinne empirischer Datenwissenschaften „berechnet“ werden.¹⁰⁷

Basiert eine richterliche Tatsache aber auf einer Prognose (z.B. weil es sich um eine zukünftige Tatsache handelt), stößt diese Unterscheidung an ihre Grenzen. Hier „können allenfalls statistische Erhebungen verlässlichere Schlüsse erlauben“¹⁰⁸ als allgemeine Erfahrungssätze oder qualitative Untersuchungen. So ist im schweizerischen Recht z.B. für die Ermittlung

99 Urteil des BGer 6B_582/2017 vom 19.06.2018, E. 2.1.2; *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 185 f.

100 Vgl. Urteil des BGer 9C_492/2014 vom 03.06.2015, E. 4.1.1.; BGE 133 II 321, E. 4.3.4; zum Ganzen *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 622; *ders.*, Evidenz (Fn. 37), 186.

101 *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 622; a. A. *Goldhammer*, Prognose (Fn. 9), S. 316.

102 *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 188; BGE 141 II 411, E. 9.2.

103 Urteil des BGer 2P_191/2004 vom 10.08.2005, E. 5.3.2; *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 195.

104 *Altwicker*, Evidenz (Fn. 37), 197, s. auch 193 ff. für weitere Praxisprobleme bzgl. legislativer Tatsachen.

105 Vgl. z.B. BGE 132 I 7, E. 4.1; BGE 136 I 1, E. 4.4.1; dazu *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 632, 634.

106 Vgl. *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 634; *M. Grosz*, Einzelfallprüfung vs. statistikbasierte Tatsachenermittlung im Verwaltungsrecht: Die Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäss Art. 56 KVG, BJM 2024, 251 (262); s. auch *Nell*, Wahrscheinlichkeit (Fn. 17), S. 23 ff.

107 *Grosz*, Statistik (Fn. 106), 263.

108 Im Kontext der Zulässigkeit statistischer Beweise für Tatsachen: Urteil des BGer 8C_599/2014 vom 18.12.2015, E. 6.4.

künftiger Einkommen (im Kontext von Renten- oder Unterhaltsberechnungen) eine statistische Grundlage vorgesehen.¹⁰⁹ Und das Bundesgericht zieht statistische Beweise für richterliche Tatsachen in Betracht, „[w]o ein rechtserheblicher Sachverhalt nicht aufgrund einzelner Vergleichsfälle nachgewiesen oder zumindest plausibel gemacht werden kann.“¹¹⁰ Genau dies ist bei Prognosen häufig der Fall; da sie i.d.R. die Zukunft betreffen, fehlen oftmals konkrete, aussagekräftige Vergleichsfälle.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Unterscheidung von richterlichen und legislativen Tatsachen zwar erste Anhaltspunkte dafür liefert, wo statisches Denken im Recht zulässig ist und wo nicht. Spezifisch für Prognosen ist sie jedoch in ihrer Anwendbarkeit begrenzt, denn hier wird z.T. (aufgrund des Gesetzes oder richterlicher Praxis) auch für richterliche Tatsachen auf statistische Prognostik zurückgegriffen. Für Prognosen sind also weiterführende Differenzierungen erforderlich.

109 Art. 25 Abs. 3 Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17.01.1961 (SR 831.201); *Affolter*, Einkommen (Fn. 4), 833 m.w.H.

110 Urteil des BGer 8C_599/2014 vom 18.12.2015, E. 6.4.; s. dazu auch *Altwicker*, Statistik (Fn. 56), 634 f.

Kontroversen um die Bedeutung evaluativer Rechtskonzepte in Rechtsprechung am Beispiel der Menschenwürde

Louise Majetschak¹

Wegweisende Urteile stützen sich häufig auf weite, evaluative Rechtskonzepte. So zieht das Bundesverfassungsgericht in Urteilen zu kontroversen Fragen, vom Schutz des Existenzminimums bis hin zur rechtlichen Regulierung von Sterbehilfe, die Menschenwürde heran. Dabei ist die Menschenwürde sowohl hinsichtlich ihres normativen Gehalts als auch hinsichtlich ihrer Bedeutung in menschenrechtlicher Rechtsprechung heftig umstritten. Während einige die Menschenwürde als tragendes Prinzip menschenrechtlicher Rechtsprechung ansehen, sehen andere sie lediglich als Platzhalter für nicht artikuliert

Erwägungen an. In diesem Beitrag soll aufgezeigt werden, dass Darstellungen der Rolle der Menschenwürde als Platzhalter aufgrund ihres umstrittenen normativen Gehalts aus rechtstheoretischer Perspektive nicht überzeugen. Ronald Dworkins Rechtstheorie eröffnet eine produktive Perspektive für das Verständnis von derartigen Kontroversen um die Bedeutung evaluativer Rechtskonzepte in der Rechtsprechung. Sie zeichnet Kontroversen als Ausdruck des Rechts als interpretativer sozialer Praxis, die aus dem notwendigen Zusammenhang zwischen moralischen Prinzipien und Rechtsauslegung heraus entstehen.

Inhalt

I.	What’s the point? Ein Blick auf Dworkins Rechtstheorie	111
1.	Was sind evaluative Rechtskonzepte?	111
2.	Kontroversen um den Zweck des Rechts	112
3.	Recht als Integrität	113
4.	Konstruktive Interpretation oder <i>the best fit and justification</i>	115
II.	Kontroversen um evaluative Rechtskonzepte als Kontroversen über die Prinzipien, die zu einer Praxis passen und sie rechtfertigen	117

1 Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin. Dieser Beitrag basiert auf ihrer Dissertation Human Dignity before the Bench: Social Disadvantage in the Human Rights Adjudication of European Courts, die an der Humboldt-Universität zu Berlin entstanden ist (in Veröffentlichung). Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich Jasper Kamradt, Johanna Mittrop und Vera Schürmann.

1. Taking judges seriously	117
2. Kontroversen um den normativen Gehalt als moralische Kontroversen	118
III. Schluss und Ausblick	120

Wegweisende Urteile stützen sich häufig auf evaluative Rechtskonzepte wie die Menschenwürde, also solche Konzepte, deren Bedeutung nicht ohne Rekurs auf moralische Erwägungen artikuliert werden kann.² Als Reaktion auf ein gerichtliches Urteil, das sich prominent eines solchen Konzepts zur Begründung einer kontroversen Entscheidung bedient, entbrennt sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Zivilgesellschaft häufig ein Streit um die Bedeutung dieses Konzepts.

Ein besonders anschauliches Beispiel zur Erörterung der Rolle evaluativer Rechtskonzepte in der Rechtsprechung bieten Fälle, in denen sich Vertreter:innen einander gegenüberstehender Positionen auf dasselbe Konzept berufen. So war es im Streit um die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht. Befürworter:innen der assistierten Sterbehilfe in Karlsruhe leiteten ein Recht zur selbstbestimmten Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens aus dem Recht auf die Achtung der Menschenwürde ab.³ Demgegenüber beriefen sich beispielsweise Vertreter:innen der christlichen Kirchen und des Zentralrats der Juden in Deutschland auf den staatlichen Auftrag zum Schutz der Menschenwürde. Ein Recht zur Selbsttötung kann nach der Auffassung der christlichen Kirchen nicht aus der Menschenwürde abgeleitet werden, da eine Person, die eine Selbsttötung vornimmt, sich gerade „der vitalen Basis der Menschenwürde beraube.“⁴

Das Bundesverfassungsgericht entschied mit den Befürworter:innen der Sterbehilfe, dass die grundrechtlich geschützte autonome Selbstbestimmung auch die Entscheidung umfasst, nach eigenen Maßstäben über sich selbst zu verfügen und zu verhindern, in Lebenssituationen gedrängt zu werden, die mit dem eigenen Selbstbild und Selbstverständnis unvereinbar sind. Dieses Recht sah das Bundesverfassungsgericht in der Menschenwürde verwurzelt. So leitete das Gericht aus dem allgemeinen Persönlichkeits-

2 Während dieser Beitrag, wie im Weiteren dargelegt wird, davon ausgeht, dass Rechtsauslegung untrennbar mit moralischen Werturteilen verbunden ist und somit die Grenze evaluativer zu nicht-evaluativen Rechtskonzepten verschwimmt, dient der Begriff hier der Einhegung.

3 So argumentierten z.T. die Beschwerdeführer:innen vor dem Bundesverfassungsgericht, siehe BVerfGE 153, 182 [35 ff.], auch [175–177].

4 Ebd. [145–149].

recht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht auf Selbsttötung ab, das die Freiheit einschließt, freiwillig angebotene Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen.⁵ Dem gegenüber stehe eine staatliche Schutzpflicht für die Autonomie des:der Einzelnen und damit zum Schutz des Lebens als solchem, die der Gesetzgeber mit dem Recht auf eine selbstbestimmte Entscheidung über das Lebensende abwägen muss.⁶

Wie ist es zu bewerten, dass das Bundesverfassungsgericht sich prominent auf die Menschenwürde bezieht, um über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung zu entscheiden, wenn die Menschenwürde in anderer Interpretation auch das gegenteilige Ergebnis gestützt hätte, nämlich, dass das Verbot verfassungsgemäß (eventuell sogar zwingend) ist?

In Anbetracht der Widersprüche zwischen unterschiedlichen Konzeptionalisierungen der Menschenwürde argumentierte zum Beispiel *Christoph Möllers*, dass dieses Konzept nicht hilfreich sei, um solche Verhaltensweisen zu bestimmen, die absolut verboten sind.⁷ Unter anderem deshalb warnt *Möllers* vor gerichtlicher Heranziehung derart anspruchsvoller und allgemeiner Konzepte.⁸

Die Frage nach der Bedeutung der Menschenwürde für die rechtliche Bewertung zentraler gesellschaftlicher Konflikte, vom Schwangerschaftsabbruch bis zur staatlichen Gewährleistung des Existenzminimums, beschäftigt Gerichte und Wissenschaftler:innen weltweit.⁹ Nach seiner Analyse gerichtlicher Interpretationen der Menschenwürde kam der Rechtswissenschaftler *Christopher McCrudden* in seiner einflussreichen und häufig zitierten Studie über die Rolle der Menschenwürde zu dem Ergebnis, der Menschenwürde fehle es an einem universellen Bedeutungskern. Vielmehr biete die Menschenwürde Richter:innen einen Ausweg für Schwierigkeiten, die Gerichte bei der Entscheidung menschenrechtlicher Fälle bewältigen

5 BVerfGE 153, 182 [207–208], [212].

6 BVerfGE 153, 182 [265–266]. Siehe dazu *J. Ennuschat*, Suizidassistent und Sterbehilfe: Chance für einen Neustart, ZfP 2023, 197.

7 *C. Möllers*, The Triple Dilemma of Human Dignity: A Case Study, in: *C. McCrudden* (Hrsg.), *Understanding Human Dignity*, Oxford 2013, S. 173, 186 f., unter anderem unter Bezug auf *Christopher McCruddens* Analyse widersprüchlicher Auslegungen der Menschenwürde, S. 185.

8 Ebd., 173.

9 Siehe exemplarisch *C. Dupré*, *The Age of Dignity*, Oxford 2016; *J. Hsu* (Hrsg.), *Human Dignity in Asia*, Cambridge 2022; *D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers* (Hrsg.), *Human Dignity in Context*, Baden-Baden 2018; *A. Barak*, *Human Dignity*, Cambridge 2015; *E. Daly*, *Dignity Rights*, Philadelphia 2013.

müssen, nämlich (a) wie Rechte und Werte abzuwägen sind, (b) inwieweit Menschenrechte lokale, nationale, oder internationale Standards instanzieren und (c) wie Richter:innen in bestimmten, ihnen vorliegenden Konflikten intervenieren können, auch wenn der Wortlaut eines Menschenrechts eine solche Intervention nicht herzugeben scheint.¹⁰ Das erklärt *McCruddens* Charakterisierung der Menschenwürde als Platzhalter. Die Menschenwürde biete Richter:innen gerade aufgrund ihrer Unbestimmtheit den Ausweg aus den beschriebenen, von *McCrudden* als „institutionell“ bezeichneten Schwierigkeiten. Da es nicht nur an einem Bedeutungskern fehlt, sondern vielmehr unüberbrückbare konzeptionelle Differenzen in der Rechtsprechung auszumachen sind, kann die Menschenwürde in *McCruddens* Darstellung eben nur „institutionelle“ Rollen erfüllen. Sie ist Platzhalter für andere Erwägungen, die Richter:innen dazu veranlasst haben, eine Entscheidung zu fällen, wie z.B. das Verlangen nach richterlicher Intervention, die sie aber nicht als solche im Text eines Urteils artikuliert haben.¹¹

Trotz anhaltender Kritik betonen andere den Wert der Menschenwürde für die Auslegung von Grund- und Menschenrechten und sehen sie als zentrales, urteilsleitendes Prinzip oder den entscheidenden Wert bestimmter gerichtlicher Entscheidungen an.¹²

Wie steht es also um gerichtliche Interpretationen, die sich zentral auf evaluative Rechtskonzepte stützen? Sollten wir uns den kritischen Stimmen

10 C. *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *European Journal of International Law* 19 (2008), 655 (714).

11 Ebd., 722. *Pritam Baruah* hat aufgezeigt, dass *McCruddens* Beschreibung die Menschenwürde als Platzhalter darstellt, auch wenn *McCrudden* das nicht ausdrücklich tut, siehe *P. Baruah*, Human Dignity in Adjudication: The Limits of Placeholding and Essential Contestability Accounts, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 27 (2014), 329 (342). Vgl. für eine *McCruddens* Charakterisierung der Menschenwürde ähnelnde Einschätzung *N. Rao*, On the Use and Abuse of Human Dignity in Constitutional Law, *Columbia Journal of European Law* 14 (2008), S. 201 (208). Zur Kritik, die Menschenwürde würde in bestimmten Urteilen bloß eine rhetorische Funktion einnehmen, *C. O'Mahony*, The Dignity of the Individual in Irish Constitutional Law, in: D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers (Hrsg.), *Human Dignity in Context: Explorations of a Contested Concept*, Baden-Baden 2018, S. 469 (474 f.).

12 Siehe z.B. in einer späteren Reflexion über das Urteil des UK House of Lords, R (on the application of Adam/Limbuela/Tesema) v. Secretary of State for the Home Department, UKHL 66, 175, *B. Hale*, Dignity, *Journal of Social Welfare and Family Law* 31 (2009), 101 (107); *D. Bedford*, Human Dignity in Great Britain and Northern Ireland, in: P. Becchi/K. Mathis (Hrsg.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Cham 2019, S. 319; *L. Barroso*, Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and Transnational Discourse, *Boston College International & Comparative Law Review* 35 (2012), 331; *Dupré*, Dignity (Fn. 9), 196 f.

anschließen, die die gerichtliche Rechtsinterpretation unter Heranziehung evaluativer Rechtskonzepte als zu unbestimmt ansehen und ihre Anwendung lediglich als Platzhalter für eigentlich urteilsleitende Erwägungen betrachten?

Im Folgenden werde ich gegen diese Positionen argumentieren. Kontroversen um die Bedeutung evaluativer Rechtskonzepte können Ausdruck einer gesunden Rechtspraxis sein, wenn Recht als interpretative Praxis verstanden wird, wie *Ronald Dworkin* sie in seiner Theorie von Recht als Integrität skizziert hat.¹³

I. What's the point? Ein Blick auf Dworkins Rechtstheorie

1. Was sind evaluative Rechtskonzepte?

Zunächst muss präzisiert werden, was der Begriff „evaluative Rechtskonzepte“ im hier verwendeten Sinne meint. Der hier genutzte Begriff deckt sich mit *Dworkins* Begriff des politischen Konzepts. Politische Konzepte unterscheiden sich bei *Dworkin* sowohl von eigenschaftsbasierten Konzepten als auch von natürlichen Gattungskonzepten.¹⁴

Eigenschaftsbasierte Konzepte sind solche, deren korrekte Benutzung sich nach dem Vorliegen bestimmter Eigenschaften richtet, die durch üblichen Sprachgebrauch bestimmt werden.¹⁵ Ein Beispiel für ein eigenschaftsbasiertes Konzept ist das Konzept „Haus“. Die Eigenschaften, die ausmachen, ob der Begriff „Haus“ sprachlich korrekt gebraucht wurde, bestimmen sich nach dem üblichen Sprachgebrauch. Danach muss jedenfalls die typische freistehende Wohnstätte einer Familie in einem gewöhnlichen Vorort als ein Haus bezeichnet werden, wobei Grenzfälle des Wortgebrauchs verbleiben, z.B. darüber, ob Buckingham Palace auch korrekterweise als Haus bezeichnet werden kann.¹⁶

13 So grundlegend *R. Dworkin*, *Law's Empire*, London 1998 (reprint).

14 Ebd., 47 f.; als Beispiel für ein natürliches Gattungskonzept nennt *Dworkin* die atomare Struktur von Gold oder die genetische Struktur eines Tigers, siehe *R. Dworkin*, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004), 1 (9).

15 *Dworkin*, *Political Philosophy* (Fn. 14), 9 f.

16 *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), S. 39 ff. So auch mit Beispielen zu den eigenschaftsbasierten Konzepten wie „glatzköpfig“ oder „Buch“, *R. Dworkin*, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, MA 2010, S. 158.

Politische Konzepte wie Demokratie oder Gleichheit unterscheiden sich von eigenschaftsbasierten Konzepten. Die Bedeutung eines politischen Konzepts beruht nicht entscheidend auf durch die Begriffsverwendung hervorgebrachten Eigenschaften.¹⁷ Streiten Personen über die Bedeutung eines politischen Konzepts, bestimmt sich seine Bedeutung nicht danach, wie die meisten Menschen den Begriff verwenden.¹⁸ Bei politischen Konzepten wie der Demokratie kommt es vielmehr darauf an, ob eine ihm beigemessene Bedeutung den Wert, den das Konzept verkörpert, am besten ausdrückt. Wert und Beschreibung lassen sich nicht voneinander trennen.¹⁹

2. Kontroversen um den Zweck des Rechts

Am oben genannten Beispiel der Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung sind zwei sich gegenüberstehende Auffassungen darüber zu erkennen, was Art. 1 und 2 GG erfordern. Woher rühren nach *Dworkin* unterschiedliche Verständnisse davon, was in einer Rechtsordnung Recht, *de lege lata*, ist?

Für *Dworkin* ist Recht eine interpretative soziale Praxis und damit seinerseits ein interpretatives Konzept. Interpretative Konzepte gründen sich auf ein bestimmtes Verhältnis einer sozialen Praxis zu ihrem Zweck. Für Teilnehmer:innen einer sozialen Praxis ist diese bedeutungsvoll. Sie gehen davon aus, dass ihr eigenes Handeln sich an die Praxis anpasst, und gerade diese Vorstellung des angepassten Verhaltens ist wiederum konstitutiv für die Praxis.²⁰ Der interpretative Charakter einer Praxis hängt also von der Einstellung ab, die Teilnehmer:innen der Praxis gegenüber haben. Indem Teilnehmer:innen eine Praxis mit einer interpretativen Einstellung betrachten, verleihen sie dieser ihren interpretativen Charakter.²¹

17 *Dworkin*, Political Philosophy (Fn. 14), 10, vgl. 'Whether judicial review is inconsistent with democracy does not depend on what most people think or on how most people talk, and people have genuine disagreements about democracy, liberty and equality, in spite of the fact that each is using a somewhat different conception of these political values.'

18 Ebd., 8.

19 Ebd., 13, *Dworkin* nennt diese Konzepte „*interpretive concepts of value*“. Politische Konzepte sind auch interpretative Konzepte, siehe *Dworkin*, Justice (Fn. 16), S. 158.

20 Siehe die Erklärung und Diskussion bei *G. Postema*, "Protestant" Interpretation and Social Practices, *Law and Philosophy* 6 (1987), 283 (286).

21 Siehe *Dworkin*, Law's Empire (Fn. 13), S. 47.

Eine Person, die eine interpretative Einstellung gegenüber einer sozialen Praxis hat, misst dieser sozialen Praxis einen *Wert* bei, den die Praxis ihrer Ansicht nach verwirklicht und sie meint, dass die Anforderungen, die eine Praxis an die an ihr teilnehmenden Personen stellt, abhängig von diesem Zweck sind.²² Teilnehmer:innen einer sozialen Praxis entwickeln aber unterschiedliche Verständnisse davon, welchen Wert die Praxis verkörpert, und in der Folge auch davon, was eine jeweilige Praxis, sei es Recht oder eine andere soziale Praxis wie die der Höflichkeit, in einer konkreten sozialen Situation verlangt. Wer also wissen will, welche Anforderungen das interpretative Konzept der Höflichkeit in einem bestimmten Fall an seine Teilnehmer:innen stellt, muss Teil ebendieser Praxis werden und sich eine Meinung dazu bilden, welchem wertvollen Zweck sie dient.²³ Wer der sozialen Praxis Höflichkeit den Zweck beimisst, anderen Menschen gegenüber Respekt auszudrücken, wird der Praxis andere Anforderungen in einer konkreten sozialen Situation entnehmen, als jemand, dessen Interpretation nach die Höflichkeit dem Zweck der Abgrenzung unterschiedlicher sozialer Gruppen dient.²⁴

Unterschiedliche Auffassungen darüber, was das Recht zum Beispiel in Form eines Gesetzes von seinen Unterworfenen fordert, folgen also in *Dworkins* Theorie aus unterschiedlichen Interpretationen des Zwecks, den Recht als solches verfolgt, sowie daraus, was dieser Zweck in konkreten Situationen von den Rechtsunterworfenen fordert.

3. Recht als Integrität

Da Recht seinerseits ein interpretatives Konzept ist, ist auch sein Charakter umstritten.²⁵ Die Bedeutung des interpretativen Konzepts ist seinerseits davon abhängig, welche Bedeutung den in ihm verkörperten Wert am besten

22 Ebd., S. 47.

23 Ebd., S. 64.

24 Zu *Dworkins* Beispiel der Höflichkeit, ebd., S. 46 ff.

25 *Dworkin* selbst zeichnete *H.L.A. Harts* Rechtstheorie als „semantic theory“ nach, die Recht fälschlicherweise wie ein eigenschaftsbasiertes Konzept behandle. Nach *Dworkin* stellt *Harts* Rechtspositivismus Meinungsverschiedenheiten darüber, was Recht *de lege lata* ist, fälschlicherweise nur als Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des Wortes Recht dar, ebd., S. 40 f. *Hart* hat sich gegen diese Charakterisierung im Postscript zu *Hart*, *The Concept of Law*, Oxford 2012, S. 244 ff. gewehrt. Siehe auch *Dworkins* Antwort darauf in *Dworkin*, *Political Philosophy* (Fn. 14), 21.

ausdrückt. Eine Theorie des Rechts ist also keine neutrale Beschreibung des Rechts, sondern eine Interpretation des Rechts, die versucht, die Praxis Recht zu rechtfertigen.²⁶

Nach *Dworkin* ist die beste Interpretation des Rechts die des Rechts als Integrität. Integrität zielt nicht auf formale Gleichheit ab, sondern fasst eine Vorstellung materieller Gleichheit. Sie verlangt von staatlichen Stellen, in einer Art und Weise zu handeln, die durch ein System von Prinzipien gerechtfertigt ist, und diese Prinzipien konsistent gegenüber allen Rechtsunterworfenen anzuwenden.²⁷

Recht als Integrität trägt also Rechtsausleger:innen auf, Recht als ein kohärentes System, das von Prinzipien strukturiert ist, anzusehen. Diese Prinzipien, wie Gerechtigkeit oder Fairness, sollen ihrerseits in Rechtsstreitigkeiten angewendet werden, sodass letztlich alle Rechtsfälle nach denselben Prinzipien entschieden werden.²⁸ Nach dieser Auffassung ist ein Rechtssatz *lex lata*, wenn er aus den Prinzipien folgt, die die beste Interpretation der Rechtspraxis einer Rechtsgemeinschaft darstellt.²⁹

Prinzipien haben einen moralischen Charakter und werden gerade dadurch zu Rechtsprinzipien, dass sie am besten zu den zentralen politischen Entscheidungen einer Gemeinschaft passen, also beispielsweise zu der staatlichen Verfassung und dem von ihr ins Leben gerufenen institutionellen Gefüge, und eben diese rechtfertigen.³⁰ Dies kommt nach *Dworkin* in der häufig formulierten Vorstellung zum Ausdruck, dass ein Prinzip einer Rechtsordnung zugrunde liegt oder in ihr verankert ist, auch wenn dieses Prinzip keine ausdrückliche Erwähnung in einem Rechtsinstrument findet.³¹

26 *Dworkin*, Political Philosophy (Fn. 14), 2. Siehe auch *Dworkins* Kritik an *H.L.A. Harts* Behauptung, seine positivistische Rechtstheorie sei neutral und deskriptiv. Vielmehr, so *Dworkin*, beziehe sie Stellung, und zwar für diejenigen, die argumentieren, dass Kontroversen um die Existenz von Rechten allein danach entschieden werden sollen, was geschriebene Rechtsquellen, wie Gerichtsentscheidungen oder Gesetze, zu dieser Frage sagen, ebd., 20.

27 *Dworkin*, Law's Empire (Fn. 13), S. 165.

28 Ebd., S. 243.

29 Ebd., S. 223.

30 *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously, London 2004, S. 40.

31 *R. Dworkin*, Hard Cases, Harvard Law Review 88 (1975), 1057 (1082 f.).

4. Konstruktive Interpretation oder *the best fit and justification*

Diese von *Dworkin* beschriebene konstruktive Interpretation hat zwei Dimensionen: Die Dimension des Passens (*fit*) und die Dimension der Rechtfertigung. Rechtsausleger:innen müssen sich eine Meinung dazu bilden, welchen Zweck das Recht in der Rechtsordnung, in der sie sich bewegen, erfüllt. Neben dieser Interpretation des Zwecks des Rechts als solchem müssen Rechtsausleger:innen in konkreten Auslegungssituationen entscheiden, welches moralische Prinzip die jeweilige Rechtsquelle in ihrem besten Licht darstellt, d.h. am besten rechtfertigt, und zu der Rechtspraxis passt.³² Die zwei Dimensionen der konstruktiven Interpretation erfolgen also sowohl auf der abstrakten Ebene der Interpretation des Rechts als solchem als auch auf der konkreteren Ebene der Auslegung bestimmter Rechtsquellen.

Sich auf die Werte festzulegen, die das Recht als solches sowie bestimmte Rechtssätze in konkreten Auslegungssituationen rechtfertigen, ist eine moralische Entscheidung. Das bedeutet, dass eine konstruktive rechtliche Interpretation nach *Dworkin* von moralischen Werturteilen abhängt und untrennbar mit diesen verbunden ist. Um zu wissen, was Recht ist und welche Anforderungen das Recht an seine Unterworfenen stellt, müssen Rechtsausleger:innen die moralischen Fragen des Passens und der Rechtfertigung beantworten.

Dabei sollte *Dworkins* Theorie von konstruktiver Interpretation aber mit *Gerald Postema* dahingehend gedacht werden, dass die moralische Bewertung des Zwecks des Rechts nicht rein privat und individuell ist oder sein soll. Rechtsausleger:innen müssen sich bei ihrer konstruktiven Interpretation einer sozialen Praxis nicht primär über ihre eigenen (individuellen) Zwecke bewusstwerden, an einer Praxis teilzunehmen, sondern darüber, welchen Zweck sämtliche Teilnehmer:innen einer Praxis beimessen. Somit ist die Interpretation anderer Ausleger:innen unmittelbar relevant für die eigene Interpretation.³³ Nach *Postema* ist für das Verständnis einer sozialen Praxis auch zentral, dass eine Praxis wie Recht sich durch sozial

32 *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), S. 255 f.

33 *Postema*, *Interpretation* (Fn. 20), 287 f. Über die Vereinbarkeit mit *Dworkins* Theorie konstruktiver Interpretation siehe *T. Bustamante*, *Is Protestant Interpretation an Acceptable Attitude Toward Normative Social Practices? An Analysis of Dworkin and Postema*, *The American Journal of Jurisprudence* 66 (2021), 1.

erworbenes Wissen als Disziplin konstituiert.³⁴ In einem so entwickelten Verständnis konstruktiver Interpretation bleiben die für die Disziplin prägenden methodischen Grundsätze zentral, wie im deutschen Rechtssystem beispielsweise die vorherrschenden Auslegungsmethoden Wortlaut, Telos, Systematik und Historie.

Gleichzeitig spielt die institutionelle Verankerung eine entscheidende Rolle für die Frage, welche moralischen Prinzipien zu rechtlichen Prinzipien werden. Für die Auslegung eines Gesetzes bedeutet das, dass auch bei der konstruktiven Interpretation der Wortlaut den Ankerpunkt der Interpretation bildet.³⁵ Eine Interpretation muss aber nicht nur zu einer konkreten Rechtsquelle passen, sondern auch zum Rechtssystem als solchem, einschließlich seiner zentralen Merkmale wie der institutionellen Rollenverteilung zwischen Gerichten und dem Gesetzgeber.³⁶

Diese dworkinsche Perspektive erklärt beispielsweise die Position der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung das moralische Prinzip der Menschenwürde zu einem Rechtsprinzip der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) entwickelt. Nachdem der EGMR die Menschenwürde als Kern der EMRK bezeichnet hat, und sie so zu einem grundlegenden, aber ungeschriebenen, Wert der Konvention entwickelt hat, nutzte der Gerichtshof diesen Wert immer wieder, um die von der Konvention garantierten Rechte in konkreten Situationen auszulegen.³⁷ So entscheidet der EGMR über das Vorliegen einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK, danach, ob eine Behandlung die Achtung für die Menschenwürde vermissen lässt.³⁸ Wenn der Gerichtshof auslegen muss, ob bestimmte Gefängnisbedingungen einen Verstoß gegen das Verbot der erniedrigenden Behandlung darstellen, bezieht sich der Gerichtshof immer wieder auf das Gebot zur Achtung der Menschenwürde,

34 *Postema*, Interpretation (Fn. 20), 313.

35 Siehe dazu schon *Dworkin*, Hard Cases (Fn. 31), 1087.

36 *Dworkin*, Law's Empire (Fn. 13), S. 255.

37 Zur Interpretation von Artikel 3 EMRK durch den EGMR unter Heranziehung der Menschenwürde, *T. Bührer*, Das Menschenwürdekonzept der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2020, S. 210; *L. v. Schwichow*, Die Menschenwürde in der EMRK, Tübingen 2016, S. 111; *C. Paraskeva* Overcrowding in prisons: the developing case law of the European Court of Human Rights addressing contracting states' failures and obligations under article 3 of the ECHR, *European Human Rights Law Review* 5 (2021), 494 (496 f.).

38 Siehe z.B. EGMR, 19.04.2001, App. No. 28524/95 (*Peers v. Greece*).

um konkrete Mindeststandards für Lebensbedingungen in Gefängnissen zu entwickeln,³⁹ z.B. hinsichtlich der Mindestgröße einer Gefängniszelle.⁴⁰ Ähnliche Standards leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 GG ab.⁴¹

In den Urteilen des EGMR äußern Richter:innen zum Teil unterschiedliche Ansichten zum normativen Gehalt der Menschenwürde und damit auch dazu, welche konkreten Standards aus der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde in spezifischen Situationen abgeleitet werden können.⁴² Das wertet eine gerichtliche Auslegung, die einer anderen widersprechen mag, aber nicht zu inhaltsleeren Worthülsen herab, sondern stellt einen interpretativen Konflikt um die jeweils beste Auslegung dar.

II. Kontroversen um evaluative Rechtskonzepte als Kontroversen über die Prinzipien, die zu einer Praxis passen und sie rechtfertigen

1. Taking judges seriously

Unter Berücksichtigung von *Dworkins* Theorie des Rechts soll nun die ursprüngliche Fragestellung zu der Rolle von evaluativen Rechtskonzepten in Rechtsprechung erneut in den Blick genommen werden.

Zunächst wird deutlich, dass Kritiker:innen der gerichtlichen Rechtsinterpretation anhand bestimmter evaluativer Rechtskonzepte wie der Menschenwürde oft nicht offenlegen, auf welchem Verständnis von Rechtsprechung und Rechtsauslegung ihre Einschätzung basiert. Es drängt sich die Frage auf, auf welchem Verständnis von Rechtsprechung und Rechtsauslegung sich die Kritik gründet, dass die Menschenwürde aufgrund unauf lösbarer konzeptioneller Konflikte in der Rechtsprechung lediglich einen Platzhalter für andere richterliche Erwägungen darstellt. Denn, sieht man Rechtsauslegung mit *Dworkin* als mit moralischen Prinzipien verbunden an, legen Kontroversen um den Bedeutungsgehalt von grundlegenden Konzepten nicht deren Eigenschaft als Platzhalter nahe. Vielmehr sind Kontro-

39 EGMR, 20.10.2016, App. No. 7334/13 (*Muršić v. Croatia*); EGMR, 04.10.2016, App. No. 2653/13; 60980/14 (*Yaroslav Belousov v. Russia*); EGMR, 01.06.2015, App. No. 36925/10; 21487/12; 72893/12 (*Neshkov and others v. Bulgaria*).

40 EGMR, 20.10.2016, App. No. 7334/13 (*Muršić v. Croatia*); EGMR, 10.01.2012, App. No. 42525/07; 60800/08 (*Ananyev and Others v. Russia*).

41 BVerfG NJW 2016, 389 m.w.N.

42 Siehe beispielsweise die Mehrheitsentscheidung EGMR, 19.01.2021, App. No. 14065/15 (*Lăcătuș v. Switzerland*) und die abweichende Meinung von Richter Ravarani.

versen gerade Ausdruck des Rechts als interpretativer Praxis, in der unterschiedliche Rechtsausleger:innen aufgrund unterschiedlicher Verständnisse vom Zweck des Rechts auch zu unterschiedlichen Auslegungen in konkreten Auslegungssituationen gelangen.

Die dworkinsche Perspektive auf Rechtsprechung geht davon aus, dass Richter:innen, die in einem Urteil eine Rechtsauslegung darlegen, diese auch für das geltende Recht halten.⁴³ Sie treffen also keine Aussage darüber, wie das Recht „sein sollte“, sondern was es „ist“.

Schon diese Prämisse hat weitreichende Folgen für die Bewertung der Rolle eines evaluativen Rechtskonzepts in der Rechtsprechung. Die bloße Tatsache, dass es kein universell oder wenigstens regional geteiltes Verständnis eines Konzepts wie der Menschenwürde gibt, bedeutet dann weder, dass Richter:innen die Menschenwürde anwenden, um den von *McCrudden* beschriebenen „institutionellen“ Schwierigkeiten zu begegnen, noch, dass sie nicht die Grundlage für eine prinzipienorientierte gerichtliche Entscheidung bieten kann.⁴⁴ Vielmehr müssen unterschiedliche Interpretationen als sich gegenüberstehende, eventuell gegenläufige Formulierungen des normativen Gehalts der Menschenwürde angesehen werden, die der:die jeweilige Rechtsausleger:in als Ausdruck dessen ansieht, was das Recht *ist*. Dieses Verständnis kann und sollte der:die Rechtsausleger:in als Prinzip in ihrer Rechtsauslegung nutzbar machen und muss es in allen ähnlich gelagerten Fällen heranziehen.

2. Kontroversen um den normativen Gehalt als moralische Kontroversen

Kommen wir zurück zu dem eingangs erwähnten Beispiel der rechtlichen Regulierung der Sterbehilfe, wird deutlich, dass Kontroversen um die Interpretation von Art. 1 Abs. 1 GG auf unterschiedlichen moralischen Interpretationen der Menschenwürde und ihrer Achtung basieren. Als Rechtsinter-

43 *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), 90. *Dworkin* zeigte auf, dass seine Rechtstheorie auskommt, ohne Richter:innen unterstellen zu müssen, zu lügen, wenn sie ihre Urteile als Darstellung des *lex lata* schreiben. Ebenso muss Richter:innen nach seinem Verständnis von Rechtsauslegung nicht unterstellt werden, ihre eigene Urteilsfindung nicht zu verstehen, d.h. nicht einzusehen, in Grenzfällen als vorläufige Gesetzgeber zu agieren. Beide Unterstellungen sind *H.L.A. Harts* Charakterisierungen von Richter:innen als vorläufigen Gesetzgebern in Grenzfällen („*penumbral cases*“) immanent, ebd., 41.

44 So aber *McCrudden*, *Dignity* (Fn. 10), 655.

pretationen müssen diese moralischen Interpretationen der Menschenwürde als Schutz der autonomen Definition des Selbstbilds einerseits, oder als Schutz des Lebens als Basis der Menschenwürde andererseits, Bezug auf die zentralen Aspekte der Rechtspraxis nehmen, um nicht rein moralische, sondern rechtliche Interpretationen zu sein. Diese Interpretationen müssen im rechtstechnischen Sinne *Dworkins* „passen“: Sie müssen sich am Wortlaut der auszulegenden Norm sowie an den relevanten gesetzgeberischen Entscheidungen orientieren und sie müssen sich zu früheren Gerichtsentscheidungen zu derselben verhalten, entweder, indem sie die in diesen Entscheidungen entwickelten Auslegungen fortführen, oder, indem sie diese als nicht überzeugende Interpretationen verwerfen.⁴⁵ Zu welchen Aspekten eines Rechtssystems sich eine Interpretation in der Dimension des „Passens“ verhalten muss, ist seinerseits eine Frage der Interpretation.⁴⁶

Dworkins Rechtstheorie kann auch einen Beitrag dazu leisten, Konzepte zu erklären, die im Wortlaut einer Rechtsgrundlage wie dem Grundgesetz keine Erwähnung finden, aber in verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu Verfassungskonzepten entwickelt werden. Man denke zum Beispiel an das Konzept des Existenzminimums, das ein Teil des Grundrechts auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums geworden ist.⁴⁷ In *dworkinscher* Lesart der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum menschenwürdigen Existenzminimum ist das Menschenwürdeverständnis, das Schutz vor sozialen Notlagen beinhaltet, Folge einer

45 In *Dworkins* Rechtstheorie werden Interpretationen durch Paradigmen verankert. Paradigmen sind Instanzierungen einer Praxis, zu denen eine Interpretation passen muss, um als plausible Interpretation Anerkennung zu finden. Jedes Paradigma kann aber seinerseits durch eine Interpretation, die andere Paradigmen besser erklärt und das vorherige Paradigma als Fehler zurückweist, verworfen werden, siehe *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), S. 72.

46 *Dworkin* selbst stellte diese Dimension des „Passens“ zum Teil als gegebene Tatsachen der Rechtsgeschichte [„*brute facts of legal history*“, Übersetzung L.M.] dar. Das ist nicht überzeugend, denn die Frage, ob eine Interpretation zu grundlegenden Institutionen und Maximen eines Rechtssystems passt sowie die Frage, zu welchen Institutionen und Maximen die Interpretation überhaupt passen muss, ist ihrerseits eine Interpretation, so auch *Dworkin* selbst in ebd., S. 257. Siehe dazu überzeugend *T.R.S. Allan*, *Interpretation, Injustice, and Integrity*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 58 (70) und *Postema*, *Interpretation* (Fn. 20), 307.

47 Siehe grundlegend z.B. BVerfGE 125, 175; BVerfGE 132, 134; BVerfGE 137, 34, davor bereits z.B. BVerfGE 82, 60.

moralischen Interpretation von Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁸ Diese Interpretation von Artikel 1 Abs. 1 GG hat das frühe Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Hinterbliebenenrente aus dem Jahr 1951 noch ausdrücklich abgelehnt.⁴⁹

Die dworkinsche Perspektive bietet einen Ansatz zum Verständnis eben solcher Veränderungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Jede Rechtsinterpretation, so *Dworkin*, wird wiederum Teil der sozialen Praxis Recht, sie fließt bildlich gesprochen in die Praxis zurück und verleiht ihr dadurch eine neue Gestalt – wobei jede Interpretation ihrerseits eine Interpretation der vorherigen Praxis ist.⁵⁰

III. Schluss und Ausblick

Ronald Dworkins Theorie des Rechts als Integrität eröffnet eine produktive Perspektive für die Einschätzung gerichtlicher Interpretationen anhand evaluativer Rechtskonzepte und interpretativer Konflikte um dieselben. Sieht man Recht als interpretative Praxis an, können die oben beschriebenen Charakterisierungen der Rolle der Menschenwürde in der Rechtsprechung als Platzhalter aufgrund der vielen unterschiedlichen Menschenwürdeinterpretationen, die sowohl in unterschiedlichen Rechtsordnungen als auch innerhalb einer Rechtsordnung geäußert werden, nicht überzeugen.

In dworkinscher Lesart artikulieren Richter:innen in ihren Urteilen, auch in schwierigen Grenzfällen, was das geltende Recht nach ihrer jeweiligen Interpretation *ist*. Diese Rechtsauffassung ist geprägt von moralischen Erwägungen über den Zweck des Rechts, die zu dem Recht einer Rechtsordnung passen und dieses moralisch rechtfertigen.

Dworkins Theorie von Recht als Integrität begründet die Verantwortung aller Rechtsausleger:innen, sich über das geltende Recht in ihrer jeweiligen Rechtsordnung klar zu werden.⁵¹ Das beinhaltet die Verantwortung von Rechtsausleger:innen, dafür Sorge zu tragen, dass das Recht als solches und

48 Dazu ausführlich Louise Majetschak, *Human Dignity before the Bench: Social Disadvantage in the Human Rights Adjudication of European Courts* (in Veröffentlichung).

49 BVerfGE 1, 97.

50 *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), S. 48.

51 Diese Verantwortung erwächst aus der moralischen Verpflichtung, geltendes Recht, aber im Sinne *Dworkins* als System von Prinzipien [„*fidelity to a scheme of principle*“], zu achten, siehe ebd., S. 190. Der Begriff der Verantwortung hängt bei *Dworkin*

bestimmte Rechtssätze mit moralischen Prinzipien wie Gerechtigkeit und Fairness im Einklang stehen.

In diesem Sinne erklären sich auch Kontroversen um Rechtsauslegungen in der Zivilgesellschaft. Als besonders umstrittenes Beispiel mag man hier an die Verfassungsinterpretation von zivilgesellschaftlichen Akteuren wie der Vereinigung „Die letzte Generation“ denken.⁵² Diese berief sich explizit auf Verfassungsgrundsätze sowie auf ein Recht zu Aktionen des zivilen Ungehorsams, um ihre Handlungen zu rechtfertigen.⁵³ Dem mag man widersprechen, und so wird es auch vielfach in der Rechtswissenschaft und Zivilgesellschaft getan. Um dem Argument allerdings inhaltlich zu begegnen, ist eine Gegenüberstellung der eigenen Interpretation des geltenden Rechts notwendig, welche andere Prinzipien betont oder dieselben Prinzipien inhaltlich anders versteht.

Ob wir es wollen oder nicht, entkommen können wir dieser Verantwortung, eine eigene Interpretation des Rechts und der das Recht durchziehenden moralischen Prinzipien zu entwickeln, nicht. Denn, in *Dworkins* Worten:

„[j]edes praktische rechtliche Argument, egal wie detailliert und begrenzt es auch sein mag, geht von den abstrakten Grundlagen aus, die die Rechtsphilosophie entwickelt, und wenn Auffassungen über die Grundlagen des Rechts miteinander konkurrieren, nimmt ein rechtliches Argument eine an und lehnt die anderen ab. [...] Die Rechtsphilosophie ist der allgemeine Teil der Rechtsprechung, stiller Prolog zu jeder rechtlichen Entscheidung.“⁵⁴

seinerseits mit dem Begriff der Integrität zusammen. In seinem letzten Buch, *Justice for Hedgehogs*, entwickelte *Dworkin* die These, dass eine Person in dem Maße moralische Verantwortung trägt, wie ihre Interpretationen ihrerseits das Ideal der Integrität verwirklichen und so jede Interpretation einen Wert verwirklicht, den sie als authentisch annimmt, siehe *Dworkin* (Fn. 16), S. 101 ff.

52 Kritisch zu *Dworkins* Theorie als analytischem Zugang für die Untersuchung zivilen Ungehorsams S. *Akbarian*, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, Tübingen 2023, S. 109 f.

53 Letzte Generation, Klimakatastrophe zulassen = Verfassungsbruch, <https://letztegeneration.org/verfassungsbruch/> (zuletzt abgerufen am 30.03.2026).

54 *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 13), S. 90. Im Original: "Any practical legal argument, no matter how detailed and limited assumes the kind of abstract foundations jurisprudence offers, and when rival foundations compete, a legal argument assumes one and rejects others. [...] Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law." [Übersetzung L.M.].

Resilienz und Außenwirtschaftsrecht

Jonas Fechter*

Resilienz ist in aller Munde – und scheint sich zum neuen Leitbild der sicherheitsbezogenen Rechtssetzung zu entwickeln. Das Außenwirtschaftsrecht, welches in den vergangenen Jahren eine grundlegende Transformation von einem liberalen hin zu einem sicherheitsbezogenen Regelwerk durchlebt hat, ist im Resilienzdiskurs bisher wenig beachtet worden. Der Beitrag stellt die Entwicklungen im Außenwirtschaftsrecht dar und verbindet sie mit dem Resilienzdiskurs im Öffentlichen Recht.

Inhaltsverzeichnis

I.	Veränderungen im internationalen politischen System	123
1.	Das liberale Paradigma am Ende der Geschichte	123
2.	Erschütterungen des liberalen Paradigmas	125
II.	Die europäischen Reaktionen auf die Veränderungen im internationalen politischen System	126
1.	Neuaustrichtung des europäischen Außenwirtschaftsrechts	126
2.	Einführung und Verschärfung außenwirtschaftsrechtlicher Instrumente	128
a)	Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen	129
b)	Anti-Coercion Instrument	130
c)	Investitionskontrolle	131
III.	Der Gedanke der Resilienz im Außenwirtschaftsrecht	133
1.	Der Gedanke der Resilienz im Öffentlichen Recht	133
2.	Der Gedanke der Resilienz im Außenwirtschaftsrecht	136
IV.	Fazit	138

I. Veränderungen im internationalen politischen System

1. Das liberale Paradigma am Ende der Geschichte

Das internationale politische System hat nach dem Ende des Kalten Krieges eine starke Liberalisierungsphase durchlebt, die vom politischen Westen ausgegangen ist und sich mit unterschiedlicher Intensität auf einen großen Teil aller Staaten erstreckt hat. *Francis Fukuyama* hat diese Entwicklung bereits im Jahr 1989 vorhergesagt und mit der Wendung vom *Ende der Ge-*

* Der Beitrag beruht in Teilen, insbesondere mit Blick auf Abschnitt I. und II., auf der Dissertation des Autors.

schichte auf den Begriff gebracht – eine Prophezeiung, mit der er nicht nur auf eine neuanebrechende Phase der Weltgeschichte verweisen, sondern eine „total exhaustion of viable systematic alternatives to Western liberalism“¹ ausmachen wollte. Das sich in den 1990er Jahren zunehmend durchsetzende liberale Paradigma hat sich auf allen gesellschaftlichen Ebenen ausgewirkt, eine besonders starke und nachhaltige Ausprägung jedoch in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen erfahren.² Durch den Wegfall der kommunistischen Alternative ist eine weltweite Integration von Lieferketten und eine arbeitsteilige Produktion von Konsumgütern entstanden, die eine Verflechtung ganzer Volkswirtschaften mit sich gebracht hat.

Diese Entwicklung ist rechtlich eingehegt und ermöglicht worden und zeigt sich besonders deutlich im Recht der Welthandelsorganisation und im internationalen Investitionsschutzrecht. Das bereits 1947 abgeschlossene *General Agreement on Tariffs and Trade* ist im Jahr 1995 zur Welthandelsorganisation fortentwickelt worden, welche einen verselbständigten Streitbeilegungsmechanismus vorsieht, vor dem Staaten handelsbezogene Rechte durchsetzen können.³ Das internationale Investitionsschutzrecht ist hingegen ein dezentrales System an bilateralen und multilateralen Investitionsschutzverträgen, mit denen sich die vertragsschließenden Staaten auf den Schutz ausländischer Investitionen verständigen und dadurch die Attraktivität des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs erhöhen. Seine Durchsetzungskraft rührt aus der Etablierung von internationalen Investitionsschutzgerichten her, die staatliche Verletzungen von Vertragsverpflichtungen mit hohen Entschädigungszahlungen ahnden. Darüber hinaus erfährt es durch die Einrichtung des *International Centre for Settlement of Investment Disputes* eine gewisse Vereinheitlichung, die allerdings hinter dem Integrationsmaß der Welthandelsorganisation zurückbleibt.⁴

Die Wertungen des liberalen Paradigmas finden sich nicht nur in völkerrechtlichen Vertragswerken, sondern auch im nationalen und supranationalen Recht und stammen teilweise noch aus der Zeit vor dem Ende des Kalten Krieges. Auf nationaler Ebene schreibt § 1 Abs. 1 S. 1 Außenwirtschaftsgesetz (AWG) die allgemeine Freiheit des Außenwirtschaftsverkehrs

1 F. Fukuyama, *The End of History?*, *The National Interest* 1989, 3 (3).

2 Vgl. mit weitreichenden historischen Einordnungen: A. Reckwitz, *Das Ende der Illusionen*, 8. Aufl., Berlin 2021, S. 239 ff.

3 W. Weiß/C. Ohler/M. Bungenberg, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl., München 2022, Rn. 92 ff. und Rn. 261 ff.

4 Vgl. M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 13. Aufl., München 2023, § 23, insb. Rn. 89 ff.

vor, die zwar eingeschränkt werden kann, über eine bloße Regelungstechnik hinaus aber die allgemeine liberale Wertung des deutschen Außenwirtschaftsrechts zum Ausdruck bringt.⁵ Das europäische Primärrecht ist in wirtschaftlicher Hinsicht besonders liberal ausgerichtet und überträgt diese Wertung über die Binnenmarktvorschriften hinaus in Teilen auf den Außenwirtschaftsverkehr. So liberalisiert Art. 63 Abs. 1 AEUV den freien Kapitalverkehr nicht nur innerhalb der Europäischen Union, sondern (einseitig) im Verhältnis zu Drittstaaten.⁶ Art. 206 AEUV richtet die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union freiheitlich aus und sieht ebenfalls eine allgemeine Liberalisierung der Außenwirtschaftsbeziehungen mit der übrigen Welt vor.

2. Erschütterungen des liberalen Paradigmas

Das liberale Paradigma und seine wirtschaftspolitischen Ausprägungen sind in den vergangenen Jahren durch zwischenstaatliche Konflikte und eine Vielzahl an internationalen Krisen erschüttert worden. Die Coronapandemie (2020–2023) hat die Vulnerabilität international integrierter Lieferketten aufgezeigt und zu der verstärkten Forderung geführt, diese zukünftig *resilienter* auszugestalten und Produktionskapazitäten – etwa im Bereich kritischer Medikamente – nach Europa zurück zu verlagern.⁷ Der russische Angriffskrieg auf die Ukraine (seit 2022) stellt die Geltung grundlegender Völkerrechtsnormen infrage und wirkt sich darüber hinaus disruptiv auf den Weltmärkten aus. So sind viele europäische Staaten infolge dieses Konflikts und der sie begleitenden wechselseitigen Sanktionen in eine Energiekrise gestürzt worden, da sich insbesondere die deutsche Politik lange Zeit auf eine umfassende Energiepartnerschaft mit Russland

5 B. Sachs, in: B. Sachs/C. Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2024, § 1 AWG Rn. 10.

6 S. Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, Oxford 2009, S. 24 ff.

7 Im Kontext ausländischer Direktinvestitionen: Europäische Kommission, Mitteilung – Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, freien Kapitalverkehr aus Drittländern und Schutz der strategischen Vermögenswerte Europas im Vorfeld der Anwendung der Verordnung (EU) 2019/452 über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen, ABl. 2020/C 99 I/01.

gestützt hat, die den liberalen Geist der 1990er Jahre geatmet hat und Kriege auf europäischem Boden für ein Relikt der Vergangenheit hielt.⁸

Darüber hinaus wirkt sich die veränderte US-amerikanische Politik negativ auf das liberale internationale Wirtschaftsrecht aus. So haben die Vereinigten Staaten von Amerika eine Nachbesetzung von Richtern am *Appellate Body* der Welthandelsorganisation verhindert und damit die Wirksamkeit des Streitbeilegungsmechanismus erheblich gemindert.⁹ Die von Präsident *Donald Trump* ab 2017 und nun abermals seit 2025 erhobenen Zölle verstoßen vielfach gegen das Welthandelsrecht und haben aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Vereinigten Staaten das Potenzial, das regelbasierte Handelssystem grundlegend zu unterminieren.¹⁰ Darüber hinaus löst die Aushandlung bilateraler *Deals* zwischen den Vereinigten Staaten und anderen Staaten Völkerrechtsverstöße anderer Staaten aus, wie etwa die jüngste Verletzung des *most favoured nation*-Prinzips (MFN) durch die Zollvereinbarung zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten.¹¹ Durch diese Dynamik wird das entpolitisierte und völkerrechtlich abgesicherte internationale Wirtschaftssystem zunehmend von national motivierten und national durchgesetzten Regelungen ersetzt.

II. Die europäischen Reaktionen auf die Veränderungen im internationalen politischen System

1. Neuausrichtung des europäischen Außenwirtschaftsrechts

Die Europäische Union und die Bundesrepublik Deutschland haben zunächst zögerlich auf die Spannungslagen im internationalen politischen System reagiert und halten auch heute noch an dem grundsätzlichen Ziel liberalisierter und auf wirtschaftliche Effizienz ausgerichteter Märkte fest. Seit einigen Jahren integrieren sie jedoch die veränderten Rahmenbedin-

8 J. Fechter/J. Wiesenthal, Open Strategic Autonomy: A New Concept Gaining Momentum, in: J. Fechter/J. Wiesenthal (Hrsg.), *The Age of Open Strategic Autonomy*, Baden-Baden 2025, S. 9 (10 f.).

9 Herrmann, Open Strategic Autonomy – New Challenges for the EU's Common Commercial Policy, Swedish Institute for European Policy Studies, *European Policy Analysis*, 2023, S. 3; W. Weiß/C. Ohler/M. Bungenberg, *Welthandelsrecht* (Fn. 3), Rn. 2.

10 Herrmann, Trumps Zölle und die (notwendige) Zeitenwende in der gemeinsamen EU-Handelspolitik, *EuZW* 2025, 201 (201 f.).

11 P. Welter, Wie die EU und Amerika das Handelsrecht brechen, *F.A.Z.* vom 07.08.2025.

gungen in ihre Wirtschaftspolitik und haben damit eine grundlegende Neuausrichtung des europäischen und deutschen Außenwirtschaftsrechts eingeleitet.¹² Den Startschuss für diese Entwicklung hat der ehemalige EU-Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* in seiner *State of the Union Address* im Jahr 2017 gegeben, als er vor dem Europäischen Parlament verkündete: „[W]e are not naïve free traders. Europe will always defend its strategic interests.“¹³

In einem ersten Schritt ist die Neuausrichtung des Außenwirtschaftsrechts im Rahmen der sogenannten *Offenen Strategischen Autonomie* erfolgt, die eine gesamthafte Neupositionierung der Europäischen Union im außenpolitischen Kontext vornimmt und dabei liberale und autonome Elemente zu einer einheitlichen Strategie zu verbinden sucht.¹⁴ In einem zweiten Schritt ist dieser recht vage Ansatz im außenwirtschaftsrechtlichen Kontext durch die Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit¹⁵ konkretisiert worden. Mit dieser Strategie wollen die Europäische Kommission und der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik „ein umfassendes strategisches Konzept für die wirtschaftliche Sicherheit“ vorlegen, mit dem außenwirtschaftliche Risiken adressiert werden.¹⁶ Sie sieht eine dreigliedrige Strategie vor, die den europäischen Binnenmarkt stärkt, den Schutz der eigenen Wirtschaft ermöglicht und internationale Zusammenarbeit mit bereitwilligen Partnerstaaten vertieft.¹⁷ Gleichzeitig führt sie den Begriff der „wirtschaftlichen Sicherheit“ systematisch in den außenwirtschaftsrechtlichen Diskurs ein und charakterisiert ihn durch vier nicht

12 J. Fechter/J. Wiesenthal, *Open Strategic Autonomy* (Fn. 8), S. 9 (11 ff.).

13 J.-C. Juncker, *State of the Union Address 2017*, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_17_3165 (zuletzt geprüft am: 16.10.2025).

14 Europäische Kommission, Mitteilung v. 18. Februar 2021 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Überprüfung der Handelspolitik – Eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, COM(2021) 66 final, S. 5. Hierzu ausführlich: J. Fechter/J. Wiesenthal (Hrsg.), *Open Strategic Autonomy* (Fn. 8); Weiss/Furculita, *Open Strategic Autonomy in EU Trade Policy*, Cambridge 2024.

15 Europäische Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung v. 20. Juni 2023 über eine „Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit“, JOIN(2023) 20 final.

16 Europäische Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung v. 20. Juni 2023 über eine „Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit“, JOIN(2023) 20 final, S. 2.

17 Europäische Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung v. 20. Juni 2023 über eine „Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit“, JOIN(2023) 20 final, S. 7 ff.

abschließende Kategorien von Risiken. So bestünden Risiken für die Resilienz von Lieferketten, Risiken für die Sicherheit Kritischer Infrastrukturen, Risiken für die Technologiesicherheit und den Abfluss von Technologie sowie das Risiko einer Ausnutzung wirtschaftlicher Abhängigkeiten oder wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen durch andere Staaten.¹⁸

Diese europäischen Entwicklungen stehen im Austausch mit mitgliedstaatlichen Initiativen. So hat die Bundesregierung im Jahr 2023 die erste *Nationale Sicherheitsstrategie*¹⁹ sowie eine *China-Strategie*²⁰ vorgelegt, mit denen zum einen eine gesamthafte Ausrichtung der deutschen Sicherheitsbemühungen zum Ausdruck gebracht und die Idee einer integrierten Sicherheit vorgestellt wird. Zum anderen enthält die China-Strategie eine vertiefte Auseinandersetzung mit den politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Beziehungen zwischen der Volksrepublik China und der Bundesrepublik Deutschland, die in Abkehr von der liberalen Außenwirtschaftspolitik der vergangenen Jahrzehnte in einem zunehmend kritischen Licht gesehen werden.

2. Einführung und Verschärfung außenwirtschaftsrechtlicher Instrumente

Die konzeptionelle Neuausrichtung des europäischen Außenwirtschaftsrechts wird durch eine Vielzahl an supranationalen und nationalen Instrumenten verwirklicht, die unterschiedliche Risiken für die wirtschaftliche Sicherheit adressieren. Diese neuen bzw. verschärften Instrumente integrieren sicherheitspolitische Erwägungen in das Außenwirtschaftsrecht, rücken von seinem weitgehend liberalen Grundcharakter ab und führen einen Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht herbei.²¹ Zu diesen neuen bzw. verschärften Instrumenten gehören unter anderem die Verordnung

18 *Europäische Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik*, Gemeinsame Mitteilung v. 20. Juni 2023 über eine „Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit“, JOIN(2023) 20 final, S. 5 ff.

19 *Bundesregierung*, Nationale Sicherheitsstrategie. Wehrhaft. Resilient. Nachhaltig. Integrierte Sicherheit für Deutschland, 2023.

20 *Bundesregierung*, China-Strategie, 2023.

21 Grundlegend: *J. Nehring-Köppel*, Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht, Berlin 2023.

über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen, das Anti-Coercion Instrument und die Investitionskontrolle.²²

a) Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen

Die Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen²³ ist im Grunde ein marktwirtschaftliches Instrument, welches im Kontext der aktuellen internationalen Spannungslagen jedoch eine geopolitische Dimension bekommt. Sie reagiert auf den Umstand, dass Subventionen von Drittstaaten nicht vom europäischen Beihilfenrecht erfasst und von diesem nicht reguliert werden. Dadurch können außereuropäische Unternehmen, die durch drittstaatliche Subventionen unterstützt werden, ihre Produkte und Dienstleistungen auf dem Binnenmarkt häufig unter dem Marktpreis anbieten und sich etwa in öffentlichen Vergabeverfahren durchsetzen.²⁴

Gemäß Art. 4 Abs. 1 VO (EU) 2022/2560 liegt eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern, und die drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt – ein Kriterium, das anhand von Indikatoren wie der Höhe und der Art der Subvention ermittelt wird. Die Verordnung sieht mehrere Verfahren vor, mit denen

22 Siehe für weitere Übersichten zu den außenwirtschaftlichen Instrumenten: *T. Gehrke*, EU Open Strategic Autonomy and the Trappings of Geoeconomics, *European Foreign Affairs Review* 27, Special Issue (2022), 61 (68 ff.); *F. Hoffmeister*, Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law, *Common Market Law Review* 60 (2023), 667 (673 ff.).

23 Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABL L 330/1.

24 Vgl. Art. 1 Abs. 1 VO (EU) 2022/2560: „Zweck dieser Verordnung ist es, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen, indem ein harmonisierter Rahmen geschaffen wird, mit dem die Verzerrungen, die direkt oder indirekt durch drittstaatliche Subventionen verursacht werden, angegangen werden, um für gleiche Wettbewerbsbedingungen zu sorgen.“ Zur „regulatory gap“, die die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen schließen soll: *P. Mattiolo*, Concordia discors? The Foreign Subsidies Regulation and Increased Subsidization in the EU under the Open Strategic Autonomy Model, in: J. Fechter/J. Wiesenthal (Hrsg.), *Open Strategic Autonomy* (Fn. 8), *The Age of Open Strategic Autonomy*, Baden-Baden 2025, S. 157 (163 ff.).

solchen Verzerrungen begegnet wird.²⁵ So können gem. Art. 19 ff. VO (EU) 2022/2560 Unternehmenszusammenschlüsse von der Europäischen Kommission überprüft werden, die mithilfe von drittstaatlichen Subventionen zustande kommen. Gleiches gilt gem. Art. 27 ff. VO (EU) 2022/2560 für öffentliche Vergabeverfahren, die durch drittstaatliche Subventionen verzerrt werden. Die Europäische Kommission kann gem. Art. 9 ff. VO (EU) 2022/2560 ferner von Amts wegen eine Überprüfung drittstaatlicher Subventionen vornehmen.

b) Anti-Coercion Instrument

Das durch die Verordnung (EU) 2023/2675 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. November 2023 über den Schutz der Union und ihrer Mitgliedstaaten vor wirtschaftlichem Zwang durch Drittländer eingeführte *Anti-Coercion Instrument* (ACI)²⁶ spiegelt besonders deutlich die gegenwärtigen internationalen Spannungslagen wider und geht darauf aus, die Europäische Union und die Mitgliedstaaten vor illegitimen drittstaatlichen Einflussnahmen abzusichern. Es beruht auf den Erfahrungen insbesondere kleinerer europäischer Staaten mit chinesischen und amerikanischen Übergriffen, gegen die der mächtige, aber fragmentierte Binnenmarkt politisch mobilisiert werden soll.²⁷

Das Anti-Coercion Instrument findet gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 Verordnung (EU) 2023/2675 bei wirtschaftlichem Zwang durch ein Drittland Anwendung. Wirtschaftlicher Zwang liegt gem. Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 2023/2675 vor, wenn ein Drittland eine Maßnahme eines Drittlandes anwendet oder anzuwenden droht, die den Handel oder Investitionen beeinträchtigt, um die Einstellung, Änderung oder Annahme eines bestimmten Rechtsakts durch die Union oder einen Mitgliedstaat zu verhindern oder zu erwirken, und dadurch in die legitimen souveränen Entscheidungen der Union oder eines Mitgliedstaates eingreift. Als Reaktion auf solchen wirtschaftlichen Zwang sieht das Anti-Coercion Instrument ein mehrstufiges, gubernativ verantwortetes Verwaltungsverfahren vor, welches das

25 Siehe hierzu: P. Mattiolo, *Concordia discors?* (Fn. 24), S. 157 (171 ff.).

26 Verordnung (EU) 2023/2675 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. November 2023 über den Schutz der Union und ihrer Mitgliedstaaten vor wirtschaftlichem Zwang durch Drittländer, ABl. L 2023/2675 v. 7.12.2023.

27 Vgl. G. Jahn, *Das Anti-Coercion Instrument der EU*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 186 (2023), S. 8 f. Siehe auch: C.H. Wu, *The EU's Proposed Anti-coercion Instrument: Legality and Effectiveness*, Journal of World Trade, 2023, 297.

Drittland zur Beendigung des wirtschaftlichen Zwangs drängen soll, notfalls jedoch Reaktionsmaßnahmen der Union ermöglicht: In einem ersten Schritt untersucht die Europäische Kommission gem. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) 2023/2675 Maßnahmen eines Drittlandes darauf, ob sie wirtschaftlichen Zwang i. S. v. Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 2023/2675 darstellen. Auf Vorschlag der Europäischen Kommission erlässt der Rat gem. Art. 5 Abs. 5 Verordnung (EU) 2023/2675 mit qualifizierter Mehrheit einen Durchführungsrechtsakt, der das Vorliegen wirtschaftlichen Zwangs feststellt. Auf dieser Grundlage verhandelt die Europäische Kommission mit dem Drittland gem. Art. 6 Verordnung (EU) 2023/2675 über die Einstellung des wirtschaftlichen Zwangs bzw. etwaiger Wiedergutmachungen und ergreift im Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen gem. Art. 8 Verordnung (EU) 2023/2675 Reaktionsmaßnahmen der Union, die sich wiederum aus Anhang I zur Verordnung (EU) 2023/2675 ergeben. Zu diesen Reaktionsmaßnahmen können unter anderem die Einführung neuer oder höherer Zölle (Anhang I Nr. 1 der Verordnung (EU) 2023/2675) oder die Einführung von den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigende Maßnahmen (Anhang I Nr. 5 der Verordnung (EU) 2023/2675) gehören.

c) Investitionskontrolle

Die Investitionskontrolle ist ein weiteres paradigmatisches und vieldiskutiertes Instrument des Außenwirtschaftsrechts, welches auf nationaler und europäischer Ebene verankert ist. Sie ist bereits vor den aktuellen internationalen Spannungslagen im nationalen Recht eingeführt, in den vergangenen Jahren jedoch erheblich verschärft worden. Sie adressiert Gefahren, die aus der Übernahme deutscher bzw. europäischer Unternehmen durch drittstaatliche Unternehmen herrühren. Das deutsche Recht sieht sowohl eine sektorspezifische Investitionskontrolle vor, die auf Rüstungsunternehmen beschränkt ist und eine *lex specialis* darstellt, sowie eine sektorübergreifende Investitionskontrolle, die auf alle übrigen Unternehmen Anwendung findet. Die sektorspezifische Investitionskontrolle wurde ursprünglich im Jahr 2004,²⁸ die sektorübergreifende Investitionskontrolle im Jahr 2009 eingeführt.²⁹ Mit Blick auf das verschärfte internationale Umfeld hat der

28 Elfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 23. Juli 2004, BGBl. 2004 I Nr. 39, S. 1859.

29 Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 18. April 2009, BGBl. 2009 I Nr. 20, S. 770.

europäische Gesetzgeber im Jahr 2019 die EU-Screening-Verordnung³⁰ verabschiedet, welche die kompetenzrechtlichen Voraussetzungen für die mitgliedstaatliche Investitionskontrolle schafft, das mitgliedstaatliche Investitionskontrollrecht vorsteuert und einen europäischen Kooperationsmechanismus für den Austausch von Informationen errichtet.³¹

Die in Außenwirtschaftsgesetz und Außenwirtschaftsverordnung geregelte deutsche Investitionskontrolle ist in den vergangenen Jahren mehrfach novelliert und an die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung angepasst worden.³² Gem. § 55 Abs. 1 AWW kann das Bundeswirtschaftsministerium prüfen, ob ein drittstaatlicher Unternehmenserwerb die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates oder in Bezug auf spezifische Projekte oder Programme von Unionsinteresse voraussichtlich beeinträchtigt. Bei Vorliegen einer solchen „voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ kann das Bundeswirtschaftsministerium den Erwerb gem. § 59 Abs. 1 AWW untersagen oder investitionskontrollrechtliche Anordnungen erlassen.

Das Schutzgut der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist früher eng verstanden worden und seine Auslegung hat sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur grundfreiheitlichen Rechtfertigungsnorm des Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV orientiert. Gemäß dieser Norm kann der Kapitalverkehr aus *Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit* beschränkt werden, wofür der Europäische Gerichtshof eine *tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft* fordert.³³ Die EU-Screening-Verordnung und die deutsche Außenwirtschaftsverordnung enthalten in Art. 4 EU-Screening-VO und § 55a Abs. 1–3 AWW mittlerweile jedoch eine Vielzahl an Faktoren, die über diese enge Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 65 Abs. 1

30 Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union.

31 Umfassend zur EU-Screening-Verordnung: M. Schipke, Die Europäisierung der Investitionskontrolle, Berlin 2024, S. 149 ff.

32 Siehe hierzu: A. Hagedorn, Die Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen in sicherheitsrelevante zivile Unternehmen, Berlin 2023, S. 42 ff.

33 EuGH, Urteil v. 14.03.2000, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, Église de Scientology, Rn. 17.

lit. b AEUV hinauszugehen scheinen.³⁴ Nach diesen Normen können bei der Prüfung einer voraussichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit die Auswirkungen der Unternehmensübernahme unter anderem auf kritische Technologien wie Halbleiter, die Quantentechnologie und Medizinprodukte besonders berücksichtigt werden. Diese Ausweitung der Investitionskontrolle spiegelt die Spannungen im internationalen politischen System wider und fügt sich in die Europäische Strategie für wirtschaftliche Sicherheit ein.³⁵

III. Der Gedanke der Resilienz im Außenwirtschaftsrecht

Die politischen Stellungnahmen der Europäischen Union und der Bundesregierung sowie die mit ihnen verbundenen Instrumente weisen an vielen Stellen das Ziel aus, die außenwirtschaftlichen und außenpolitischen Beziehungen resilienter zu gestalten. Gleichzeitig wird der Gedanke der Resilienz in vielen gesellschaftlichen Bereichen und mit Blick auf unterschiedliche Konstellationen im Öffentlichen Recht diskutiert. Aus diesem Grund wird er zunächst allgemein (1.) und dann mit Blick auf das Außenwirtschaftsrecht (2.) untersucht.

1. Der Gedanke der Resilienz im Öffentlichen Recht

Der Gedanke der Resilienz entstammt begrifflich den Nachbarwissenschaften und hat in den vergangenen Jahren zu einem allgemeinen Resilienzdiskurs geführt. Seine Ursprünge liegen in den Materialwissenschaften, wo das Konzept der Resilienz Stoffe beschreibt, die trotz äußerer Einwirkungen in ihre ursprünglichen Zustände zurückkehren.³⁶ Gleichzeitig lassen sich Resilienzkonzepte und Resilienzdiskurse in anderen Wissenschaften wie

34 Vgl. S. Sattler, in: B. Sachs/C. Pelz (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2024, § 55 AWV Rn. 86 ff.

35 Hierzu ausführlich: J. Fechter, Dissertation, Manuskript, im Erscheinen.

36 Barczak, Der nervöse Staat, Tübingen 2020, S. 606 und S. 608; A. Dienelt, Eine juristische Resilienztheorie? Ein Gedankenspiel, ZfU 2023, 564 (566). Siehe auch: Isensee, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: K. v. Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts, Baden-Baden 2016, S. 33 (33).

der Psychologie³⁷, der Ökologie³⁸ und den Sozialwissenschaften³⁹ finden und weisen dort verschiedene Schwerpunkte und konzeptionelle Schattierungen auf.⁴⁰ Im Kern geht es aber auch in diesen Wissenschaften um Betrachtungsobjekte, die infolge einer äußeren Einwirkung in ihren ursprünglichen oder in einen adaptierten oder angepassten Zustand zurückkehren sollen und dadurch resilient sind.⁴¹

Das Öffentliche Recht betrachtet den Gedanken der Resilienz unter zwei möglichen Gesichtspunkten.⁴² Zum einen wird die Resilienz des Rechts selbst untersucht, also eine interne Perspektive eingenommen. Nach *Patrick Hilbert* ist hierunter „die Fähigkeit des Rechts [zu verstehen], seinen Geltungsanspruch und seine Regelungsziele gegenüber tatsächlichen Widerständen durchzustehen und zu behaupten, was im Einzelfall aber auch heißen kann, Druck nachzugeben und durch Anpassung oder Rückkehr zur alten Form nach Wegfall des Drucks die Erreichung der Regelungsziele langfristig sicherzustellen“⁴³. Zum anderen wird eine externe Perspektive eingenommen, die das Recht mobilisiert, um andere gesellschaftliche Systeme, wie etwa die Verwaltung, resilient zu machen. Das Recht wird dann

37 L. Warner, in: Dorsch (Hrsg.), Lexikon der Psychologie, 2025: „Resilienz, bez. die Widerstandsfähigkeit eines Individuums, sich trotz ungünstiger Lebensumstände und kritischer Lebensereignisse erfolgreich zu entwickeln.“

38 M. Schaefer, Wörterbuch der Ökologie, Heidelberg 2012, S. 245 f.: „[...] er [der Begriff der Resilienz] bezeichnet die Fähigkeit eines Systems, nach Störung in den Ausgangszustand zurückzukehren, und bezieht sich auch auf die Geschwindigkeit dieses ‚Zurückschwingens‘. Manche Autoren gebrauchen R. synonym zu Elastizität oder in einem eingegengten Sinn als elastische Reaktion eines Ökosystems im Rahmen zyklischer Veränderungen.“

39 W. Puls, Soziale Resilienz, in: Benkel et. al. [Hrsg.], Lexikon der Soziologie, Wiesbaden 2024, S. 1070: „[D]as soziologische Konzept wird in Analogie zum psychologischen für die Analyse von Phänomenen und Prozessen der ‚Widerständigkeit‘ und der ‚Widerstandsfähigkeit‘ in verschiedenen Kontexten und Situationen angesichts spezifischer Bedrohungen genutzt.“

40 A. Dienelt, Juristische Resilienztheorie (Fn. 36), 564 (566 ff.). Vgl. S. Ries, Resilienz des Rechts – oder auch: von einem „resilienten Recht“ im Zeitalter der Unsicherheit, ZfU 2023, 577 (577 und 579–581).

41 A. Dienelt, Juristische Resilienztheorie (Fn. 36), 564 (568); Barczak, Nervöse Staat (Fn. 36), S. 608 f.

42 A. Dienelt, Juristische Resilienztheorie (Fn. 36), 564 (565); S. Ries, Resilienz des Rechts (Fn. 40), 577 (578 und 582).

43 P. Hilbert, Resilientes Klimarecht, EurUP 2022, 408 (409). Siehe auch: Barczak, Nervöse Staat (Fn. 36), S. 612 f.; Isensee (Fn. 36), S. 33 (33 ff.).

gewissermaßen als „Werkzeug zum Resilienzaufbau“⁴⁴ verwendet, um bestimmte politische Ziele zu erreichen.

Der Gegenbegriff der Resilienz ist der der Vulnerabilität.⁴⁵ Beide bilden ein festes Begriffspaar und lassen sich in den verschiedenen Perspektiven auf den Gedanken der Resilienz nachweisen. Im Fall der externen Perspektive auf das Recht wird ein vulnerables gesellschaftliches System in den Blick genommen, welches durch das Recht gestärkt und dadurch resilient gemacht werden soll. Im Fall der internen Perspektive ist das Recht selbst vulnerabel und muss zu höherer Resilienz ertüchtigt werden.

Die Verortung des Resilienzgedankens im Öffentlichen Recht begegnet Schwierigkeiten und befindet sich in einer nicht abgeschlossenen Entwicklung. *Stephan Rixen* verweist darauf, dass es sich bei den Begriffen der Vulnerabilität und der Resilienz um *fuzzy terms* handelt, die eine gewisse Unbestimmtheit mit sich bringen.⁴⁶ Dadurch können sie unterschiedliche Phänomene unter einem grundlegenden Gedanken zusammenführen und mit nachbarwissenschaftlichen Erkenntnissen in Austausch treten.⁴⁷ Mit ihrer Unbestimmtheit ist die Frage verbunden, auf welchen Ebenen sie rechtswissenschaftlich nutzbar gemacht werden können.⁴⁸ Sie lassen sich in jedem Fall rechtspolitisch in Stellung bringen und werden vom Gesetzgeber mittlerweile in einer unüberschaubaren Vielzahl an Rechtsakten verwendet.⁴⁹ Die resiliente Ausgestaltung von Lebensbereichen ist zu einem zentralen Versprechen des deutschen und supranationalen Gesetzgebers avanciert. Ungeklärt ist hingegen die Frage, ob und in welchem Umfang der Resilienzbegriff dogmatisch verwendet bzw. zu einem echten dogmati-

44 *A. Dienelt*, Juristische Resilienztheorie (Fn. 36), 564 (564).

45 *Barczak*, Nervöse Staat (Fn. 36), S. 608 f.; *L. Warner*, Lexikon der Psychologie (Fn. 37). Siehe auch: *S. Rixen*, Resilienz als Aufgabe des Verwaltungsrechts – Desiderate und Schwierigkeiten eines Forschungsprogramms, VERW 55 (2022), 345 (346 ff.). Zum Begriff der Vulnerabilität: *S. Rixen*, Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, VVDStRL 80 (2021), S. 38 (38 ff.).

46 *S. Rixen*, Resilienz (Fn. 45), 345 (349).

47 *S. Rixen*, Resilienz (Fn. 45), 345 (349).

48 Vgl. *S. Rixen*, Resilienz (Fn. 45), 345 (346).

49 Siehe etwa: Richtlinie (EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/114/EG des Rates, Abl. L 333/164; Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 909/2014 und (EU) 2016/1011, Abl. L 333/1.

schen Begriff erhärtet werden kann. Der aktuelle Stand der Entwicklung spricht jedenfalls dagegen, dass sich bereits ein allgemein anerkannter und allgemein verwendeter Resilienzbezug etwa im Verwaltungsrecht oder im Verfassungsrecht herausgebildet hat und dort konkrete dogmatische Leistungen, etwa nach dem Vorbild des Gefahren- oder Risikobegriffs, erbringen kann. Aus diesem Grund hat der Begriff der Resilienz einstweilen einen heuristischen Charakter im Öffentlichen Recht und nimmt daher am ehesten den Status eines Rechtsgedankens ein, der die weitere Rechtsentwicklung anleiten und inspirieren kann.⁵⁰

2. Der Gedanke der Resilienz im Außenwirtschaftsrecht

Der Gedanke der Resilienz lässt sich gleich auf mehreren Ebenen im Außenwirtschaftsrecht fruchtbar machen. Da die außenwirtschaftlichen Beziehungen mit Blick auf internationale Spannungslagen und Krisen wie die Corona-Pandemie und den russischen Angriffskrieg als zunehmend vulnerabel wahrgenommen werden, soll das Recht dazu beitragen, diese Beziehungen zukünftig resilienter zu gestalten und die Europäische Union und die Bundesrepublik Deutschland vor drittstaatlichen Übergriffen zu schützen. Mit Blick auf den Gedanken der Resilienz wird das Recht im Kontext der Außenwirtschaft mithin eine externe Perspektive einnehmen und soll dazu beitragen, das Außenwirtschaftsrecht zu ertüchtigen.⁵¹

Auf einer rechtspolitischen Ebene hat der Gedanke der Resilienz das Potenzial, die zunehmende Abkehr vom liberalen Paradigma abzubilden und unter einem gemeinsamen Leitbild zu vereinen. Er findet sich der Sache nach in dem Begriff der wirtschaftlichen Sicherheit wieder, der den europäischen Diskurs um die Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts dominiert.⁵² Darüber hinaus kann der Gedanke der Resilienz als gemeinsamer Fluchtpunkt für die verschiedenen außenwirtschaftlichen Instrumente dienen, ihre legislative Fortentwicklung und Ergänzung anleiten und sie daher nicht als verstreute und zusammenhangslose Verwaltungungsverfahren erscheinen lassen. Denn die verschiedenen Instrumente des Außenwirt-

50 Vgl. S. Rixen, Resilienz (Fn. 45), 345 (346). Siehe ferner: S. Rixen, Vulnerable Gesellschaft (Fn. 45), S. 44.

51 Mit Blick auf das Recht der Welthandelsorganisation kann freilich auch eine interne Perspektive eingenommen werden, die die Stärkung der Resilienz dieses Vertragswerks selbst in den Mittelpunkt rückt.

52 Hierzu ausführlich: J. Fechter, Dissertation, Manuskript, im Erscheinen.

schaftsrechts sollen unterschiedliche Vulnerabilitäten des europäischen Systems der Außenwirtschaft ausgleichen und es mithin resilienter machen. So ist die Verordnung (EU) 2022/2560 über den Binnenmarkt verzerrende Subventionen darauf ausgerichtet, die Liberalität des Binnenmarktes gegen staatskapitalistische Einflüsse aus Drittstaaten abzuschirmen und ihre innere Logik zu sichern. Das Anti-Coercion Instrument geht auf den Schutz vor politischen Einflüssen aus Drittstaaten aus und soll die politische und rechtliche Zersplitterung der Europäischen Union einfangen. Die Investitionskontrolle adressiert schließlich die Gefahren, die mit der grundsätzlichen Investitionsoffenheit des Binnenmarktes einhergehen und will ein feinabgestimmtes Interventionsinstrumentarium schaffen, welches einzelne gefährliche Direktinvestitionen identifiziert und unschädlich macht.

Neben diesem Gewinn an innerer Kohärenz verbindet der Gedanke der Resilienz das Außenwirtschaftsrecht mit anderen Rechtsgebieten wie dem Umweltrecht⁵³, die ebenfalls um die Herstellung von Resilienz bemüht sind. Er schafft damit eine gemeinsame, rechtsgebietsübergreifende Perspektive, die einen epochalen Blick auf das Öffentliche Recht ermöglicht und gemeinsame und übergeordnete Entwicklungen identifizieren kann. Wenngleich diese Entwicklungen notwendigerweise noch nicht abgeschlossen sind und erst im Rückblick eine eindeutige Gestalt bekommen werden, entsteht der starke Eindruck, dass sie eine allgemeine Ernüchterung über die Versprechen postmoderner Wohlstandsgesellschaften zum Ausdruck bringen und dies in ihren heterogenen Anwendungsfeldern auf unterschiedliche Weise verdeutlichen.⁵⁴ So manifestiert sich im Fall des Außenwirtschaftsrechts die Erkenntnis, dass die *Fukuyama'sche* Verheißung vom *Ende der Geschichte* die anthropologische Grundkonstante zwischenstaatlicher Konflikte unterschätzt hat.

