

Erster Beratungsgegenstand

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

3. Entwicklungsdynamik

Referat von *Josef Franz Lindner*, Augsburg

Inhalt

I.	Zentrale Thesen.	110
II.	Methodik und Begriffe	111
	1. Selbstbestimmung	111
	2. Fremdbestimmung	114
	3. Paradoxa	115
	4. Intertemporalität	116
III.	Dialektik der Entwicklungsdynamik (zu These 1)	116
	1. Emanzipierungsdynamik	117
	2. Etatisierungsdynamik	117
	3. Synchronie, Dialektik, Komplementarität, Verschränkung.	118
IV.	Emanzipierung – Selbstbestimmung ohne Staat (zu These 2)	120
	1. Entwicklung	120
	a) Kontinuität.	120
	b) Stagnation	121
	c) Volatilität	121
	d) Disruption	122
	e) Latenz	123
	2. Impulse	124
	a) Naturwissenschaftliche Fortschritte	124
	b) Entnormativierungsprozesse	124
	c) Pragmatisierungseffekte in der liberalen Demokratie.	126
	d) Konstitutionalisierungsschübe	126
	3. Hemmnisse	128
	a) Tabuisierungen	128
	b) Strategie des „foreign shopping“.	128
	c) Etatisierungstendenzen	129
	4. Dogmatik.	130

5. Desiderate	131
a) Etablierung der Argumentationsfigur „Zweckverwirklichungsbedürfnis“	134
b) Schärfung der konkreten Abwägung	137
c) Präzisierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraumes.	137
V. Etatisierung – Selbstbestimmung durch Staat (zu These 3)	139
1. Entwicklung	139
2. Impulse	140
a) Stabilitätsverluste	140
b) Transformation der Gesellschaft der Singularitäten	140
c) Knappheitserfahrungen	141
d) Etatisierungsdynamik durch das Bundesverfassungsgericht	141
3. Modalitäten	142
a) Sicherung.	143
b) Ermöglichung	143
c) Vorsorge.	144
d) Zuteilung.	144
4. Dogmatik	144
a) Sicherung.	144
b) Zuteilung	146
5. Desiderate	148
a) Ermöglichung	148
b) Vorsorge.	151
VI. Fazit und Ausblick	154

I. Zentrale Thesen

Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen sind drei Thesen, die an den Beginn gestellt seien:

(1) These 1: Die Entwicklung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie des Grundgesetzes ist dialektisch. Auf der einen Seite wirkt eine Emanzipierungsdynamik, die die Räume für Selbstbestimmung beständig erweitert und die für Fremdbestimmung verengt. Andererseits etabliert sich eine neue Etatisierungsdynamik, die eine stärkere Verantwortung des Staates für Selbstbestimmung zum Ausdruck bringt, aber auch Fremdbestimmung generiert. Selbstbestimmung erweist sich als Synthese aus Emanzipierung und Etatisierung.

(2) These 2: Für die Emanzipierungsdynamik verfügt die Staatsrechtslehre über eine etablierte Dogmatik. Diese bedarf allerdings in mehrfacher Hinsicht der Präzisierung.

(3) These 3: Für den Umgang mit der Etatisierungsdynamik bedarf die hergebrachte Grundrechtsdogmatik neuer Impulse; notwendig ist aber auch dogmatische Zurückhaltung.

Bevor diese drei Thesen im Einzelnen begründet werden (III.–V.), sind einige Bemerkungen zu Methodik und Begriffen erforderlich (sogleich II.).

II. Methodik und Begriffe

1. Selbstbestimmung

„Selbstbestimmung“ wird im Folgenden ohne philosophische Konnotation verstanden,¹ nicht aristotelisch,² nicht kantisch,³ nicht verant-

¹ Selbstbestimmung gehört gemeinsam mit dem verwandten, aber nicht synonymen Begriff der Autonomie zu den Großbegriffen der Philosophie. Die philosophische Dimension von Selbstbestimmung kann im Rahmen dieser staatsrechtswissenschaftlichen Abhandlung nicht eigens entfaltet werden. Vgl. den Überblick bei *Paul Janssen* Selbstbestimmung, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 9, 1995, Sp. 335. Zur philosophischen Grundlegung von Selbstbestimmung *Volker Gerhardt* Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, 2. Aufl. 2020; *Charles Tylor* Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität, 1996. Der Begriff „Fremdbestimmung“ weist eine geringere philosophische Konnotation auf. Zu diesem Begriff findet sich im soeben zitierten Historischen Wörterbuch der Philosophie kein eigener Eintrag.