Da der Gedanke der Resilienz bisher vor allem einen heuristischen Charakter hat, ist unklar, welche rechtsdogmatischen Leistungen er im Außenwirtschaftsrecht erbringen kann. Es liegt allerdings nahe, dass er in einem ersten Schritt die teleologische Auslegung zentraler Rechtsbegriffe in seinen jeweiligen Referenzgebieten sowie Abwägungsentscheidungen anleiten kann. Dies ist etwa mit Blick auf den Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Investitionskontrolle denkbar, der aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV

53 P. Hilbert, Resilientes Klimarecht (Fn. 43), 408.

54 A. Reckwitz, Ende der Illusionen (Fn. 2), S. 8 f. Vgl. Rostalski, Die vulnerable Gesellschaft, 2. Aufl., München 2024, S. 22 ff.

bisher eng verstanden worden ist. Diese Rechtsprechung erging in einer Phase, in der das liberale Paradigma zur vollen Blüte gelangt war. Der Gedanke der Resilienz kann ein Gegenprinzip darstellen, welches die Erfahrungen mit den internationalen Spannungslagen der vergangenen Jahre abbildet und daher zur Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Systems der Außenwirtschaft beiträgt. Ob sich der Gedanke der Resilienz darüber hinaus zu einem festen dogmatischen Begriff wie dem Gefahren- oder Risikobegriff erhärtet, wird von seiner Rezeption durch die Rechtswissenschaft und von der weiteren legislativen und judikativen Entwicklung abhängen

IV. Fazit

Das Außenwirtschaftsrecht der vergangenen 30 Jahre ist durch das liberale Paradigma geprägt gewesen, welches mit Blick auf internationale Spannungslagen und Krisen zunehmend an Kraft verliert und von dem Bemühen abgelöst wird, die außenwirtschaftlichen Beziehungen resilienter zu gestalten. Die Europäische Union ist darum bemüht, die wirtschaftliche Sicherheit Europas und ihrer Mitgliedstaaten zu gewährleisten und hat eine Vielzahl an restriktiven Instrumenten erlassen, die von ihrer früheren liberalen Grundperspektive abrücken. Der Gedanke der Resilienz, der den Nachbarwissenschaften entstammt und in verschiedenen Bereichen des Öffentlichen Rechts diskutiert wird, birgt das Potenzial in sich, diese Neukalibrierung des Außenwirtschaftsrechts abzubilden und die weitere rechtspolitische und ggf. sogar rechtsdogmatische Entwicklung anzuleiten. Das Außenwirtschaftsrecht bietet sich daher als ein wichtiges Referenzgebiet des Resilienzdiskurses an.

Das beamtenrechtliche Statusrecht im Kontext der Bedrohung der liberalen Verfassung

Für einen konzeptionellen Wandel

Sarah Geiger*

Den liberalen Rechtsstaat zu schützen, ist eine Kernaufgabe des deutschen Berufsbeamtentums. Das Konzept der Verfassungstreuepflicht im Dienstrecht erlaubt es nicht nur, extremistische Personen aus dem öffentlichen Dienst auszuschließen. Die Treuepflicht beinhaltet auch eine statusbedingte Handlungsanweisung zum aktiven Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes. Eine beamtenrechtliche Neutralitäts- und Mäßigungspflicht gilt insoweit nicht gegenüber den grundlegenden Verfassungswerten, sondern fordert von Berufsbeamten eine dienstliche Distanz zu eigenen politischen Überzeugungen und soll vermeiden, dass aus Letzteren Folgerungen für die Einstellung gegenüber der Verfassung gezogen werden. Vor diesem Hintergrund wird für eine Abkehr vom missverständlichen Begriff der „politischen Treuepflicht“ von nicht genuin politischen Beamten plädiert. Die Remonstrationspflicht wird zudem als essentielle innerdienstliche Pflicht – und subjektives Recht – zur Verfassungsverteidigung verstanden. Diese Pflicht ist als hergebrachter Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich abzusichern, um die rechtsstaatliche Funktion des Berufsbeamtentums auch in Krisenzeiten zu gewährleisten.

Inhalt

I.	Einleitung und Problemaufriss	140
II.	Funktionen des Beamtenrechts: Schutz des Verfassungsstaates vor verfassungsnegierenden Beamten und Schutz durch seine Beamten	143
	1. Telos der beamtenrechtlichen Treuepflicht – Keine Verbeamtung bei Verfassungsnegation	144
	2. Tragweite der Verfassungstreue im Spannungsverhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und Mäßigungspflicht – Zulässigkeit der aktiven Verfassungsverteidigung	146
III.	Funktionalität des Beamtenrechts: Schutz des Beamten vor dem illiberalen Staat?	149

* Sarah Geiger, Maître en droit (Paris II) vertritt die Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Rostock und ist Lehrbeauftragte sowie Habilitandin an der Universität Hamburg (Prof. Dr. Matthias Wendel).

1. Konkretisierung der Situation der Schutzbedürftigkeit der Beamten	149
2. Kritikoffenheit der Verfassungstreuepflicht und Remonstration als innerdienstliche Pflicht zur Verfassungsverteidigung	151
a) Kritikoffenheit der Verfassungstreuepflicht	151
b) Remonstration als innerdienstliche Pflicht zur Verfassungsverteidigung	152
IV. Fazit: Fortentwicklungsbedarf im Recht des Berufsbeamtentums	154

I. Einleitung und Problemaufriss

*Ich schwöre Treue der Verfassung, dieweil ich fürchte um Entlassung; und macht man eine neue, dann schwör ich wieder Treue.*¹

Dies war ein Spottvers unter Berufsbeamten² in der Weimarer Republik, die politisch motivierte Entlassungen fürchteten.³ Mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten erließen diese sodann im Jahr 1933 das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“, das aber freilich keine unabhängige Beamtenschaft garantierte, sondern zu der Entlassung politisch nicht wohl Gesinnter und Personen „nicht arischer Abstammung“ führte.⁴ Ein loyales und unkritisches Berufsbeamtentum war für die Nationalsozialisten von überragender Bedeutung⁵ und erfährt in Zeiten illiberaler Strebungen erneut großes politisches Interesse. Das verwundert kaum, begreift doch nach Umberto Eco der „Ur-Faschismus“ Dissens und Meinungsvielfalt als Verrat⁶ – und einen solchen dürfen Staatsnächste nicht begehen.

Auch unter dem Grundgesetz prägen den Beamtenstatus⁷ besondere Pflichten, die ein Beamter gegenüber seiner Dienstvorgesetzten und dem

1 Vgl. auch das Zitat bei H. Herlemann, Das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (BBG), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 126 (2009), 296.

2 Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter.

3 Infolge einer Personalabbauverordnung (Verordnung zur Herabminderung der Personalausgaben des Reichs vom 27. Oktober 1923, RGBl. I S. 999) wurden sowohl nationalsozialistische als auch kommunistische Beamte aus dem Staatsdienst entfernt.

4 S. das Reichsgesetzblatt vom 07.04.1933, online abrufbar unter: <https://www.bundesarchiv.de/themen-entdecken/online-entdecken/geschichtsgalerien/7-april-1933-gesetz-zur-wiederherstellung-des-berufsbeamtentums/> (zuletzt abgerufen am 18.09.2025).

5 Vgl. zur Rolle der Justiz und Juristen bei der Umsetzung der „Führerbefehle“: K. Redeker, Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, NJW 1964, 1097.

6 U. Eco, Der ewige Faschismus, Merkmal Nr. 4, München 2020.

7 Es geht im Folgenden um das Berufsbeamtentum der Länder und des Bundes unter Ausschluss der politischen Beamten im Sinne von § 54 Bundesbeamtenengesetz und der Wahlbeamten. Zu der „kommunikativen Verfassungsverteidigung“ durch Politiker s. bspw. M. Hong, Neutralität und Sachlichkeit amtlicher Äußerungen und kommunikative Verfassungsverteidigung, ZGI 2022, 199. Zu dem etwas differenzierten Maßstab,

Staat hat: Beispielsweise zählt zu den von Art. 33 Abs. 5 GG garantierten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums – Grundsätze, die nach gegenwärtiger Auslegung des BVerfG⁸ jedenfalls seit der Weimarer Republik gelten⁹ – die *politische* bzw. *Verfassungs*-Treuepflicht.¹⁰ § 60 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz (BBG) bzw. § 33 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG)¹¹ normieren Neutralitäts-, Zurückhaltungs- und Mäßigungspflichten sowie § 62 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 35 Abs. 1 S. 1 BeamtStG eine Folgepflicht gegenüber Dienstvorgesetzten. Die fachgesetzlich statuierten Verhaltenspflichten können eine Beschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung der Beamten aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG begründen.¹²

Verletzt ein Beamter seine statusbezogenen Pflichten, kann dies disziplinarrechtliche Folgen haben. Für Bundesbeamte sehen das Bundesdisziplinar-gesetz und für Landesbeamte die Disziplinar-gesetze der Länder verschiedene Disziplinarmaßnahmen vor. Dazu gehören als schwerste Maßnahmen die Zurückstufung oder die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (vgl. etwa § 5 Abs. 1 Bundesdisziplinar-gesetz, BDG oder § 5 Abs. 1 Disziplinar-gesetz Berlin, DiszG Bln).¹³ Seit einer Reform des Bundesdisziplinarrechts im April 2024 werden *alle* Disziplinarmaßnahmen, auch die Entfernung aus dem Bundesbeamtenverhältnis, per Disziplinarverfügung, also per Verwaltungsakt ausgesprochen (§ 33 Abs. 1 BDG). Zuvor oblag es dem Dienstherrn, Disziplinar-klage zu erheben und in deren Rahmen u.a. das vorgeworfene Dienstvergehen darzulegen sowie Beweismittel zu benennen

der in Abgrenzung zu Berufsbeamten im statusrechtlichen Sinne u.a. an Richter und Soldaten anzulegen ist T. Schmidt, Die Treuepflicht der Beamten, ZJS 2022, 172.

8 Dazu unten III.2.b.

9 Vgl. BVerfG, BVerfGE 152, 345, Rn. 29: „Mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG ist der Kernbestand von Strukturprinzipien gemeint, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, insbesondere unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“.

10 Ausdrücklich anerkannt seit BVerfG, BVerfGE 39, 334 (Extremistenbeschluss).

11 Seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 sind die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG und der Bundesgesetzgeber hat im Jahr 2008 das Beamtenstatusgesetz erlassen.

12 Vgl. bspw. OVG NRW, Beschl. v. 07.02.2024, 6 B 1209/23, Rn. 21 ff.

13 Einer Ruhestandsbeamtin kann nach den jeweiligen Absätzen zwei der genannten Vorschriften das Ruhegehalt gekürzt oder aberkannt werden.

(§ 52 BDG a. F.).¹⁴ Nach dem baden-württembergischen Disziplinargesetz ist dies bereits seit 2008 möglich. Das BVerfG hält den zugrundeliegenden § 38 Abs. 1 des Landesdisziplinargesetzes Baden-Württemberg für verfassungskonform.¹⁵ Die Verlagerung vom Richtervorbehalt in den Individualrechtsschutz *ex post* soll demnach das Lebenszeitprinzip aus Art. 33 Abs. 5 GG als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ausreichend berücksichtigen, wiewohl damit seine prozedurale Absicherung unweigerlich reduziert wird. Auch etwa das Hamburgische Disziplinargesetz (HmbDG) wurde Anfang 2024 dergestalt geändert, dass *alle* Disziplinarmaßnahmen per Verwaltungsakt ergehen (§ 33 Abs. 1 HmbDG).

Die ehemalige Bundesinnenministerin Nancy Faeser erklärte die Ersetzung des Disziplinarlageverfahrens mit dem rechtspolitischen Ziel einer schnelleren Entfernung von sogenannten Verfassungsfeinden aus dem Dienst.¹⁶ Welcher äußerungsrechtlicher Spielraum aber kommt gegenwärtig – und perspektivisch – denjenigen Beamten zu, die vor solchen „Verfassungsfeinden“¹⁷ warnen?

Einerseits stellt sich die Frage, inwieweit ein Beamter bereits heute auf Gefahren für die liberale Demokratie unter Wahrung seiner Verhaltenspflichten hinweisen darf.¹⁸ In Zeiten, in denen das Bundesamt für Verfassungsschutz einen Anstieg des extremistischen „Personenpotenzials“ im ex-

14 In einigen Bundesländern ist dies auch weiterhin erforderlich, s. beispielsweise die für eine Zurückstufung, Entfernung aus dem Beamtenverhältnis oder Aberkennung der Ruhestandsgehälter geltende Regelung des § 34 DiszG Bln.

15 Vgl. BVerfGE 152, 345.

16 S. das Zitat von N. Faeser aus März 2024, weiterhin abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2024/03/inkrafttreten-disziplinarrecht.html> (zuletzt abgerufen am 18.09.2025).

17 Gemeint sind mit diesem wertungsgeladenen Begriff vorliegend Personen oder Gruppierungen, deren Handeln darauf ausgerichtet ist, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen (vgl. den Maßstab in Art. 21 Abs. 2 GG und BVerfG, Beschl. v. 05.10.1977, BVerfGE 46, 43, wonach diejenigen, „die darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen oder zu beeinträchtigen [...] nicht den Mindestanforderungen an die Verfassungstreuepflicht genügen“). Begrenzt auf das Ziel der „Beseitigung“ der freiheitlich demokratischen Grundordnung: Glossar des Bundesamtes für Verfassungsschutz, abrufbar unter: <https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/glossareintraege/DE/V/verfassungsfeindlich.html> (zuletzt abgerufen am 18.09.2025).

18 Zu der Frage, inwieweit Hoheitsträger wie die Bundeskanzlerin „kommunikative Verfassungsverteidigung“ betreiben dürfen, BVerfG, NVwZ 2022, 1113.

trem linken, extrem rechten und auslandsbezogenen Spektrum vermeldet,¹⁹ und eine rechtsextremistische Partei realiter Regierungsmacht erlangen könnte, ist allerdings auch zu erörtern, wie groß das Missbrauchspotential ist, das aus einem Verweis auf die beamtenrechtlichen Verhaltenspflichten bei vereinfachten disziplinarrechtlichen Entlassungsmöglichkeiten folgt. Mit anderen Worten: Falls eine rechtsextreme Partei in einem Bundesland oder im Bund Regierungsmacht erlangte und Dienstvorgesetzte deren illiberale Ansichten teilten, dürfte ein Landes- oder Bundesbeamter die freiheitliche demokratische Grundordnung (fdGO)²⁰ weiterhin verteidigen oder könnte er unter Verweis auf eine Verletzung seiner Statuspflichten per Verwaltungsakt entlassen werden?

Hierzu wird zunächst als Funktion des Beamtenrechts herausgearbeitet, dass nicht nur der Verfassungsstaat *vor* verfassungsnegierenden Beamten geschützt werden soll, sondern auch *durch* seine Beamten (II). Inwieweit das Beamtenrecht funktional der Gefahr missbräuchlicher Disziplinarmaßnahmen begegnen kann, ist über die Frage zu erörtern, ob Berufsbeamte *vor dem illiberalen Staat* geschützt sind (III).

II. Funktionen des Beamtenrechts: Schutz des Verfassungsstaates vor verfassungsnegierenden Beamten und Schutz durch seine Beamten

Der Schutz des Verfassungsstaates erfolgt im Beamtenrecht insbesondere über die statusbezogene Verfassungstreuepflicht. Nach dem Telos der beamtenrechtlichen Treuepflicht in ihrer gegenwärtigen gerichtlichen Auslegung soll eine Verbeamtung oder fortwährende Dienstführung von Personen, die sich nicht zu der fdGO bekennen, ausgeschlossen werden (1). Der Schutz des Verfassungsstaates wird aber auch dadurch sichergestellt, dass Beamte für die verfassungsmäßige Ordnung aktiv eintreten dürfen und unter Umständen sogar müssen; die so verstandene Verfassungstreue konfligiert, in den Grenzen der Sachlichkeit und des Tatsachenbezugs, nicht mit der statusbedingten Mäßigungspflicht (2).

19 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2024, abrufbar unter: https://www.verfassungsschutz.de/DE/verfassungsschutz/der-bericht/der-bericht_node.html (zuletzt abgerufen am 18.09.2025).

20 Zum Begriff: BVerfGE 2, 1, zweiter Leitsatz.

1. Telos der beamtenrechtlichen Treuepflicht – Keine Verbeamtung bei Verfassungsverneinung

Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG darf in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die fdGO im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Hier besteht bereits eine gesetzliche Hürde für den Zugang zum Staatsdienst: Die Gewähr des Eintretens für die fdGO ist ein Eignungsmerkmal, das von der Dienstherrin *positiv* vor der Einstellung festzustellen ist.²¹ Feststehen muss, dass sich die Beamtin zu der Verfassung, auf die sie vereidigt wird, bekennt, und sich für diese auch einsetzen wird.

Entsprechend beinhalten § 60 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG die statusbezogene Pflicht des Beamten, sich durch sein gesamtes Verhalten zur fdGO zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung spricht von einer darin zum Ausdruck kommenden *Verfassungstreuepflicht* und *politischen Treuepflicht* als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG gleichsam synonym – selbst dann, wenn es nicht um *politische* Beamte im Sinne von § 54 BBG geht.²² Das ist jedoch an dieser Stelle erst einmal nicht weiter zu problematisieren. In der Sache wird die Begrifflichkeit herangezogen, um zu unterstreichen, dass Berufsbeamte verpflichtet sind, die fdGO zu achten und zu verteidigen.

Nach ständiger Rechtsprechung²³ beinhaltet die Treuepflicht die Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Beamte dienen soll, mit dessen freiheitlich demokratischer, rechts- und sozialstaatlicher Ordnung zu identifizieren. Der Staat und seine geltende Verfassungsordnung sind verbal zu bejahen sowie dadurch, dass der Beamte bestehende Vorschriften beachtet und erfüllt: Das BVerfG fordert über die als politisch bezeichnete Treuepflicht seit dem *Extremistenbeschluss* „mehr als nur eine formal korrekte, im Übrigen uninteressierte und innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung“²⁴: Beamte haben *sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen zu distanzieren*, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen

21 Vgl. etwa OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.01.2022, OVG 4 S 26/21, Rn. 6 u. 9.

22 S. insb. BVerfGE 39, 334 sowie bspw. BVerfG, DVBl 2008, 906, Rn. 17; BVerwGE 183, 207, Rn. 32 und Rn. 33.

23 Statt aller: BVerwGE 183, 207, Rn. 33.

24 BVerfGE 39, 334, zweiter Leitsatz.

Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren.²⁵

Insbesondere in jüngerer Zeit erfährt die zur Treuepflicht ergehende Rechtsprechung einen quantitativen Anstieg. Sie betrifft Fallkonstellationen, in denen Berufsbeamte *nicht* mehr die Gewähr dafür bieten, ihrer Treuepflicht gerecht zu werden.²⁶ Eine schwerwiegende Verletzung der Verfassungstreuepflicht, die eine Entfernung aus dem Dienstverhältnis trotz vorherigen beanstandungslosen Dienstverhaltens rechtfertigt, ist etwa die Leugnung der rechtlichen Existenz der Bundesrepublik.²⁷ Aber auch das Tragen einer Tätowierung mit verfassungsfeindlichem Inhalt kann die „Betätigung“ einer verfassungsfeindlichen Gesinnung bedeuten und die Entfernung aus dem Dienstverhältnis rechtfertigen.²⁸

Aus den fachgesetzlichen Regelungen und der verfassungs- wie verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung lässt sich einerseits ableiten, dass das Beamtenrecht funktional den Staat und seine Einrichtungen weitestgehend effektiv schützt vor Beamten, die sich nicht mit dem liberalen Rechtsstaat und den darin geschützten Grundrechten und Grundsätzen des Grundgesetzes identifizieren. Im Umkehrschluss ist aber andererseits auch zu folgern, dass die Beamten *für* Achtung und Erhalt dieses Staates aktiv eintreten und auf Gefahren hinweisen dürfen, unter Umständen sogar müssen. Insoweit gilt es, die inner- wie außerdienstlich geltende²⁹ Verfassungstreue derart zu interpretieren, dass sie nicht im Widerspruch zu einer statusbedingten Mäßigungs- oder Neutralitätspflicht steht.

25 BVerfG, DVBl 2008, 906, Rn. 17; BVerwGE 183, 207, Rn. 32 f.

26 Vgl. aus der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte der Länder etwa: OVG Niedersachsen, Urt. v. 14.03.2023, 3 LD 7/22 (Entfernung eines sogenannten Reichsbürgers aus dem Beamtenverhältnis); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 05.06.2024, 3 A 10684/23.OVG (Entfernung einer Lehrerin aus dem Dienst u.a. wegen Äußerungen auf sogenannten Querdenker-Demonstrationen); OVG Bremen, Urt. v. 28.05.2025, 4 LD 24/25 (Entfernung eines Feuerwehrbeamten aus dem Beamtenverhältnis).

27 Vgl. BVerwGE 174, 219, Rn. 27 ff.

28 Vgl. BVerwGE 160, 370, Rn. 25.

29 Vgl. ebd., Rn. 85.

2. Tragweite der Verfassungstreue im Spannungsverhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und Mäßigungspflicht – Zulässigkeit der aktiven Verfassungsverteidigung

Wenn von einem Beamten unter Berufung auf die Treuepflicht verlangt werden kann, sich aktiv durch Worte und Handeln zu der Grundordnung des Grundgesetzes zu bekennen und den Staat als *schützenswert* anzuerkennen,³⁰ so ist nicht ersichtlich, warum dies immer erst gelten sollte, wenn Zweifel an der Treue des Beamten im Einzelfall aufkommen. *Landau/Steinkühler* postulierten es gar als zentrale Funktion des Berufsbeamtentums, das Rechtsstaatsprinzip zu gewährleisten.³¹ Der Schutz des Staates erfolgt mithin auch *durch* die für ihn handelnden Amtsträger. Dies impliziert ein äußerlich erkennbares Verhalten.³² Danach kann die Verfassungstreue den Beamten im dienstlichen wie im außerdienstlichen Kontext verpflichten, sich nicht bloß reaktiv, sondern aktiv zur Verteidigung der Verfassung einzubringen.

Hingegen supponiert das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis nicht, dass Beamte sich die Ziele oder Maxime der jeweiligen Regierungsmehrheit zu eigen machen.³³ Die Treuepflicht bedeutet eine Treue zur Verfassung, auf die der Beamte vereidigt wurde. Dies kann nur über eine klare Begrifflichkeit der Verfassungstreuepflicht zum Ausdruck kommen. Demgegenüber ist der Begriff der „politischen Treuepflicht“ hinsichtlich nicht in genuin politisch geprägten Dienstverhältnissen tätiger Beamte – etwa einem verbeamteten Lehrer – mindestens missverständlich: Während eine private parteipolitische Betätigung des Berufsbeamten statusbedingt nicht per se ausgeschlossen ist,³⁴ kann von ihm nicht gefordert werden, die Politik einer Regierungsmehrheit und der ihr unterstehenden politischen Beamten aktiv mitzutragen. Berufsbeamte werden mit ihrer Vereidigung nicht zu apolitischen Wesen. Sie dürfen schlicht aus ihren politischen Überzeugungen keine Folgerungen für die Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung und die Art der Erfüllung der Dienstgeschäfte

30 S. bereits BVerfGE 39, 334, Rn. 49; BVerfG DVBl 2008, 906.

31 S. H. Landau/M. Steinkühler, Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl 3, 2007, S. 136 a.E., 137.

32 S. BVerwGE 61, 176.

33 BVerfG DVBl 2008, 906, Rn. 17; BVerwGE 174, 219, Rn. 27.

34 Vgl. auch A. Reich/T. Masuch, BeamStG, 4. Aufl. 2025, § 33 Rn. 3. Hingegen andeutend, dies sei „verfassungsrechtlich nicht undenkbar“: Landau/Steinkühler, Zukunft des Berufsbeamtentums (Fn. 31) S. 143.

ziehen.³⁵ Der Begriff der politischen Treuepflicht ist daher für das betrachtete Berufsbeamtentum abzulehnen.

Bereits nach gegenwärtiger Rechtsprechung dürfen sich Beamte mit der gebotenen Sachlichkeit und Distanz in Wort und Schrift zu jedem Thema äußern, soweit politische Anliegen keinen Bezug zu dienstlichen Aufgaben haben und die Verfassungstreue nicht in Frage steht.³⁶ Gemäß § 33 Abs. 2 BeamStG haben Beamte bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergibt. Schutzgut der Mäßigungspflicht ist mithin jedenfalls auch das öffentliche Vertrauen in eine gemeinwohlorientierte Amtsführung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Verfassungsverteidigung kein Selbstzweck ist. Das BVerfG sieht diejenigen „zentralen Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“, als von der fdGO, wie sie das Beamtenrecht ausdrücklich in Bezug nimmt, umfasst, also die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) und die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG), welche zugleich die Freiheit des Einzelnen garantiert.³⁷ Die Gemeinwohlorientiertheit liegt hier auf der Hand. Ein Konflikt hinsichtlich der Loyalität zum Dienstherrn kommt nicht auf, wenn dieser ebenfalls im Einklang mit der Verfassung handelt.

Selbst an der Schnittstelle zwischen dienstlicher und außerdienstlicher Betätigung des Beamten muss dieser über seine Meinungsäußerungsfreiheit die Verfassungstreue verdeutlichen können, ohne Statuspflichten zu verletzen. Insbesondere, wenn der Beamte Stellung bezieht zu gegenwärtigen Bedrohungen für den liberalen Rechtsstaat, verwirklicht er die Funktion der Verfassungstreue in ihrer präventiver Verfassungsschutzausprägung.³⁸ Dies gilt etwa für den Fall, in dem ein verbeamteter Lehrer seine Schüler zu einer freiwilligen Teilnahme an einer Demonstration gegen Rechtsextremismus am Internationalen Holocaust-Gedenktag anregt.³⁹ Nicht nur

35 BVerfG NJW 1975, 1641 (1643); BVerwG, NVwZ 2001, 1410, Rn. 26.

36 OVG NRW, 6 B 1209/23, Rn. 36.

37 BVerfGE 144, 20 (dritter Leitsatz).

38 Zur Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit der Beamten durch die Verfassungstreuepflicht bereits oben und BVerfG, NJW 1989, 93 im Lichte des soeben zitierten Äußerungsmaßstabs.

39 Vgl. A. Tikhomirova, Was darf ein Lehrer sagen?, die Zeit Nr. 12/2025, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2025/12/neutralitaetsgebot-lehrer-schule-afd-rechtsextremismus> (zuletzt abgerufen am 18.09.2025).

kommt er damit dem schulischen Bildungsauftrag nach, der die glaubhafte Vermittlung der verfassungsrechtlich geschützten Wertordnung umfasst.⁴⁰

Auch liegt darin keine Verletzung einer etwaigen Neutralitätspflicht, wie es der Gebietsverband der AfD im genannten Fall im Rahmen einer Dienstaufsichtsbeschwerde behauptete. Aus einer in § 33 Abs. 1 S. 1 und 2 BeamtStG hineingelesenen beamtenrechtlichen Neutralitätspflicht⁴¹ kann nicht abgeleitet werden, ein verbeamteter Lehrer dürfe nicht auf Gefahren für den liberalen Verfassungsstaat hinweisen. Die Vorschrift stellt klar, dass Beamte dem ganzen Volk, nicht einer Partei dienen und ihre Aufgaben unparteiisch im Gemeinwohlinteresse zu erfüllen haben. Dies ist vor dem Hintergrund, dass das Berufsbeamtentum dem Allgemeininteresse verschrieben ist, zu lesen.⁴² Ein Berufsbeamter hat seine Dienstauführung nicht an einer bestimmten politischen Zielgruppe auszurichten. Die Neutralität besteht nicht nur gegenüber der Allgemeinheit, sondern im Verhältnis zur politischen Ausrichtung der jeweiligen Regierung.⁴³ Dies folgt aber ohnehin bereits, wie dargestellt, aus der Verfassungstreuepflicht. Neutralität gegenüber der Verfassung ist hingegen nicht gewollt. Die spezifische verfassungsrechtliche Bedeutung einer Neutralitätspflicht, die aus der Gesetzesbindung der Verwaltung und Art. 21 GG folgt, ist schließlich nicht tangiert, wenn der Beamte nicht eine bestimmte politische Partei diffamiert.

Berufsbeamte sind also, soweit sie nicht polemische und unsachliche Kritik üben, gegenwärtig befugt, die Verfassung aktiv zu verteidigen und Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit konkreter politischer Forderungen mit der Verfassung zu äußern.⁴⁴ An anderer Stelle wird zu erörtern sein, wie im Einzelfall gerichtlich festzustellen ist, wann hingegen verfassungsfeindli-

40 OVG NRW, 6 B 1209/23, Rn. 32.

41 S. etwa S. Werres, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.) BeckOK BeamtenR, 38. Ed. 2025, BeamtStG § 33 Rn. 1 ff., insb. Rn. 2, in der er die Neutralitätspflicht unter Verweis auf ein Urteil des BVerfG als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums deklariert, obgleich das BVerfG dort einzig u.a. auf Pflichten zu Treue und Gehorsam gegenüber dem Dienstherrn sowie zur unparteiischen Amtsführung verweist (BVerfGE 9, 268, Rn. 78), woraus noch keine „Neutralitätspflicht“ folgt.

42 BVerfGE 64, 367, 379: Art. 33 V GG soll die Institution des Berufsbeamtentums in ihrer Funktionsfähigkeit im Interesse der Allgemeinheit erhalten.

43 S. BVerfG, NVwZ 2024, 1082, Rn. 47: Ein Beamter soll auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharren können, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht ist.

44 Vgl. BVerwGE 183, 207, Rn. 32 f. Vgl. zur Verletzung der Mäßigungspflicht durch eine Vielzahl von islamkritisch und fremdenfeindlich geprägter bzw. die Bundes- und Landespolitik in polemischer, agitatorischer und aufhetzender Weise kritisierender Veröffentlichungen auf Onlineplattformen OVG NRW, 6 B 1209/23, Rn. 18 ff., 35 ff.

che Ansichten unter dem Deckmantel des Berufens auf die Verfassung nicht mehr von den Äußerungsbefugnissen des Beamten gedeckt sind.⁴⁵

III. Funktionalität des Beamtenrechts: Schutz des Beamten vor dem illiberalen Staat?

Um der Frage nachzugehen, inwieweit das Beamtenrecht den Berufsbeamten *vor dem illiberalen Staat* – *in concreto* vor einem entgegen grundlegender Verfassungsprinzipien handelnden Dienstherrn – schützt, wird zunächst umrissen, in welcher Situation eine juristische Schutzbedürftigkeit des Beamten anzunehmen ist (1). Auf dieser Grundlage wird sodann untersucht, wie der Berufsbeamte bereits heute geschützt und perspektivisch besser gegenüber seinem Dienstherrn zu schützen ist, wenn er die Verfassung im Dienstinnenverhältnis verteidigt (2).

1. Konkretisierung der Situation der Schutzbedürftigkeit der Beamten

In mehreren Entscheidungen aus der Anfangszeit des Bonner Grundgesetzes unterstrich das BVerfG, die Verfassung schütze über das Berufsbeamtentum nicht in erster Linie subjektive Rechte des Beamten, sondern das Interesse der Allgemeinheit.⁴⁶ Es erschiene jedoch angesichts eingangs erwähnter gesellschaftspolitischer Entwicklungen naiv, den Berufsbeamten lediglich eine *Schutzfunktion* zuzuweisen, ohne ihre eigene *Schutzbedürftigkeit* anzuerkennen.

Auf eine derartige Schutzbedürftigkeit ist das gegenwärtige Beamtenrecht – angesichts der Prämisse des BVerfG kaum verwunderlich – nicht angelegt. Zwar kennen § 78 BBG und § 45 BeamtStG eine Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn „bei [der] amtlichen Tätigkeit“ der Beamten. Teilt der unmittelbare Dienstvorgesetzte eines Beamten jedoch die illiberalen Bestrebungen einer extremistischen Regierung, so wird er sich auf ihre dienstliche Folgepflicht, wie sie in § 62 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 35 Abs. 1

45 Zu diesem Phänomen etwa OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 5.6.2024, 3 A 10684/23.OVG, Rn. 248 unter Bezugnahme auf die Feststellung bei A. Nitschke, NVwZ 2023, 1915, 1921, Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 2 WD 11.22.

46 BVerfGE 8, 1, Rn. 38; BVerfGE 9, 268, Rn. 78.

S. 1 BeamStG normiert ist, berufen und kaum auf seine eigene dienstliche Schutzpflicht.

Berufsbeamte sollen grundsätzlich, wie erwähnt, jeder verfassungsmäßigen Regierung *loyal* zur Verfügung stehen.⁴⁷ Der Loyalitätsbegriff illustriert eine Offenheit für wertungsgeladene Gesetzesauslegung im Beamtenrecht, die missbrauchsanfällig ist. So kann einerseits ein Spannungsverhältnis zwischen Verfassungstreue und dienstlicher Loyalität auftreten: Spätestens, wenn Treuepflicht bedeutet, Anweisungen, die der fdGO zuwiderlaufen, befolgen zu müssen, geht die begriffliche Verbindung von politischer Treuepflicht und Schutz der fdGO fehl. Andererseits kann, wie die Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes verdeutlicht, eine „verfassungsmäßige“ Regierung nach demokratischen Grundsätzen gewählt worden sein, dabei jedoch verfassungswidrig handeln. Der liberale Rechtsstaat gerät unter Druck, wenn eine illiberale Regierung auf verfassungsmäßigem Wege an die Macht gelangt und sodann von innen heraus versucht, entgegen wesentlicher Verfassungsgrundsätze und -prinzipien zu handeln. Gegenüber einem Dienstherrn, der von den ihm unterstehenden Beamten fordert, offensichtlich konträr zu fundamentalen Grundsätzen der liberalen Verfassung zu handeln, bedarf es der Umgrenzung statusbezogener Rechte und Pflichten, die den Beamten in einem potentiellen Disziplinarverfahren schützen. Virulent ist die Fragestellung im Zusammenhang mit der vereinfachten Entlassungsmöglichkeit per Verwaltungsakt. Die Entfernung aus dem Dienstverhältnis nach § 13 Abs. 4 BDG bzw. nach den landesrechtlichen Regelungen (etwa § 13 DiszG Bln oder § 11 HmbDG) setzt den endgültigen Vertrauensverlust des Dienstherrn oder der Allgemeinheit voraus. Mithin determiniert auch hier ein Begriff mit einer wertenden und wertungsbedürftigen Komponente die Entscheidung über die schwerste Disziplinarmaßnahme bei einem (vermeintlichen) Verstoß gegen Wohlverhaltenspflichten des verfassungskonform handelnden Beamten.⁴⁸

47 Vgl. BVerwG, NVwZ 2018, 1144, Rn. 43 und etwa U. Battis, BBG, 4. Aufl. § 60 Rn. 7 und oben zur sogenannten Neutralitätspflicht.

48 Auf die konkreten Regelungen des Beamtendisziplinarrechts kann vorliegend aus Platzgründen nicht vertieft eingegangen werden.

2. Kritikoffenheit der Verfassungstreuepflicht und Remonstration als innerdienstliche Pflicht zur Verfassungsverteidigung

Zu prüfen ist die Kritikoffenheit der Verfassungstreuepflicht, also wie viel, eher abstrakt gefasste Kritik, ein Berufsbeamter an dem Handeln der Dienstherrin äußern darf (a). Daneben ist die konkrete Reaktionsmöglichkeit des Beamten auf eine Handlungsanweisung, die er für verfassungswidrig hält, zu betrachten: Insoweit ist die beamtenrechtliche Remonstrationspflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG in Fortentwicklung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung anzuerkennen (b).

a) Kritikoffenheit der Verfassungstreuepflicht

Der Beamte muss den Staat, dem er dient, anerkennen, er darf jedoch – mit den Worten des BVerfG – an den *Erscheinungen des Staates* Kritik üben.⁴⁹ Die auf dem Boden der Verfassung geübte Kritik an politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen hält sich im Rahmen der Verfassungstreuepflicht. Sie ist zweckkonform, wenn sie dazu dient, die Verfassungskonformität staatlichen Handelns anzumahnen.

Dabei können auch Bestrebungen nach Änderungen der bestehenden Verhältnisse im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung geäußert werden.⁵⁰ Abzugrenzen ist dies, wie erwähnt, im Einzelfall von kritischen Äußerungen, welche die Verfassung nur als Vorwand nutzen, um polemisch gegen verfassungskonformes Regierungshandeln zu agitieren. Bereits gegenwärtig folgt aus der Rechtsprechung, dass eine – naturgemäß – zuge-spitzte Kritik an dem Regierungshandeln zulässig ist, wenn die Aussage nicht ohne Weiteres den Schluss zulässt, der Beamte werde nicht jederzeit für die fdGO einstehen. So führt beispielsweise das Tragen eines Transparen-tens mit der Aufschrift „Asylbetrug macht uns arm“ durch einen Beamten auf einer die Asyl- und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung kritisierenden Versammlung für sich genommen nicht schon zu einer Verletzung der Statuspflichten.⁵¹ Hingegen kann dies weiteres Indiz sein für eine mit der fdGO nicht vereinbare Gesinnung, wenn ein vermeintlich ironischer

49 BVerfG, DVBl 2008, 906, Rn. 17.

50 BVerfGE 39, 334, Rn. 38; BVerfG, DVBl 2008, 906, Rn. 17.

51 Vgl. VGH Hessen, 1 B 1594/18, NVwZ 2019, 248, Rn. 15.

Facebook-Post klare Referenzen zu der Person Adolf Hitler und eine Verherrlichung des NS-Unrechtsregimes enthält.⁵²

Die Verfassungstreuepflicht erlaubt folglich, über Äußerungen auf dem Boden des Grundgesetzes, ein kritisches Berufsbeamtentum nicht nur hinsichtlich allgemeiner gesellschaftspolitischer Entwicklungen, sondern auch im Verhältnis zum Dienstherrn. Insoweit kann sich der Beamte über seine verfassungsrechtliche Statuspflicht auch gegenüber einem verfassungsfeindlichen Dienstherrn wehren.

b) Remonstration als innerdienstliche Pflicht zur Verfassungsverteidigung

Das fachgesetzliche Beamtenrecht kennt eine Pflicht der Berufsbeamten, für die Rechtmäßigkeit dienstlicher Handlungen gegenüber dem Dienstherrn einzutreten. § 36 Abs. 2 BeamStG bzw. § 63 BBG statuieren, dass ein Beamter Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung auf dem Dienstweg geltend zu machen hat; wird die Anordnung auch von der nächst höheren Stelle bestätigt, so muss die Handlung unter Befreiung von der eigenen Verantwortung ausgeführt werden. Bereits in der Geltendmachung dieser Bedenken ist keine bloße Obliegenheit, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut eine *Pflicht* zur Remonstration zu sehen.⁵³ In Verbindung mit § 35 Abs. 1 S. 3 BeamStG bzw. § 62 Abs. 1 S. 3 BBG ergibt sich eine Ausnahme von der Folgepflicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Menschenwürde verletzt oder erkennbar gegen Strafgesetze verstößt. Das BVerwG anerkennt die ausnahmsweise Befreiung von der Gehorsamspflicht, wenn die Anordnung im Zeitpunkt ihres Erlasses offenkundig und in schwerwiegender Weise rechtswidrig ist.⁵⁴ Ungeachtet der Tatsache, dass dieser Maßstab weiter klarstellungsbedürftig ist, soll hier gezeigt werden, dass dem Beamten damit ein fachgesetzlicher Hebel zur Verfassungsverteidigung im innerdienstlichen Rechtsverhältnis zur Verfügung steht, den es entsprechend abzusichern gilt.

52 Vgl. ebd., Rn. 16 ff.

53 „Pflicht zur Gegenvorstellung“: BVerfG, NVwZ 1986, 33, 34. Zu der Tatsache, dass es sich bereits nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift um eine Pflicht handeln muss (entgegen, fernliegend, M. Kawik, Gibt es und braucht es eine Remonstrationspflicht des Beamten?, ZBR 2015, 243 ff.): J. F. Lindner, Zur Remonstrationspflicht des Beamten, ZBR 2015, 412 ff.

54 BVerwG, NJW 2001, 3280, Rn. 37 f.

Der BGH unterstreicht zwar, die Remonstration gelte nur im Innenverhältnis und nicht als drittgerichtete Amtspflicht im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB, das Remonstrationsverfahren diene aber auch der Sicherung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns im öffentlichen Interesse.⁵⁵ Dies entspricht der vom BVerfG deklarierten Funktion des Art. 33 Abs. 5 GG, den Berufsbeamten in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu erlauben, die grundgesetzliche Aufgabe des Berufsbeamtentums, eine *gesetzestreue Verwaltung* zu sichern, zu erfüllen.⁵⁶ Entsprechend der Argumentation eines Sondervotums von *Huber* liegt damit die Verbindung von Remonstrationspflicht und hergebrachten verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Berufsbeamtentums auf der Hand:⁵⁷ Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist danach ein Prinzip von solchem Gewicht, dass das Berufsbeamtentum seine Demokratie und Rechtsstaat dienende Funktion ohne dieses nicht mehr erfüllen könnte. Beamte haben unter dem Grundgesetz für den demokratischen Rechtsstaat einzutreten und gegen rechtswidrige Weisungen zu remonstrieren. Doch gerade die Pflicht zur Remonstration, die einen deutlichen Bezug zu der in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität des Grundgesetzes aufweist, soll nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG nicht der institutionellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG unterfallen und daher weitgehend zur Disposition des Gesetzgebers stehen.⁵⁸

Die hergebrachten Grundsätze sichern nicht bloß ein Berufsbeamtentum nach den Vorstellungen und Gegebenheiten zu Zeiten der Weimarer Republik ab. Sie sind unter dem Grundgesetz auch in einem aktualisierten Sinne zu verstehen und den Herausforderungen für die liberale Verfassung im 21. Jahrhundert anzupassen. Wenn es um ‚legalistisches‘ Unrecht, also um in Recht gegossenes Unrecht geht, kommt es darauf an, dass die Handlungsnächsten den Rechtsstaat verteidigen. Dabei hat die Remonstration gegen eine offensichtlich rechtswidrige, insbesondere menschenwürdeverachtende Handlungsanweisung, eine herausgehobene Bedeutung, um die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz in jedem Einzelfall sicherzustellen. Das BVerfG muss daher seine Auslegung der hergebrachten Grundsätze im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG fortentwickeln, damit unter dem seit 75

55 Eine Drittgerichtetheit annehmend: OLG Bremen, Urt. v. 23.1.2019 – 1 U 25/18, aufgehoben durch BGH, Urt. v. 15.8.2019 – III ZR 18/19, Rn. 42 ff.

56 BVerfGE 64, 367, 379.

57 Nachfolgend alles abweichende Meinung des Richters *Huber* zu BVerfGE 152, 345, Rn. 19.

58 Vgl. ebd., Rn. 17.

Jahren geltenden Grundgesetz essentielle beamtenrechtliche Mechanismen zum Schutz der Verfassung aus dieser selbst folgen.

IV. Fazit: Fortentwicklungsbedarf im Recht des Berufsbeamtentums

Das Recht des Berufsbeamtentums, wie es seit Inkrafttreten des Grundgesetzes durch die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geformt wurde, ist grundsätzlich geeignet, die fdGO vor inneren Bedrohungen durch extremistische Beamten zu schützen. Dieser Schutz obliegt auch den Beamten selbst im Rahmen ihrer Verfassungstreuepflicht, die nicht nur eine negative Vorgabe beinhaltet, was ein Beamter zu unterlassen hat, sondern auch eine positive Handlungsanweisung ist, aktiv für die Verfassung einzutreten. Insoweit empfiehlt sich eine Abkehr vom Begriff der politischen Treuepflicht, welcher eine affirmative Haltung zur Regierungspolitik impliziert, die von nicht politischen Beamten nicht gefordert werden kann. Vielmehr schließt die Verfassungstreue eine Kritik am Handeln der Dienstvorgesetzten nicht aus, soweit sie auf dem Boden der Verfassung und mit Sachbezug ausgeübt wird. Auch die Remonstrationspflicht erlaubt es den Beamten, im Einzelfall sicherzustellen, dass Diensthandlungen rechts- und verfassungskonform ergehen. Um diese Interventionsmöglichkeit nicht zur Disposition des Fachgesetzgebers zu belassen, ist die Remonstration als innerdienstliche Pflicht zur Verfassungsverteidigung über Art. 33 Abs. 5 GG als hergebrachter Grundsatz der Berufsbeamtentums anzuerkennen. Hierzu bedarf es eines Wandels in der Rechtsprechung des BVerfG. So sind bei Auslegung der hergebrachten Grundsätze die veränderten gesellschaftlichen und staatlichen Rahmenbedingungen unter dem Grundgesetz zu berücksichtigen. Einzig Maßstäbe aus Zeiten der Weimarer Republik an das heutige Beamtenrecht anzulegen, kann nicht dazu beitragen, das Berufsbeamtentum vor dem potenziellen Einfluss illiberaler Regierungsmehrheiten zu schützen.

Kritik des rechtlichen Resilienzbegriffs oder: Von Schmitts Ausnahmezustand zur Resilienz

Max G. Weber*

Der Begriff der Resilienz hat seit Beginn der 2010er Jahre rasant an Bedeutung gewonnen und prägt zunehmend auch den rechtswissenschaftlichen Diskurs. So findet sich der Resilienzbegriff mittlerweile auch im nationalen Recht als Legaldefinition im Regierungsentwurf zum KRITIS-Dachgesetz. Dabei wird Resilienz häufig bloß unreflektiert als positiv konnotiertes Schlagwort verwendet. Der Beitrag untersucht kritisch den Resilienzbegriff in der Rechtswissenschaft, insbesondere im Bezug zum Recht des Ausnahmezustands. Während sich Resilienz grundsätzlich vor allem durch Anpassung auszeichnet, herrscht in der Rechtswissenschaft ein äußerst weites Begriffsverständnis vor. Resilienz wird häufig mit Resistenz vermischt, was zu begrifflichen Unschärfen führt. Ein solches weites Verständnis bietet interdisziplinär und methodisch wenig Mehrwert. Daneben zeigt der Beitrag, dass Resilienz – trotz seines positiven Klangs – keineswegs zwingend an rechtsstaatliche Konzepte gebunden ist: Sowohl der Intra-Legal-Approach für das Recht des Ausnahmezustands als auch *Carl Schmitts* kommissarische Diktatur können „resilient sein“.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	156
B. Begriffsannäherung	159
I. Resilienzbegriff im Allgemeinen	159
II. Resilienzverständnis in der Rechtswissenschaft	160
1. Bestehende Definitionsansätze	160
2. Einordnung in die allgemeine Resilienzdiskussion	162
3. Rechtliche Resilienz und Prävention	163
III. Resilienz als legaldefinierter Rechtsbegriff	164
IV. Zusammenfassung	166
C. Ausnahmezustand und Resilienz	166
I. Recht des Ausnahmezustands	167
1. Extra-legal-approach	167
2. Intra-legal-approach	168
a) Monistische Konzeption	169

* Max G. Weber ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Umweltrecht und Verfassungsgeschichte von Prof. Dr. Michael Kotulla, M.A. an der Universität Bielefeld.

b) Dualistische Konzeption	170
II. Resilienz des Rechts im Ausnahmezustand	170
III. Fazit	172

A. Einleitung

Der Begriff der „Resilienz“ ist aus unserem heutigen Sprachgebrauch nicht mehr wegzudenken.¹ Städte sollen resilient werden,² Schüler*innen wird Resilienz gegenüber Fake-News beigebracht,³ EE-Anlagen resilient gebaut,⁴ Krankenkassen geben Tipps für Resilienz in Krisensituationen⁵ und die Forschungsministerin Dorothee Bär fordert ein „bisschen Resilienz“ von Frauke Brosius-Gersdorf.⁶ Die Beispiele für die Verwendung des Begriffs der Resilienz sind schier endlos und finden sich in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen wie der Physik, Soziologie oder Medizin.⁷ Blickt

- 1 Ähnliches gilt für die Vulnerabilität, die als Gegenbegriff zur Resilienz gilt und die Verletzungspotenziale eines Systems umschreibt, vgl. *J. Botta*, Resilienz und Vulnerabilität des freiheitlichen Verfassungsstaates, *Der Staat* 2024, 515 Fn. 1; *M. Farhner*, Vulnerabilität und Resilienz der freiheitlichen Demokratie, Berlin 2022, S. 20 f.; *F. Rostalski*, Die Vulnerable Gesellschaft, München 2024, S. 24 f. Dieser begriffliche Gegensatz wird aber auch kritisch gesehen. Nach *Warner* „kann man nicht resilient sein, wenn keine stressreiche bzw. traumatische Erfahrung vorliegt“; Vulnerabilität ist also kein Gegensatz zu, sondern *conditio sine qua non* für Resilienz, vgl. *L. Warner*, Stichwort Resilienz, in: *M. A. Wirtz* (Hrsg.), *Dorsch Lexikon der Psychologie*, Bern 2025.
- 2 *S. Kabisch/D. Rink/E. Banzhaf* (Hrsg.), *Die Resiliente Stadt*, Berlin/Heidelberg 2024.
- 3 Vgl. Fake News und Desinformation - Impulse zur Förderung von Resilienz, abrufbar unter: <https://www.bra.nrw.de/bildung-schule/lehrerinnenbildung/fortbildung/fortbildung-fuer-lehrkraefte-berufskollegs/aktuelles-zur-fortbildung-fuer-lehrkraefte-berufskollegs/fake-news-und-desinformation-impulse-zur-foerderung-von-resilienz> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025.)
- 4 BDEW, Stresstest: Erneuerbare Energien und Extremwetter, Beitrag vom 28.7.2025, abrufbar unter: <https://www.bdew.de/online-magazin-zweitausend50/groesse/stresstest-ee-anlagen-extremwetter> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025.)
- 5 *I. Soltau*, Resilienz lernen: Besser mit Krisen fertig werden, Beitrag vom 22.10.2025 abrufbar unter: <https://www.tk.de/techniker/gesundheitsfoerderung/stress-entspannung/stress-bewaeltigen/resilienz-persoene-schutzfaktoren-gegen-stress-2006874> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025.)
- 6 Geäußert im Rahmen der Sendung „maischberger“ vom 15.7.2025, ab Min. 35:00, abrufbar unter: <https://www.ardmediathek.de/video/Y3JpZDovL2RhczVyc3RlLmRlL2l1bnNjaGVuIGJlS2BtYWZlY2hiZXJnZXIvMjAyNS0wNy0xNV8yMi0lMC1NRVNa> (zuletzt am 14.10.2025.)
- 7 So auch das BMZ, „Resilienz“ in: *Lexikon der Entwicklungspolitik*, abrufbar unter: <https://www.bmz.de/de/service/lexikon/resilienz-70564> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025). *Schuppert* spricht daher auch von der Resilienz als einem allgegenwärtigen

man auf die Verwendungshäufigkeit des Begriffs zeigt sich ab dem Jahr 2010 eine deutliche, ab dem Jahr 2019 sogar eine stark exponentielle Steigerung.⁸ Bröckling bezeichnet Resilienz daher – zu Recht – als einen Schlüsselbegriff des 21. Jahrhunderts.⁹

So ist es nicht verwunderlich, dass die Resilienz auch Einzug in den rechtswissenschaftlichen Diskurs gehalten hat, insbesondere in die Diskussion um die Rolle des Rechts in Zeiten multipler Krisen. Bestes Beispiel ist der Call for Papers der 65. Jungen Tagung des Öffentlichen Rechts, in dem explizit die Resilienz als mögliches Themengebiet genannt wurde¹⁰ und im Rahmen derer der hiesige Beitrag als Teil des Panels „Resilienz und Recht“ entstanden ist.¹¹

Bei genauerem Hinsehen wird Resilienz in der Rechtswissenschaft aber meist – mit wenigen Ausnahmen – ohne nähere Erläuterung als bloßes Buzzword verwendet.¹² Resilienz ist ein positiv klingender, aber unscharfer

Begriff, G. F. Schuppert, Wie resilient ist unsere „Politische Kultur“?, Der Staat 60 (2021), 473.

- 8 Siehe DWDS-Verlaufskurve für „Resilienz“, erstellt durch das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, abrufbar unter: <https://www.dwds.de/r/plot/?view=1&corpus=zeitungenxl&norm=date%2Bclass&smooth=spline&genres=0&grand=1&slice=1&prune=0&window=0&wbase=0&logavg=0&logscale=0&xrange=1946%3A2025&q1=Resilienz> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025). Auffällig ist auch, dass mit der zunehmenden Prominenz des Begriffs der „Resilienz“ ab 2017 die Verwendung der Begriffe „Widerstandsfähigkeit“ und „widerstandsfähig“ stark abnimmt, DWDS-Verlaufskurve für „Resilienz – widerstandsfähig – Widerstandsfähigkeit“, erstellt durch das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, abrufbar unter: <https://www.dwds.de/r/plot/?view=1&corpus=zeitungenxl&norm=date%2Bclass&smooth=spline&genres=0&grand=1&slice=1&prune=0&window=0&wbase=0&logavg=0&logscale=0&xrange=1946%3A2025&q1=Resilienz&q2=widerstandsf%C3%A4hig&q3=Widerstandsf%C3%A4higkeit> (zuletzt abgerufen am 14.10.2025).
- 9 U. Bröckling, Resilienz: Über einen Schlüsselbegriff des 21. Jahrhunderts, Soziopolis: Gesellschaft beobachten, 2017.
- 10 Call for Papers der 65. JTÖR 2025, S. 1, abrufbar unter: https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/jtoer2025/JT%C3%96R_Call_for_Papers.pdf (zuletzt abgerufen am 14.10.2025).
- 11 Tagungsprogramm der 65. JTÖR 2025, S. 3, abrufbar unter: https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/jtoer2025/Tagungsprogramm_jt%C3%B6r_2025_final.pdf (zuletzt abgerufen am 14.10.2025).
- 12 So auch A. Dienelt, Eine juristische Resilienztheorie? Ein Gedankenspiel, ZfU 2023, 564 (565). Siehe z. B. als Beispiel für eine Verwendung als Buzzword J. Franz, Resilienz des Rechtsstaats, Publicus, 3.6.2025. Dies gilt auch für den politischen Diskurs bzw. die Gesetzgebung. So ist das „Gemeinsame Erläuterungspapier der Fraktionen zu den Grundgesetzänderungen für einen besseren Schutz des Bundesverfassungsgerichts“ vom 23.7.2024 mit „Resilienz des Bundesverfassungsgerichts“ überschrieben;

Begriff, „a warm and fuzzy concept: a notion that lacks a single definition, but one that is widely understood to refer to a goal or quality worth pursuing.“¹³

Als einer der ersten untersuchte *Isensee* die Resilienz im Recht. Er beschreibt Resilienz als „die Überlebensfähigkeit eines Systems gegenüber systemfremden Kräften.“¹⁴ Für *Isensee* zeigt sich die Resilienz des Rechts vor allem im Notstand, es solle sogar überhaupt nur die Rede von ihr sein, wenn das Recht „sich gegen widerstrebende außerrechtliche Macht zu behaupten hat.“¹⁵ Auch andere nehmen an, dass Resilienz in enger Beziehung zu Krise und Katastrophe, Notfall und Notstand, Ausnahmefall und Ausnahmezustand steht und als übergreifende Chiffre für den Umgang mit Risiken, Gefährdungslagen und Ereignissen disruptiven Wandels dient.¹⁶

Resilientes Recht soll sich dabei im Ausnahmezustand, in Überschneidung mit der modernen Notstandstheorie, als „Intra-Legal-Approach“, von den herkömmlichen Notstandstheorien, dem „Extra-Legal-Approach“, unterscheiden.¹⁷ So hält wiederum *Isensee* die Resilienz des Rechts für *Carl Schmitts* Staatstheorie des Ausnahmezustandes für undenkbar, da diese „die Regeln des Verfassungsstaates von einem Standort begründet, der außerhalb der Rechtsordnung liegt in der Souveränität dessen, der über den Ausnahmezustand entscheidet, wer immer dieser sei: ein Staatsorgan oder eine außerstaatliche Macht.“ In *Schmitts* Staatstheorie sei für die Kategorie der Resilienz des Rechts daher kein Platz, „weil sich die Theorie nicht auf das positive Verfassungsrecht bezieht und weil sie nicht normativ, sondern deskriptiv ist.“¹⁸

Aber trifft diese Einschätzung tatsächlich zu? Oder handelt es sich um eine Wertung, die aus der positiven Konnotation der Resilienz gegenüber

im Text wird der Begriff dann aber nur im Zusammenhang mit der „Wehrhaftigkeit des Rechtsstaats“ genannt, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/Erlaeuterungspapier_Resilienz_Bundesverfassungsgsgericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 14.10.2025).

13 A. Sari, Legal Resilience: Just a Warm and Fuzzy Concept, in: M. Regan/A. Sari, Hybrid Threats and Grey Zone Conflict: The Challenge to Liberal Democracies, New York 2024, S. 533 (534).

14 J. Isensee, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: K. von Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts, Baden-Baden 2016, S. 33 (35).

15 Isensee, Resilienz (Fn. 14), S. 35.

16 T. Barczak, Der nervöse Staat, Tübingen 2020, S. 607 f.; Bröckling, Resilienz (Fn. 9).

17 S. Ries, Resilienz des Rechts – oder auch: von einem „resilienten Recht“ im Zeitalter der Unsicherheit, ZfU 4/2023, 577 (579).

18 Isensee, Resilienz (Fn. 14), S. 47.

dem eher Entrüstungsreflexe hervorruhenden Ausnahmezustand *Schmitts*¹⁹ folgt? Ist die „Resilienz des Rechtsstaats“ wirklich das Gegenteil von Schmitts Ausnahmezustand – oder lediglich dessen moderne Ausgestaltung zur Krisenbewältigung?

Dieser Frage soll, um dem Begriff der Resilienz im Recht insgesamt mehr Kontur zu verleihen, in diesem Beitrag weiter nachgegangen werden. Dafür wird zunächst die allgemeine Bedeutung der Resilienz dargestellt, bevor die rechtliche Resilienz untersucht wird. Hierbei soll zunächst geklärt werden, was genau „Resilienz im Recht“ bedeutet, um im Anschluss die Resilienz des Rechts im Ausnahmezustand darzustellen.

B. Begriffsannäherung

I. Resilienzbegriff im Allgemeinen

Der Begriff *Resilienz* geht etymologisch auf das lateinische *resilire* („zurückspringen, abprallen“) zurück und verweist bereits im Wortursprung auf eine Widerstandsfähigkeit gegenüber äußeren Einwirkungen durch Flexibilität und Anpassung.²⁰ Ursprünglich bezeichnete der Begriff die physikalische Fähigkeit eines Körpers, nach einer Verformung in den Ursprungszustand zurückzukehren. Heute findet der Begriff in unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen Anwendung, etwa im Ingenieurwesen, in der Energiewirtschaft, in der Ökologie oder in der Psychologie.²¹

Nach *Ries* lassen sich in den verschiedenen Disziplinen drei Dimensionen der Resilienz unterscheiden: Elastizität, Absorption und Allostase.²² Elastizität beschreibt insbesondere in der Materialforschung die Fähigkeit, nach einem disruptiven Ereignis in den Ausgangszustand zurückzukehren. So zum Beispiel bei einem Gummiball, der sich durch äußeren Druck zusammenzieht, um dann wieder in den ursprünglichen Zustand zurückzuspringen (sog. bounce-back-Effekt). Absorption bezeichnet etwa in der Ökologie die Fähigkeit, eine Einwirkung durch einen externen Schock zu tolerieren und so die Funktionsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Allostase ist

19 *Isensee*, Resilienz (Fn. 14), S. 47.

20 *Ries*, Resilienz (Fn. 17), 579.

21 *L. Thun-Hohenstein/K. Lampert/U. Altendorfer-Kling*, Resilienz – Geschichte, Modelle und Anwendung, *Zeitschrift für Psychodrama und Soziometrie* 2020, 7 (8).

22 *Ries*, Resilienz (Fn. 17), 579 ff.

hingegen die Fähigkeit sich dauerhaft an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen, um dadurch seinen Wesenskern aufrechtzuerhalten; diese Dimension der Resilienz wird insbesondere in der Medizin und Psychologie verwendet. Resilienz manifestiert sich dort demnach als eine Wiederherstellung normaler Befindlichkeit nach einem Schicksalsschlag (*bouncing back from adversity*).²³

Allen Dimensionen der Resilienz ist gemeinsam, dass sich ihr Bezugsobjekt zumindest zeitweise verändert. Resilienz lässt sich daher definieren als die Fähigkeit, eine äußere Disruption erfolgreich – also ohne bleibende Beeinträchtigung – durch Anpassung und Flexibilität zu bewältigen.²⁴ Damit unterscheidet sich Resilienz insbesondere vom bloßen starren Standhalten der Resistenz.²⁵ Klar ist aber auch: Aufgrund der vielfältigen und sich ständig ändernden unvorhersehbaren Bedrohungen, ist Resilienz kein abschließbarer Prozess: „[E]s gibt kein ganz und gar resilientes Selbst.“²⁶

II. Resilienzverständnis in der Rechtswissenschaft

Im Recht lassen sich zunächst zwei Perspektiven des Resilienzbegriffs unterscheiden: eine externe, bei der im Vordergrund steht, wie das Recht zur Steigerung der Resilienz anderer Bezugsobjekte (z. B. der Gesellschaft, der Wirtschaft oder der Umwelt) beitragen kann, und eine interne, die danach fragt, ob und unter welchen Umständen das Recht selbst resilient ist.²⁷

1. Bestehende Definitionsansätze

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird zumeist nicht zwischen diesen beiden Perspektiven unterschieden. Wenn von Resilienz die Rede ist, bezieht sich dies meist mit der internen Perspektive auf die Resilienz des Recht. Vielfach wird Resilienz in der Rechtswissenschaft aber nur undifferenziert mit „Widerstandsfähigkeit“ gleichgesetzt.²⁸ Soweit rechtswis-

23 Warner, Resilienz (Fn. 1).

24 Ries, Resilienz (Fn. 17), 581.

25 Ries, Resilienz (Fn. 17), 581. Zur Abgrenzung von Resistenz und Resilienz im rechtswissenschaftlichen Diskurs sogleich.

26 Bröckling, Resilienz (Fn. 9).

27 Ries, Resilienz (Fn. 17), 582; Dienelt, Resilienztheorie (Fn. 12), 569 f.

28 D. Riznik, Überlegungen zur Resilienz des Rechts, in: H. Pelizäus/L. Nieder (Hrsg.), Das Risiko – Gedanken übers und ins Ungewisse Interdisziplinäre Aushandlungen

senschaftliche Arbeiten Resilienz überhaupt näher definieren, dominiert ein weites Resilienzverständnis, das entgegen dem allgemeinen Begriffsverständnis (s.o.), auch Elemente der Resistenz enthält.²⁹ So verstehen *Isensee* und sich ihm anschließend *Barczak* unter Resilienz die Fähigkeit des Rechts, seinen Steuerungsanspruch gegen reale Widerstände durchzusetzen, sei es, dass es ihnen rigide, unnachgiebig und unverrückbar standhält, sei es, dass es sich elastisch anpasst und flexibel reagiert.³⁰ *Schaefer* sieht das Recht sogar nur im Maße seiner Beharrungsfähigkeit gegenüber Erosionsfaktoren als resilient an.³¹ *Botta* versteht unter Resilienz die Selbsterhaltungsfähigkeit eines Systems und stellt auf dessen Widerstandsfähigkeit ab: „Die Resilienz des freiheitlichen Verfassungsstaates bemisst sich folglich daran, wie widerstandsfähig er – d. h. insbesondere seine Rechtsordnung – gegenüber Krisen und Katastrophen (z. B. politischer oder wirtschaftlicher Natur) ist.“³² Für *Fahrner* enthält Resilienz nur „Komponenten der Elastizität“ und er versteht unter dem Begriff daneben vor allem die Widerstandskraft und die Regeneration von Beeinträchtigungen.³³ Ähnlich versteht *Jakab* unter „Resilienz einer Verfassung“, in Anlehnung an *Grabenwarter*³⁴, deren Fähigkeit, Angriffe auf ihre Kernelemente abzuwehren.³⁵

Der Resilienzbegriff hat in der Rechtswissenschaft, selbst wenn er definiert wird, also sehr unterschiedliche Bedeutungen. Überwiegend ist Resilienz aber ein weiter, funktionaler Begriff, der die Selbsterhaltungsfähigkeit der Rechtsordnung beschreibt – sowohl im Sinne einer Widerstandsfähigkeit, aber vor allem auch der Anpassungsfähigkeit. Resilienz im Recht

des Risikophänomens im Lichte der Reflexiven Moderne. Eine Festschrift für Wolfgang Bonß, Wiesbaden 2019, S. 249 m. w. N.

- 29 Ausnahmen bilden die Arbeiten von *Ries*, Resilienz (Fn. 17), 582; *Dienelt*, Resilienztheorie (Fn. 12) und *Riznik*, Resilienz des Rechts (Fn. 28), S. 243 ff. die sich vertieft mit dem Resilienzbegriff und seinen Bedeutungen auseinandersetzen.
- 30 *Isensee*, Resilienz (Fn. 14), S. 33; *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 612; ähnlich *Hilbert*, der als Resilienz die Fähigkeit des Rechts ansieht, seinen Geltungsanspruch und seine Regelungsziele gegen tatsächliche Widerstände zu behaupten, was im Einzelfall auch durch Anpassung oder Rückkehr zur alten Form zur langfristigen Sicherstellung der Erreichung des Regelungsziels erfolgen kann, *P. Hilbert*, Resilientes Klimarecht, EurUP 2022, 408 (409).
- 31 *J. P. Schaefer*, Resilienz der Verfassung, AöR 146 (2021), 401 (417).
- 32 *Botta*, Resilienz und Vulnerabilität (Fn. 1), 515 Fn. 1.
- 33 *Fahrner*, Vulnerabilität (Fn. 1), S. 20 f.
- 34 *C. Grabenwarter*, Constitutional Resilience, Verfassungsblog vom 6.12.2018.
- 35 *A. Jakab*, Die Resilienz einer Verfassung, in: C. Bäcker/M. Borowski/J.-R. Sieckmann (Hrsg.), Grundlagen der demokratischen Verfassung, Festschrift für Robert Alexy, Tübingen 2025, S. 347.

ist demnach die Fähigkeit einer Rechtsordnung, Störungen, Krisen oder äußeren Widerständen standzuhalten, sich anzupassen und sich von Beeinträchtigungen zu erholen, um ihre grundlegenden Strukturen, Funktionen und normativen Ansprüche aufrechtzuerhalten und in einen stabilen, wenn auch möglicherweise veränderten, Zustand zurückzukehren.³⁶ Barczak fasst dies wie folgt zusammen: „Die Gleichzeitigkeit von Rigidität und Flexibilität lässt sich mit dem [...] Begriff der Resilienz angemessen erfassen.“³⁷

2. Einordnung in die allgemeine Resilienzdiskussion

Damit unterscheidet sich das vorherrschende juristische Resilienzverständnis aber vom allgemeinen Begriffsverständnis in anderen wissenschaftlichen Disziplinen. Die „Gleichzeitigkeit von Rigidität und Flexibilität“ des rechtlichen Resilienzbegriffs führt zu begrifflichen Spannungen: Während Resilienz im allgemeinen Sprachgebrauch sich gerade durch Adaption auszeichnet,³⁸ und sich damit vom bloßen resistenten Standhalten unterscheidet, wird der Resilienzbegriff in der deutschen Rechtswissenschaft häufig in einem weiten Sinn gebraucht, der auch resistentes Recht und die Abwehr von Angriffen einschließt. Dies ist vor dem Hintergrund eines interdisziplinären Begriffs problematisch.

Überträgt man die allgemeine Bedeutung des Resilienzbegriffs auf das Recht, muss auch hier Resilienz mehr sein als ein bloßes Durchhalten bzw. Resistenz.³⁹ Resistentes Recht und resilientes Recht können nicht gleichgesetzt werden; eine Unterscheidung ist notwendig. Denn bereits etymologisch unterscheidet sich Resistenz – von lat. *resistere* („stehenbleiben, sich entgegenstellen, Widerstand leisten“) – grundlegend von Resilienz, die gerade eine Veränderung beinhaltet. Zwar können sowohl Resistenz als auch Resilienz Reaktionen auf äußere Disruptionen sein und damit unter

36 So auch das Ergebnis des „Resilio Monitors“ des Instituts für Europäische Politik: „Resilience of the rule of law means that the rule of law can experience hazardous events or incremental threats without losing its core function, structure and purpose. Sources of resilience lie not only in constitutional texts and institutions, but also in external social, political, cultural, economic circumstances“, M. Skóra, D. Nonhoff, Y. Albrecht, in: F. Tekin (Hrsg.), *Resilio Monitor, What makes the rule of law resilient? Evidence from EU27*, Full Report, S. 9.

37 Barczak, *Nervöser Staat* (Fn. 16), S. 606.

38 Ries, *Resilienz* (Fn. 17), 583.

39 Ries, *Resilienz* (Fn. 17), 583.

einen gemeinsamen Oberbegriff wie etwa Belastbarkeit oder Robustheit zusammengefasst werden. Dennoch ist auch in der Rechtswissenschaft die Unterscheidung zwischen Resistenz und Resilienz unerlässlich, um keinen begrifflichen Sonderweg zu beschreiten und interdisziplinär anschlussfähig zu bleiben. Zumindest sollte aber stets klargestellt werden, ob rechtliche Resilienz im weiten, auch Resistenz umfassenden, oder im engeren Sinne der Anpassung verstanden wird.⁴⁰

3. Rechtliche Resilienz und Prävention

Neben einer fehlenden, allgemeingültigen Definition für Resilienz im Recht ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch die Frage umstritten, inwiefern Resilienz präventive Maßnahmen umfasst. Während *Riznik* unter Resilienz nur Eigenschaften und Mechanismen versteht, die nach Eintritt eines schädigenden Ereignisses dessen potenziell zerstörerische, jedenfalls destabilisierende Auswirkungen auf das Gesamtsystem auffangen können,⁴¹ zählt *Barczak* auch die Fähigkeit der Stärkung der Abwehrkräfte, um sich gegenüber zukünftigen Bedrohungen zu immunisieren, zur Resilienz und erkennt daher auch explizit präventive, vorbereitende sowie vorsorgende Maßnahmen als Teil der rechtlichen Resilienz an.⁴²

Schaut man auf die allgemeine Bedeutung von Resilienz meint diese nicht die Verhinderung von Krisen- oder Katastrophenereignissen. Sie setzt also nicht (schon) an den Ursachen, sondern den bereits ausgelösten destabilisierenden Effekten an.⁴³ *Prävention* meint – im Unterschied zur *preparedness*, die bestenfalls den erwarteten Schaden in Grenzen halten soll⁴⁴ – eine Intervention, um den Eintritt von befürchteten Schäden zu verhindern. Resilienzförderung will dagegen heute dazu befähigen, die möglicherweise morgen eintretenden Schäden besser zu bewältigen.⁴⁵ Mittels Resilienzförderung sollen Systeme also in die Lage versetzt werden, sich

40 Vgl. *Riznik*, Resilienz des Rechts (Fn. 28), S. 245, 248 u. 249 f.

41 *Riznik*, Resilienz des Rechts (Fn. 28), S. 250.

42 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 610. Ähnlich auch *Jakab*, Resilienz einer Verfassung (Fn. 35), S. 347.

43 U. Bröckling, Dispositive der Vorbeugung, in: C. Daase/P. Offermann/V. Rauer (Hrsg.), Sicherheitskultur. Soziale und politische Praktiken der Gefahrenabwehr, Frankfurt a.M. 2012, S. 93 (103).

44 Bröckling, Vorbeugung (Fn. 43), S. 106.

45 U. Bröckling, Gute Hirten führen sanft, 1. Aufl., Berlin 2017, S. 115.

auf Gefährdungen einzustellen und dabei Distanz zu kritischen Kipppunkten zu wahren.⁴⁶

Prävention ist daher nicht mit Resilienz gleichzusetzen. Maßnahmen zur Förderung von Resilienz können zwar Ähnlichkeiten zu präventiven Maßnahmen aufweisen.⁴⁷ Resilienz selbst kann sich aber erst im Zeitpunkt des Schadenseintritts zeigen.⁴⁸

III. Resilienz als legaldefinierter Rechtsbegriff

Völlig losgelöst von diesen theoretischen Versuchen der Begriffsfindung findet der Resilienzbegriff – in seiner Ausprägung als externer Resilienz – nunmehr auch Einzug in die nationale Gesetzgebung.⁴⁹ Dabei zeigt sich wiederum das sehr weite Begriffsverständnis der Rechtswissenschaft. Als Rechtsbegriff ist Resilienz aktuell im Regierungsentwurf eines Dachgesetzes zur Stärkung der physischen Resilienz kritischer Anlagen (KRITIS-DachG-RegE) vorgesehen.⁵⁰ Dieses dient der Umsetzung der Richtlinie

46 Bröckling, Resilienz (Fn. 9).

47 So auch B. Frevel, Stichwort „Verletzlichkeit“ in: M. Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. München 2018, Abschn. 3: „Resilienz (Widerstandsfähigkeit) und Copingfähigkeit (Bewältigungskompetenz) stellen Gegenpole der V. dar. Die Förderung dieser Bereiche trägt zur Minderung der V. bei und ist somit ein zentrales Element der Sicherheitsarbeit für verletzte Menschen und Gruppen.“ Resilienz ist also ein zentrales Element der Sicherheitsarbeit und kann durch Dritte von außen gestärkt werden; die Maßnahmen, die zur Stärkung beitragen, sind aber nicht selbst Teil der Resilienz der vulnerablen Person.

48 Insofern erscheint auch die Gleichsetzung von Resilienz mit Loewensteins Konzept der Wehrhaften Demokratie, die insbesondere auf Prävention setzt, als verfehlt (zum Konzept der Wehrhaften Demokratie im Grundgesetz insbes. A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 161). So aber bspw. Schaefer, Resilienz (Fn. 31), S. 420. Auch im politischen Diskurs werden die Begriffe „Resilienz“ und „Wehrhafte Demokratie“ z.T. gleichgesetzt, s. dazu schon Fn. 12.

49 Im EU-Recht findet sich der Begriff „Resilienz“ auch im Zusammenhang mit der Cybersicherheit, etwa im sog. Cyber Resilience Act, das heißt der Verordnung (EU) 2024/2847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen (ABl. L v. 20.11.2024), wobei es hier ebenfalls an einer Begriffsbestimmung fehlt. Ausführlich zum Cyber Resilience Act s. Wiebe (Hrsg.), Das neue Recht der Cyberresilienz, Baden-Baden 2025.

50 S. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2022/2557 und zur Stärkung der Resilienz kritischer Anlagen, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/kabin>

(EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen. Ziel der Richtlinie ist es, einheitliche Mindestverpflichtungen für kritische Einrichtungen festzulegen und deren Umsetzung durch kohärente, gezielte Unterstützungs- und Aufsichtsmaßnahmen zu garantieren. Nach der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs soll diese Richtlinie einen übergreifenden Rahmen („Dach“) schaffen, der im Sinne des All-Gefahren-Ansatzes Naturgefahren oder vom Menschen verursachte, unbeabsichtigte oder vorsätzliche Gefährdungen berücksichtigt, um die Resilienz dieser kritischen Einrichtungen, die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes von entscheidender Bedeutung sind, zu stärken.⁵¹ Im KRITISDachG-RegE wird in weitgehender Umsetzung der Legaldefinition der Richtlinie, unter „Resilienz“ gem. § 2 Nr. 5 die Fähigkeit einer kritischen Anlage verstanden, einen Vorfall zu verhindern, sich vor einem Vorfall zu schützen, einen Vorfall abzuwehren, auf einen Vorfall zu reagieren, die Folgen eines Vorfalls zu begrenzen, einen Vorfall aufzufangen und zu bewältigen und sich von einem Vorfall zu erholen.⁵²

Damit umfasst Resilienz im KRITISDachG-RegE sowohl präventive Maßnahmen, die sich auf die Verhinderung einer äußeren Einwirkung erstrecken als auch resistente Maßnahmen sowie resiliente Maßnahmen i. e. S. Im Kern geht es aber um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit kritischer Infrastruktur, sodass der Resilienzbegriff, der gerade Anpassung beinhaltet, unpassend erscheint. Ein solches Resilienzverständnis legt den Wunsch nahe, man könne alle Einflüsse abwehren beziehungsweise sich vor möglichen Schadwirkungen dauerhaft schützen und immunisieren, was aber nicht Wesensmerkmal von Resilienz ist.⁵³ Die Unschärfe des Begriffs zeigt sich beispielsweise auch an § 13 KRITISDachG-RegE. Danach ist der Betreiber kritischer Anlagen verpflichtet Maßnahmen zur Gewährleistung seiner Resilienz zu treffen, um das Auftreten von Vorfällen zu verhindern, einen angemessenen physischen Schutz von Liegenschaften und kritischen Anlagen zu gewährleisten, auf Vorfälle zu reagieren, sie abzuwehren und die negativen Auswirkungen solcher Vorfälle zu begrenzen und nach Vorfäl-

ettsfassung/KM4/reg-kritis-dachgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 14.10.2025).

51 KRITISDachG-RegE (Fn. 50), S. 1.

52 KRITISDachG-RegE (Fn. 50), S. 6.

53 Vgl. auch M. Hanisch, Was ist Resilienz? Unschärfen eines Schlüsselbegriffs, in: Bundesakademie für Sicherheitspolitik (Hrsg.), Arbeitspapier Sicherheitspolitik Nr. 19/2016, S. 1 (4).

len die zügige Wiederherstellung der kritischen Dienstleistung zu gewährleisten.⁵⁴ Diese Betreiberpflichten sind alle bereits Teil der Resilienzdefinition des KRITISDachG-RegE, sodass die doppelte Regelung überflüssig erscheint. Der Zweck und das zu seiner Erreichung vorgegebene Mittel werden gleichgesetzt. Ausreichend wäre entweder gewesen, der eigenen Resilienzdefinition treu zu bleiben und den Betreiber nur zu Maßnahmen zur Gewährleistung der Resilienz zu verpflichten oder den Resilienzbegriff nicht zu nutzen und dem Betreiber lediglich die in § 13 Abs.1 Nr.1–4 KRITISDachG-RegE genannten Maßnahmen aufzuerlegen.

IV. Zusammenfassung

Der Begriff Resilienz beschreibt allgemein die Fähigkeit eines Systems, äußere Störungen durch Anpassung und Regeneration zu bewältigen, ohne seine grundlegende Funktionsfähigkeit zu verlieren. In der Rechtswissenschaft wird der Begriff bislang dagegen weit verstanden und häufig mit Resistenz vermischt, was zu begrifflichen Unschärfen führt. Die aktuelle Gesetzgebung im KRITISDachG-RegE zeigt die Bedeutung der Resilienz, zugleich aber auch Probleme der begrifflichen Überdehnung, die redundante Regelungen zur Folge hat.

C. Ausnahmezustand und Resilienz

Wie bereits zu Beginn erwähnt, ist von Resilienz im Allgemeinen und Resilienz im Recht im Besonderen meist im Zusammenhang mit Krisen, Notfällen und dem Ausnahmezustand die Rede. Um den Resilienzbegriff besser zu verstehen, soll im Folgenden die Resilienz des Rechts (im engeren Sinne) im Ausnahmezustand näher beleuchtet werden. Dabei stehen also die Elastizitätsmechanismen der Resilienz bzw. deren Flexibilität im Vordergrund, also die Frage, wie das Recht mit Störfällen umgeht, um dann wieder in seinen Ausgangszustand zurückzukehren. Zunächst soll das Recht des Ausnahmezustands knapp skizziert werden, um dann zu untersuchen wie der Resilienzbegriff sich hierzu verhält.

54 KRITISDachG-RegE (Fn. 50), S. 18.

I. Recht des Ausnahmezustands

Beim Recht des Ausnahmezustands können nach *Barczak* im Wesentlichen zwei Ansätze unterschieden werden: Der sog. extra-legal-approach und der sog. intra-legal-approach.⁵⁵

1. Extra-legal-approach

Der extra-legal-approach geht insbesondere davon aus, dass Rechtsnormen allein im Normalfall zur Anwendung gelangen können und der Rechtsstaat ein Prinzip für den Normalzustand ist, sodass ein positives, vom zuständigen Organ gesetztes Recht des Ausnahmezustands außerhalb des Vorstellbaren liegt.⁵⁶ Der echte, ernste, Ausnahmefall kann danach von Verfassungsstaaten, die auf der grundsätzlichen Unverbrüchlichkeit ihrer Verfassung beruhen, gar nicht geregelt werden; diese können nur formelle (Not-)Lösungen normieren.⁵⁷ Letztlich führt dieses außerrechtliche Verständnis des Ausnahmezustandes zwingend zur Anerkennung eines übergesetzlichen bzw. ungeschriebenen Staatsnotrechts, das ein natürliches Recht des Staates darstellt.⁵⁸

Seine theoretische Grundlage findet dieser außerrechtliche Ansatz unter anderem bei *Carl Schmitt* in dessen Politischer Theologie.⁵⁹ *Schmitt* – nach *Loewenstein* „the leading authority on authoritarian government and totalitarianism“⁶⁰ – entwickelte in der Weimarer Republik seine Theorie des Ausnahmezustandes. Er gilt als Kronjurist des Dritten Reiches und skrupel-

55 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 149 ff. Ähnlich auch *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 85 ff.

56 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 155.

57 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 168.

58 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 168 f. Zum ungeschriebenen Staatsnotrecht ausführlich u.a.: *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 331 ff.

59 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 149; *Kaiser* spricht auch von einer „Pseudoinklusion“ bei *Schmitt*, s. *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 105 ff. Eng verbunden ist die von einem machtpolitischen Verständnis geprägte Theorie des Ausnahmezustands bei *Schmitt* mit dessen Souveränitätskonzept („Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“), *C. Schmitt*, Politische Theologie, 10. Aufl., Berlin 2015, S. 13; vgl. dazu näher *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 106 f. sowie *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 149, 151 u. 156.