² Ein aristotelisches Verständnis von Selbstbestimmung würde die Verwirklichung der Potenzialität des eigenen Selbst im Sinne einer Realisierung des „Guten“ in Gestalt der eigenen Anlagen und Fähigkeiten betonen. In der Nikomachischen Ethik, einem der Hauptwerke des *Aristoteles*, heißt es gleich im ersten Satz (1094a): „Jedes praktische Können, jede wissenschaftliche Untersuchung, ebenso alles Handeln und Wählen strebt nach einem Gut“. Ein aristotelischer Selbstbestimmungsbegriff wäre mithin ein materiell gehaltvoller. Damit ist er aber für eine grundsätzliche staatsrechtliche Betrachtung untauglich, weil er a priori auf ein bestimmtes Telos reduziert wäre und damit andere Ausprägungen von Selbstbestimmung bereits begrifflich exkludierte, ohne dass solche Exklusion eigens begründet werden müsste.

³ Ein kantisches Verständnis von Selbstbestimmung würde diese als Ausprägung der Vernunftbegabung des Menschen begreifen. Der Mensch bringt kraft seiner Vernunft Handlungsmaßstäbe hervor und handelt aus Einsicht in deren Richtigkeit, die er *selbst* als Subjekt am Maßstab eines kategorischen Imperativs prüft, danach. Allerdings spricht Kant weniger von Selbstbestimmung als vielmehr von „Autonomie“; vgl. dazu etwa *Nikolaus Knöpfner* Menschenwürde und das Ringen um die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts, in: Christoph Böhr/Markus Rothhaar (Hrsg.) *Anthropologie und Ethik der Biomedizin*, 2021, 287 (317). Jedenfalls soweit ein kantisch geprägter Selbstbestimmungsbegriff an das Korrektiv des kategorischen Imperativs gebunden und damit a priori beschränkt wird,

wortungsethisch,⁴ sondern rein formal, entmaterialisiert, entnormativiert: Selbstbestimmung ist eigenverantwortete Beliebigkeit individuellen Handelns.⁵ Selbstbestimmung ist synonym zu Freiheit, aber weiter als Autonomie. Autonomie meint – bei aller philosophischen Verständnisbreite⁶ – Selbstgesetzgebung durch regelgeleiteten Vernunftgebrauch⁷ – was Selbstbestimmung nicht zu sein braucht. Nur ein metaphysikbefreiter,⁸ nicht substanztontologischer und transzendental reduzierter⁹ Begriff der Selbstbestimmung wird dem wissenschaftstheoretischen Postulat weitestmöglicher Vorverständnisreduzierung gerecht.¹⁰ Wer Selbstbestimmung

ist er für eine staatsrechtliche Verwendung nicht geeignet, weil er Einschränkungen impliziert, die es vor dem Hintergrund positiv-rechtlich verbürgerter Grundrechte erst zu rechtfertigen gilt.

⁴ Ein verantwortungsethisches Verständnis von Selbstbestimmung würde diese in Beziehung setzen zur Verantwortbarkeit einerseits des Begriffs und andererseits der damit implizierten Konsequenzen. Auch in einem solchen Begriffsverständnis wäre bereits ein Zuviel an Begrenzung enthalten, gälte es doch erst zu begründen, welche Konsequenzen weshalb und inwieweit verantwortbar sind und welche aus welchen Gründen nicht. Gleiches gilt für konsequentialistische und deontische Ansätze eines Verständnisses von Selbstbestimmung (dazu *Dieter Birnbacher* Einführung in die analytische Ethik, 2003, 113, 173). Auch hier würde man durch eine begriffliche Engführung von Selbstbestimmung deren Beschränkungen oder Beschränkbarkeiten bereits im Begriffsverständnis „verstecken“ und sie damit der eigentlichen Rechtfertigungsprozedur entziehen.

⁵ Selbstbestimmungsrecht meint dementsprechend das Recht zur eigenverantworteten Beliebigkeit individuellen Handelns.

⁶ Zum Begriff der Autonomie und seinen philosophischen Ausprägungen s. *Rosemarie Pohlmann* Autonomie, in: Joachim Ritter (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, 1971, Sp. 702; *Oswald Schwemmer* Autonomie, in: Jürgen Mittelstraß (Hrsg.) Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, 1995, 232.

⁷ Vgl. zum kantischen Verständnis der Selbstbestimmung im Sinne von Autonomie bereits Fn. 3.

⁸ Zur Kritik der metaphysischen im Sinne einer substanztontologischen „Aufladung“ juristischer, zumal verfassungsrechtlicher Begriffe *Josef Franz Lindner* Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, 2017, passim. Zur „Metaphysik der Freiheit“ grundsätzlich *Claus Dierksmeier* Qualitative Freiheit, 2016, 63.

⁹ Zur Methode der transzendentalen Reduktion s. *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 95; *Edmund Husserl* Die phänomenologische Fundamentalbetrachtung (= 2. Abschnitt in Band I der „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie“), 1913.

¹⁰ Jede Begriffsdefinition unterliegt wie alle erkenntnisbezogenen Kommunikationsakte dem Problem des hermeneutischen Zirkels. Der Interpret legt sein Vorverständnis – meist unbewusst – in die Definition ein und gelangt damit zu von ihm präferierten Prämissen, Inhalten oder Grenzen, die er in der Folge dann nicht mehr näher begründen muss; dazu grundsätzlich *Alexander Schmitt Glaeser* Vorverständnis als Methode, 2004; *Josef Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972. Dieser Zirkel ist zwar nicht gänzlich vermeidbar, aber er ist reduzierbar: *Martin Heidegger* Sein und Zeit,

bereits begrifflich eingrenzt, etwa unter einen Gemeinwohl-, Vernünftigkeit- oder Moralvorbehalt stellt, entzieht solche Eingrenzung dem Rechtfertigungsbedarf. Das verkennen diejenigen, die einen entnormierten Freiheitsbegriff als Vulgärliberalismus¹¹ diffamieren.¹² Definierte man etwa die Selbsttötung aus dem Bereich der Selbstbestimmung heraus, ersparte man sich die Mühe der Rechtfertigung des Verbots der Suizidassistentz. Für das so Hinwegdefinierte wird das grundrechtsdogmatische Rationalitätsprogramm obsolet. A priori unbegrenzt *gedachte* Selbstbestimmung bedeutet indes nicht tatsächlich unbegrenzte oder unbegrenz**bare** Selbstbestimmung. Es ist zu unterscheiden¹³ zwischen Selbstbestimmung als

16. Aufl. 1986, 153: „Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel hinaus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen.“ Dazu gehört zumindest zweierlei: Erstens das Bewusstsein der unausweichlichen Zirkelbehaftetheit jeden interpretatorischen und kommunikativen Handelns und zweitens die Offenlegung der eigenen Wertungspräferenzen. Die Unterscheidung von legitimem (also unvermeidbarem) und illegitimem (in Begriffen verstecktem) Vorverständnis geht maßgeblich zurück auf *Hans-Georg Gadamer* Wahrheit und Methode, 2. Aufl. 1965, 261: „Es bedarf einer grundsätzlichen Rehabilitierung des Begriffs des Vorurteils und einer Anerkennung dessen, dass es legitime Vorurteile gibt, wenn man der endlich-geschichtlichen Seinsweise des Menschen gerecht werden will. Damit wird die für eine wahrhaft geschichtliche Hermeneutik zentrale Frage, ihre erkenntnistheoretische Grundfrage, formulierbar: Worin soll die Legitimität von Vorurteilen ihren Grund finden? Was unterscheidet legitime Vorurteile von all den unzähligen Vorurteilen, deren Überwindung das unbestreitbare Anliegen der kritischen Vernunft ist?“, ähnlich auch *Josef Esser* Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, 555: „Vorurteile im schlechten Sinne und Vorverständnis bleiben zweierlei.“; *Ralf Dreier* Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders. Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, 1981, 106 ff. (126).