60 *A. Sitze*, Carl Schmitt: An Improper Name, in: *C. Galli/A. Sitze* [Ed.], *Janus's Gaze: Essays on Carl Schmitt*, New York 2015, S. XI (XIV).

loser Karrierist.⁶¹ Obwohl er auch an Staatsnotstandsplänen zur Rettung der Weimarer Republik beteiligt wurde, rechtfertigte er die „Röhm-Morde“ in seinem Aufsatz „Der Führer schützt das Recht“ vom 1. August 1934.⁶² *Schmitt* fand im Jahr 1915 mit der Diktatur sein verfassungspolitisches Lebensthema und entwickelte daran anschließend seine – umstrittene – Theorie des Ausnahmezustandes bzw. der Souveränität.⁶³ Er geht insbesondere davon aus, dass das liberale System der Gewaltenteilung überholt ist und die Exekutive ein Recht auf außerordentliche Maßnahmen beanspruchen können muss.⁶⁴ Im Ausnahmezustand unterscheidet *Schmitt* zwischen der kommissarischen und der souveränen Diktatur. Die kommissarische Diktatur hat die Funktion, einen Zustand zu schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann. Der kommissarische Diktator setzt dazu die Verfassung zeitweise außer Kraft, um ihren Bestand zu schützen.⁶⁵ In der souveränen Diktatur wird dagegen eine neue Ordnung, ein anderes politisches System geschaffen; die alte Ordnung geht unter.⁶⁶

2. Intra-legal-approach

Neben dem extra-legal-approach findet sich mit dem intra-legal-approach der entgegengesetzte Ansatz, wonach der Ausnahmezustand ein in das Recht integriertes, normatives Institut ist.⁶⁷ Der außerrechtliche Ausnahmezustand hat nach diesem Ansatz im Rechts- und Verfassungsstaat keinen Platz, da der Staat nach Art. 1 Abs. 3 GG auch in den Grenzfällen und nicht nur im Normalfall grundrechtlich gebunden ist.⁶⁸ Allerdings unterfällt der intra-legal-approach wiederum in zwei Lager.

61 M. Reitz, Macht und Recht – Versuch über das Denken Carl Schmitts, Beitrag v. 24.02.2019, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/macht-und-recht-versuch-ueber-das-denken-carl-schmitts-100.html> (zuletzt abgerufen am 14.10.205).

62 C. Schmitt, Der Führer schützt das Recht, DJZ 39 (1934), 945.

63 R. Mehring, Das Leben als Ausnahmezustand, in: R. Voigt (Hrsg.), Ausnahmezustand, Baden-Baden 2019, S. 155 (162).

64 Mehring, Leben als Ausnahmezustand (Fn. 63), S. 162.

65 R. Voigt, Ausnahmezustand, in: ders. (Hrsg.), Ausnahmezustand (Fn. 62), S. 89 (92); s. a. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 109.

66 Voigt, Ausnahmezustand (Fn. 65), S. 92 f.

67 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 149.

68 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 170.

a) Monistische Konzeption

Nach dem monistischen Modell („*business as usual*“⁶⁹) stehen dem Staat auch in der Ausnahme keine besonderen Befugnisse zur Verfügung, sondern der Ausnahmezustand muss mit den Mitteln des Normalzustandes gelöst werden.⁷⁰ Auch das Grundgesetz kann als monistisches Modell verstanden werden, da es zwar Notstandsverfassungsrecht kennt (insbes. Art. 35, 80a, 81, 91, 115a–l GG), diese Normen aber keine materiellen Sonder- und Ausnahmebefugnisse enthalten, sondern nur formelle Regelungen.⁷¹ So geht das Bundesverfassungsgericht auch davon aus, dass die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes mit Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) und Vereins- sowie Parteiverboten (Art. 9 Abs. 2 bzw. Art. 21 Abs. 2 GG), auf einen extrakonstitutionellen Ausnahmezustand nicht mehr angewiesen ist.⁷² *Kaiser* zählt die Regelungen der wehrhaften Demokratie dann auch zum Ausnahmeverfassungsrecht des Grundgesetzes.⁷³

Dem monistischen Ansatz wird vorgeworfen den Ausnahmezustand zu verdrängen und die krisenhafte Entscheidung der Zufälligkeit einer individuellen Gewissensentscheidung zu überantworten.⁷⁴ So gehen Vertreter dieses Ansatzes davon aus, dass im Falle eines extremen Ausnahmefalls „von entschlossenen Männern und Frauen alle nötigen Maßnahmen ergriffen werden [würden], um die Gefahren abzuwehren“⁷⁵, oder anders gewendet: Der Einzelne muss die rettende Tat vollbringen.⁷⁶

69 O. Gross, *Chaos and Rules*, Yale Law Journal 112 (2003), 1011 (1042 ff.).

70 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 173.

71 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 173; a. A. *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 185.

72 Vgl. BVerfGE 107, 339 (386); siehe hierzu auch *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 175 f. m. w. N.

73 *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 154, wobei dies wohl überwiegend abgelehnt wird, vgl. insbesondere K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, München 1980, § 52 III 3, S. 1319.

74 *Barczak*, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 177 ff.

75 So *Hilgendorf*, allerdings bezogen auf den Regelungsbedarf für strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, E. *Hilgendorf*, *Tragische Fälle*, in: U. Blaschke/A. Förster/S. Lupp/J. Schmidt (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit*, Berlin 2005, S. 107 (131).

76 *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (Fn. 48), S. 359.

b) Dualistische Konzeption

Aus dieser Kritik folgt dann die dualistische Konzeption („*models of accommodation*“⁷⁷), dass die Normierung expliziter Ausnahmbefugnisse zwingend erforderlich ist.⁷⁸ Danach muss das Recht den Ausnahmezustand regelnd erfassen und eine demokratisch legitimierte Entscheidung über Kompetenzen, Verfahren und Befugnisse im Krisenfall treffen. Ein Rechtssystem könne nicht nur den Normalfall regeln, da Ausnahmesituationen ebenso regelungsbedürftig seien, um ein funktionierendes System aufzubauen und zu erhalten; zudem sei den möglichen handlungsfähigen Kräften nicht zuzumuten, sich möglicherweise im Nachhinein wegen widerrechtlicher Maßnahmen verantworten zu müssen.⁷⁹

Der Ausnahmezustand ist nach der dualistischen Konzeption also ein Rechtszustand, in dem mittels eines Tatbestands-Rechtsfolgen-Regimes reagiert werden kann.⁸⁰ Dieses enthält keine extra-legalen Befugnisse zur Suspendierung der geltenden Ordnung, sondern „normativ integrierte Regelungen für Sonderfälle, die sich durch bestimmte übereinstimmende Strukturmerkmale auszeichnen, welche sie von Befugnisnormen der Normalrechtsordnung abgrenzen“.⁸¹

II. Resilienz des Rechts im Ausnahmezustand

Wie zeigt sich nun die Resilienz des Rechts im Ausnahmezustand? Für *Isensee* sollte von Resilienz sowieso nur in einem Ausnahmefall die Rede sein. Resilientes Recht bestehe dann, wenn das Gesetz elastisch reagiert und sich soweit notwendig anpasst.⁸²

Festzuhalten ist zunächst, dass der Begriff der (rechtlichen) Resilienz auf das dargestellte Phänomen des Ausnahmezustands passt: Das Recht wird sich zwangsläufig auf einen Ausnahmezustand reagieren und sich verändern und eine Rückkehr zum heute bestehenden Rechtssystem ist

77 Gross, Chaos and Rules (Fn. 69), 1058.

78 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 180.

79 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 182 f.

80 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 207.

81 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 208.

82 Isensee, Resilienz (Fn. 14), S. 45.

anzustreben.⁸³ Dieser „bounce-back-Effekt“ ist das Kernelement von Resilienz.

Ries sieht daher eine Überschneidung des Resilienzdenkens mit dem intra-legal-approach.⁸⁴ Auch für Barczak ist Resilienz das Potential, nach einer Störung (Ausnahmезustand) den Alltag (Normalzustand) zu retablieren, zwar oftmals in veränderter Form, aber ohne einen Regimewechsel zu vollziehen, d. h. unter Aufrechterhaltung der grundlegenden Strukturen und Funktionen des Systems.⁸⁵ Nimmt man an, dass Resilienz des Rechts in einem Ausnahmезustand die Aufrechterhaltung der grundlegenden Strukturen und Funktionen des Systems umfasst, gibt es tatsächlich Überschneidungen zum intra-legal-approach. Resilienz bedeutet in diesem Fall eine vorübergehende Anpassung durch die vorübergehende Geltung von Ausnahmeregelungen, also ohne Umgehung der Rechtsordnung. Es handelt sich insoweit auch um Resilienz und nicht bloße Resistenz des Rechts, da die Ausnahmeregelungen zwar bereits vorher bestehen, aber tatsächlich erst bei Eintritt der (Tatbestands-)Voraussetzungen eine Anpassung des Rechts erfolgt und das Recht nicht einfach nur „starr“ bleibt.

Insoweit stimmt der positiv konnotierte Resilienzbegriff dann auch auf den ersten Blick mit der aus rechtstaatlicher Sicht vorzugswürdigen Ablehnung eines außerrechtlichen Ausnahmезustands überein. Ein Mehr an Resilienz im Ausnahmезustand ist also auch ein Mehr an Rechtstaatlichkeit.

Der Resilienzbegriff ermöglicht aber auch die Argumentation in die entgegengesetzte Richtung. Führt ein weniger an rechtlicher Normierung nicht zu mehr Resilienz des Rechts?⁸⁶ Ist der übergesetzliche Staatsnotstand, der extra-legal-approach, nicht viel resilienter, da er umfassendere Maßnahmen, ohne die Gefahr der Widerrechtlichkeit, ermöglicht? Denn: Resilienz an sich bedeutet die bloße Anpassungsfähigkeit und die anschließende Rückkehr in den Normalzustand. Das wäre auch mit Schmitts kommissarischer Diktatur zu erreichen, die umfassende Maßnahmen des Diktators ermöglicht. Nach dessen Vorstellung hebt die kommissarische Diktatur die Verfassung in concreto auf, um dieselbe Verfassung in ihrem konkreten Bestand zu schützen.⁸⁷ Somit soll die Verfassung gegen einen Angriff, der

83 Anders aber Riznik, Resilienz des Rechts (Fn. 28), S. 249 f.

84 Ries, Resilienz (Fn. 17), 584.

85 Barczak, Nervöser Staat (Fn. 16), S. 609.

86 Riznik, Resilienz des Rechts (Fn. 28), S. 251.

87 C. Schmitt, Die Diktatur, 9. Aufl., Berlin 2023, S. 133.

diese Verfassung aufzuheben droht, geschützt werden.⁸⁸ Die Verfassung bleibt aber weiter in Geltung, sie wird nur als „konkrete Ausnahme“⁸⁹ suspendiert. Nach der Abwehr des Angriffs, für den die Verfassung suspendiert wurde, gelangt die Verfassung wieder zu ihrer vollen Wirkung.⁹⁰ Das ist aber gerade eine resiliente Reaktion! Dass bei einer solchen die grundlegenden Strukturen aufrechterhalten werden müssen, ist nicht zwingend; sie müssen nur danach wieder eingesetzt werden, da Resilienz immer auch die alsbaldige Rückkehr in den Normalzustand bedeutet. So verstanden kann rechtliche Resilienz im engeren Sinne daher auch mit einer kommissarischen Diktatur, also einem extra-legal-approach erreicht werden. Ein Mehr an Resilienz muss also nicht ein Mehr an Rechtsstaatlichkeit zur Folge haben.

III. Fazit

Der Begriff der rechtlichen Resilienz, der heute meist in der juristischen Literatur in einem weiten Sinne verwendet wird und auch „Resistenz“ beinhaltet, ist aufgrund dieses weiten Verständnisses interdisziplinär wohl schwer anschlussfähig. Besonders im KRITISDachG-RegE zeigt sich, dass unterschiedlichste Maßnahmen unter der Resilienz zusammengefasst werden. Zudem lässt sich vieles, was unter „Resilienz“ firmiert, bereits besser mit „Widerstandsfähigkeit“ beschreiben; ein Begriff, der ohne weiteres auch Resistenz beinhalten kann. Insofern liefert der Resilienzbegriff im Recht wenig methodischen Mehrwert.⁹¹ Wenn der Resilienzbegriff genutzt werden soll, muss aber zumindest immer deutlich werden, was unter Resilienz verstanden wird: Resistenz (Resilienz i. w. S.) oder Anpassung (Resilienz i. e. S.).

Daneben ist der Begriff der Resilienz – so positiv er aktuell besetzt ist – wertneutral und nicht gleichbedeutend mit Rechtsstaatlichkeit. Durch die Weitläufigkeit des Begriffsverständnisses lassen sich unterschiedlichste Maßnahmen als resilient verstehen, sodass die konkrete Maßnahme der Resilienz unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch sein kann.

88 Schmitt, Diktatur (Fn. 87), S. 133.

89 Schmitt, Diktatur (Fn. 87), S. 134.

90 Schmitt, Diktatur (Fn. 87), S. 134.

91 Ebenso wenig sollte der Resilienzbegriff, wie teilweise im politischen Diskurs, ohne weiteres auf bestehende Konzepte (etwa die Wehrhafte Demokratie) übertragen werden, vgl. dazu Fn. 12 u. 48.

Im Recht des Ausnahmezustandes kann eine kommissarische Diktatur im Sinne *Carl Schmitts* ebenso „resilient“ sein wie ein intra-legal-approach.

„Homogenität“ reloaded: Zur Aufladung des Rechts mit pseudojuristischer Programmatik

Victoria Kautzner*

Die Staatsangehörigkeit ist „Produkt der Rechtsordnung“. Das sie bestimmende Recht erschafft und verwirft seine Kriterien und Kategorien frei. Gleichwohl treten neben die individuelle Zugehörigkeit immer wieder paradigmatische Vorstellungen dessen, was das Staatsvolk als „Summe aller Staatsbürger“ jenseits dieser Zuordnung zusammenhält. So konstatierte das Bundesverfassungsgericht eine „relative Homogenität“ des Staatsvolks. In das Staatsangehörigkeitsrecht wirkt die Vorstellung der Homogenität sodann an den Grenzen seiner Eindeutigkeit hinein, beispielhaft bei der Ausgestaltung von Ein- und Ausbürgerungen.

Welches Verständnis von individueller Zugehörigkeit liegt der Konstruktion eines „relativ homogenen“ Staatsvolks zugrunde und inwieweit beeinflusst dies die Vorstellung von demokratischer Repräsentation? Um die rechtliche (Steuerungs-)Funktion der bisweilen paradigmatischen Homogenitätsanforderung bei der Ausgestaltung der Staatsangehörigkeit zu ergründen, wird anhand der (auch in den kolonialen Raum reichenden) Genese des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts betrachtet, in welchem Verhältnis individuelle Zugehörigkeit und die Konstitution des Personenverbandes unter dem Gesichtspunkt des beschriebenen Spannungsfeldes stehen.

Inhaltsverzeichnis

I. Die Homogenität als Kriterium der Staatsrechtslehre	176
II. Der (unterstellte) Konnex von Staatsangehörigkeit und Homogenität	179
III. Zum Funktionieren von Homogenitätsvorstellungen und der Funktion der Staatsangehörigkeit	182
IV. „Die es nirgends ist noch war“: Homogenität versus Realität	187

* Victoria Kautzner forscht im Rahmen ihres Promotionsprojektes zum Einfluss des Kolonialismus auf die Entwicklung des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts.

I. Die Homogenität als Kriterium der Staatsrechtslehre

In seinem viel rezipierten Maastricht-Urteil befand das Bundesverfassungsgericht das Staatsvolk für „relativ homogen“¹ konkreter: geistig, sozial und politisch verbunden. Mit *Heller* als „ideologisch unverdächtige[m] Staatstheoretiker“² im Gepäck³ verwandelten die Richter des zweiten Senats den demokratischen Prozess in den rechtlichen Ausdruck sozialer Angeglihenheit und das nationale Parlament in die Repräsentanten einer sozial angeglichenen Gruppe.⁴ Geöffnet war die Weimarer Version der Büchse der Pandora.⁵ Darin befindlich: das Homogenitätsparadigma.⁶

Nun ist es seinen Weimarer Ursprüngen geschuldet, dass eine Begrenzung dieses Postulats auf die Vorstellungen *Hellers* („soziale Homogenität“) zu kurz greifen würde. Anders gewendet, hinter dem Verweis des Gerichts auf das herangezogene Verständnis verbergen sich weitere,⁷ weniger „ideologisch unverdächtige“ und möglicherweise gerade deshalb omittierte Ideen der Homogenität.⁸ Weder überraschend noch vermeidbar erscheint hier *Carl Schmitt* als geistiger Schöpfer einer im Gegensatz zu *Heller*

1 BVerfGE 89, 155 (186).

2 O. Lepsius, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: C. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 354 (369).

3 Entsprechend des Verweises im Urteil auf *H. Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Bd., Tübingen 1992, S. 421 (427).

4 Vgl. *Heller*, Demokratie (Fn. 3), S. 421 (427 f).

5 Dazu R. C. van Ooyen, Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert *Heller*, meint *Schmitt* und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, in: M. Llanqué (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden 2010, S. 233 (261); J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 1996, 91 (96).

6 Sowohl die Annahmen des BVerfG im Maastricht-Urteil als auch später im Lissabon-Urteil lösten eine Flut an Einordnungen aus. Siehe exemplarisch A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin 2022, S. 222; G. Britz, Vom kulturellen Vorbehalt zum Kulturvorbehalt in der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratietheorie des Lissabon-Urteils?, EuR 2010, Beiheft 1, 151.

7 So auch *Weiler*, Staat (Fn. 5), 96, wonach „eher Isensee, Lepsius oder gar *Schmitt* hätten zitiert werden sollen“.

8 *Weiler*, Staat, (Fn. 5), 91, sieht die Berufung auf *Heller* so als „Camouflage“ für die Vorstellung eines „ethno-kulturell homogenen Volkes“. Ähnlich R. Grawert, Deutsche und Ausländer: Das Staatsangehörigkeits-, Ausländer- und Asylrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: H. Dreier/P. Badura (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, S. 319 (326).

„nationalen“ Homogenitätsvorstellung, die als eine von zwei notwendigen Voraussetzungen seines Demokratie Modells auftritt.⁹ Die zweite dieser Voraussetzungen bildet in Schmittscher Manier die Vernichtung des Heterogenen.¹⁰ Dergestalt erscheinen als „Lösungsmöglichkeiten“ für jenen Mangel an nationaler Homogenität die erzwungene Assimilierung, alternativ die Aussiedlung.¹¹ Mit der „nationalen Gleichartigkeit seiner Bürger“¹² als zwin- gender Voraussetzung von Schmitts Demokratie Modell gilt für die demo- kratische Gleichheit von „Substanz oder Wert“, worin dieser Wert auch liegen mag: „wer nicht Staatsangehöriger ist, kommt für diese demokrati- sche Gleichheit nicht in Betracht“.¹³ Anknüpfungspunkt für den Grad des Vorhandenseins von Homogenität ist somit das individuelle Mitglied des zur Homogenitätsüberprüfung ausgesetzten (Staats-/)Volks.

Was in Weimar passiert, bleibt aber nicht in Weimar. Es bahnt sich seinen Weg durch die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre¹⁴ und hält schließlich Einzug in Karlsruhe. Also zurück zum Bundesverfassungs- gericht. Wenngleich im Maastricht-Urteil die europäische Integration ge- genständlich ist, angesichts derer die Heranziehung einer vermeintlichen nationalen Gemeinschaftseigenschaft jedenfalls als Begründungshilfe im Kontext der Übertragung mitgliedstaatlicher Hoheitsrechte einigermaßen plausibel erscheint, so entwickelt die verfassungsgerichtliche Vorstellung *relativer* Homogenität augenblicklich auch Ausstrahlungskraft in die inner- staatliche Demokratie.

Was in der Rechtsprechung des Gerichts zum Wahlrecht von Nicht- Staatsangehörigen noch vage anklang,¹⁵ fand im Maastricht-Urteil mit der

9 C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus [1923], Berlin 2017, S. 14.

10 Zu dieser Beseitigung als vermeintlichem Ausdruck der politischen Kraft einer De- mokratie, Schmitt, Geistesgeschichtliche Lage (Fn. 9) S. 14; Schmitt, Verfassungslehre [1928], Berlin 2017, S. 231.

11 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 10), S. 231 f.

12 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 10), S. 231.

13 Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 10), S. 227.

14 So exemplarisch E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staats- theorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M. 2021; J. Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat – Wechselseitige Bedingtheit, in: R. Stober (Hrsg.), Recht und Recht. FS für Gerd Roellecke, Stuttgart 1997; außerdem, wenn auch weniger zentral, J. Isensee, Die Rationalität des Staates und die Irrationalität des Menschen: Prämissen der Demokratie, AÖR 2015, 169 (195).

15 Das „Volk als eine zur Einheit verbundene [...] Gruppe von Menschen“, BVerfGE 83, 37 (51); BVerfGE 83, 60.

Annahme der demokratischen Gelingensbedingung eines „relativ homogenen“ Staatsvolks seinen expliziten Niederschlag. Welcher Gehalt wohnt dem Postulat relativer Homogenität also inne? Beschrieben wird sie uneinheitlich, auch ihre Anknüpfungspunkte sind unklar. Mal handelt es sich um eine „Vorsichtsformel“,¹⁶ mal um eine imaginierte Idealvorstellung einer „präexistenten lebensweltlich kulturellen Verankerung“,¹⁷ mal um einen sozialpsychologischen Zustand,¹⁸ oder aber um einen nicht-normativen Integrationsmechanismus.¹⁹ Worum es sich nicht handelt, ist eine schlichte Zustandsbeschreibung. Mit *Böckenförde* können Anknüpfungspunkte relativer Homogenität sodann in einer „*ethnisch-kulturelle[n] Eigenart oder einem mental verfestigten kulturellen Erbe, in gemeinsam durchlebter politischer Geschichte, in gemeinsamer Religion, gemeinsamem nationalen Bekenntnis u.ä.*“ liegen.²⁰

Schließlich konstatierte schon *Heller*: „Wodurch dieses Wirbewußtsein erzeugt und zerstört wird, läßt sich nicht allgemeingültig sagen.“²¹ Ungeachtet dessen, welcher ideengeschichtlichen Auffassung schließlich Folge geleistet wird, läßt sich folgende Bilanz ziehen: Als Topos ist die Homogenität jedenfalls umstritten,²² als Demokratievoraussetzung sind ihre Maßstäbe unklar, als Charakteristikum des Staatsvolks ist sie untauglich. Dennoch bleibt sie der Staatsrechtslehre als ihr ewig hinaufzuwühlender Fels erhalten.²³

16 R. Grawert, Homogenität, Identität, Souveränität: Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik, *Der Staat* 2012, 189 (194).

17 M. Kottmann/C. Wohlfahrt, Der gespaltene Wächter, *ZaöRV* 2009, 443 (447), mit Verweis auf U. di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes: Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung, *Der Staat* 1993, 191 (203).

18 E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, Heidelberg 2003, Rn. 63, S. 473.

19 S. Korioth, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 2003, S. 117 (131).

20 Böckenförde, Demokratie (Fn. 18), S. 474 (Hervorhebung nur hier).

21 Heller, Demokratie (Fn. 3), S. 421 (428).

22 Exemplarisch F. Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Heidelberg 2008.

23 Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Auseinandersetzung auch in jüngsten Veröffentlichungen, so zum Beispiel U. Volkmann, Volk revisited, oder: Wer oder was trägt die Demokratie, Tübingen 2025, S. 24 f.

II. Der (unterstellte) Konnex von Staatsangehörigkeit und Homogenität

Besondere Bedeutung erlangt das Homogenitätsparadigma also hinsichtlich der Ausgestaltung individueller Zugehörigkeit. Wie die Homogenität „Konstrukt“,²⁴ so ist die Staatsangehörigkeit „Produkt“ der Rechtsordnung.²⁵ Sie ist in Art. 116 GG verfassungsrechtlich verankert und in Gänze im Staatsangehörigkeitsgesetz einfachgesetzlich ausgestaltet. Als jenes „Produkt“ der Rechtsordnung erschafft und verwirft ebenjene die Kriterien und Kategorien der Staatsangehörigkeit frei.²⁶ Im historischen Kontext des Grundgesetzes entspricht die Staatsangehörigkeit dem Anspruch des liberalen Verfassungsstaates, seine Staatlichkeit am Individuum auszurichten.

Als Konnex zwischen Individuum und Staat dient die Staatsangehörigkeit der Sicherung staatsbürgerlicher Mitgliedschaftsrechte, als Voraussetzung der Staatsbürgerschaft ermöglicht sie die rechtliche Form der Begründungsfigur liberaler Ordnung. Das Subjekt erhält durch seine Angehörigkeit zum Staat den Zugang zu Durchsetzungsinstrumenten rechtlicher Gleichheit und Freiheit,²⁷ also: sein Bündel staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten.²⁸ Hinsichtlich innerstaatlicher Rechtspositionen betrifft dies insbesondere die politischen Mitwirkungsrechte des *status activus*.²⁹

24 Grawert, Homogenität (Fn. 16), 190.

25 R. Herzog, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: W. Fürst/R. Herzog/D. Umbach (Hrsg.), FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1415 (1417).

26 BVerfGE 83, 37 (52).

27 Dazu schon H. Arendt, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, Die Wandlung 1949, 754.

28 So auch BVerfGE 83, 37 (51); K. F. Gärditz, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 2013, S. 49 (55).

29 C. Schönberger, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, Tübingen 2005, S. 26; D. Gosewinkel, Die Staatsangehörigkeit als Institution des Nationalstaats, in: R. Grawert/B. Schlink/R. Wahl/J. Wieland (Hrsg.), Offene Staatlichkeit – FS für Ernst-Wolfgang Böckenförde, Berlin 1995, S. 359 (360).

Entsprechend dieser Zuordnung ist das Staatsvolk schlicht „Summe aller Staatsangehörigen“³⁰ andernorts auch „Totalität der Staatsbürger“,³¹ wobei die Gruppe der Staatsangehörigen und die der Staatsbürger denklologisch deckungsgleich sind. Das horizontale Verhältnis der Staatsbürger untereinander, die sich kraft ihrer Unmittelbarkeitsbeziehung als Legitimationssubjekt Staatsvolk zusammensetzen,³² und das vertikale Verhältnis des individuellen Staatsangehörigen zum Staat als seines Zeichens Garant der Staatsbürgereigenschaft stehen dabei nebeneinander.

Kraft ihrer Vermittlung individueller politischer Mitgliedschaftsrechte konstituiert die Staatsangehörigkeit die Wählerschaft, die sich im Wege der politischen Willensbildung rechtlichen Ausdruck verleiht. Selbst wenn dies, dem Maastricht Urteil entsprechend, „relativ homogen“³³ geschehe, so wird diese Gruppe ohnehin, auch bei angenommener innerer Verbundenheit, individuell ganz unterschiedliche Gründe für ihre zustimmende Haltung gegenüber jener Verbundenheit haben.³⁴

Nun messen Befürworter des Homogenitätstopos dem Staatsvolk das charakteristische Element der „Einheit“ bei,³⁵ die aus der „Vielheit“ der individuellen Mitglieder hervorgehe und sich insofern von ihr unterscheide. Dass diese Einheit eine Homogenität voraussetze, sich aus einem „Wir-Gefühl“ ergebe, erweckt im Rahmen der zugrundeliegenden normativ geordneten Verhältnisse allerdings vielmehr ein Störgefühl, suggeriert es doch die

30 So auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Ausländerwahlrecht, BVerfGE 83, 37 (51). In dieser benennt das BVerfG allerdings auch als Subjekt der Staatsgewalt das „Volk als eine zur Einheit verbundene [...] Gruppe von Menschen“, was teilweise ebenfalls als Ausdruck „relativer Homogenität“ gelesen wird, so J. Alshut, *Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1999, S. 39; dieser Lesart gegenüber und insgesamt skeptisch U. Volkmann, *Volk revisited* (Fn. 23), S. 28; T. Giegerich, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 107. EL, März 2025, Art. 116 Abs. 1, Rn. 42.

31 K. G. Wernicke, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 46. Lieferung, 1982, Art. 20 Anm. 2 II 1, zitiert nach M. Sachs, *Das Staatsvolk in den Ländern: Überlegungen zur Landesstaatsangehörigkeit und zur staatsbürgerlichen Gleichheit im Bundesstaat*, AöR 1983, 68 (71). Ähnlich das BVerfG, wenn von der „Gesamtheit aller Bürger als Staatsvolk“ die Rede ist, BVerfGE 77, 1 (40).

32 Zur „Unmittelbarkeitsbeziehung“ aller Einzelnen Volkmann, *Volk revisited* (Fn. 23), S. 7; auch Gosewinkel, *Institution*, (Fn. 29), S. 359.

33 BVerfGE 89, 155, 186.

34 C. Möllers, *Demokratie und Gewaltengliederung*, Berlin 2025, S. 62 f.

35 Böckenförde, *Demokratie* (Fn. 18), S. 472; BVerfGE 83, 37 (51). Kritisch C. Möllers, *Die verfassungsrechtliche Missbilligung eines materialisierten Volksbegriffes als Element des Schutzes der Verfassung*, *Der Staat* 2023, 181 (185).

außerrechtliche Voraussetzung des Vorhandenseins überschießender Parameter, das eines gemeinsamen Nenners womöglich, jenseits der individuellen Rechtsposition, dem Staat als Personenverband anzugehören. Attestiert man nun jenem Staatsvolk eine wie auch immer geartete Homogenität, liegt schließlich das insinuierte Auseinanderfallen von formaler Angehörigkeit und materieller Zugehörigkeit nicht fern.³⁶ Böckenförde selbst beschreibt die Homogenität als eine über die durch die Staatsangehörigkeit vermittelte formelle rechtliche Gleichheit hinausgehende „sogenannte substantielle Gleichheit“.³⁷

Unter dieser Prämisse offenbart der Homogenitätsbegriff sein inhärentes Missbrauchspotential mittels der Projektion eines vorrechtlichen Substanzbegriffes des Staatsvolks in Form der „Nation“, den das Bundesverfassungsgericht zwar bei der Formulierung des Maastricht-Urteils heranzog,³⁸ dessen Abbild aber gerade nicht der demokratischen und egalisierenden Funktion der Staatsangehörigkeit entspricht.³⁹ Seine Ausstrahlungskraft in das Geflecht individueller Zugehörigkeitsverhältnisse tritt schlaglichtartig bei ihrer hierarchisierten Vorstellung zu Tage. Eine daraus sich ergebende Aufsplitterung mit rechtlichem Gehalt der Gruppe staatsbürgerlich Gleicher verbietet sich indes schon aufgrund der Verfassungswidrigkeit eines materialisierten Volksbegriffes.⁴⁰

Die Zuschreibung eigens das Legitimationssubjekt „Staatsvolk“ betreffender Eigenschaften im Wege der Übersumation, konkret zu Tage tretend in Form des Kriteriums der „Homogenität“, ist schließlich für demokratische Zwecke ungeeignet. Die juristisch-demokratiethoretische Kollektivierung im Wege unterstellter einheitlicher Beschreibbarkeit einer Einheit „Volk“ steht unter dem Gesichtspunkt, „Summe aller Staatsangehörigen“ zu sein, dem Anspruch individueller Entscheidungs- und Gestaltungsbeeteiligung diametral entgegen: Die Annahme einer nicht normativ gesetzten, gleichwohl verfassungstheoretisch und -gerichtlich angenommenen, vermeintlichen kollektiven Eigenschaft bedeutet eine implizite Inanspruch-

36 Möllers, Missbilligung (Fn. 35), 185.

37 Böckenförde, Demokratie (Fn. 18), Rn. 47, S. 461. Dazu Hanschmann, Homogenität (Fn. 22), S. 43.

38 Grawert, Deutsche und Ausländer (Fn. 8), S. 319 (326).

39 Gärditz, Bürgerstatus (Fn. 28), S. 49 (109).

40 Möllers, Missbilligung (Fn. 35), 186, 193; so das BVerfG 2017 im zweiten NPD-Verbotsverfahrens zum ethnischen Volksbegriff, BVerfGE 144, 20, dort zur Staatsangehörigkeit insbesondere Rn. 690 f.; erneut zum Ausschluss von der Parteienfinanzierung der umbenannten Partei „Die Heimat“, BVerfG NJW 2024, 645.

nahme des liberalen Staatsangehörigkeitsverständnisses der Bundesrepublik. Eine Ablehnung dieser Einheitsimagination überschießender Gemeinsamkeit bedeutet indes nicht, dass die Mitglieder des Staatsvolks in keiner Form verbunden seien. Ihre Gemeinsamkeit liegt in der (normativen) Zugehörigkeit zum Staatsvolk;⁴¹ das „homogene Staatsvolk“ ist unter dieser Prämisse nichts weiter als ein *Pleonasmus*.

III. Zum Funktionieren von Homogenitätsvorstellungen und der Funktion der Staatsangehörigkeit

Nun ließe sich anführen, dass es sich bei der Homogenität schlicht um Verfassungstheorie handle, die getrennt von der staatsbürgerlichen Rechtsposition läge, und es sich dabei belassen. Das würde zu kurz greifen. Wenn die Homogenität mehr als eine gehaltlose Worthülse – und schenkt man einigen Vertretern der Disziplin Glauben, so handelt es sich immerhin um nicht weniger als die Geschäftsgrundlage der Demokratie – darstellt, so ist sich ihrer Ausstrahlungswirkung auf die Zugehörigkeitsvorstellungen staatlicher Gemeinschaft anzunehmen.

Das Staatsangehörigkeitsrecht entfaltet jenseits individueller Zuordnung Bedeutung für die Verhältnisse des Gemeinwesens. Seine Ausgestaltung betrifft schließlich den Bestand des Staatsvolks. Einerseits trifft das Staatsangehörigkeitsrecht grundlegende Aussagen über die rechtlichen und sozialen Voraussetzungen im Geschlechter- und Generationenverhältnis nach innen; in Abgrenzung nach außen treffen andererseits die Staatsangehörigen als Entscheider über das Staatsangehörigkeitsrecht beim Austarieren von Ein- und Ausbürgerungsregelungen selbstreferentiell Grundannahmen über das Staatsvolk.⁴² Insofern hat das Staatsangehörigkeitsrecht immer sowohl ein- als auch ausschließende Wirkung.⁴³ Die (verfassungs-)rechtliche, politische und soziale⁴⁴ Dimension der Institution Staatsangehörigkeit verschmelzen bei der Bestimmung derart fundamentaler Weichenstellungen und münden so in ihrer Funktionsverschränkung.

41 Mit Heller, Demokratie (Fn. 3), S. 429 f., ist das lediglich die formal-juristische Homogenität, die die Einheitsbildung bedrohe.

42 Gosewinkel, Institution (Fn. 29), S. 359 (360); in Form „interner Selbstvergewisserungsprozesse“ „nach außen“ J. Froese, Kommentar, in: U. Volkmann, Volk revisited, oder: Wer oder was trägt die Demokratie, Tübingen 2025, S. 77 (84).

43 Grawert, Deutsche und Ausländer (Fn. 8), S. 319 (327).

44 Dazu grundlegend T. H. Marshall, Bürgerrechte und soziale Klassen: Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates, Frankfurt a. M. 1992.

Nun ist die demokratische Funktion des Staatsangehörigkeitsrecht in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Begreift man die Homogenität des Staatsvolks tatsächlich als Demokratie Voraussetzung,⁴⁵ so kann sich auf der Ebene des Staatsangehörigkeitsrechts die vermeintlich demokratische Kraft der Homogenitätsvorstellung bei seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung entfalten. Konkret hineinwirken können implizit übergeordnete Vorstellungen, insbesondere solche kollektiver Identität, sodann an den Grenzen ihrer Eindeutigkeit, nämlich bei der Regelung von Ein- und Ausbürgerungen. Beispielhaft steht dafür die Anforderung an Sprachkenntnisse⁴⁶ oder die Zustimmung zu bestimmten als Grundkonsens verstandenen Voraussetzungen der staatlichen Gemeinschaft der Bundesrepublik.⁴⁷ Insofern findet die Integrations- und Ordnungsfunktion des Verfassungsrechts in der Staatsangehörigkeit ihren individuellen Anknüpfungspunkt – und in der Homogenität ihre mutmaßliche Möglichkeitsbedingung.⁴⁸

Demgegenüber spielt in der (nicht homogen gedachten bzw. heterogenen) postmigrantischen Gesellschaft⁴⁹ die Ausgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts – insbesondere mit Blick auf den Voraussetzungsreichtum

45 So Böckenförde, Demokratie (Fn.18), S. 473; zustimmend A. Wallrabenstein, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, Baden-Baden 1999, S.131. Soziale Voraussetzungen der Demokratie hingegen kategorisch ablehnend C. Möllers, Demokratie, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 5 Rn. 104.

46 Zur „Homogenität des Sprachgebietes“ und einer „Sprachnation“ P. Kirchhof, Deutsche Sprache, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Heidelberg 2004, § 20. U. di Fabio, Positivierung (Fn.17), 204, wirbt indes für eine „intakte öffentliche Meinung“ habermasianischer Gestalt, für die jedoch eine „auf gemeinsames Identitätsbewusstsein gründende (...) sprachlich vermittelte Lebenswelt“ zwingend sei.

47 So etwa die in § 10 Abs.1 Nr.7 StAG geforderten „ausreichenden Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse in Deutschland“. J. Froese, Kommentar (Fn. 42), S. 95, geht weiter und bringt die Entwicklung zur „Bekanntnisgemeinschaft“ ins Spiel, die insofern auch nichts anderes ist als die Wiedergeburt einer vermeintlichen kulturellen Homogenität.

48 Dazu S. Koriath, Identität (Fn.19), S. 117 (130), demzufolge allerdings das normative Integrationsinstrument „Staatsangehörigkeit“ nicht genüge. Zum Nebeneinander von empirischer Kategorie und rechtlicher Zugehörigkeit bezogen auf ein „Wir-Gefühl“, das nichts anderes als die Reformulierung von Homogenität ist, F. Weber, „Wir-Gefühl“ in einer diversen Gesellschaft, in: D. Thym (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland, Tübingen 2024, S. 71 (73).

49 Zum Begriff der postmigrantischen Gesellschaft N. Foroutan, Hybride Identitäten. Normalisierung, Konfliktfaktor und Ressource in postmigrantischen Gesellschaften, in: H.-U. Brinkmann/H.-H. Uslucan (Hrsg.), Dabeisein und Dazugehören. Integration in Deutschland, Wiesbaden 2013, S. 85.

von Einbürgerungen – eine tragende Rolle für demokratische Partizipation und Integration. Zwar erwachsen demokratische Partizipationsrechte aus der Staatsbürgerschaft erst *nach* der Einbürgerung und es besteht im bundesrepublikanischen Staatsangehörigkeitssystem kein Anspruch des Einzelnen auf Einbürgerung.⁵⁰ Aus der dauerhaften Herrschaftsunterworfenheit lassen sich dennoch Zumutbarkeitsgrenzen für jenen Einzelnen ableiten, die in der Eröffnung adäquater Einbürgerungschancen münden.⁵¹ Schließlich können Rechtspositionen, die aus der Zugehörigkeit zur staatlichen Gemeinschaft erwachsen, nicht durch menschenrechtliche Versprechen verwirklicht werden.⁵² Weil Staatsvolk und damit Wahlvolk die Gesamtheit der Staatsangehörigen, nicht die Gesamtheit der Betroffenen ist,⁵³ kommt dem Staatsangehörigkeitsrecht als „Integrationsrecht der postmigrantischen Gesellschaft“⁵⁴ auf staatlicher Ebene die Funktion zu, die Lücke zwischen Wahl- und (dauerhafter) Wohnbevölkerung durch Einbürgerungen zu schließen und so ihr demokratisches Potential auszuschöpfen.⁵⁵

Aus dieser Kongruenzgenese wird nun regelmäßig die Übertragung von Homogenitätsanforderungen auf die Staatsangehörigkeitsvoraussetzungen als zwingend deduziert,⁵⁶ insbesondere im Rahmen und aufgrund der Ablehnung eines Ausländerwahlrechts. Das kann jedoch der demokratischen und egalisierenden Funktion der Staatsangehörigkeit nicht standhalten. Homogenitätsanforderungen als mit *Böckenförde* über die Staatsangehö-

50 Grawert, Deutsche und Ausländer (Fn. 8), S. 319 (338); Gärditz, Bürgerstatus (Fn. 28), S. 49 (119); Möllers, Missbilligung (Fn. 35), 195.

51 Gärditz, Bürgerstatus (Fn. 28), S. 49 (121); im Kern auch BVerfGE 83, 37 (52).

52 C. Möllers/S. Müller-Mall, Theorien der Verfassung, Hamburg 2024, S. 199; Möllers, Missbilligung (Fn. 35), 194. Hier auch wieder Arendt, Menschenrecht (Fn. 27), 754.

53 Böckenförde, Demokratie (Fn. 18), S. 445.

54 F. Meinel, Die Idee der Staatsräson im neuesten deutschen Recht, Verfassungsblog vom 02.01.2025.

55 Wallrabenstein, Staatsangehörigkeit (Fn. 45), S. 170; T. Tabbara, Progressive Reform mit regressiven Untertönen, Verfassungsblog vom 23.05.2023. Dies entspricht auch der Gesetzesbegründung zur Reform des Staatsangehörigkeitsgesetzes, Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts (STARModG), 1.11.2023, BT-Drucks. 20/9044, S. 18. Gegen ein „demokratisches Optimierungsgebot“ in Form der Herstellung von Deckungsgleichheit von Herrschaftsunterworfenen und Mitgliedern des Legitimationssubjekt Gärditz, Bürgerstatus (Fn. 28), S. 49 (98).

56 Wallrabenstein, Staatsangehörigkeit (Fn. 45), S. 170; J. Isensee, Abschied der Demokratie vom Demos, in: D. Schwab (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, FS für Paul Mikat, Berlin 1989, S. 705 (708, 721).

rigkeit hinausgehende substantielle Gleichheit⁵⁷ formulieren einen Gleichartigkeitsanspruch, der den Einzelnen hinsichtlich seiner prospektiven Verbandsmitgliedschaft der Unsachlichkeit überfrachteter sozio-kultureller Erwartungen unterwirft.⁵⁸ Mit der Egalisierungsfunktion der Staatsangehörigkeit ist dies nicht vereinbar. Stattdessen und losgelöst von (ethnisch-)kulturellen Gemeinsamkeiten definiert sich das Staatsvolk durch die in der Verfassung fußende gemeinsame Ausübung demokratischer Teilhaberechte.⁵⁹

Die Funktion des Staatsangehörigkeitsrecht liegt somit auch im Austarieren von Zugehörigkeitsvorstellungen im Gefüge zwischen dem Legitimationssubjekt Staatsvolk und demokratischer Repräsentation. Insofern greifen bei der Grenzziehung staatlicher Zugehörigkeit die individuelle Dimension und kollektive Gemeinschaftsvorstellung ineinander. Wem die Möglichkeit schließlich offenstehen wird, Angehöriger zu sein, bemisst sich zwar an einer individuellen Administrativentscheidung. Ihre gesetzlichen Voraussetzungen sind dennoch geknüpft an übergeordnete Parameter „funktionierender“ staatlicher Gemeinschaft.

Zweifelhaft bleibt, inwiefern „Homogenität“ erfasst oder gar hergestellt werden soll – insbesondere unter der Prämisse, sie als „psychosozialen Zustand“ zu begreifen. Der Versuch der Verdiesseitigung metaphysizierter⁶⁰ Einheitsvorstellungen eines (relativ) homogenen Staatsvolks und dessen Verwirklichung als Maßgabe der Bestimmung individueller Zugehörigkeit, gänzlich ungeachtet ihrer genuin rechtlichen Bedeutung und bisweilen losgelöst von ihrer unterstellten demokratischen Notwendigkeit, prägen dennoch die Genese des Staatsangehörigkeitsrechts.

Dabei diene das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht schon von Beginn an der politischen Steuerung; anders: es gewann gerade aufgrund seiner

57 Böckenförde, Demokratie (Fn. 18), S. 461.

58 Dieser Gesichtspunkt gewinnt an Relevanz, wenn Einbürgerungen als „Fehler“ bezeichnet werden, den es zu korrigieren gelte (So Friedrich Merz am 5. Januar 2025 gegenüber der *Welt am Sonntag*).

59 A. Siehr, Der Staat als Personenverband: Staatsangehörigkeit, Unionsbürgerschaft und Migration, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München 2021, § 9 Rn. 70.

60 So H. Heller, Staatslehre, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, Tübingen 1992, S. 263, zur Zuschreibung einer Volkspersönlichkeit, durch die das Volk „zu einer apriorischen Willensgemeinschaft und vorgegebenen politischen Einheit metaphysiziert wird, die es nirgends ist noch war“.

Wirkmächtigkeit an politischer und rechtlicher Relevanz.⁶¹ Dies zeigt sich auch am deutschen Kolonialismus, der immerhin den politischen Diskurs zu Zeiten der Formationsphase des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts nicht unwesentlich bestimmte.⁶² Auch in dieser Gemengelage waren bei der Institutionalisierung der Staatsangehörigkeit die Anforderungen an die Einbürgerung Streitpunkt.⁶³ So war für Vernetzung und Differenzierung von Kolonie und Metropole als zu unterscheidende Räume des Reichs der rechtliche Status der Zugehörigkeit ihrer Bewohner elementar.⁶⁴ Der kolonialisierten Bevölkerung stand die rechtliche Begrenzung der Staatsangehörigkeit auf ein vermeintlich „ethnisches deutsches Volk“ gegenüber.⁶⁵ Das Postulat der homogenen Nation als Ausdruck zivilisatorischer Überlegenheit wirkte identitätsstiftend;⁶⁶ das Zivilisationsparadigma verband die rechtliche Kategorisierung kolonialer (Un)Zugehörigkeiten mit der vermeintlichen Überlegenheit des zu erschaffenden Nationalstaats. Insoweit gilt auch hier: „Ethnogenese folgte der Herrschaftsbildung, nicht umgekehrt.“⁶⁷ Die Erwartung der Homogenität formuliert schließlich mittels Exklusion Herrschaftsansprüche nach außen. Durch die Beliebigkeit ihrer Determinanten verschiebt sich dieses Außen ins Innere der durch die Staatsangehörigkeit vermittelten staatlichen Gemeinschaft.

61 So auch D. Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 2001, S. 166 f.

62 Gemeint ist der Zeitraum, der mit der Reichsgründung begann und im Erlass des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 23.07.1913 mündete.

63 So konstatierte Kolonialjurist K. von Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, Analen des Deutschen Reiches 1895, 493: „Mit Rücksicht auf diese weitgehende Wirkung der Naturalisation der Eingeborenen wird daher auch eine Naturalisation solcher Personen nur möglich sein, wenn dieselben eine Stufe höherer Kultur erreicht haben. In der Regel wird die Naturalisation wohl nur solchen Personen erteilt werden, welche das Christentum angenommen haben.“

64 Zu den verschiedenen Kategorien der Zugehörigkeit im Zeichen des deutschen Kolonialismus D. Nagl, Grenzfälle. Staatsangehörigkeit, Rassismus und nationale Identität unter deutscher Kolonialherrschaft, Frankfurt a. M. 2007.

65 Zur Dichotomie zwischen Kolonisatoren und kolonialisierter Bevölkerung als „rule of colonial difference“ grundlegend P. Chatterjee, The Nation and its Fragments, Princeton 1993.

66 F. Hanschmann, German citizenship and its colonial heritage, in: G. Frankenberg (Hrsg.), Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture, Cheltenham 2013, S. 261 (263).

67 D. Langewiesche, Vom vielstaatlichen Reich zum föderativen Bundesstaat, Heidelberg 2020, S. 23.

IV. „Die es nirgends ist noch war“: Homogenität versus Realität

Soziale Voraussetzungen an Demokratie eint schließlich die Unbeweisbarkeit ihres Vorliegens.⁶⁸ Wenn das Bundesverfassungsgericht relative Homogenität konstatiert, tätigt es gerade keine Bestandsaufnahme. Als in Gänze unbrauchbar für demokratische Zwecke erweisen sich die theoretischen Erwägungen „anspruchsloser juristischer Gesellschaftsbeschreibung“⁶⁹ der Staatsrechtslehre, betrachtet man die tatsächlichen Verhältnisse pluraler Vielfalt innerhalb der modernen Gesellschaft.⁷⁰

Nun ist die verweigerte Wahrnehmung gesellschaftlicher Heterogenisierungsprozesse, genauso wie ihre Kritik, nicht neu.⁷¹ Ebenso wenig neu ist die Dichotomisierung von Zugehörigkeit. Migrationsbewegungen haben immer wieder zu sozialer Differenzierung geführt.⁷² So hatte das Kaiserreich eine massenhafte Migrationsbewegung in den 1880er Jahren zu verzeichnen, die nicht zuletzt gegenständlich war bei der Formation des Staatsangehörigkeitsrechts. In den Beratungen des Reichstages zum Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes (1913) war die Massenauswanderung „über das Meer“ derer, deren „Eigenschaft als Deutscher“ „niemals verloren gehen kann“, Anlass einer als notwendig betrachteten Reform des Angehörigkeitsrechts.⁷³ Auch die Weimarer Gesellschaft konnte nicht als homogene Einheit begriffen werden.⁷⁴ Schließlich erreichte die angestrebte Verwirklichung von Homogenität ihren perfiden Höhepunkt im Nationalsozialismus.

68 Möllers, Demokratie (Fn. 45), § 5 Rn. 104. So auch G. Lübke-Wolff, Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration, ZAR 2007, 121 (123), über das dem Homogenitätspostulat Hellers innewohnende Einheitsgefühl.

69 Möllers, Demokratie (Fn. 45), § 5 Rn. 104.

70 H. Dreier, Das Problem der Volkssouveränität, in: P. Stekeler-Weithofer/B. Zabel (Hrsg.), Philosophie der Republik, Tübingen 2018, S. 37 (42).

71 S. Conrad, Globalisierung und Nation im Deutschen Kaiserreich, München 2006, S. 55 f.

72 Hanschmann, Homogenität (Fn. 22), S. 106.

73 Verhandlungen des Reichstages, Stenographische Berichte, Legislaturperiode XIII., 1. Session, 1912, Bd. 283, 13. Sitzung am 23. Februar 1912, Berlin 1912, S. 250.

74 T. Vesting, Politische Einheitsbildung und technische Realisation: Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie, Baden-Baden 1990, S. 51; insoweit auch F. Weber, Staatsangehörigkeit und Status, Tübingen 2018, S. 339.

Die Gestaltung des Gemeinwesens durch Staatsangehörigkeitsregeln obliegt schließlich politischen Entscheidungsprozessen.⁷⁵ Mit ihr dicht verwoben ist die Vorstellung von Zugehörigkeit als „Heimat“, regelmäßig einhergehend mit der Unterstellung, es gebe jenseits der Staatsangehörigkeit einen anderen Ort, an den man gehöre. Wer somit als „fremd“ wahrgenommen wird, kommt danach für Zugehörigkeitsdebatten gar nicht erst in Betracht. Als Motiv durchzieht diese Grundannahme die historischen Etappen der deutschen Zugehörigkeitsdebatte⁷⁶ und infiltriert schließlich auch den aktuellen Diskurs um Staatsangehörigkeitsreform, Ausbürgerung und Migration.⁷⁷

Spätestens wenn der Status der Zugehörigkeit dergestalt in Frage gestellt wird, dass gruppenbezogene Ausbürgerungen oder die Rückgängigmachung von Einbürgerungen eingefordert werden, verschiebt sich die Gelingensbedingung der Demokratie von vermeintlicher Homogenität zur Instandhaltung derjenigen Rechtsordnung, die vor dem Verlust der Staatsangehörigkeit schützt. In der Gegenwart haben Rufe nach der Revision der Staatsangehörigkeitsreform, Bekenntnisse zum „Wert“ der deutschen Staatsangehörigkeit,⁷⁸ die nicht zur „Ramschware“ verkommen dürfe, und schließlich selbst die Forderung nach Ausbürgerungen Konjunktur.⁷⁹ Der andauernden Debatte wohnt ein nicht zu unterschätzender Grad sozialer Idealvorstellung inne. Wem die unwiderlegliche *Vermutung* sozialer Zugehörigkeit zur Seite steht, entscheidet sich schließlich jenseits der Staatsangehörigkeit.

Wenn das Vorhandensein sozialer Differenzierung tatsächlich zu Problemen führt, so leistet das Homogenitätspostulat schlicht keinen konstruktivi-

75 Zur politischen Gestaltbarkeit Gärditz, Bürgerstatus (Fn. 28), S. 49 (III); allgemein C. Möllers, Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, S. 14.

76 Langewiesche, Vom vielstaatlichen Reich (Fn. 67), S. 23; W. Hardtwig, Nation – Region – Stadt, Strukturmerkmale des deutschen Nationalismus im 19. Jahrhundert, in: ders. Hochkultur des bürgerlichen Zeitalters, Göttingen 2005, S. 245.

77 Diese Stigmatisierung tritt dann zum Vorschein, wenn „Probleme[n] im Stadtbild“ durch „Rückführungen“ zur Lösung verholfen werden soll, so Friedrich Merz auf der Potsdamer Pressekonferenz zum Antrittsbesuch vom 14. Oktober 2025, Spiegel Online vom 22.10.2025, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/friedrich-merz-kanzler-konkretisiert-stadtbild-aussage-zu-einwanderern-a-79710163-8edf-4bf6-9a59-4c276ddb2c> (zuletzt abgerufen am 13.11.2025).

78 So schon Isensee, Abschied (Fn. 56), S. 705 (735).

79 V. Kautzner, Wer ist „Wir“ und wer darf (es) bleiben? Friedrich Merz und die Ausbürgerung als *lex ferenda*, Verfassungsblog vom 07.01.2025.

ven Beitrag zu ihrer Lösung.⁸⁰ Insoweit sie den Maßstab der Zugehörigkeit beeinflusst, schwächt sie die Demokratie.

80 Lübbe-Wolff, Homogenes Volk (Fn. 68), 126.

Die Grenzen der Funktionalität des Rechts am Beispiel nationaler Identität

Daniel Haefke*

Der Beitrag argumentiert, dass ein funktionalistisches Verständnis von Recht an seine Grenzen stößt, wenn es das Mitwirken von Recht an der Entwicklung von Identitäten erfassen möchte. In einem ersten Schritt zeichnet der Beitrag die Erkenntnisse der *nation studies* über die Entstehung nationaler Identität nach, um sodann auf dieser Grundlage die Rolle von Recht bei der Schaffung nationaler Identität zu beschreiben. Dabei werden einerseits die Potentiale einer interdisziplinären Hinwendung zu den *nation studies* verdeutlicht, andererseits die Grenzen eines rein funktionalistischen Rechtsverständnisses aufgezeigt.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	191
II. Über das funktionalistische Rechtsverständnis und seine Grenzen	192
III. Über die Entstehung nationaler Identität	196
IV. Über die nationale Identitätsschaffung durch Recht	200
V. Ausblick: Über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein	204

I. Einleitung

Die 65. Junge Tagung Öffentliches Recht widmet sich dem Themenkomplex „Funktion und Funktionalität des Rechts“. Um das Recht in seinem funktionalen Potential richtig erfassen, kritisieren und einsetzen zu können, ist es zunächst notwendig, die Mechanismen und auch die Begrenzung eines funktionalistischen Verständnisses von Recht zu verstehen. Dieser Beitrag verschreibt sich dieser Aufgabe: die Grenzen der Funktionalität des Rechts auszuloten und zu diskutieren. Er wendet sich interdisziplinär Erkenntnissen der *nation studies* zu, um zu zeigen, wie nationale Identität und Recht in einer wechselseitigen Wirkung stehen. Öffentliches Recht, und insbesondere Verfassungsrecht, ist gleichermaßen Produzent wie Produkt der

* Daniel Haefke, J.S.D. & LL.M. (Cornell), ist Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin und war zuvor Graduate Lecturer an der Cornell Law School.

imagined community der Nation. Wenn dieser Prozess aber zwangsläufig wechselwirkend stattfindet und (wie ebenfalls zu zeigen sein wird) stets unbewusste Momente enthält, so verkompliziert das – jedenfalls für die Identitätsschaffung durch Recht – die Hoffnung, Recht könne als bewusstes, funktionales Mittel gesellschaftlicher Steuerung gezielt geschaffen und angewandt werden.

Der Beitrag diskutiert zunächst, was ein funktionalistisches Rechtsverständnis auszeichnet, welche Verbreitung und Attraktivität ihm zukommt – und argumentiert, dass in Bezug auf das Verhältnis von Identität und Recht dieses Verständnis zu kurz greift (II.). In einem zweiten Schritt wird vorgestellt, wie die Entstehung und Entwicklung nationaler Identität in den *nation studies* beschrieben wird (III.). Diese Erkenntnisse werden sodann fruchtbar gemacht, um, bei besonderer Berücksichtigung der Rolle von Grundrechten und unter Bezugnahme auf das deutsche Grundgesetz, den Prozess der nationalen Identitätsschaffung durch Recht zu erfassen (IV.). Abschließend wird auf mögliche Schlussfolgerungen über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein und auf die besondere Bedeutung interdisziplinärer Betrachtungsweisen zur Erforschung dieses Verhältnisses hingewiesen (V.).

II. Über das funktionalistische Rechtsverständnis und seine Grenzen

Die folgenden Ausführungen gründen auf der Annahme, dass Jurist*innen, wenn sie von der *Funktionalität des Rechts* sprechen, im Wesentlichen dabei ein ganz bestimmtes Verständnis von *Funktionen* zugrunde legen, nämlich eines, nach dem Recht eine Rolle als Element bewusster gesellschaftlicher Steuerung zukommen kann. Es geht dabei somit um *Funktionalität* im Sinne einer Instrumentalität. Dieses Begriffsverständnis unterscheidet sich davon, wie andere Wissenschaftsdisziplinen über *Funktionalität* sprechen. In der Soziologie etwa dient *Funktionalismus* als Sammelbegriff verschiedener normativer und empirischer Erklärungsmodelle, von denen einige ausdrücklich zwischen manifesten und latenten Funktionen unterscheiden. Manifeste Funktionen eines Systems sind nach Robert Merton, auf den diese Unterscheidung zurückgeht, Konsequenzen, die von Partizipierenden eines Systems intendiert und wahrgenommen werden, während latente

Funktionen weder intendiert noch wahrgenommen sind.¹ Eine in diesem Sinne verstandene Funktionalität umfasst damit begrifflich mehr als die hier benutzte Gleichsetzung von Funktionalität und Instrumentalität. Auch in der vergleichenden Rechtswissenschaft werden sehr verschiedene Funktionalitätsbegriffe herangezogen, von denen einige sehr eng (wie der hier benutzte), andere aber auch deutlich weiter sind.²

Einem Verständnis von Recht als gesellschaftliches Steuerungselement geht es zunächst nur um manifeste Funktionen im Sinne Mertons. Es geht ihm darum, dass gesetztes Recht auf eine bestimmte Art und Weise *funktioniert*. Die so verstandene Funktionalität spielt dann eine entscheidende Rolle, wenn Recht geschaffen und gezielt weiterentwickelt werden soll. Rechtsnormen verfolgen nach diesem Verständnis ein Ziel außerhalb ihrer selbst. Sie dienen einem Zweck und können evaluiert werden, indem überprüft wird, inwieweit das von ihnen verfolgte Ziel tatsächlich erreicht wird. Ein solches funktionalistisches Verständnis von Recht ist historisch in Deutschland weniger ausgeprägt als beispielsweise in der angloamerikanischen Rechtskultur. So ist bereits die US-amerikanische juristische Ausbildung davon geprägt, angehenden Rechtsanwender*innen die Fähigkeit stringenter funktionalistischer Argumentation nahezubringen. In sämtlichen Rechtsbereichen werden Rechtsnormen – gesetzes- wie richterrechtliche – in ihrem gesellschaftlichen Wirkungskontext verstanden und ausgelegt. Studierende lernen früh mit Oliver Wendell Holmes, dass das „Leben des Rechts [...] nicht Logik, sondern Erfahrung“³ sei und dass gute juristische Argumentation daher auf Begriffe zurückzugreifen habe, die das Wirken von Recht in der gesellschaftlichen Praxis benennen: *efficiency*, *efficacy*, *incentives*, *common good* oder *welfare*.

In der deutschen Rechtswissenschaft ist hingegen, viel stärker als in den USA, der Gedanke verbreitet, dass dem Recht eine gewisse Eigenrationalität zukommt. Ein solches deontologisches Verständnis verbietet es, Recht als bloßes Mittel zum Zweck zu begreifen und es auf seine funk-

-
- 1 R. K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, New York: Simon and Schuster 1968, enlarged ed., S. 43.
 - 2 Für eine Übersicht, s. R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, S. 339 (345 ff.).
 - 3 O. W. Holmes zitiert nach J. Petersen, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, Tübingen 2020, S. 85.

tionale Rolle herunterzurechnen.⁴ Diese historische Prägung dürfte verhindert haben, dass man in Deutschland von einem rein funktionalistischen Rechtsverständnis sprechen könnte. Sie hat aber keineswegs verhindert, dass gewisse funktionalistische Gesichtspunkte in der deutschen Rechtswissenschaft seit jeher verbreitet und wohl auch im Wachsen begriffen sind. Einerseits sind funktionalistische Betrachtungsweisen gut integrierbar in die für die deutsche Rechtsauslegung so zentralen Kategorien des teleologischen und historischen Argumentes: dass der eigentliche „Sinn“ einer Norm nicht nur durch Grammatik und Logik, sondern auch durch ihren Zweck zu bestimmen ist, hat sich schon seit langem in der deutschen Rechtswissenschaft durchgesetzt.⁵ Nicht wenige Stimmen innerhalb des deutschen Diskurses erachten das teleologische Argument gar als den „Königsweg zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse“.⁶ Andererseits hat sich die deutsche Rechtswissenschaft in ihrer Sicht auf das Recht stetig, wenn auch zögerlich, an die angloamerikanische Rechtswissenschaft angenähert, was nicht zuletzt anhand einer wachsenden internationalen akademischen Vernetzung oder der Geläufigkeit von Studien-, Forschungs- und Lehraufenthalten deutscher Rechtswissenschaftler*innen im angloamerikanischen Raum nachzuvollziehen ist.

Das funktionalistische Rechtsverständnis ist für Jurist*innen besonders attraktiv. Es ermöglicht ihnen eine exponierte gesellschaftliche Rolle und eröffnet vielversprechende analytische Räume. *Positiv gewendet* erlaubt ihnen ein funktionalistisches Rechtsverständnis, dass sie aktiv zur Weiterentwicklung des Rechts beitragen können. In der Politik, also in der Sphäre der primären rechtsetzenden Instanz, wird Recht ohnehin als gesellschaftliches Steuerungsinstrument aufgefasst. Schaffen es Jurist*innen daher, in einer an diese Logik angepassten (funktionalistischen) Weise zur Politik über Recht zu sprechen, ermöglicht das ihnen das Besetzen einer attraktiven Rolle: dank ihrer besonderen Expertise können sie beratend auf die

4 Vgl. D. Birnbacher, *Analytische Einführung in die Ethik*, Berlin u.a. 2003, S. 113 ff., 119 (zum Begriff deontologischer Ethik); U. Neumann, *Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, Jahrbuch für Recht und Ethik 1994, Bd. 2, 81 (84 f.) (zur Verbreitung deontologischer Annahmen jedenfalls im deutschen Strafrecht).

5 D. Grimm, *Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung in der Rechtswissenschaft*, in: S. Kirste (Hrsg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften: ein interdisziplinärer und internationaler Dialog*, Berlin 2016, S. 21 (26).

6 Vgl. R. Zimmermann, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, *RabelsZ* 2019, 241 (260 ff.) m.w.N.

Rechtsetzung einwirken.⁷ Dies kann unmittelbar durch Aussagen in Ausschüssen, Erstellung von Gutachten oder informelle Beratung geschehen, aber auch vermittelt durch öffentliche Äußerungen und Publikationen, die sich an einen über den innerakademischen Diskurs hinausreichenden Adressatenkreis richten. *Negativ gewendet* eröffnet ein funktionalistisches Rechtsverständnis besondere Räume der Kritik. Funktionalistische Rechtskritik findet sich etwa in dem Topos des „Rechts als Herrschaftsinstrument“.⁸ Mit ihm wird Recht seiner Funktion überführt und (vermeintlich) als bewusstes Element gesellschaftlicher Steuerung „enttarnt“.

Es gibt also gute Gründe für die Rechtswissenschaft, sich einem funktionalistischen Rechtsverständnis zuzuwenden. Dieses Verständnis hat aber – sei es positiv, sei es negativ gewendet – ein grundlegendes Problem: es vereinfacht das Verhältnis von Recht und Identität. Wird Recht als gesellschaftliches Steuerungselement verstanden, so ist nämlich die Beziehung von Recht und Subjekten stets einseitig: Subjekte produzieren („setzen“) Recht. Dabei wird analytisch eine Ebene der in Wahrheit wechselseitigen Beziehung von Recht und Subjekten unterschlagen: Recht ist nicht nur das Produkt von Subjekten, sondern produziert auch die Identität dieser Subjekte. Das Problem an der Unterschlagung dieser Kehrseite ist, dass die Identität der Subjekte, die das Recht setzen, nur als bereits bestehende imaginiert werden kann. Damit schneidet sich ein rein funktionalistisches Rechtsverständnis eine wichtige Möglichkeit analytischer Erkenntnis ab: zu verstehen, wie Recht an der Entwicklung von Identitäten mitwirkt.

Um dieses Dilemma des funktionalistischen Rechtsverständnisses genauer fassen zu können, lohnt es sich, in einem ersten Schritt, den Blick zu weiten und zunächst zu untersuchen, wie die Identität von Subjekten entsteht. Dies wird folgend anhand des Beispiels *nationaler* Identität getan. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, wie Recht an der Schaffung dieser nationalen Identität mitwirkt.

7 Zum erheblichen globalen Einfluss juristischer Expertise auf Rechtsetzung, s. D. Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton: Princeton University Press 2018.

8 Zu Marx' Begriff des Rechts als „Herrschaftsinstrument der herrschenden Klasse“, s. etwa T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. Aufl., Tübingen 2007, S. 57.

III. Über die Entstehung nationaler Identität

Mit der Frage, wie nationale Identität entsteht, haben sich in den vergangenen Jahrzehnten Personen aus verschiedenen Disziplinen beschäftigt. Dadurch ist ein interdisziplinär geprägtes Feld entstanden, das als *nation studies* bezeichnet wird. Die *nation studies* definieren sich folglich nicht durch eine bestimmte Methode, sondern über ihren Forschungsgegenstand. Zu dem Feld zählten ursprünglich insbesondere Forschende aus den Geschichtswissenschaften, der Soziologie und der Anthropologie. Trotz einiger Vordenker wie Carlton J. H. Hayes oder Hans Kohn⁹ kristallisierten sich die *nation studies* als eigene Disziplin erst in dem letzten Jahrzehnt des Kalten Krieges heraus. Innerhalb eines Jahres, 1983, das der Historiker Hans-Ulrich Wehler deshalb als Wendepunkt („annus mirabilis“) der Nationalismustheorien bezeichnete,¹⁰ erschienen gleich drei grundlegende Werke, die die *nation studies* bis heute prägen: Benedict Andersons *Imagined Communities* (auf deutsch: *Die Erfindung der Nation*), Ernest Gellners *Nations and Nationalism* (auf deutsch: *Nationalismus und Moderne*) und die von Eric Hobsbawm und Terence Ranger herausgegebene Essaysammlung *The Invention of Tradition*.¹¹

Trotz fundamentaler Unterschiede sowohl methodischer Art als auch hinsichtlich der lokalen Schwerpunktsetzung verbindet diese Werke Einiges, wenn es um die Frage geht, wie nationale Identität entsteht. Leitend kann dabei folgende Definition der Nation von Benedict Anderson, dessen Konzept der *Imagined Community* mittlerweile ein *Truism* unter Forschenden in den *nation studies* geworden ist,¹² gelten: Nationen sind „eine vorgestellte politische Gemeinschaft – vorgestellt als begrenzt und souverän“.¹³

9 S. insb. C. J. H. Hayes, *Nationalism: A Religion*, New York: MacMillan 1960 und H. Kohn, *Die Idee des Nationalismus: Ursprung und Geschichte bis zur Französischen Revolution*, Frankfurt a. M. 1962.

10 H.-U. Wehler, *Nationalismus: Geschichte, Formen, Folgen*, München 2001, S. 8.

11 B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New York: Verso Books 1983; E. Gellner, *Nations and Nationalism*, Ithaca: Cornell University Press 1983; E. J. Hobsbawm/T. O. Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press 1983.

12 M. Wright/L. Morris, 'Solidarity' versus Values as Drivers of Support for Immigrants' Access to Social Benefits, in: G. Gustavsson/D. Miller (Hrsg.), *Liberal Nationalism and Its Critics: Normative and Empirical Questions*, Oxford: Oxford University Press 2020, S. 115 (117).

13 B. Anderson, *Die Erfindung der Nation: zur Karriere eines folgenreichen Konzepts*, erw. Ausgabe, Berlin 1998, S. 14.

Sie sind eine *Gemeinschaft*, da sie immer verstanden werden als „kameradschaftlicher‘ Verbund von Gleichen“,¹⁴ allerdings *vorgestellt*, da ein Mitglied der Nation die meisten anderen „niemals kennen, ihnen begegnen oder auch nur von ihnen hören“ wird.¹⁵ Die Einsicht der *nation studies* in die Entstehung und Wirkweise nationaler Identität lässt sich gut darin erkennen, in Ablehnung welcher verbreiteter Tropen über das vermeintliche Wesen der Nation die Theorien entwickelt wurden. Drei Abgrenzungen sind dabei besonders beachtlich.

Erstens grenzen sie sich von den weit verbreiteten Formulierungen ab, Nationen seien bloße Ideen, Narrative und Geschichten oder ließen sich erschöpfend als politische Strategien verstehen.¹⁶ Die Entstehung von Nationen beschreiben die *nation studies* vielmehr als das Resultat bestimmter materieller Voraussetzungen. Dabei setzen die Autoren durchaus andere Schwerpunkte in ihrer Erklärung, was historisch die Verbreitung der Nation als Konzept vorantrieb. Gellner betont insbesondere die Rolle der Industrialisierung und den damit einhergehenden Bedarf an Standardisierung und mobiler Arbeitsteilung,¹⁷ Anderson hebt die Bedeutung des Print-Kapitalismus hervor,¹⁸ Hobsbawm stellt vor allem auf die vor dem Hintergrund veränderter ökonomischer Rahmenbedingungen gestiegenen Anforderungen an die Integration von Individuen in den Staat ab.¹⁹ Alle drei sind sich aber im Kern einig: die *imagined community* der Nation ist, wie es der Politikwissenschaftler Kevin Olson auf den Punkt bringt, „not a disembodied linguistic phenomenon, but one that is deeply physical, mundane, and material.“²⁰

Zweitens ging es den *nation studies* in den 1980er Jahren gleichzeitig darum, die theoretische Sackgasse zu überwinden, in der sich insbesondere (orthodox-)marxistische Erklärungsmodelle der Nation befanden.²¹

14 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 16.

15 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 14.

16 In diese Richtung etwa R. M. Smith, *Stories of Peoplehood: The Politics and Morals of Political Membership*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; oder M. C. Nussbaum, *Toward a Globally Sensitive Patriotism*, Daedalus 2008, Bd. 137, 78.

17 E. Gellner, *Nationalismus und Moderne*, Berlin 1995, S. 42, 55.

18 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 43 ff.

19 Vgl. E. J. Hobsbawm, *Nationen und Nationalismus: Mythen und Realität seit 1780*, Frankfurt a.M. 1991, S. 98 ff.

20 K. Olson, *Imagined Sovereignties: The Power of the People and Other Myths of the Modern Age*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press 2016, S. 25.

21 Vgl. Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 11 ff. (beschreibt die Unfähigkeit marxistischer Bewegungen, das Wesen der Nation zu erfassen); Gellner, *Nationalismus* (Fn. 17),

Im Erklären jeglicher gesellschaftlicher Phänomene durch ökonomischen Determinismus verblieb wenig Raum für die Beschreibung sozialer Differenzierungen wie dem Entstehen unterschiedlicher Nationalitäten.²² Weder die Besonderheiten verschiedener nationaler Imaginationen noch ihre historische Veränderung und ihre gleichmäßige Anziehungskraft auf ideologisch völlig konträre politische Akteure konnten mit dem ökonomischen Reduktionismus hergebrachter marxistischer Theorie zufriedenstellend erklärt werden.

Drittens grenzen sich die *nation studies* von ihrem wohl größten ideengeschichtlichen Antagonisten ab: dem Primordialismus. Dieser greift auf (sozio)biologische und sogar genetische Erklärungen für Nationen zurück.²³ Die Verbindung von Ethnizität und Nation – so zentral in vielen nationalen Imaginationen – ist für Anhänger primordialer Erklärungsansätze real. Dagegen betonen die Theoretiker der *nation studies* den konstruierten Charakter der Nation. Für sie stellvertretend fasst Gellner zusammen: Nationen sind ein „Mythos“, da sie weder „in das Wesen der Dinge eingeschrieben [sind], sie bilden nicht eine politische Version der Lehre von den natürlichen Arten“, noch „waren Nationalstaaten das manifeste letzte Ziel ethnischer oder kultureller Gruppen“.²⁴ Sind Nationen aber in diesem Sinne „unnatürlich“, nämlich konstruiert, so sind nationale Identitäten auch nicht unveränderbar.²⁵ Wie die ursprüngliche Entstehung von Nationen kann sodann auch ihre fortschreitende Perpetuierung und die Veränderung nationaler Identität nachvollzogen und studiert werden. Die Gründungs-eltern der *nation studies* waren erfolgreich darin, unter Forschenden in dem Feld primordiale Erklärungsansätze für die Entstehung von Nationen

S. 143, 169, 190 (grenzt seine Theorie – teilweise als explizite Zurückweisung – von vorherigen marxistischen Erklärungen der Nation und marxistischer Geschichtsphilosophie ab); A. D. Smith, *Nationalism and Modernism: A Critical Survey of Recent Theories of Nations and Nationalism*, London: Routledge 1998, S. 5 f. (bemerkt, dass Hobsbawm und Anderson beide versuchten, über orthodox-marxistische Annahmen hinauszukommen).

22 S. Hall, Gramscis Erneuerung des Marxismus und ihre Bedeutung für die Erforschung von „Rasse“ und Ethnizität, in: *Ideologie, Kultur, Rassismus: Ausgewählte Schriften* 1, Hamburg 1989, S. 56 (64).

23 M. Sökefeld, Problematische Begriffe: „Ethnizität“, „Rasse“, „Kultur“, „Minderheit“, in: Schmidt-Laubner (Hrsg.), *Ethnizität und Migration: Einführung in Wissenschaft und Arbeitsfelder*, Berlin 2007, S. 31 (32 f.) (grundlegend zur Bedeutung des Primordialismus und seiner Opposition zum Konstruktivismus).

24 Gellner, *Nationalismus* (Fn. 17), S. 77.

25 Vgl. Wehler, *Nationalismus* (Fn. 10), S. 10.

durch konstruktivistische zu ersetzen.²⁶ Das bedeutet aber nicht, dass primordiale Annahmen über die Nation nicht weiterhin innerhalb nationaler Imaginationen selbst von großer Bedeutung wären. Im Gegenteil: Nationalismen ziehen einen erheblichen Teil ihrer normativen Kraft daraus, dass Nationen als natürlich imaginiert werden.²⁷ Eine nationale Identität zu besitzen ist zwar kein inhärentes menschliches Attribut, aber – so konstatiert etwa Gellner – „es hat diesen Anschein erworben“.²⁸ Nationale Identität bekommt die Stellung einer biologischen Notwendigkeit: „[e]in Mensch braucht eine Nationalität, so wie er eine Nase und zwei Ohren haben muß“.²⁹

Wie entsteht nun nationale Identität, wenn man den gemeinsamen Grundannahmen der *nation studies* in ihrer Betonung der materiellen Realität der Nation bei gleichzeitiger Ablehnung von ökonomischem Determinismus und Primordialismus folgt? Nationale Identität entsteht erst in der Wechselwirkung zwischen Nationen und Individuen. Als „vorgestellte politische Gemeinschaft“³⁰ existiert die Nation erst, wenn sie parallel von einer Vielzahl an Individuen imaginiert wird. Sie braucht also zwingend das Individuum, bevor sie Realität werden kann. Gleichzeitig existieren aber ebendiese Individuen nicht *a priori* als *nationale* Subjekte. Zu solchen müssen sie erst werden. Der Prozess nationaler Subjektwerdung erinnert dabei an den der Interpellation, wie ihn Louis Althusser beschrieben hat: Individuen werden als (nationale) Subjekte angesprochen, während sie das (nationale) Bestehende anerkennen (dass es „in der Tat so ist und nicht anders“).³¹ Dieses „Anerkennen“ zeigt den paradoxen Charakter nationaler Identität: sie ist eine *choix forcé* (das Individuum muss „wählen, was ihm bereits gegeben ist“ und wird stets behandelt, als hätte es „die Wahl bereits getroffen“).³²

Hier zeigt sich die Grenze funktionalistischer Erklärungsmodelle für die Entstehung und Entwicklung nationaler Identität. Sie preisen den nicht wählbaren Charakter nationaler und nationalstaatlicher Identität nicht ein.

26 Smith, Nationalism (Fn. 21), S. 2.

27 Olson, Sovereignties (Fn. 20), S. 97.

28 Gellner, Nationalismus (Fn. 17), S. 16.

29 Gellner, Nationalismus (Fn. 17), S. 15.

30 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 14.

31 L. Althusser, Ideologie und ideologische Staatsapparate (Anmerkungen für eine Untersuchung), in: Ideologie und ideologische Staatsapparate: Aufsätze zur marxistischen Theorie, Hamburg u.a. 1977, S. 108 (148).

32 S. Žižek, Das erhabene Objekt der Ideologie, Wien: Passagen 2021, S. 229.

Weder das Vorhandensein noch der Inhalt der *imagined community* stehen in der freien, bewussten Verfügung der Individuen, die gemeinsam die Gemeinschaft imaginieren. Zwangsläufig beinhaltet der Prozess Elemente, die dem Zugriff des Individuums von vorneherein verschlossen bleiben. Gleichzeitig umfasst er stets unbewusste Elemente. Insbesondere der Akt der nationalen Interpellation als solcher, durch den die *imagined community* ja erst kontinuierlich geschaffen wird, muss vergessen werden. Anderson spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Nation notwendigerweise „erinnert/vergessen“ werden muss.³³ Dieser Effekt offenbart sich beispielsweise in dem Phänomen, dass die (ethnische) Homogenität und Natürlichkeit der eigenen Nation regelmäßig als gegeben angenommen wird, selbst wenn sie gleichzeitig für andere Nationen in Frage gestellt werden kann.³⁴ Die Schaffung nationaler Identität stellt sich somit als ein komplexer Prozess heraus, der nicht hinreichend als bewusste Manipulation durch (nationalstaatliche) Eliten beschrieben werden kann.³⁵

IV. Über die nationale Identitätsschaffung durch Recht

Was folgt aus dem Gesagten für die Schaffung nationaler Identität durch Recht? Inwiefern sind einem funktionalistischen Rechtsverständnis, das Recht als Mittel bewusster gesellschaftlicher Steuerung fasst, dadurch Grenzen gesetzt? Zur Beantwortung dieser Fragen ist die Rolle, die Recht in der nationalen Subjektwerdung spielt, in den Blick zu nehmen. In Anbetracht der Erheblichkeit dieser Rolle ist erstaunlich, wie wenig sie erforscht ist. Während Rechtswissenschaftler*innen sich fast nie mit der Frage nationaler Identitätswerdung auseinandersetzen, wenden sich Forschende der *nation studies* selten explizit der Rolle des Rechts zu. Dabei besteht ein spannender interdisziplinärer Raum zwischen beiden Disziplinen, der eine vertiefte Zuwendung verdient hätte. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf das Verfassungsrecht, dessen Rolle im Prozess nationaler Identitätsschaffung besonders augenscheinlich ist. Aber auch in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts, könnte die Schaffung und Entwicklung nationaler Identität nachvollzogen werden.

33 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 178.

34 Vgl. Hobsbawm, Nationalismus (Fn. 19), S. 81.

35 R. Brubaker, Myths and Misconceptions in the Study of Nationalism, in: J. A. Hall (Hrsg.), The State of the Nation, Cambridge: Cambridge University Press 1998, S. 272 (292); vgl. auch Hobsbawm, Nationalismus (Fn. 19), S. III.

Im Nationalstaat korrespondiert die Interpellation des Individuums als nationales Subjekt mit seiner Transformation in ein*e Staatsbürger*in. Im Ergebnis sind die Mitglieder der *imagined community* der Nation und die Gruppe der Staatsbürger*innen grundsätzlich identisch.³⁶ In beiden Prozessen wird ein unmittelbarer (natürlicher) Link zwischen Nation und Geburt imaginiert.³⁷ Durch den oben aufgezeigten Mechanismus der nationalen Interpellation, in dem Individuen kontinuierlich als *nationale Subjekte* angesprochen werden, wird der konstruierte Charakter der Nation verschleiert, was auch für die Empfindung des (National-)Staates als etwas vermeintlich natürlich Gegebenes nicht folgenlos bleibt:

„So enthält der Gesellschaftsvertrag, den doch jeder mit jedem abschließen soll und alle mit allen, eine vorab installierte Generalklausel, die nie und nimmer zum Gegenstand des gleichwohl unkündbaren Abkommens zu werden vermag. Die Zentralität des politischen Willens steht fest, bevor dieser überhaupt ermittelt worden ist. Nicht über die Frage also, ob überhaupt Staat sein soll, wird abgestimmt, sondern darüber, was seine jeweilige Regierung zu tun und zu lassen hat.“³⁸

In Form des Nationalstaats, dessen staatliche Verfasstheit genau wie die Kopplung an eine bestimmte, als gegeben imaginierte Nation der Disposition der *imagined community* entzogen bleibt, begegnet das Individuum regelmäßig der Nation. Die nationale Interpellation stellt sich dabei als ein kontinuierlicher Prozess dar, der in hunderten trivialen Interaktionen des Individuums erneut stattfindet. Der Nationalismus ist im etablierten Nationalstaat zu einer alltäglichen, endemischen Kondition geworden.³⁹ Dieser „banale Nationalismus“ – wie der Sozialpsychologe Michael S. Billig ausführt – zeigt sich viel eher in der Nationalfahne, die unbeachtet in der Ecke eines staatlichen Gebäudes hängt, als in der Fahne, die bewusst und inbrünstig geschwungen wird.⁴⁰ Das Individuum begegnet der Nation dabei in vielfältiger Weise auch durch das Recht: es nimmt an gerichtlichen Prozessen teil, schließt Verträge, befolgt Gesetze und beruft sich auf Rechte.