¹¹ *Birte Förster/Armin Nassehi* Wie die Freiheit unter die Räder kommt, FAZ vom 09.09.2021, 6, die die analytisch zu trennenden Begriffsebenen von Freiheit miteinander vermengen: „Denn Freiheit ist nicht Beliebigkeit, sondern lebt gerade von der Einschränkung der bloßen beziehungslosen Willkür“, in diese Richtung auch *Christoph Böhr* Selbstbestimmung – ein Selbstbetrug? Zur Dialektik von Autonomie und Heteronomie, in: Christoph Böhr/Markus Rothhaar (Hrsg.) Anthropologie und Ethik der Biomedizin, 2021, 354 (359): „[...] weil Autonomie heute oft missverstanden wird als Freifahrtschein zu einer mehr oder weniger beliebigen Bestimmung des Willens nach subjektiven temporären Aspekten [...]“.

¹² Klar hingegen *Jan Ross* Wir sind so frei, Die Zeit, 9.12.2021, 11: „Wohlgemerkt: ‚Freiheit ist Freiheit‘ bedeutet nicht ‚Freiheit ist alles‘. Wer auf einem klaren Freiheitsbegriff besteht, muss deswegen noch lange nicht die Freiheit absolut setzen. Kein vernünftiger Mensch bestreitet, Dass Freiheit eingeschränkt werden kann und manchmal sogar muss.“

¹³ Der im Rahmen der vorliegenden Abhandlung vertretene Ansatz ist also ein analytischer, kein materieller. Es handelt sich insbesondere nicht um ein libertäres Konzept etwa im Sinn der Minimalstaatstheorie von *Robert Nozick* Anarchie, State and Utopia, 1974 oder von *Friedrich August von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991 und nicht einmal um ein liberales, etwa im Sinne von Freiheit als Nichtbeherrschung (so *Philip Pettit*

Bruttobegriff, der als a priori unbegrenzter Maßstab den Ausgangspunkt grundrechtlicher Rechtfertigungspraxis bildet, und der Selbstbestimmung als *Nettobegriff*, der das umfasst, was nach der Rechtfertigungsprüfung „übrigbleibt“^{14 15} oder für den Einzelnen tatsächlich realisierbar ist.¹⁶

2. Fremdbestimmung

Fremdbestimmung¹⁷ ist nicht das logische Gegenteil von Selbstbestimmung,¹⁸ sondern meint von außen negativ wirkende Hindernisse eigenver-

Gerechte Freiheit, 2015, 31). Es geht also *nicht* darum zu postulieren, dass jegliche nach individueller Beliebigkeit definierten Interessen auch realisiert werden dürfen oder gar sollen, sondern darum, dass jegliche staatliche Beschränkung der Realisierbarkeit einer gehaltvollen Rechtfertigungspflicht unterworfen werden muss. Um festzustellen, ob überhaupt eine Beschränkung vorliegt, benötigt man einen unbeschränkten (im Sinne von unbeschränkt gedachtem) Maßstabsbegriff. Die hier zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettobegriff von Freiheit und Selbstbestimmung ist nicht deckungsgleich mit den von *Christoph Möllers* herausgearbeiteten „Freiheitsgraden“, obwohl auch dort von rational gerechtfertigter und willkürlich wahrgenommener Freiheit gesprochen wird, *Christoph Möllers* Freiheitsgrade, 2020, 59 – allerdings anders als hier nicht im Sinne eines analytischen Maßstabs- und Rechtfertigungsverhältnisses, sondern im Sinne eines – erklärungsbedürftigen – „unauflösbaren Nebeneinander“ (ebda 215). Ähnlich wie hier für den Gleichbehandlungsgrundsatz *Ferdinand Wollenschläger* in: Herrmann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 67.

¹⁴ Lediglich bei der Menschenwürde ist die Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettobegriff verfassungsunmittelbar ausgeschlossen, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“.

¹⁵ Um ein anderes Beispiel zu wählen: Der Konsum von Betäubungsmitteln ist Ausprägung weit verstandener Selbstbestimmung als eigenverantworteter Beliebigkeit. Der Staat kann diesen einschränken, wenn er dafür gute Gründe hat, die vor dem Rationalitätsprogramm der Grundrechtsprüfung standhalten. Ist dies der Fall, behört der Konsum von Betäubungsmitteln nicht zur Selbstbestimmung im Sinne des Nettobegriffs. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich diese Differenzierung: Das Gericht weist dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ein „Recht auf Rausch“ zu, das allerdings nur nach Maßgabe des Betäubungsmittelrechts realisiert werden kann (soweit dieses seinerseits verfassungskonform ist) – BVerfGE 90, 145.