36 E. Horváth, Mandating identity: citizenship, kinship laws and plural nationality in the European Union, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, S. 4.

37 Vgl. G. Agamben, Homo sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben, Frankfurt a.M. 2002, S. 137 (über die Rolle der Geburt in der Transformation des „Untertans“ in einen „Bürger“).

38 J. Bruhn, Was Deutsch ist: Zur Kritischen Theorie der Nation, Freiburg 2019, S. 139.

39 M. S. Billig, Banal Nationalism, Los Angeles: Sage 2009, S. 6.

40 Billig, Nationalism (Fn. 39), S. 8.

Insbesondere dem Verfassungsrecht begegnet es zudem, regelmäßig vermittelt durch Kommentierungen politischer Akteure und die Berichterstattung von Massenmedien, in Form des öffentlichen Diskurses über das Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtsprechung. Recht ist damit ein Ort, an dem auf verschiedene Weise nationale Interpellation stattfindet.

In dieser nationalen Interpellation durch das Recht spielen insbesondere auch durch die Verfassung garantierte subjektive Rechte eine zentrale Rolle. Diese Rolle hat zwei Seiten: Rechte wurden einerseits regelmäßig historisch im Kampf mit dem Staat errungen, gleichzeitig ordnen sie aber das individuelle Begehren und Leben in die staatliche Ordnung, an die sie adressiert sind, ein.⁴¹ Es zeigt sich hier besonders offen das Wesen nationaler Interpellation. Individuen werden durch den Rekurs auf subjektive Rechte durch den Nationalstaat einerseits als nationale Subjekte angesprochen, wobei gleichzeitig das Bestehende anerkannt wird. Die (nationale) Identität, in der die Individuen angesprochen werden, wird perpetuiert.⁴²

Auch jenseits von subjektiven Rechten kann Verfassungsrecht eine wichtige Rolle in der Herausbildung nationaler Identität spielen. Dabei ist insbesondere die symbolische Funktion der Verfassung nicht zu unterschätzen. Dieser Effekt ist in kaum einer nationalen Identität so sichtbar, wie in der deutschen nationalen Re-Imagination nach 1945. Aber auch hier zeigt sich, wie komplex und weitgehend unkontrolliert die Herausbildung nationaler Identität regelmäßig abläuft. Das Grundgesetz war im Angesicht der Teilung des Deutschen Reiches in mehrere Staaten, wie seine „Väter und Mütter“ betonten, zunächst als Provisorium gedacht.⁴³ Die westdeutsche Öffentlichkeit zeigte 1949 nur geringes Interesse an „ihrer“ neuen Verfassung.⁴⁴ Demgegenüber war das Grundgesetz bereits 1989 zu einem so zentralen Symbol der nationalstaatlichen Identität geworden, dass seine Geltung schlicht vertraglich auf die neuen Länder des „wiedervereinten“

41 Vgl. *Agamben*, *Homo sacer* (Fn. 37), S. 129; *W. Brown*, *Suffering the Paradoxes of Rights*, in: *W. Brown/J. Halley* (Hrsg.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press 2002, S. 420 (422).

42 s. zu dem sich daraus ergebenden Dilemma für multikulturelle Rechte, die immer auch „*racial selves*“ produzieren und perpetuieren, *W. Brown/J. Halley*, *Introduction*, in: *Legalism* (Fn. 41), S. 1 (13).

43 *V. Frick*, *Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand: Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979*, Tübingen 2018, S. 13.

44 *M. F. Feldkamp*, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Die Entstehung des Grundgesetzes*, Bonn 2020, S. 170.

Deutschlands erweitert wurde.⁴⁵ Mittlerweile nennen verschiedene Stimmen es einen „(partiellen) Nationen-Ersatz“.⁴⁶

Hier werden die Grenzen funktionalistischer Hoffnung, die in (Verfassungs-)Recht gesetzt wird, deutlich. Die *imagined community* der Nation wird in der Tat durch Verfassungsrecht miterschaffen oder jedenfalls perpetuiert und in ihrem konkreten Inhalt geprägt. In diesem Prozess ist aber die Identität als solche nicht frei verfügbar – nicht für verfassungsrechtliche Eliten und erst recht nicht für das Individuum, das sich auf seine durch die Verfassung garantierten Rechte beruft. Das verkompliziert die Aufgabe derer, die hoffen, durch ein bewusstes „Storytelling“ mittels des Verfassungsdiskurses das Wesen der Nation formen zu können. In diesem Zusammenhang stehen etwa Berufungen auf einen „Verfassungspatriotismus“, der sich selbst als konträres Gegenmodell zu einem ethnischen Nationalismus präsentiert.⁴⁷ Sie gehen von einer Dichotomie zwischen ethnischem und zivilem Nationalismus aus, die sich aus Sicht der *nation studies* und ihrer Einsicht in den Entstehungsprozess nationaler Identitäten so nicht aufrechterhalten lässt. Nicht nur zeigt sich empirisch, dass ethnische und zivile Elemente in allen Nationalismen zusammen auftauchen,⁴⁸ zumindest in den für viele Nationalismen konstitutiven Elementen „Nationalkultur“ und „Nationalsprache“ vermischen sich diese beiden Aspekte auch.⁴⁹ Insbesondere unterliegt diese Trennung aber – wie die *nation studies* zeigen – einem logischen Fehlschluss: auch der „Verfassungspatriotismus“, der antritt, das Wesen des Nationalismus zu ändern, ist in seiner Bezugsgrundlage auf die Imagination einer *a priori* als bereits gegeben imaginierten *imagined community* angewiesen.⁵⁰

45 M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press 2022, S. 14.

46 M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: M. Jestaedt u.a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 77 (86) (unter Hinweis auf J. Isensee).

47 Vgl. etwa zu diesem Dualismus den „Vater“ des Begriffs, D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Hannover 1982, S. 8, 10, 16.

48 Smith, *Peoplehood* (Fn. 16), S. 76 m.w.N.

49 Brubaker, *Myths* (Fn. 35), S. 229 (zur Nationalkultur); Y. Tamir, *Not So Civic: Is There a Difference Between Ethnic and Civic Nationalism?*, *Annual Review of Political Science* 22 (2019), 419 (427 f.) (zur Nationalsprache).

50 Vgl. dazu das gegenseitige Bedingen von „subjektivem“ und „objektivem“ Nationalismus bei Bruhn, *Nation* (Fn. 38), S. 50, 70.

V. Ausblick: Über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein

Dieser Beitrag hat erste Anhaltspunkte dafür geliefert, wie die Mitwirkung des Rechts an der Schaffung und Perpetuierung nationaler Identität aussieht und wie sie theoretisch zu fassen ist. Recht als einen Ort zu verstehen, an dem nationale Interpellation stattfindet, eröffnet einen vielversprechenden interdisziplinären Raum zwischen den *nation studies* und der Rechtswissenschaft. Für Forschende der *nation studies* tut sich eine zusätzliche, bisher nicht ausreichend beachtete Quelle auf, um konkrete nationale Identitäten zu studieren und nachzuvollziehen. Rechtswissenschaftler*innen bieten sich Ansatzpunkte, um über das Wesen und die Wirkung des Rechts zu reflektieren. Die Beschäftigung mit der Frage, wie Recht an der Schaffung und Reproduktion nationaler Identität mitwirkt, erscheint gerade im Angesicht des globalen Erstarkens nationalistischer politischer Bewegungen drängender denn je. Diese Hinwendung zu dem Verhältnis von Recht und nationaler Identität kann dabei aber gerade nicht – wie dieser Beitrag versucht hat aufzuzeigen – einseitig funktionalistisch aufgelöst werden. Recht und insbesondere Verfassungsrecht können zwar in der Schaffung nationaler Identität eine bedeutende Rolle spielen, wegen der stets wechselseitigen Wirkung zwischen nationaler Identität und Recht kann aber der Inhalt nationaler Identität nicht einfach bewusst und einseitig durch die Setzung von Recht gesteuert werden.

Das in diesem Beitrag ausgelotete Verhältnis von Recht und nationaler Identität ist im Ansatz auch auf die Wechselwirkung von Recht und anderen Identitätsmerkmalen übertragbar. Der Effekt etwa, dass Rechte immer auch die Identitäten verstetigen, in denen sie Individuen ansprechen, gibt auch Einblicke in die Formung beispielsweise geschlechtlicher, sexueller oder religiöser Identitäten. Auch hier bietet es sich an, die Grenzen der Funktionalität des Rechts, soweit sich diese in der Hoffnung auf eine einseitige, bewusste gesellschaftliche Steuerung durch Rechtsetzung und Rechtsentwicklung zeigen, kritisch zu diskutieren und – insbesondere auch unter Zuhilfenahme interdisziplinärer theoretischer Erkenntnisse – auszuloten.

Recht berechnen – Zur Messbarkeit von Recht am Beispiel anlassloser Identitätskontrollen

*Johannes Siegel**

Der Beitrag untersucht am Beispiel anlassloser Identitätskontrollen, wie sich Recht empirisch messen lässt. Er zeigt, dass die bloße Dogmatik nicht ausreicht, um die Funktionalität von Rechtsnormen zu erfassen, und verbindet rechtswissenschaftliche, rechtssoziologische und sozialemprirische Ansätze. Anhand von Gerichtsentscheidungen, Polizeistudien, Betroffenenbefragungen und statistischen Daten wird sichtbar, wie dünn die empirische Basis der Rechtsanwendung ist und wie sehr sie zugleich von strukturellen Mustern geprägt wird. Die Analyse offenbart eine geringe „Trefferquote“ der Kontrollen, eine hohe Wahrnehmung von Diskriminierung und eine polizeiliche Kultur, die Ermessensentscheidungen stark beeinflusst. Daraus entsteht ein Spannungsfeld zwischen Rechtsfunktion, Wirksamkeit und Gleichheit. Der Beitrag fragt, ob ein Recht, das empirisch nachweisbar diskriminiert oder kaum Wirkungen erzielt, überhaupt noch „funktioniert“ und fordert eine Dogmatik, die Daten ernst nimmt, um die normative Idee des Rechts auf reale Funktionsfähigkeit zu prüfen.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	206
II.	Daten zur Rechtsanwendung	206
1.	Gerichtsentscheidungen	206
2.	Sozialemprirische Forschungsdaten über Rechtsanwendung	208
a)	Was ist denn das?	209
b)	Quantitative Daten	210
c)	Qualitative Daten	211
d)	Fazit	213
3.	Quantitative Daten der Betroffenen	213
4.	Objektive Daten der Rechtsanwendung	214
III.	Berechenbarkeit	217
IV.	Fazit	219

* Johannes Siegel war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Daniel Thym der Universität Konstanz. Derzeit ist er Regierungsrat im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

I. Einleitung

Die Rechtsanwendung als Facette der Funktionalität verdient mehr Aufmerksamkeit. Wie funktionieren konkrete Rechtsnormen in der Praxis? Ab wann funktioniert Recht und wann funktioniert es nicht mehr? Was ist überhaupt die Funktion konkreter Rechtsnormen? Diesen Fragen nähert man sich idealerweise mit einem empirisch-rechtssoziologischen Ansatz. Eine datengestützte interdisziplinäre Analyse macht Rechtsanwendung transparent und ermöglicht einen Blick über die Dogmatik hinaus. So wird Recht berechenbarer – wenn auch nicht vollständig berechenbar.

Am Beispiel der anlasslosen Identitätskontrollen wird anhand von vier Arten empirischer Daten die Funktionalität dieser dogmatischen Figur analysiert und deren ambivalente Funktionen gemessen. Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Identitätskontrollen haben stets dünne Tatbestände, die nur die räumliche Anwendung beschränken und auf Rechtsfolgende der Polizei Ermessen gewähren. Auswahlermessen und mündliche Verwaltungsakte ohne Begründung sind die Ausgangslage. Anhand der Daten soll festgestellt werden, ob die Kontrollen denn funktionieren, und eine Debatte über deren Funktion ermöglicht werden. Wen diskriminieren sie? Sind sie rassistisch? Besteht eine Struktur?

II. Daten zur Rechtsanwendung

1. Gerichtsentscheidungen

Der natürliche Blick führt zu Gerichtsverfahren und Entscheidungen. Sie sind vertraut und ermöglichen somit auch einen einfachen Zugang zu einer datengestützten Untersuchung. Gerichtsverfahren machen Konflikte sichtbar. Doch sie sind nur das Hellfeld. Nicht jeder Rechtsstreit endet in einem Gerichtsverfahren. Diese Einschränkung muss stets im Blick behalten werden. Dennoch bieten die Verfahren umfangreiche Daten. Im Kontext der anlasslosen Identitätskontrollen zeigt sich, dass das Hellfeld gering ausgeprägt ist und die wenigen Gerichtsverfahren teils jedoch besonders umfangreich sind. Der erste große deutsche *Racial Profiling* Sachverhalt ist ein zentraler Fall der anlasslosen Identitätskontrollen. Er endete vor dem OVG Rheinland-Pfalz 2012 zwar nur in einer übereinstimmenden Er-

ledigungserklärung,¹ dennoch gingen ihm zweimal eingelegte Rechtsmittel und drei Urteile voraus.² Ähnlich umfangreich war der Sachverhalt von Biblap Basu, der seinen Fall bis zu einer Verurteilung Deutschlands durch den EGMR im Jahr 2022 brachte.³ Beide Sachverhalte betreffen Verfahren gegen die Bundespolizei. Diese ist überwiegend die Beklagte in Verfahren bzgl. anlassloser Identitätskontrollen. Das überrascht, da es in beinahe allen Landespolizeigesetzen vergleichbare Ermächtigungsgrundlagen gibt.⁴ Es lassen sich schnell mehrere Verfahren⁵ zur Bundespolizei finden, jedoch nur wenige zum Landesrecht⁶. Diese Entscheidungen sind deutlich seltener, aber erneut umfangreich.⁷

Ein tieferer Blick auf die Verfahren ist aufschlussreich. Als erstes fällt auf, dass inhaltliche Cluster möglich sind: Auf der einen Seite Verfahren, die über die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlagen der anlasslosen Kontrollen stritten und die Rechtsanwendung selbst nicht mehr tief-

- 1 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012.
- 2 S. zum Diskurs des ersten Urteils *J. Drohla*, Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Polizeikontrollen?, ZAR 2012, 411; *S. Adam*, "Racial profiling" bei Befragung und Identitätsfeststellungen im Gefahrenabwehrrecht des Bundes, vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2013, 65; *A. Tischbirek/T. Wihl*, „Racial Profiling“ ist verfassungswidrig, Verfassungsblog vom 31.10.2012; *M. Wagner*, Allegorie des "racial profiling", Die Hautfarbe als polizeiliches Kontrollkriterium, DÖV 2013, 113; *W. Möller*, Der Fremde im Zug. Kritische Anmerkungen zum verwaltungsgerichtlichen Umgang mit Racial Profiling, Betrifft JUSTIZ 2013, 83; ebenso die Veröffentlichungen von NGOs, vgl. *H. Cremer*, Amicus curiae – Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte im Verfahren 7 A 10532/12.OVG vor dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, „Hautfarbe“ ist kein zulässiges Auswahlkriterium für Polizeikontrollen, 10.2012.
- 3 EGMR NVwZ 2022, 1883.
- 4 *J. Siegel*, Rasse, Recht, Racial Profiling, Tübingen 2026, Kap. 3.
- 5 VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012, 5 K 1026/11.KP; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012; VG Köln, Urt. v. 13.6.2013, 20 K 4683/12; VG Koblenz, Urt. v. 23.10.2014, 1 K 294/14; OVG Rheinland-Pfalz NJW 2016, 2820; VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015, 1 K 5060/13; VGH Baden-Württemberg NVwZ 2018, 1893; VG Köln, Urt. v. 10.12.2015, 20 K 7847/13; OVG NRW NVwZ 2018, 1497; VG Dresden, Urt. v. 20.5.2015, 6 K 961/13; Sächsisches OVG, Beschl. v. 17.11.2015, 3 A 440/15; BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung v. 19.6.2018, 1 BvR 3196/15; EGMR, Urt. v. 18.10.2022, Nr. 215/19, Basu gegen Deutschland; VG München, Urt. v. 27.7.2016, M 7 K 14.1468; VG Saarland, Urt. v. 28.9.2017, 6 K 1184/16, Mali; OVG Saarland NVwZ-RR 2019, 725; BVerwG NVwZ 2020, 382; OVG Saarland, Urt. v. 22.2.2022, 2 A 60/20; BVerwG NVwZ 2023, 96.
- 6 Exemplarisch ist das Verfahren Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.
- 7 S. dazu erneut Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.

gehend verhandelten,⁸ und auf der anderen Seite solche, bei denen die Rechtsanwendung der zentrale Punkt war.⁹ Letzteres ist für die Analyse der Funktionalität spannender. Ein Indiz dafür, weshalb mehr Bundesrecht als Landesrecht verhandelt wird, lässt sich jedoch nicht finden. Sagt das etwas darüber aus, ob das Landesrecht besser funktioniert als das Bundesrecht, da es weniger Verfahren gibt? Das muss verneint werden. Die Ermächtigungsgrundlagen unterscheiden sich marginal. Allein die rechtliche Ausgestaltung gibt keine Antwort. An dieser Stelle fällt bereits auf, dass der Blick in die Rechtsprechung erstaunlich wenig darüber sagt, wie und ob bestimmte Rechtsnormen funktionieren.

2. Sozialempirische Forschungsdaten über Rechtsanwendung

Der zweite Typ Daten führt ins Interdisziplinäre. Quantitative und qualitative sozialempirische Forschungsdaten zu Polizeibehörden machen die Rechtsanwendung transparenter. Sie ermöglichen einen Blick auf die Rechtsanwendung, der der Dogmatik verborgen bleibt. Er beantwortet die Fragen, wie die rechtausführende Behörde denkt, welches Selbstverständnis sie hat, welche Werte sie hat und wie sie Ermessen ausfüllt. Die Daten ermöglichen einen Einblick in den Auswahlprozess der Kontrollen.

8 S. beispielsweise die Rechtsprechung aus Baden-Württemberg bezüglich einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit einzelner Normen des BPolG, VG Stuttgart, Urt. v. 25.9.2014, 1 K 1879/13; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, 1 S 1468/17; BVerwG, Beschl. v. 21.1.2019, 6 B 120/18; VG Stuttgart, Urt. v. 11.4.2019, 1 K 2888/18; s. dabei auch die Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 21.12.2015, 3 Ds 303 Js 7262/14; EuGH, Urt. v. 21.6.2017, C-9/16, EU:C:2017:483; AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 22.4.2016, 3 Cs 302 Js 10848/15; AG Kehl, Beschl. v. 28.6.2019, 2 Cs 308 Js 15425/18; EuGH, Beschl. v. 4.6.2020, C-554/19.

9 VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012, 5 K 1026/11.KP; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012; VG Köln, Urt. v. 13.6.2013, 20 K 4683/12; VG Koblenz, Urt. v. 23.10.2014, 1 K 294/14; OVG Rheinland-Pfalz NJW 2016, 2820; VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015, 1 K 5060/13; VGH Baden-Württemberg NVwZ 2018, 1893; VG Köln, Urt. v. 10.12.2015, 20 K 7847/13; OVG NRW NVwZ 2018, 1497; VG Dresden, Urt. v. 20.5.2015, 6 K 961/13; Sächsisches OVG, Beschl. v. 17.11.2015, 3 A 440/15; BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung v. 19.6.2018, 1 BvR 3196/15; EGMR NVwZ 2022, 1883; VG München, Urt. v. 27.7.2016, M 7 K 14.1468; VG Saarland, Urt. v. 28.9.2017, 6 K 1184/16, Mali; OVG Saarland NVwZ-RR 2019, 725; BVerwG NVwZ 2020, 382; OVG Saarland, Urt. v. 22.2.2022, 2 A 60/20; BVerwG NVwZ 2023, 96; VG Hamburg, Urt. v. 10.11.2020, 20 K 1515/17; Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.

a) Was ist denn das?

Der Rechtswissenschaft ist die Behörde an sich stets bekannt. Der rechtliche Aufbau wird analysiert, die Ermächtigungsgrundlagen überprüft und mit den Grundrechten in Verhältnis gesetzt. Deutlich weniger wird darauf geblickt, wie die Behörde tatsächlich funktioniert. Die Behörde, als Institution mit eigenen Werten und eigenem Selbstverständnis, bleibt der juristischen Literatur überwiegend verborgen.¹⁰ Zur Funktion der Rechtsanwendung gehören jedoch auch die Personen, die das Recht anwenden und nicht nur deren Ermächtigungsgrundlage. Eine rechtssoziologische Perspektive drängt sich auf. Interdisziplinäre Forschung ermöglicht eine Analyse, die sowohl das Recht als auch dessen Anwenderin berücksichtigt. Die rechtliche Bewertung sollte daher auf diese Forschung zugreifen und sie einfließen lassen. Damit das gelingt, müssen die Grundzüge der Methoden der sozioempirischen Forschung vergegenwärtigt werden, sodass Ergebnisse nachvollzogen werden und sinnvoll in juristische Bewertung einfließen können. Im Grundsatz kann vor allem zwischen zwei methodischen Zugängen differenziert werden: quantitativen und qualitativen Methoden. Stark vereinfacht untersucht ein quantitativer Ansatz eine Summe von Daten und berechnet auf dieser Basis ein Ergebnis. Das kann bereits dadurch erfolgen, dass anhand eines standardisierten Fragebogens bestimmte Einstellungen zum gesamten Personal einer Behörde abgefragt und beispielsweise mit einer repräsentativen Stichprobe der Gesamtbevölkerung in Verhältnis gesetzt werden.¹¹ Im Gegensatz dazu setzt ein qualitativer Ansatz nicht auf eine Summe von Daten, sondern beispielsweise auf einen interpretatorischen Ansatz, bei dem die Forscher:innen in das Forschungsfeld eintaucht und am Behördenalltag teilnimmt, Interviews führt und Dokumente analysiert. Arbeiten aus beiden Methodenschulen helfen die Funktionalität von Recht zu bewerten.

10 S. beispielhaft die Literatur des Polizeirechts und der Polizeiwissenschaft, die sich kaum gegenseitig beachten.

11 Beispielhaft in *Schiemann et al.*, MEGAVO-Studie, Projektbericht 2021-2024, 8.7.2024, S. 114 f. im Verhältnis zu A. Zick/B. Küpper/N. Mokros, Die distanzierte Mitte, Rechtsextreme und demokratiegefährdende Einstellungen in Deutschland 2022/23, 2023.

b) Quantitative Daten

Quantitative Forschung zur Rechtsanwendung ist selten zu finden. Zur Polizei gibt es jedoch eine aktuelle Studie, die die das Recht anwendende Behörde befragt und einen Einblick in die Ermessenbildung der Polizei ermöglicht.

Mit dem Ziel einer Vollerfassung hat die Studie MEGAVO¹² die Polizeien in Deutschland unter anderem auch in Bezug auf ihre Werte befragt. Spannend ist dabei, dass dafür auch vergleichbare Fragen ausgewählt wurden, sodass die Ergebnisse mit der Gesamtbevölkerung in Verhältnis gesetzt werden können.¹³ Die Studie zeichnet ein differenziertes Bild zur Polizei.

Aus den Daten lässt sich erkennen, dass bei einem Teil der Personen Einstellungen vorliegen, die mit der Verfassung schwerlich vereinbar sind.¹⁴ Das zeigt sich beispielsweise in Ablehnungen gegenüber Sinti und Roma,¹⁵ Muslimen,¹⁶ Asylsuchenden¹⁷ und einer Zustimmung von 27% zur Frage „Es leben zu viele Ausländer in Deutschland“ bei weiteren 24%, die sich zwiegespalten zeigen.¹⁸ Wenngleich sich beim weit überwiegenden Teil der Beamt:innen solche Einstellungen nicht messen lassen, ist der andere Anteil an Personen ein Faktor, der für die Bewertung der Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist und einen Einfluss auf selbige haben wird. Der Grund liegt darin, dass solche Einstellung und das weite Ermessen der anlasslosen Kontrollen eine gefährliche Kombination für die Rechtsanwendung darstellen.

12 Lediglich in Hamburg und Baden-Württemberg konnten keine standardisierten Befragungen vollzogen werden. S. zur Zusammensetzung der Stichprobe aus zwei gewählten Erhebungsterminen *Schiemann et al.*, MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 50; s. einleitend A. *Schiemann/S. Horn*, MEGAVO, Die Studie zu Motivation, Einstellung und Gewalt im Alltag von Polizeivollzugsbeamten, in GSZ 2023, 161.

13 So ist beispielsweise der Chauvinismus-Wert und die Ablehnung von Muslimen in der Polizei höher als in der Gesamtbevölkerung, vgl. *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 123, 111; der Wert bei Fremdenfeindlichkeit und Antiziganismus war dagegen vergleichbar, vgl. ebd., S. 111.

14 S. zu den Daten *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 147.

15 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 106 f.

16 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 107 f.

17 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 110.

18 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 111.

c) Qualitative Daten

Qualitative Forschung ist stets kleinteiliger. So gibt es zahlreiche Arbeiten zum Selbstverständnis und der Arbeitskultur der Polizei. Prägend ist dabei das Konzept der *Cop Culture*.¹⁹ Polizei wird auch als Lebenseinstellung beschrieben.²⁰ Dieser Polizeikultur werden unterschiedliche Charakteristika zugeschrieben, die für den Dienst prägend sind. Sie reichen von Solidarität in der Einheit, über Argwohn und Konservatismus auch zu einem wir-gegen-die-Denken, Rassismus und Sexismus.²¹ Die Polizei wird als Erfahrungsberuf beschrieben, der externer Expertise gegenüber kritisch eingestellt ist. Exemplarisch wird das mit der Aussage beschrieben: „Jetzt vergiss erst mal alles, was Du auf der Schule gelernt hast, wir zeigen Dir jetzt, wie Polizei tatsächlich funktioniert.“²²

Der große Datenbestand zur *Cop Culture* ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da viel Literatur aus dem Ausland stammt,²³ sodass sich in diesem Fall die Frage der Übertragbarkeit stellt. Dennoch entstanden auch in den letzten Jahren zahlreiche deutsche Forschungsarbeiten zur Arbeitskultur und Kontrollpraxis der Polizei.²⁴ Diese bestätigen die internationale Forschung und kommen wiederholt zu dem Ergebnis, dass für polizeili-

-
- 19 S. dazu für Deutschland grundlegend R. Behr, *Cop Culture – Der Alltag des Gewaltmonopols, Männlichkeit, Handlungsmuster und Kultur in der Polizei*, 2. Aufl., Wiesbaden 2008.
 - 20 J. H. Skolnick, *Justice without trial*, 2. Aufl., New York 1967, S. 43.
 - 21 B. Bowling/R. Reiner/J. Sheptycki, *The Politics of the Police*, 5. Aufl., Oxford 2019, S. 127.
 - 22 R. Behr, Diskriminierung durch Polizeibehörden, in: A. Scherr/A. Reinhardt/A. El-Mafaalani (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2. Aufl., Wiesbaden 2023, S. 315 (321).
 - 23 S. zu den USA vor allem Skolnick, *Justice* (Fn. 20) und B. Bowling/R. Reiner/J. Sheptycki, *Politics* (Fn. 21); beispielhaft für Frankreich D. Fassin, *Enforcing order. An ethnography of urban policing*, Cambridge 2013.
 - 24 K. Howe/C. Decker/L. Knobloch/H. Can/A. Bosch, Bericht zur Berliner Polizeistudie, Eine diskriminierungskritische, qualitative Untersuchung ausgewählter Dienstbereiche der Polizei Berlin, Berlin 2022; A. Jacobsen/J. Bergmann, Diskriminierungsrisiken in der Polizeiarbeit, Ergebnisse des Forschungsprojektes »Polizeipraxis zwischen staatlichem Auftrag und öffentlicher Kritik. Herausforderungen, Bewältigungsstrategien, Risikokonstellationen«, Nienburg (Weser) 2024; S. Schmidt, Affekt und Polizei, 2022; A. Graevskaia, Institutioneller Rassismus in der Polizei. Rassistisches Wissen und seine Nutzung, Duisburg 2022, S. 14 f.; L. Abdul-Rahman/H. Espin Grau/L. Klaus/T. Singelstein, *Gewalt im Amt, Übermäßige polizeiliche Gewaltanwendung und ihre Aufarbeitung*, Frankfurt a.M. 2023.

che Praxis intern gebildetes Erfahrungswissen entscheidend ist.²⁵ Es ist die Rede von einer *selffulfilling prophecy*,²⁶ die auf Narrativen wie, dass bei Schwarzen Personen Aufenthaltsdelikte zu vermuten sind,²⁷ oder auf Gefährassoziationen beispielsweise bzgl. bestimmten Orten²⁸ basiert. Auch aus solchen weitergegebenen Erfahrungswerten bildet sich das polizeiliche Wissen, welches die Basis des Auswahlmessens und somit zentral für die Rechtsanwendung ist. Eine Forschungsarbeit zeigte das anschaulich, als die begleitete Polizei im Zuge einer Observation die Personen nach ethnisierenden Kriterien auswählte und erst im zweiten Schritt geschaut wurde, ob sie sich denn überhaupt verdächtig verhalten.²⁹ Das Äußere war der erste Zugriff, denn an diesem war die Gefährassoziationen gekoppelt. Diese Arbeitsweise wird in der polizeilichen Kommunikation als datenbasiert in dem Sinne, dass sie auf Basis der Erfahrungswerte erfolgt, verstanden.³⁰ Anhand dieses Arbeitsverständnisses wird deutlich, dass eine Kluft zwischen dem verfassungsrechtlichen Verständnis von Art. 3 Abs. 3 GG und dem Selbstverständnis effektiver Polizeiarbeit bestehen kann.

-
- 25 J. Grutzpalk, Die Erforschung des Wissensmanagements in Sicherheitsbehörden mit Hilfe der Akteurs-Netzwerk-Theorie in: J. Grutzpalk (Hrsg.), *Polizeiliches Wissen*, Frankfurt a.M. 2016, S. 15 (42).
- 26 J. Niemz/T. Singelstein, Racial Profiling als polizeiliche Praxis, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, Wiesbaden 2022, S. 337 (347 f); A. Sandhu, Racial Profiling im Lichte der Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG im europäischen Grundrechtsraum, *ZFL* 2023, 271 (292 f); ebenso die *selffulfilling prophecy* beschreibend, K. Menke/ C. Wernerus/ A. Graevskaia/ A. Rumpel, *Rassismus in Behörden und differenzielle Teilhabe im deutschen Sozialstaat*, *SozSich* 2022, 179 (181 f.); A. Graevskaia, *Rassismus* (Fn. 24), S. 14 f.
- 27 S. das Beispiel bei J. Niemz/T. Singelstein, *Racial Profiling als polizeiliche Praxis*, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei*, Wiesbaden 2022, S. 337 (347 f.).
- 28 D. Hunold/T. Dangelmaier/E. Brauer, *Soziale Ordnung und Raum – Aspekte polizeilicher Raumkonstruktion*, *SozProb* 2021, 19 (31).
- 29 A. Jacobsen/J. Bergmann, *Diskriminierungsrisiken* (Fn. 24), S. 133 ff.
- 30 S. beispielhaft zur Polizei als Erfahrungsberuf aus gewerkschaftlicher Sicht O. Malchow, Die Sicht der GdP auf die Polizei der Zukunft, in: D. Wehe/H. Siller (Hrsg.), *Handbuch Polizeimanagement, Polizeipolitik – Polizeiwissenschaft – Polizeipraxis*, 2. Aufl., Wiesbaden 2023, S. 203 (207); beispielhaft dafür ist die Reaktion eines Beamten, der in einem Interview lachend erklärt, dass er nach Hautfarbe Personen kontrolliere, da er sich ja an etwas halten müsse und daher Vorwürfe seltsam findet, was die Interviewerin unkritisch als Dilemma bezeichnet, vgl. A. Meier, *Racial Profiling – praktiziert, empfunden oder gefordert? Perspektiven der Polizei*, in: H. Groß/P. Schmidt (Hrsg.), *Polizei und Migration*, Frankfurt a.M. 2020, S. 136 (153).

d) Fazit

Sowohl aus quantitativer als auch aus qualitativer Forschung gibt es Ergebnisse, die Einfluss auf die Funktionalität der Rechtsanwendung haben. Dennoch darf hier nicht kausal zu einer dysfunktionalen Rechtsanwendung gesprungen werden. Eine ablehnende Einstellung bezüglich einer Personengruppe führt nicht kausal zu einer anderen Behandlung von Personen, die dieser Gruppe zugeordnet werden.³¹ Gleichwohl können die Ergebnisse nicht ausgeblendet werden. Die handelnde Behörde und ihre Arbeitskultur beeinflussen die Rechtsanwendung. Die Kombination der Polizei mit ihrer aus der Forschung darstellbaren Arbeitskultur und mit Ermächtigungsgrundlagen, deren Tatbestände sich weitgehend auf ein Auswahlermessen reduzieren, erscheint bereits an dieser Stelle als verfassungsrechtlich spannungsgeladen. Eine Auflösung dieses Spannungsfeldes ist nicht ersichtlich.

3. Quantitative Daten der Betroffenen

Der dritte Typ empirischer Daten wechselt die Perspektive von der handelnden Behörde zu den von dieser Kontrollierten. Betroffenenbefragungen ermöglichen einen Einblick auf das Kontrollgeschehen, welcher rechtlich nicht in Form von Verfahren und Urteilen abgebildet wird.

Dazu bestehen drei große Studien: eine europaweite von der Agentur der Europäischen Grundrechte, eine im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und eine aus der betroffenen Community in Form des von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes geförderten Afrozensus. Sie bilden Folgen und damit auch die Funktionalität von Recht ab, indem sie Diskriminierungserfahrungen quantifizieren. Auf diese Art stellen sie eine außerrechtliche Quelle zur Bewertung von Recht dar, die die Rechtswissenschaft methodisch herausfordern.

Aus dem Afrozensus lässt sich entnehmen, dass 56,7% der Teilnehmenden angaben, dass sie zumindest einmal in ihrem Leben von der Polizei

31 M. Wegner/K. Ellrich, Rassistische Einstellungen von Polizeibeamt:innen, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), Rassismus in der Polizei, Wiesbaden 2022, S.107 (110).

ohne erkenntlichen Grund kontrolliert wurden.³² Gleichzeitig gaben jedoch 82,1% an, dass sie in den letzten zwei Jahren³³ von der Polizei diskriminiert wurden.³⁴ Als Diskriminierungsgründe dominierten dabei – bei möglicher Mehrfachnennung – die Hautfarbe (85,1%) und ethnische Herkunft sowie rassistische Gründe (80,2%).³⁵ Diese Ergebnisse decken sich mit der Studie der Agentur der Europäischen Grundrechte aus dem Jahr 2023.³⁶ Befragte aus Deutschland gaben dabei mit 57% für die letzten 5 Jahre und 69% für die letzten 12 Monate den höchsten Wert einer Wahrnehmung eines *ethnic profiling* an.³⁷ Dieses Ergebnis deckt sich wiederum mit der deutschen Betroffenenbefragung aus dem Jahr 2015, die mit 68,1% einen vergleichbaren Wert ausweist.³⁸

Somit lässt sich über Jahre hinweg auf Seite der von Kontrollen betroffenen Personen eine Wahrnehmung von Diskriminierung messen. Das ermöglicht eine Perspektive auf die Funktionalität von Rechtsanwendung, die die Dogmatik nicht abbilden kann, da sie dafür schlicht nicht vorgesehen ist. Die Herausforderung ist die Analyse, ob diese Perspektive auf Rechtsanwendung auch eine rechtliche Dimension hat. Spielt es rechtlich denn überhaupt eine Rolle, dass Menschen Rechtsanwendung als Diskriminierung wahrnehmen und wenn ja, wie lässt sich das abstrakt und losgelöst von der Einzelfallbetrachtung rechtlich abbilden?

4. Objektive Daten der Rechtsanwendung

Als vierter und letzter Typ folgen harte, objektive Daten in Form der absoluten Zahlen der Normanwendungen durch die Bundespolizei. Im Wege

32 M. AnNisa Aikins/T. Bremberger/J. Aikins, Afrozensus 2020, Perspektiven, Anti-Schwarze Rassismuserfahrungen und Engagement Schwarzer, afrikanischer und afro-diasporischer Menschen in Deutschland, Berlin 2021, S. 120 f.

33 Der Datensatz des Afrozensus wurde im Jahr 2020 erhoben, vgl. AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus (Fn. 32), S. 50.

34 AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus (Fn. 32), S. 120.

35 AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus (Fn. 32), S. 121.

36 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), Being Black in the EU. Experiences of people of African descent, Wien 2023.

37 FRA, Being Black in the EU, (Fn. 36), S. 77.

38 Beigang et al., Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, Baden-Baden 2017, S. 261–264. Im Kontext anlassloser Kontrollen wurde bei möglicher Mehrfachnennung in 68,1% der Fälle „(Ethnische) Herkunft und rassistische Diskriminierung“ als Diskriminierungserfahrung angegeben.

von Antworten auf Kleine Anfragen veröffentlichten Bundesregierungen über Jahre hinweg stets, wie oft die Bundespolizei Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Kontrollen anwandte und wie oft die Kontrollen Treffer erzielten. Diese Daten werden sträflich ignoriert und haben mehr Aufmerksamkeit verdient. Sie sind schließlich als Daten der Bundesregierung der Polizei selbst am nächsten. Sie werden stets nach Ermächtigungsgrundlagen aufgeschlüsselt angegeben, was eine besonders differenzierte Arbeit ermöglicht. Das stellt im Spektrum der anlasslosen Kontrollen nur einen kleinen Bereich dar, da es jegliche Landespolizeien ausblendet. Zu diesen existieren jedoch, soweit ersichtlich, keinerlei Daten, sodass sich die Leerstelle der Rechtsprechung auch auf Ebene dieser Daten widerspiegelt.

Anhand der Daten lässt sich eine Trefferquote ausrechnen. Das erfolgt äußerst simpel dergestalt, dass die Kontrollen insgesamt mit den erzielten Treffern in Verhältnis gesetzt werden.³⁹ Das Ergebnis kann als die Hit-Rate der Bundespolizei für den abgefragten Zeitraum bezeichnet werden. Diese Hit-Rate kann als Gradmesser für die Funktionalität der Rechtsanwendung herangezogen werden.

Das Bild der Daten ist überraschend eindeutig: Im Jahr 2024 erfolgten 443.010 Maßnahmen im Sinne von § 22 Abs. 1a BPolG und 4.404.215 Maßnahmen im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.⁴⁰ Im Fall von § 22 Abs. 1a BPolG wurde 1.957-mal eine unerlaubte Einreise und 383-mal ein unerlaubter Aufenthalt festgestellt.⁴¹ Damit sind nur 2.340 von 443.010 Maßnahmen gemäß § 22 Abs. 1a BPolG erfolgreich gewesen. Das ergibt eine Hit-Rate von 0,005%. Im Fall von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ist das Ergebnis ähnlich. Es wurde 15.970-mal eine unerlaubte Einreise und 2.283-mal ein unerlaubter Aufenthalt festgestellt.⁴² Somit waren nur 18.253 der 4.303.215 Maßnahmen erfolgreich. Das ergibt eine Hit-Rate von 0,004%.

39 S. bzgl. deskriptiver Statistik E. Towfigh, Der Umgang mit Empirie beim Nachweis von Diskriminierung, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, Rn. 1 (52–59).

40 *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Büniger, Dr. André Hahn, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Gruppe DIE LINKE. Problematik des Racial Profiling und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei seit 2022, BT-Drs. 20/15031, Anlage S. 1.

41 Ebd.

42 Ebd.

2024 war aufgrund einer besonders hohen Anzahl an Maßnahmen ein außergewöhnliches Jahr.⁴³ Mit Blick auf die Hit-Rate war es jedoch, dem Trend folgend, ein besonders schwaches Jahr. Auch im Jahr 2023 war die Hit-Rate für § 22 Abs. 1a BPolG mit 0,0076% genauso wie bei § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit 0,03% kaum feststellbar. 2022 war das Jahr, das diesen Trend begann. Mit 0,0059% für § 22 Abs. 1a BPolG und 0,024% für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG war die Hit-Rate besonders niedrig.⁴⁴ Im Jahr 2021 waren die Hit-Rates mit 1,03% für § 22 Abs. 1a BPolG und 1,59% für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG noch deutlich höher,⁴⁵ wenngleich weiterhin erschreckend niedrig. Anzeichen dafür, dass die Statistik 2021 durch die Pandemie besonders beeinflusst war, drängen sich nicht auf. Im Jahr 2013 waren die Daten vergleichbar. Damals folgten aus 482.953 Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG und 2.318.462 nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG Treffer im Umfang von 19.223 Fällen einer unerlaubten Einreise und 5.881 Fällen eines unerlaubten Aufenthalts.⁴⁶ In der Summe sind das 25.104 Treffer bei 2.801.415 Maßnahmen und eine Hit-Rate von 0,9%.

Selbst im angespannten Jahr 2015 erfolgten bei 317.221 Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG 13.867 Treffer zu unerlaubten Einreisen und 6.493 zu unerlaubten Aufenthalten. Bei 2.056.480 Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG wurden 114.788 Fälle von unerlaubten Einreisen und 3.190 von unerlaubten Aufenthalten festgestellt.⁴⁷ Das ergibt für § 22 Abs. 1a BPolG eine Hit-Rate von 6,42% und für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG

43 Die Erhöhung ist mit der Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen ab Ende 2023 zu erklären.

44 *Deutscher Bundestag*, Kleine Anfrage (Fn. 40), Anlage S. 1.

45 *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Bünger, Nicole Gohlke, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik des Racial Profiling und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei seit 2021, BT-Drs. 20/4661, S. 3-4.

46 *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Sevim Dağdelen, Petra Pau, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik anlassloser Polizeikontrollen und „racial profiling“, BT-Drs. 18/453, S. 4. Leider erfolgte damals keine Aufschlüsselung nach Maßnahmen.

47 Spannend ist dabei auch die zusätzliche Aufschlüsselung nach Staatsangehörigkeiten, wobei wenig überraschend Afghanistan und Syrien dominieren, vgl. *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Sevim Dağdelen, Harald Petzold (Havelland), weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik des „racial profiling“ und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei im Jahr 2015, BT-Drs. 18/8037, S. 5 f.

eine von 5,74%. Die Quote ist damit deutlich höher als in den anderen Jahren und dennoch erstaunlich gering im Kontext für das Jahr 2015.

Für die Bewertung der Funktionalität und auch der Funktion einer Rechtsanwendung sind solche Daten von großer Bedeutung. Eine Hit-Rate im einstelligen Prozentbereich und darunter wirft Fragen über die Funktion der Rechtsnorm auf. Funktioniert die Rechtsanwendung noch, wenn durch sie kaum Treffer gelandet werden? Ab welcher Hit-Rate könnte von einer funktionierenden oder sogar einer guten Rechtsanwendung gesprochen werden? Hat eine geringe Hit-Rate bereits im Rahmen der Geeignetheit einen Einfluss auf die Verfassungsmäßigkeit einer Ermächtigungsgrundlage? Derlei Fragen drängen sich auf. Sie sind notwendig, um eine datengestützte Bewertung der Funktionsweise von Recht dogmatisch einzuordnen.

III. Berechenbarkeit

Die Datenlage zeichnet ein konkretes Bild: Eine marginale Hit-Rate gepaart mit diskriminierender Wahrnehmung bei gleichzeitig niedriger Anzahl von Gerichtsverfahren und noch niedrigerer Anzahl von als rechtswidrig festgestellten Maßnahmen.

Die vier unterschiedlichen Typen von Daten ermöglichen darauf aufbauend eine Bewertung der Funktionalität und Funktion der Rechtsanwendung, die einer isolierten dogmatischen Betrachtung verborgen bleibt. Jeder Typ Daten bringt eine Komponente hinzu, die eine neue Perspektive auf anlasslose Kontrollen zulässt. Aus der Rechtsprechung ergibt sich ein sehr eingeschränktes Bild. Vereinzelte Urteile und ein Ungleichgewicht aufseiten der Bundespolizei lassen den Trugschluss zu, dass die damit einhergehenden Rechtsfragen zum einen der Vergangenheit angehören und zum anderen von geringer Bedeutung sind. Schon die Berücksichtigung der Betroffenenbefragungen zeigt, dass eine gegensätzliche Wahrnehmung besteht. Die hohe Diskriminierungserfahrung bei Polizeikontrollen wird über Jahre hinweg dokumentiert. Diese Daten werden noch zusätzlich dadurch gestützt, dass aus repräsentativen Daten eine höhere Kontrollwahrscheinlichkeit für junge differente Männer berechnet wurde.⁴⁸ Bereits diese

48 A. Wittlif/M. Müller, Racial Profiling bei Polizeikontrollen. Indizien aus dem SVR-Integrationsbarometer, SVR-Policy Brief 2023-3, Berlin 2023, S. 9 f. Differenz meint dabei „von den Befragten wahrgenommene Fremdzuschreibung aufgrund äußerlich wahrgenommener Merkmale“ (S. 6).

beiden datengestützten Befunde zeigen ein Spannungsverhältnis auf, in dem die Rechtsanwendung stattfindet.

In diesem Spannungsfeld ist der Blick auf die das Recht anwendende Behörde zu legen. Die Polizeien haben eine wissenschaftlich untersuchte eigene Arbeitskultur und sind allein schon durch die ihr inhärente Gewaltanwendung keine Behörde wie jede andere. Diese Arbeitskultur trägt auch zu der Art und Weise bei, wie Recht angewandt wird und wie Ermessen ausgeübt wird. Eine Behörde, die stark auf interner Wissensbildung aufbaut und auch von Narrativen geprägt ist, bringt nachvollziehbarerweise ihre eigene Perspektive in die Rechtsanwendung. Die Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Kontrollen setzen mit ihren geringen Anforderungen auf Tatbestandsebene einen Anreiz dazu, sich Narrativen und einfachen Zuschreibungen zu Personengruppen hinzugeben.

Das führt zurück zu der zentralen Frage: Funktionieren die anlasslosen Kontrollen in dieser Gemengelage? Die Daten der Maßnahmen der Bundespolizei sprechen eine klare Sprache: Nein, die anlasslosen Kontrollen funktionieren nicht, da sie kaum Treffer produzieren. Ihre Eignung ist daher fraglich. Dieses Ergebnis muss jedoch mit Blick auf die Funktionalität differenzierter betrachtet werden. Es trifft nur zu, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass anlasslose Kontrollen das Ziel haben, unerlaubte Einreisen, Aufenthalte oder grenzüberschreitende Kriminalität zu verhindern. Wenn die Funktionalität jedoch weiter zu verstehen ist, dann lässt sich auch sagen, dass sie sehr wohl funktionieren. Eine weitere Funktion der Kontrollen ist ihre generalpräventive Wirkung. Allein die abstrakte Möglichkeit einer Kontrolle, so die Annahme, hat bereits eine lenkende Wirkung auf die Delinquenz. Die Möglichkeit im Grenzraum oder an gefährlichen Orten stets einer allein im Auswahlermessen der Beamt:innen liegenden Kontrolle ausgesetzt werden zu können, produziert ein Gefühl, eine Angst, was ebenso Funktion der Ermächtigungsgrundlagen ist.

Diese generalpräventive Funktion wurde seit jeher im Kontext der anlasslosen Kontrollen mitgedacht. Diese Wirkung zu messen ist deutlich schwieriger. Die geringe Hit-Rate ist im Kontext der Generalprävention ebenso wie die nur wenigen Gerichtsentscheidungen nicht länger ein relevanter Faktor. Die Generalprävention wirkt gerade allein durch die Möglichkeit einer Kontrolle. Viele Kontrollen, egal ob erfolgreich oder nicht, zeigen aus dieser Perspektive ihre Wirkung. Jedoch verbleibt ein Datensatz weiterhin gravierend. Die Wahrnehmung der Diskriminierung bleibt bestehen. Auch bei der Annahme einer allein generalpräventiven

Funktion würde in diesem Szenario die diskriminierende Wirkung weiterhin ein wesentlicher negativer und deutlich messbarer Bestandteil der Rechtsanwendung bleiben. Diese diskriminierende Wirkung wurde bereits in den 1990er Jahren bei der Einführung solcher Ermächtigungsgrundlagen diskutiert und vergeblich darauf gehofft, dass sie nicht eintreten wird.⁴⁹ Wenn die Diskriminierungserfahrungen ein messbarer Bestandteil von anlasslosen Kontrollen sind, dann kann nicht angenommen werden, dass diese Maßnahmen funktionieren. Auch wenn die Funktion nicht eine Diskriminierung ist und selbst prozessual keine Diskriminierung festgestellt werden kann, so verbleiben dennoch messbare Diskriminierungserfahrungen, die bei der Frage der Funktionalität dieser Art von Exekutivhandeln mitgedacht werden müssen. Auch eine generalpräventive Maßnahme, die repräsentativ messbar nicht alle Menschen gleichermaßen betrifft, sondern maßgeblich bestimmte Personengruppen adressiert, wie beispielsweise junge differente Männer,⁵⁰ funktioniert nicht. Diese Datenlage muss Einzug in eine dogmatische Bewertung der Ermächtigungsgrundlagen finden. Eine für die Dogmatik typische Einzelfallbetrachtung führt hier nicht zum Ziel, da nicht die individuelle Kontrolle Beispiel für die Dysfunktionalität ist, sondern die geringe Hit-Rate in Kombination mit der erheblichen Wahrnehmung von Diskriminierung. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Rechtsanwendung, die derartige Datensätze nicht berücksichtigt, gestaltet sich als unvollständig. Eine gesetzliche Ausgestaltung kann messbar die Wahrnehmung einer Diskriminierung hervorrufen, auch ohne einen individuellen, prozessual festgestellten und dogmatisch herleitbaren Art. 3 Abs. 3 GG-Verstoß. Wenn eine solche diskriminierende Wirkung von Anfang an gesehen wird, messbar ist und in Anbetracht der Arbeitskultur der ausführenden Behörde auch Synergien hat, dann kann und muss auch über Rassismus als strukturelles Problem gesprochen werden.

IV. Fazit

Eine datengestützte Analyse ermöglicht es, die Anwendung und Folgen von anlasslosen Kontrollen transparent und greifbar zu machen. Funktionalität lässt sich aber nicht ausrechnen. Zahlen allein beantworten nicht die Frage,

49 Landtag von Baden-Württemberg, Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses zu a) dem Gesetzentwurf der Landesregierung – Drucksache 12/52 Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes, 3.7.1996, S. 5.

50 Wittlif/Müller, Racial Profiling (Fn. 48), S. 13 f.

ob eine Norm „funktioniert“. Daten ermöglichen jedoch eine intensivere Analyse dogmatischer Figuren. Nur so können auch generalpräventive Funktionen von Recht sinnvoll diskutiert werden. Für das Sicherheitsrecht ist das zentral: Wer über Recht und Sicherheit spricht, muss auch fragen, auf wessen Kosten diese Sicherheit entsteht. Wem droht Diskriminierung? Ist die Rechtsanwendung rassistisch? Welche Folgen ergeben sich aus den Kontrollen? Eine uninformierte Dogmatik reicht nicht aus, um diese Frage zu beantworten.

Auf Basis der Daten lassen sich anlasslose Identitätskontrollen kritisch bewerten. Wenn ihre Funktion tatsächlich in der Verhinderung unerlaubter Einreisen und Aufenthalte oder grenzüberschreitender Kriminalität gesehen wird, dann funktionieren sie nicht. Die Frage der Funktionalität wird somit eine Frage der Perspektive. Bei Annahme einer allein generalpräventiven Funktion lässt sich sagen, dass die Kontrollen funktionieren. Die Frage, die sodann bleibt, ist: Zu welchem Preis? Die diskriminierende Wirkung ist klar feststellbar und wurde seit Anbeginn antizipiert. Dennoch wurde einer Behörde mit bekanntermaßen herausfordernder Arbeitskultur ein Typ von Ermächtigungsgrundlage eröffnet, dessen diskriminierende Effekte angesichts der Datenlage keine Einzelfälle sind, sondern eine breite Struktur darstellen. Diese tatsächliche Dimension muss in die Rechtsdogmatik einfließen und bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit die Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden, denn Recht muss für alle funktionieren und nicht nur für die mit empirisch messbar geringer Kontrollwahrscheinlichkeit.

Macht des Geldes: Steigerung der Leistungsfähigkeit des Unionsrechts im Rahmen hybrider Wertedurchsetzung

Andreas Knecht*

Seit 2022 nutzt die EU verstärkt ihre Finanzen als Hebel zur Wertedurchsetzung. Diese „Macht des Geldes“ steigert die Durchsetzungsfähigkeit des Unionsrechts gegenüber den Mitgliedstaaten. Der Effekt beruht nicht nur auf finanziellem Druck, sondern auch auf der Umkehr prozessualer Vorzeichen gegenüber dem Vertragsverletzungsverfahren sowie der Verhärtung von Soft Law.

Zugleich eröffnet die Wertekonditionalität die Haushaltsdurchführung als ergänzendes Forum des Wertekonflikts. In der Haushaltsdurchführung verlagert sich die Wertekonkretisierung in einen bilateralen Aushandlungsprozess zwischen Kommission und nationaler Regierung. Dieser Verhandlungsprozess treibt die Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt voran und erschwert zugleich parlamentarische Kontrolle.

Die erste Anwendung gegenüber Ungarn zeigt ein ambivalentes Bild, misst man sie an der Fähigkeit, Konflikte zu lösen oder zu domestizieren. Zwar hat Ungarn Reformen durchgeführt, deren Wirksamkeit jedoch umstritten ist. Zugleich steht die EU wegen Intransparenz und mutmaßlicher doppelter Standards bei der Anwendung in der Kritik. Dieser Vorwurf wiegt im Rahmen des Werteschutzes besonders schwer.

Inhaltsverzeichnis

I.	EU-Finanzen als Instrument der Wertedurchsetzung	222
II.	Mechanismen der Leistungssteigerung	223
	1. Umkehr der prozessualen Vorzeichen	224
	2. Verhärtung von Soft Law	226
III.	Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt	228
	1. Verlagerung des Wertekonflikts in die Haushaltsdurchführung	229
	2. Hybridisierung durch Wertekonkretisierung in bilateralen Verhandlungen	230
	3. Risiken der Hybridisierung	231
IV.	Zwischenfazit und Ausblick: Administrative Lösung der Rechtsstaatlichkeitskrise?	234

* Andreas Knecht ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Für wertvolle Anregungen und Kommentare danke ich den Teilnehmenden der Dienstagsrunde von Armin von Bogdandy sowie dem Organisationsteam der Tagung.

I. EU-Finzen als Instrument der Wertedurchsetzung

Die stockende Reaktion der EU auf die Rechtsstaatlichkeitskrise in Polen und Ungarn demonstrierte die Schwachstellen klassischer Instrumente der Wertedurchsetzung.¹ Seit 2022 nutzt die EU daher verstärkt ihre Finanzen als Hebel zur Durchsetzung ihrer in Art. 2 EUV verankerten Werte. Besonders die Anwendung gegenüber Ungarn zeigt, wie weit die unionsrechtliche Wertekonditionalität reichen kann: Rat und Kommission blockierten zeitweise Mittel in Höhe von rund einem Drittel der jährlichen Regierungsausgaben Ungarns und knüpften die Freigabe an konkrete Reformen zur Rechtsstaatlichkeit sowie Vorgaben der Grundrechtecharta.²

Die Konditionalität steigert so die Leistungsfähigkeit des Unionsrechts im Sinne einer erhöhten Durchsetzungsfähigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten.³ Über den finanziellen Druck hinaus stechen zwei Effekte hervor: Erstens kehrt sich die Prozessführungslast um. Bisher musste die Kommission im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Mitgliedstaaten wegen Verletzungen der Werte vorgehen. Nun muss der Mitgliedstaat die Feststellung der Unionsorgane angreifen, wonach unionsrechtliche Bedingungen nicht eingehalten sind. Zweitens steigt die Verbindlichkeit von Soft Law. Unter dem neuen Regime kann die Kommission die Freigabe von Mitteln an die Umsetzung bisher unverbindlicher Vorgaben knüpfen.

Diese Durchsetzungsform trägt zur Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt bei.⁴ Kommission und nationale Regierungen verhandeln Reformen bilateral und übersetzen Anforderungen der EU-Werte mittels Tertiärrechtsakten, etwa Durchführungsbeschlüssen, in konkrete Maßnahmenpläne und überprüfbare Meilensteine. Die Kommission überwacht die nationale Umsetzung. Diese Hybridisierung stärkt die Kommission auf Kosten des Europäischen Parlaments. Damit einhergehend sind die Maßnahmen für die Öffentlichkeit schwerer nachzuvollziehen.

1 Vgl. G. Halmai, The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality, *Hague Journal on the Rule of Law* 2019, 171.

2 Vgl. *Europäischer Rechnungshof*, Sonderbericht 03/2024: Rechtsstaatlichkeit in der EU, insbesondere Rn. 87.

3 Vgl. zur effektiven Durchsetzung des Rechts als Bedingung des Rechtsstaats R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2011, S. 162.

4 Vgl. für das Eurosystem P. Dermine/M. Markakis, Hybrid governance structures and monetary policy, *Politics and Governance* 2025, Article 8943.

Misst man die Leistungsfähigkeit des Rechts an seiner Fähigkeit, Wertekonflikte zu lösen oder zumindest zu domestizieren,⁵ zeigt die Konditionalität ein ambivalentes Bild. Einerseits verlagert sie den Konflikt teilweise ins Haushaltsrecht, andererseits wird den EU-Institutionen politische Opportunität und doppelte Standards vorgeworfen.⁶

II. Mechanismen der Leistungssteigerung

Autoritäre Entwicklungen in manchen Mitgliedstaaten rückten die Werte des Art. 2 EUV in den Mittelpunkt europäischer Debatten. Die EU reagierte auf diese Rechtsstaatlichkeitskrise: Sie ergänzte das in den Verträgen vorgesehene politische Verfahren des Art. 7 EUV um ein breites Instrumentarium, von Vertragsverletzungsverfahren bis hin zu diversen Soft Law Instrumenten. Seit 2018 hat der EuGH den Inhalt der Werte konkretisiert und klargestellt, dass die Werte auch in Bereichen exklusiver Kompetenzen der Mitgliedstaaten rechtlich verbindlich sind.⁷ Darüber hinaus prägt Art. 2 EUV als identitätsstiftende Norm die Union.⁸ Diese Entwicklung berührt das föderale Gleichgewicht der EU, weil die Werte ein Mindestmaß an Homogenität verlangen⁹ und bis in die Staatsorganisation der Mitgliedstaaten hineinwirken können.¹⁰

Trotz des erweiterten Instrumentariums und der Konkretisierung der EU-Werte hielt die Rechtsstaatlichkeitskrise weiter an. Vor diesem Hintergrund führte die EU Ende 2020 drei Instrumente der Wertekonditionalität ein. Allen dreien liegt der Mechanismus zugrunde, den Erhalt von EU-Mitteln an die Einhaltung der Verpflichtungen aus den EU-Werten zu knüpfen. Im Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit steht die Konditionalitätsver-

5 Vgl. als Funktion des Rechts *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 186 ff., 292 ff.; *K. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 14.

6 Siehe für die Kritik z.B. durch das Ungarische Amt für den Schutz der Souveränität: *T. Lánicz*, A two-trillion-euro nightmare for the dismantling of nation states, 22.07.2025, <https://szuverenitasvedelmihivatal.hu/hirek/a-two-trillion-euro-nightmare-for-the-dismantling-of-nation-states>, abgerufen am 16.09.2025.

7 Startpunkt war EuGH, *ASJP*, Rs. C-64/16, EU:C:2018:117. Vgl. *A. Knecht*, Tilting the Federal Balance?, *European Public Law* 2025, 145 (156 ff.).

8 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat*, Rs. C-156/21, EU:C:2022:97, Rn. 127, 232.

9 *L. D. Spieker*, *EU Values Before the Court of Justice*, Oxford 2023, S. 165 ff.

10 Kritisch zur Entwicklung *M. Nettesheim*, Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV, *EuR* 2024, 269.

ordnung, die den EU-Haushalt bei Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit schützen soll und deren Einführung hoch umstritten war.¹¹ Die Dachverordnung der Kohäsionsfonds verknüpft die Einhaltung der Grundrechtecharta mit der Auszahlung von Mitteln. Die Aufbau- und Resilienzfazilität (ARF) bindet Auszahlungen an die Umsetzung nationaler Reformempfehlungen aus dem Europäischen Semester.¹² Die Einführung der Instrumente war umstritten, insbesondere wegen befürchteter Kompetenzverschiebungen und der bekannten Lenkungswirkung von Ausgabenpolitik in föderalen Systemen.¹³

Die erste parallele Anwendung aller drei Instrumente gegenüber Ungarn hat den finanziellen Druck auf Mitgliedstaaten verdeutlicht. Daneben zeigen sich zwei rechtspraktische Effekte, die die Durchsetzungsfähigkeit des Unionsrechts erhöhen: die Umkehr der prozessualen Vorzeichen sowie die Verhärtung von Soft Law.

1. Umkehr der prozessualen Vorzeichen

Die Wertekonditionalität invertiert die prozessuale Ausgangslage vor dem EuGH. Die Kommission, gegebenenfalls im Zusammenspiel mit dem Rat, stellt in Durchführungsbeschlüssen Verstöße oder die Nichterfüllung von Bedingungen fest. Daran knüpft die Aussetzung von Mitteln als Rechtsfolge. Diese Beschlüsse gelten bis zu ihrer Aufhebung als rechtmäßig.¹⁴ Betroffene oder der adressierte Mitgliedstaat müssen sie mit der Nichtig-

11 Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union (Konditionalitätsverordnung); vgl. zu den Kontroversen um die Einführung der Verordnung nur A. Baraggia/M. Bonelli, Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges, German Law Journal 2022, 131.

12 Vgl. für die gemeinsame Darstellung der Instrumente nur: K. L. Scheppele/J. Morijn, What Price Rule of Law?, in: A. Söderszen/E. Hercok (Hrsg.), The Rule of Law in the EU, Stockholm 2023, S. 29. Die zwei letztgenannten Verordnungen sind: Verordnung (EU) 2021/1060 mit gemeinsamen Bestimmungen über verschiedene EU-Fonds (Dachverordnung); Verordnung (EU) 2021/241 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität (ARF-Verordnung).

13 M. Fisicaro, Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget, European Constitutional Law Review 2022, 334.

14 EuGH, BASF, Rs. C-137/92 P, EU:C:1994:247, Rn. 48; B. Schima/D. Eisendle in: M. Kellerbauer/M. Klamert/J. Tomkin (Hrsg.), The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, 2. Aufl., Oxford 2024, Art. 263 TFEU Rn. 2 "presumption of legality".

keitsklage vor den Unionsgerichten angreifen.¹⁵ Diese Konstellation ist im Unionsrecht aus dem Beihilfenrecht vertraut,¹⁶ bei der Wertedurchsetzung jedoch neu und verschiebt die Prozessführungslast zu den Mitgliedstaaten.

Denn die Dauer des Prozesses wirkt dadurch grundsätzlich zulasten des Mitgliedstaats, da Klagen vor dem EuGH nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung zukommt.¹⁷ Gerade bei der Konditionalität ist dieser zeitliche Effekt entscheidend: Der finanzielle Druck auf den Mitgliedstaat manifestiert sich in dieser Zeit. Manche EU-Mittel sind fristgebunden zu verausgaben und der nationale Haushalt wird erheblich belastet, auch weil Endbegünstigte weiterhin ihre Ansprüche behalten.¹⁸

Überdies kann hierdurch die Beweislast kippen. Im Vertragsverletzungsverfahren sowie im gerichtlichen Sanktionsverfahren¹⁹ obliegt die Darlegungs- und Beweislast der Kommission; bei der Nichtigkeitsklage und damit auch im Rahmen der Konditionalität liegt sie demgegenüber grundsätzlich beim Kläger.²⁰ Der Gerichtshof hat zur Konditionalitätsverordnung lediglich ausgeführt, dass der Mitgliedstaat den Beweiswert der von der Kommission herangezogenen Mittel bestreiten und deren Würdigung gerichtlich überprüfen lassen kann. Dies legt die Anwendung dieser allgemeinen Regel der Nichtigkeitsklage nahe.²¹ Diese Beweislastverteilung entspricht auch dem Verfahren bei der Erstattung von Ausgaben aus dem EU-Haushalt, bei dem der Mitgliedstaat unionsrechtskonformes Verhalten beweisen muss, was diese Sichtweise unterstützt.²² Zudem würde die Gewähr-

15 So gingen sechs ungarische Universitäten gegen den Durchführungsbeschluss des Rates unter der Konditionalitätsverordnung vor, da hierdurch *Horizon- und Erasmus+-Mittel* betroffen sind.

16 G. von Wallenberg/M. Schütte in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 85. EL, München 2025, Art. 108 AEUV Rn. 83.

17 Einstweilige Anordnungen wurden im Verfahren einer ungarischen Universität bereits abgelehnt; EuG, *Debreceni Egyetem/Rat*, Rs. T-115/23 R, EU:T:2024:209.

18 Sollte der Mitgliedstaat die Mittel deshalb nicht ausgegeben haben, könnte die Folgenbeseitigungspflicht aus Art. 266 AEUV für ihn streiten; vgl. O. Dörr in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 85. EL, München 2025, Art. 263 AEUV Rn. 193. Der Schutz der Endbegünstigten ist in Art. 5 Abs. 2 Konditionalitätsverordnung vorgesehen.

19 Art. 260 Abs. 2 AEUV.

20 K. Andová, Beweisrecht, in: U. Karpenstein/M. Kotzur/J. Justus Vasel (Hrsg.), Handbuch Rechtsschutz in der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2024, Rn. 6-15.

21 EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat*, Rs. C-156/21, EU:C:2022:97, Rn. 358.

22 M. Symann, Schutz der Rechtsstaatlichkeit durch europäisches Haushaltsrecht, Tübingen 2021, S. 172 m.w.N.

rung eines gewissen Einschätzungsspielraums bei der Würdigung durch die EU-Institutionen der bisherigen Tendenz des EuGH entsprechen.²³

Für eine Abmilderung dieser Verschiebung ließe sich der Gedanke einer Beweislastumkehr aus dem Kontext sanktionierender Rechtsakte argumentativ übertragen.²⁴ Zwar hat der EuGH die Konditionalitätsverordnung gerade nicht als Sanktionsinstrument eingeordnet,²⁵ was gegen die Anwendung des Grundsatzes spricht; doch die in gewisser Weise vergleichbare Wirkung erlaubt es, den Gedanken argumentativ zu übertragen.²⁶

Im Vergleich zum Vertragsverletzungsverfahren eröffnet die Konditionalität der Kommission überdies die Möglichkeit, eine umfassende Bewertung des systemischen Kontextes vorzunehmen.²⁷ Dadurch fließen Soft Law Standards ein und verhärten unter finanziellem Druck.

2. Verhärtung von Soft Law

Die Verhärtung von Soft Law ist im Unionsrecht bekannt. Sie entsteht beispielsweise, wenn Soft Law zur Auslegung von Recht herangezogen oder mit verbindlichen Akten verknüpft wird.²⁸ Die Konditionalitätsinstrumente verhärten die im Kontext der Rechtsstaatlichkeitskrise entwickelten Soft Law Instrumente, indem sie diese mit finanziellem Druck verbinden.²⁹ Diese Kopplung greift auf zwei Ebenen: bei der Feststellung von Verstößen und bei der Vereinbarung von Reformmaßnahmen.

Die erste Ebene veranschaulicht die Konditionalitätsverordnung. Bei der Feststellung von Verstößen berücksichtigt die Kommission Berichte und Empfehlungen europäischer und internationaler Stellen, etwa das Justizbarometer, Berichte des Europäischen Rechnungshofs sowie Stellungnahmen

23 Für diese Tendenz vgl. Dörr (Fn. 18) Art. 263 AEUV Rn. 203.

24 Andová, Beweisrecht (Fn. 20), Rn. 14.

25 EuGH, Ungarn/Parlament und Rat, Rs. C-156/21, EU:C:2022:97, Rn. 115.

26 Vgl. M. Huemer/I. Ioannides/M. Monda, Rule of Law Conditionality Regulation: European Implementation Assessment, Brüssel 2025, S. 1.

27 Dies könnte natürlich durch *systemic infringement actions* vergleichbar erreicht werden, vgl. K. L. Scheppele u.a., EU values are law, after all, Yearbook of European Law 2020, 3.

28 Zu diesem „hardening“ C. Andone/F. Coman-Kund, Persuasive rather than ‘binding’ EU soft law?, The Theory and Practice of Legislation 2022, 22 (27).

29 Zu den Soft Law Instrumenten J. Grogan/C. van Dam, Soft law and the rule of law crisis, in: M. Elia Antonio/E. Korkea-aho/U. Mörtz (Hrsg.), Research Handbook on Soft Law, Cheltenham 2023, 391.

internationaler Organisationen.³⁰ In der ersten Anwendung gegenüber Ungarn stützte die Kommission zahlreiche ihrer Feststellungen hierauf.³¹ Zugleich plant die Kommission, die Verzahnung mit den Rechtsstaatlichkeitsberichten weiter auszubauen. Zur Debatte steht, einen Automatismus zu schaffen, wonach die Nichtumsetzung von Empfehlungen die Aussetzung von Mitteln auslöst oder jedenfalls das Verfahren einleitet.³²

Die Reformmaßnahmen, die Ungarn umsetzen muss, bauen erkennbar auf Empfehlungen des Europäischen Semesters und der Rechtsstaatlichkeitsberichte auf und konkretisieren sie weiter. Das Europäische Semester empfahl unter anderem, den Anti-Korruptions-Rahmen und den Wettbewerb in der öffentlichen Auftragsvergabe zu stärken; sowohl das Semester als auch die Rechtsstaatlichkeitsberichte thematisierten zudem die Rolle des Nationalen Justizrats und die Justizorganisation.³³ Im Rahmen der Konditionalität überführten Kommission und ungarische Regierung diese Empfehlungen in konkrete Reformen: Ungarn muss eine unabhängige Integritätsbehörde einrichten, ein Transparenzgesetz für öffentliche Ausgaben erlassen³⁴ sowie den Nationalen Justizrat stärken und das Ernennungsverfahren des *Kúria*-Präsidenten reformieren. Die justizbezogenen Vorgaben gelten sowohl unter der ARF als auch unter der Dachverordnung als Bedingungen.³⁵

30 EG 16 Konditionalitätsverordnung.

31 Vgl. *Kommission*, Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss des Rates über Maßnahmen zum Schutz des Haushalts der Union vor Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, COM(2022) 485 final, 18.09.2022, 2022/0295 (NLE), Rn. 43.

32 *U. von der Leyen*, Mission letter to the Commissioner for Democracy, Justice, the Rule of Law and Consumer Protection, S. 6; *Huemer/Ioannides/Monda*, Conditionality Regulation (Fn. 26), S. 29.

33 *Kommission*, Empfehlung für eine Empfehlung des Rates zum nationalen Reformprogramm Ungarns 2022 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Ungarns 2022 COM(2022) 614 final, Erwägung 27, Empfehlung 4; *Kommission*, Commission Staff Working Document: 2022 Rule of Law Report: Country Chapter on the rule of law situation in Hungary, SWD(2022) 517 final, Empfehlungen 1, 2.

34 *Rat der Europäischen Union*, Durchführungsbeschluss (EU) 2022/2506 des Rates vom 15. Dezember 2022 über Maßnahmen zum Schutz des Haushalts der Union vor Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn [2022] OJ L 325/94, insbesondere lit. a) und q) der Abhilfemaßnahmen.

35 *Kommission*, Commission Implementing Decision C(2022)10009 approving the programme "Economic Development and Innovation Operational Programme Plus" for support from the European Regional Development Fund and the European Social Fund Plus under the Investment for jobs and growth goal in Hungary, Art. 3 Abs. 2 ff. Siehe für eine Darstellung der Überschneidungen *Kommission*, Fragen und Antworten.

Die Verbindung von Konditionalität und Soft Law zeigt sich nicht nur in Ungarn. Ein ähnlicher Trend ist für andere Mitgliedstaaten im Rahmen des ARF erkennbar. ARF-Pläne greifen länderspezifische Empfehlungen des Europäischen Semesters ausdrücklich auf und überführen sie in nationale Reformpläne.³⁶ Diese Reformziele müssen erreicht werden, um alle Gelder erhalten zu können.

Die Konditionalität steigert dadurch die Leistungsfähigkeit von Soft Law, schafft aber auch die Möglichkeit, die vertikale und horizontale Machtverteilung in der EU zu verändern. Zum einen ist die Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, das die Position der Mitgliedstaaten schützt, umstritten;³⁷ zum anderen unterscheiden sich die Entscheidungsprozesse des Soft Law vom Gesetzgebungsverfahren.³⁸ Der nachfolgende Abschnitt analysiert vor diesem Hintergrund den Governance-Prozess der Konditionalitätsinstrumente.

III. Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt

Diese Steigerung der Durchsetzungsfähigkeit geht mit einer Verlagerung des Konflikts um die EU-Werte in das Budgetrecht und die Kohäsionspolitik einher. In der Haushaltsdurchführung prägen bilaterale Verhandlungen zwischen Kommission und Mitgliedstaaten das Verfahren; dort übersetzen die Akteure die Anforderungen der EU-Werte in konkrete Reformpläne. Dieser Governance-Prozess treibt die Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt voran und schwächt die Rolle des Europäischen Parlaments.

ten zu Ungarn: Rechtsstaatlichkeit und EU-Finanzierung, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_23_6466, abgerufen am 13.08.2025.

36 F. Corti/P. Vesan, From austerity-conditionality towards a new investment-led growth strategy, *Social Policy & Administration* 2023, 513 (515).

37 Schlussanträge von Generalanwalt M. Bobek, *Belgien/Kommission*, Rs. C-16/16P, EU:C:2017:959, Rn. 94, Fn. 62; M. Nettesheim in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 85. EL, München 2025, Art. 288 AEUV Rn. 200 m.w.N.

38 Aufgrund dessen wird von manchen die Legitimität kritisch beurteilt, vgl. M. Hartlapp, *Soft Law Implementation in the EU Multilevel System*, in: N. Behnke/J. Broschek/J. Sonnicksen (Hrsg.), *Configurations, Dynamics and Mechanisms of Multilevel Governance*, Cham 2019, 193.

1. Verlagerung des Wertekonflikts in die Haushaltsdurchführung

Die Wertekonditionalität zielt eher auf eine administrative Bearbeitung der Rechtsstaatlichkeitskrise.³⁹ Statt im politischen Verfahren nach Art. 7 EUV oder primär durch judikative Durchsetzung trägt die EU den Konflikt um die Rechtsstaatlichkeit mit manchen Mitgliedstaaten im Budgetrecht, insbesondere in der Haushaltsdurchführung, aus.

Dieser Forumswechsel stärkt die Exekutive; Parlamente, regionale Akteure und Zivilgesellschaft sind nur begrenzt eingebunden.⁴⁰ Denn nach Art. 317 AEUV obliegt die Durchführung des Haushaltsplans der Kommission zusammen mit den Mitgliedstaaten. Daher beschränkt sich die Rolle des Europäischen Parlaments im Wesentlichen auf zwei Phasen. Zu Beginn wirkt es bei der Festlegung von Zielen und Grundbedingungen mit; am Ende entscheidet es über die Entlastung der Kommission für die Haushaltsführung.⁴¹ Eine stärkere Beteiligung des Europäischen Parlaments an den Entscheidungen über Aussetzung oder Freigabe von Zahlungen wäre primärrechtlich deshalb nur denkbar, wenn man die Konditionalitätsinstrumente nicht als Instrumente der Haushaltsdurchführung im Sinne von Art. 317 AEUV versteht.⁴² Im Vergleich zum Verfahren nach Art. 7 EUV ist die Parlamentsposition damit schwächer.⁴³ Vergleichende Analysen zur Umsetzung der ARF zeigen auch auf nationaler Ebene eine gewisse Exekutivdominanz.⁴⁴

39 Für die Einordnung der Instrumente in solche Kategorien siehe C. Möllers, *Political Authority, Separated Powers and the Problem of Deviant Member States*, in: C. Eckes/P. Leino-Sandberg/A. W. Ghavanini (Hrsg.), *Dynamics of Powers in the European Union*, Oxford 2024, 37 (49); M. Nettesheim, Die „Werte der Union“, EuR 2022, 525 (535) beschreibt die Durchsetzungsstrukturen des Art. 2 EUV als durch einen technokratischen Ansatz gekennzeichnet.

40 Zu all dieser Kritik vgl. J. Zeitlin/D. Bokhorst/E. Eihmanis, *Governing the European Union's recovery and resilience facility*, Regulation & Governance 2025, 864.

41 Art. 319 AEUV. F. Fabbrini, *The recovery and resilience facility as a new legal technology of European governance*, Journal of European Integration 2025, 85 (89), beschreibt einen fünfstufigen Prozess für die Anwendung der ARF, jedoch ohne die abschließende Entlastung.

42 Dass die Konditionalitätsinstrumente über eine Haushaltsführung im engeren Sinne hinausgehen, war ein Argument für die bestehende Entscheidungsbefugnis des Rates in der Konditionalitätsverordnung, EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat*, Rs. C-156/21, EU:C:2022:97, Rn. 185 ff.; Schlussanträge von Generalanwalt M. Campos Sánchez-Bordona, *Ungarn/Parlament und Rat*, Rs. C-156/21, EU:C:2021:974, Rn. 249 ff.

43 Vgl. Art. 7 Abs. 1, 2 EUV.

44 Zeitlin/Bokhorst/Eihmanis, *Governing* (Fn. 40), 871 ff.

2. Hybridisierung durch Wertekonkretisierung in bilateralen Verhandlungen

Die Anwendung der Konditionalität ist nicht nur durch starke Rollen der Exekutive geprägt, sondern wie die Praxis zeigt, durch bilaterale Verhandlungsprozesse zwischen Kommission und dem jeweiligen Mitgliedstaat. Dies führt zu einer weiteren Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt. Hybridisierung bezeichnet Verfahren, in denen Aufgaben und Kompetenzen nationaler und unionaler Akteure enger verflochten werden. Die entstehenden Entscheidungsprozesse sind häufig komplex und führen zu gemeinsam verantworteten Ergebnissen, wodurch die demokratische Kontrolle erschwert ist.⁴⁵ Diese Verflechtung ist etwa im *Eurosystem* besonders deutlich zu beobachten.⁴⁶

Bilaterale Verhandlungen, sowohl formell als auch informell, waren in der Praxis der Konditionalitätsinstrumente maßgeblich⁴⁷ und bilden trotz erheblicher verfahrensrechtlicher Unterschiede den gemeinsamen Nenner der drei Instrumente. In ihnen werden Unionswerte in überprüfbare Maßnahmen und Auszahlungsvoraussetzungen übersetzt. Es wird konkretisiert, welche Abhilfemaßnahmen Rechtsstaatlichkeitsverstößen vorbeugen können, wie die Einhaltung der Grundrechtecharta gewährleistet werden kann und welche Reformen aus dem Europäischen Semester umzusetzen sind. Der Austausch ist in allen drei Verordnungen vorgesehen. Unter der Konditionalitätsverordnung kann der Mitgliedstaat Abhilfemaßnahmen für Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit vorschlagen, die die Kommission bewertet. Unter der ARF unterbreitet der Mitgliedstaat einen Plan mit durchzuführenden Reformen, der von der Kommission bewertet wird. Unter der Dachverordnung wird eine Partnerschaftvereinbarung geschlossen, und es findet ein Austausch darüber statt, ob die grundlegenden Bedingungen, etwa die Einhaltung der Charta, erfüllt sind.⁴⁸

45 Siehe für einen solchen Bestimmungsversuch der Hybridisierung F. Coman-Kund, Separation of Powers within the EU Multilayered System and the Challenges of Hybrid Executive Governance, in: C. Eckes/P. Leino-Sandberg/A. W. Ghavanini (Hrsg.), Dynamics of Powers in the European Union, Oxford 2024, 272.

46 Vgl. Dermine/Markakis, Hybrid governance (Fn. 4).

47 Den Verhandlungsprozess in Bezug auf die ARF untersuchend S. Ladi/D. Tsarouhas/P. Copeland, Negotiating the recovery and resilience facility: the emergence of coordinative conditionality, Comparative European Politics 2025, 18.

48 Art. 6 Konditionalitätsverordnung, Art. 15 Dachverordnung sowie Art. 18 ff. ARF-Verordnung.

Die Anwendung gegenüber Ungarn illustriert, wie durch diese Verhandlungen Anforderungen der EU-Werte weiter konkretisiert werden können. Zur Auszahlung der Gelder musste Ungarn Reformen durchführen, um die richterliche Unabhängigkeit, einen Kernbestandteil der Rechtsstaatlichkeit, zu sichern. Teilweise wird dabei die Umsetzung einschlägiger EuGH-Urteile zur Auszahlungsvoraussetzung gemacht,⁴⁹ teilweise werden sehr detaillierte Anforderungen ausgearbeitet. So muss Ungarn zur Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit etwa gesetzlich sicherstellen, dass der Nationale Justizrat gegenüber dem Präsidenten des Nationalen Justizamtes erheblich gestärkt wird, unter anderem mit ausdrücklich verbindlichen Mitentscheidungsrechten bei Richterernennungen, Versetzungen und Gerichtsorganisation sowie eigener Budget- und Personalausstattung.⁵⁰

Die Konkretisierung der EU-Werte in einem solchen Verhandlungsprozess bringt Vorteile mit sich. Sie ermöglicht flexible, landesspezifische Lösungen und stärkt, jedenfalls in der Theorie, „national ownership“ der Reformmaßnahmen.⁵¹ Sie führt aber auch zu einer Hybridisierung europäischer öffentlicher Gewalt. Reformpläne für die Mitgliedstaaten im Bereich der Justiz, aber auch der Bildung, wie etwa in Italien,⁵² werden im Zusammenspiel zwischen Mitgliedstaat und Kommission bestimmt. Die Mitgliedstaaten sind für die Umsetzung verantwortlich, die Erfüllung bewertet jedoch die Kommission, sodass sich beide Ebenen in einem dauerhaften Austausch befinden.⁵³

3. Risiken der Hybridisierung

Diese Hybridisierung birgt Risiken, die im Bereich des EU-Werteschutzes besonders sensibel sind. Sie kann Kompetenzgrenzen verwischen⁵⁴ und, vor allem, die demokratische Kontrolle erschweren. Im Vordergrund stehen

49 Vgl. EuGH, *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*, Rs. C-564/19, EU:C:2021:949 sowie die Bedingung *Kommission*, Commission Implementing Decision C(2022)10009 (Fn. 35), Art. 3 Abs. 2 c) ii).

50 Vgl. Vier Super-Etappenziele der ARF; *Kommission*, Commission Implementing Decision C(2022)10009 (Fn. 35), Art. 3 Abs. 2 ff.

51 *Fabbrini*, European governance (Fn. 41).

52 *Corti/Vesan*, Investment-led growth strategy (Fn. 36), 519.

53 *E. Bressanelli/D. Natali*, Europeanisation in the aftermath of COVID-19, *Comparative European Politics* 2025, 57 (70).

54 *Coman-Kund*, Hybrid Executive Governance (Fn. 45), 284.

eine gewisse Verantwortungsdiffusion sowie eine gewisse Intransparenz in der Praxis.

Durch die Hybridisierung tritt eine gewisse Verantwortungsdiffusion ein,⁵⁵ weil von außen nicht klar erkennbar ist, auf welchen Akteur die in Meilensteinen festgehaltenen Reformen zurückgehen und in welchem Umfang die Kommission im Verhandlungsprozess auf bestimmte Maßnahmen hingewirkt hat.⁵⁶ Die Reformen erscheinen dann als gemeinsames Ergebnis der nationalen und unionalen Ebene. Das erschwert die demokratische Kontrolle durch Parlamente auf beiden Ebenen zusätzlich zu ihrer bereits geschwächten Rolle infolge der Verlagerung in die Haushaltsdurchführung, weil Verantwortungszuschreibungen verschwimmen und keine gemeinsamen Kontrollorgane bestehen.⁵⁷ Hinzu kommt, dass, wie für internationale und supranationale Verpflichtungen typisch, erzielte Einigungen langfristige Bindungswirkung entfalten und nicht allein aufgrund eines Regierungswechsels geändert werden können; dies kann zu demokratischen Spannungen führen und birgt das Risiko, die faktische Steuerungswirkung von nationalen Wahlen zu mindern.⁵⁸

Im Governance-Prozess schränkt eine gewisse Intransparenz die Beteiligungsmöglichkeiten des Europäischen Parlaments und der Zivilgesellschaft weiter ein.⁵⁹ Obwohl Transparenz ein Grundprinzip der EU darstellt,⁶⁰ bemängelten Wissenschaftler und Mitglieder des Europäischen Parlaments wiederholt den praktisch schwierigen Zugang zu Dokumenten.⁶¹ Dies hängt teilweise mit der Hybridisierung zusammen, da Verhandlungen zwischen Kommission und Mitgliedstaaten vielfach von Transparenzanforderungen ausgenommen sind, um institutionelle Flexibilität und diplomati-

55 Für den SSM siehe *Coman-Kund*, Hybrid Executive Governance (Fn. 45), 275.

56 Siehe für die unterschiedliche „Ambition“ in den Verhandlungen *Zeitlin/Bokhorst/Eihmanis*, Governing (Fn. 40), 871 ff.

57 *Coman-Kund*, Hybrid Executive Governance (Fn. 45), 282 ff.

58 Vgl. *Fabbrini*, European governance (Fn. 41), 98.

59 *Hungarian Helsinki Committee*, EU Conditionality: Experiences and Concerns from Hungary, Policy Brief, <https://helsinki.hu/en/wp-content/uploads/sites/2/2025/04/EU-Conditionality-Application-Policy-Brief-April2025.pdf>, abgerufen am 13.08.2025.

60 K. Lenaerts, Verfassungsrechtliche Eckpunkte für die weitere Entwicklung der Europäischen Union, EuR 2024, 380. Die legitimierende Wirkung von Transparenz in Frage stellend: D. Curtin/A. J. Meijer, Does transparency strengthen legitimacy?, Information polity 2006, 109.

61 Dies besonders für die Dachverordnung hervorhebend L. D. Spieker, Trust the Treaties!, ZaöRV 2025, 745 (756).

sches Ermessen zu wahren.⁶² Unabhängig davon sind jedoch die Informationsrechte des Europäischen Parlaments, insbesondere im Rahmen der Dachverordnung, begrenzt.⁶³

Die praktischen Folgen begrenzter Transparenz zeigt besonders die Freigabe von 10,2 Milliarden Euro an Kohäsionsmitteln an Ungarn. Unmittelbar nach der Freigabe deuteten manche Beobachter dies als Erpressung Orbáns durch sein Veto zur Ukraine-Hilfe.⁶⁴ Solche Vermutungen über sachfremde Erwägungen, die nachfolgend noch erörtert werden, ließen sich mangels öffentlich zugänglicher Begründung nicht rasch ausräumen. Abgeordnete des Europäischen Parlaments monierten noch Monate später, sie hätten keine ausreichende Dokumentation erhalten, auf welcher Grundlage die Mittel freigegeben wurden.⁶⁵ Das Europäische Parlament erhob wohl auch deshalb Klage gegen die Kommission wegen mutmaßlichen Machtmissbrauchs. Angesichts des weiten Ermessensspielraums der Kommission hat die Klage wohl geringe Erfolgsaussichten,⁶⁶ jedoch kann allein die öffentliche Wahrnehmung der Erpressung und des Machtmissbrauchs die wahrgenommene Legitimität der Instrumente schmälern. Dies könnte weitreichende Folgen haben, denn die wahrgenommene Legitimation ist entscheidend für die Umsetzung der Maßnahmen.⁶⁷ Aus der inzwischen veröffentlichten Entscheidung der Kommission ergibt sich, dass die Freigabe maßgeblich auf die Verabschiedung von Gesetzesreformen gestützt wurde; dies dürfte die Erfolgsaussichten der Klage weiter mindern. Zugleich

62 Siehe Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, insbesondere wenn der Entscheidungsprozess noch nicht abgeschlossen ist.

63 Art. 19 Abs. 14 ff. Dachverordnung beziehen sich z.B. nicht auf die grundlegenden horizontalen Voraussetzungen; anders demgegenüber Art. 6 Abs. 1, 2 Konditionalitätsverordnung.

64 Dies schildernd K. L. Scheppele/J. Morijn, Money for nothing? EU institutions' uneven record of freezing EU funds to enforce EU values, *Journal of European Public Policy* 2025, 474 (489).

65 E. Wax, 5 questions about the EU Parliament suing the Commission over Hungary cash, *Politico* 18.03.2024, <https://www.politico.eu/article/5-questions-european-parliament-legal-action-commission-hungary-funds/>, abgerufen am 04.09.2025.

66 So wohl auch die erste Einschätzung von MEPs. J. Packroff/M. Griera, Ungarns EU-Gelder: Klageerfolg des Parlaments laut Barley sehr gering, *EurActiv* 23.02.2024, <https://www.euractiv.de/section/politics/news/ungarns-eu-gelder-klageerfolg-des-parlaments-laut-barley-sehr-gering/>, abgerufen am 13.08.2025.

67 Siehe für eine Auflistung der Einflussfaktoren V. Viță, The Reinforced Conditionality Approach of the 2021–27 MFF, in: A. de Feo/B. Laffan (Hrsg.), *EU financing for next decade*, Florenz 2020, 101 (109).

wirkt dies gegenüber der zuvor vertretenen Linie, wonach die praktische Umsetzung von Reformen abzuwarten sei, wie ein veränderter Bewertungsmaßstab.⁶⁸

Hinzu kommt die eingeschränkte Klagemöglichkeit von nicht unmittelbar adressierten Personen durch die *Plaumann-Formel*, die schon lange Zeit in der Kritik steht und die Kontrolle durch zivilgesellschaftliche Akteure jedenfalls nicht erleichtert.⁶⁹ Auf Grundlage dieser Formel wies das Gericht beispielsweise eine Klage von Richterverbänden gegen den als zu wenig ambitioniert betrachteten und sogar öffentlich von fünf Kommissaren kritisierten polnischen ARF-Plan ab.⁷⁰

Angesichts dieser Risiken für die wahrgenommene Legitimität im Governance-Prozess stellt sich die Frage, ob die Konditionalität jedenfalls zu ihrem politischen Ziel, der Lösung der Rechtsstaatlichkeitskrise, beitragen konnte.

IV. Zwischenfazit und Ausblick: Administrative Lösung der Rechtsstaatlichkeitskrise?

Auf den ersten Blick wirken finanzieller Druck und die administrative Ausgestaltung effektiv. Ungarn verabschiedete im Umfeld der Konditionalität eine Justizreform; die Kommission erklärte sogar, die vereinbarten Reformziele zur richterlichen Unabhängigkeit seien erreicht.⁷¹ Auf den zweiten Blick relativiert sich dieses Bild: Die Reform wurde in einem umstrittenen

68 *Kommission*, Commission Decision on the approval and signature of the Commission assessment, in accordance with Article 15(4) of Regulation (EU) 2021/1060, of the fulfilment of the horizontal enabling condition “3. Effective application and implementation of the Charter of Fundamental Rights” with regard to the deficiencies in judicial independence in Hungary C(2023) 9014 final/2; siehe zur Kritik *Scheppele/Morijn*, Money for nothing? (Fn. 64), 489: “real on paper only”.

69 Siehe für die Kritik nur *G. Winter*, Plaumann withering, *European Journal of Legal Studies* 2023, 85.

70 *EuG, Medel/Rat*, Rs. T-530/22, EU:T:2024:363; *L. Bayer*, Amid Commission rebellion, *Politico* 02.06.2022, <https://www.politico.eu/article/amid-commission-rebellion-von-der-leyen-defends-polish-recovery-cash-plan/>, abgerufen am 13.08.2025. Das Rechtsmittel ist anhängig, *EuGH, Medel u.a./Rat*, Rs. C-555/24 P.

71 *Kommission*, Commission Decision C(2023) 9014 final/2 (Fn. 68).

Gesetzgebungsverfahren verabschiedet, und ihre praktische Wirksamkeit bleibt umstritten.⁷²

Nicht nur die Effektivität zur Lösung der Rechtsstaatlichkeitskrise steht in Zweifel. Der Anwendungsprozess weckt auch Zweifel daran, ob die Verlagerung ins Budgetrecht tatsächlich zu einer administrativen Lösung und Domestizierung des Konflikts führt.⁷³ So erweckten der Vergleich der Anwendung gegenüber Polen und Ungarn sowie die Freigabe von Geldern an Ungarn zumindest den Eindruck, dass politische Erwägungen, etwa die Position der polnischen Regierung zum russischen Angriffskrieg, die Entscheidungen beeinflusst haben.⁷⁴ In der Haushaltsdurchführung wären diese Motive sachfremd. Dieser Eindruck wurde zuweilen dadurch genährt, dass gegenüber Ungarn alle drei Konditionalitätsinstrumente eingesetzt wurden, während die Konditionalitätsverordnung gegenüber Polen ungenutzt blieb, obwohl in der Diskussion gewichtige Anhaltspunkte für eine Anwendung gesehen wurden.⁷⁵ Die eingefrorenen Kohäsionsmittel wurden nach dem Regierungswechsel freigegeben, obwohl zentrale Reformen durch das präsidiale Veto blockiert waren, während gegenüber Ungarn auf die praktische Umsetzung der Reformen abgestellt wurde.⁷⁶

Ob die Konditionalität damit zu einer administrativen Lösung der Rechtsstaatlichkeitskrise führen kann, scheint zumindest fraglich. Sie stei-

72 E. Farkas/A. Kádár, Trick and Treat?: Hungary's Game of Non-Compliance, Verfassungsblog, 12.12.2023; Amnesty International Hungary, Eötvös Károly Institute und Hungarian Helsinki Committee, Assessment of Act X of 2023 on the Amendment of Certain Laws on Justice related to the Hungarian Recovery and Resilience Plan, https://helsinki.hu/wp-content/uploads/2023/05/Assessment_of_the_Judicial_Reform_052023.pdf, abgerufen am 13.08.2025.

73 Möllers, Political Authority (Fn. 39), 51 prognostiziert schon eine Re-Politisierung.

74 G. Hernández/C. Closa, Turning assertive? EU rule of law enforcement in the aftermath of the war in Ukraine, West European Politics 2024, 967.

75 Gegenüber Polen stellte die Kommission lediglich ein Auskunftersuchen. Aufgrund der Anhaltspunkte für eine Anwendung plädierend: L. Pech u.a., The Case for Activating the Rule of Law Conditionality Regulation in Respect of Poland (Version 2.1), <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/10221/8557>, abgerufen am 13.08.2025.

76 Dieser umfasste neun Gesetze, um die Justizreformen der PiS-Regierung rückgängig zu machen. A. Krzysztoszek, EU recovery money reaches Poland as Tusk delivers on key promise, EurActiv 16.04.2024, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/eu-recovery-money-reaches-poland-as-tusk-delivers-on-key-promise/>, abgerufen am 13.08.2025. Kommission, Poland's efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to €137 billion in EU funds, https://ec.europa.eu/regional_policy/whats-new/newsroom/29-02-2024-poland-s-efforts-to-restore-rule-of-law-pave-the-way-for-accessing-up-to-eur137-billion-in-eu-funds_en, abgerufen am 13.08.2025.

gert jedoch die Leistungsfähigkeit des Unionsrechts, indem sie prozessuale Vorzeichen umkehrt, Soft Law verhärtet und neue Anreize in Entscheidungsprozessen setzt. Damit lenkt sie den Konflikt um die EU-Werte teilweise in neue Bahnen. Die erste Anwendung der Instrumente zeigt zugleich Risiken der Hybridisierung öffentlicher Gewalt, die sich gerade in bilateralen Verhandlungen zwischen Kommission und nationalen Regierungen vollzieht. Die demokratische Kontrolle durch Parlamente ist erschwert, und die Transparenz des Prozesses wurde wiederholt kritisiert. Eine Fortentwicklung oder sogar Ausweitung dieser „integration through funding“⁷⁷ sollte diese Risiken berücksichtigen. Andernfalls könnte die demokratische Legitimation des Handelns der EU in diesem politisch sensiblen Bereich infrage gestellt werden.

77 B. de Witte, Integration through Funding? The Union's Finances as Policy Instrument, in: R. Weber (Hrsg.), *The Financial Constitution of European Integration*, Oxford 2023, 221. Auch im neuen Budgetzyklus ist der Schutz der Rechtsstaatlichkeit eine Priorität der Kommission, siehe *Kommission*, Factsheet on „Strengthening the Rule of Law“, https://commission.europa.eu/document/download/da01c579-6aab-4bca-9541-47ed8b18ed4e_en?filename=MFF_14.%20Conditionality-18.07_10h.pdf&prefLang=de, abgerufen am 15.09.2025.

Ökonomische Effizienz und ökologische Erfolge – Ungeahnte Funktionen und Funktionalität ökonomischer Analysen im Umweltrecht

Konstantin Redeker*

Ökonomische Elemente im öffentlichen Recht besitzen zahlreiche Funktionen. Damit sie Instrumente für ökologische Erfolge sein können, müssen verschiedene Bedingungen erfüllt sein. Diese ermittelt der Beitrag anhand der wasserwirtschaftlichen Kosteneffizienzvorgabe aus § 82 Abs. 2 S. 2 WHG.

Inhaltsverzeichnis

I. Vielfältige ökonomische Elemente im öffentlichen Recht	237
II. Die Kosteneffizienzvorgabe als ökonomische Vorgabe im Wasserrecht	240
III. Ökonomische Effizienz für ökologische Erfolge – Funktionen einer ökonomischen Vorgabe im (Umweltplanungs-)Recht	241
1. Die alles überragende Rationalisierungsfunktion der Kosteneffizienzvorgabe zur ökologischen Zielerreichung	241
2. Die maßstabsverschärfende Funktion der Kosteneffizienzvorgabe	243
3. Die Durchsetzungsfunktion der Kosteneffizienzvorgabe	244
IV. Vermeintliche Konfliktfelder und Problemlagen mit rechtlichen Grundprinzipien	245
1. Gerechte Anlastung der Lasten des Umweltschutzes durch die Kosteneffizienzvorgabe?	246
2. Begrenzung der ökonomisch rationalen Zielerreichung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	248
V. Funktionalität und Leistungsfähigkeit ökonomischer Elemente im Umweltplanungsrecht	249
VI. Resümee: Bedingungen der ökonomisch rationalen Erreichung ökologischer Ziele	251
VII. Fazit und Ausblick: Ökonomische Effizienz für ökologische Erfolge	252

I. Vielfältige ökonomische Elemente im öffentlichen Recht

Dem Verhältnis von Recht und Ökonomie kann man sich aus vielfältigen Richtungen nähern, etwa „ökonomiefreie“ Rechtsgebiete im Licht ökonomischer Kategorien neu zu denken, Recht anhand ökonomischer Einordnungen zu bewerten oder die Ökonomie für die Interpretation eines Gesetzes oder eines Normzwecks handhabbar zu machen bzw. die ökonomische

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Die Idee zum Beitrag beruht auf der Forschung zu einer Dissertation, die von der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit gefördert wird.

mischen Einflüsse auf das Recht zu verstehen und konkrete Normbefehle abzuleiten.¹ Auch wenn Recht und Ökonomie bisher verstärkt im Zivilrecht ins Verhältnis gesetzt wurden,² ist auch das öffentliche Recht mittlerweile Schauplatz der Diskussion zahlreicher Fragen.³

Ökonomische Elemente im und die Diskussion um ihren Einfluss auf das öffentlichen Recht sind nicht neu. Sie sind ebenso zahlreich wie verschiedenartig und reichen von detaillierten Formeln⁴ über Abwägungsdirektiven und allgemeinen Prinzipien bis hin zu Grundsatzfragen. Aber auch grundlegende Elemente des öffentlichen Rechts haben (auch) eine traditionell ökonomische Dimension, etwa die (umwelt-)ökonomische Konzeption des unionalen Verursacherprinzips.⁵ Auch abstraktere öffentlich-rechtliche Fragen können aus einer ökonomischen Perspektive untersucht werden, etwa die seit jeher diskutierte Frage, ob die Nutzung knapper Umweltgüter nicht eine ökonomische Verteilungsfrage ist⁶ oder welche Spielräume das Recht für den Einsatz ökonomischer Instrumente belässt.⁷ Auch abstrakt lässt sich trefflich diskutieren, welchen Stellenwert eine ökonomische Effizienzforderung im öffentlichen Recht hat⁸ oder ob sie nicht gar ein Rechtsprinzip

- 1 Diese und weitere kategorisieren S. Magen, Konjunkturen der Rechtsökonomie als öffentlich-rechtlicher Grundlagenforschung, Bonn 2014, S. 12 ff.; M. Rodi, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, Berlin 2014, S. 12 ff.
- 2 Zusammenfassend R. Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, Saarbrücken 2003, S. 4 ff.
- 3 Im Überblick zum Verwaltungsrecht E. Gawel, Effizienz im Umweltverwaltungsrecht – Zur Rolle ökonomischer Analysen des Umweltrechts, Die Verwaltung 2021, 545 (555 ff.). Ferner beispielhaft A. van Aaken/S. Schmid-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003; C. Engel/M. Morlock (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998; E. Gawel/G. Lübke-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht, Baden-Baden 1999. Vgl. zudem die Nachweise in den Fn. 5 ff. Gründe legt Magen, Rechtsökonomie (Fn. 1), S. 8 ff. dar.
- 4 Vgl. etwa Anlage 1 ARegV zur Berechnung der Erlösbergrenze für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen oder den in § 12 ARegV vorgeschriebenen Effizienzvergleich.
- 5 Vgl. H. Bartmann, Umweltökonomie – ökologische Ökonomie, Stuttgart 1996, S. 113 f. Die ökonomische und die juristische Interpretation stellt B. Hansjürgens, Das Verursacherprinzip als Effizienzregel, in: E. Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, Baden-Baden 2001, S. 381 (383 ff.) gegenüber.
- 6 Etwa W. Durner, Umweltrechtliche Genehmigungen als Vergabeentscheidungen?, DVBl 2020, 149 (158 ff.).
- 7 Etwa M. Rodi, Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, ZUR 2016, 531.
- 8 Etwa G. Britz, Umweltrecht im Spannungsverhältnis von ökonomischer Effizienz und Verfassungsrecht, Die Verwaltung 1997, 185; H. H. von Arnim, Wirtschaftlichkeit als

darstellt.⁹ Schließlich kann auch das Recht selbst einer Effizienzbetrachtung unterworfen werden.¹⁰

Ebenso vielfältig wie die Existenz ökonomischer Elemente im öffentlichen Recht ist ihre Interpretation, die nicht selten in einer Bewertung und Einteilung dieser Instrumente sowie der Identifikation von Vor- und Nachteilen, ihren Funktionen und Grenzen mündet.¹¹ Der vorliegende Beitrag kann und möchte nicht alle ökonomischen Elemente im öffentlichen Recht abschließend kategorisieren, sondern einen Diskussionsimpuls um ihre Auslegung, (ungeahnte) Funktionen, ihre Funktionalität, ihren Mehrwert und ihre Grenzen im öffentlichen Recht leisten.

Gerade im Umweltrecht werden Ökonomie und Ökologie häufig als nicht vereinbar und die fortschreitende „Ökonomisierung“ des Umweltrechts¹² auch kritisch beurteilt.¹³ Der vorliegende Beitrag wählt daher als Analysegegenstand eine vermeintlich spezielle Effizienzforderung im europäischen Wasserrecht, um aufzuzeigen, wie eine ökonomische Vorgabe mit ökologischen Zielen vereinbar ist und den Weg der Erreichung ökologischer Erfolge rationalisiert.

Rechtsprinzip, Berlin 1988; *M. Führ*, Ökonomische Effizienz und juristische Rationalität, in: E. Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht* (Fn. 5), S. 157; E. Gawel/G. Lübbe-Wolf (Hrsg.), *Effizientes Umweltordnungsrecht*, Baden-Baden 2000; W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 1998; *O. Lepsius*, Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre, *Die Verwaltung* 1999, 429; *M. Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Berlin 2013; *H. Wagner*, Effizienz des Ordnungsrechts für den Umweltschutz?, *NVwZ* 1995, 1046.

- 9 *W. Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971; *S. Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz, Baden-Baden 2019; für das Zivilrecht *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 1998.
- 10 Dies gilt sowohl für konkrete Normen als auch abstrakte Prinzipien, vgl. etwa zum Effizienzgehalt der Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *K. Meßerschmidt*, Ökonomische Effizienz und juristische Verhältnismäßigkeit, in: E. Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht* (Fn. 5), S. 215 (225 f.).
- 11 Vgl. etwa *Gawel*, Effizienz (Fn. 3), 551 f., 558, 566 ff.; *G. Wüstlich*, Ökonomisierung im Umweltrecht, *ZUR* 2009, 515.
- 12 Im Überblick *K. Grafl*, Die Ökonomisierung der Umweltpolitik, Hannover 2015; *Wüstlich*, Ökonomisierung (Fn. 11), 515.
- 13 Etwa *H. Ginzky*, Die Ökonomisierung im Umweltrecht – von der dunklen Seite der Macht!, *ZUR* 2010, 252. Für das Wasserrecht *M. Reinhardt* in: *Czychowski/ders.* (Hrsg.), *Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar*, 13. Aufl., München 2013, Einl. Rn. 53.

II. Die Kosteneffizienzvorgabe als ökonomische Vorgabe im Wasserrecht

Seit nunmehr einem Vierteljahrhundert prägt die europäische Wasserrahmenrichtlinie¹⁴ (WRRL) das Wasserrecht und gibt den Mitgliedstaaten in ihrem zentralen Art. 4 das Erreichen eines sog. guten Zustands der Gewässer auf. Oberflächengewässer sollen einen guten ökologischen und chemischen, Grundwasserkörper einen guten mengenmäßigen und chemischen Zustand erreichen. Vorbild ist ein naturnaher Gewässerzustand, wobei die Richtlinie für künstlich angelegte und erheblich veränderte Gewässer andere Bewertungskriterien vorgibt und darüber hinaus zeitliche und qualitative Relativierungen und Ausnahmen der Zielerreichung ermöglicht.

Planerische Instrumente zur Erreichung dieser Ziele sind das Maßnahmenprogramm und der Bewirtschaftungsplan gem. Art. 11 und 13 WRRL. Die Richtlinie verlangt nicht weniger als eine umfassende, integrative und planerisch gesteuerte Bewirtschaftung der Gewässer durch die mitgliedstaatlichen Verwaltungen. Ausgehend von einer systematischen Analyse der Defizite sind die zur Zielerreichung notwendigen Maßnahmen zu entwickeln, koordinieren und schließlich im Vollzug umzusetzen, bevor das Erreichte mit Erfolgskontrollen zu bewerten ist.¹⁵ Erstmals wird die ökologische Zielerreichung mit ökonomischen Elementen in einer umweltpolitischen Richtlinie zur Bewirtschaftung der Wasserressourcen verbunden,¹⁶ um die europäische Gewässerpolitik zu rationalisieren.¹⁷

Eine solche ökonomische Vorgabe an die Bewirtschaftungsplanung unter der Wasserrahmenrichtlinie ist das Postulat der Kosteneffizienz der Maß-

14 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. Nr. L 327 vom 22.12.2000, S. 1.

15 W. Durner, Das „Verschlechterungsverbot“ und das „Verbesserungsgebot“ im Wasserwirtschaftsrecht, NuR 2019, 1 (11); J. Hentschel, Die europäische Wasserrahmenrichtlinie, Hamburg 2005, S. 98 f.; M. Reese/N. Bedtke/E. Gawel/B. Klauer/W. Köck/S. Möckel, Wasserrahmenrichtlinie – Wege aus der Umsetzungskrise, Baden-Baden 2018, S. 117. Schon R. Breuer, Der Entwurf einer EG-Wasserrahmenrichtlinie, NVwZ 1998, 1001 (1009) ordnete die Wasserrahmenrichtlinie als „zentralistisch konzipiertes Organisation-, Planungs-, Ausführungs- und Kontrollsystem“ ein.

16 Im Überblick E. Interwies/B. Pielen/B. Görlach/R. A. Kraemer in: P. Rumm/S. von Keitz/M. Schmalholz (Hrsg.), Handbuch der EU-Wasserrahmenrichtlinie, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 381.

17 EU-Kommission, Ehrgeiziger Vorschlag der Kommission für eine Wasserrahmenrichtlinie, Pressemitteilung, IP/97/164 v. 26.02.1997, S. 4. Eine „ökonomischen Rationalität der WRRL“ identifiziert H. Ginzky, Die nächste Elbvertiefung, NuR 2005, 691 (694).

nahmenkombination, welches normativ in Anhang III lit. b) WRRL verankert ist. Deutlich prominenter wurde es in Deutschland in § 82 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 WHG in den zentralen Vorgaben zum Maßnahmenprogramm als „Herzstück der wasserwirtschaftlichen Planung“¹⁸ umgesetzt. Ihrem knappen Wortlaut nach verlangt die Vorgabe, „eine [...] kosteneffiziente Kombination der Maßnahmen vorzusehen.“ Weitere verbindliche Konkretisierungen existieren nicht. Diese in das Recht überführte ökonomische Vorgabe ist daher stark auslegungsbedürftig.

III. Ökonomische Effizienz für ökologische Erfolge – Funktionen einer ökonomischen Vorgabe im (Umweltplanungs-)Recht

1. Die alles überragende Rationalisierungsfunktion der Kosteneffizienzvorgabe zur ökologischen Zielerreichung

Die Umweltziele des Art. 4 WRRL sind in der finalen Maßnahmenplanung die normativen Referenzpunkte, an denen sich die gesamte Planung¹⁹ und auch die Kosteneffizienzvorgabe ausrichten muss. Dies belegt nicht nur eine Zusammenschau des § 82 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 WHG mit der in einem Finalsatz verpackten Zielverpflichtung der gesamten Maßnahmenplanung in § 82 Abs. 1 S. 1 WHG („um die Bewirtschaftungsziele [...] zu erreichen.“), sondern auch eine ökonomische Auslegung: Während die Effizienz Aufwand und Nutzen in das als optimal begriffene – effiziente – Verhältnis bringt, benötigt eine Kosteneffizienzbetrachtung eine vorgegebene Zielgröße.

18 T. Elgeti in: A. Schink/F. Fellenberg (Hrsg.), GK-WHG, Köln 2021, § 82 WHG Rn. 2; T. Elgeti/F. Pellengahr, Konkretisierung des Bewirtschaftungsermessens durch anlagenscharfe Vorgaben in Maßnahmenprogrammen?, W+B 2016, 123 (123); M. Oldiges, Zur Entwicklung des Gewässerqualitätsrechts, in: ders. (Hrsg.), Umweltqualität durch Planung, Baden-Baden 2006, S. 115 (122). Als das wesentliche Instrument zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele ordnet es auch die Rechtsprechung ein, BVerwG NVwZ-Beilage 2017, 101 (180) Rn. 585.

19 Das Maßnahmenprogramm besitzt eine „Zielverwirklichungsfunktion“, K. Faßbender, Maßnahmenprogramme: Bindungswirkung und Rechtsschutz, in: W. Köck/ders. (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, Baden-Baden 2011, S. 129 (134); ähnlich, R. Götz, Rechtsschutz im Wirkfeld von Bewirtschaftungsplan und Maßnahmenprogramm, ZUR 2008, 393 (395); F. Hasche, Das zweistufige Bewirtschaftungsermessen, ZfW 2004, 144 (152f.); T. Kluge, Ansätze zur sozial-ökologischen Regulation der Ressource Wasser, Berlin 2005, S. 18.

ße, für deren Erreichung sie die geringstmöglichen Kosten ermittelt und das optimale – kosteneffiziente – Verhältnis dieser Parameter herstellt.²⁰ Im konkreten Fall der Kosteneffizienzvorgabe bilden die ökologischen Umweltziele den vorgegebenen Output. Zu diesen Zielzuständen verringert die Kosteneffizienzvorgabe inputseitig die Kosten auf die Grenzkosten, mit denen die vorgegebenen ökologischen Gewässerqualitäten gerade noch erreicht werden können. Die Kosteneffizienzvorgabe enthält eine Kostenrationalisierungsfunktion, die nicht ziellos, sondern spezifisch zur Erreichung ökologischer Ziele gilt, auf deren Festlegung sie aber keinen Einfluss hat.

Diese Kostenrationalisierungsfunktion zur ökologischen Zielerreichung geht über für staatliche Planungsträger allgemein geltende Vorgaben hinaus, etwa die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit öffentlicher Haushaltsführung.²¹ Diese verlangen einen ökonomisch optimalen Einsatz wirtschaftlicher Ressourcen und des finanziellen und personellen Verwaltungsaufwands im Verhältnis zu ihrem Nutzen.²² Vereinzelt verweisen die wasserwirtschaftlichen Maßnahmenprogramme auf diese Vorgabe und sehen sie als Grundlage der Erfüllung des Kosteneffizienzpostulats.²³ Zwar wird der Begriff der Kosteneffizienz im wirtschaftswissenschaftlichen Sprachgebrauch allgemein mit Wirtschaftlichkeit über- oder gleichgesetzt.²⁴ Und auch der Begriff der Effizienz wird mit einem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot verbunden, insbesondere in der juristischen Inter-

20 Eine Kosteneffizienzbetrachtung kann auch in der umgekehrten Ausprägung des Maximalprinzips angewendet werden, bei der der Kosteneinsatz vorgegeben ist, mit dem ein möglichst weitreichender Zielerfolg erreicht werden soll, E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 317.

21 Ein solches Gebot ist im EUV, in Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 7 Abs. 1 S. 1 BHO, zahlreichen Landeshaushaltsordnungen und weiteren Vorschriften verankert und Teil öffentlicher Abwägungsentscheidungen, im Überblick von Arnim, Wirtschaftlichkeit (Fn. 8), S. 18; C. Gröpl, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 16 ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 20), S. 317.

22 C. Gröpl in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl., München 2019, § 7 BHO Rn. 5 ff.; E. Hofmann/H. Tappe, Öffentliche Gelder als Gegenstand von Abwägungsentscheidungen, in: W. Durner/F. Reimer/I. Spieker genannt Döhm/Wallrabenstein (Hrsg.), Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen, Berlin 2019, S. 489 (494 f.).

23 Etwa Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (HMUKLV) (Hrsg.), Maßnahmenprogramm 2021-2027, Wiesbaden 2021, S. 9.

24 E. Gawel, Steigerung der Kosteneffizienz im Umweltordnungsrecht, Die Verwaltung 1999, 179 (180).

pretation der Effizienz.²⁵ Dennoch stellt die Kosteneffizienzvorgabe materiell weitergehende Anforderungen: Sie ist keine eindimensionale Vorgabe an die Mittelverwendung, sondern besitzt einen unmittelbaren Zielbezug: Zweck der Kostenrationalisierung aller volkswirtschaftlichen Kosten ist die ökologische Zielerreichung.²⁶

2. Die maßstabsverschärfende Funktion der Kosteneffizienzvorgabe

Neben der Kosteneffizienzvorgabe existieren weitere materielle Vorgaben an das Maßnahmenprogramm. Ihre Maßstäbe verschärft die Kosteneffizienzvorgabe – erneut mit dem Ziel der Kostenrationalisierung der Bewirtschaftungszielerreichung. Die weiteren materiellen Vorgaben sind daher Instrumente der Ermittlung der kosteneffizienten Maßnahmenkombination und der bewirtschaftungszielbezogenen Kostenrationalisierung. Die Kosteneffizienzvorgabe bedient sich ihrer, um ihre zielbezogene Kostenrationalisierungsfunktion zu erfüllen.

Zur Zielerreichung müssen wasserwirtschaftliche Maßnahmenprogramme verschiedene Maßnahmen kombinieren, wie § 82 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 WHG normiert. Die planende Behörde kombiniert daher das „planerische Muss“²⁷ an grundlegenden (§ 82 Abs. 3 WHG) mit den bei nicht möglicher Zielerreichung vorgeschriebenen ergänzenden Maßnahmen (§ 82 Abs. 4 WHG).²⁸ Ausweislich ihres Wortlauts bezieht sich die Kosteneffizienzvorgabe nicht auf eine Einzelmaßnahme, sondern auf diese Maßnahmenkombination. Sie verschärft das allgemeine Kombinationsgebot der Maßnahmenplanung dahingehend, dass die planenden Behörden dieses erst dann erfüllen, wenn keine Steigerung der Kosteneffizienz durch weitere Maßnahmenkombinationen und Ausnutzung von zeitlichen und räumlichen Synergieeffekten mehr denkbar ist.

25 Etwa *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit (Fn. 21), Rn. 13; kritisch *E. Gawel*, Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption, in: ders. (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht* (Fn. 5), S. 9 (49 f.) m.w.N.

26 Gleichermaßen *F. R. Lauterbach/A. K. Buchs/J. Cortekar/R. Marggraf*, Die (neue) Ökonomie in der europäischen Gewässerpolitik, Hannover 2009, S. 33.

27 Begriffsprägend *L. Knappe*, Die Maßnahmenplanung im europäisierten Verwaltungsrecht, Köln 2022, S. 86.

28 Aufgrund der Weite des wasserrahmenrichtlinienrechtlichen Maßnahmenbegriffs sind praktisch alle denkbaren Maßnahmen planbar, *W. Durner* in: R. von Landmann/G. Rohmer (Begr.), *Umweltrecht*, 80. EL Mai 2016, München, WHG, § 82 Rn. 70.

Diese maßstabsverschärfende Funktion besitzt die Kosteneffizienzvorgabe auch für das Kohärenzgebot. Maßnahmenprogramme müssen ein „kohärentes Gesamtkonzept“ enthalten,²⁹ d.h. ihre Inhalte müssen widerspruchsfrei und auf die Bewirtschaftungszielerreichung ausgerichtet sein.³⁰ Die Kosteneffizienzvorgabe begrenzt die zulässige Ausgestaltung der Kohärenz auf eine bestimmte Art des Zusammenhangs der Maßnahmeninhalte: Das kohärente Gesamtkonzept ist das Maßnahmenbündel, das die Bewirtschaftungsziele mit den geringsten Kosten erreicht.

Schließlich verschärft die Kosteneffizienzvorgabe auch das Koordinationsgebot. Die wasserwirtschaftliche Planung geschieht europaweit in Flussgebietseinheiten (Art. 2 Nr. 15 WRRL), Art. 3 und 11 WRRL. Diese verlaufen entlang hydrologischer Grenzen unabhängig von verwaltungsrechtlichen Zuständigkeiten.³¹ Um diesen Grundsatz der naturräumlichen Gewässerbewirtschaftung nach Flussgebietseinheiten zu erfüllen, müssen sich die für die Planung zuständigen Länderinstitutionen koordinieren, was Art. 3 Abs. 4 und 5 WRRL auch als materielle Pflicht statuieren. Den allgemeinen materiellen Koordinationsmaßstab verschärft die Kosteneffizienzvorgabe: Sie ist dann genügend, wenn die Behörden sich derart zu Kosten und (Fern-)Wirkungen von Maßnahmen abgestimmt haben, dass die Gesamtkosten der Maßnahmen zur Bewirtschaftungszielerreichung in einer Flussgebietseinheit durch mehr Koordination nicht weiter absenkbar sind.

3. Die Durchsetzungsfunktion der Kosteneffizienzvorgabe

Damit sich die zielbezogene Kostenrationalisierungsfunktion der Kosteneffizienzvorgabe auch verwirklicht, besitzt sie aufgrund ihrer dominanten

29 Dieses muss den „Charakter einer konkreten, gegliederten Planung für das gesamte Hoheitsgebiet“ haben und darf in negativer Hinsicht nicht lediglich punktuelle Maßnahmen zusammenfügen, BVerwG NVwZ-Beilage 2017, 101 (180) Rn. 586. Zuvor bereits EuGH BeckRS 2004, 74966 Rn. 40, 45; EuGH NVwZ 2000, 304 (307) Rn. 56.

30 Vgl. *Knappe*, Maßnahmenplanung (Fn. 27), S. 268.

31 Etwa die Flussgebietseinheit Donau oder den Rhein, siehe § 7 Abs. 1 S. 2 WHG. Eingehend *J. Albrecht*, Rechtliche und organisatorische Aspekte grenzübergreifender Flussgebietsverwaltung, DVBl 2008, 1027 (1028 ff.); *T. Moss*, Raumwissenschaftliche Perspektiverweiterung zur Umsetzung der EU-Wasserrahmenrichtlinie, in: ders. (Hrsg.), *Das Flussgebiet als Handlungsraum*, Münster 2003, S. 21 (24 f.); *S. Solf*, *Europäisches Flussgebietsmanagement und deutsche Wasserwirtschaftsverwaltung*, Berlin 2006, S. 33 ff. Vgl. dazu auch Erwägungsgrund Nr. 14 der WRRL und BVerwG NVwZ-Beilage 2017, 101 (180) Rn. 586.

Stellung innerhalb der planerischen Abwägung eine Durchsetzungsfunktion dieses hinter ihr stehenden Belangs.

Den Behörden kommt bei der Erstellung wasserwirtschaftlicher Maßnahmenprogramme aufgrund der Komplexität der Planungsaufgabe eine planerische Gestaltungsfreiheit zu.³² Begrenzung erfährt diese aber durch das für jede hoheitliche Planung geltende planerische Abwägungsgebot.³³ Die Kosteneffizienzvorgabe entfaltet ihre Wirkkraft nicht bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, sondern bei der Gewichtung der abwägungsrelevanten Belange und ihrem Ausgleich. Sie fungiert als Abwägungsdirektive und verleiht dem hinter ihr stehenden Belang der effizienten Abstimmung der Maßnahmen zur zielbezogenen Kostenrationalisierung durch Synergieermittlung und Abstimmung der Kosten, Wirkungen, Zeiträume und weiterer Modalitäten der Bewirtschaftungszielerreichung ein erhöhtes Gewicht in der planerischen Abwägung.³⁴

IV. Vermeintliche Konfliktfelder und Problemlagen mit rechtlichen Grundprinzipien

Die Erreichung ökologischer Erfolge einzig an der einer ökonomischen Vorgabe auszurichten, kann aber rechtlichen Grundprinzipien widersprechen. Maßnahmenprogramme müssen etwa auch verursacher- und lastengerecht sein. Der Beitrag untersucht daher im Folgenden die begrenzende Wirkung rechtlicher Grundprinzipien auf die Anwendung der Kosteneffizienzvorgabe und ob sie mit ihr in einen Ausgleich gebracht werden können.

32 W. Durner/R. Ludwig, Paradigmenwechsel in der europäischen Umweltrechtsetzung?, NuR 2008, 457 (467); Oldiges, Gewässerqualitätsrecht (Fn. 18), S. 121. Zur planerischen Gestaltungsfreiheit als Ergebnis komplexer Planungszusammenhänge BVerwG DVBl 1970, 414 (414).

33 Dieses gilt auch für die wasserwirtschaftliche Planung, W. Durner, Rechtsfragen der Anordnung zusätzlicher Reinigungsstufen, Köln 2014, S. 36; K. Faßbender, Die neuen wasserwirtschaftlichen Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne, ZfW 2010, 189 (205); F. von Hammerstein, Rechtsschutz gegen wasserrechtliche Planungsinstrumente, in: M. Reinhardt (Hrsg.), Vollzug der Wasserrahmenrichtlinie durch Planung, Baden-Baden 2014, S. 29 (35 f.); P. Heuser, Wasserwirtschaftliche Fachplanung und Raumordnung, Köln 2015, S. 56 f.; I. E. Klingele, Umweltqualitätsplanung, Hamburg 2012, S. 201.

34 Allgemein zur Einordnung einer Effizienzvorgabe im Verwaltungsrecht als Optimierungsgebot W. Hoffmann-Riem, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 11 (23 ff.).

1. Gerechte Anlastung der Lasten des Umweltschutzes durch die Kosteneffizienzvorgabe?

Für die Verursacher- und Lastengerechtigkeit der Lasten des Umweltschutzes und der im Maßnahmenprogramm festgesetzten Maßnahmen streitet zunächst nicht die Kosteneffizienzvorgabe, sondern vor allem das auch für das wasserwirtschaftliche Maßnahmenprogramm geltende unionsrechtliche Verursacherprinzip aus Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV.³⁵ Unional wird es primär als Prinzip der Kostenzurechnung verstanden, indem die durch Vermeidung, Beseitigung oder Ausgleich von Umweltbelastungen entstandenen externen ökologische Kosten beim jeweiligen Verursacher angelastet und damit internalisiert werden,³⁶ was weitgehend der (umwelt-)ökonomischen Konzeption des Verursacherprinzips entspricht.³⁷ Auf europäischer³⁸ und insbesondere auf deutscher³⁹ Ebene wird das Verursacherprinzip jedoch (traditionell) auch als Instrument verstanden, welches die materiell-sachliche Verantwortlichkeit für Umweltschutz dem jeweiligen Verursacher zuweist, insb. wenn daraus Kostentragungspflichten resultieren. Wer Verursacher ist, definiert das europäische Primärrecht nicht. Es ist auf sekundärrechtliche Konkretisierung angelegt.⁴⁰ Eine solche könnte die in Anhang III lit. b) WRRL verankerte Kosteneffizienzvorgabe sein, die die Ermittlung der zur gesamten Bewirtschaftungszielerreichung gerings-

35 Weitere – hier nicht vertiefte – Vorgaben der Verursacher- und Lastengerechtigkeit der Maßnahmenkombination in wasserwirtschaftlichen Maßnahmenprogrammen sind daneben das Ursprungsprinzip aus Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV, die ordnungsrechtlichen Störerauswahlgrundsätze und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

36 Etwa C. Calliess in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 191 AEUV Rn. 42.

37 Bartmann, Umweltökonomie (Fn. 5), S. 113 f. Die ökonomische und die juristische Interpretation stellt Hansjürgens, Verursacherprinzip (Fn. 5), S. 383 ff. gegenüber.

38 Etwa W. Kahl in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 191 AEUV Rn. 98. Ähnlich EuGH BeckRS 2004, 76072 Rn. 51: „Belastungen“.

39 Etwa W. Erbguth, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, Berlin 1987, S. 95; W. Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, Berlin 1997, S. 39 f.; K. Meßerschmidt, Umweltabgaben als Rechtsproblem, Berlin 1986, S. 86 f.; J. Monien, Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts, Baden-Baden 2014, S. 383; E. Reh binder, Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, Berlin 1973, S. 35 f.

40 Vgl. schon Erklärung des Rates der Europäischen Gemeinschaften und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 22. November 1973 über ein Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaften für den Umweltschutz, ABl. Nr. C 112/1 v. 20.12.1973, S. 6.

ten Kostenmenge verlangt und daher Auswirkungen auf die Auswahl und Adressierung der Maßnahmen hat.

Die Kosteneffizienzvorgabe normiert nichts anderes als den aus der Ökonomie stammenden Cheapest Cost Avider-Gedanken: Derjenige, der die zur Problemlösung günstigste Lösung ermöglicht, wird mit den Lasten des Umweltschutzes adressiert, unabhängig davon, ob er Urheber oder Betroffener der Umweltverschmutzung ist.⁴¹ Er leistet ein „Effizienzopfer“⁴² zugunsten der Allgemeinheit, denn seine Inanspruchnahme führt zur geringsten Mittelaufwendung und damit zur volkswirtschaftlich effizienten Problemlösung. Diese moralfreie Gleichsetzung von Urhebern und Betroffenen und Adressierung der Lasten anhand einer strengen Effizienzperspektive durch die Ökonomie mag bei einer Übernahme in das Recht irritieren, schafft aber eine Perspektiverweiterung für die Adressatenauswahl. Der Gedanke ist aber dahingehend zu modifizieren, dass er nicht für jeden einzelnen Maßnahmenadressaten, sondern für die Kombination aller Maßnahmenadressaten gilt. Die Kosteneffizienzvorgabe ist hinsichtlich einer Kombination von Maßnahmen und nicht für jede Einzelmaßnahme zu erfüllen. Daher ist die Gruppe derjenigen in Anspruch zu nehmen, deren addierte Maßnahmenkosten die kostengünstigste Zielerreichung ermöglichen. Sie bilden eine Cheapest Cost Avider-Gruppe.

Aus der Perspektive eines einzelnen Maßnahmenadressaten können die Kosten seiner Inanspruchnahme zwar über den in Form der Kosteneffizienzvorgabe normierten gruppenbezogenen Cheapest Cost Avider-Gedanken gerechtfertigt, zugleich aber verursacherungerecht sein, da er nur für einen deutlich geringeren Teil der Bewirtschaftungszielverfehlung verantwortlich ist. Deutlich wird, dass die Kosteneffizienzvorgabe nicht auf eine individuelle verursachergerechte Kostenbelastung zielt, sondern ihr ein volkswirtschaftliches und gemeinwohlorientiertes Effizienzverständnis inhärent ist, welches alle Kosten zur Bewirtschaftungszielerreichung auf das effiziente Maß reduziert. Sie ist kein Instrument einer verursachergerechten Anlastung der Lasten der Bewirtschaftungszielerreichung, sondern konkre-

41 Als Begründer dieser Figur und der dahinterstehenden Gedanken gilt *G. Calabresi*, *The Cost of Accidents*, London 1970, S. 135 ff., 261 ff. Diese Figur basiert auf dem Coase-Theorem, nach dem Verursacher alle um eine begrenzte Ressource konkurrierenden sein können, die selbst Bedingungen für die Begrenztheit der Ressource schaffen, *R. Coase*, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law & Economics* 1960, 1 (2).

42 Begriffsprägend für das Wasserrecht *E. Gawel/H. Schindler*, Mikroverunreinigungen, vierte Reinigungsstufe und das Verursacherprinzip, ZUR 2015, 387 (392).

tisiert das Verursacherprinzip zur Rechtfertigung der Inanspruchnahme der Verursacher. Als Sicherungsmechanismus der individuellen Verursacher- und Lastengerechtigkeit der Maßnahmenkombination kommt aber etwa die Inanspruchnahme von Ausnahmen zu den Bewirtschaftungszielen nach den §§ 29 ff. WHG in Betracht, wenn Maßnahmen mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden sind. Gleichmaßen kann finanziellen Verantwortlichkeit an weitere Verursacher verteilt werden, die nicht mit Maßnahmen adressiert wurden.⁴³

2. Begrenzung der ökonomisch rationalen Zielerreichung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Maßnahmen streng anhand der Effizienz zu ermitteln, birgt die Gefahr, lastenungerecht zu planen.⁴⁴ Durch das Streben nach der ökonomisch rationalen Erreichung der Umweltziele entsteht zwar eine unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten kosteneffiziente, aber möglicherweise für einzelne Gewässerbenutzer unverhältnismäßig belastende Maßnahmenkombination. Jede an die individuellen Adressaten der Cheapest Cost Avoider-Gruppe adressierte Maßnahme muss für den Adressaten verhältnismäßig sein. Die individuelle Lastengerechtigkeit einer Maßnahme sichert nicht die Kosteneffizienzvorgabe, sondern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁴⁵

Die in der Anwendung komplexe Kosteneffizienzvorgabe fungiert als planerische Rechtfertigung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der konkreten einzelnen Maßnahme über das soeben erläuterte Cheapest Cost Avoider-Prinzip als Ausgleich zwischen Verursachergerechtigkeit und Kosteneffizienz: Ihre Anwendung rechtfertigt, dass der betreffende Eingriff

43 Das Gebot gerechter Lastenverteilung ist auf der Finanzierungsebene bedeutsamer als auf der Handlungsebene, M. Bäcker in: ders./E. Denninger/K. Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., München 2021, Kap. D. Rn. 217. Die Verteilung finanzieller Verantwortlichkeit der Bewirtschaftungszielverfehlung anhand des Verursacherprinzips ist der Wasserrahmenrichtlinie auch nicht fremd und etwa in Art. 9 WRRL normiert. Vgl. zudem die Erwägungsgründe Nr. 11 und Nr. 38 zur WRRL.

44 Allgemein M. Nettesheim in: E. Grabitz/M. Hilf/ders. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 44. EL Mai 2011, München, Art. 191 AEUV Rn. 110.

45 T. Elgeti, Das Ziel des guten Zustandes – Ermessen der Behörden?, W+B 2015, 137 (142); Gawel/Schindler, Mikroverunreinigungen (Fn. 42), 391; S. C. Henneberg, Randbedingungen und Aspekte bei der Aufstellung des Maßnahmenprogramms für eine Flussgebietseinheit, KA 2006, 140 (144); Knappe, Maßnahmenplanung (Fn. 27), S. 290; C. Port, Die Umweltziele der Wasserrahmenrichtlinie, Berlin 2011, S. 192.

durch die Maßnahme in der Intensität und der Adressierung dem konkreten Adressaten gegenüber geeignet und erforderlich ist.⁴⁶ Die einzelne Maßnahme darf nicht ersetzt, anders adressiert oder ausgestaltet werden, sodass die Kosten der Bewirtschaftungszielerreichung insgesamt zunehmen. Dann wäre die einzelne Maßnahme nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch die gesamte Maßnahmenkombination kostenineffizient.

Die Angemessenheit der Einzelmaßnahme kann aber allenfalls zum Teil planerisch nachgewiesen werden. Sie verlangt eine individuelle Abwägung der Ziele der Maßnahme mit den Lasten des staatlichen Eingriffs durch die Maßnahmenfestsetzung und den Belangen des Adressaten. Als solche kommen etwa seine Grundrechte, der Schutz von Investitionen oder weitere wirtschaftliche Aspekte in Betracht.⁴⁷ Die hier zahlreich abzuwägenden Aspekte gehen über die in die Ermittlung der kosteneffizienten Maßnahmenkombination einzustellenden Belange der Kosten und des Beitrags zur Bewirtschaftungszielerreichung hinaus. Häufig sind diese auch gar nicht monetarisierbar.

V. Funktionalität und Leistungsfähigkeit ökonomischer Elemente im Umweltplanungsrecht

Die Verankerung einer ökonomischen Vorgabe im deutschen Umweltplanungsrecht mag auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheinen, ist doch gerade das deutsche Planungsrecht von jahrzehntealten Grundsätzen zur Abwägung durchzogen.⁴⁸ Eine Nähe zu ökonomischen Analysen liegt nicht auf der Hand. Im Umweltschutz existiert kein Markt, über den sich eine

46 Ähnlich *Elgeti/Pellengahr*, Bewirtschaftungsermessen (Fn.18), 127, wenn sie den „Nachweis der Kosteneffizienz [...] zum impliziten Nachweis der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Maßnahmen“ betonen.

47 Siehe zu den einzustellenden Belangen *F. von Hammerstein/I. Nutzhorn*, Rechtsschutz gegen Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme, ZfW 2018, 125 (137); *K. Faßbender*, Die verfassungs- und wasserrechtliche Rechtsstellung von privaten Gewässereigentümern, Baden-Baden 2020, S. 55 f.

48 Vgl. beispielhaft aus der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur BVerwG NJW 1969, 1868; BVerwGE 41, 67; *J. Dreier*, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, Berlin 1995; *K.-H. Ladeur*, Die rechtliche Kontrolle planerischer Prognosen, NuR 1985, 81 (83); *J.-D. Just*, Ermittlung und Einstellung von Belangen bei der planerischen Abwägung, Münster 1996; *S. Schlacke*, § 20 Planende Verwaltung in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 4. Aufl., Heidelberg 2021.

effiziente Güterverteilung einstellen könnte, und das Ergebnis einer Abwägung lässt sich nicht errechnen. Ein allgemeines Effizienzprinzip ist isoliert betrachtet inhaltlich offen, konkretisierungsbedürftig und sagt nichts darüber aus, welcher Input und Output in das effiziente Verhältnis gebracht oder welcher Zweck optimal realisiert werden soll.⁴⁹

Trotz dieser Ausgangslage kann diese normierte Effizienzforderung im Recht selbst Enormes leisten. Dies belegen ihre zahlreichen Funktionen, die sich aus einer interdisziplinären Auslegung gewinnen lassen. Die Funktionalität dieser ökonomischen Vorgabe im Recht kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass durch die Rationalisierung der Kosten zur Bewirtschaftungszielerreichung und die effiziente Verfolgung dieses Zielzustandes Gelder frei werden, kein übermäßiger Ressourcenverbrauch stattfindet und es insgesamt zu positiven gesamtwirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen kommt.⁵⁰ Sie ist Instrument der Erreichung ökologischer Erfolge, indem eingesparte Kosten weitere ökologische Erfolge bewirken können.⁵¹

Gleichzeitig kann sie als ökonomisch aufgeladener Auflösungsmechanismus fungieren, wenn konkurrierende Nutzungsansprüche an die Ressource Wasser bestehen. Überdies schärft die Anwendung der Kosteneffizienzvorgabe die planerische Abwägung und die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, gerade weil sich aus ihr explizite Vorgaben für die planenden Behörden ergeben, die mehr als ein allgemeines Wirtschaftlichkeitsgebot enthalten. Ihre Anwendung ermöglicht daher eine qualitativ bessere Abwägung als ein reines „Daumenabwägen“.⁵² Jedoch resultiert aus der Anwendung der Kosteneffizienzvorgabe keine Aufgabe der planerischen Abwägung. Sie wird nicht ersetzt, „ökonomisiert“ oder verliert ihre charakteristischen Merkmale. Vielmehr zeigt das Beispiel der Kosteneffizienzvorgabe, dass ein Ausgleich ökonomischer Elemente mit unrechtlichen Grundprinzipien möglich ist.

Anhand der Kosteneffizienzvorgabe zeigt sich zudem die Leistungsfähigkeit des diese Vorgabe aufnehmenden Rechts und die gelungene Integrationsleistung ihrer ökonomischen Steuerungsbefehle in das Recht. Eine

49 Von Arnim, Wirtschaftlichkeit (Fn. 8), S. 36.

50 Vgl. zu den positiven Effekten eines Cheapest Cost Avoider-Prinzips D. Schmidtchen/C. Koboldt/J. Helstroffer/B. Will/G. Haas/S. Witte, Transport, Welfare and Externalities: Replacing the Polluter Pays Principle with the Cheapest Cost Avoider Principle, Cheltenham 2010, S. 64 f.

51 Allgemein zur Chance einer Effizienzvorgabe im Verwaltungsrecht Hoffmann-Riem, Effizienz (Fn. 34), S. 25.

52 So allgemein Gawel, Effizienz (Fn. 3), 554.

Kostenrationalisierung ist überhaupt nur durch eine Kombination von Maßnahmen und koordiniertes Verwaltungshandeln möglich. Zahlreiche allgemeine wasserrechtliche Gebote fungieren daher als Instrumente der Erfüllung der Kosteneffizienzvorgabe. Sie sind häufig Bedingung des Modus der ökonomisch rationalen Erreichung rechtlich normierter Ziele und Teil des normierten Effizienzprinzips. Das Recht ist daher zur Aufnahme und Verarbeitung dieser ökonomischen Vorgaben fähig. Es liefert mit den ökologischen Umweltzielen das Zielsystem, das eine Konkretisierung der Kosteneffizienzvorgabe ermöglicht, und mit den weiteren materiellen Vorgaben die Instrumente, die die Erfüllung der Kosteneffizienzvorgabe ermöglichen.

Die Kosteneffizienzvorgabe belegt, dass ein Effizienzprinzip im Recht insgesamt weichenstellende Vorgaben an den Inhalt von (wasserrechtlichen) Plänen haben kann. Dazu müssen aber verschiedene Bedingungen erfüllt sein.

VI. Resümee: Bedingungen der ökonomisch rationalen Erreichung ökologischer Ziele

Die Analyse der Funktionen und der Funktionalität der Kosteneffizienzvorgabe offenbart zusammenfassend Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit eine ökonomische Vorgabe im Recht ein Instrument für die Erreichung ökologischer Erfolge sein kann.

Abstrakte ökonomische Vorgaben, etwa ein Effizienzprinzip, dürfen nicht isoliert in das Recht übernommen werden, sondern müssen normativ oder durch Auslegung konkretisiert werden, damit Rechtssetzer, Rechtsanwender und Betroffene ihre Steuerungsbefehle erkennen.⁵³ Sie müssen zudem einen klaren Mehrwert haben, der es rechtfertigt, ökonomische Theorien, Gedanken oder Elemente in das Recht zu implementieren, und daher über bereits im Recht verankerte Vorgaben hinausgehen.⁵⁴ Um die Erreichung ökologischer Ziele zu rationalisieren, aber nicht zu relativieren, dürfen ökonomische Elemente aus sich heraus keine Abschwächung des zu erreichenden Umweltschutzniveaus rechtfertigen.⁵⁵ Die Kosteneffizienzvor-

53 Eingehend zur Notwendigkeit, den rechtlichen Gehalt einer Effizienzvorgabe anhand ihres normativen Kontextes zu ermitteln *Hoffmann-Riem*, Effizienz (Fn. 34), S. 24.

54 Vor diesem Hintergrund kritisch für das Wasserrecht *Reinhardt* (Fn. 13), § 45h Rn. 22.

55 Daher kritisch *Wüstlich*, Ökonomisierung (Fn. 11), 515.

gabe ist kein Instrument der Abschwächung der wasserrechtlichen Ziele, sondern bewirkt eine Kostenrationalisierung auf dem Weg der Erreichung dieser Ziele. Zudem dürfen ökonomische Vorgaben keine Einzelinteressen verfolgen, sondern müssen wie die Kosteneffizienzvorgabe eine volkswirtschaftliche und gemeinwohlorientierte Sicht einnehmen.⁵⁶ Damit sie auch einen Einfluss auf das Abwägungsergebnis oder andere Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsprozesse haben, müssen sie zudem eine gewisse Durchsetzungskraft und Steuerungswirkung haben. Die Kosteneffizienzvorgabe determiniert nicht nur die planerische Abwägung, sondern steuert die Auswahl, Adressierung und Ausgestaltung aller Maßnahmen. Sinnvoll ist zudem die ordnungsrechtliche Absicherung ökonomischer Elemente.⁵⁷ Zudem muss die ökonomische Vorgabe mit rechtlichen Grundprinzipien so in einen Ausgleich gebracht werden können, dass ihre Anwendung zwar möglicherweise begrenzt, ihr Steuerungsvermögen aber nicht relativiert wird. Dies gelingt der Kosteneffizienzvorgabe etwa mit dem Verursacherprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Schließlich ist eine Verknüpfung der aus der Ökonomie stammenden Vorgabe mit rechtlichen Instrumenten notwendig, die als dienende Instrumente ihrer Erfüllung fungieren. Die Kosteneffizienzvorgabe bedient sich des Kohärenzgebots, Koordinationsgebots und Kombinationsgebots, um ihre volle Wirkkraft zu entfalten. Dann kann es sich bei einer in das Recht integrierten Effizienzvorgabe nicht nur um ein allgemeines Sparsamkeitspostulat handeln, sondern um eine Vorgabe, die spezifische Vorgaben *für* die ökonomisch-rationale Erreichung ökologischer Ziele macht.⁵⁸

VII. Fazit und Ausblick: Ökonomische Effizienz für ökologische Erfolge

Nicht jedes ökonomische Element im öffentlichen Recht funktioniert gleich oder hat den gleichen Einfluss auf Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Jedenfalls aus der Perspektive der Kosteneffizienzvorgabe existiert ein

56 Das Gegenteil befürchtet aber im Rahmen der Ökonomisierung des Umweltrechts Ginzky, *Ökonomisierung* (Fn. 13), 253 f.

57 Weiterführend Wüstlich, *Ökonomisierung* (Fn. 11), 522.

58 Vgl. Gawel, *Effizienzforderungen* (Fn. 25), S. 49, der eine Fehldeutung darin sieht, Effizienz als Sparsamkeit oder wirtschaftliche Vertretbarkeit zu verstehen und lediglich auf „eine isolierte Einsparung an [...] Kosten“ abzustellen, sondern vielmehr eine „gelungene Abwägung aller relevanten Aspekte unter dem jeweils zu beachten Zielsystem“ vorzieht.

enormer rechtlicher Mehrwert ökonomischer Vorgaben im Umweltrecht, der über ein abstraktes Effizienzprinzip hinausgeht. Dies gilt gerade, wenn ökonomische Elemente und ein Effizienzprinzip derart ins Recht integriert werden, dass sie im Zusammenhang zu ökologischen Zielvorgaben stehen. Dann können sie Instrument der Rationalisierung der Kosten zur Erreichung ökologischer Erfolge sein. Anhand der Kosteneffizienzvorgabe zeigt sich, dass ökonomische Elemente im Recht zugleich eigene explizite Normbefehle und eine dienende Funktion *für* die Erreichung ökologischer Ziele haben können.⁵⁹

59 Vollkommen zurecht wurde sie daher als „fundamentales Prinzip“ der Wasserrahmenrichtlinie bezeichnet, *DWA-Fachausschuss RE-3*, Die Bewirtschaftungsplanung der Wasserrahmenrichtlinie, KA 2021, 1 (3).

Vegetarische Ernährung per Gesetz – Das Recht zwischen Sozialmoral und Moral

Nina Lanzer*

Ist der Fleischkonsum nach dem Tierschutzgesetz überhaupt erlaubt? Diese Frage wirkt erst einmal absurd, weil der Fleischkonsum ein weithin akzeptiertes Verhalten ist, welches von 90% der Bevölkerung praktiziert wird. Auch in der Rechtswissenschaft wurde diese Frage bisher nicht ernsthaft aufgeworfen. Dieser Beitrag geht der Frage trotzdem nach und stößt dabei auf Wertungswidersprüche im geltenden Tierschutzrecht. In der Auflösung dieser Wertungswidersprüche liegt die Annahme eines Tötungsverbots von Tieren zu Nahrungszwecken – eine vegetarische Ernährung per Gesetz – nahe. Dieser Befund, der im krassen Missverhältnis zur vorherrschenden Sozialmoral steht, führt automatisch zu grundsätzlicheren Fragestellungen. Sie betreffen das Spannungsverhältnis von Recht zwischen Sozialmoral und Moral.

Inhaltsverzeichnis

A.	Rechtliche Lage: Ist Fleischkonsum erlaubt?	257
I.	Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des „vernünftigen Grundes“	257
II.	Verhältnismäßigkeitsprüfung des Fleischkonsums	258
1.	Legitimes Ziel	258
2.	Geeignetheit	259
3.	Erforderlichkeit	260
a)	Gesunde Ernährung	260
b)	Geschmackserlebnis	261
4.	Angemessenheit	261
III.	Dilemma der Rechtsanwendung	263
B.	Kann das Recht die Ernährungsweise des Menschen auch entgegen der Sozialmoral regulieren?	264
I.	Standortbestimmung der gegenwärtigen Sozialmoral gegenüber Tieren	265
II.	Beeinflussung des Rechts durch die Sozialmoral	265
1.	Legislative	265
2.	Exekutive und Judikative	266
3.	Leistungsfähigkeit des Rechts	267

* Nina Lanzer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.) an der Universität Heidelberg. Zuletzt erschien von ihr der Beitrag „Tierschutzrechtsmodelle im Vergleich, Warum die Anerkennung von Tierrechten nur der nächste folgerichtige Schritt ist“ (juridicum 2024, S. 94-104).

III. Beeinflussung der Sozialmoral durch das Recht	268
IV. Zwischenfazit	269
C. Soll das Recht die Ernährungsweise des Menschen auch entgegen der Sozialmoral regulieren?	269
I. Fleischkonsum	269
II. Tierhaltung	270
D. Fazit	271

Schon politisch marginale Schritte zur Förderung der vegetarischen Ernährung haben in der Vergangenheit großen Wirbel erzeugt.¹ Das Thema „Reduzierung des Fleischkonsums“ kann damit zurecht als „Triggerpunkt“ bezeichnet werden.² Der politische Konsens der „Veggie-Day-Debatte“ aus dem Jahr 2013 lautete, dass es in einem freiheitlichen Verfassungsstaat nicht legitim sei, die Konsumgewohnheiten der Verbraucher einzuschränken.³ Dies zeigt, dass ein Verbot oder eine starke bis leichte Beschränkung des Fleischverzehr wohl von breiten Teilen der Bevölkerung als empfindliche Einschränkung ihrer Freiheitssphäre verstanden werden würde. Fleisch hat sich von einem Luxusprodukt zu einem Produkt des täglichen Bedarfs entwickelt.⁴ Die überragende Mehrheit von 90% der Bevölkerung in Deutschland nehmen Fleisch als Nahrungsmittel zu sich.⁵ Der Fleischverzehr liegt dabei bei durchschnittlich 53 kg Fleisch pro Kopf pro Jahr und übersteigt damit sogar um mehr als das Dreifache die gesundheitlich empfohlene Maximalverzehrmenge.⁶

Dieser Beitrag stellt sich abseits von jeder Polemik der juristischen Frage: Kann und soll das Recht die Ernährungsweisen der Menschen regulieren? Oder um die Frage umzukehren: Welchen Schutz und welche Rechte muss die Rechtsordnung den nichtmenschlichen Tieren gewähren? Hierzu wird

- 1 Zu nennen ist hier etwa exemplarisch die Hausanweisung des BMEL in der 20. Legislaturperiode, wonach bei Veranstaltungen des BMEL ein grundsätzlich vegetarisches Catering anzubieten sei (BT-Drs. 20/7361, S. 5); oder der sog. „Veggie“-Day im Grünen Wahlprogramm von 2013, welcher sich nur auf das Angebot in öffentlichen Kantinen an einem Tag in der Woche bezog (Bündnis 90/Die GRÜNEN, Bundestagswahlprogramm 2013, S. 164 f.; ausführlich: E. Seha, Fleischlos essen per staatlichem Diktat?, in: J. Rückert-John/M. Kröger (Hrsg.), *Fleisch*, Baden-Baden 2019, S. 405 (415), 406 ff.).
- 2 Vgl. S. Mau/T. Lux/L. Westheuser, *Triggerpunkte*, 2. Aufl., Berlin 2023.
- 3 Seha, *Fleischlos essen* (Fn. 1), S. 411.
- 4 F. Franzese/J. Schütz, *Fleischkonsum im Alter*, in: Rückert-John/Kröger, *Fleisch* (Fn. 1), S. 145 f.
- 5 BMEL, *Ernährungsreport 2024*, S. 10.
- 6 BMEL, *Versorgungsbilanzen Fleisch*, <https://www.bmel-statistik.de/ernaehrung/versorgungsbilanzen/fleisch> (Stand: Oktober 2025; zuletzt abgerufen am 02.04.2026). Zur Maximalverzehrmenge: <https://www.dge.de/gesunde-ernaehrung/gut-essen-und-trinken/dge-empfehlungen/fleisch-und-wurst/> (Stand: Oktober 2025; zuletzt abgerufen am 02.04.2026).

zunächst der Frage nachgegangen, wie das geltende Recht die Tötung von Tieren zur Nahrungsmittelgewinnung regelt und welche Wertungen damit getroffen werden (1.). Dieses Ergebnis wird vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Sozialmoral und der Wechselbeziehung von Recht und Sozialmoral beleuchtet (2.). Zuletzt werden als Bewertungsmaßstab des Rechts die Forderungen der Tierethik ins Spiel gebracht (3.). Ausgespart wird die Problematisierung des Fleischkonsum hinsichtlich der Nahrungssicherheit, Nahrungsgerechtigkeit und des Umwelt- und Klimaschutzes.⁷

A. Rechtliche Lage: Ist Fleischkonsum erlaubt?

Die Frage danach, ob ein Tier getötet werden darf, ist nicht nur eine ethische,⁸ sondern auch eine rechtliche Frage. Für das deutsche Recht ist § 1 S. 2 TierSchG maßgeblich. Hiernach dürfen einem Tier ohne vernünftigen Grund keine „Schmerzen, Leiden oder Schäden“ zugefügt werden – worunter auch der Tod subsumiert wird.⁹ Die Tötung eines Tieres muss folglich durch einen vernünftigen Grund gerechtfertigt sein. § 4 TierSchG regelt dahingegen das „Wie“ der Tötung.¹⁰

I. Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des „vernünftigen Grundes“

Der „vernünftige Grund“ ist ein unbestimmter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff.¹¹ Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre leitet aus dem Erfordernis des „vernünftigen Grundes“ eine zweistufige Prüfung her. Zunächst ist festzustellen, ob ein schutzwürdiges menschliches Interesse subjektiv vorliegt. Im zweiten Schritt ist dann eine Abwägung zwischen den menschlichen Tiernutzungs- gegenüber den tierlichen Interessen

7 R. Binder/R. Winkelmayer, Fleischproduktion – ein „vernünftiger Grund“ für die Tötung von Tieren?, *TIERethik* 2018, 111 (113 ff.) m.w.N.

8 T. Višak, Töten und Tötungsverbot, in: J. S. Ach/D. Borchers (Hrsg.), *Handbuch Tierethik*, Stuttgart 2018, S. 213.

9 A. Lorz/E. Metzger, *Tierschutzgesetz Kommentar*, 7. Aufl., München 2019, § 1 TierSchG Rn. 54.

10 E. Metzger, in: P. Häberle (Hrsg.), *Erbs/Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze*, 257. EL, München 2025, § 4 TierSchG Rn. 1.

11 OVG Münster RdL 2016, 291 (293).

vorzunehmen.¹² Die Abwägung ist unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durchzuführen.¹³

II. Verhältnismäßigkeitsprüfung des Fleischkonsums

Ob die Tiertötung zum Zwecke des Fleischkonsums einen vernünftigen Grund darstellt, scheint bisher nicht ernstlich in Zweifel gezogen zu sein.¹⁴ Dies mag auch an der hohen Sozialadäquanz liegen. Wenn aber Tiertötungen sich am Begriff des vernünftigen Grundes und damit an einer Verhältnismäßigkeitsprüfung messen lassen müssen, dann muss dies auch für Tiertötungen zum Zwecke des Fleischkonsums gelten. Das heißt, die Tiertötung zum Fleischkonsum muss ein legitimes Ziel vorweisen, sie muss geeignet, erforderlich und angemessen sein.

1. Legitimes Ziel

Für die Tiertötungen zur Fleischgewinnung müssen legitime Ziele angeführt werden können. Der Prüfungspunkt „legitimes Ziel“ ist hier identisch mit dem „schutzwürdigen Interesse“, von welchem der vernünftige Grund

12 Lorz/Metzger (Fn. 9), § 1 TierSchG Rn. 72. Nicht immer werden die tierlichen Interessen als Interesse des Tieres an Leben, körperlicher Unversehrtheit usw. adressiert, sondern verklausuliert als „Belange des Tierschutzes“ in die Abwägung eingespeist (vgl. BVerwG NJW 2019, 3096 Rn. 17).

13 BVerfGE 48, 376 (389); 36, 47 (57); OVG Münster RdL 2016, 291 (293); OVG Bremen ZUR 2013, 425; J. Chmielewska/B. Bert/B. Grune/A. Hensel/G. Schönfelder, Der „vernünftige Grund“ zur Tötung von überzähligen Tieren, NuR 2015, 677 (678); ausführlich: C. Maisack, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, Baden-Baden 2006, S. 60 ff.; K. Köpernik, in: M. Düsing/J. Martinez (Hrsg.), Kommentar Agrarrecht, 2. Aufl., München 2022, § 1 TierSchG Rn. 13; A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz/B. Felde, Kommentar TierSchG, München 2023, § 1 Rn. 33 m.w.N. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dogmatisch herleitend: N. Lanzer, Juristische und tierethische Betrachtungen zum Töten von Tieren nach dem TierSchG, EurUP 2020, 410 (420 ff.).

14 Bezüglich eines in Rede stehenden Verbots der religiösen Schächtung von Tieren nahm das BVerfG folgendermaßen Stellung: „[...] Fleisch [ist] ein weit verbreitetes Nahrungsmittel, auf das unfreiwillig zu verzichten schwerlich als zumutbar angesehen werden kann.“ (BVerfGE NJW 2002, 663 (664)). Weiterhin: VG Arnsberg, BeckRS 2016, 47616; Chmielewska et al., Überzählige Tiere (Fn. 13), 679 m.w.N. Eine Ausnahme bildet hier wohl: J. Caspar, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, Baden-Baden 1999, S. 368 f.

getragen sein soll.¹⁵ Keine schutzwürdigen Interessen sieht die herrschende Meinung z.B. in Langeweile, Zerstörungssucht oder in der Vollführung von Schießübungen.¹⁶ Als legitimes Ziel der Tiertötung zur Nahrungsmittelgewinnung kommt zuvörderst die gesunde Ernährung und das Geschmackserlebnis in Betracht.

Fraglich ist, ob auch die Esskultur als legitimes Ziel der Tiertötung angeführt werden kann. Die Esskultur ist das Ergebnis von über Jahrzehnten eingeübten, gewachsenen und tradierten Praktiken eines größeren Personenkreises.¹⁷ Im Kern verweist sie jedoch auf das „was schon immer so gemacht wurde“. Die Tierpraktiken unterliegen jedoch im großen Maße dem Wandel der Zeit und dem Wandel der Sozialmoral.¹⁸ Dabei können auch im Kern illegitime Tierpraktiken tradiert werden. So wird beispielsweise die Tradition des Hahnen- oder Stierkampfes heutzutage als illegitim betrachtet (§ 3 Nr. 6 TierSchG). Ob eine Tierpraktik an sich legitim und vernünftig ist, lässt sich demnach nicht mit Rekurs auf die Tradition beantworten und rechtfertigen.¹⁹ Das Gleiche gilt wohl auch für das individuelle Interesse einer Person, an tradierten Tierpraktiken festzuhalten und diese als Bestandteil der eigenen Persönlichkeit auszuleben.

2. Geeignetheit

Die Tiertötung darf auch nicht von vornherein ungeeignet sein, das legitime Ziel auch zu erreichen. Grundsätzlich erfüllt die Tiertötung zur Fleischproduktion den Zweck, einen Menschen zu ernähren, wenn er das Fleisch auch tatsächlich zu sich nimmt. Eine Vielzahl von Tieren verendet aber entlang der Produktionskette. Dies betrifft u. a. Tiere, die aufgrund von schlechten Haltungsbedingungen oder wegen krankheitsanfälliger Züchtung in der Aufzucht frühzeitig versterben.²⁰ Diese Tiere werden nicht zur Nahrungsmittelaufnahme durch den Menschen verwendet, folglich können

15 Lorz/Metzger (Fn. 9), § 1 TierSchG Rn. 61.

16 Mit weiteren Beispielen: Lorz/Metzger (Fn. 9), § 1 TierSchG Rn. 64.

17 Vgl. C. Schröder, Das Tier und sein Fleisch. Wen essen wir?, in: Rückert-John/Kröger, Fleisch (Fn. 1), S. 191 (194 f.).

18 Anschaulich N. Elias, Über das Essen von Fleisch, in: R. Borgards/E. Köhring/A. Kling (Hrsg.), Texte zur Tiertheorie, Stuttgart 2015, S. 95 ff.

19 So auch Lorz/Metzger: „Tradierte Verhaltensweisen müssen sich [...] der moralischen Rechtfertigung stellen z.B. überkommenes Brauchtum oder Haltungsgewohnheiten.“ (Fn. 9), § 1 Rn. 73. Hirt/Maisack/Moritz/Felde, (Fn. 13) § 1 TierSchG Rn. 56a.

20 B. M. Hasenau, Tiere für die Tonne, NVwZ 2024, 1055 (1056).

ihre Beeinträchtigungen auch nicht über diesen Zweck legitimiert werden. Hinzu kommt, dass selbst von den entstandenen Fleischprodukten ein nicht unerheblicher Prozentsatz weggeschmissen wird. So wird das Fleisch von umgerechnet 640 000 Schweinen und rund neun Millionen Hühnern in deutschen Haushalten pro Jahr zu Fleisch- und Wurstabfällen.²¹ Auch hier kann schwerlich das Vorliegen eines vernünftigen Grundes bejaht werden.²²

3. Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Tiertötung, wenn es kein Mittel gibt, welches mit weniger oder gar keiner Tierbeeinträchtigung einhergeht und welches gleich geeignet ist, die legitimen Ziele zu erreichen.

a) Gesunde Ernährung

Es ist mittlerweile unstrittig, dass sich in Ländern mit einem sicheren und reichhaltigen Nahrungsangebot eine ausgewogene, gesunde Ernährung auch durch vegetarische Ernährung erreichen lässt.²³ Dies bestätigt auch die Deutsche Gesellschaft für Ernährung (DGE).²⁴ Eine saubere juristische Prüfung müsste daher zu dem Ergebnis kommen, dass die Tiertötung zur gesunden menschlichen Ernährung nicht erforderlich ist. Dies gilt jedenfalls unstrittig für alle Menschen ohne erhöhten Nährstoffbedarf und ohne Lebensmittelunverträglichkeiten. Das menschliche Interesse an einer gesunden Ernährung kann damit für die Mehrheit der Tiertötungen nicht als vernünftiger Grund gelten.

21 J. Luckmann, Verschwendung in Deutschland, in: Heinrich Böll Stiftung/BUND/Le Monde Diplomatie (Hrsg.), *Fleischatlas 2021*, S. 40 f. Weltweite Daten liefern: J. Klaura/G. Breeman/L. Scherer, *Animal lives embodied in food loss and waste, Sustainable Production and Consumption 2023*, 308 ff.

22 So im Ergebnis auch: Hasenau, Tonne (Fn. 20), 1058.

23 Ausführlich: A. Michalsen/N. Oppenrieder/D. Schumann, *Brauchen wir Fleisch?*, in: E. Diehl/J. Tuider (Hrsg.), *Haben Tiere Rechte?*, Bonn 2019, S. 232 (240); Chmielewska et al., *Überzählige Tiere* (Fn. 13), 679; Caspar, *Industriegesellschaft* (Fn. 14), S. 368 f.; Hasenau, Tonne (Fn. 20), 1056; Lorz/Metzger (Fn. 9), § 1 TierSchG Rn. 66; A. Ströhle/A. Hahn, *Gesünder mit vegetarischer Ernährung?!*, *Ernährung im Fokus* 2017, 326 (333).

24 DGE (Fn. 6).

b) Geschmackserlebnis

Das Geschmackserlebnis von Fleisch wird in zunehmendem Maß auch durch Fleischersatzprodukte imitiert. Inwiefern dies überzeugend gelingt, ist die Frage einer eingehenden sensorischen Prüfung.²⁵ Sollten demnach gesunde Fleischersatzprodukte im Handel erhältlich sein, die einer sensorischen Überprüfung standhalten, dann wären sie als milderer, gleich geeignetes Mittel zu qualifizieren. Ob dies schon jetzt für einige Produktangebote der Fall ist, soll hier nicht entschieden werden.

4. Angemessenheit

Schlussendlich darf die Beeinträchtigung des Tieres nicht außer Verhältnis stehen zu den damit verfolgten menschlichen Zielen.²⁶ Mit der Angemessenheitsprüfung stellt sich die Kernfrage des gesamten Tierschutzrechts: Wie sollen menschliche mit tierlichen Interessen gegeneinander abgewogen werden? Welcher menschliche Nutzen rechtfertigt welchen tierlichen Schaden? Für die hier in Frage stehende Abwägung kommt es darauf an, ob das Geschmacksinteresse an Fleisch (sofern für dieses Ziel die Erforderlichkeit bejaht wurde) höher gewichtet wird als das Lebensinteresse eines Tieres.

Der Geschmack ist ein Sinn, über den die Menschen ihre Welt erfahren. Er steht mit Genuss im Zusammenhang und ist für die Lebenszufriedenheit von Bedeutung.²⁷ Gleichzeitig geht es hier nicht um das Geschmackserleben an sich, sondern nur um das spezifische Geschmackserleben von Fleisch. Das Interesse des Menschen am Fleischgeschmack ist in der Wertung des Grundgesetzes eher von geringem Gewicht – so ist die Essensauswahl allein durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gedeckt. Demgegenüber kommt dem Schutz des Lebens prinzipiell ein sehr hoher Stellenwert zu, vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.²⁸ Der Schutz des menschlichen, aber auch des tierischen Lebens ist ein basaler Schutz und

25 Lebensmittelverband Deutschland, Leitfaden für sensorische Prüfungen von veganen und vegetarischen Lebensmitteln mit Ähnlichkeit zu Lebensmitteln tierischen Ursprungs, 2024.