¹⁶ Selbstbestimmung als Nettobegriff hat eine rechtliche und eine tatsächliche Dimension: Die rechtliche Dimension umfasst alle diejenigen Interessen, die der Einzelne rechtlich realisieren darf. In tatsächlicher Hinsicht sind alle diejenigen Interessen erfasst, die der Einzelne tatsächlich zu realisieren in der Lage ist. Beide Dimensionen sind nicht deckungsgleich. Bedarf man zur – rechtlich erlaubten (jedenfalls nach der Entscheidung des BVerfG zu § 217 StGB – BVerfGE 153, 182) – Realisierung eines bestimmten Interesses der Kooperation mit einem Dritten (z.B. einem Arzt im Falle einer gewünschten ärztlichen Suizidassistentz), findet sich tatsächlich aber kein Dritter, der zur Kooperation bereit wäre, so weicht das Spektrum des rechtlich Erlaubten von dem des tatsächlich Realisierbaren ab.

¹⁷ Oder: Heteronomie.

¹⁸ Das (logische) Gegenteil von Selbstbestimmung wäre Nicht-Selbstbestimmung.

antwortlicher Beliebigkeit, normative Verbote insbesondere. Wer hingegen aus Gründen, die in seinem Selbst liegen, an der Realisierung seiner Interessen gehindert ist,¹⁹ kann zwar im Ergebnis nicht selbstbestimmt handeln, er ist deswegen aber noch nicht fremdbestimmt.²⁰ Es stellt sich dann die Frage, ob Selbstbestimmung ermöglicht werden muss – etwa durch staatliche Kompensation selbstbestimmungshemmender sozialer, familiärer oder persönlicher Kontingenzen oder von Kooperationsdefiziten. Die Vorenthaltung solcher Kompensation ist indes nicht mit Fremdbestimmung gleichzusetzen.²¹

3. *Paradoxa*

Zwischen Selbst- und Fremdbestimmung bestehen paradoxe²² Wechselwirkungen.²³ Fremdbestimmung kann dazu dienen, Selbstbestimmung zu ermöglichen und zu schützen („Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung“). Beispiel: Der Staat verpflichtet die suizidwillige Person zur Bera-

¹⁹ Die Gründe, die Selbstbestimmung verhindern oder erschweren, können unterschiedlicher Natur sein: der Einzelne verfügt nicht über die körperlichen oder geistigen Fähigkeiten zur Realisierung seiner Interessen oder es fehlen ihm die finanziellen Mittel oder sonstige Ressourcen. Viele Interessen lassen sich nur verwirklichen, wenn daran ein Dritter mitwirkt und kooperiert. In grundrechtlicher Hinsicht stellt sich dann die Frage, ob und in welchem Umfang aus den Grundrechten Kooperationsansprüche abgeleitet werden können; dazu näher *Josef Franz Lindner* Grundrechte als Kooperationsrechte, in: Carsten Bäcker (Hrsg.) *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff*, 2022 (i.E.); vgl. dazu auch unten Fn. 143.

²⁰ Nicht in jeder Konstellation, in der Selbstbestimmung nicht möglich ist, liegt ein Fall von Fremdbestimmung.

²¹ Ansonsten wäre Fremdbestimmung ubiquitär, der Begriff verlöre seine Konturierungs- und Abgrenzungsfunktion. Eine Gleichsetzung von Vorenthaltung der Kompensation selbstbestimmungshemmender Kontingenzen mit Fremdbestimmung ist allenfalls aus einer pragmatischen Sicht sinnvoll. Im Ergebnis stehen derjenige, dem die Realisierung eines selbstbestimmt definierten Interesses normativ verboten wird, und derjenige, der dieses Interesses aus in seiner Person liegenden Gründen oder mangels Kooperationspartner nicht realisieren kann, gleich – sie können ihr eigenverantwortet definiertes Interesse eben nicht verwirklichen.

²² Allgemein zur Konstruktion von Paradoxa und zur Verwendung des Begriffs *Franz von Kutschera* Paradox, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 7, 1989, Sp. 81; zum Phänomen von Paradoxien speziell in Normsystemen s. *Paul Smilansky* *Ten moral paradoxes*, 2007; *Richard Mark Sainsbury* *Paradoxien*, 4. Aufl. 2010, 49.