26 Hirt/Maisack/Moritz/Felde (Fn. 13), § 1 TierSchG Rn. 53.

27 So stehen Riechstörungen mit dem Auftreten von psychischen Erkrankungen in Zusammenhang (M. Sonnenmoser, Riechstörung und psychische Gesundheit, Deutsches Ärzteblatt 2021, 362 f. Vgl. auch J. Kazez, The Taste Question in Animal Ethics, Journal of Applied Philosophy 2017, 661 (663 f.).

28 L. Michael/M. Morlok, Grundrechte, 9. Aufl., Baden-Baden 2025, § 25, Rn. 487.

auf seine Durchsetzung sind alle weiteren Interessen angewiesen. Hinter der Annahme der Legalität des Fleischkonsums²⁹ steckt damit die Wertung, dass das Geschmacksinteresse des Menschen gewichtiger sei, als das Lebensinteresse des Tieres. Dem Lebensinteresse des Tieres wird damit ein eher geringes Gewicht zugeschrieben. Dies gilt jedenfalls für die Tiere, die als „essbar“ eingestuft werden. Gegenüber Tieren, die als „nicht-essbar“ eingestuft werden (wie etwa Katzen, Hunde und Igel) hält die Rechtsordnung an einem Verbot der Tiertötung fest.³⁰ Die Rechtsordnung bleibt damit eine Erklärung schuldig, inwiefern das Lebensinteresse beispielsweise eines Schweines gegenüber dem Lebensinteresse eines Hundes als geringfügiger zu bewerten ist.³¹ An sich ist jedes Tier essbar.³² Für die Klassifikation der Tiere in „essbare“ und „nicht-essbare“ Tiere gibt es keine biologischen Kriterien.³³ Die Legitimität der Essbarkeit von Tieren bestimmt sich allein über soziale oder kulturelle Faktoren.³⁴ Dies wird offenkundig beim Vergleich der kulturell abweichenden Klassifikationen, etwa bei der Einteilung der Kuh in Indien als nicht-essbar oder von Hunden in anderen Kulturen als essbar.³⁵ Die Übernahme dieser soziokulturellen Bestimmung in die Rechtsauslegung unter dem Begriff des „vernünftigen Grundes“ ist damit dogmatisch höchst fragwürdig und bleibt widersprüchlich.

Wertungswidersprüche ergeben sich auch daraus, dass in Zusammenhang mit anderen menschlichen Interessen das Lebensinteresse der Tiere wiederum höher veranschlagt wird.³⁶ So sind Tiertötungen im Rahmen

29 Hasenau, Tonne (Fn. 20), 1056; Hirt/Maisack/Moritz/Felde (Fn. 13), § 1 TierSchG Rn. 43.

30 Hirt/Maisack/Moritz/Felde (Fn. 13), § 17 TierSchG Rn. 67; Metzger (Fn. 10), § 17 Rn. 9.

31 Plakativ lässt sich gegenüberstellen, dass es legitim ist, mit der Tötung von Schweinen zur Fleischgewinnung Geld zu verdienen, wohingegen sich derjenige strafbar macht, der Hunde zur Fleischgewinnung tötet. Hunde und Schweine ähneln sich dabei in ihren kognitiven Fähigkeiten (P. P. Fraga et al., Who turns to the human?, *Animal Cognition* 2021, 33 f.).

32 Schröder, *Wen essen wir?* (Fn. 17), S. 191 (198).

33 Schröder, *Wen essen wir?* (Fn. 17), S. 216.

34 Schröder, *Wen essen wir?* (Fn. 17), S. 194 (198).

35 B. Ramming, Einige mögen Hunde (essen), andere nicht, in: N. Burzan/R. Hitzler (Hrsg.), *Auf den Hund gekommen*, Wiesbaden 2017, S. 63 (66, 70 f.). Auf die exkludierende Funktion von Esstabus sei an dieser Stelle verwiesen, genauso auf die damit verbundene Möglichkeit der Herabsetzung anderer (ebd., S. 68).

36 So bereits Caspar, *Industriegesellschaft* (Fn. 14), S. 368 f.; ausführlich Binder/Winkel-mayer, *Fleischproduktion* (Fn. 7), 116 ff., 125 ff.

der Betätigung der Kunstfreiheit verboten.³⁷ Auch unterstehen Tiertötungen im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit zahllosen Einschränkungen zugunsten der tierlichen Interessen gem. §§ 7 ff. TierSchG. Verglichen mit dem Geschmacksinteresse kommen der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG jedoch als schrankenlos gewährte Grundrechte im Gefüge der Wertordnung des Grundgesetzes ein erheblich höheres Gewicht zu.

III. Dilemma der Rechtsanwendung

Es lässt sich festhalten, dass eine Subsumption der Tötung von Tieren für den Fleischkonsum als „vernünftig“ im Sinne des § 1 S. 2 TierSchG erhebliche Wertungswidersprüche aufwirft. Diese Wertungswidersprüche innerhalb der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs sind besonders brisant, da § 17 Nr. 1 TierSchG diese Auslegung aufgreift und als strafrechtliche Norm den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG genügen muss.³⁸ Von Verfassungswegen³⁹ ist es daher erforderlich, dass sich eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt, die zu einer „strukturierenden und konkretisierenden Auslegung“⁴⁰ des Begriffs „vernünftiger Grund“ gelangt.

Die Wertungswidersprüche lassen sich entweder dadurch auflösen, dass der Tierschutzstandard in allen anderen Tiernutzungsbereichen auf ein Minimum gesenkt wird. Tiertötungen aus Interessen, die dem Geschmacksinteresse gleich- oder höherrangig sind, müssten folgerichtig als vernünftig eingestuft werden. Oder die Wertungswidersprüche lassen sich dadurch aufheben, dass das Geschmacksinteresse nicht das Lebensinteresse eines Tieres überwiegt. Damit wäre der Fleischkonsum, der nicht gesundheitlich notwendig ist, als vernünftiger Grund abzulehnen, was gleichbedeutend wäre mit einem Gebot zur vegetarischen Ernährungsweise, das sich damit theoretisch schon *de lege lata* aus dem Gesetz ableiten ließe. Es zeigt sich:

37 KG Berlin, NStZ 2010, 175 (176).

38 Bedenken bereits J. Dietlein, Angelfischerei zwischen Tierquälerei und sozialer Adäquanz, NStZ 1994, 21. *Maisack* weist daraufhin, dass sich durch die fehlende Klagemöglichkeiten im Bereich des Tierschutzes keine umfassende Rechtsprechungs-Kasuistik entwickeln konnte (Vernünftiger Grund (Fn. 13), S. 78 f.). Als ausreichend bestimmt bewertet von: OVG Münster RdL 2016, 291 (292 f.); M. Pfohl, in: V. Erb/J. Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band VII, 4. Aufl., München 2022, § 17 TierSchG Rn. 23; Lorz/Metzger (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 1.

39 BVerfGE 159, 223 Rn. 156; 161, 299 Rn. 272.

40 BGHSt 52, 98 (102).

Sowohl die Absenkung, als auch die Anhebung des Tierschutzstandards stehen im Widerspruch zu der herrschenden Sozialmoral. Der Rechtsanwender steht damit vor dem Dilemma, dass er keine widerspruchsfreie Anwendung des Rechts finden kann, die im Einklang mit der gegenwärtigen Sozialmoral steht. Die Frage nach der Legitimität des Fleischkonsums führt damit zu Fragen über das Recht im Spannungsverhältnis zur Sozialmoral.

B. Kann das Recht die Ernährungsweise des Menschen auch entgegen der Sozialmoral regulieren?⁴¹

Die Sozialmoral ist den Änderungen der Zeit in starkem Maße unterworfen.⁴² Zugleich wird diese von den Zeitgenossen als selbstverständlich erfahren und unbewusst von einer Kontinuität des Bestehenden ausgegangen. Der als selbstverständlich gelebte Umgang heutiger Gesellschaften mit Tieren ist also nicht „natürlich“, sondern immer Ausdruck eines bestimmten Zeitgeistes und einer vorherrschenden Sozialmoral.⁴³ Die Sozialmoral bezüglich Tieren wird hier verstanden als die Bewertungen des Großteils der Bevölkerung („der billig und gerecht Denkenden“)⁴⁴ über das, was im Umgang mit Tieren als akzeptabel/als „common sense“ erscheint und praktiziert wird.⁴⁵

Recht und Sozialmoral stehen dabei nicht losgelöst nebeneinander, sondern in wechselseitiger Beeinflussung.⁴⁶

41 Es hat sich gezeigt, dass das Recht de lege lata „Fleischverbote“ von als „nicht-essbar“ klassifizierten Tieren enthält – mithin trifft das Recht bereits jetzt schon Regelungen zur Ernährungsweise. Die Leitfrage wurde spezifiziert.

42 BVerfGE 7, 198 (215).

43 M. Sebastian, Subjekt oder Objekt?, in: Diehl/Tuider (Hrsg.), Rechte (Fn. 23), S. 69 (71); G. Hirschfelder, Vom Wohlstands- zum Krisensymbol, Eine Kulturgeschichte des Nahrungsmittels Fleisch, Aus Politik und Zeitgeschichte 2021, Nr. 51-52, 4 (5).

44 Lorz/Metzger (Fn. 9), § 1 TierSchG Rn. 73.

45 Zum Begriff der Sozialmoral siehe H. Schiwek, Sozialmoral und Verfassungsrecht, Berlin 2000, S. 25 f.

46 R. Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, S. 34 ff., 56.

I. Standortbestimmung der gegenwärtigen Sozialmoral gegenüber Tieren

Die gegenwärtige Sozialmoral bzgl. Tieren ist als zutiefst ambivalent zu kennzeichnen.⁴⁷ Tiere werden von der gegenwärtigen Sozialmoral nicht nur in „essbar“ und „nicht-essbar“ kategorisiert, sondern auch in Haus-, Wild-, Versuchstiere und Nutztiere.⁴⁸ Diese Unterteilung entscheidet über den menschlichen Blick auf das Tier und bestimmt seinen Umgang mit ihm. Der Umgang mit „Nutz“-Tieren ist durch eine Objektivierung der Tiere geprägt – sie werden nicht als Individuen wahrgenommen, sondern fast ausschließlich unter dem Aspekt ihrer Verwertbarkeit.⁴⁹ Dem Umgang mit „Nutz“-tieren steht diametral der Umgang mit Haustieren gegenüber. Haustiere werden vor allem als Subjekte wahrgenommen.⁵⁰ Diese willkürlichen Kategorisierungen und die entgegengesetzten Behandlungen der Tiere führen zu einem ambivalenten gesellschaftlichen Umgang mit Tieren.⁵¹ Eine Ambivalenz liegt auch darin, dass dem Tierschutz gesellschaftlich zwar ein hoher Wert zugeschrieben wird,⁵² sich dies aber nicht auch in substantiellen Änderungen in der Tierhaltungspraxis niederschlägt.

II. Beeinflussung des Rechts durch die Sozialmoral

Das Recht wird im Bereich der Legislative, der Exekutive und der Judikative von der herrschenden Sozialmoral beeinflusst.

1. Legislative

Setzt sich ein/e Politiker*in oder eine Partei für Anliegen ein, die außerhalb der gegenwärtigen Sozialmoral liegen, dann kann dies zulasten einer möglichen (Wieder-)Wahl gehen.⁵³ Die Sozialmoral hat folglich Auswirkungen

47 Treffend gefasst in dem Titel des Buches „Wir streicheln und wir essen sie“ von H. Herzog.

48 Sebastian, Objekt (Fn. 43), 71.

49 Sebastian, Objekt (Fn. 43), 74; Schröder, Wen essen wir? (Fn. 17), S. 194.

50 Vgl. Sebastian, Objekt (Fn. 43), 73.

51 Sebastian, Objekt (Fn. 43), 72.

52 BVerfGE NJW 2002, 663 (664); A. Schütz et al., Tierschutz first?, Journal of Consumer Protection and Food Safety 2024, 21, m.w.N.

53 Versinnbildlicht in der Figur des Overton-Fensters: J. Lynch, Regimes of Inequality, Cambridge 2020, S. 176 ff.

auf die Zusammensetzung des Parlaments, wie auch auf die Frage, welche Gesetzesinitiativen überhaupt in den Gesetzgebungsprozess eingebracht werden. Auch in den parlamentarischen Debatten spiegeln sich Wertungen der Sozialmoral. Bemerkenswerterweise machte der Gesetzgeber beim Erlass des Tierschutzgesetzes den Einfluss der Sozialmoral auf sein Gesetzesvorhaben sogar explizit und begründet die Notwendigkeit des Erlasses damit, dass sich „[d]ie Grundeinstellung des Menschen zum Tier im Sinne einer Mitverantwortung für dieses Lebewesen [...] im Laufe der Zeit fortentwickelt [hat].“⁵⁴

Politische Maßnahmen zur Reduzierung des Fleischkonsums und erst recht ein gesetzliches Gebot zur vegetarischen Ernährungsweise können gegenwärtig als politisch nicht durchsetzbar bzw. undenkbar gelten. Tatsächlich sind derzeit auch keine politischen Maßnahmen im Gespräch, die auf eine Reduzierung des Fleischkonsums abzielen.⁵⁵ CDU, SPD und Grüne enthalten in ihren Parteiprogrammen lediglich ein allgemeines Bekenntnis zum Tierwohl, ohne dass dies als politisches Vorhaben weiter ausgeformt worden wäre.⁵⁶

2. Exekutive und Judikative

Auch die Amtsträger der Exekutive und Judikative sind im Rahmen der herrschenden Sozialmoral sozialisiert.⁵⁷ Die Anwendung und Auslegung des Rechts macht es erforderlich, dass der Amtsträger Wertungen treffen muss, in denen sich die herrschende Sozialmoral dann niederschlagen kann.⁵⁸ Die aufgezeigten Wertungswidersprüche im Recht veranschauli-

54 BT-Drs. VI/2559, Vorblatt.

55 *Seha* stellt fest, dass es bisher an einer grundlegenden Auseinandersetzung mit der Problematik Fleischkonsum in der Politik fehle (Fleischlos essen (Fn. 1), S. 411).

56 Die Grundsatzprogramme von SPD, CDU, Bündnis90/Die Grünen bekennen sich zu einer artgerechten Tierhaltung (SPD: <https://www.spd.de/programm/grundsatzprogramm/> (2007), S. 50; CDU: <https://www.cdu.de/grundsatzprogramm/> (2024), S. 66). Das Grundsatzprogramm von Bündnis90/Die Grünen (2020) geht von einer Reduzierung des Fleischkonsums aus (<https://www.gruene.de/grundsatzprogrammprozess>, Rn. 78).

57 Bzgl. Richter: *Schiwek*, Sozialmoral (Fn. 45), S. 273 f.; allgemeiner: *Zippelius*, Rechtsphilosophie, (Fn. 46), S. 21 ff.

58 Als eindruckliches Beispiel gibt *H. Schiwek* die zustimmende Meinung des Richters *Bradley* im US-amerikanischen Verfahrens *Bradwell v. Illinois* wieder (Sozialmoral (Fn. 45), S. 36 f.).

chen, wie die gegenwärtig ambivalente Sozialmoral in das Recht, bzw. die Rechtsauslegung hineingetragen wurde.

Darüber hinaus ist das Tierschutzrecht von einem großen Umsetzungsdefizit geprägt.⁵⁹ Die Exekutive nimmt hier die ungesetzliche Wertung für sich in Anspruch, tierschutzrechtliche Normen nicht anzuwenden.⁶⁰ Evident ist hier etwa das Urteil des OLG Naumburg, welches den Hausfriedensbruch von Tieraktivisten als gerechtfertigte Nothilfe nach § 34 StGB ansah, da die Einschaltung von Behörden „von vornherein“ als „aussichtslos“ zu bewerten war.⁶¹ Diese ungesetzliche Nichtanwendung des geltenden Rechts geht wohl im Kern auf die gängige Sozialmoral zurück, welche den „Nutz“-Tieren keinen hohen Stellenwert einräumt und deren gesetzlicher Schutz vor diesem Hintergrund als zu weitgehend empfunden wird.

3. Leistungsfähigkeit des Rechts

Wie lässt sich vor diesem Hintergrund – vor dem großen Einfluss der Sozialmoral auf das Recht – die Leistungsfähigkeit des Rechts bewerten? Die Geltung des Rechts basiert auf der grundsätzlichen Akzeptanz der breiten Bevölkerung.⁶² Dem Recht wird es nicht gelingen, sich dauerhaft und in fundamentaler Weise gegen die herrschende Sozialmoral zu stellen. Dies gilt auch bezüglich Regulierungen der Ernährungsweise, wie das historische Beispiel der Prohibition in den USA zeigt.⁶³ Hier wäre der Leistungsfähigkeit des Rechts eine Grenze gezogen. Das Recht ist aber nicht auf die Rolle beschränkt, lediglich die vorherrschende Sozialmoral in Gesetz zu gießen. Die Leistungsfähigkeit des Rechts liegt auch in dem Vermögen, die herrschende Sozialmoral nachhaltig zu verändern – oder jedenfalls entscheidend dazu beizutragen.

59 Statt vieler: *N. Kerstensteiner*, Tiere vor Gericht?, Tübingen 2024, S. 1 f.

60 *J. Bülte*, Zur faktischen Straflosigkeit institutionalisierter Agrarkriminalität, GA 2018, 35 ff.

61 OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 (2065 Rn. 15).

62 *Zippelius*, Rechtsphilosophie (Fn. 46), S. 57, 122 f., 178.

63 *M. Berg*, Das noble Experiment und sein Erbe, Geschichte und Gegenwart der Prohibition in den USA, Aus Politik und Zeitgeschichte 2020, Nr. 49-50, S. 17 (20 f.).

III. Beeinflussung der Sozialmoral durch das Recht

Auch die Sozialmoral wird durch das Recht geprägt und weiterentwickelt.⁶⁴ Als erfolgreiche Beispiele progressiver rechtlicher Regelungen seien hier etwa die Einführung einer Anschnallpflicht im PKW oder die Nichtraucherschutzgesetze zu nennen.⁶⁵ Dabei ist anzumerken, dass die Anpassung der Sozialmoral ein Prozess ist, der über Jahrzehnte andauern kann. Die zu erfolgende Anpassung ist aber kein Automatismus, vielmehr kann der politische Druck auf die Rücknahme der Normen wachsen (beispielsweise bei der Rücknahme der Prohibition in den USA) oder gar zur Auflösung des politischen Systems beitragen⁶⁶.

In Bereichen der gesellschaftlichen Triggerpunkte, wie dem Fleischkonsum, gestaltet sich die Beeinflussung der Sozialmoral durch das Recht zunehmend schwierig. Im Ausgangspunkt ist es bereits unwahrscheinlich, inwiefern überhaupt unliebsame politische Maßnahmen in Wirksamkeit kommen können. Öffentliche Debatten über gesellschaftliche Triggerpunkte sind durch Empörungswellen und Desinformationskampagnen geprägt, die einem konstruktiven Diskurs abträglich sind. So konnte in der Veggie-Day-Debatte von 2013 beobachtet werden, dass den zugrunde liegenden tatsächlichen Problemen des Fleischkonsums keine mediale und gesellschaftliche Aufmerksamkeit zugekommen ist.⁶⁷ Eine aufgeheizte (Schein-)Debatte ist schwerlich in der Lage, die öffentliche Meinungsbildung – und damit die Sozialmoral – weiterzuentwickeln. Weiterhin ist es für das Recht unmöglich, die Bürger*innen mit seinen Wertungen zu erreichen, wenn diese die Rechtsordnung als solche ablehnen (Stichwort Extremismus), wenn sie die Grundlagen des rationalen Diskurses verlassen haben (Stichwort Verschwörungserzählungen) oder wenn Missverständnisse über die eigene Freiheitssphäre die Ablehnung von Freiheitseinschränkungen aller Art fördern („libertärer Autoritarismus“)⁶⁸. Für das Recht ist das Anwachsen und

64 So schon das BVerfG: „[Die guten Sitten] sind geschichtlich wandelbar, können daher - in gewissen Grenzen - auch durch *rechtliche* Gebote und Verbote beeinflusst werden.“ BVerfGE 7, 198 (215). Zippelius, Rechtsphilosophie, (Fn. 46), S. 34 ff., 57.

65 C. Köllner, 40 Jahre Gurtpflicht mit Bußgeld, <https://www.springerprofessional.de/verkehrssicherheit/fahrzeugtechnik/40-jahre-gurtpflicht-mit-bussgeld/27411712> (Stand: Oktober 2025; zuletzt abgerufen am 02.04.2026).

66 Zippelius, Rechtsphilosophie (Fn. 46), S. 30 f., 178.

67 Seha, Fleischlos essen (Fn. 1), S. 408 f., 411.

68 Mau/Lux/Westheuser, Triggerpunkte (Fn. 2), S. 267. Sie beziehen sich auf: C. Amlinger/O. Nachtwey, Gekränkte Freiheit, Berlin 2023.

Verstetigen solcher gesellschaftlicher Strömungen und Phänomene höchst problematisch.

IV. Zwischenfazit

Unter der gegenwärtigen Sozialmoral stieße ein gesetzliches Gebot zur vegetarischen Ernährungsweise auf keine Akzeptanz in der breiten Bevölkerung, weswegen die Leistungsfähigkeit des Rechts an seine Grenzen käme. Wenn die herrschende Sozialmoral bezüglich des Fleischkonsums sich jedoch radikal verändern würde (wozu auch gesetzliche Regelungen einen großen Beitrag leisten können), dann wäre auch die zukünftige Durchsetzung einer solchen Norm im Rahmen des Vorstellbaren.

C. Soll das Recht die Ernährungsweise des Menschen auch entgegen der Sozialmoral regulieren?

I. Fleischkonsum

Die „Soll“-Frage kann das Recht nicht aus sich heraus beantworten, sondern es bedarf einer Auseinandersetzung mit der Moral,⁶⁹ genauer: der Tierethik. Dabei ist zu beachten, dass es nicht die eine tierethische Positionierung gibt, sondern dass der Gesetzgeber ein Spektrum an tierethischen Positionierungen vorfindet, auf die er sich beziehen könnte und die jeweils zu anderen Ergebnissen führen.⁷⁰ Einesteils wird der Fleischkonsum als individuelle Moralentscheidung verstanden und/oder als moralisch unproblematisch bewertet. Wird diese ethische Positionierung präferiert, dann müsste keine staatliche Regulierung erfolgen.⁷¹ Anderenteils wird der Fleischkonsum als moralisch problematisch bewertet und zugleich seine politische Dimension bejaht. Hieraus ergeben sich Forderungen an das Recht nach Implementierung, Einhaltung und der Verteidigung

69 G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, herausgegeben durch R. Dreier/S. L. Paulson, Studienausgabe, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 44 f.

70 J. S. Ach, Vegetarismus und Veganismus, in: Ach/Borchers (Hrsg.), Handbuch (Fn. 8), S. 346 (347) m.w.N.

71 Ob das Recht die Tiertötung aus anderen Gründen als tierethischen einzuschränken vermag, oder ob das Recht überhaupt legitimerweise die Tiertötungen zur Fleischgewinnung verbieten darf – das wären dann weiterführende Fragen.

von Tierrechten.⁷² Es müsste den empfindsamen Tieren ein Recht auf Leben einräumen, welches der menschlichen Freiheitsausübung entgegengehalten werden kann. Die menschlichen Freiheitsinteressen würden sich nach dieser Lesart von vornherein nicht auf den Fleischgenuss erstrecken. Welchen Standpunkt die Sozialmoral einnimmt, kann innerhalb dieser Betrachtungsweise nicht relevant sein, weil die Einhaltung von Rechten keine Frage von Mehrheitsüberzeugungen sein darf.

Bisher betont der deutsche Gesetzgeber einen „umfassenden Lebensschutz“ der Tiere, wonach das „Leben des Tieres schlechthin geschützt“ werden soll.⁷³

II. Tierhaltung

Gerade mit Blick auf die hohe Anzahl der „Tiere für die Tonne“⁷⁴ scheint das Recht schon jetzt dem selbst gesetzten Anspruch auf „umfassenden Lebensschutz“ nicht gerecht zu werden. Nicht nur die grundsätzliche Frage nach der Legitimität von Tiertötungen, sondern auch die Frage nach den Lebens- und Haltungsbedingungen dieser Tiere rückt damit in den Fokus. Tatsächlich ist keine tierethische Positionierung auffindbar, die die derzeitigen Haltungsbedingungen und Tötungspraxis in der industriellen Tierhaltung rechtfertigen.⁷⁵ Die Tierethik (hier übrigens wohl im Einklang mit der Sozialmoral) fordert damit das Recht zu einer umfassenden und tiefgreifenden Wende in der Tierhaltung auf. Klar ist, dass es hierbei nicht um ein paar Zentimeter mehr für die Sau im Kastenstand geht, die es ihr ermöglichen würden, aufzustehen und ihre Liegeposition zu verändern,⁷⁶ oder ähnliche minimale Zugeständnisse: Die Tierhaltung muss den vielfältigen Bedürfnissen der Tiere wenigstens im Ansatz gerecht werden. Dies hätte auch unmittelbare Auswirkungen auf den Fleischkonsum, denn der

72 B. Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, 2. Aufl., Berlin 2020; F. Schmitz, Tiere essen - dürfen wir das?, Stuttgart 2020; K. Hellmann, Der Konsum der Gesellschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 2019, S. 27 f.; M. Cojocaru, Vegetarier ohne Überzeugung?, TIERethik 2018, 50 (58 ff.).

73 BT-Drs. VI/2559, S. 9.

74 Hasenau, Tonne (Fn. 20).

75 T. Višak, Töten (Fn. 8), S. 217. Ladwig sieht in der industriellen Tierhaltung eine Vielzahl von tierlichen Interessen verletzt. Diese seien als „institutionalisiertes Unrecht“, die „kaum vermeidbare Folge gesetzlich geschaffener Rahmenbedingungen“ (Tierrechte (Fn. 72), S. 10, 18).

76 Ladwig, Tierrechte (Fn. 72), S. 14 ff.

derzeitige hohe Tierbestand kann im Rahmen dieses neuen Standards nicht aufrechterhalten werden, denke man etwa allein an den steigenden Flächenbedarf. Die Zahl der gehaltenen Schlachttiere – und damit der Fleischkonsum – müsste erheblich zurückgehen.

D. Fazit

Die normative Kraft des Faktischen⁷⁷ ist sehr wirkmächtig und beeinflusst das Recht, die Rechtsanwendung und -auslegung entscheidend. Vor dem Hintergrund der Wandelbarkeit der herrschenden Sozialmoral ist jedoch eine kritische Auseinandersetzung des Rechtsanwenders mit der gegenwärtigen Sozialmoral notwendig. Gerade mit Blick auf die drängenden Transformationen unserer Zeit muss das Recht als Kraft der gesellschaftlichen Veränderung ernst genommen werden.

Ob ein gesetzliches Gebot zur vegetarischen Ernährung sich als historisch „richtig“ erweisen wird, hierüber kann nur spekuliert werden.⁷⁸ Demgegenüber stellen sich die systemimmanenten Missstände in der industriellen Tierhaltung schon heute als verwerflich dar.

⁷⁷ Zippelius, Rechtsphilosophie (Fn. 46), S. 35.

⁷⁸ R. Bregman, *Moralische Ambition*, Hamburg 2024, S. 213 ff. Vgl. auch A. Peters, Die Rechtsstellung von Tieren, in: Diehl/Tuider (Hrsg.), *Rechte* (Fn. 23), S. 122 (132 f.).

Menschenrechte und Circular Economy: Wie das Völkerrecht den sozialen Auswirkungen einer Transformation zur Kreislaufwirtschaft begegnen kann

Giacomo Sebis*

Das Konzept der Circular Economy bietet das Potenzial, gegenwärtige Wirtschaftssysteme zur Lösung ökologischer Krisen zu transformieren. Zusammen mit dem Konzept einer Just Transition könnten zugleich die sozialen und menschenrechtlichen Implikationen einer zirkulären Transformation adressiert werden. Angesichts globaler wirtschaftlicher Verflechtungen ist ein völkerrechtlicher Rahmen nötig, um diesen Risiken zu begegnen. Eine Auswertung völkerrechtlicher Literatur ergibt jedoch, dass weder das Konzept einer Circular Economy noch der Just Transition im Völkerrecht ausreichend beleuchtet werden. Eine Untersuchung des kürzlich abgeschlossenen internationalen Wirtschaftsabkommens ACCTS bestätigt diesen Befund: Es berücksichtigt keine systemischen Fragen des Übergangs zu einer Circular Economy oder soziale Implikationen dieser Transformation. Das gegenwärtig in Aushandlung befindliche globale Plastikabkommen versucht die Brücke zwischen systemischer Implementierung einer Circular Economy und Beachtung ihrer sozialen Auswirkungen zu schlagen.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	274
II.	Ziel des Beitrags und methodisches Vorgehen	275
III.	Begriffsklärungen	276
	1. Circular Economy	276
	2. Just Transition	277
	3. Gerechte Circular Economy	279
	4. Transformation zu einer gerechten Circular Economy durch das Völkerrecht	281
IV.	Auswertung juristischer Literatur zu gerechter Circular Economy im Völkerrecht	282
V.	Das Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability (ACCTS)	284

* Giacomo Sebis ist Researcher in der Abteilung für Kreislaufwirtschaft des Wuppertal Instituts und Promovend an der Leuphana Universität Lüneburg. Er forscht zum Nachhaltigkeitsrecht, Menschenrechten, Völkerrecht und Kreislaufwirtschaft. Die Publikation entstand im Rahmen eines Promotionsvorhabens des GRK „Circular E-Cars“ (FKZ 033R393C), welches durch das BMFTR gefördert und vom PTJ koordiniert wird.

1. Adressierung von Circular Economy	284
2. Adressierung von Just Transition	285
3. Fazit	285
VI. Das globale Plastikabkommen: Beispiel für eine gerechte Circular Economy?	286
1. Adressierung von Circular Economy	286
2. Adressierung von Just Transition	287
3. Transformatives Potenzial eines globalen Plastikabkommens	287
4. Komplexität der Verhandlungen durch diametrale Interessenlagen	288
VII. Ergebnis und Ausblick	288

I. Einleitung

Das gegenwärtige globale Wirtschaftssystem – auch Linearwirtschaft genannt – ist durch folgende grundsätzliche Logik geprägt: Wertschöpfung entsteht im Kern dadurch, dass Ressourcen aus der Umwelt entnommen, mit Energie und Arbeitskraft zu Produkten verarbeitet und diese am Ende ihrer Produktlebensphase auf Deponien oder in Verbrennungsanlagen entsorgt werden.¹ Dies trägt aufgrund der hohen Primärressourcennutzung² sowie Menschenrechtsverletzungen entlang globaler Wertschöpfungsketten³ zu zahlreichen ökologischen und sozialen Herausforderungen bei. In den vergangenen Jahren wird das Konzept einer Circular Economy von Forschung und Politik verstärkt in den Vordergrund gerückt,⁴ um eine alternative Wirtschaftsform aufzuzeigen, die das Potenzial bietet, Nachhaltigkeit zu fördern.

Bei der Transformation von einer Linearwirtschaft hin zu einer Circular Economy dürfte es sich um einen ökonomischen Systemwechsel handeln, der globale Wertschöpfungsketten verändern und hinsichtlich Arbeitsplatzsicherheit, Arbeitsbedingungen und weiterer sozio-ökonomischer Auswir-

-
- 1 *Ellen MacArthur Foundation*, Towards the Circular Economy, Vol. 1 – Economic and Business Rationale for an Accelerated Transition, 2013.
 - 2 *J. Hickel/G. Kallis*, Is Green Growth Possible?, *New Political Economy* 25 (2019), 469–486; *United Nations Environment Programme/International Resource Panel*, Global Resources Outlook 2024: Bend the Trend – Pathways to a Liveable Planet as Resource Use Spikes, Nairobi 2024.
 - 3 Siehe u. a.: *C. Villiers*, A Game of Cat and Mouse: Human Rights Protection and the Problem of Corporate Law and Power, *Leiden Journal of International Law* 36 (2023), 415–438; *B. Choudhury*, Corporate Law’s Threat to Human Rights: Why Human Rights Due Diligence Might Not Be Enough, *Business and Human Rights Journal* 8 (2023), 180–196; *Business & Human Rights Resource Centre/Deutsches Institut für Menschenrechte*, Global Heat Map of Alleged Corporate Abuses, 2025.
 - 4 *I. E. Nikolaou/N. Jones/A. Stefanakis*, Circular Economy and Sustainability: The Past, the Present and the Future Directions, *Circular Economy and Sustainability* 2021, 1–20.

kungen globale Verteilungseffekte nach sich ziehen dürfte.⁵ Derartige soziale Risiken könnten insbesondere Staaten im Globalen Süden treffen.⁶ Hierdurch kann auch die Beachtung von Menschenrechten tangiert werden. Die aktive Berücksichtigung derartiger sozialer Aspekte und Verteilungsfragen im Rahmen ökologischer Transformationsprozesse wird häufig mit dem Terminus Just Transition umschrieben.⁷ Dieses Konzept könnte für die sozialverträgliche Ausgestaltung einer Transformation zur Circular Economy herangezogen werden.

Aufgrund bestehender globaler wirtschaftlicher Verflechtungen und Wirtschaftsstrukturen einzelner Staaten dürfte die durch Schaffung einer Circular Economy bedingte vertiefte Änderung des Wirtschaftssystems internationaler Koordination bedürfen – konkret wäre eine Circular Economy rein technisch auf einer bloß nationalen Ebene nur bedingt umsetzbar.⁸ Dementsprechend ist für eine effektiv sozialverträgliche Circular Economy ein internationaler Rechtsrahmen geboten.⁹

II. Ziel des Beitrags und methodisches Vorgehen

Ziel dieses Beitrags soll sein, die Rolle des Völkerrechts in der sozialverträglichen Ausgestaltung der Transformation zur Circular Economy zu skizzieren. Hierzu wird zunächst der zentrale Untersuchungsgegenstand – eine gerechte Circular Economy – erörtert und eingegrenzt.

-
- 5 B. Gözet/W. Van Opstal/G. Sebis/J. Günther/R. Old, A Just Transition to a Circular Economy. Exploring Current and Potential Social Implications Exemplary for the Value Chains Batteries, Plastics, and Textiles, ETC/CE Report 2025/8, European Topic Centre on Circular Economy and Resource Use (EEA), 2025.
 - 6 L. Denter, Global Circular Economy – Reflections for a Just Transition, Berlin 2025.
 - 7 D. Stevis/R. Felli, Planetary Just Transition? How Inclusive and How Just?, Earth System Governance 6 (2020), 100065; European Environment Agency, Just Sustainability Transitions – From Concept to Practice, 2024.
 - 8 K. S. Wiebe/M. Harsdorff/G. Montt/M. S. Simas/R. Wood, Global Circular Economy Scenario in a Multiregional Input–Output Framework, Environmental Science & Technology 53 (2019), 6362–6373; N. O. Solomon/P. Simpa/O. A. Adenekan/S. C. Obasi, Circular Economy Principles and Their Integration into Global Supply Chain Strategies, Finance & Accounting Research Journal 6 (2024), 747–762; P. Schröder/J. Barrie, How the Circular Economy Can Revive the Sustainable Development Goals: Priorities for Immediate Global Action, and a Policy Blueprint for the Transition to 2050, London 2024.
 - 9 F. Lesniewska/K. Steenmans, The Circular Economy and the Law: Bringing Justice into the Frame, London/New York 2023.

Aus dem Blickwinkel einer gerechten Circular Economy – die im Kern Elemente des Menschenrechtsschutzes durch Berücksichtigung einer Just Transition sowie der zirkulären Wertschöpfung zusammendenkt – folgt die anschließende Untersuchung einem Dreischritt: Erstens wird mittels einer Literaturrecherche eine Kartierung einer gerechten Circular Economy im Völkerrecht vorgenommen. Zweitens wird das kürzlich abgeschlossene *Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability* daraufhin geprüft, inwieweit es Elemente von Circular Economy und Just Transition beinhaltet. Drittens wird anhand des Beispiels des derzeit in Entwicklung befindlichen globalen Plastikabkommens dargestellt, wie die Förderung einer gerechten Circular Economy im Völkerrecht aussehen könnte. Dies soll der Beantwortung folgender Frage dienen:

„Können aus bestehenden Rechtsquellen des Völkerrechts Verpflichtungen zur Förderung einer gerechten Circular Economy hergeleitet werden, und wie wird eine solche in gegenwärtigen Vertragsverhandlungsprozessen im Völkerrecht berücksichtigt?“

III. Begriffsklärungen

Zunächst gilt es den Untersuchungsgegenstand, also eine gerechte Circular Economy, genauer einzugrenzen. Konkret: Was ist eine Circular Economy, was eine Just Transition, und kann das Völkerrecht bei der Transformation zu einer gerechten Circular Economy helfen?

1. Circular Economy

Bei einer Circular Economy handelt es sich um ein alternatives Wirtschaftsmodell, bei dem die optimale Nutzung und Schonung von Ressourcen sowie die Vermeidung von Abfällen und Emissionen im Vordergrund stehen.¹⁰ Zur Umsetzung einer Circular Economy bestehen zahlreiche konzeptionelle

10 J. Kosmol/W. Jander/J. Günther/K. Döschner/P. Nuss/A. Kahrl/C. Kitazume/M. Taubert, Zirkuläres Wirtschaften als Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung in unsicheren Zeiten. Ein Diskussionsbeitrag aus dem UBA, Dessau-Roßlau 2025; M. Geissdoerfer/P. Savaget/N. M. P. Bocken/E.-J. Hultink, The Circular Economy – A new sustainability paradigm?, *Journal of Cleaner Production* 143 (2017), 757–768.

tionelle Ansätze, hierunter die sogenannten 10-R-Strategien.¹¹ Dabei handelt es sich um eine hierarchische Liste von insgesamt zehn Maßnahmen, die entlang des gesamten Lebenszyklus von Produkten angesiedelt sind und im Wesentlichen einer umweltschonenden Ausgestaltung von Produkt- und Konsumsystemen dienen sollen.¹²

2. Just Transition¹³

Das Konzept der Just Transition behandelt Gerechtigkeitsfragen in Transformationsprozessen. Es geht im Kern darum, negativen sozialen Auswirkungen ökologischer Systemwandelprozesse aktiv entgegenzuwirken und sozialen Ausgleich zu schaffen.¹⁴

In der Literatur werden dabei drei zentrale Dimensionen hervorgehoben: Verteilungsgerechtigkeit, Prozessgerechtigkeit und Anerkennungsgerechtigkeit. Diese Dimensionen betreffen die Fragen wie Chancen und Risiken der Transformation zwischen sozialen Akteuren verteilt werden sollen, welche formalen Prozesse in der Ausgestaltung der Transformation angemessen sind und welche Perspektiven es zu berücksichtigen gilt.¹⁵

Das Konzept der Just Transition wurde ideengeschichtlich von unterschiedlichen Gerechtigkeitsdebatten beeinflusst. 1971 stellte *John Rawls* mit *A Theory of Justice* ein umfassendes Rahmenwerk für die Begründung

11 Siehe hierzu: *UN Global Compact Netzwerk Deutschland/WWF Deutschland* (Hrsg.), Strategieleitfaden Circular Economy – Schritt für Schritt zu einer wirkungsorientierten Unternehmung in der Kreislaufwirtschaft, 2024.

12 *UN Global Compact Netzwerk Deutschland/WWF Deutschland*, Strategieleitfaden Circular Economy (Fn. 11).

13 Der Abschnitt greift teilweise auf bereits veröffentlichte Ausführungen zurück, die der Verfasser im Rahmen des folgenden Berichts mitverfasst hat: B. Gözet/W. Van Opstal/G. Sebis/J. Günther/R. Old, A Just Transition to a Circular Economy. Exploring Current and Potential Social Implications Exemplary for the Value Chains Batteries, Plastics, and Textiles, ETC/CE Report 2025/8, European Topic Centre on Circular Economy and Resource Use (EEA), 2025.

14 ILO, Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all, 2015; UNFCCC Secretariat, Just transition of the workforce, and the creation of decent work and quality jobs. Technical paper by the secretariat, FCCC/TP/2016/7, 2016.

15 B. Gözet/W. Van Opstal/G. Sebis/J. Günther/R. Old, A Just Transition to a Circular Economy (Fn. 5); EEA, Delivering justice in sustainability transitions, 2024; L. Oates/L. Verveld, Just transitions: Conceptual tools for policy reflection, PBL Netherlands Environmental Assessment Agency, 2024.

von Verteilungsgerechtigkeit vor.¹⁶ Robert D. Bullard wies ab den 1980er Jahren empirisch die rassistisch begründete Ungleichverteilung von Umweltbelastungen in den USA nach und prägte mit seinem Buch *Dumping in Dixie* den Begriff der Environmental Justice.¹⁷ In den 1990er Jahren dann erschloss Nancy Fraser durch ihre Arbeit zu Social Justice unter anderem Aspekte von Partizipation für soziale Gerechtigkeit.¹⁸ Diese Entwicklungen griff David Schlosberg 2004 und 2007 auf und erfasste Environmental Justice konzeptionell.¹⁹ Das Konzept der Just Transition wurde explizit ab Ende der 1970er Jahre in der Arbeiterbewegung der USA formuliert, um auf Gerechtigkeitsfragen im Rahmen wirtschaftlicher Transformationsprozesse in den fossilen Industrien hinzuweisen.²⁰ Es erfolgte im weiteren Verlauf eine Anlehnung an konzeptionelle Grundlagen von Environmental Justice: In den 2010er Jahren wurden Überschneidung und Beeinflussung zwischen Environmental Justice und Just Transition herausgearbeitet.²¹ Über die nachfolgende Zeit hinweg wurden auch weitere Aspekte in das Begriffsverständnis von Just Transition einbezogen. Hierbei wird auch der Nexus zwischen Menschenrechten und Just Transition zunehmend herausgestellt.²²

16 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA) 1971.

17 R. D. Bullard, *Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality*, Boulder (CO) 1990.

18 N. Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Postsocialist' Age*, *New Left Review* 1995, 68–93.

19 D. Schlosberg, *Reconceiving Environmental Justice: Global Movements and Political Theories*, *Environmental Politics* 13 (2004), 517–540; D. Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford 2007.

20 J. Abraham, *Just Transitions for the Miners: Labor Environmentalism in the Ruhr and Appalachian Coalfields*, *New Political Science* 39 (2017), 218–240.

21 D. McCauley/R. J. Heffron, *Just transition: Integrating climate, energy and environmental justice*, *Energy Policy* 119 (2018), 1–7; C. Farrell, *A Just Transition: Lessons Learned from the Environmental Justice Movement*, *Duke Forum for Law & Social Change* 4 (2012), 45–63; G. Evans/L. Phelan, *Transition to a post-carbon society: Linking environmental justice and just transition discourses*, *Energy Policy* 99 (2016), 329–339; A. Stark/F. Gale/H. Murphy-Gregory, *Just Transitions' Meanings: A Systematic Review*, *Society & Natural Resources* 36 (2023), 1277–1297.

22 O. Abe, *Towards a Human Rights-Based Approach to Energy Transition in Africa*, *Business and Human Rights Journal*, 10 (2025), 11–33; OHCHR/ILO, *Key Messages on a Just Transition and Human Rights*, 2023; T. A. Novitz, *Human Rights as a Regulatory Tool for 'Just Transition' in Europe (and Beyond)*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 39 (2023), 439–452; Annalisa Savaresi/Margaretha Wewerinke-Singh, *A Just Transition? Investigating the Role of Human Rights in the Transition Towards Net Zero Societies*, EUI LAW, AEL Working Paper 2024/09; M. Wewerinke-Singh, *A human rights approach to energy: Realiz-*

3. Gerechte Circular Economy

Bis vor einigen Jahren beschränkten sich Diskurse zu Circular Economy im Kern auf ökologische und ökonomische Vorteile.²³ Aktuelle Publikationen verschränken zunehmend Forschung zu Just Transition bzw. Gerechtigkeitsfragen mit Circular Economy;²⁴ teilweise wird von Circular Justice gesprochen.²⁵ Sozioökonomische Aspekte wie Arbeitsplatzverluste oder -gewinne sind häufig aufgegriffene soziale Dimensionen des Umschwungs zu einer Circular Economy;²⁶ insofern werden Verteilungsfragen aus dem Bereich Arbeit und Beschäftigung am prominentesten behandelt.²⁷ Weitere soziale Elemente wie Gender, Gesundheitsschutz, Zwangsarbeit oder Kinderarbeit werden zunehmend beleuchtet.²⁸ Insgesamt wurde das Themenfeld sozialer Implikationen einer Circular Economy erst in den vergangenen Jahren erschlossen,²⁹ seit 2020 mehren sich Publikationen aus diesem

-
- ing the rights of billions within ecological limits, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 31 (2022), 16–26.
- 23 J. Kirchherr/D. Reike/M. Hekkert, Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions, *Resources, Conservation and Recycling* 127 (2017), 221–232.
- 24 B. Gözet/W. Van Opstal/G. Sebis/J. Günther/R. Old, A Just Transition to a Circular Economy (Fn. 5).
- 25 J. Kirchherr, Towards circular justice: A proposition, *Resources, Conservation and Recycling* 173 (2021), 1–2.
- 26 Siehe u. a.: T. Calzolari/A. Genovese/A. Brint, Circular Economy Indicators for Supply Chains: A Systematic Literature Review, *Environmental and Sustainability Indicators* 13 (2022), 100160; A. Padilla-Rivera/S. Russo-Garrido/N. Merveille, Addressing the Social Aspects of a Circular Economy: A Systematic Literature Review, *Sustainability* 12 (2020), 7912.
- 27 A. Padilla-Rivera/S. Russo-Garrido/N. Merveille, Addressing the Social Aspects, (Fn. 26); A. Mies/S. Gold, Mapping the Social Dimension of the Circular Economy, *Journal of Cleaner Production* 321 (2021), 128960; P. Schröder/J. Barrie, Is Going Circular Just? Environmental Justice and Just Transition – Key Elements for an Inclusive Circular Economy, *Field Actions Science Reports, Special Issue* 24 (2022), 20–25.
- 28 E. R. Passaro/P. Ghisellini/S. Barca/M. C. Friant (Hrsg.), *Circular Economy for Social Transformation: Multiple Paths to Achieve Circularity*, Barcelona 2024.
- 29 Insbesondere zählen P. Schröder und J. Barrie zu frühen Autor*innen in diesem Feld, siehe u. a.: P. Schröder, Promoting a Just Transition to an Inclusive Circular Economy, Chatham House, London 2020; P. Schröder/J. Barrie, Is Going Circular Just? (Fn. 27). Das von 2021 – 2024 von der Europäischen Union geförderte Forschungsprojekt *Just2CE* war eines der ersten Projekte, dessen Leitfragen ausdrücklich die soziale Dimension einer Circular Economy betrafen.

Bereich.³⁰ Einige Autor*innen gehen auch darauf ein, Menschenrechte in kreislaufwirtschaftlichen Diskursen explizit zu berücksichtigen,³¹ unter anderem im Kunststoffsektor.³² Zudem widmen sich einige Publikationen der Rolle von und den sozialen Auswirkungen für informell im Abfallmanagement tätigen Personen.³³

Hierauf aufbauend soll folgende Arbeitsdefinition einer gerechten Circular Economy zugrunde gelegt werden:

Bei einer gerechten Circular Economy handelt es sich um eine nach kreislaufwirtschaftlichen Kriterien strukturierte Wirtschaftsordnung, die unter Berücksichtigung der Dimensionen von Just Transition sowie des menschenrechtsbasierten Ansatzes insbesondere einen angemessenen Lebensstandard für sämtliche an der kreislaufwirtschaftlichen Wertschöpfung beteiligten Personengruppen bietet, und ausreichende Sicherungssysteme bereitstellt, um diejenigen Personengruppen adäquat zu unterstützen, die im Transformationsprozess von der Linearwirtschaft zur Circular Economy negativ betroffen sein werden.

-
- 30 T. Calzolari/A. Genovese/A. Brint, Circular Economy Indicators for Supply Chains (Fn. 26); A. Padilla-Rivera/S. Russo-Garrido/N. Merveille, Addressing the Social Aspects, (Fn. 26); A. Mies/S. Gold, Mapping the Social Dimension of the Circular Economy (Fn. 27); M. Saliba/J. Rué Glutting/E. Goodwin Brown, Decent Work in the Circular Economy, Circle Economy/ILO/Solutions for Youth Employment, 2023; E. R. Passaro/P. Ghisellini/S. Barca/M. C. Friant (Hrsg.), Circular Economy for Social Transformation (Fn. 28); B. Gözet u. a., A Just Transition to a Circular Economy (Fn. 5).
 - 31 A. Mies/S. Gold, Mapping the Social Dimension of the Circular Economy (Fn. 27); A. P. M. Velenturf/P. Purnell, Principles for a sustainable circular economy, Sustainable Production and Consumption 27 (2021), 1437–1457; P. Kirchsclaeger, Circular Economy and Human Rights: Ethical Considerations, Swiss Journal of Business 79 (2025), 286 – 293.
 - 32 G. Hamley/S. Switzer, Plastics and (the right to) health, in: E. A. Kirk/N. Popatanachai/R. A. Barnes/E. R. van der Marel (Hrsg.), Edward Elgar Research Handbook on Plastics, 2024; H. Johnson/Z. Nay/R. Maguire/L. Barner/A. Payne/M. Taboada, Conceptualizing the Transnational Regulation of Plastics: Moving Towards a Preventative and Just Agenda for Plastics, Transnational Environmental Law 11 (2022), 325–355; UN-Habitat, Leaving No One Behind: How a Global Instrument to End Plastic Pollution Can Enable a Just Transition for the People Informally Collecting and Recovering Waste, 2020.
 - 33 J. Gutberlet, Global Plastic Pollution and Informal Waste Pickers, in: Cambridge Prisms: Plastics 2023, 1–16; P. Schröder/J. Barrie, Is Going Circular Just? (Fn. 27); UN-Habitat, Leaving No One Behind: How a Global Instrument to End Plastic Pollution Can Enable a Just Transition (Fn. 32); C. Velis, Waste Pickers in Global South: Informal Recycling Sector in a Circular Economy Era, Waste Management & Research 35 (2017), 329–331.

4. Transformation zu einer gerechten Circular Economy durch das Völkerrecht

Das Völkerrecht gilt indes als wichtiges Instrument für nachhaltige Entwicklung – trotz Kritik am vagen Begriffsverständnis derselben.³⁴ Das Umweltvölkerrecht hält anpassungsfähige – wenn auch reformbedürftige – Instrumente parat,³⁵ und progressive Diskurse schlagen den Ansatz des Earth Systems Law vor,³⁶ wobei es sich um einen Governance-Ansatz handelt, mit dem völkerrechtliche Regulierung zum Zwecke der Nachhaltigkeit einen ganzheitlichen Blick einnimmt. Die Ziele für nachhaltige Entwicklung der Vereinten Nationen werden als Instrument zur kohärenten Interpretation des Völkerrechts im Sinne der Nachhaltigkeit gesehen,³⁷ und auch Prinzipien aus dem Bereich nachhaltiger Entwicklung – wie das Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeiten – können das umweltvölkerrechtliche Regime verändern.³⁸ Dabei sind Gerechtigkeit und Völkerrecht miteinander verwoben, und eine progressive Weiterentwicklung des Völkerrechts könnte aus der globalen Peripherie heraus erfolgen.³⁹ Schließlich hat der menschenrechtsbasierte Ansatz in den vergangenen Jahren zu einer verstärkten Berücksichtigung sozialer Fragen in internationalen Themenfeldern geführt, unter anderem in der Entwick-

34 I. Pavlovskaja, Are We There Yet? A Legal Assessment and Review of the Concept of Sustainable Development under International Law, *Journal of Sustainable Development Law and Policy* 4 (2013), 103–122.

35 R. E. Kim/B. Mackey, International environmental law as a complex adaptive system, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 14 (2014), 5–24.

36 S. du Toit/L. J. Kotzé, Reimagining International Environmental Law for the Anthropocene: An Earth System Law Perspective, in: *Earth System Governance* 11 (2022), 100132.

37 M. Cardona-Vallès/P. Preller-Bórquez, The Sustainable Development Goals and the Application of International Law: The Case of the Grand Ethiopian Renaissance Dam, in: *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo* 2022, 144–168.

38 A. Halvorsen, International Law and Sustainable Development – Tools for Addressing Climate Change, *Denver Journal of International Law & Policy* 39 (2011), 397–421.

39 K. von Bernstorff/I. Venzke, International Law and Justice, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper* No. 15, 2023, *Amsterdam Center for International Law* No. 06, 2023.

lungszusammenarbeit,⁴⁰ im Umweltvölkerrecht,⁴¹ bei der Förderung sozialer Gerechtigkeit⁴² sowie in Klimaklagen.⁴³

Durch die Nutzung derartiger Potenziale des Völkerrechts könnten kreislaufwirtschaftliche Elemente in das globale Produktions- und Handelssystem einfließen und zugleich eine sozialverträgliche Umgestaltung von Wertschöpfungsketten adressiert werden. Dabei könnte das Völkerrecht die Exnovation linearer Praktiken beschleunigen, zirkuläre Wertschöpfung fördern und durch aktiven Bezug auf einen menschenrechtsbasierten Ansatz sozialen Ausgleich auf globaler Ebene sicherstellen.

IV. Auswertung juristischer Literatur zu gerechter Circular Economy im Völkerrecht

Eine Untersuchung der einschlägigen Literatur ergibt allerdings, dass das Völkerrecht defizitär in der Erfassung von Circular Economy, samt ihrer sozialen Implikationen ist.

Eine umfassend verstandene Circular Economy scheint im Völkerrecht nicht verankert zu sein⁴⁴, auch wenn Circular Economy als potenzielles neues Forschungsgebiet erkannt wird.⁴⁵ Im internationalen Privatrecht

40 M. Broberg/H.-O. Sano, Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development – an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences, *The International Journal of Human Rights* 22 (2018), 664–680.

41 A. Venn, Rendering International Human Rights Law Fit for Purpose on Climate Change?, *Human Rights Law Review* 23 (2023), 1–25; D. S. Olawuyi, Advancing Climate Justice in International Law: An Evaluation of the United Nations Human Rights-Based Approach, *Florida A&M University Law Review* 10 (2015), 103–125.

42 A. Hermawan Setiawan/F. N. Sunandar/A. Fajar, Social Justice and Human Rights: A Legal Perspective, *Journal of Law and Social Politics* 3 (2025), 21–26.

43 K. Guruparan/H. Moynihan, Climate change and human rights-based strategic litigation, *Chatham House Briefing*, 2021; C. Martin, Drops in the Ocean: The Hidden Power of Rights-Based Climate Change Litigation, *Case Western Reserve Journal of International Law* 56 (2024), 151–196.

44 R. Bodle/S. Sina/L. Donat/I. Bach/F. Wolff/N. Kampffmeyer/J. Sanden, Options under International Law to Increase Resource Efficiency, *Dessau-Roßlau* 2021; O. Mikichurova/I. Vlialko, Circular Law Doctrine, *SCIREA Journal of Sociology* 7 (2023), 189–199; C. Backes/M. Boeve, Envisioning the Future of the Circular Economy: A Legal Perspective, *Environmental Policy and Law* 52 (2022), 253–263; F. Lesniewska/K. Steenmans, *The Circular Economy and the Law* (Fn. 9).

45 O. Mikichurova/I. Vlialko, Circular Law as a Legal Basis for a Circular Economy, in: *IOP Conf. Ser.: Earth and Environmental Science* 915 (2021), 012022.

werden beispielsweise Potenziale für die Förderung von Circular Economy gesehen.⁴⁶ Zudem wird die völkerrechtliche Verankerung kreislaufwirtschaftlicher Themen seit den Verhandlungen zu einem globalen Plastikabkommen verstärkt untersucht.⁴⁷ Hinzu kommt, dass die Idee von Just Transition insgesamt nur unzureichend im Völkerrecht adressiert wird.⁴⁸ Sie hat beispielsweise ausdrücklichen Einzug in die (unverbindliche) Präambel des Pariser Klimaschutzabkommens erhalten,⁴⁹ sonst wird Just Transition in völkerrechtlichen Verträgen nicht explizit erwähnt. Indes wird konstatiert, dass Just Transition im Völkerrecht keine robuste Stellung zukommt.⁵⁰ Außerdem nehmen rechtswissenschaftliche Publikationen zu Menschenrechten im Kontext einer Circular Economy erst seit Kurzem zu,⁵¹ und die Einbettung von sozialen und menschenrechtlichen Aspekten in Circular Economy wird überwiegend erst im Zusammenhang mit Kunststoffen und seit den Verhandlungen zum globalen Plastikabkommen rechtswissenschaftlich untersucht.⁵²

-
- 46 V. R. Abou-Nigm/A. Sommerfeld, Circular Fashion and Legal Design: Weaving Circular Economy Threads into International Contracts, IE Law School Working Paper AJ8-288-I, 2024.
- 47 H. Johnson u. a., Conceptualizing the Transnational Regulation of Plastics (Fn. 32); E. A. Kirk, The Montreal Protocol or the Paris Agreement as a Model for a Plastics Treaty?, *AJIL Unbound* 114 (2020), 212–216; G. Carratta/L. Jaeckel, Global Plastics Governance: Opportunities and Challenges for Its Improvement from a Life-Cycle Perspective, *European Journal of Legal Studies* 15 (2023), 29–64; E. R. van der Marel, Trading Plastic Waste in a Global Economy: Soundly Regulated by the Basel Convention?, *Journal of Environmental Law* 34 (2022), 477–497.
- 48 C. Stewart/I. MacNeil/G. Jokubauskaite/V. Pavlou/R. Williams/S. Droubi/K. Chalackiewicz-Ladna/D. Shapovalova, Situating Just Transition as a Distinct Legal Concept, Working Paper, 2024; V. Johansson, Just Transition as an Evolving Concept in International Climate Law, *Journal of Environmental Law* 35 (2023), 229–249; H. Müllerová/E. Balounová/O. C. Ruppel/L. J. H. Houston, Building the Concept of Just Transition in Law: Reflections on Its Conceptual Framing, Structure and Content, *Environmental Policy and Law* 53 (2023), 275–288.
- 49 Paris Agreement (Übereinkommen von Paris), angenommen am 12.12.2015, in Kraft seit 04.11.2016, in: UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1 (Annex).
- 50 M. Doelle, The UNFCCC Regime at a Crossroads: Can You Trust Anyone Over 30?+, *Environmental Policy and Law* 52 (2022), 349–358; V. Johansson, Just Transition as an Evolving Concept (Fn. 48); M. Rodi, Klimawandel als intergenerationelle und globale Herausforderung: Möglichkeiten und Grenzen des Rechts, *KlimR* 2025, 162–168.
- 51 Siehe: V. Wefringhaus, Circular Economy and International Law, Wiesbaden 2025; F. Lesniewska/K. Steenmans, The Circular Economy and the Law (Fn. 9).
- 52 H. Johnson u. a., Conceptualizing the Transnational Regulation of Plastics (Fn. 32); A. Stöfen-O'Brien/R. Graham, The Establishment of Science-Policy Interfaces for the

V. *The Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability (ACCTS)*

Die zuvor dargestellten Ergebnisse der Literaturrecherche sollen durch Untersuchung eines aktuellen wirtschaftsvölkerrechtlichen Instruments, des *Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability (ACCTS)*,⁵³ bestätigt werden. Es wurde im Jahr 2024 zwischen Costa Rica, Island, Neuseeland und der Schweiz unterzeichnet und stellt einen Versuch dar, den globalen Handel nachhaltiger auszugestalten. Es gilt als das weltweit erste Wirtschaftsabkommen zum Zwecke der Nachhaltigkeit.⁵⁴ Der Fokus der Analyse wird darauf liegen, ob dieses Abkommen Elemente einer gerechten Circular Economy aufgreift.

1. Adressierung von Circular Economy

Das Abkommen geht indes ausdrücklich auf kreislaufwirtschaftliche Elemente ein. Beispielsweise bestehen laut dem Abkommen Handelserleichterungen für umweltfreundliche Güter, worunter nach Art. 2.3, Abs. 1 lit. (d) auch solche Güter fallen, die zum Übergang zu einer Circular Economy beitragen. Dasselbe gilt nach Art. 3.1 auch für umweltfreundliche Dienstleistungen. Auch in den Richtlinien für Öko-Labels werden z.B. in Art. 5.4 Abs. 1 lit. (k) Aspekte von Circular Economy aufgenommen. Innerhalb der Annexe zum Abkommen ist Circular Economy ein häufig wiederkehrendes Element, das die Umweltfreundlichkeit bestimmter Güter und Dienstleistungen im Sinne des Abkommens näher ausführt. Recycling wird zudem an diversen Stellen der Annexe als wichtiger Bestandteil von Circular Economy genannt. Doch eine Antwort auf die Frage, mit welchen konkreten Strategien und an welchen Stellen von Produktlebenszyklen Circular Economy zu erreichen sei, wird nicht weiter ausgeführt. Zirkuläre Produktionsweisen werden also mittelbar über Handelsinstrumente, und nicht unmittelbar über die Regelung von Produktionsprozessen adressiert. Insofern

Global Plastics Treaty: Reflections on Small Island Developing States' Perspectives, in: *The International Journal of Marine and Coastal Law* 39 (2024), 497–507.

53 *Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability (ACCTS)*, unterzeichnet am 15.11.2024 zwischen Costa Rica, Island, Neuseeland und der Schweiz (noch nicht in Kraft), amtlicher Vertragstext (engl.), online: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/90525.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.09.2025).

54 J. Bäumler, Handelsabkommen für das Klima?: Zum „*Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability*“ (ACCTS), *VerfBlog*, 09.12.2024.

erscheint der Verweis auf Circular Economy als programmatischer Rekurs denn als transformativ-steuerndes Element.

2. Adressierung von Just Transition

Soziale Aspekte werden im Abkommen kaum thematisiert. In der Präambel des Abkommens wird an einer Stelle auf die Wichtigkeit der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte⁵⁵ verwiesen, doch Menschenrechte erfahren sonst keine Erwähnung. Soziale Implikationen wirtschaftlicher Aktivitäten von Staaten werden ebenfalls kaum thematisiert. Teilweise berücksichtigt das Abkommen soziale Belange, beispielsweise erlaubt Art. 4.6 Abs. 2 lit. (c) (ii), dass fossile Subventionen dort getätigt werden dürfen, wo der Zugang zu Energie für marginalisierte Gruppen ermöglicht werden soll. In Anhang 1 zu Annex V werden die von Costa Rica geplanten Aktivitäten zur Erfüllung der aus dem Abkommen erwachsenen Verpflichtungen ausgeführt. In diesem Zusammenhang plant Costa Rica, marginalisierten Gruppen und indigenen Bevölkerungen besondere Rechte und Vorteile zuzugestehen. Insgesamt ist jedoch keine systematische Erfassung sozialer Implikationen in den materiellen Vorschriften des Abkommens erkennbar.

3. Fazit

Vor diesem Hintergrund ist positiv hervorzuheben, dass das ACCTS als erstes Abkommen überhaupt Anreize beinhaltet, Circular Economy zu fördern. Allerdings werden die sozialen Implikationen derartiger kreislaufwirtschaftlicher Maßnahmen nicht berücksichtigt. Das ACCTS in seiner aktuellen Form bietet noch keine adäquate Antwort auf die Förderung einer gerechten Circular Economy. *Berrie et al.* schlagen unterdessen vor, Abkommen wie das ACCTS um weitere kreislaufwirtschaftliche Elemente zu erweitern, um wirksame Hebel zur Bekämpfung des Klimawandels zu betätigen.⁵⁶

55 United Nations Human Rights Council, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc. A/HRC/17/31 (21.03.2011).

56 *J. Barrie u. a.*, Trade for an Inclusive Circular Economy: A Framework for Collective Action, London: Chatham House – Royal Institute of International Affairs, 2022, S. 18.

VI. Das globale Plastikabkommen: Beispiel für eine gerechte Circular Economy?

Anhand der zuvor dargestellten Beispiele ist hervorgehoben worden, dass das Völkerrecht derzeit keine ausreichenden Instrumentarien bereitzuhalten scheint, um eine gerechte Circular Economy auf globaler Ebene zu fördern. Die gegenwärtigen Verhandlungen zum globalen Plastikabkommen könnten jedoch eine Chance sein, eine gerechte Circular Economy im Völkerrecht anzudenken. Die Verhandlungen zum globalen Plastikabkommen begannen im Jahr 2022, als die Umweltversammlung der Vereinten Nationen in Resolution 5/14 die Staatengemeinschaft dazu aufgefordert hat, ein global verbindliches Instrument zur Lösung der Plastikkrise zu entwickeln.⁵⁷ Zu diesem Zwecke fanden Delegierte von über 180 verhandelnden Staaten im sogenannten *Intergovernmental Negotiating Committee* (INC) zusammen und verhandelten zuletzt im August 2025 auf bislang fünf Sitzungen.⁵⁸

1. Adressierung von Circular Economy

Zweck des Vertrages soll dabei die Beendigung von Plastikverschmutzung sein.⁵⁹ Bereits in Resolution 5/14 ist angelegt, dass dies durch die Förderung von Instrumenten von Circular Economy erreicht werden soll. Am 13.04.2023, also früh in den Verhandlungen, wurde vom Vorsitzenden des INC ein Optionspapier mit potenziellen Kernverpflichtungen für das Abkommen vorgeschlagen.⁶⁰ Diese flossen in den weiteren Verhandlungsverlauf ein. Dabei handelte es sich um eine Liste thematischer Blöcke, die allesamt unterschiedliche Aspekte einer Circular Economy entlang des gesamten Lebenszyklus von Kunststoffen adressieren, etwa den Ausstieg aus der Kunststoffproduktion, das Verbot bestimmter Plastikprodukte, Design für Zirkularität oder adäquate Abfallmanagementsysteme.

57 UNEA, Resolution 5/14 „End Plastic Pollution: Towards an International Legally Binding Instrument“, 02.03.2022, UN-Doc. UNEP/EA.5/Res.14.

58 UNEP (INC), „Intergovernmental Negotiating Committee on Plastic Pollution“ – Sessions & Timeline (INC-1 bis INC-5.2), zuletzt aktualisiert 15.08.2025, online: <https://www.unep.org/inc-plastic-pollution> (zuletzt abgerufen am 17.09.2025).

59 UNEA, Resolution 5/14 „End Plastic Pollution“ (Fn. 57).

60 UNEP (INC), „Potential Options Paper“, 13. April 2023, UN-Doc. UNEP/PP/INC.2/4.

2. Adressierung von Just Transition

Hinzu kommt, dass die Resolution 5/14 explizit auch soziale Faktoren aufzählt, die in der zirkulären Umformung des Kunststoffsektors Berücksichtigung finden sollen. Bereits zu Beginn der Verhandlungen wurde ein Artikel ausdrücklich für *Just Transition* vorgesehen, der insbesondere die Belange informell in der Abfallwirtschaft tätiger Personen berücksichtigen sollte. Im Verhandlungsverlauf wurde auch vorgeschlagen, das Abkommen durch einen menschenrechtsbasierten Ansatz zu ergänzen.⁶¹ Zudem haben Gruppierungen aus dem Bereich des informellen Abfallmanagements sowie indigener Bevölkerungen seit Beginn der Verhandlungen zum Plastikabkommen um die Einbeziehung und Beibehaltung sozialer Belange der kreislaufwirtschaftlichen Transformation gerungen.⁶²

3. Transformatives Potenzial eines globalen Plastikabkommens

Hieran zeigt sich, dass mittels des Völkerrechts zahlreiche transformative Themenfelder adressiert werden könnten: Durch internationale Verpflichtungen für neue Produktionssysteme von Kunststoffen könnten Wertschöpfungsketten global neu gedacht und zirkulär umstrukturiert werden, die Berücksichtigung marginalisierter Stakeholder schafft Prozessgerechtigkeit und der menschenrechtsbasierte Ansatz könnte einen sozialen Ausgleich in globalen Verteilungskonflikten bewirken. Mit diesen Werkzeugen könnte ein globales Plastikabkommen grundlegende wirtschaftliche Mechanismen zu Gunsten sozio-ökologischen – und nicht bloß ökonomischen – Fortschritts verändern.

61 *Center for International Environmental Law (CIEL)*, Ensuring a Human Rights-Based Approach to the International Legally Binding Instrument to End Plastic Pollution, Including in the Marine Environment, 2024; *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR)*, Submission to the INC on a plastics instrument, 20.01.2023, online: https://resolutions.unep.org/resolutions/uploads/230120_office_of_the_un_high_commissioner_for_human_rights_ohchr.pdf (zuletzt abgerufen am 28.03.2026).

62 *Joint Just Transition Working Group*, Final Draft Joint Statement, 28.04.2024, online: https://resolutions.unep.org/incres/uploads/final_draft_joint_statement_just_transition_wg.pdf (zuletzt abgerufen am 17.09.2025).

4. Komplexität der Verhandlungen durch diametrale Interessenlagen

Die Verhandlungen endeten bislang jedoch ohne ein Abkommen, da zähe Auseinandersetzungen zwischen zwei Interessengruppen viele diplomatische Konferenzen prägten. Auf der einen Seite standen Staaten der High Ambition Coalition, eines Zusammenschlusses unterschiedlicher Länder, die sich für ein ambitioniertes Abkommen einsetzten.⁶³ Auf der anderen Seite stand im Kern die Like Minded Group, eine nicht klar konturierte Gruppe um arabische Staaten, Indien und Russland, die im Wesentlichen einem ambitionierten Vertrag kritisch gegenüberstanden.⁶⁴ Wesentliche Streitpunkte während der Verhandlungen waren die Beschränkung der Herstellung von Kunststoffen sowie Finanzierungsfragen.⁶⁵

VII. Ergebnis und Ausblick

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass weder eine Circular Economy noch die sozialen Implikationen einer kreislaufwirtschaftlichen Transformation im Völkerrecht ausreichend erfasst werden. Bestehende Ansätze im Völkerrecht scheinen nicht ausreichend, um eine Circular Economy sozialverträglich im Völkerrecht zu adressieren. Allerdings liegt viel Potenzial in der weiteren Ausgestaltung des Völkerrechts: Mittels neuer, themenspezifischer völkerrechtlicher Verträge, der Anpassung bestehender Abkommen durch Vertragsänderungen oder Protokolle, interpretatorischer Klarstellungen durch spätere Übereinkommen und spätere Übung, der Verabschiedung von thematisch zugeschnittenen Soft-Law-Instrumenten und insbesondere einer systemischen Integration nach Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Vertragsrechtskonvention⁶⁶ besteht noch ungehobenes Potenzial, die Frage abschließend zu klären, inwiefern Menschenrechte und Circular Economy im Völkerrecht miteinander verwoben werden können. Gerade

63 *High Ambition Coalition to End Plastic Pollution (HAC)*, Ministerial Joint Statements zu INC-3 (Feb. 2024), INC-4 (Apr. 2024) und INC-5 (Juli 2025), jeweils online: <https://hactoendplasticpollution.org/> (zuletzt abgerufen am 17.09.2025).

64 IISD, *Guide to a Global Agreement to End Plastic Pollution*, 2025.

65 IISD – *Earth Negotiations Bulletin*, Summary Report 5–15 August 2025 (INC-5.2), 15.08.2025, online: <https://enb.iisd.org/plastic-pollution-marine-environment-negotiating-committee-inc5.2-summary> (zuletzt abgerufen am 17.09.2025).

66 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) vom 23.05.1969, in Kraft seit 27.01.1980, United Nations Treaty Series 1155, 331.

der menschenrechtsbasierte Ansatz könnte hier eine spannende Wirkung entfalten.

Bundesländer als Innovationsmotoren im Klimaschutz?

Robert Stendel*

Einige Bundesländer haben noch vor dem Bund Klimaschutzgesetze erlassen. Obwohl Fragen des Klimaschutzes unionsrechtlich und bundesrechtlich determiniert sind, handeln damit zunehmend auch regionale Akteure. Solche Vorstöße der Länder bergen ein Potenzial, das U.S. Supreme Court Richter *Brandeis* 1932 auf den Punkt brachte: „It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its Citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.“ Wenn die Länder eines Bundesstaates die jeweils „beste“ Lösung für drängende Probleme wie den Klimawandel suchen, Lösungen ausprobieren und sich am Ende eine Lösung durchsetzt, kann der Föderalismus die Funktion eines Innovationsmotors zur Entwicklung neuer und passgenauer Lösungen für die Probleme des Klimawandels einnehmen. Der Beitrag stellt bei der Untersuchung der Landesklimaschutzgesetze fest, dass dieser Mechanismus in der Realität nur bedingt funktioniert. Die Ursachen hierfür liegen sowohl in den allgemeinen Grenzen der innovationsfördernden Kraft föderaler Systeme als auch in Besonderheiten des Klimaschutzrechts. Allerdings könnte der Bund die Voraussetzungen dafür schaffen, dass der Föderalismus sein Potenzial als Innovationsmotor im Klimaschutz ausschöpfen kann.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	292
II.	Die Länder als Akteure im Klimaschutz	294
	1. Regelungsspielräume	294
	2. Die Aktivitäten der Landesgesetzgeber	296
III.	Innovation durch gliedstaatlichen Klimaschutz?	298
	1. Föderalismus als Innovationsmotor	298
	2. Der Föderalismus als gedrosselter Innovationsmotor im Klimaschutz	300
IV.	Ursachen der begrenzten Innovationskraft	303
V.	Die Potenziale der Länder als Innovationsmotoren im Klimaschutz	305

* Der Autor ist Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Für Hinweise und Kommentare zu früheren Versionen dieses Beitrags bedanke ich mich bei *Anne Peters*, *Jannika Jahn* und *Alexander Wentker*.

I. Einführung

Der menschengemachte Klimawandel ist eine Herausforderung, die ihresgleichen sucht. Notwendig sind innovative und kluge Mittel, um den Klimawandel, soweit noch möglich, aufzuhalten und die Anpassung an seine unvermeidbaren Folgen zu gestalten. Im Zentrum rechtswissenschaftlicher Beschäftigung mit dem Klimawandel stand lange Zeit die völkerrechtliche Ebene. Effektiver Klimaschutz ist jedoch eine Aufgabe staatlicher Hoheitsträger auf allen Ebenen.¹ Dieser Aufgabe haben sich einige² Bundesländer angenommen, indem sie Klimaschutzgesetze³ erlassen haben, manche⁴ noch vor dem Bund. Länder wie Nordrhein-Westfalen (NRW) wirkten als Vorbild für weitere Landesklimaschutzgesetze.⁵ Hier scheinen die Glied-

- 1 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 321 (323, Rn. 16); vgl. zum zunehmenden rechtswissenschaftlichen Interesse am Klimaschutzrecht auf innerstaatlicher Ebene P. Hellwege/D. Wolff, Die Klimakrise und das Recht, in: P. Hellwege/D. Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024, S. 3 (21).
- 2 Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetz Baden-Württemberg (KlimaG BW) vom 07.02.2023; Bayerisches Klimaschutzgesetz (BayKlimaG) vom 23.11.2020; Berliner Klimaschutz- und Energiewendegesetz (EWG Bln) vom 22.03.2016; Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz (BremKEG) vom 24.03.2015; Hamburgisches Gesetz zum Schutz des Klimas (Hamburgisches Klimaschutzgesetz) (HmbKliSchG) vom 20.02.2020; Hessisches Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes und zur Anpassung an die Folgen des Klimawandels (HKlimaG) vom 26.01.2023; Niedersächsisches Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes und zur Minderung der Folgen des Klimawandels (NKlimaG) vom 10.12.2020; Gesetz zur Neufassung des Klimaschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (KlimaSchG NRW 2021) vom 08.07.2021; Landesklimaschutzgesetz (LKSG RP 2025) vom 09.07.2025; Gesetz Nr. 2107 zum Klimaschutz im Saarland (SKSG) vom 12.07.2023; Gesetz über die Energiewende, den Klimaschutz und die Anpassung an die Folgen des Klimawandels (EWKG SH) vom 07.03.2017; Thüringer Gesetz zum Klimaschutz und zur Anpassung an die Folgen des Klimawandels (Thür-KlimaG) vom 18.12.2018.
- 3 Landesklimaschutzgesetze sind für die Zwecke dieses Beitrags „gesetzliche Regelwerke, die rechtsverbindlich sektorübergreifende THG-Minderungsziele für die jeweilige Landesregierung festlegen“, S. Schlacke/E.-M. Thierjung, in: C. Kreuter-Kirchhof/S. Schlacke (Hrsg.), HK-Klimaschutzrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2025, Einführung Rn. 160.
- 4 Vor dem Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) haben Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Bremen, Berlin, Schleswig-Holstein und Thüringen Landesklimaschutzgesetze erlassen, J. Albrecht, Das Klimaschutzgesetz des Bundes – Hintergrund, Regelungsstruktur und wesentliche Inhalte, NuR 42 (2020), 370 (374). Wenn man Klimaschutzgesetz weit definiert, tritt das Hamburgische Gesetz zum Schutz des Klimas durch Energieeinsparung vom 25.06.1997 hinzu, hierfür A. Schink, in: W. Frenz (Hrsg.), Klimaschutzrecht, 2. Aufl., Berlin 2022, § 14 KSG Rn. 4.
- 5 C. Flaskühler, Berliner Weg in der Landesklimaschutzgesetzgebung, LKV 28 (2018), 248; L. Kohlrausch, Die deutschen Klimaschutzgesetze im Vergleich, ZUR 2020, 262.

staaten ganz im Sinne der Vorstellung *Louis Brandeis'* eine Funktion als Versuchsräume für neue Ansätze zur Lösung drängender Probleme⁶ einzunehmen.⁷

Allerdings besteht Anlass zum Zweifel an der Erzählung der Bundesländer als Innovationsmotoren⁸ im Klimaschutz. Die Bewertung vieler Landesklimaschutzgesetze in der Rechtswissenschaft fällt jedenfalls ernüchternd aus: Ihre Regelungsmöglichkeiten schöpfen die Länder nicht aus⁹ und Landesklimaschutzgesetze bleiben in einigen Bereichen Symbolpolitik.¹⁰

Vor diesem Hintergrund legt der Beitrag dar, dass der Föderalismus bisher nur in begrenztem Umfang als Innovationsmotor im Klimaschutz gewirkt hat. Hierfür zeichnet der Beitrag zunächst nach, welche Regelungsmöglichkeiten die Länder im Bereich des Klimaschutzes haben und wie sie diese genutzt haben (II.). Darauf aufbauend untersucht er, inwiefern der Föderalismus hier innovationsfördernd wirkt (III.). Da diese Wirkung jedoch begrenzt ist, sucht der anschließende Teil IV. nach Ursachen. Abschließend erwägt Teil V., wie sich die Potenziale der Länder als Akteure im Klimaschutz aktivieren lassen.

6 *New State Ice Co. v. Liebmann*, Urteil, 21.03.1932, 285 U.S. 262, 311; vgl. für eine Kontextualisierung dieser Passage *J. A. Gardner*, *The States-as-Laboratories Metaphor in State Constitutional Law*, *Valparaiso University Law Review* 30 (1996), 475 (476–482).

7 *M. Knauff*, *Klimaschutzgesetzgebung auf Landesebene: Placebo oder effektives Instrument des Klimaschutzes durch Recht?*, *Die Verwaltung* 2016, 233 (238); vgl. auch *C. Flaskühler*, *Föderale Klimaschutzgesetzgebung in Deutschland*, Baden-Baden 2018, S. 451 sowie vor Erlass der ersten Landesklimaschutzgesetze *F. Ekardt*, *Zur Vereinbarkeit eines Landesklimaschutzrechts mit dem Bundes-, Verfassungs- und Europarecht*, *UPR* 2011, 371 (374).

8 Vgl. hierfür in Bezug auf das Sicherheitsrecht *M. Thiel*, *Auf dem Weg zu einem neuen „Musterpolizeigesetz“*, *Die Verwaltung* 2020, 1 (8).

9 Siehe hierzu unten unter III.2.

10 *C. Brüning*, *Zum Mehrwert einer Klimaschutzgesetzgebung der Länder am Beispiel Schleswig-Holstein*, *NVwZ* 2023, 1458 (1463); vgl. auch *M. Knauff*, § 11 *Landesklimaschutzgesetze*, in: *M. Rodi* (Hrsg.), *Handbuch Klimaschutzrecht*, München 2022, S. 195 (Rn. 46) (der im Folgenden allerdings zwischen den Regelungen zur öffentlichen Hand und den Regeln im Übrigen differenziert).

II. Die Länder als Akteure im Klimaschutz

Das Klimaschutzrecht ist eine „Querschnittsmaterie“¹¹. Es betrifft eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungsmaterien, die im Mehrebenensystem in die Zuständigkeiten unterschiedlicher Hoheitsträger fallen. Gleichwohl bleiben den Ländern Regelungsspielräume für Landesklimaschutzgesetze (1.). Diese haben die Länder zu einem Teil ausgefüllt (2.).

1. Regelungsspielräume

Trotz anfänglicher Skepsis¹² ist es mittlerweile Konsens, dass die Länder Klimaschutzgesetze erlassen können. Völker-, unions- und bundesrechtliche Regelungen belassen den Ländern insofern einen Gestaltungsspielraum.¹³

Das Völkerrecht setzt mit dem Pariser Abkommens (PA)¹⁴ und weiteren vertraglichen wie gewohnheitsrechtlichen Regelungen¹⁵ einen Rahmen, den Staaten ausfüllen müssen (vgl. Art. 4 Abs. 2 PA). Auf unionsrechtlicher Ebene eröffnet Art. 193 S. 1 AEUV den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, über unionsrechtliche Schutzstandards im Umweltbereich hinauszugehen.¹⁶ Im Übrigen gibt das Unionsrecht mit dem EU-Klimagesetz¹⁷ und der Governance-VO¹⁸ den Mitgliedsstaaten Ziele und Verfahren vor, überlässt ihnen aber deren Ausfüllung.¹⁹ Zudem adressiert das Unionsrecht

11 S. Schlacke, Klimaschutzgesetze der Länder – symbolische Rechtsetzung oder Rechtsmodell?, in: W. Ewer/U. Ramsauer/M. Reese/R. Rubel (Hrsg.), FS Koch, Berlin 2014, S. 417 (443); vgl. auch U. Stäse, Landesklimaschutzgesetze in Deutschland, ZUR 2018, 131 (142).

12 Vgl. A. Schink, Zum Entwurf des nordrhein-westfälischen Klimaschutzgesetzes, NWVBl. 2012, 41–48.

13 Vgl. bspw. Schlacke/Thierjung (Fn. 3), Einführung Rn. 154; T. Siegel, in: F. Fellenberg/A. Guckelberger (Hrsg.), KlimaschutzR, München 2022, § 14 KSG Rn. 13.

14 BGBl. 2016 II S. 1082.

15 Vgl. hierzu IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Gutachten v. 23.07.2025, Rn. 271 ff.

16 C. Beye, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer, Baden-Baden 2021, S. 48.

17 VO (EU) 2021/1119.

18 VO (EU) 2018/1999.

19 Schlacke/Thierjung (Fn. 3), Einführung Rn. 63.

mit verschiedenen Einzelinstrumenten, wie dem Emissionszertifikatshandel, klimaschutzrechtliche Fragen.²⁰

Innerstaatlich hat der Bund von seinen Gesetzgebungskompetenzen mit Bezug zum Klimaschutz weitgehend Gebrauch gemacht, ohne landesrechtliche Regelungen vollständig auszuschließen.²¹ Zentral ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zur Luftreinhaltung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG),²² die insbesondere die Grundlage des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) ist.²³ Wie § 14 Abs. 1 KSG klarstellt, wollte der Bund seine Kompetenz damit nicht abschließend nutzen, sondern den Ländern Raum für Landesklimaschutzgesetze belassen.²⁴

Auch sonst bleiben den Ländern aufgrund des Querschnittscharakters des Klimaschutzes Kompetenzen.²⁵ Den Ländern stehen nach der grundgesetzlichen Konzeption die Gesetzgebungs- und die Verwaltungskompetenz²⁶ zu, soweit sie das Grundgesetz nicht dem Bund zugewiesen hat, Art. 70 Abs. 1 und Art. 83 GG. Insbesondere können die Länder daher „das Bauordnungsrecht, die Landraumplanung, das Waldrecht, aber auch Kommunal-, Schul- und Hochschulrecht sowie Haushaltsrecht“²⁷ für klimaschützende Regelungen nutzen. Hinzu kommen ausschließliche Kompetenzen der Länder, deren Relevanz sich aus ihrer Rolle als Träger der „Hauptlast der vollziehenden Gewalt“²⁸ ergibt: Nur die Länder dürfen die

20 Vgl. für einen Überblick weiterer unionsrechtlicher Regulierungen mit Bezug zum Klimaschutz *Schlacke/Thierjung* (Fn. 3), Einführung Rn. 84–113.

21 T. Groß, Die Defizite des niedersächsischen Klimaschutzgesetzes, NdsVBl. 2022, 1 (2).

22 Siegel (Fn. 13), § 14 KSG Rn. 2.

23 F. Fellenberg/A. Guckelberger, in: F. Fellenberg/A. Guckelberger (Hrsg.), Klimaschutzrecht, München 2022, Einl. Rn. 22.

24 W. Köck/L. Kohlrausch, Klimaschutzgesetzgebung im Bundesstaat, ZUR 2021, 610 (612); F. Shirvani/L. Mihatsch, Regelungslücken im föderalen Konzept des Klimaschutzes, UPR 2022, 366 (367); M. Wickel, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen, ZUR 2021, 332 (337); vgl. für eine detaillierte Analyse zur fehlenden Sperrwirkung weiterer Bundesgesetze D. Schnittker, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer, Baden-Baden 2021, S. 195–210.

25 H. Kunstmann/E. J. Lohse/J. Lohse, Möglichkeiten und Schwierigkeiten regionaler Klimaschutzmaßnahmen – das Bayerische Klimaschutzgesetz aus naturwissenschaftlicher, juristischer und ökonomischer Perspektive, BayVBl 2022, 289 (292); vgl. auch BVerfG NVwZ 2022, 321 (323, Rn. 13).

26 Die planerische Steuerung und Gestaltung, die im Bereich des Klimaschutzes ein bevorzugtes Mittel ist, fordert diese Dichotomie heraus, vgl. hierzu G. Hermes, Klimaschutz durch neue Planungsinstrumente im föderalen System, EurUP 2021, 162 (171).

27 A. Guckelberger, Das Saarländische Klimaschutzgesetz, NuR 2023, 721 (723): vgl. auch Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1460; Groß, Defizite (Fn. 21), 2.

28 Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1458.

Organisation ihrer Verwaltung und das Verfahren bei Ausführung ihrer Gesetze regeln. Damit obliegt ihnen deren klimaneutrale Ausgestaltung.²⁹ Ebenso dürfen ausschließlich die Länder den Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben übertragen (argumentum e contrario Art. 84 Abs. 1 S. 7 und Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG).³⁰ Gerade aus den Kompetenzen im Bereich der Gesetzesausführung leiten sich, wie Brüning, hervorhebt, „erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Implementierung klimaschützender Maßnahmen“³¹ ab.

2. Die Aktivitäten der Landesgesetzgeber

Insgesamt verfügen die Länder über Spielräume zur gesetzgeberischen Regelung des Klimaschutzes. Diese hat die Mehrheit der Länder genutzt. Stand heute haben zwölf Länder Klimaschutzgesetze erlassen.³² Manche Gesetze, wie das KlimaSchG NRW und das KlimaG BW, sind bereits mehrfach reformiert.

Trotz Unterschieden lassen sich gemeinsame Strukturen feststellen:³³ Alle Klimaschutzgesetze setzen – unterschiedliche – Klimaschutzziele in Gestalt von Reduktionszielen für den Ausstoß von Treibhausgasen.³⁴ Sie regeln die Vorbildwirkung der öffentlichen Hand beim Klimaschutz³⁵ und

29 Schink (Fn. 4), § 14 KSG Rn. 1; vgl. auch W. Frenz, NRW-Klimaschutzgesetz und IPCC-Bericht vom 9.8.2021, UPR 2021, 367 (368); J. Scharlau/L. v. Swiekowski-Trzaska/F. Keimeyer/S. Klinski/S. Sina, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 (7); Shirvani/Mihatsch, Regelungslücken (Fn. 24), 367. Das erkennt § 13 Abs. 1 S. 2 KSG an, vgl. S. Schlacke, Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 (911).

30 Vgl. Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1461; Groß, Defizite (Fn. 21), 2; Köck/Kohlrausch, Klimaschutzgesetzgebung (Fn. 24), 614.

31 Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1458.

32 Siehe oben Fn. 2. Nur in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt fehlen derzeit Klimaschutzgesetze.

33 Vgl. Schlacke/Thierjung (Fn. 3), Einführung Rn. 161–167; vgl. auch für eine aktuelle Übersicht ebd. Rn. 172a.

34 §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 KlimaG BW; Art. 2 Abs. 1, 2 BayKlimaG; § 3 Abs. 1 EWG Bln; § 1 Abs. 2, 3 BremKEG; § 4 Abs. 1, 2 HmbKliSchG; § 3 HKlimaG; § 3 Abs. 1 NKlimaG; § 3 Abs. 1, 2 KlimaSchG NRW 2021; § 3 Abs. 1 LKSG RP 2025; § 4 Abs. 1 SKSG; § 3 Abs. 1 EWKG SH; § 3 ThürKlimaG.

35 § 5 KlimaG BW; Art. 3 BayKlimaG; § 7 EWG Bln; § 7 BremKEG; §§ 20 ff. HmbKliSchG; § 7 HKlimaG; § 3 Abs. 2 S. 3 NKlimaG; §§ 4 Abs. 1, 5 KlimaSchG NRW 2021; § 13 LKSG RP 2025; § 10 Abs. 1 SKSG; § 6 EWKG SH; § 7 Abs. 1, 4 ThürKlimaG.

statuieren – ebenfalls mit Unterschieden – Pflichten der Landesregierungen zur Klimaplanung.³⁶ Außerdem sehen sie alle ein beratendes Gremium vor, das die Landesregierung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unterstützt.³⁷ Darüber hinaus teilen alle den Charakter als Rahmengesetzgebungsakte, die der Ausfüllung bedürfen.³⁸

Trotz dieser Ähnlichkeiten sind die Unterschiede signifikant. Nicht nur in der Länge unterscheiden sich die Gesetze deutlich, sondern auch dem „Grad ihrer Normativität“.³⁹ Die Bandbreite rechtlicher Verbindlichkeit zeigt sich beispielhaft an der Einbeziehung Privater: Sie reicht von Ermunterungen hin zu echten Rechtspflichten. Nur fünf der zwölf Landesklimaschutzgesetze wählen den letzteren Weg.⁴⁰ Nur sechs Landesklimaschutzgesetze nehmen den Bereich der Mobilität in den Blick.⁴¹ Die Beispiele illustrieren die unterschiedlichen Regelungskonzepte der Landesklimaschutzgesetze. Das Spektrum reicht von sehr kurzen Rahmengesetzen mit Klimazielen und Planungsinstrumenten wie dem BayKlimaG zu umfassenderen Gesetzen, die auch ordnungsrechtliche Pflichten statuieren.⁴²

Insgesamt zeigt sich eine beachtliche Aktivität der Länder, obwohl sie hierzu derzeit – wie das BVerfG 2022 feststellte – verfassungsrechtlich nicht verpflichtet sind.⁴³ Seit 2013⁴⁴ haben immer mehr Länder Klimaschutzgesetze erlassen. NRW wollte mit seinem Klimaschutzgesetz erklärtermaßen

36 Art. 5 Abs. BayKlimaG; §§ 4, 8 EWG Bln; § 4 BremKEG; § 6 HmbKliSchG; § 4 HKlimaG; §§ 4–5 NKlimaG; § 7 LKSG RP 2025; § 6 SKSG; §§ 6 Abs. 2 S. 5, 8 EWKG SH; § 6 ThürKlimaG. Allerdings wurde mit der Novellierung des KlimaSchG NRW die Pflicht zur Klimaplanung durch ein Klimaaudit (§ 6 KlimaSchG NRW 2021) ersetzt, *Schlacke/Thierjung* (Fn. 3), Einführung Rn.172. Auch Baden-Württemberg ersetzte die Pflicht zum Erlass eines Energie- und Klimaschutzkonzepts durch ein Klima-Maßnahmen-Register (§ 14 KlimaG BW), das sich am Ressortprinzip orientiert: „Das jeweils überwiegend für einen Sektor verantwortliche Ressort übernimmt hier eine Sektorverantwortlichkeit.“ (LT Drs. 17/3741, S. 75).

37 § 17 KlimaG BW; Art.10 BayKlimaG; § 14 EWG Bln; § 6 BremKEG; § 7 HmbKliSchG; § 6 HKlimaG; § 7a NKlimaG; § 9 KlimaSchG NRW 2021; § 12 LKSG RP 2025; § 9 SKSG; § 9 EWKG SH; § 14 ThürKlimaG.

38 *Guckelberger*, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 723.

39 *Groß*, Defizite (Fn. 21), 2.

40 § 23 KlimaG BW; § 15 BremKEG; §§ 11, 16 f. HmbKliSchG; §§ 16, 25 EWKG SH; § 9 Abs. 4 ThürKlimaG.

41 § 28 f. KlimaG BW; §§ 11 f. EWG Bln; §§ 29 f. HmbKliSchG; § 12 NKlimaG; §§ 28 ff. EWKG SH; § 5 ThürKlimaG.

42 Vgl. *Schlacke/Thierjung* (Fn. 3), Einführung Rn.170.

43 BVerfG NVwZ 2022, 321 (323 f., Rn.13–18); vgl. für Kritik *Shirvani/Mihatsch*, Regelungslücken (Fn. 24), 372.

44 Siehe zum früheren Hamburgischen Gesetz oben Fn. 4.

eine „Vorreiterrolle“ einnehmen.⁴⁵ Andere Länder folgten und verwiesen in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Initiativen vorangegangener Landesklimaschutzgesetze.⁴⁶ Gleiches gilt für den Bund.⁴⁷ Auf den ersten Blick scheint sich hier die immer wieder heraufbeschworene innovationsfördernde Kraft des Föderalismus Bahn zu brechen.⁴⁸

III. Innovation durch gliedstaatlichen Klimaschutz?

Obwohl die Aktivität der Klimaschutzgesetzgeber auf Bundes- und Landesebene nahelegt, dass der Föderalismus hier als Innovationsmotor gewirkt hat, weckt ein genauerer Blick Zweifel: Viele der Gesetze nutzen nur einen Teil der Regelungsmöglichkeiten der Länder. Um anhand eines Vergleichs der Landesklimaschutzgesetze ein genaueres Bild des innovationsfördernden Potenzials des Föderalismus zu erhalten, muss zuerst die Vorstellung des Föderalismus als Innovationsmotor mit Leben gefüllt werden (1.). Auf dieser Grundlage lässt sich anschließend zeigen, dass die bisherigen Entwicklungen die Möglichkeiten nicht ausschöpfen (2.).

1. Föderalismus als Innovationsmotor

Die Vorstellung des Föderalismus als Innovationsmotor erfreut sich in den USA großer Beliebtheit und wird in der Regel mit *Brandeis* verbunden,⁴⁹ ist aber deutlicher älter.⁵⁰ Den Kern der Idee illustriert folgende Beschreibung von *Bryce*: „Federalism enables a people to try experiments in legislation and administration which could not be safely tried in a large centralized country. A comparatively small commonwealth like an American state easily makes and unmakes its laws; mistakes are not serious, for they are soon

45 LT NRW Plenarprotokoll 16/6, 5.7.2012, S. 173.

46 Abgeordnetenhaus Berlin Drs. 17/2339, S. 21; Bremische Bürgerschaft Drs. 18/1737S. 7; Hessischer LT Drs. 20/9276, S. 8; Niedersächsischer LT Drs. 18/11015, S. 14, 23.

47 Vgl. BT Drs. 19/14337, S. 35, 38.

48 Siehe oben Fn. 7.

49 C. W. Tyler/H. K. Gerken, *The Myth of the Laboratories of Democracy*, *Columbia Law Review* 122 (2022), 2187 (2189).

50 W. E. Oates, *An Essay on Fiscal Federalism*, *Journal of Economic Literature* 37 (1999), 1120 (1132).

corrected; other states profit by the experience of a law or a method which has worked well or ill in the state that has tried it.“⁵¹

Eng verwandt, aber zu unterscheiden, ist die Vorstellung eines Wettbewerbsföderalismus.⁵² Auch der Wettbewerbsföderalismus möchte Innovationen fördern.⁵³ Mitgedacht ist hierbei aber, dass die Staaten als Anbieter der „Ware“ Recht um die Bürgerinnen und Bürger konkurrieren.⁵⁴ Wettbewerb wird hier eng in Bezug auf einen Markt (d.h. Kundinnen und Kunden) definiert.⁵⁵ Dieser Wettbewerbsbegriffs ist allerdings nicht ohne Weiteres auf das Verhältnis unter Hoheitsträgern übertragbar.⁵⁶ Wettbewerb lässt sich aber auch weit verstehen als ein Konkurrieren unter mehreren Bewerbern.⁵⁷ Auf den Föderalismus übertragen konkurrieren die Länder miteinander jeweils um die möglichst „beste“ Lösung. In diesem Sinne ließe sich von einem Innovationswettbewerb sprechen.⁵⁸ Weil der Wettbewerbsbegriff jedenfalls missverständlich ist, verwendet der Beitrag diesen Begriff im Übrigen nicht.

Trotz gewichtiger Unterschiede zwischen den föderalen Systemen der USA und der Bundesrepublik⁵⁹ hatte die Idee der Länder als Versuchs-

51 J. Bryce, *The American Commonwealth*, Band I, Indianapolis 1995, S. 312.

52 Vgl. in diesem Sinne bspw. S. Korte, Standortfaktor Öffentliches Recht, Tübingen 2015, S. 435, der für das GG von einem experimentellen oder lernenden Föderalismus ausgeht, aber keinem Wettbewerbsföderalismus.

53 Vgl. W. Arndt, Erneuerter Föderalismus – Thesen zu einer veränderten Balance zwischen Bund und Ländern, in: U. Männle (Hrsg.), *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz*, Baden-Baden 1998, S. 31; I. Gillich, *Die integrierte Staatlichkeit der Länder*, Tübingen 2022, S. 28.

54 Vgl. bspw. L. P. Feld, Der Wettbewerbsföderalismus als Rahmenbedingung und Impuls wirtschaftlichen Handelns, in: H. J. Blanke/W. Schwanengel (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven des deutschen Bundesstaates*, Tübingen 2005, S. 171 (172); vgl. auch Korte, Standortfaktor (Fn. 52), S. 437.

55 A. Peters, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 2009, 7 (13); vgl. zu unterschiedlichen Wettbewerbsvorstellungen und deren Gemeinsamkeiten Korte, Standortfaktor (Fn. 52), S. 26–30.

56 Vgl. hierzu eingehend Peters, Wettbewerb (Fn. 55), 15–25; vgl. ebenfalls für eine kritische Auseinandersetzung J. Isensee, § 126 Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdBdStR VI*, Heidelberg 2008, Rn. 333.

57 Peters, Wettbewerb (Fn. 55), 13.

58 Vgl. bspw. H. Hestermeyer, *Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen*, Tübingen 2019, S. 16.

59 Vgl. Hestermeyer, *Eigenständigkeit* (Fn. 58), *passim*.

labore zum Experimentieren⁶⁰ mit möglichen Lösungen für gesellschaftliche Probleme etwa seit den 1990er Jahren in Deutschland Konjunktur.⁶¹ Neben vertikaler Gewaltenteilung,⁶² der Stärkung demokratischer Selbstbestimmung,⁶³ und der Berücksichtigung regionaler Besonderheiten⁶⁴ gilt die Innovationsförderung als einer der Vorzüge des Föderalismus.⁶⁵ Dieser Idee gab die Schaffung der Abweichungsgesetzgebung (Art. 72 Abs. 3 GG) im Jahr 2006 Raum.⁶⁶

Um zu bewerten, ob der Föderalismus innovationsfördernd wirkt, bedarf es einer Definition von Innovation. Als Innovation gilt für die Zwecke des Beitrags jede neue Idee, die dazu dient, die verfassungsrechtlichen Klimaschutzziele umzusetzen. Zwar ließe sich als eine Innovation schlicht jede Einführung einer neuen Regel verstehen.⁶⁷ Da allerdings das Verfassungsrecht für den Klimaschutz verbindliche Ziele festlegt (und damit insoweit dem politischen Diskurs entzieht),⁶⁸ existiert ein normativer Maßstab, um die Innovationskraft zu bestimmen.

2. Der Föderalismus als gedrosselter Innovationsmotor im Klimaschutz

An diesem Ziel gemessen war der Föderalismus im Klimaschutzrecht bisher nur in Maßen innovationsfördernd. Zwar ist keine Unitarisierung durch Selbstkoordinierung der Länder eingetreten, wie sie in anderen Bereichen bemängelt worden ist.⁶⁹ Manche Länder haben zu innovativen

60 Vgl. für eine Kritik dieses Begriffs im Zusammenhang mit der Gesetzgebung C. Hillgruber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Gemeinden?, JZ 2004, 837 (842).

61 Gillich, Staatlichkeit (Fn. 53), S. 28; vgl. hierfür bspw. Arndt, Föderalismus (Fn. 53), S. 31–36; kritisch hierzu J. Jekewitz, Wettbewerbsföderalismus – ein modisches Schlagwort, in: A. Fischer-Lescano/H.-P. Gasser/T. Marauhn/N. Ronzitti (Hrsg.), FS Bothe, Baden-Baden und Zürich 2008, S. 1133–1141.

62 K.-E. Hain, in: P.M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl., München 2024, Art. 79 Rn. 121 f.

63 B. Grzeszick, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, 97. Lfg. Januar, München 2022, Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 24 f.

64 Isensee, § 126 (Fn. 56), Rn. 222.

65 Vgl. bspw. Arndt, Föderalismus (Fn. 53), S. 31 f.; Grzeszick (Fn. 63), Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 28.

66 Vgl. L. Michael, Der experimentelle Bundesstaat, JZ 2006, 884–890.

67 So Tyler/Gerken, Myth (Fn. 49), 2194.

68 BVerfGE 157, 30 (110 ff.).

69 Vgl. bereits K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962, S. 19.

Mitteln gegriffen. Gleichwohl haben die Länder von den Möglichkeiten, die nur sie haben, zurückhaltend Gebrauch gemacht.

Für die Funktion des Föderalismus als Innovationsmotor spricht zunächst, dass zwölf Länder Klimaschutzgesetze erlassen haben und acht dem Bund vorangegangen sind.⁷⁰ Anknüpfend an die britische Klimaschutzgesetzgebung⁷¹ haben die Länder damit ein Instrument eingeführt, dass Vorbildcharakter hatte und hat.⁷² Zwar haben die Landesklimaschutzgesetze in der Regel noch keine unmittelbar klimaschützende Wirkung, sondern setzen nur einen Rahmen zur Strukturierung des Klimaschutzes auf der Landesebene.⁷³ Aber bereits darin liegt ein Gewinn: Zuerst machen sie den Belang Klimaschutz sichtbar und wirken auf dessen Berücksichtigung auf Landesebene hin.⁷⁴ Klimaschützende Maßnahmen erhalten durch ein Landesgesetz zudem eine zusätzliche demokratische Legitimation⁷⁵ und haben eine höhere Chance auf Akzeptanz, wenn und weil sie auf die jeweiligen regionalen Bedürfnisse abgestimmt sind.⁷⁶

Auch in konkreten Regeln zeigt sich, dass die Experimente einzelner Länder bei Erfolg übernommen werden, sogar vom Bund.⁷⁷ So sehen alle Landesklimaschutzgesetze und auch das KSG Beiräte vor.⁷⁸ Deren Zusammensetzung und Zuschnitt unterscheidet sich indes,⁷⁹ so dass Länder und Bund mitnichten nur eine Regel von einander kopiert haben. Trotz gewisser Konsolidierungen in den Grundstrukturen wagen weiterhin einzelne Länder Vorstöße, die sich in der Vielfalt unterschiedlicher Regelungsansätze zeigen: Die Klimaschutzvereinbarungen nach § 13 EWG Bln, die insbesondere mit juristischen Personen des Privatrechts mit mehrheitlicher

70 Siehe die Nachweise oben Fn. 4 und 32.

71 Scharlau/v. Swiekowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina, Bundes-Klimaschutzgesetz (Fn. 29), 1.

72 Siehe die Nachweise oben Fn. 5.

73 Vgl. Knauff, Klimaschutzgesetzgebung (Fn. 7), 255.

74 Kunstmann/Lohse/Lohse, Klimaschutzmaßnahmen (Fn. 25), 291; Schnittker, Klimaschutzgesetze (Fn. 24), S. 287 f.

75 Kunstmann/Lohse/Lohse, Klimaschutzmaßnahmen (Fn. 25), 289 f. und 291; Guckelberger, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 723.

76 Kunstmann/Lohse/Lohse, Klimaschutzmaßnahmen (Fn. 25), 290; Guckelberger, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 723.

77 Vgl. hierfür bspw. § 15 KSG, der sich an Regelungen der Landesklimaschutzgesetze orientiert, BT-Drs. 19/14337, S. 38; Kohlrausch, Klimaschutzgesetze (Fn. 5), 270.

78 §§ 11 f. KSG sowie die Nachweise in Fn. 37.

79 Vgl. für einen Überblick der verschiedenen Regelungsmodelle Schlacke/Thierjung (Fn. 3), Einführung Rn. 166.

Beteiligung des Landes, aber auch Privaten geschlossen werden sollen,⁸⁰ haben ihren Weg auch nach Baden-Württemberg gefunden (§ 13 Abs. 2 KSG BW).⁸¹ Manche Klimaschutzgesetze statuieren Photovoltaikpflichten⁸² oder richten einen Klimaschutzpreis für Verdienste um den Klimaschutz ein (Art. 11 BayKlimaG). Ob durch ordnungsrechtliches Ge- bzw. Verbot oder Anreize versprechen solche Mittel, einen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten und sind insofern Beispiele für Innovationen, die aus den gliedstaatlichen „Laboren“ hervorgehen.

Gleichwohl könnten die Länder ehrgeiziger experimentieren.⁸³ Seit Entstehung der Klimaschutzgesetze wird deren geringe Verbindlichkeit kritisiert.⁸⁴ Beispielsweise sind die meisten Klimaschutzziele der Länder als Sollvorschriften ausgestaltet, lassen also Abweichungen zu.⁸⁵ Zwar sprechen angesichts der Abhängigkeit der Länder von den Maßnahmen anderer Ebenen und der begrenzten eigenen Kompetenzen gute Gründe für die abgemilderte Verbindlichkeit.⁸⁶ Jedoch ziehen sich die mangelnde Verbindlichkeit und das Fehlen vollzugsfähiger Inhalte durch die Landesklimaschutzgesetze: Manche sehen in der unzureichenden Verpflichtung Privater gar ein Indiz für die mangelnde Ernsthaftigkeit der Landesklimaschutzgesetze.⁸⁷

Besonders augenfällig ist der Mangel an Verbindlichkeit hinsichtlich der Gemeinden.⁸⁸ Bedenkt man, dass der Gehalt von Regelungen zur Vorbildfunktion „mangels eindeutiger Rechtsfolgen ohnehin als gering einzustufen ist“,⁸⁹ ist es bezeichnend, dass nur Schleswig-Holstein und Bremen diese

80 Vgl. hierzu *Stätsche*, Landesklimaschutzgesetze (Fn. 11), 140.

81 Vgl. hierzu *C. Gerber/I. Hohmann*, Das Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg und seine Novellen, VBlBW 2022, 97 (101).

82 § 23 KlimaG BW; §§ 16, 16a HmbKliSchG; §§ 25 f. EWKG SH. Allerdings können solche Pflichten ebenso sachgerecht in der Landesbauordnung geregelt werden, wie in Niedersachsen (§ 32a NBauO) oder Bayern (Art. 44a BayBO).

83 Vgl. *H. Kahl*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 18.01.2022, EnZW 2022, 123 (124).

84 *Kohlrausch*, Klimaschutzgesetze (Fn. 5), 272.

85 *Schlacke/Thierjung* (Fn. 3), Einführung Rn. 163; vgl. allerdings als Gegenbeispiel § 10 KlimaG BW.

86 *Schlacke/Thierjung* (Fn. 3), Einführung Rn. 163; vgl. auch *Guckelberger*, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 725.

87 *Knauff*, § 11 (Fn. 10), Rn. 56; *Groß*, Defizite (Fn. 21), 5; vgl. ebenfalls *Schnittker*, Klimaschutzgesetze (Fn. 24), S. 286.

88 *Groß*, Defizite (Fn. 21), 3 f.; *Schnittker*, Klimaschutzgesetze (Fn. 24), S. 286 f.

89 *Knauff*, Klimaschutzgesetzgebung (Fn. 7), 244.

Regelungen auch auf die Gemeinden erstrecken.⁹⁰ Einige Landesklimatechutzgesetze überlassen den Gemeinden die Wahrnehmung der Vorbildfunktion „in eigener Verantwortung“.⁹¹ Bayern oder das Saarland empfehlen den Gemeinden und Gemeindeverbänden bspw. nur eine Vorbildfunktion im Klimaschutz zu übernehmen.⁹² Niedersachsen nimmt die Gemeinden hiervon ganz aus.⁹³

Nur die Länder können den Gemeinden Aufgaben übertragen. Zugleich ist klar, dass die Gemeinden für die effektive Umsetzung des Klimaschutzes wichtig sind, nicht zuletzt wegen ihres Gebäudebestands, aber auch ihrer weiteren Aufgaben.⁹⁴ Zwar statuieren einige Landesgesetze nunmehr auch Pflichten für Gemeinden und Gemeindeverbände;⁹⁵ die Kompetenz zum Erlass umfassenderer Maßnahmen wie einer Verpflichtung der Gemeinden zur klimaneutralen Umgestaltung ihrer Verwaltung nutzt bisher kein Land.

Insgesamt zeigt sich daher ein gemischtes Bild. Obwohl manche Länder mit Innovationen vorangeschritten sind, schöpfen die Länder ihre Kompetenzen nicht voll aus. Der Innovationsmotor Föderalismus läuft im Klimaschutz daher nur gedrosselt.

IV. Ursachen der begrenzten Innovationskraft

Die Ursachen für diese Beobachtung lassen sich auf zwei Ebenen verorten. Allgemein war und ist das Narrativ des innovationsfördernden Föderalismus in den USA grundlegender Kritik ausgesetzt. Zudem gibt es spezifische Gründe, die Innovationen durch die Landesklimatechutzgesetzgeber hemmen.

Ob Föderalismus wirklich für Innovationen sorgt, bezweifelte Susan Rose-Ackermann bereits 1980.⁹⁶ Sie zeigte auf, dass die Innovationskraft

90 § 7 Abs. 1 BremKEG; § 7 Abs. 1 EWKG SH.

91 § 5 Abs. 2 KlimaG BW; § 8 Abs. 1 HKlimaG; § 5 Abs. 2 KlimaSchG NRW 2021; § 13 Abs. 2 LKSG RP 2025; § 7 Abs. 4 ThürKlimaG.

92 Art. 3 Abs. 5 BayKlimaG bzw. § 10 Abs. 6 SKSG.

93 Arg. e. § 3 Abs. 2 S. 2 NKlimaG, O. Gausmann, Die Novelle des NKlimaG – Vom dritten Klimaschutzland Nr. 1, NdsVBl 2024, 231 (236).

94 Vgl. bspw. Köck/Kohlrausch, Klimaschutzgesetzgebung (Fn. 24), 614.

95 Vgl. bspw. § 18 Abs. 1 KlimaG BW (Erfassung des Energieverbrauchs); § 18 Abs. 1 NKlimaG (Aufstellung von Klimaschutzkonzepten).

96 S. Rose-Ackerman, Risk Taking and Reflection: Does Federalism Promote Innovations, *Journal of Legal Studies* 9 (1980), 593–616; zustimmend bspw. B. Galle/J. Leahy, *Laboratories of Democracy? Policy Innovation in Decentralized Govern-*

des Föderalismus mangels ausreichender Anreize eingeschränkt ist: Weil Innovationen kostspielig und ihr Erfolg ungewiss ist, haben alle Gliedstaaten ein Interesse, die Experimente anderer abzuwarten.⁹⁷ Aus denselben Gründen werden jedenfalls Regierungsparteien, die gute Chancen auf eine Wiederwahl haben, solche Experimente in der Regel scheuen.⁹⁸ Zudem bedarf es zum Experimentieren Ressourcen (Zeit, Personal und Finanzmittel), über die nicht jeder Gliedstaat in gleichem Maße verfügt.⁹⁹ All das schließt nicht aus, dass Föderalismus zu Experimenten und schließlich Innovationen führt, wohl aber, dass er sein volles Potenzial entfaltet.¹⁰⁰

Diese Überlegungen bieten einen Hintergrund, um die Beobachtungen des vorhergehenden Abschnitts einzuordnen. Eine generelle Risikoaversion, wie sie den Regierungsmehrheiten in Gliedstaaten bescheinigt wird, korreliert mit dem Befund, dass die Länder der Taktik einer „weitgehend konfliktfreien Einpassung in den geltenden Rechtsrahmen“¹⁰¹ gefolgt sind und auf „harte“ Rechtspflichten weitgehend verzichtet haben. Ebenfalls erklärt sich die Parallelität in den Grundstrukturen der Landesklimaschutzgesetze: Viele Staaten kopieren die Regeln anderer, vermutlich schon aus Gründen begrenzter Ressourcen. Gleichwohl befördert der Föderalismus Innovationen im Klimaschutz, wie die Entstehung der Landesklimaschutzgesetze durch die Initiative einzelner Länder zeigt.

Zu diesen allgemeinen Erwägungen treten jedenfalls drei weitere Ursachen hinzu, die spezifisch für die Landesklimaschutzgesetze sind. Erstens haben die Regierungsmehrheiten verschiedener Länder andere Präferenzen, die sich besonders deutlich im Vergleich zwischen BayKlimaG und KlimaG BW zeigen: Das erste verzichtet fast durchgehend auf verbindliche Regelungen,¹⁰² während das andere einen umfassenderen Regelungsansatz wählt und auch Gemeinden in die Pflicht nimmt.¹⁰³ Zweitens dürfte die wenig ambitionierte Einbeziehung der Gemeinden und Gemeindeverbände

ments, *Emory Law Journal* 58 (2009), 1333 (1398 f.); *Tyler/Gerken*, Myth (Fn. 49), 2200.

97 *Rose-Ackerman*, Risk Taking (Fn. 96), 610 f.; vgl. allerdings *D. Gewirtzman*, Complex Experimental Federalism, *Buffalo Law Review* 63 (2015), 241 (267), nach dem dieser Effekt in heterogenen Bundesstaaten geringer sein dürfte.

98 *Rose-Ackerman*, Risk Taking (Fn. 96), 605.

99 *Tyler/Gerken*, Myth (Fn. 49).

100 Vgl. *Galle/Leahy*, Laboratories (Fn. 96), 1339; vgl. auch *Tyler/Gerken*, Myth (Fn. 49), 2202 f.

101 *Schnittker*, Klimaschutzgesetze (Fn. 24), S. 287.

102 *Kunstmann/Lohse/Lohse*, Klimaschutzmaßnahmen (Fn. 25), 293.

103 Vgl. bspw. § 18 Abs. 1 KlimaG BW.

vor allen Dingen finanzielle Motive haben. Sofern die Länder den Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben übertragen, lösen sie die jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Konnexitätsprinzip aus.¹⁰⁴ Wegen des erheblichen Finanzaufwands zur klimaneutralen Ausgestaltung der Kommunalverwaltung scheuen die Länder diesen Schritt weitgehend.¹⁰⁵ Drittens dürfte die Komplexität des Mehrebenensystems relevant sein. Der Verzicht auf verbindliche Regelungen, insbesondere gegenüber Privaten, verhindert Kollisionen mit höherrangigem Recht. Da es jedenfalls schwierig ist, die Gestaltungsspielräume der Länder genau zu bestimmen, mag die Komplexität klimaschutzrechtlicher Regulierung gegen das volle Ausnutzen der Landeskompetenzen wirken.

V. Die Potenziale der Länder als Innovationsmotoren im Klimaschutz

Klar ist, dass „die Klimaschutzziele des Bundes ohne Durchführungsmaßnahmen und eigene Gesetzgebung in den Bundesländern gar nicht zu erreichen“¹⁰⁶ sind. Daher stellt sich abschließend die Frage, wie die Potenziale des Föderalismus, innovative Lösungen für einen effektiven Klimaschutz anzubieten, ausgeschöpft werden können.

Die Kritik an der innovationsfördernden Kraft des Föderalismus diagnostiziert fehlende Anreize der Länder zur Innovation. Als Lösung deutet sie an, dass die übergeordnete Ebene Anreize schaffen könne.¹⁰⁷ Sofern nicht die Bürgerinnen und Bürger über Volksentscheide Anreize schaffen,¹⁰⁸ könnte eine geeignete Maßnahme die Festsetzung von Restbudgets für die Länder durch eine Novelle des KSG sein.¹⁰⁹ Die Länder würden

104 Art. 83 Abs. 3 BV; Art. 71 Abs. 3 S. 2 LVBW; Art. 97 Abs. 3 S. 2 und 2 BbgVerf; Art. 137 Abs. 6 HV; Art. 72 Abs. 3 MVVerf; Art. 57 Abs. 4 S. 2-5 NdsVerf; Art. 78 Abs. 3 S. 2-5 NRWVerf; Art. 49 Abs. 5 RhPfVerf; Art. 120 SaarlVerf; Art. 85 Abs. 2 SaVerf; Art. 87 Abs. 3 S. 2 und 3 LSAVerf; Art. 57 Abs. 2 SHVerf; Art. 93 Abs. 1 S. 2 ThürVerf.

105 Vgl. Groß, Defizite (Fn. 21), 4; Guckelberger, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 730; vgl. auch Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1461.

106 BVerfG NVwZ 2022, 321 (323, Rn. 16); zustimmend Guckelberger, Klimaschutzgesetz (Fn. 27), 723.

107 Rose-Ackerman, Risk Taking (Fn. 96), 615 f.

108 Vgl. den „Hamburger Zukunftsentscheid – Dein Volksentscheid für besseren Klimaschutz“ <https://zukunftsentscheid-hamburg.de/>, zuletzt abgerufen am 25.03.2026.

109 Vgl. hierfür Shirvani/Mihatsch, Regelungslücken (Fn. 24), 371; wohl auch Brüning, Mehrwert (Fn. 10), 1463; vgl. allerdings BVerfG NVwZ 2022, 321 (323, Rn. 13); kritisch hierzu Gausmann, NKlimaG (Fn. 93), 235.

weiterhin ihre Kompetenzen eigenständig ausüben, hätten aber einen klaren Rahmen, der sie zu ehrgeizigeren und innovativeren Klimaschutzmaßnahmen anregen dürfte. Diese Restbudgets könnten die Länder wiederum auf die Gemeinden herunterrechnen, was auch bei diesen eine genaue und eigenverantwortliche Planung ermöglichen und zugleich zur innovativen und ehrgeizigen Arbeit mit diesen Budgets Anlass geben würde.¹¹⁰ Das Konnexitätsprinzip würde womöglich nicht ausgelöst, sofern die Restbudgets der Gemeinden nur ihre verfassungsrechtlichen Pflichten konkretisieren würden.¹¹¹ Zugleich würden Restbudgets der Komplexität des Mehrebenensystems als Hemmnis landesrechtlicher Kompetenzausübung entgegenwirken, weil die festgesetzten Restbudgets auf die Kompetenzen der Länder Rücksicht nehmen müssten.¹¹²

Dieser Vorschlag garantiert nicht, dass die Länder als Innovationsmotoren im Klimaschutz wirken. Allerdings kann die Einführung bundesrechtlicher Restbudgets für die Länder die Chance erhöhen, dass sich das volle Potenzial des Föderalismus zur Innovationsförderung entfaltet.

110 Vgl. zu diesem Vorschlag *Gausmann*, NKlimaG (Fn. 93), 236.

111 Vgl. zu letzterem *Gausmann*, NKlimaG (Fn. 93), 236.

112 *Shirvani/Mihatsch*, Regelungslücken (Fn. 24), 371.

Wende ohne Wandel? Das deutsche Klimarecht im globalen Machtgefüge

Markus Lehnshack*

Das deutsche Klimarecht gilt als zentraler Baustein der Transformation hin zu einer nachhaltigen Gesellschaft. Doch trägt es tatsächlich zu einem strukturellen Wandel bei oder stabilisiert es bestehende Macht- und Konsummuster? Der Beitrag untersucht das Klimaschutzgesetz, das Erneuerbare-Energien-Gesetz und den Critical Raw Materials Act der Europäischen Union im Lichte des Konzepts der imperialen Lebensweise. Er zeigt, dass diese Rechtsakte vor allem auf Effizienz und technologischen Fortschritt setzen, während Suffizienz und globale Gerechtigkeit weitgehend unberücksichtigt bleiben. Abschließend skizziert der Beitrag Wege zu einer post-imperialen Rechtsordnung, die Suffizienz als rechtliches Leitbild etabliert. Damit wird das Recht nicht als Stabilisator imperialer Strukturen, sondern als Motor einer solidarischen, ökologisch tragfähigen Lebensweise verstanden.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	308
II. Imperiale Lebensweise	308
III. Analyse des deutschen Klimarechts	310
1. Klimaschutzgesetz	310
2. Erneuerbare-Energien-Gesetz	312
3. Critical Raw Materials Act	313
4. Zwischenfazit	315
IV. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen	315
1. Verfassungsrecht	316
2. Europarecht	318
V. Wege zu einer postimperialen Rechtsordnung	318
1. Leitbild Suffizienz	319
2. Nachhaltige Gesetzgebungsverfahren	320
3. Alternativenprüfungen in Abwägungsentscheidungen	321
4. Mengensteuerung	322
VI. Fazit	323

* Der Autor ist Inhaber von Justain, einem Unternehmen, mit dem er juristische Expertise für gemeinnützige Initiativen und nachhaltige Forschungsprojekte anbietet.

I. Einleitung

Die Klimakrise ist längst nicht mehr nur eine ökologische Frage, sondern zugleich eine soziale und rechtliche Herausforderung. In Deutschland ist in den vergangenen Jahrzehnten ein komplexer Rechtsrahmen zur Bekämpfung des Klimawandels entstanden. Doch es stellt sich die Frage, ob diese Regelungen tatsächlich zu einer nachhaltigen Transformation beitragen oder ob sie die sogenannte imperiale Lebensweise fortschreiben. Darunter wird eine im globalen Norden dominierende Lebensweise verstanden, die dadurch ermöglicht wird, dass ihre ökologischen und sozialen Kosten externalisiert und in andere Weltregionen ausgelagert werden (dazu II.). Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag, inwieweit das deutsche Klimarecht selbst Ausdruck dieser imperialen Lebensweise ist (dazu III.) und ob verfassungs- und europarechtliche Vorgaben diese Wirkung bedingen (dazu IV.). Abschließend werden rechtliche Instrumente vorgestellt, mit denen das Recht nicht als Stabilisator der imperialen, sondern als Treiber einer solidarischen Lebensweise wirken könnte (dazu V.).

II. Imperiale Lebensweise

Der Begriff der „imperialen Lebensweise“ wurde von den Sozialwissenschaftlern Ulrich Brand und Markus Wissen geprägt.¹ Ausgangspunkt ist die im globalen Norden vorherrschende Grundannahme, dass stetige Produktion und Konsum notwendige Voraussetzungen für das Funktionieren des ökonomischen Systems darstellen.² Die damit verbundenen Konsum- und Produktionsmuster können jedoch nur durch den Zugriff auf billige Arbeitskraft, unbezahlte Sorgearbeit und Naturressourcen im globalen Süden aufrechterhalten werden.³ Zugleich verlangt die imperiale Lebensweise exklusiven Zugang zu diesen Ressourcen, da sie ansonsten nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung stünden.⁴

Die in den Gesellschaften des globalen Nordens verankerte imperiale Lebensweise leitet auch den Umgang mit der Herausforderung des Klimawandels. Die bislang ergriffenen Maßnahmen zur Bewältigung dieser

1 U. Brand/M. Wissen, *Imperiale Lebensweise*, München 2017, S. 43.

2 Brand/Wissen, *Lebensweise* (Fn. 1), S. 54.

3 Brand/Wissen, *Lebensweise* (Fn. 1), S. 67 f.

4 Brand/Wissen, *Lebensweise* (Fn. 1), S. 122.

globalen Krise reproduzieren weitgehend das bestehende Muster, Produktion und Konsum nicht grundlegend infrage zu stellen, sondern deren ökologische und soziale Folgen weiterhin zu externalisieren. Besonders deutlich wird dies im deutschen Kontext, wo der Schwerpunkt bislang auf Ökoeffizienz liegt. Darunter werden Maßnahmen verstanden, die primär quantitative Verbesserungen erzielen, etwa durch die Senkung des Energieverbrauchs oder der CO₂-Emissionen.⁵ Obwohl diese Effekte grundsätzlich positiv sind, bergen sie das Risiko sogenannter Rebound-Effekte: Die durch Effizienzsteigerungen erzielten Kostensenkungen können einen höheren Gesamtverbrauch nach sich ziehen.⁶ Beispiele hierfür sind eine intensivere Nutzung von Heizungen infolge verbesserter Gebäudedämmung oder der Wechsel vom Verbrennungs- zum Elektromotor. Hinzu kommt, dass Effizienzmaßnahmen die grundlegenden Strukturen nicht in Frage stellen, die auf der fortgesetzten Ausbeutung von Mensch und Natur beruhen. Der wachsende Energie- und Ressourcenbedarf einer sogenannten grünen Wirtschaftswende lässt sich vielmehr nur durch den Import von Rohstoffen wie seltenen Erden oder durch billige Arbeitskräfte decken. Die Wirtschaft ist auf unbegrenztes Wachstum angewiesen, während die ökologischen Systeme planetaren Grenzen unterliegen.⁷

Nach Brand und Wissen ließen sich die beschriebenen Effekte durch eine konsequente Ausrichtung auf Ökoeffektivität statt auf bloße Ökoeffizienz verringern.⁸ Anstelle einer rein technologischen Antriebswende könnte etwa ein umfassender Umbau urbaner Infrastrukturen erfolgen, der die verstärkte Nutzung von Fahrrad und öffentlichem Personennahverkehr ermöglicht. Ergänzend hierzu ist die Integration von Suffizienzansätzen geboten. Suffizienz bedeutet dabei nicht notwendig Verzicht, sondern richtet sich auf die Entwicklung und Förderung von Alternativen sowie auf die Frage, wie viel Konsum notwendig und gesellschaftlich vertretbar ist.⁹ So könnte beispielsweise kritisch hinterfragt werden, ob eine kontinuierliche

5 M. Böcker/H. Brüggemann/M. Christ/A. Knak/J. Lage/B. Sommer, Wie wird weniger genug?, München 2020, S. 10.

6 Brand/Wissen, *Lebenweise* (Fn. 1), S. 142.

7 H. F. Maltzahn, Die Wirtschaftsverfassung des „ökologisch scharfgestellten“ Grundgesetzes, DÖV 2025, 413 (415).

8 Brand/Wissen, *Lebenweise* (Fn. 1), S. 142.

9 Brand/Wissen, *Lebenweise* (Fn. 1), S. 180; Böcker/Brüggemann/Christ/Knak/Lage/Sommer, *weniger* (Fn. 5), S. 11; U. Jürschik, Suffizienz und Recht – am Beispiel von Alternativenprüfungen im Planungsrecht, NVwZ 2025, 749 (750); U. von Winterfeld, Vom Recht auf Suffizienz, in: W. Rätz, T. von Egan-Krieger/B. Muraca, A. Passadakis/M. Schmelzer/A. Vetter (Hrsg.), *Ausgewachsen!*, Hamburg 2011, S. 57.

Produktion neuer Kleidung erforderlich ist, oder ob Second-Hand-Produkte den Bedarf ebenso decken können.

III. Analyse des deutschen Klimarechts

Die Rechtsordnung bildet einen zentralen Bestandteil der deutschen Klimapolitik. In ihr werden staatliche Zielvorgaben normativ verankert. Zugleich setzt sie Verbote oder Anreize und beeinflusst so das Handeln von Regierung, Wirtschaft und Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit das Rechtssystem selbst Ausdruck der imperialen Lebensweise ist und ob es diese möglicherweise sogar stabilisiert und fortschreibt. Eine solche Perspektive ist innerhalb der Rechtswissenschaft bislang kaum eingenommen worden.¹⁰ Im Folgenden werden daher Rechtsnormen analysiert, welche die deutsche Klimawende maßgeblich in Bezug auf nationale Verhaltensweisen und außenpolitisches Auftreten beeinflussen. Grundlage dieser Untersuchung sind drei aus dem Konzept der imperialen Lebensweise stammende Leitfragen: Zielen die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen auf Effizienz oder auf Effektivität ab? Werden soziale und ökologische Kosten externalisiert und wurden diese Externalisierungen im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt? Enthält das Gesetz Elemente einer Suffizienzstrategie?

1. Klimaschutzgesetz

Das Klimaschutzgesetz (KSG) formuliert die übergreifenden Zielvorgaben der deutschen Klimapolitik und entfaltet dadurch Wirkung auf eine Vielzahl nachgeordneter Gesetze. Zwar handelt es sich um ein Rahmengesetz, das selbst keine konkreten Maßnahmen vorschreibt, gleichwohl lassen sich darin Ausprägungen der imperialen Lebensweise erkennen. So beschränkt sich das KSG im Wesentlichen auf die Reduktion von Treibhausgas-Emissionen (THG-Emissionen). Diese rein quantitative Vorgabe enthält keine Instrumente, die einen strukturellen Systemwandel anstoßen. Die Zielerreichung kann vielmehr allein durch Steigerungen der Ökoeffizienz erfolgen.

10 F. Ekardt, Suffizienz als Governance- und Rechtsproblem, ZUR 2022, 472 (472); T. Markus/R. Verheyen, in: H.-J. Koch/E. Hofmann/M. Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 6. Auflage, München 2024, § 1 Rn. 145.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zudem, dass ein primäres Ziel des KSG darin besteht, Straf- und Ausgleichszahlungen zu vermeiden, die Deutschland bei einem Verfehlen internationaler und unionsrechtlicher Klimaziele drohen.¹¹ Ein über diesen Zweck hinausgehender Gestaltungswille zur Verbesserung globaler Gemeinwohlinteressen ist kaum erkennbar. Dies verdeutlicht auch die Zusammensetzung des Expertenrats für Klimafragen gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 KSG. Gefordert wird lediglich die Besetzung mit Sachverständigen aus den Klima-, Wirtschafts-, Umwelt- und Sozialwissenschaften. Weder eine Expertise im Bereich internationaler Gerechtigkeit noch eine Vertretung von Perspektiven aus dem globalen Süden ist vorgesehen.¹²

Zwar erklärt das KSG, auch die Freiheiten zukünftiger Generationen schützen zu wollen.¹³ Unklar bleibt jedoch, ob damit ausschließlich die deutsche Bevölkerung oder auch internationale Perspektiven gemeint sind. Zudem wird die Bedeutung dieses Ziels dadurch relativiert, dass es in einem Atemzug mit der Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft genannt wird.¹⁴ Die ökonomische Ausrichtung des Gesetzes wird auch daran deutlich, dass Suffizienzmaßnahmen nur im Kontext einer klimaneutralen Bundesverwaltung Erwähnung finden. Genannt werden hier etwa die Einsparung von Energie, der Verzicht auf unnötige Verkehrswege oder auf Produkte, die per Flugzeug importiert werden. Suffizienz wird damit nicht nur auf einen kleinen Anwendungsbereich reduziert, sondern zugleich mit individuellem Verzicht gleichgesetzt, obwohl eine offenere sowie positivere Definition möglich wäre.¹⁵

Schließlich erlaubt § 3b KSG die Nutzung technischer Senken zur Erreichung der Klimaziele. Die bei dem Aufbau und dem Betrieb von Technologien wie Carbon CCS¹⁶ oder CCU¹⁷ verbundenen sozialen und ökologischen Externalisierungseffekte finden jedoch weder im Gesetzestext noch in der Begründung Erwähnung. Dabei birgt insbesondere CCS erhebliche

11 BT-Drs. 19/14337, S. 17.

12 Vgl. BT-Drs. 19/14337, S. 35.

13 BT-Drs. 19/30230, S. 2.

14 BT-Drs. 19/14337, S. 20.

15 BT-Drs. 19/14337, S. 39.

16 CCS (Carbon Capture and Storage) bezeichnet die Abscheidung von CO₂ und dessen anschließende dauerhafte Speicherung in unterirdischen Gesteinsschichten.

17 CCU (Carbon Capture and Utilization) ist die Abscheidung von CO₂, um dieses als Rohstoff für die Herstellung von Produkten (z. B. chemische Grundstoffe oder synthetische Kraftstoffe) zu verwenden. Im Gegensatz zur dauerhaften Speicherung bei CCS verbleibt der Kohlenstoff hierbei in einem stofflichen Kreislauf.

Risiken in Bezug auf den Aufbau der technisch komplexen, ressourcenintensiven Anlagen sowie die Speicherung des CO₂ im – ausländischen – Erdreich.

2. Erneuerbare-Energien-Gesetz

Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bildet den zentralen Rechtsrahmen für den Ausbau erneuerbarer Energien in Deutschland. Es beruht auf der Grundannahme, dass der nationale Stromverbrauch in den kommenden Jahren erheblich steigen wird und daher zusätzliche Erzeugungskapazitäten erforderlich sind. Der Ausbau erneuerbarer Energien wird dabei als wesentlicher Schritt auf dem Weg in eine Industriegesellschaft verstanden, verbunden mit den Zielen von Nachhaltigkeit, Generationengerechtigkeit, einer unabhängigen Volkswirtschaft sowie der Erschließung neuer Wachstumsfelder.¹⁸

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass das EEG zwar einen Beitrag zum Klimaschutz leistet und damit globale Positiveffekte erzeugt, die Nebeneffekte seiner konkreten Umsetzung jedoch nur unzureichend berücksichtigt. Der Ausbaupfad soll insbesondere über kostengünstige Technologien realisiert werden, um sowohl die internationale Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Industrien als auch die Bezahlbarkeit des produzierten Stroms zu gewährleisten.¹⁹ In den Gesetzesmaterialien bleibt jedoch offen, wie diese geringen Kosten sichergestellt werden sollen. Es fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, aus welchen Quellen die hierfür erforderlichen Materialien stammen und unter welchen sozialen und ökologischen Bedingungen ihre Gewinnung erfolgt.²⁰ Der Umgang mit Nicht-EU-Ländern findet lediglich im Kontext von Energieimporten Erwähnung. Hier sieht das EEG vor, dass Importe nur zulässig sind, wenn Herkunftsnachweise vorliegen, die den europäischen Anforderungen entsprechen. Maßgeblich sind damit allein die Standards Europas, nicht die der Exportstaaten.

Die Ausrichtung des EEG verdeutlicht, wie stark die Notwendigkeit einer stetigen Reproduktion in wirtschaftlichen Prozessen verankert ist. Die Annahme eines steigenden Energiebedarfs wird nicht hinterfragt. Das Gesetz

18 BT-Drs. 18/1304, S. 1.

19 BT-Drs. 18/1304, S. 2, 88.

20 Vgl. BT-Drs. 20/1630, S. 1, 138.

konzentriert sich vielmehr auf die Erhöhung der Erzeugungskapazitäten. Flankierende Maßnahmen zur Verbrauchsreduktion sind nicht vorgesehen. Stattdessen wird der Umbau der Energieversorgung ausdrücklich als Motor für Innovation, Wachstum und Beschäftigung verstanden. Die damit verbundenen negativen Folgen für Mensch und Umwelt – insbesondere in den Staaten des globalen Südens – bleiben weitgehend ausgeblendet.

3. Critical Raw Materials Act

In den vergangenen Jahren hat die EU mehrere Rechtsinstrumente auf den Weg gebracht, die europäischen Unternehmen eine erweiterte Verantwortung für ihre Tätigkeiten in Drittstaaten auferlegen. Im Mittelpunkt steht dabei die geplante Lieferkettenrichtlinie, die sicherstellen soll, dass globale Wertschöpfungsketten frei von Menschenrechtsverletzungen gestaltet werden. Aufgrund ihres eher allgemeinen Zuschnitts verbleiben jedoch Lücken, insbesondere im Hinblick auf ökologische Nachhaltigkeit. Diese Risiken hat die EU vor allem im Bereich der Beschaffung seltener Erden erkannt und mit dem Critical Raw Materials Act (CRMA)²¹ ergänzende Vorschriften geschaffen, die die Lieferkettenrichtlinie gezielt supplementieren sollen.²²

Der CRMA wurde auf Grundlage der Annahme entwickelt, dass der europäische Bedarf an seltenen Erden in den kommenden Jahren erheblich ansteigen wird, unter anderem im Zusammenhang mit dem Ausbau erneuerbarer Energien.²³ Nach Auffassung der EU könnte ein Mangel an diesen Rohstoffen die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen, zum Verlust von Arbeitsplätzen führen und die Verwirklichung einer grünen und digitalen Zukunft gefährden.²⁴ Zentrales Ziel des CRMA ist es daher, die Versorgung mit seltenen Erden sicherzustellen und zugleich die Abhängigkeit von Drittstaaten zu verringern. Gleichzeitig wird angestrebt, die mit der Gewinnung und Verarbeitung seltener Erden verbundenen negativen

21 Verordnung (EU) 2024/1252 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Schaffung eines Rahmens zur Gewährleistung einer sicheren und nachhaltigen Versorgung mit kritischen Rohstoffen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 und (EU) 2019/1020, ABl. L, 2024/1252.

22 Erwägungsgrund 7 CRMA.

23 Erwägungsgrund 1 CRMA.

24 Erwägungsgrund 2 CRMA.

Auswirkungen auf Umwelt und soziale Gerechtigkeit zu begrenzen.²⁵ Um entsprechende Anreize zu schaffen, begünstigt die EU mit dem CRMA sogenannte „strategische Projekte“ mit verkürzten Genehmigungsverfahren und weiteren Vorteilen.

Nach Art. 5 Nr. 1 lit. c) CRMA setzt die Einstufung als strategisches Projekt voraus, dass nicht nur ökologische Nachhaltigkeit gewährleistet ist, sondern zugleich die Achtung der Menschenrechte erfolgt. Für Vorhaben im globalen Süden gilt darüber hinaus die zusätzliche Voraussetzung, dass sie sowohl für die EU als auch für das jeweilige Land von beiderseitigem Vorteil sind, Art. 5 Nr. 1 lit. e) CRMA. Hierzu gehören „sinnvolle Konsultationen“ mit lokalen Gemeinschaften und indigenen Völkern.²⁶ Zudem dürfen Projekte nicht gegen den erklärten Willen der jeweiligen Regierung durchgeführt werden.²⁷

Der CRMA stellt mit seinen Vorgaben einen der ersten Rechtsakte dar, der die internationalen Auswirkungen europäischer Projekte ausdrücklich anerkennt und adressiert. Er beruht dabei auf Prognosen, die von einem erheblich steigenden Bedarf an seltenen Erden ausgehen.²⁸ Anstatt diese Entwicklung zum Anlass für eine Begrenzung des Ressourcenverbrauchs zu nehmen, schafft der Rechtsrahmen jedoch primär Voraussetzungen für eine verstärkte Nutzung der Kapazitäten des globalen Südens. Die vorgesehene Bindung an menschenrechtliche Standards allein dürfte dabei nicht ausreichen, um Ausbeutung wirksam zu verhindern. Zudem sind die Anforderungen im Hinblick auf lokale Bevölkerungsgruppen unbestimmt. Begriffe wie „beiderseitiger Nutzen“ oder „sinnvolle Konsultationen“ bleiben vage und lassen erheblichen Interpretationsspielraum. Welche Maßstäbe letztlich gelten, wird im Wesentlichen von europäischen Institutionen bestimmt, ohne dass die Perspektiven der betroffenen Gemeinschaften zwingend maßgeblich wären. Es handelt sich somit um einen Eingriff in die staatliche Souveränität der Länder des globalen Südens, der ihnen die Standards des globalen Nordens auferlegt.²⁹ Insgesamt zeigt sich, dass die Regulierung zwar das internationale Umfeld einbezieht, in ihrer konkreten Ausgestaltung jedoch eine deutliche Asymmetrie zwischen europäischen Interessen und den Belangen der Rohstofflieferstaaten fortbestehen lässt.

25 Erwägungsgrund I CRMA.

26 Erwägungsgrund II CRMA.

27 Erwägungsgrund 14 CRMA.

28 Erwägungsgrund 4 CRMA.

29 Vgl. W. Benedek, Lieferkettenverantwortlichkeit aus völkerrechtlicher und menschenrechtlicher Perspektive, NLMR 2024, 453 (457).

4. Zwischenfazit

Die Analyse von KSG, EEG und CRMA verdeutlicht eine gemeinsame Grundtendenz der jüngeren Klimaschutz- und Energiegesetzgebung: Im Vordergrund steht jeweils die Sicherung von Versorgungskapazitäten und die Wahrung wirtschaftlicher Wettbewerbsfähigkeit. Während das KSG die Zielvorgaben deutscher Klimapolitik primär in Form quantitativer Emissionsminderungen definiert, richtet das EEG seinen Fokus auf den massiven Ausbau erneuerbarer Energien, der durch die Vorgaben des CRMA ermöglicht werden soll. Gemein ist allen drei Rechtsakten, dass sie Suffizienzstrategien kaum in Betracht ziehen. Stattdessen wird eine Steigerung von Effizienz und technologischer Innovation als maßgeblicher Lösungsansatz verfolgt.

Zugleich zeigen sich Parallelen in der internationalen Dimension. Sowohl das EEG als auch der CRMA binden Drittstaaten an die Standards der EU, ohne deren eigene Perspektiven oder Interessen maßgeblich einzubeziehen. Auch das KSG adressiert globale Gerechtigkeitsfragen nur am Rande, indem es im Wesentlichen auf die Erfüllung internationaler Verpflichtungen abzielt. Negative ökologische und soziale Externalisierungseffekte in Drittstaaten werden damit zwar punktuell anerkannt, bleiben aber strukturell untergeordnet.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Rechtsakte zentrale Elemente der imperialen Lebensweise fortschreiben. Die Aufrechterhaltung des europäischen Wohlstands erfolgt durch den privilegierten Zugriff auf Energie und Rohstoffe sowie die Externalisierung von Kosten in den globalen Süden. Die Gesetze leisten zwar einen Beitrag zur Emissionsminderung, ein grundlegender Paradigmenwechsel hin zu einer suffizienzorientierten und international gerechten Klimapolitik ist bislang jedoch nicht erkennbar.

IV. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen

Nachdem aufgezeigt wurde, inwiefern das deutsche Klimarecht imperiale Strukturen fortschreibt, stellt sich nun die Frage, ob dies primär auf politische Entscheidungen zurückzuführen ist oder ob auch der verfassungs- und unionsrechtliche Rahmen hierzu beiträgt. Dies wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn Wirtschaftswachstum rechtlich vorgesehen ist

oder wenn die bestehenden Vorgaben die Umsetzung globaler Gerechtigkeit oder suffizienzorientierter Ansätze erschweren.

1. Verfassungsrecht

Es besteht Einigkeit, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral ist.³⁰ Es legt keine bestimmte Wirtschaftsform wie den Kapitalismus fest. In der Literatur wird jedoch diskutiert, ob einzelne Vorschriften des Grundgesetzes gleichwohl bestimmte wirtschaftliche Ausprägungen begünstigen oder verfestigen.

Einen ersten Anknüpfungspunkt bietet die Frage, ob das GG ein stetiges ökonomisches Wachstum voraussetzt. Ausdrücklich befindet sich der Begriff „Wachstum“ nur in Art. 104b Abs. 1 Nr. 3 GG. Die Vorschrift regelt die Gewährung von Finanzhilfen des Bundes an die Länder und erlaubt solche Hilfen zur „Förderung des wirtschaftlichen Wachstums“. Eine Wachstumsstörung ist hierfür nicht erforderlich. Die Norm eröffnet damit theoretisch unbegrenzte Investitionsmöglichkeiten, auch ohne konkrete Notwendigkeit.³¹ Zwar begründet dies keine Pflicht zur Wachstumsförderung.³² Gleichwohl zeigt sich, dass das Grundgesetz dem Ziel des wirtschaftlichen Wachstums jedenfalls offen gegenübersteht.

Ein weiterer relevanter Bezugspunkt ist das in Art. 109 Abs. 2 GG verankerte Ziel des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, das als Leitlinie der Haushaltswirtschaft Verfassungsrang hat.³³ Es umfasst mehrere Teilziele, deren genaue Anzahl und Zusammensetzung in der Literatur umstritten ist. Allgemein anerkannt sind die Stabilität des Preisniveaus, ein hoher Beschäftigungsstand, das außenwirtschaftliche Gleichgewicht sowie das Wirtschaftswachstum.³⁴ In der Wissenschaft werden inzwischen zwar weitere Elemente wie humane Arbeitsbedingungen einbezogen, die historische

30 BVerfGE 50, 290 (338); *Maltzahn*, Wirtschaftsverfassung (Fn. 7), 418; *F. Reimer*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Suffizienz, in: M. Reese/W. Köck/T. Markus (Hrsg.), *Zukunftsfähiges Umweltrecht II: Suffizienz im Recht*, Baden-Baden 2023, S. 119 (139).

31 *W. Heun/A. Thiele*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen 2018, Art. 104b Rn. 21; *J. Hellermann*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Auflage, München 2024, Art. 104b Rn. 38.

32 *H. Siekmann*, in: C. von Coelln/T. Mann (Hrsg.), *Grundgesetz*, 10. Auflage, München 2024, Art. 104b Rn. 30.

33 *G. Winter*, Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung, *ZUR* 2017, 267 (274).

34 *F. Ekardt/F. Heß/T. Rath*, Naturschutzförderung durch den Bund, *ZUR* 2022, 21 (27).

Entwicklung zeigt jedoch, dass wirtschaftliche Belange lange Zeit im Vordergrund standen und bis heute erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Klimapolitik haben.

Neben den staatsorganisatorischen Vorgaben können auch die Grundrechte eine wirtschaftliche Orientierung begünstigen. Insbesondere die Freiheitsrechte eröffnen Lebensweisen, die sich negativ auf andere Menschen oder die Umwelt auswirken können.³⁵ Grenzen ergeben sich im Wesentlichen nur aus kollidierenden Grundrechten oder aufgrund von Gesetzesvorbehalten.³⁶ In ihrer Funktion als Abwehrrechte führen die Freiheitsrechte vielmehr dazu, dass der Staat jede Suffizienzmaßnahme, die mit Einschränkungen oder Verhaltensänderungen verbunden ist, besonders rechtfertigen muss.³⁷ Technologische Lösungen sehen sich mit diesem Hindernis in der Regel nicht konfrontiert, da sie bestehende Strukturen fort-schreiben und keinen Eingriff in etablierte Lebensweisen darstellen.

Einen Rechtfertigungsgrund bietet Art. 20a GG, der den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen als Staatsziel normiert. In seinem wegweisen-den Klima-Beschluss hat das BVerfG klargestellt, dass mit fortschreitendem Klimawandel auch Einschränkungen individueller Freiheiten erforderlich werden können, um Naturgüter zu bewahren und die Freiheit künftiger Generationen zu sichern.³⁸ Dieser Schutzauftrag bezieht sich nicht nur auf die Ressourcen Deutschlands, sondern auch auf internationale ökologische Lebensgrundlagen.³⁹ Damit eröffnet sich die Möglichkeit, Maßnahmen zur Begrenzung bestimmter Lebensweisen auch mit Blick auf internationale Gerechtigkeit zu rechtfertigen. Gleichwohl bleibt die Auswahl der Mittel der Gesetzgebung überlassen.⁴⁰ Diese kann daher weiterhin auf technologische Lösungen zurückgreifen, die zwar zum Klimaschutz beitragen, zugleich aber Kosten externalisieren. Die vom BVerfG entwickelte inter-temporale Freiheitssicherung führt somit nicht dazu, dass dem GG eine integrale ökologische Wirtschaftsordnung zu entnehmen wäre.⁴¹

35 Reimer, Suffizienz (Fn. 27), S. 135.

36 Reimer, Suffizienz (Fn. 27), S. 136.

37 Ekardt, Suffizienz (Fn. 10), 480; Jürschik, Alternativenprüfungen (Fn. 9), 751 f.

38 BVerfGE 157, 30 (99); F. Herrmann/J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523 (525).

39 Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze, Ressourcenschutzrecht (Rn. 35), 525.

40 Maltzahn, Wirtschaftsverfassung (Fn. 7), 417.

41 Maltzahn, Wirtschaftsverfassung (Fn. 7), 418.

2. Europarecht

Die EU wurde ursprünglich als Wirtschaftsunion gegründet. Entsprechend bekennt sich der EUV ausdrücklich zu einem „ausgewogenen Wirtschaftswachstum“. Gefördert wird dieses Ziel insbesondere durch die Grundfreiheiten des AEUV, allen voran der Warenverkehrsfreiheit. Da diese zwangsläufig mit einer Ausweitung von Konsum und Transport verbunden ist, führt sie regelmäßig auch zu höheren THG-Emissionen.⁴² Ein weiteres Element der imperialen Lebensweise zeigt sich in den beschäftigungspolitischen Zielvorgaben der EU: Vollbeschäftigung und ein hohes Beschäftigungsniveau.⁴³ Damit wird das Prinzip der Reproduktion gestärkt, ebenso wie durch die unionsrechtliche Förderung einer effizienten Landwirtschaft, einer wettbewerbsfähigen Industrie und eines leistungsfähigen Tourismussektors.

Einen Ausgleich zu den wachstumsorientierten Zielen schafft der AEUV mit Art. 191, der den Schutz der Umwelt sowie eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen vorsieht. Damit wird nachhaltige Politik zu einem zentralen Anliegen der EU erhoben. Anders als das deutsche Recht enthält der AEUV zudem Bestimmungen, die Suffizienzansätze ausdrücklich einbeziehen. So stellt Art. 194 AEUV im Energiesektor Suffizienz und Effizienz gleichwertig nebeneinander.⁴⁴ Darüber hinaus eröffnet Art. 43 Abs. 3 AEUV im Bereich der Fischerei die Möglichkeit einer mengenbezogenen Steuerung.

Trotz dieser normativen Öffnung für Suffizienz bleibt das Europarecht in seiner Gesamtorientierung stark auf Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit ausgerichtet. In der praktischen Rechtsanwendung zeigt sich, dass Suffizienzmaßnahmen regelmäßig hinter Effizienzsteigerungen oder technologischen Lösungen zurücktreten, da letztere leichter mit den bestehenden ökonomischen Strukturen vereinbar sind.

V. Wege zu einer postimperialen Rechtsordnung

Die Analyse des Klimarechts hat gezeigt, dass zentrale Gesetze im Wesentlichen auf Effizienzsteigerungen und technologische Lösungen setzen, während internationale Folgen nur am Rande berücksichtigt werden. Die-

42 Reimer, Suffizienz (Fn. 27), S. 127.

43 Reimer, Suffizienz (Fn. 27), S. 128.

44 Reimer, Suffizienz (Fn. 27), S. 130.

se Ausrichtung wird zudem durch verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen gestützt, die wirtschaftliches Wachstum privilegieren und damit die imperiale Lebensweise stabilisieren. Vor diesem Hintergrund wird nun darauf geblickt, wie das Recht weiterentwickelt werden kann, um imperiale Strukturen aufzubrechen und alternative Leitbilder zu stärken. Ansatzpunkte bestehen bei den grundlegenden Zielbestimmungen, im Gesetzgebungsverfahren, in der Abwägung konkurrierender Interessen sowie durch den Einsatz von Instrumenten der Mengensteuerung.

1. Leitbild Suffizienz

Die bisherige Rechtsordnung ist stark auf ökonomisches Wachstum und Effizienzsteigerungen ausgerichtet. Eine Abkehr von imperialen Strukturen erfordert eine systematische Neuausrichtung an einem Leitbild, welches Suffizienz als eigenständigen normativen Bezugspunkt etabliert. Als Suffizienz-Recht kann dabei nur ein Instrumentarium verstanden werden, das auf eine tatsächliche Reduktion des Gesamtkonsums durch Veränderungen im Verhalten und in der Infrastruktur abzielt.⁴⁵ Suffizienzpolitik versucht daher, Dienstleistungen und Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass Bedürfnisse mit möglichst geringem Ressourceneinsatz befriedigt werden können.⁴⁶

Suffizienz hat dabei nicht nur eine ökologische, sondern auch eine soziale Dimension. Sie trägt zum Schutz und zur Förderung der Menschenwürde bei, indem sie Raum für persönliche Freiheit eröffnet, die durch das Streben nach permanenter Effizienzsteigerung häufig eingeschränkt wird.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund kann Suffizienz auch als Schutzrecht verstanden werden, das individuelle und kollektive Lebensgrundlagen gleichermaßen sichert.⁴⁸ Eine alternative politische Ökonomie könnte stärker auf Vorsorge, Rücklagen und Resilienz abstellen, anstatt Wachstumsraten des Bruttoinlandsprodukts zum Maßstab zu erheben.⁴⁹

Für eine Verankerung im Recht stellt sich die Frage nach dem geeigneten dogmatischen Ansatz. Steuerungswirkungen lassen sich durch kon-

45 Ekardt, Suffizienz (Fn. 10), 477.

46 Böcker/Brüggemann/Christ/Knak/Lage/Sommer, weniger (Fn. 9), S. 13.

47 von Winterfeld, Suffizienz (Fn. 9), S. 64.

48 von Winterfeld, Suffizienz (Fn. 9), S. 58.

49 K. Ott, Nachhaltigkeitspolitik in und nach der Pandemie, ZUR 2020, 451 (456)

krete Instrumente erzielen, etwa über eine stärkere Energiebepreisung.⁵⁰ Vorschläge wie die Anerkennung von Eigenrechten der Natur oder die Aufnahme weiterer Nachhaltigkeitsziele in das Grundgesetz enthalten zwar eine passende Zielrichtung. Bislang wurden sie jedoch kaum mit Blick auf ihre ökonomischen Konsequenzen diskutiert.⁵¹ Notwendig wäre es daher, diese Instrumente in konkreten Fallstudien zu implementieren und ihre Auswirkungen qualitativ sowie quantitativ zu untersuchen. Abgesehen von der Einführung konkreter Maßnahmen oder der Änderung systematischer Leitlinien können bereits alternative Formulierungen in Rechtstexten das Narrativ anders ausrichten. Ein Beispiel dafür findet sich in dem Handelsabkommen ACCTS, welches Handel nicht als Selbstzweck versteht, sondern als Mittel beziehungsweise Werkzeug zur Bekämpfung des Klimawandels.⁵²

2. Nachhaltige Gesetzgebungsverfahren

Politische Tendenzen lassen sich nicht allein durch materielle Vorgaben, sondern auch durch verfahrensrechtliche Strukturen beeinflussen. Im Bereich der Bundesgesetzgebung ist bereits heute eine Nachhaltigkeitsprüfung vorgeschrieben. Nach § 44 Abs. 1 S. 3 GGO ist darzustellen, ob die Wirkungen eines Vorhabens den Zielen einer nachhaltigen Entwicklung entsprechen.

In der Praxis bleibt diese Prüfung jedoch oberflächlich. Regelmäßig wird lediglich aufgelistet, welche Nachhaltigkeitsziele der Vereinten Nationen (SDG) durch ein Gesetzesvorhaben positiv berührt werden. Konkrete Indikatoren oder Kriterienkataloge existieren nicht.⁵³ Zwar wurde mit dem Parlamentarischen Beirat für nachhaltige Entwicklung ein Gremium geschaffen, das die Ausführungen zur Nachhaltigkeit überprüft. Doch der Beirat verfügt über keine Sanktionsmöglichkeiten und kann lediglich darauf hinweisen, wenn bestimmte SDG nicht berücksichtigt wurden.⁵⁴ Dem-

50 Ekardt, Suffizienz (Fn. 10), 478.

51 Maltzahn, Wirtschaftsverfassung (Fn. 7), 419.

52 J. Bäuml, Das Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability (ACCTS): Weg in die Zukunft?, KlimR 2025, 232 (234).

53 H.-J. Dietsche, „Nachhaltigkeitsmechanismus“ bei Gesetzesfolgenabschätzung, ZRP 2022, 21 (21).

54 Dietsche, Nachhaltigkeitsmechanismus (Fn. 50), 21.

gegenüber finden ökonomische Gesichtspunkte oder Bürokratiekosten in Gesetzesfolgenabschätzungen deutlich stärkere Beachtung.⁵⁵

Um Gesetze gerechter zu gestalten, sind detaillierte Kriterien- und Fragenkataloge erforderlich.⁵⁶ Folgenabschätzungen müssen auf genauen, objektiven und vollständigen Informationen beruhen. Dazu gehört insbesondere die Angabe konkret quantifizierter THG-Emissionen, die aus dem jeweiligen Vorhaben resultieren.⁵⁷ Darüber hinaus sollten auch die Folgen für Staaten, Menschen und die Natur außerhalb Europas systematisch einbezogen werden.⁵⁸ Eine zentrale Rolle kann dabei die Frage spielen, ob ein Vorhaben mit nationalen Ressourcen umgesetzt werden kann oder ob und in welchem Umfang Importe erforderlich sind. Zur Unterstützung solcher Prüfungen könnten Fachgremien eingerichtet werden, die auch Vertretende des globalen Südens beinhalten.⁵⁹

3. Alternativenprüfungen in Abwägungsentscheidungen

Ein vielversprechendes Instrument zur praktischen Umsetzung von Suffizienzansätzen ist die verstärkte Implementierung von Alternativenprüfungen in Abwägungsentscheidungen. Dieser Ansatz ist vergleichbar mit dem Merkmal der Erforderlichkeit im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen. Jede Entscheidung sollte die Fragen einschließen, ob das Vorhaben tatsächlich benötigt wird und ob die angestrebten Ziele nicht auf anderem Wege erreicht werden können.

Im Kern lassen sich drei Typen von suffizienzbasierten Alternativen unterscheiden.⁶⁰ Die einfachste Variante ist die Verfahrensalternative, bei der geprüft wird, ob ein Vorhaben in kleinerem Umfang oder mit reduzierter Intensität verwirklicht werden kann (z.B. bei einer Baugenehmigung). Dagegen beinhaltet die Konzeptalternative eine grundlegendere Betrachtung und hinterfragt, ob das angestrebte Ziel durch ein anderes Projekt effizienter oder nachhaltiger erreicht werden kann. Statt des Ausbaus einer Straße

55 W. Kahl/M. Mödinger, Gute Gesetzgebung und Nachhaltigkeit, DÖV 2021, 93 (99 f.).

56 Kahl/Mödinger, Gesetzgebung (Fn. 52), 95.

57 L. Lang/S. Fontana, Klimacheck – Berücksichtigung von Klimafolgen im Gesetzgebungsprozess, ZUR 2025, 387 (389).

58 M. Frey/R. A. Müller, Grenzüberschreitende Gesetzesfolgenabschätzung auf Landesebene, DÖV 2024, 258 (261).

59 Frey/Müller, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 55), 262 f.

60 Jürschik, Alternativenprüfungen (Fn. 9), 752 ff.

könnte beispielsweise eine Schienenverbindung geschaffen, oder – als Nullvariante – gänzlich auf das Projekt verzichtet werden.

In der Verwaltungspraxis scheitern Alternativenprüfungen häufig daran, dass ihre Ergebnisse als mit den Vorhabenzielen unvereinbar und daher als unzumutbar eingestuft werden. Zur Begründung wird angeführt, dass nur quantitative, nicht jedoch qualitative Einschränkungen im Rahmen von Verwaltungsentscheidungen zulässig seien.⁶¹ Dieses Defizit ließe sich durch gezielte Änderungen der jeweiligen Fachgesetze oder des VwVfG beheben. Zwar würde dadurch der Verwaltungsaufwand bei Abwägungsentscheidungen steigen, doch ist gerade im aktuellen rechtspolitischen Kontext zu betonen, dass ein „Mehr“ an Bürokratie auch einen Nutzen entfalten kann, etwa um ökologische und soziale Ziele zu erreichen.⁶²

4. Mengensteuerung

„Mengensteuerung“ ist in Deutschland negativ konnotiert, oft verbunden mit Assoziationen der Planwirtschaft. Gleichwohl können derartige Eingriffe im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als letztes Mittel erforderlich sein, sollten mildere Mittel keine Wirkung entfalten. Dass mangelnde gesellschaftliche Veränderungen die Gesetzgebung zum Handeln zwingen können, zeigt das Beispiel des Lieferkettengesetzes. Es wurde eingeführt, nachdem eine Umfrage ergeben hatte, dass politische Zielvorgaben ohne rechtlich verbindliche Standards nicht eingehalten werden.⁶³

Die begrenzte Wirksamkeit bisheriger Klimaschutzmaßnahmen zur Veränderung alltäglicher Praktiken zeigt sich etwa im Mobilitätssektor. Neue nachhaltige Angebote werden dort häufig nicht als Ersatz für emissionsintensive Verhaltensweisen genutzt, sondern lediglich zusätzlich in Anspruch genommen.⁶⁴ Mengensteuerungen können solche Entwicklungen verhindern und zugleich die bereits beschriebenen Rebound-Effekte vermeiden. Viel spricht daher dafür, verstärkt auf Instrumente wie Cap-and-Trade-Systeme (z.B. den Emissionshandel) zu setzen.⁶⁵

61 Jürschik, Alternativenprüfungen (Fn. 9), 753.

62 Jürschik, Alternativenprüfungen (Fn. 9), 755.

63 BT-Drs. 19/28649, S. 2.

64 Böcker/Brüggemann/Christ/Knak/Lage/Sommer, weniger (Fn. 9), S. 68 f.

65 Ekardt, Suffizienz (Fn. 10), 478.

VI. Fazit

Das deutsche Klimarecht trägt bislang nur begrenzt zu einer ganzheitlichen nachhaltigen Transformation bei. Zwar werden Emissionen gesenkt und erneuerbare Energien ausgebaut, doch geschieht dies im Rahmen einer wachstumsorientierten Ordnung, die auf Effizienzsteigerungen und technologische Innovationen setzt. Suffizienzstrategien bleiben weitgehend unberücksichtigt, während soziale und ökologische Kosten weiterhin in den globalen Süden externalisiert werden.

Gleichzeitig eröffnet das Recht Potenziale für einen Paradigmenwechsel. Durch die Verankerung von Suffizienz als Leitbild, verbindliche Nachhaltigkeitsprüfungen, systematische Alternativenprüfungen und Mengensteuerungen könnte es gelingen, das Recht nicht länger als Stabilisator imperialer Strukturen, sondern als Motor einer solidarischen und ökologisch tragfähigen Lebensweise auszugestalten, welcher der Politik klare Grenzen setzt. Ob es bei einer „Wende ohne Wandel“ bleibt oder eine postimperiale Klimapolitik verwirklicht wird, ist somit nicht nur eine politische, sondern auch eine rechtliche Gestaltungsfrage.

Vorsicht, Weitsicht, Nachsicht? – Überlegungen zum „vorausschauenden Recht“ in Zeiten von Anthropozän und Transformation

Michael Kalis*

Das Recht steht im Anthropozän und der (Großen) Transformation vor neuen Herausforderungen. Es muss sich mit Unsicherheiten und langfristigen Transformationsprozessen gleichermaßen auseinandersetzen. Der Beitrag entwickelt – als Teil der Futurisierung des Rechts – das Konzept des „vorausschauenden Rechts“, das nicht nur auf Vorsicht im Sinne des Vorsorgeprinzips setzt, sondern auch Weitsicht als strategische Zukunftsgestaltung und Nachsicht im Sinne reflexiver Selbstbegrenzung im Lichte eigener Fehlbarkeiten erfordert. Diese drei Begriffe – Vorsicht, Weitsicht und Nachsicht – markieren dabei nicht nur unterschiedliche Modi rechtlicher Zukunftsverhältnisse, sondern strukturieren zugleich die zentralen Spannungsfelder, in denen sich das Recht im Anthropozän bewegt: Vorsicht steht für die defensive Reaktion auf das Unvorhersehbare; Weitsicht für die aktive, gestaltende Öffnung gegenüber dem Möglichen; und Nachsicht für eine reflexive Selbstbegrenzung angesichts wachsender Komplexität.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung: Pandora, Prometheus und sein Bruder Epimetheus oder die Vorausschau in Zeiten drohender Irreversibilität	326
II.	Das Recht in Zeiten der Destabilisierung: Anthropozän, Transformation und emerging technologies oder der zunehmende Zukunftsausgriff des Menschen	327
III.	Vorausschau als epistemische Praxis und Bemühung um Zukunftskontrolle und Zukunftsgestaltung	329
IV.	Vorausschau und Recht: Vom Kollaborateur, Bremser, Treiber und Vermittler zur Futurisierung	330
V.	Funktion und Funktionalität des Rechts in der Vorausschau	331
VI.	Die Trias des vorausschauenden Rechts – Vorsicht, Weitsicht, Nachsicht	333
	1. Vorsicht – das Recht als Risikominimierer	334
	2. Weitsicht – das Recht als Zukunftsgestalter	336
	3. Nachsicht – das Recht als reflexives System	338
	4. Zusammenfassung	339

* Michael Kalis ist stellvertretender wissenschaftlicher Direktor des IKEM und leitet den Fachbereich Forschungsakademie des Instituts. Zudem ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter im Cluster „Energiewende im Ostseeraum“ am Interdisziplinären Forschungszentrum Ostseeraum (IFZO) der Universität Greifswald.

I. Einleitung: Pandora, Prometheus und sein Bruder Epimetheus oder die Vorausschau in Zeiten drohender Irreversibilität

Die Figur des Prometheus gilt als Sinnbild menschlicher Schöpfungs- und Gestaltungskraft. In der griechischen Mythologie ist er nicht nur der Feuerbringer und Menschenbildner, sondern zugleich der „Vorausdenkende“ – im Gegensatz zu seinem Bruder Epimetheus, dem „Danach-Denkenden“. Ihre Geschichte ist untrennbar mit Pandora und der Öffnung ihrer Büchse verbunden, Sinnbild für das irreversible Unheil, das aus mangelnder Weitsicht erwächst.

Diese mythologischen Motive wurden in Literatur, Philosophie und Technikdebatten immer wieder aufgenommen: von Goethe über Kafka hin zu Hans Jonas, der vom „endgültig entfesselten Prometheus“¹ sprach. Sie liefern ein eindruckliches Bild für die Herausforderungen des Rechts im Anthropozän², einer Epoche, in der der Mensch selbst zum geologischen Faktor geworden ist und in der seine Entscheidungen eine temporelle Reichweite erhalten, die trotz Konzepten wie dem „Longtermism“³ und der „Deep Time“⁴ der menschlichen Erfahrung, Erkenntnis und wohl auch Verständnis letztlich entzogen ist.

Prometheus und Epimetheus markieren damit nicht nur zwei Figuren der griechischen Mythologie, sondern zwei Modi des Umgangs mit der Zukunft:⁵ Vorausschau und Nachsicht. Angesichts irreversibler Kippunkte⁶

1 H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Berlin 1984, S. 7.

2 P. J. Crutzen, *Geology of mankind*, *Nature* 2002, 23 (23); vgl. auch S. Lewis/M. A. Maslin, *Defining Anthropocene*, *Nature* 2015, 171 ff.

3 Siehe nur W. MacAskill, *What We Owe the Future*, New York 2022.

4 Siehe m.w.N. J. Kemper, *Deep Time and Microtime: Anthropocene Temporalities and Silicon Valley's Longtermist Scope*, *Theory, Culture & Society* 2024, 21 ff.

5 Vgl. für eine ähnliche allegorische Verwendung des Mythos im Lichte des 21. Jhd. A. Lin, *Prometheus Reimagined: Technology, Environment, and Law in the Twenty-first Century*, Michigan 2013, S. 4 ff.

6 J. Rockström *et al.*, *A Safe Operation Space for Humanity*, *Nature* 2009, 472 ff.; vgl. zur Rolle von Kippunkten im Recht des Anthropozän C. Calliess, *Umweltrecht im Anthropozän: Das Vorsorgeprinzip vor neuen Herausforderungen*, in: W. Köck/T. Markus/M. Reese (Hrsg.), *Zukunftsfähiges Umweltrecht I*, Baden-Baden 2023, S. 99 ff.

und planetarer Grenzen⁷ erscheint die Frage, wie ein „vorausschauendes Recht“⁸ aussehen könnte, dringlicher denn je.⁹

II. Das Recht in Zeiten der Destabilisierung: Anthropozän, Transformation und emerging technologies oder der zunehmende Zukunftsausgriff des Menschen

Das klassische Selbstverständnis des Rechts ist auf Stabilität ausgerichtet.¹⁰ Es schafft Erwartungssicherheit, projiziert Vergangenes und Gegenwärtiges in die Zukunft und ermöglicht so handlungsfähige Gegenwart.¹¹

Doch was geschieht, wenn Zukunft selbst zum destabilisierten Faktor wird? Wenn radikale Unsicherheit, Disruption und irreversibler Wandel den Erwartungshorizont prägen?

Im Anthropozän überschreitet der menschliche Einfluss planetare Grenzen: Klimawandel, Artensterben, Plastikverschmutzung sind nur einige Eckpfeiler anhaltender und drohender menschlicher Umwälzungen des

7 Rockström et al., Humanity (Fn. 6), 472 ff.; K. Richardson et al., Earth Beyond Six of Nine Planetary Boundaries, *Science Advances* 2023, 1 ff.; zur Bedeutung der planetaren Belastungsgrenzen für das Umwelt- und Klimarecht C. Calliess, Klimapolitik und Grundrechtsschutz, *ZUR* 2021, 323 (323), der aus dem Vorsorgeprinzip den Grundsatz der „Nichtausschöpfung ökologischer Belastungsgrenzen“ ableiten möchte; vgl. auch A. Buser, Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, *DVB* 2020, 1389 (1392); zur Rolle von Kipppunkten für die grundrechtlichen Schutzpflichten S. Meyer, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, *NJW* 2020, 894 (897).

8 Vgl. E. Stokes, Beyond evidence: Anticipatory Regimes in Law, *Law and Policy* 2021, 73 ff.

9 Vgl. zur Rolle der Antizipation und Vorausschau in der Zeit der Transformation E. Boyd et al., Anticipatory governance for social-ecological resilience, *AMBIO* 2015, 149 ff.; auch K. Muiderman et al., Four approaches to anticipatory climate governance: Different conceptions of the future and implications for the present, *WIREs Climate Change* 2020, 1 ff.

10 Vgl. A. Beckers et al., The Transformative Law of Political Economy in Europe, *European Law Open* 2022, 749 (753); K. Korhonen-Kurki et al., Transformative Governance: Exploring Theory of Change and the Role of the Law, *Earth System Governance* 2025, 100230; D. Burchardt, The Functions of the Law and their Challenges: the Differentiated Functionality of International Law, *German Law Journal* 2019, 409 (412 f.); P. Allot, The True Function of Law in the International Community, *Global Legal Studies Journal* 1998, 391 (395 f.); passim N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993.

11 Vgl. Burchardt, Challenges (Fn. 10), 412 ff.

Erdsystems.¹² Technologien des Geo- und Climate engineering¹³ wie Solar Radiation Management¹⁴ und Carbon Dioxide Removal¹⁵, aber auch *emerging technologies*¹⁶ der Künstlichen Intelligenz¹⁷ stehen auch ohne Science-Fiction-Allüren im Lichte der obigen mythologischen Allegorie für eine nie dagewesene Gestaltungskraft mit immenser Reichweite – auch und im Besonderen auf der Zeitskala.

Die „Große Transformation“¹⁸, wie sie etwa vom Wissenschaftlichen Beirat der Bundesregierung für Globale Umweltveränderungen beschrieben wird, steht gleichermaßen als politisches Programm und empirischer Befund für tiefgreifenden, disruptiven Wandel.¹⁹ Zugleich entstehen Konzepte wie „anticipatory governance“²⁰, die den Blick auf offene Zukünfte richten.

12 Rockström et al., Humanity (Fn. 6), 472 ff.; im aktuellen Befund sehen die Vertreter:innen der Theorie 6 von 9 Grenzen überschritten, Richardson et al., Boundaries (Fn. 7), 1 ff.

13 Siehe zum Begriff: *The Royal Society*, Geoengineering the climate, Science, governance and uncertainty, London 2009, S. 1; vgl. hierzu *Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG)*, Climate Engineering und unsere Klimaziele – eine überfällige Debatte, 2019; zu den Hintergründen und rechtlichen Einordnungen und m.w.N. T. Markus et al., Negativemissionstechnologien als neues Instrument der Klimapolitik: Charakteristiken und klimapolitische Hintergründe, NuR 2021, 90 (97 f.); vgl. auch H. Ginzky/D. Ruddigkeit, Geo-Engineering: doch eine Antwort auf Klimakrise?, ZUR 2019, 449 ff.

14 Siehe zum SRM Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (134 f.); hierzu bereits G. Winter, Klima-Engineering: last exit oder exitus?, ZUR 2011, 458 ff.

15 Markus et al., Negativemissionstechnologien (Fn. 13), 93 ff.; ausführlich zum Rechtsrahmen auch M. Kalis et al., Analyse des rechtlichen Rahmens de lege lata für negative Emissionen, 2021.

16 Siehe zum Begriff und Forschungsfeld D. Rotolo et al., What is an Emerging Technology?, Research Policy 2015, 1827 ff.

17 Siehe zum Begriff Art. 3 Nr. 1 VO (EU) 2024/1689.

18 Siehe zum Begriff WBGU, World in Transition – A Social Contract for Sustainability, Berlin 2021; m.w.N. und Begriffsdiskussionen J. Wittmayer et al., Transformation research, Umweltbundesamt 2018; J. Patterson et al., Exploring Governance and Politics of Transformations towards Sustainability, Environmental Innovation and Societal Transitions 2017, 1–16.

19 Siehe zur Abgrenzung vom Begriff der „transition“ J. Wittmayer et al., (Fn. 18), 11 ff.; Patterson et al., Sustainability (Fn. 18), 1–16.

20 Boyd et al., Anticipatory Governance (Fn. 9), 149 ff.; siehe auch Muiderman et al., Approaches (Fn. 9), 1 ff.

Inmitten dieser Entwicklungen stellt sich die Frage: Kann das Recht noch als Garant von Stabilität fungieren, oder muss es selbst futurisiert werden?²¹

III. Vorausschau als epistemische Praxis und Bemühung um Zukunftskontrolle und Zukunftsgestaltung

Vor diesem Hintergrund mag die zunehmende Bedeutung von Vorausschau nicht verwundern.²² Vorausschau – oft als „foresight“ bezeichnet –²³ ist keine Wahrsagerei. Sie beruht vielmehr auf der Einsicht in die Pluralität möglicher Zukünfte und versucht diese unter Anerkennung von Unsicherheiten sichtbar zu machen.²⁴ Ziel ist nicht Prognose, sondern die Erzeugung von Orientierungswissen,²⁵ das gegenwärtige Entscheidungen sensibilisiert.²⁶

Vorausschau steht jedoch unter klaren epistemischen Grenzen: Sie kann keine „wahren“ Zukunftserkenntnisse liefern,²⁷ sondern nur plausible Szenarien entwerfen.²⁸ Methoden wie Szenariotechnik, Delphi-Befragungen oder Horizon Scanning sind in Politik und Governance etabliert –²⁹ wie

- 21 Siehe zur Diagnose der Futurisierung des Rechts – unter besonderer Betonung des Prinzips der Nachhaltigkeit – I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, Tübingen 2005. Appel spricht dabei ausdrücklich von einer wachsenden Ökologisierung und Futurisierung rechtlicher Räume, S. 238 ff.
- 22 Siehe zur Notwendigkeit der Vorausschau (begründet im Vorsorgeprinzip) Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (III f.), ebenso Faßbender, Das Vorsorgeprinzip in ausgewählten Bereichen, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), Umweltrecht I, S. 185 (227); vgl. BVerwG NVwZ 1988, 535 (536); auch Boyd et al., Anticipatory Governance (Fn. 9), 149 ff.; Muiderman et al., Approaches (Fn. 9), 1 ff.
- 23 Vgl. zu Begriffsstreitigkeiten Boyd et al., Anticipatory Governance (Fn. 9), 149 ff. Letztlich können alle Versuche, die Zukunft zu verstehen, sich vorzustellen und von ihr zu profitieren, als Formen der Antizipation betrachtet werden, vgl. Boyd et al., Anticipatory Governance (Fn. 9), 149 ff.
- 24 Vgl. Muiderman et al., Approaches (Fn. 9), 1 ff.; J. Zirfas, Ohne Gewähr oder: Die unsichere Zukunft, Paragrana 2015, 26 (30 f.); auch Steinmüller, Grundlagen und Methoden der Zukunftsforschung, Gelsenkirchen 1997, S. 20 ff.
- 25 Vgl. A. Grunwald, Wovon ist die Zukunftsforschung eine Wissenschaft, in: R. Popp/E. Schüll (Hrsg.): Zukunftsforschung und Zukunftsgestaltung, Berlin 2009, S. 25 (30 f.).
- 26 Vgl. Steinmüller, Zukunftsforschung (Fn. 26), S. 20 ff.
- 27 Vgl. zur Unterscheidung von wahren und gültigen Aussagen der Vorausschau und Zukunftsforschung Grunwald, Zukunftsforschung (Fn. 270), S. 25 (30 f.).
- 28 Vgl. Grunwald, Zukunftsforschung (Fn. 27), S. 30 f.
- 29 Übersichtlich und m.w.N. zu den Methoden der Szenarien und Projektionen Steinmüller, Zukunftsforschung (Fn. 26); vgl. auch H. Kosow/R. Gaßner, Methoden der Zukunfts- und Szenarioanalyse, Berlin 2008.

die Projektionen des Weltklimarats, seine Assessment Reports und deren Bedeutung für das internationale Klimaschutzregime zeigen.³⁰ Auch das Recht wird zunehmend mit solchen Praktiken konfrontiert, etwa durch den novellierten Nachsteuerungsmechanismus im deutschen Bundes-Klimaschutzgesetz, der nunmehr eine Nachsteuerung nationaler Klimaschutzbemühungen von Projektionsdaten abhängig macht.³¹

Die zentrale Frage lautet daher: Wie kann das Recht selbst Elemente der Vorausschau aufnehmen, ohne seine eigenen normativen Grundlagen der Bestimmtheit, Klarheit und Verbindlichkeit preiszugeben?

IV. Vorausschau und Recht: Vom Kollaborateur, Bremser, Treiber und Vermittler zur Futurisierung

Das Recht selbst ist bereits jetzt von einer gewissen Janusköpfigkeit geprägt. Es sichert Erwartungen durch Fortschreibung vergangener Erfahrungen, wirkt aber zugleich notwendigerweise in die Zukunft. Diese Doppelrolle wird im Anthropozän und Transformation neu akzentuiert. Das Recht muss nicht nur Zukunft sichern, sondern auch mit radikal offenen, pluralen Zukünften umgehen.

Es ist gerade diese zunehmende Zukunftsorientierung des Rechts im Sinne einer Öffnung für die Pluralität, Ungewissheit und grenzenlose Möglichkeit der Zukunft, die mit dem Begriff der Futurisierung ergriffen werden soll.³²

Schon heute zeigen sich entsprechende Tendenzen: dynamische Gesetzgebung, Experimentierklauseln, Reallabore, Sunset-clauses,³³ aber auch fu-

30 Siehe nur IPCC, Climate Change 2021: The Physical Science Basis, AR6WGI 2021.

31 Siehe zu den Projektionsdaten und der vorausschauenden Klima-Governance im Bundes-KSG, M. Kalis, in: S. Krohn/M. Appell (Hrsg.), KSG-Kommentar, Berlin 2025, § 5a.

32 Siehe bereits N. Luhmann, The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, Social Search 1976, 141 f., der zwischen Futurisierung als Öffnung von Zukunftsmöglichkeiten und Defuturisierung als Schließung und Einengung dieser unterscheidet.

33 Vgl. Appel, Entwicklungsvorsorge (Fn. 23), S. 238 ff.

ture-proofing of law,³⁴ legislating for tomorrow³⁵ und resilient law³⁶ sind Ausdruck einer gewünschten und angestrebten Futurisierung.

Dennoch bleibt fraglich, ob diese Entwicklungen Ausdruck echter Vorausschau sind – oder lediglich reaktive Anpassungen.

V. Funktion und Funktionalität des Rechts in der Vorausschau

Will das Recht angesichts der hier nur skizzenhaft aufgezeigten Phänomene und Auswirkungen des Anthropozän und der Transformation auch weiterhin eine tragende und nicht zuletzt gestaltende Rolle in der Gesellschaft und ihrer Ordnung einnehmen,³⁷ steht es vor der zentralen Herausforderung, sich der Vorausschau und Futurisierung zu öffnen. Die Entwicklung hin zu einem vorausschauenden Recht wird die etablierte Funktion und Funktionalität des Rechts an einigen Stellen kaum tangieren. An anderen aber werden Grenzen des Rechts betroffen sein und neu austariert werden.

Bereits jetzt lassen sich erste und wesentliche Hürden für die Anwendung der Vorausschau im Recht erkennen. Zunächst gilt auch hier, dass die Zukunft als „große völlig Unbekannte“³⁸, weder erkenntnismäßig erfassbar noch geltungsmäßig regelbar ist. Sie kann nur heute in Vorausschau abgeschätzt und in einem rechtlichen Willensakt vergegenwärtigt werden (*Zukunftsvergegenwärtigung*).³⁹ Dabei steht das Recht vor der Herausforderung, das erforderliche Zukunftswissen zu ermitteln, um sogleich hier-

34 Vgl. K. Sulyok, Future Proofing EU Law – Does the European Union Have Legal Obligations to protect future generations?, RECIEL 2025, 420 ff.; S. Ranchordas/M. van't Ship, Future-Proofing Legislation for the Digital Age, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 36/2019.

35 L. Warren, Legislating for Tomorrow's Problem Today – Dealing with Intergenerational Equality, Environmental Law Review 2005, 165 ff.

36 Vgl. Ruhl et al., Resilience of Legal Systems: Towards Adaptive Governance, in: M. Ungar (ed.), Multisystemic Resilience: Adaptation and Transformation in Contexts of Change, Oxford 2021, S. 509 ff.

37 Vgl. W. Köck, Einführung – auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Umweltrecht, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), Umweltrecht I (Fn. 6), S. 9 (14), der vom Bedarf der Neujustierung des (Umwelt-) Rechts angesichts bestehender Bedrohungslagen spricht; vgl. auch zur Rolle des Rechts in (Energie-)Transformation N. Soininen et al., A Brake or an Accelerator? The Role of Law in Sustainability transformations, Environmental Innovation and Societal Transitions 2021, S. 71 ff.; Korhonen-Kurki et al., Governance (Fn. 10), 100230; Beckers et al., Law (Fn. 10), 749 ff.

38 W. Leisner, Die Prognose im Staatsrecht, Berlin 2015, S. 43.

39 Leisner, Prognose (Fn. 38), S. 43.

auf eine rechtliche Geltung zu erzeugen.⁴⁰ Anforderungen der Klarheit, der Bestimmtheit und der Setzung vorhersehbarer Rechts gelten freilich auch hier.⁴¹ Zudem muss das Recht mit den einer solchen Vorausschau inhärenten Unsicherheiten umgehen. Dabei gilt grundsätzlich, dass ein probabilistisches Vorgehen und Umgehen mit Unsicherheiten – wie beim IPCC beobachtet –⁴² eher mit dem rechtlichen Gefahrenmodell übereinstimmt. Hier werden Probleme der Ungewissheit zunächst insoweit eingeklammert als Ungewissheit schlicht eine Möglichkeit mit geringer Eintrittswahrscheinlichkeit darstellt.⁴³

Natürlich sind Unsicherheiten und der Umgang mit diesen bereits im Streit um rechtliche Vorsorge bekannt.⁴⁴ Zum einen betreten wir im Rahmen der Klima- und anderer Transformationen jedoch Zeitskalen, die sich bekannten Anwendungen der Vorsorge zu entziehen vermögen. Zum anderen zielt die Vorausschau nach den obigen Ausführungen nicht nur auf die Zukunftssicherung im Sinne einer Abwehr möglicher Schadenseintritte. Vielmehr fußt die Vorausschau auf dem Ziel des Offenhaltens der Zukunft.⁴⁵ Vorausschau und damit auch Vorausschau im Recht muss mit einer Pluralität der Zukünfte umgehen. Ferner erfordert sie ein anhaltendes Lernen und damit eine (zunehmende) Reflexivität des Rechts.⁴⁶

Vorausschau im Recht fußt nach diesen Ausführungen im Wesentlichen auf folgenden Elementen:

- **Pluralität der Zukünfte:** Recht darf sich nicht an „einer“ Zukunft ausrichten, sondern muss verschiedene mögliche Entwicklungen offenhalten. Dabei kann das Recht, wie die Zukunftsforschung, unterscheiden

40 Zur Herausforderung des Zukunftswissens A. Roßnagel, Die Parlamentarische Verantwortung für den technischen Fortschritt, ZRP 1992, 55 (58 f.).

41 Leisner, Prognose (Fn. 38), S. 39.

42 Vgl. Mastrandrea et al., Guidance Note for Lead Authors of the IPCC Fifth Assessment Report on Consistent Treatment of Uncertainties, IPCC 2010.

43 Vgl. R. Wahl/I. Appel, Prävention und Vorsorge. Vor der Staatsausgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: R. Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge – Vor der Staatsausgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten. Bonn 1995, S. 1 (92 ff.).

44 Ausführlich Wahl/Appel, Prävention (Fn. 43), S. 1 (81).

45 Wahl/Appel, Prävention (Fn. 43), S. 1 (81).

46 Vgl. J. Vervoort/A. Gupta (2018), Anticipating Climate Futures in a 1.5 °C Era: the Link between Foresight and Governance, Current Opinion in Environmental Sustainability 2018, 104 ff.

zwischen möglichen, plausiblen, wahrscheinlichen und wünschenswerten Zukünften und dem Umgang mit diesen.⁴⁷

- **Orientierungswissen:** Ziel eines vorausschauenden Rechts kann nicht Treffsicherheit und Genauigkeit sein, sondern die Schaffung von Handlungsspielräumen und Resilienz. Ein vorausschauendes Recht muss auf Zukunftsvergegenwärtigung und der Sensibilisierung für mögliche Wirkungen heutiger Handlungen fußen.
- **Reflexivität:** Vorausschauendes Recht muss Ungewissheiten und Unsicherheiten ebenso anerkennen wie die eigene Fehlbarkeit. Recht muss daher lernfähig, adaptiv und sonst reflexiv bleiben, ohne Beliebigkeit zu riskieren.
- **Kooperation:** Das vorausschauende Recht ist zunehmend auf externe Expertise, interdisziplinäre Beratung und experimentelle Formate angewiesen. Das Recht muss diese Externalitäten integrieren und zugleich die Frage nach der eigenen Autonomie beantworten.

Bereits diese Skizze wesenstragender Elemente der Vorausschau und eines vorausschauenden Rechts machen erhebliche Herausforderungen für das Recht deutlich. Kann ein vorausschauendes Recht mehr leisten als das geltende Recht oder kommt es an seine funktionellen Grenzen? Kann es noch Erwartungssicherung leisten in einer Welt der Ungewissheit, pluralen und volatilen Zukünfte? Kann es noch steuern, ordnen, befrieden? Und ist das, was bleibt, noch Recht?

Die Risiken liegen damit auf der Hand: Verlust normativer Klarheit, Abhängigkeit von wissenschaftlichen Expertisen und Autonomieverlust, Gefährdung rechtlicher Verbindlichkeit und der Stabilisierungsfunktion insgesamt. Die Frage stellt sich, ob vorausschauendes Recht noch „Recht“ im klassischen Sinne ist.

VI. Die Trias des vorausschauenden Rechts – Vorsicht, Weitsicht, Nachsicht

Um diesen Spannungen und Herausforderungen zu begegnen will dieser Beitrag ein Paradigma aus Vorsicht, Weitsicht und Nachsicht anbieten. Es ist diese Trias des vorausschauenden Rechts, anhand welcher die wesentli-

47 Verbildlicht wird dies beim etablierten „future cone“, J. Voros, Big History and anticipation: Using Big History as a framework for global foresight, in: R. Poli (Hrsg.): Handbook of anticipation: Theoretical and applied aspects of the use of future in decision making, Cham 2017.

chen Streitfragen systematisiert, diskutiert und – soweit möglich – zukünftig zur Auflösung gebracht werden sollen.

1. Vorsicht – das Recht als Risikominimierer

Das Vorsorgeprinzip ist im Umwelt- und Technikrecht fest etabliert. Die Bedeutung des Vorsorgeprinzips und dessen Neujustierung für ein zukunftsfähiges Umweltrecht und das Recht im Anthropozän wurde bereits anderenorts betont.⁴⁸ Vorsorge im allgemeinen Sprachgebrauch meint alle Maßnahmen, mit denen einer zukünftigen Entwicklung vorgebeugt und eine zukünftige Möglichkeit eines Schadens vermieden werden sollen. Verkürzt meint Vorsorge damit einen Vorrat an Sicherheit vor zukünftigen Entwicklungen.⁴⁹ Im nationalen Rahmen hat sich ein Verständnis der Vorsorge bestehend aus Ressourcen- und Risikovorsorge durchgesetzt.⁵⁰ Ersteres umfasst die Freiraumvorsorge und damit das Nichtausschöpfen und Abstandhalten von Belastungsgrenzen und Ressourcenkapazitäten.⁵¹ Bereits konzeptionell ist die Wirksamkeit der Ressourcenvorsorge vom externen Wissen über diese Grenzen, etwaige Ungewissheiten und den Umgang mit den daraus erwachsenden Spielräumen abhängig.⁵² In Abgrenzung hierzu zielt die Risikovorsorge auf Prävention auch bei unsicheren und ungewissen Schadensbefürchtungen.⁵³ Die Risikovorsorge will damit gerade Antwort sein auf nicht nach Erfahrungssätzen zu klärende Ursache-Wirkungs-Beziehungen, fehlende Einschätzungen zu Eintrittswahrscheinlichkeiten, Art und Umfang potentieller Schäden.⁵⁴

Wenngleich sich das Vorsorgeprinzip in seiner Dualität von Ressourcen- und Risikovorsorge im internationalen und europäischen Recht so nicht

48 Vgl. Köck, Einführung (Fn. 37), S. 9 (14); auch T. Markus, Grundprobleme eines zukunftsfähigen Umweltrechts in Anthropozän, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), Umweltrecht I (Fn. 6), S. 23 (66 ff.), der angesichts der Überschreitung von planetaren Grenzen die Anpassungsbedürftigkeit des Vorsorgeprinzips diskutiert.

49 M.w.N. W. Köck, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht: Historische Grundlagen – Dogmatik – Hauptanwendungsbereiche – neue Herausforderungen, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), Umweltrecht I (Fn. 6), S. 69; siehe auch Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (108).

50 Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (74 f).

51 Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (74).

52 Vgl. Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (74).

53 Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (75).

54 Vgl. Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (75).

wiederfinden zu vermag,⁵⁵ betonen einige Autoren bereits die grundsätzliche Übertragbarkeit dieses Vorsorgeverständnisses auch im Mehrebenensystem.⁵⁶ Das *precautionary principle* mag zunächst – vereinfacht gesagt – auf Risikovorsorge, Vermeidung und Vorbeugung fokussiert sein. Eine Freiraum- oder Zukunftsvorsorge⁵⁷ auch unter dem *precautionary principle* ist damit jedoch nicht zwingend ausgeschlossen.⁵⁸

Es ist gerade dieses Verständnis der Vorsorge, das sich in Begriffen des Abstandhaltens, des Nichtausschöpfens, der Vermeidung, Vorbeugung, des Frei- und Offenhaltens, des Schonens und Schützens wiederfindet und das hiesige Bild der Vorsicht prägt. Vorsicht – und damit letztlich das Zurückhalten sowie Einschränken von Handlungsmöglichkeiten und Freiheiten im Hier und Jetzt zur Schonung zukünftiger Umstände –⁵⁹ steht im Lichte überschrittener planetarer Belastungsgrenzen und drohender bzw. eingetretener irreparabler Schäden verständlicherweise im Mittelpunkt zahlreicher Betrachtungen des Umweltrechts.⁶⁰ Ein vorausschauendes Recht muss diese Vorsicht und damit das Vorsorgeprinzip stärker operationalisieren.⁶¹ Dabei geht es neben der Transferleistung und Übersetzung von extern begründeten Belastungsgrenzen und Risiken in das Recht⁶² auch um die Umsetzung der Vorsicht in rechtlich handhabbare Handlungs- und Unterlassungsanweisungen, etwa Abstandspflichten,⁶³ Pilotlösungen oder Moratorien. Richtigerweise werden sich nicht alle Phänomene und Herausforderungen mit demselben Vorgehen der Vorsicht im Recht begegnen lassen, sodass sich unterschiedliche Modi der Vorsicht zeigen werden. Gleichzeitig wird dem Umgang mit Ungewiss- und Unsicherheiten in der Vorsicht und seiner Übersetzung ins Recht Bedeutung zukommen.⁶⁴ Die Berücksichtigung probabilistischer Ansätze auch im Recht mag dabei ebenso tragend

55 Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (76 f. und 97 f.).

56 In diese Richtung auch Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (91).

57 Vgl. Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (77); auch Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (108).

58 Vgl. Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (103).

59 Ähnlich letztlich auch Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (77).

60 Vgl. zum Perspektiven- und Bezugspunktwechsel der Vorsorge angesichts der räumlichen, zeitlichen und qualitativen Änderungen im Erdsystem Markus, Grundprobleme (Fn. 48), S. 23 (66).

61 Vgl. mit Blick auf das Vorsorgeprinzip Köck, Vorsorgeprinzip (Fn. 49), S. 69 (97).

62 Vgl. Markus, Grundprobleme (Fn. 48), S. 23 (59), der von der notwendigen Steuerung des Mengenwachstums im Lichte planetarer Grenzen spricht.

63 Vgl. hierzu Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (123). Dieser spricht vom effektiven Wegsteuern (S. 123) und von absoluten Leitplanken (S. 125).

64 Vgl. Calliess, Umweltrecht (Fn. 6), S. 99 (105).

sein wie die bisherige Gewährung von Entscheidungsspielräumen und spiegelbildliche Beschränkungen der rechtlichen Überprüfungsmöglichkeiten. Gleichzeitig wird spätestens bei letzterem evident, dass im Modus der Vorsicht die Maßstäbe dieser leitentscheidend wirken werden. Die Wirksamkeit der Vorsicht im vorausschauenden Recht steht und fällt damit zugleich mit der Entwicklung einschlägiger und tragfähiger Maßstäbe.

Vorsicht ist damit im Lichte des Vorsorgeprinzips der wohl vertrauteste Modus rechtlicher Zukunftsorientierung. Doch dieser Modus bleibt zunächst defensiv. Er reagiert auf Bedrohungen, will Schäden vermeiden, Ressourcen schonen, Freiräume und Zukünfte offenhalten. Die aktive Gestaltung wünschenswerter Zukünfte hingegen ist kein Teil dieses Vorsichts- und Vorsorgebegriffs. Transformative Entwicklungen sind dem vorsichtigen, vorausschauenden Recht damit fremd. Sie sind jedoch notwendiger Bestandteil eines Rechts, das nicht nur auf Zukunftsbeherrschung und Zukunftskontrolle, sondern zugleich auf Gestaltung dieser abzielen will.

2. Weitsicht – das Recht als Zukunftsgestalter

Es ist gerade diese Weitsicht im Sinne einer Zukunftsgestaltung, die über die Vorsicht hinausgeht. Sie will die Möglichkeit eröffnen, Zukunft aktiv (mit-) zu gestalten.⁶⁵ Das Recht mag bislang durchaus eine hierfür notwendige Langfristorientierung zeigen, etwa in dem sog. Klimaschutzgebot nach Art. 20a GG.⁶⁶ Das hierunter fallende Gebot der Transformation hin zur Klimaneutralität geht richtigerweise auch mit einem fundamentalen Wandel der Gesellschaft und Freiheiten einher,⁶⁷ fußen diese doch bislang vornehmlich auf einer klimaverzerrenden Ausübung.⁶⁸ Ein solches Verständnis der Transformation und des transformativen, weitsichtigen Rechts ließe sich damit wohl auch für das Übereinkommen von Paris und die langfristige Temperaturgrenze begründen. Gleichzeitig zeigt letzteres wiederum die defensive Grundhaltung hinter dieser Form der Transformation, die einer Freiraum- und Zukunftsschonung näher scheint als der proaktiven Zukunftsgestaltung.

65 Vgl. *Muiderman et al.*, Approaches (Fn. 9), 1 ff.; *P. Kjaer*, What is transformative law?, *European Law Open* 2023, 760 ff.; auch *M. Antaki*, The Turn to Imagination in Legal Theory, *Law and Critique* 2012, 1 ff.

66 BVerfGE 157, 30 (Rn. 117. 198 ff. sowie LS 2 lit. a)); vgl. *I. Härtel*, Klimaschutzverfassungsrecht: Klima-Staatszielbestimmungen im Föderalismus, *NuR* 2020, 577 ff.

67 BVerfGE 157, 30 (Rn. 117. 198 ff.).

68 So ausdrücklich BVerfGE 157, 30 (Rn. 37, 117).

Fragmente einer wie hier verstandenen Weitsicht mögen deutlicher werden in den Vorgaben zur nachhaltigen Entwicklung und den in diesem Zusammenhang stehenden SDGs.⁶⁹ Aber auch einzelstaatliches Vorgehen wie der Well-Being of Future Generations Act in Wales sowie Institutionalisierungen von Zukunftskommissaren können Phänomene einer zunehmenden Weitsicht im Recht sein.⁷⁰

Eine so verstandene Weitsicht im Sinne der Zukunftsgestaltung durch vorausschauendes Recht bedarf der Öffnung des Rechts für imaginierende und auch utopisierende Prozesse.⁷¹ Eine solche auf die wünschenswerte Zukunft gerichtete *legal imagination*⁷² muss zugleich den Prozess dieser Zukunftsentwicklung und Vorausschau operationalisieren und institutionalisieren. Im Vordergrund stehen dabei Fragen der Partizipation und der Sichtbarmachung zukünftiger Interessen.⁷³

Greift das vorausschauende Recht –spiegelbildlich zu Anthropozän und Transformation – derart weitsichtig in die Zukunft aus, so muss es zugleich behutsam und einsichtig vorgehen. Das Erkennen und Umgehen mit der mit diesem Zukunftsausgriff einhergehenden Unsicher- und Ungewissheiten ist ebenso bedeutend wie das simple Anerkennen der eigenen Fehlbarkeit. Nachsicht, sowohl im Sinne einer rückwärtsblickenden Überprüfung des Rechts als auch im Sinne eines vorwärts gerichteten Umgangs mit der Fehlbarkeit des Rechts, wird damit zum dritten Pfeiler des vorausschauenden Rechts.

69 UNGA Res. A/RES/70/1, 7, Nr. 21; kritisch zum Begriff L. Kotzé/S. Adelman, *Environmental Law and the Unsustainability of Sustainable Development: A Tale of Disenchantment and of Hope, Law and Critique* 2022, 227 ff.

70 Exemplarisch kann hier die Europäische Kommission und die dortige Einführung sowohl einer Kommissarin für u.a. Vorsorge und Krisenmanagements als auch eines Kommissars für Generationengerechtigkeit angeführt werden.

71 Vgl. B. van Klink/M. Soniewicka/L. van den Broeke, *Introduction: A Return to Utopia*, in: Dies. (Hrsg.), *Utopian thinking in Law, Politics, Architecture and Technology*, 2022, S. 7 ff.; P. Ricœur, *Lectures on Ideology and Utopia*, Columbia 1986, S. 283; Antaki, *Imagination* (Fn. 65), 1 ff.

72 Siehe zum Begriff J. White, *The legal imagination*, abridged ed., University of Chicago Press 1985, S. 208; Antaki, *Imagination* (Fn. 65), 1 ff.; M. Koskeniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth*, Cambridge 2021, S. 2 ff.

73 Vgl. Muiderman et al., *Approaches* (Fn. 11), 11 f.

3. Nachsicht – das Recht als reflexives System

Nachsicht verweist auf die Fähigkeit des Rechts, eigene Grenzen zu reflektieren und Lernprozesse zuzulassen.⁷⁴ Sie findet Ausdruck in Reallaboren, Experimentierklauseln, sunset clauses, Überprüfungs- und Revisionsklauseln sowie anderen Formen temporärer Gesetzgebung.

Ein vorausschauendes Recht muss zunächst die eigenen Erkenntnis- und Geltungsgrenzen im Lichte der Zukunftsvergegenwärtigung und Pluralität der Zukünfte erkennen und hinnehmen. Der Umgang mit der dahinterstehenden eingeschränkten Regulierungs- und Geltungskraft muss jedoch nicht stets in der Nichtregulierung münden. Richtigerweise zählt auch das Zuwarten der Gesetzgebung zu den Instrumenten eines nachsichtigen, vorausschauenden Rechts. Doch auch dieses Zuwarten selbst kann bereits Gegenstand der Gesetzgebung und des Rechts sein. Ebenso kann das (teilweise) Auslagern von relevanten Bestandteilen der Gesetzgebung oder tatbestandlicher Regelungen als Operationalisierung der Nachsicht dienen.⁷⁵

Die Notwendigkeit, bestehende Regulierungslücken mit dem Recht selbst zu erschließen und in Form regulatorischen Lernens und adaptiven Rechts die Reflexivität für Transformation und Vorausschau zu schaffen, hat nicht zuletzt im Zuge der Reallabore Aufschwung erfahren.⁷⁶ Reallabore als transformative Lernräume⁷⁷ sollen regulatorisches Lernen ermöglichen

74 Zur Reflexivität als Umgang mit Nichtwissen, *Grunwald*, Zukunftsforschung (Fn. 27), S. 25 (33).

75 Vgl. *R. Thurn et al.*, Kritische Resilienzforschung als Beobachtung eines gegenwärtigen Rechtsformenwandels?, in: M. Karidi/M. Schneider/R. Gutwald (Hrsg.), *Resilienz: Interdisziplinäre Perspektiven zu Wandel und Transformation*, Wiesbaden 2018, S. 61 (69 ff.).

76 Vgl. *O. Parodi/A. Steglich*, Reallabor, in: T. Schmohl/T. Philipp/J. Schabert (Hrsg.), *Handbuch Transdisziplinäre Didaktik*, Bielefeld 2021, S. 255 (256 f.); *F. Wagner/A. Grunwald*, Reallabore zwischen Beliebtheit und Beliebigkeit, *GAIA* 2019, 260 (263); *U. Schneidewind*, Urbane Reallabore – ein Blick in die aktuelle Forschungswerkstatt, *Planung-neu-denken online* 2014; vgl. auch *BMWK*, *Grünbuch Reallabore*, 2023, S. 3 sowie *SWD* (2023) 277/2 final.

77 Vgl. *C. Räuchle*, Zum Verhältnis von Reallabor, Realexperiment und Stadtplanung am Beispiel kooperativer Freiraumgestaltung, *Raumforschung und Raumordnung* 2023, 291 (293); *Parodi/Steglich*, Reallabor (Fn. 76), S. 255 (256 f.); *M. Rose/M. Wanner/A. Hilger*, *Das Reallabor als Forschungsprozess und -infrastruktur für nachhaltige Entwicklung: Konzepte, Herausforderungen und Empfehlungen* (Wuppertal Paper 196), Wuppertal 2019, S. 3 f.

und stehen damit im unmittelbaren Zusammenhang mit adaptivem und reflexivem Recht in der Transformation.⁷⁸

Eine zunehmende temporäre Gesetzgebung mag durchaus Fragen der verbliebenen normativen Verbindlichkeit eines solchen Rechts aufwerfen. Unterminiert ein solches flexibles Recht die normative Verbindlichkeit, die es doch auszeichnet? Oder liegt gerade in dieser Reflexivität seine Zukunftsfähigkeit? Dem lässt sich im beschriebenen Paradigma durchaus entgegenhalten, dass nicht das Recht selbst und dessen Reflexivität an der Säule der Stabilität und Verbindlichkeit rütteln. Vielmehr folgt die vermeintliche Destabilisierung ja gerade aus der zunehmenden Ungewissheit der Zukunft und der Notwendigkeit der Zukunftsvergegenwärtigung, d.h. des Rechtsausgriffs in die Zukunft. Reflexivität oder Nachsicht wie hier beschrieben operationalisiert nur den Umgang mit diesen Phänomenen und schafft womöglich gerade dadurch ein Mindestmaß an Stabilität und Verbindlichkeit.

4. Zusammenfassung

Die drei Modi markieren unterschiedliche, aber komplementäre Zukunftsbezüge des Rechts: Vorsicht als defensiver Schutzmechanismus, Weitsicht als proaktive Gestaltung, Nachsicht als reflexive Selbstbegrenzung und Adaptivität. In ihrer Zusammenschau wird sichtbar, dass ein vorausschauendes Recht nur gelingen kann, wenn es diese Modi balanciert.⁷⁹

VII. Schlussgedanken: Zwischen *promethean* und *epimethean* Recht

„Vorsicht, Weitsicht, Nachsicht“ – diese Trias ist mehr als ein rhetorisches Spiel. Sie markiert den Möglichkeitsraum eines Rechts, das vorausschauend, das Zukunft nicht nur absichert, sondern aktiv ermöglicht und zugleich seine Grenzen anerkennt. Ein vorausschauendes Recht muss verhindern,

78 Siehe *Räuchle*, Freiraumgestaltung (Fn. 77), 294. Er spricht zutreffend davon, dass Reallabore im Sinne der Transformationsforschung „sicheres Unwissen“ schaffen (S. 293); kritisch zum Laboransatz *O. Parodi*, Wider eine Engführung des Reallabor-Konzepts, ÖW 2019, 8 (8 f.).

79 Denkbar wäre es sogar, die Trias um eine vierte Dimension zu erweitern: Verantwortung, wie von *Jonas* (Verantwortung (Fn. 1)) beschrieben, könnte als normative Klammer die Modi miteinander vermitteln und das Recht im Anthropozän und Transformation anleiten.

dass die Büchse der Pandora unbedacht geöffnet wird, darf aber zugleich nicht in bloßer Risikovermeidung erstarren. Es soll Gestaltungsspielräume eröffnen, ohne sich selbst zu überfordern.

Die Herausforderung lautet daher: Wie kann das Recht im Anthropozän Zukunft ermöglichen, ohne von ihr überwältigt zu werden? Prometheus und Epimetheus stehen hier nicht nur für die klassische Mythologie, sondern für die Frage, ob Recht vorausschauend und gestaltend oder nachsichtig und reaktiv sein wird. Vielleicht liegt die Antwort in einem Recht, das beides ist: vorausschauend und reflexiv, stabilisierend und öffnend – ein Recht, das Zukunft nicht determiniert, sondern lebbar macht.

„More than Human Rights“ und die Überwindung binärer Denkweisen im interamerikanischen Menschenrechtsdiskurs

Cansu Cinar*

In seiner jüngsten Advisory Opinion erkennt der IAGMR die Natur als Rechtssubjekt an und eröffnet damit eine neue Funktionsdimension des Rechts jenseits anthropozentrischer Prämissen. Dieser Beitrag fragt nicht, ob das Recht anthropozentrische Beschränkungen überwinden kann, sondern, welche Machtstrukturen beim Versuch der Überwindung reproduziert oder transformiert werden. Anhand der evolutiven Interpretation der AMRK zeigt sich, dass der IAGMR ein ambivalentes postanthropozentrisches Moment schafft – emanzipatorisch und zugleich fragil. Mit Blick auf dekoloniale Theorien, vor allem Silvia Rivera Cusicanquis ch'ixi-Konzept, analysiert der Beitrag die Ko-Existenz westlicher und Indigener Epistemologien als spannungsreiches Zusammenspiel verschiedener Rechtslogiken. Dabei werden zugleich strukturelle Grenzen deutlich: epistemische Gewalt, Legitimationsdefizite und die Gefahr der Domestizierung nicht-westlicher Perspektiven. Abschließend plädiert der Beitrag dafür, postanthropozentrisches Recht als dynamisches Gefüge zu denken, das demokratisch verhandelt, materiell ausbalanciert und epistemisch pluralisiert werden muss, um transformative Wirkung jenseits kolonialer Kontinuitäten zu entfalten.

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung: Recht im Anthropozän	342
II.	Unter den Vorbehalten postanthropozentrischer und dekolonialer Denker*innen	343
	1. Postanthropozentrismus: Jenseits der Mensch-Natur-Dichotomie	343
	2. Dekolonialität und Postanthropozentrismus	345
III.	Ambivalenzen in der Rechtsprechung des IAGMR	347
	1. Die evolutive Interpretation der AMRK	347
	2. Mobilisierungen Indigener Völker vor Gericht	348
	3. Advisory Opinion Nr. 32 (2025)	350
IV.	Kritische Synthese: Blindstellen eines postanthropozentrischen Rechts	351
	1. Kritik am und im IAGMR	351
	2. Reproduktion von Ungleichheiten durch „More than Human Rights“	352
	3. Produktive Spannung statt teleologischer Fortschritt	353

* Cansu Cinar ist Universitätsassistentin am Lehrstuhl für Globalisierung und Rechtspluralismus an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

I. Einleitung: Recht im Anthropozän

„[...] the ‘human’ – which so preoccupies legions of thinkers and policy-makers today – never was a universal or a neutral term to begin with. It is rather a normative category that indexes access to privileges and entitlements. Appeals to the ‘human’ are always discriminatory: they create structural distinctions and inequalities among different categories of humans, let alone between humans and non-humans.“¹

Was *Braidotti* hier im letzten Teilsatz theoretisch diagnostiziert, vollzieht sich gegenwärtig in der Praxis internationaler Rechtssysteme: Die Infragestellung anthropozentrischer Rechtsvorstellungen oder der Grenze zwischen dem Menschen und der Natur als Rechtssubjekt. Dieser Befund findet seine konkrete Entsprechung in der jüngsten Advisory Opinion des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR), der u. a. die Natur als Rechtssubjekt anerkennt.² Das interamerikanische Menschenrechtssystem befindet sich in einem fundamentalen Wandel, der, wie darzulegen ist, die Grundlagen westlicher Rechtstraditionen berührt. Diese Entwicklung vollzieht sich parallel zu den existenziellen Herausforderungen des Anthropozäns³: Die Klimakrise, der Verlust der biologischen Vielfalt und massive Umweltverschmutzungen beanspruchen klassische rechtsdogmatische Kategorien und werfen damit grundlegende Fragen über die Zukunft anthropozentrischer Rechtsstrukturen auf.

1 R. Braidotti, A Theoretical Framework for the Critical Posthumanities, *Theory, Culture & Society* 36 (2019), 31 (35).

2 s. IAGMR, Advisory Opinion No. 32 vom 29. Mai 2025, AO-32/25, insb. den Abschnitt 6 „B.1.2. The Protection of Nature as a Subject of Rights“.

3 Der Begriff „Anthropozän“ wird hier trotz seiner umstrittenen universalistischen Konzeption verwendet. Kritiker*innen bemängeln, dass der Begriff durch seinen Fokus auf „die Menschheit“ die tatsächlichen Machtverhältnisse verschleiert, s. z. B. A. Malm/A. Hornborg, *The geology of mankind? A critique of the Anthropocene narrative*, *The Anthropocene Review* 2014, 62. Grear kritisiert den „Anthropos“ als abstraktes, entkörperlichtes Rechtssubjekt der Moderne, das systematisch Ausschlussmechanismen gegenüber nicht-menschlicher Natur und marginalisierten Gruppen perpetuiert, s. A. Grear, *Deconstructing Anthropos: A Critical Legal Reflection on ‘Anthropocentric’ Law and Anthropocene ‘Humanity’*, *Law and Critique* 26 (2015), 225.

Dieser Beitrag fragt nicht, ob das Recht anthropozentrische⁴ Beschränkungen überwinden *kann*, sondern, welche Machtstrukturen beim Versuch der Überwindung reproduziert oder transformiert werden. Die evolutive Interpretation der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) durch den IAGMR dient als Bezugspunkt für diese Überlegungen. Während bisherige Debatten über „More than Human Rights“⁵ häufig theoretisch bleiben, bietet die richterliche Praxis des IAGMR konkrete Ansatzpunkte für die Integration relationaler und kollektiver Rechtsverständnisse in das internationale Menschenrechtssystem. Damit schafft die evolutive Auslegung der AMRK durch den IAGMR ein ambivalentes postanthropozentrisches Moment, denn sie ist emanzipatorisch und zugleich fragil. Emanzipatorisch, weil sie Indigene Völker und mehr-als-menschliche Entitäten als Rechtssubjekte anerkennt und damit die anthropozentrische Hierarchie formal durchbricht; fragil, weil diese Anerkennung ohne dekoloniale Garantien epistemische Gewalt perpetuieren und westliche Dominanz reproduzieren kann.

II. Unter den Vorbehalten postanthropozentrischer und dekolonialer Denker*innen

1. Postanthropozentrismus: Jenseits der Mensch-Natur-Dichotomie

Der Vorwurf an das Recht aus dem Kreis postanthropozentrischer Denker*innen, wie etwa Bruno Latour oder Vandana Shiva, lautet: Es ist zu

4 Zum anthropozentrischen Paradigma des internationalen Umweltrechts als etabliertem Diskursgegenstand s. *L. J. Kotzé/D. French*, The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene, *Global Journal of Comparative Law* 7 (2018), 5. Zur Kritik der Zentrismus-Dichotomie zugunsten relationaler Ansätze vgl. *A. Gutmann*, Fruchtbare Irritationen, *Verfassungsblog* vom 28.10.2024.

5 „More than Human Rights“ nach *César Rodríguez-Garavito* bezeichnen dabei nicht die Erweiterung von Menschenrechten um Rechte der Natur (RdN), sondern die Anerkennung, dass menschliche Rechte bereits in der mehr-als-menschlichen Welt eingebettet sind. Diese konzeptuelle Verschiebung versucht, die binäre Trennung zwischen Humanität und Natur, die den klassischen RdN-Ansätzen noch innewohnt, zu überwinden. *S. C. Rodríguez-Garavito*, More-Than-Human Rights: Law, Science, and Storytelling Beyond Anthropocentrism, in: ders. (Hrsg.), *More Than Human Rights. An Ecology of Law, Thought and Narrative for Earthly Flourishing*, New York 2024, S. 21 (27).

sehr auf den Menschen fixiert und damit anthropozentrisch.⁶ Postanthropozentrismus zielt spezifisch auf die Überwindung anthropozentrischer Denkweisen ab, die den Menschen als zentral und überlegen gegenüber allen anderen Lebensformen positionieren. Zu unterscheiden ist zwischen Posthumanismus⁷ und Postanthropozentrismus als zwei verschiedene, wenn auch konvergierende theoretische Konzepte. Während der Posthumanismus auf die Kritik des humanistischen Subjekts abzielt („Life beyond the Self“) und den universalistischen „Man“ als Maß aller Dinge dekonstruiert, hinterfragt der Postanthropozentrismus die Spezies-Hierarchie („Life beyond the Species“).⁸

Vor diesem Hintergrund tritt jedoch ein Problem auf: Die theoretische Überwindung anthropozentrischer Rechtskategorien bedeutet nicht automatisch die Überwindung kolonialer Machtverhältnisse und riskiert sogar, diese zu reproduzieren. Es rückt die Frage in den Mittelpunkt, wie epistemische Gewalt und exkludierende Repräsentationsmechanismen im Übergang von postanthropozentrischer Theorie zur konkreten rechtlichen Praxis wirkungsvoll reflektiert und vermieden werden können. *Gayatri Spivaks* Analyse⁹ der epistemischen Gewalt macht deutlich, wie koloniale Diskurse subalterne Stimmen systematisch zum Schweigen bringen und dabei auch gut gemeinte Versuche der Repräsentation zu neuen Formen der Marginalisierung führen können – ein wichtiger Punkt, den postanthropozentrische Theorien mit Bezug zum Recht zumeist übersehen, da die Integration Indigener¹⁰ Epistemologien in internationale Rechtssysteme keineswegs eine Selbstverständlichkeit ist.

6 Die bekannteste dieser Positionen im Rechtsraum ist die der „Earth Jurisprudence“. Kritik an der anthropozentrisch-ökozentrischen Dualität der Earth Jurisprudence findet sich bei A. *Philippopoulos Mihalopoulos*, Towards a Critical Environmental Law, in: Ders. (Hrsg.), Law and Ecology. New Environmental Foundations, Abingdon 2011, S. 18.

7 Ausführlich dazu N. *Biswas Mellamphy/J. Vangeest*, Human, all too human? Anthropocene narratives, posthumanisms, and the problem of “post-anthropocentrism”, The Anthropocene Review 11 (2024), 599.

8 R. *Braidotti*, The Posthuman, Cambridge 2013, S. 13 ff. und S. 55 ff.

9 G. *Spivak*, Can the Subaltern Speak?, in: C. Nelson/L. Grossberg (Hrsg.), Marxism and the Interpretation of Culture, Chicago 1988, S. 271.

10 Das Adjektiv „indigen“ wird nachfolgend konsequent großgeschrieben, wenn es sich auf Menschen, ihre Gemeinschaften, Kulturen, Institutionen oder Weltanschauungen bezieht. Diese Großschreibung ist keine rein stilistische Entscheidung, sondern eine bewusste sprachliche Praxis, die das in Art. 3 der UN-Erklärung über die Rechte der Indigenen Völker (UNDRIP) anerkannte Selbstbestimmungsrecht sprachlich reflektiert.

Spivaks Bedenken materialisieren sich in der IAGMR-Rechtsprechung in einer doppelten Dimension epistemischer Gewalt: Während Indigene Völker als Kläger*innen auftreten, erfolgt die rechtliche Übersetzung ihrer Ansprüche durch westlich geprägte Jurist*innen – sowohl vor als auch hinter der Richter*innenbank. Die Gefahr epistemischer Gewalt zeigt sich darin, dass relationale Indigene Rechtsverständnisse in die Sprachlogik individualistischer Subjektrechte übersetzt werden müssen. Die zweite Dimension der Gefahr besteht darin, dass im Namen der Natur oder eines postanthropozentrischen Paradigmas gerade jene subjektiven Rechte – mit denen Indigene Völker sich historisch gegen koloniale Strukturen verteidigt haben – überwunden werden könnten. Dies würde bedeuten, dass auch ein postanthropozentrisches Recht neue Formen der Marginalisierung Indigener Völker produzieren könnte, indem es sie ihrer erkämpften Schutzmechanismen beraubt.

Diese Spannung – zwischen der Notwendigkeit, anthropozentrische Rechtsstrukturen zu überwinden, und der Gefahr, dabei erkämpfte Schutzrechte Indigener Völker preiszugeben – lässt sich nicht durch einfache Synthese auflösen. Sie markiert vielmehr eine strukturelle Ambivalenz postanthropozentrischer Ordnungen, die im weiteren Verlauf dieses Beitrags kritisch zu untersuchen sein wird.

2. Dekolonialität und Postanthropozentrismus

Die Integration postanthropozentrischer Perspektiven in die Rechtswissenschaft erfordert zunächst eine grundlegende Auseinandersetzung mit der „kolonialen Matrix“¹¹ westlicher Rechtssysteme. Im interamerikanischen Recht manifestiert sie sich konkret in der Hierarchisierung von Wissensformen: Während westliche Rechtsdogmatik als „objektiv“ gilt, werden Indigene Epistemologien als „kulturelle Besonderheiten“ marginalisiert.

Silvia Rivera Cusicanquis Arbeiten zur Indigenen Epistemologie machen deutlich, dass die europäische Moderne nicht nur ein historisches Konstrukt darstellt, sondern ein fortdauerndes koloniales Projekt, das episte-

11 Der Begriff „koloniale Matrix der Macht“ bezeichnet nach *Walter Dignolo* ein seit 1492 wirkendes System von Herrschaftsstrukturen, das sich in vier verflochtenen Dimensionen manifestiert: der Kontrolle von Wirtschaft, Autorität, Geschlecht/Sexualität sowie Subjektivität und Wissen, s. *W. Dignolo*, *Epistemischer Ungehorsam*, Wien 2012, S. 144 f.

mische, ontologische und juristische Hierarchien etabliert und aufrechterhält.¹² *Rivera Cusicanquis* „ch'ixi“-Konzept bietet einen wichtigen Schlüssel zum Verständnis dekolonialer Rechtstransformation. Sie beschreibt ch'ixi als einen „grauen“ Raum, in dem Schwarz und Weiß zugleich vorhanden bleiben, ohne zu verschmelzen: Gegensätze werden nicht dialektisch aufgelöst, sondern ihre produktive Koexistenz in Spannung ermöglicht.¹³ Ch'ixi stellt die binären Kategorien westlichen Rechtsdenkens – wie die Unterscheidung zwischen Subjekt/Objekt, Person/Sache oder Staatsbürger*innen/Fremde – fundamental in Frage. Für die IAGMR-Rechtsprechung bedeutet dies: Anstatt westliche und Indigene Rechtstraditionen zu synthetisieren (was epistemische Gewalt bedeuten würde), ermöglicht ch'ixi ihre antagonistische Komplementarität. Die evolutive Interpretation wird so zu einer Form der produktiven Koexistenz, welche verschiedene Rechtslogiken in Spannung hält.

Indigene Rechtssysteme, die relationale und reziproke Beziehungen zwischen menschlichen und mehr-als-menschlichen Akteuren anerkannten, wurden durch individualistische und anthropozentrische Rechtsformen ersetzt. Diese epistemische Gewalt zeigt sich bis heute darin, dass westlich geprägte, individualistische Rechtskonzeptionen in Spannung zu solchen Indigenen Rechtssystemen stehen, die auf kollektiven Landrechten und relationalen Strukturen basieren.¹⁴

Beide Perspektiven – Dekolonialität und Postanthropozentrismus – hinterfragen dominante Ordnungsmuster aus unterschiedlichen Blickwinkeln: Dekolonialität fokussiert auf Macht, Wissensregime und historische Ungleichheiten; Postanthropozentrismus erweitert normative Anerkennung über den Menschen hinaus (auf Tiere, Landschaften, Ökosysteme). Zusammengekommen erlauben sie eine Doppelanalyse: Wer spricht? Auf wen wirken Normen? Staaten können etwa Rechte der Natur (RdN) deklarieren

12 S. *Rivera Cusicanqui*, Ch'ixinakax utxiwa: A Reflection on the Practices and Discourses of Decolonization, *South Atlantic Quarterly* 111 (2012), 95.

13 Damit erinnert es an das Konzept der Hybridität nach *Homi K. Bhabha*, s. *H. K. Bhabha*, *Die Verortung der Kultur*, Tübingen 2011, S. 125 ff.; zur rechtlichen Übertragung: *L. Foljanty*, *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2015, 89.

14 *R. Segato*, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Bernal: Universidad Nacional de Quilmes 2003, S. 139 ff. *Segato* beschreibt diese Spannung als *frontera intransponible* (unüberwindbare Grenze) und zeigt, dass die Durchsetzung individualistischer Rechte kollektive Landrechte gefährdet.

ren, gleichzeitig aber Indigene Landrechte verletzen – ein Widerspruch, der hier analytisch festzuhalten ist.

Diese analytische Doppelstruktur ist nicht rein theoretisch. Sie zeigt sich konkret in der Rechtsprechungspraxis des IAGMR, wo die evolutive Interpretation der AMRK zunehmend postanthropozentrische Perspektiven aufgreift – allerdings ohne sie dekolonial zu reflektieren. Damit entsteht eine zentrale Ambivalenz: Der Gerichtshof öffnet sich für Indigene Konzepte relationaler Rechte und mehr-als-menschlicher Anerkennung, operiert dabei aber innerhalb einer westlichen Rechtslogik, die sich diese Konzepte aneignen oder sie domestizieren kann. Die folgenden Analysen untersuchen, wie sich diese Spannung zwischen emanzipatorischem Potenzial und strukturellen Grenzen in drei zentralen Rechtsprechungsbereichen manifestiert: der evolutiven Auslegungsmethode, der Mobilisierung Indigener Völker vor Gericht und schließlich der jüngsten Anerkennung der Natur als Rechtssubjekt.

III. Ambivalenzen in der Rechtsprechung des IAGMR

1. Die evolutive Interpretation der AMRK

Diese theoretischen Vorüberlegungen werden in der IAGMR-Rechtsprechung praktisch relevant. *Vandana Shiva* entwickelt in ihren Arbeiten eine Kritik reduktionistischer Epistemologien und zeigt, wie Indigene Wissenssysteme alternative Formen der Beziehung zwischen Menschen und mehr-als-menschlichen Akteuren praktizieren.¹⁵ Die folgende Analyse der evolutiven Interpretation demonstriert, wie diese epistemischen Alternativen in der Rechtsprechung wirksam werden.

Die evolutive Auslegung durch den IAGMR wurzelt in der Übernahme und Weiterentwicklung völkerrechtlicher Auslegungsprinzipien: Art. 31 WVRK etabliert die grundlegende Auslegungslehre nach Treu und Glauben, während Art. 29 AMRK¹⁶ das Verbot restriktiver Auslegung normiert und damit eine expansive Interpretation von Menschenrechten ermöglicht.

15 V. Shiva, *Staying Alive*, New Delhi 1988, S. 21 ff.

16 Art. 29 AMRK: „Keine Bestimmung dieser Konvention kann so ausgelegt werden, dass [...] c) die in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten oder die Ausübung solcher Rechte und Freiheiten über das in ihr vorgesehene Maß hinaus eingeschränkt werden [...].“

Prägenden Einfluss übte das Namibia-Gutachten des IGH von 1971 aus, das erstmals evolutive Auslegung als völkerrechtliche Methode legitimier-¹⁷ Im Unterschied zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelte der IAGMR jedoch keine vergleichbare margin of appreciation-Doktrin.¹⁸ Stattdessen praktiziert er eine expansive Form evolutiver Interpretation.¹⁹ Als zentrale Methode ermöglicht die evolutive Interpretation dem IAGMR, Menschenrechtsverträge als „living instruments“ zu verstehen, die im Lichte gegenwärtiger Bedingungen und gesellschaftlicher Entwicklungen auszulegen sind. Diese Doktrin macht damit Menschenrechte handlungsfähig in Zeiten ökologischer Dringlichkeit. Die Vertragsauslegung muss aber immer zwischen textlicher Kohärenz und kontextueller Anpassung vermitteln; dieses Spannungsverhältnis prägt auch die IAGMR-Praxis.²⁰ Die evolutive Interpretation eröffnet grundsätzlich Räume für die Integration nicht-westlicher Rechtsdiskurse und ermöglicht die Rezeption Indigener Rechtskonzepte, die traditionelle Subjekt-Objekt-Dichotomien unterlaufen.

2. Mobilisierungen Indigener Völker vor Gericht

In *Lhaka Honhat v. Argentina* (2020) hat der IAGMR seine bisherige Rechtsprechung zu den Territorialrechten Indigener Völker und die Verpflichtung des Staates, die angestammten Gebiete Indigener Völker zu klären, abzugrenzen und ihnen das Eigentumsrecht daran zu übertragen,

17 IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, S.16, Abs. 53: „an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation“.

18 Dazu J. Contesse, Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System, *Law and Contemporary Problems* 79 (2016), 123 (141 f.).

19 Kritisch L. Lixinski, The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 3 (2017), 65 (71 ff.).

20 M. Fitzmaurice, Interpretation of Human Rights Treaties, in: D. Shelton (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2015, S.740: „the relevant provisions of the VCLT are themselves far from clear and are fluid in their relationship to each other“ (740) und „there is major tension in VCLT Article 31(1) between the so-called ‘textual’ approach and the teleological approach that relies on the ‘object and purpose’ of a treaty“ (754).

erweitert.²¹ Die Grundlage dieser Territorialrechte sieht der IAGMR in der spirituellen Beziehung der betreffenden Gemeinschaften zu diesen Gebieten. Da angestammte Gebiete für die Weitergabe ihrer Kultur und ihres Glaubens an künftige Generationen von grundlegender Bedeutung seien, sollen sie diese weiterhin bewohnen und ihr kollektives Eigentumsrecht daran geltend machen. In *Lhaka Honhat* hat der Gerichtshof endgültig den weitreichenden Umfang der Landrechte Indigener Völker und ihre Wechselbeziehung zu anderen Rechten festgelegt. Der Gerichtshof unterscheidet implizit zwischen „Land“ (tierra) und „Territorium“ (territorio).²² Der IAGMR erkennt Territorium nicht als bloßes Eigentum, sondern als relationales Gefüge an, das die kulturelle Identität, spirituelle Praktiken und Lebensgrundlagen der betreffenden Gemeinschaften konstituiert und folgt damit in seiner Argumentation dem Vortrag der Kläger*innen.²³ In Anlehnung an die Argumentation in *Lagos del Campo v. Peru* (2017) interpretierte die Mehrheit des Gerichtshofs jede potenzielle Verletzung des Rechts auf eine gesunde Umwelt²⁴ – sowie der Rechte auf Wasser, Nahrung und kulturelle Identität – als unmittelbar justiziabel, gestützt auf Art. 26 AMRK. Die Unterscheidung zwischen „Land“ und „Territorium“ im Urteil zeigt exemplarisch *Rivera Cusicanquis* ch'ixi-Logik: Westliche Eigentumskonzepte und Indigene Territorialitätsverständnisse koexistieren in produktiver Spannung. Der IAGMR übernimmt nicht einfach Indigene Konzepte, sondern schafft einen hybriden Rechtsraum, der beide Logiken zugleich mobilisiert. Diese Anerkennung erfolgt jedoch innerhalb der strukturellen Grenzen westlicher Rechtssubjektivität.

21 IAGMR, *Lhaka Honhat Association v. Argentina*, Urt. v. 6. Febr. 2020, Serie C Nr. 400, Abs. 114; s. bspw. auch IAGMR, *Saramaka People v. Suriname*, Urt. v. 28. Nov. 2007, Ser. C No. 172, Abs. 95; IAGMR, *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, Urt. v. 19. Nov. 2004, Ser. C No. 116, Abs. 85.

22 „Territorium“ ist weiter gefasst und kann Wasser, Umwelt, Grundnahrungsmittel und die Beziehung Indigener Völker zum Land als Ausdruck ihrer kulturellen Identität umfassen (separate Stellungnahme von Richter *Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*, Abs. 12, 24, 28).

23 *M. A. Tigre*, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*. *American Journal of International Law* 115 (2021), 706 (708).

24 Das Gericht stützte sich auf die Begründungen in seinem Gutachten Nr. 23 von 2018, insbesondere was den Inhalt und den Umfang des Rechts auf eine gesunde Umwelt betrifft.

3. Advisory Opinion Nr. 32 (2025)

Die Advisory Opinion²⁵ zu staatlichen Klimaverpflichtungen vom 29. Mai 2025 reagiert auf die existentielle Dringlichkeit der Klimakrise. Der IAGMR erkennt erstmals das Recht auf ein gesundes Klima als autonomes Menschenrecht an und etabliert klimabezogene Schutzpflichten als völkerrechtlich zwingendes Recht (*ius cogens*).²⁶ Bemerkenswert ist die Anerkennung der Natur als Rechtssubjekt unter einem *pro natura*-Ansatz.²⁷ Der IAGMR betont, dass Natur und Umwelt folglich nicht nur im Zusammenhang mit ihrem Nutzen für den Menschen geschützt werden, sondern einen vom menschlichen Nutzen unabhängigen Eigenwert besitzen.²⁸

Diese Entwicklungen sind jedoch methodisch ambivalent: Sie stützen sich stark auf evolutive Auslegung in Kombination mit den *pro homine* und *pro natura*-Prinzipien²⁹ und weniger auf eine nachweisbare staatspraktische Konsolidierung, was Legitimationsfragen aufwirft. Auch erkennt der IAGMR weder ausdrücklich Rechte der Natur im Rahmen der AMRK an, noch verpflichtet er Staaten zur Standardisierung derselben. Stattdessen vermittelt er ein hybrides Rechtsbild: Natur wird als Subjekt anerkannt, aber innerhalb der Logik staatlicher Schutzpflichten operationalisiert. Diese Ambivalenz zeigt die strukturellen Grenzen dekolonialer Rechtstransformation innerhalb westlicher Rechtssysteme.

25 Obwohl formal nicht „bindend“ wie ein Urteil, sind Advisory Opinions oft hochgradig autoritativ und praxiswirksam. Sie beeinflussen nationale Gerichte, Gesetzgeber, Staatenpraxis und internationale Debatten stark und fungieren oft als Katalysator für normative Veränderungen in der Region. Zur autoritativen Wirkung und res interpretata-Funktion von Advisory Opinions des IAGMR s. E. Benz, The Advisory Function of the Inter-American Court of Human Rights, Baden-Baden 2024, S. 429 ff.

26 s. IAGMR (Fn. 2), Abschnitt 6 „B.1.3. The Jus Cogens Nature of the Obligation not to Cause Irreversible Damage to the Climate and the Environment“.

27 s. IAGMR, Advisory Opinion No. 32 vom 29. Mai 2025, AO-32/25, Abs. 283. E. Amor Vázquez und T. Amor-Jürgenssen bezeichnen diese Entwicklung als „Sowing the Seeds of the Rights of Nature“; s. E. Amor Vázquez/T. Amor-Jürgenssen The Bloom of Nature's Rights. On the IACtHR's Recognition of Nature's Legal Personality in AO-32/25, Verfassungsblog vom 18.07.2025.

28 Diese Wendung knüpft an Art. 71 der ecuadorianischen Verfassung (2008) an, der als weltweit erste RdN verfassungsrechtlich verankerte und der „Pachamama“ ein Recht auf umfassenden Respekt ihrer Existenz zuspricht, das unabhängig von menschlichen Interessen gilt.

29 Nach dem IAGMR verlange das *pro natura*-Prinzip bei der Auslegung stets die umweltfreundlichste Interpretation, das *pro homine*-Prinzip analog die für eine Person günstigste Menschenrechtsinterpretation; beide seien harmonisch anzuwenden, vgl. IAGMR, Advisory Opinion No. 32, Abs. 281, 315.

IV. Kritische Synthese: Blindstellen eines postanthropozentrischen Rechts

1. Kritik am und im IAGMR

Die evolutive Interpretation ermöglicht zunächst formal die Integration neuer Rechtsverständnisse, steht jedoch unter dem grundlegenden Vorbehalt demokratischer Legitimation.³⁰ Der EGMR wurde bereits mehrfach kritisiert, er habe durch seine „stark einzelfallbezogene und nicht immer kohärente Rechtsprechung [...] tief in das Recht der Staaten auf autonome Regelungen [...] eingegriffen“.³¹ Dieser Kritik sieht sich auch der IAGMR ausgesetzt, da er sich „less concerned than its European peer about the limits of an evolving interpretation“ zeige.³²

Es gibt zahlreiche Stimmen, die sich kritisch gegenüber der direkten Justiziabilität der in *Lhaka Honhat* zugesprochenen Rechte auf Grundlage des Art. 26 AMRK äußerten.³³ Nicht zuletzt aus dem Gericht selbst: Die Richter *Vio Grossi* und *Sierra Porto* argumentierten, dass eine Ausweitung der Justiziabilität auf das Recht auf eine gesunde Umwelt ungerechtfertigt sei, da dies die strittige Zuständigkeit des Gerichtshofs ohne Zustimmung der Staaten erweitern würde. Richter *Sierra Porto* stellte insbesondere die Trennung der Begriffe „Land“ und „Territorium“ und ihre rechtliche Umsetzung in Frage.³⁴ Gleichzeitig wurde die in Teilen unschlüssige Methodik der gerichtlichen Begründung kritisiert. Die Ableitung autonomer Umweltrechte

30 Eine wichtige praktische Implikation der interamerikanischen Entwicklung ist die Wechselwirkung mit nationalem Verfassungsrecht. In mehreren lateinamerikanischen Verfassungen genießen Menschenrechtsverträge Vorrang (bloque de constitucionalidad); ein prominentes Beispiel ist die Reform von Art. 1 der mexikanischen Verfassung 2011. Solche Verfassungsverschiebungen erleichtern die Implementierung supranationaler Standards, erzeugen aber auch komplexe Koordinationsprobleme mit nationalem Recht – etwa wenn Indigene Territorialrechte mit privatkapitalistischer Landnutzung kollidieren. *Schacherreiter* weist beispielhaft auf die Legal-Transplant-Problematik bei Landeigentumstransfers nach Mexiko hin, s. J. *Schacherreiter*, Das Landeigentum als Legal Transplant in Mexiko, Tübingen 2014.

31 So der ehemalige EGMR-Richter *Franz Matscher*, vgl. die zusammengefassten Aussagen *Matschers* in BMI (Österreich), Öffentliche Sicherheit, 2011, 90 f.

32 G. *Candia*, Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths, DPCE Online 31 (2017), 597 (601).

33 Seit *Lagos del Campo* stützt sich das Gericht vor allem auf eine evolutive Auslegung des Art. 26 AMRK, die sich am *pro homine*-Prinzip orientiert, s. *IAGMR*, *Lagos del Campo* v. Peru, Urteil vom 31. August 2017, Series C No. 340.

34 s. Partially Dissenting Opinions der Richter *Eduardo Vio Grossi*, *Humberto Antonio Sierra Porto* und *Ricardo C. Pérez Manrique*.

aus Art. 26 AMRK erfolge ohne hinreichende systematische Begründung der Normauslegung. Die dogmatische Herleitung der autonomen Umwelt- oder Kulturrechte aus der AMRK ist in Teilen knapp; der Gerichtshof stützt sich stark auf evolutive Prinzipien, ohne überall staatspraktische Konsolidierung zu dokumentieren. Dadurch entsteht ein Legitimationsdefizit, das die längerfristige Verankerung der Rechte in nationalem Recht erschwert.³⁵

Nichtdestotrotz verdeutlicht der Fall *Lhaka Honhat* das emanzipatorische Potenzial postanthropozentrischer Rechtsetzung: Indigene Völker erhalten Anerkennung ihrer relationalen Lebensordnung. Zugleich bleibt das Ergebnis fragil, denn seine Wirksamkeit hängt an Implementierung, politischer Unterstützung und methodischer Transparenz. Diese Spannung zwischen Innovation und demokratischer Legitimation spiegelt *Ferrandos* Diagnose wider, dass das Loslassen anthropozentrischer Privilegien sowohl anzustreben als auch schwierig umzusetzen sei. Postanthropozentrische Rechtsentwicklung erfordere nicht nur juristische Reformen, sondern eine grundlegende kulturelle Transformation der Selbstwahrnehmung des Menschen als Spezies in relationaler Verbindung zur Umwelt.³⁶

2. Reproduktion von Ungleichheiten durch „More than Human Rights“

„More than Human Rights“ bergen nicht nur emanzipatorisches Potenzial, sondern auch die Gefahr, dass sie westliche Rechtskonzepte universalisieren und damit koloniale Machtstrukturen reproduzieren.³⁷ *Spivaks* Warnung vor epistemischer Gewalt bleibt für die Integration Indigener Epistemologien omnipräsent. Die Gefahr besteht darin, dass westliche Rechtssysteme Indigene Konzepte für ihre eigenen Projekte vereinnahmen, ohne die politischen Kontexte und Machtverhältnisse anzuerkennen, in denen diese entstehen. *Saeed* zeigt, dass diese epistemische Gewalt nicht nur ein Erbe

35 Vgl. auch zur fehlenden systematischen Normauslegung, *E. Benz/V. Kahl*, Das Urteil im Fall *Lhaka Honhat*, AVR 2021, 199.

36 *F. Ferrando*, The Party of the Anthropocene: Post-humanism, Environmentalism and the Post-anthropocentric Paradigm Shift, *Relations* 4 (2016), 159; zu den Ambivalenzen dekolonialer Rechtsentwicklung s. *K. Theurer/W. Kaleck*, Dekolonisierung des Rechts – Ambivalenzen und Potenzial, in: Dies. (Hrsg), *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, Baden-Baden 2020, S. 11.

37 *L. Viaene*, Can Rights of Nature Save Us from the Anthropocene Catastrophe? Some Critical Reflections from the Field *Cambridge, Asian Journal of Law and Society* 9 (2022), 187 (193).

des Kolonialismus ist, sondern bis heute die tiefe Grundlage moderner Rechtskonzepte bildet.³⁸ Ein „romantisierender Kulturrelativismus“³⁹ stellt eine besondere Gefahr für postanthropozentrische Ansätze wie RdN dar.⁴⁰ Die Idealisierung Indigener Völker als per se ökologisch nachhaltig reproduziert koloniale Denkmuster und negiert ihre politische Handlungsfähigkeit und Modernität.⁴¹ Private Eigentumsstrukturen bleiben ein zentrales Konfliktfeld.⁴² Die Erweiterung der Rechtssubjektivität allein durchbricht nicht automatisch kapitalistische oder koloniale Eigentumsformen. Kritisiert wird, dass RdN in neoliberale Entwicklungslogiken kooptiert werden könnten, wodurch die strukturelle Behandlung von Natur als „bundle of commodities“ fortbestehen würde, statt überwunden zu werden.⁴³

3. Produktive Spannung statt teleologischer Fortschritt

Die evolutive Interpretation ermöglicht strukturell die Integration postanthropozentrischer Perspektiven, garantiert jedoch nicht deren emanzipatorisches Potenzial.⁴⁴ Sie schafft legitimatorische Graubereiche, die sich demokratischen Prozessen entziehen, kann aber gleichzeitig notwendige Innovationen anstoßen. *Rivera Cusicanquis* ch'ixi-Logik bietet hier methodische Orientierung. Anders als *Gutmanns* Analyse der ecuadorianischen

38 R. Saeed, 'So, what's wrong with colonialism?' – Understanding colonialism's political, territorial and epistemic injustice, *International Journal of Law in Context* 21 (2025), 99.

39 A. Gutmann, *Hybride Rechtssubjektivität. Die Rechte der „Natur oder Pacha Mama“ in der ecuadorianischen Verfassung von 2008*, Baden-Baden 2021, S. 20.

40 Zu dieser Gefahr im Kontext von RdN s. E. Krenak, *Why Indigenous Peoples are critical to the Rights of Nature*, <https://www.humanrightsincontext.be/post/why-indigenous-peoples-are-critical-to-the-rights-of-nature> (zuletzt abgerufen am 12.11.25).

41 So auch Viaene, *Reflections* (Fn. 37), 199 („romanticizing“ und „essentializing“ des „ecological native“); zum Konzept des „ecological native“ und seiner Ambivalenzen s. grundlegend A. Ulloa, *The Ecological Native. Indigenous Peoples' Movements and Eco-Governmentality in Colombia*, New York 2005.

42 R. Ávila Santamaría, *The Systemic Theory of Law in the Jurisprudence of Nature in Ecuador: From the Machine to the Web of Life*, in: C. Rodríguez-Garavito (Hrsg.), *More Than Human Rights* (Fn. 5), S. 259 (265).

43 Viaene, *Reflections* (Fn. 37), 90. Viaene fragt auch, inwieweit RdN „a new tool for the domination of indigenous peoples“ werden könnten, 196.

44 Zur strukturellen Ambivalenz evolutiver Interpretation s. K. Böth, *Evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen in Anbetracht der Praxis internationaler Streitbeilegungsinstitutionen*, Berlin 2013.

*interpretación intercultural*⁴⁵ bleibt die evolutive Interpretation des IAGMR ambivalent. Ohne institutionelle Absicherung läuft sie Gefahr, Indigene Epistemologien zu instrumentalisieren, anstatt sie als gleichberechtigte Rechtsquellen anzuerkennen. Postanthropozentrische Rechtsentwicklung kann die evolutive Interpretation weder verwerfen noch unkritisch in eine „Fortschrittserzählung“ verfallen lassen. Sie erfordert kontinuierliche kritische Begleitung.

V. Ergebnis: Menschenrechte postanthropozentrisch denken jenseits unauflöslicher Widersprüche

In der evolutiven Interpretation der AMRK durch den IAGMR zeigt sich ein Potenzial zur Integration Indigener Epistemologien und mehr-als-menschlicher Perspektiven in internationale Rechtssysteme. *Rivera Cusicanquis* Überlegungen zu ch'ixi liefern ein fruchtbares Bild. Die evolutive Interpretation des IAGMR könnte so als ch'ixi-Praxis verstanden werden. Sie wäre gleichzeitig westlich und nicht-westlich, kolonial und dekolonial, ohne diese Widersprüche aufzulösen. Gleichzeitig sind die Gefahren der Reproduktion oder Verschärfung bestehender Ungleichheiten real und erfordern kritische Reflexion. *Spivaks* Frage „Can the Subaltern Speak?“ bleibt zentral: Wie können mehr-als-menschliche Stimmen und Indigene Perspektiven artikuliert werden, ohne dass sie durch westliche Rechtsdiskurse appropriiert werden? Die evolutive Interpretation ermöglicht formal die Integration nicht-westlicher Rechtsdiskurse, operiert jedoch innerhalb der strukturellen Grenzen westlicher Rechtslogik. Damit droht im Moment der Integration Indigener und mehr-als-menschlicher Perspektiven deren Domestizierung durch die westliche Rechtslogik wie auch die Zementierung einer Erzählung, die die westlich-liberale Menschenrechtsordnung als anpassungsfähig und innovativ geriert. So entsteht ein Schein von Transformation, während dekoloniale Forderungen strukturell ausgeblendet bleiben. Begriffe wie ch'ixi werden leicht zu dekorativen Fassaden, die die tiefsten Transformationserwartungen nicht erfüllen.

Die Funktionalität des Rechts im 21. Jahrhundert hängt davon ab, ob es gelingt, postanthropozentrische Rechtsformen zu entwickeln, die den systemischen Herausforderungen des Anthropozäns gewachsen sind. Recht

45 Vgl. A. Gutmann, Rechtssubjektivität (Fn. 39), S. 40 ff. zur *interpretación intercultural* in Ecuador. Im Unterschied dazu hat der IAGMR keinen expliziten Auftrag zur interkulturellen Auslegung.

kann hybrid sein und Spannungen aushalten, ohne sie aufzulösen. Die Überwindung der anthropozentrischen Rechtsordnung erfordert jedoch mehr als nur die Anerkennung neuer Rechtssubjekte. Sie verlangt eine fundamentale Neubewertung der onto-epistemologischen Grundlagen des Rechts selbst. Menschenrechte postanthropozentrisch zu denken, bedeutet dabei nicht, unkritisch eine „evolutive Fortschrittsgeschichte“ zu schreiben, sondern diese Denkweise selbst fortwährend zu befragen.