²³ Näher *Josef Franz Lindner* *Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung*, AöR 140 (2015), 542; *ders.* Das Paradoxon der Selbstbestimmung, in: *ders.* (Hrsg.) *Selbst – oder bestimmt?* 2017, 9; *Christoph Böhr* *Selbstbestimmung – ein Selbstbetrug?* Zur Dialektik von Autonomie und Heteronomie, in: *Christoph Böhr/Markus Rothhaar* (Hrsg.) *Anthropologie und Ethik der Biomedizin*, 2021, 354.

tung.²⁴ Umgekehrt kann Selbstbestimmung faktisch Raum für Fremdbestimmung schaffen (Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung): Lässt der Gesetzgeber die Suizidassistenten zu, öffnet er damit erst einen Raum für faktisch fremdbestimmte Einflüsse auf den Suizidwilligen, die es ansonsten nicht gäbe.

4. Intertemporalität

Selbst- und Fremdbestimmung stehen in einem intertemporalen Verhältnis. Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts²⁵ hat dies deutlich gemacht:²⁶ Wir konsumieren jetzt selbstbestimmt die Ressourcen, die CO₂-Budgets, deren spätere Knappheit zu Grundrechtseinschränkungen, also zu Fremdbestimmung in der Zukunft führt – „das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“.²⁷

III. Dialektik der Entwicklungsdynamik (zu These 1)

Die Entwicklung von Selbst- und Fremdbestimmung in der grundgesetzlichen Demokratie²⁸ weist eine dialektische²⁹ Struktur auf: Eine Dynamik

²⁴ So ist es in den aktuellen Gesetzentwürfen zur Neuregelung der Suizidassistenten vorgesehen (vgl. Fn. 41).

²⁵ BVerfGE 157, 30.

²⁶ Die sog. „Landarztquote“ ist ein anderes Beispiel: Der Bewerber um einen Medizinstudienplatz verpflichtet sich, als Arzt später in strukturschwachen Regionen zu praktizieren und erhält daher aus einer speziellen Vorabquote einen Studienplatz – bei seiner späteren Berufswahl ist er dann fremdbestimmt; vgl. z.B. Art. 1 des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes (BayLArztG) vom 23.12.2019 (GVBl S. 722). Zum Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Landarztquoten s. *Mario Martini/Jan Ziekow* Die Landarztquote – verfassungsrechtliche Zulässigkeit und rechtliche Ausgestaltung, 2017; *Frank Stollmann* Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten der ärztlichen Versorgung in ländlichen Bereichen, GesR 2020, 416.

²⁷ *Johann Wolfgang von Goethe* Faust I (Studierzimmer, Mephistopheles zu Faust).

²⁸ Vergleichbare Entwicklungen finden sich in anderen westlichen Demokratien.

²⁹ Die Begriffe „Dialektik“ und „dialektisch“ werden hier nicht in einem materiell-philosophischen Sinne gebraucht, insbesondere nicht im Sinne des sog. „dialektischen Materialismus“ – vgl. zu den philosophischen Konnotationen des Begriffs Dialektik *Lennart Pinomaa* Dialektik, in: Joachim Ritter (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, 1972, Sp. 164. Unter Dialektik wird hier auch kein erkenntnistheoretischer Begründungs- oder Diskursmechanismus verstanden, der *Erkenntnis* als Produkt von These und Antithese oder – kritisch-rationalistisch gewendet – als Ergebnis von These und Falsifizierung versteht. Dialektik/dialektisch dient hier vielmehr „nur“ als nicht-heuristische Beschreibungsformel für die Analyse einer Entwicklung (hier: von Selbst- und Fremdbestimmung), in der sich gegensätzliche oder zumindest gegensätzlich erscheinende Phäno-

der Emanzipierung einerseits (1.), eine Dynamik (wieder) zunehmender Etatisierung andererseits (2.). Beide Entwicklungslinien sind partiell synchron und komplementär-synthetisch: Selbstbestimmung ist nur als Synthese aus Emanzipierung und Etatisierung begreifbar (3.).

1. *Emanzipierungsdynamik*

Die Emanzipierungsdynamik manifestiert sich in einer fortschreitenden Öffnung der Räume für Selbstbestimmung in nahezu allen lebensweltlichen Bereichen: Vom selbstbestimmten Wissen über die eigene genetische Disposition³⁰ über die selbstbestimmte Geschlechtswahl³¹ bis hin zur selbstbestimmten Entscheidung über das eigene Sterben.³² Diese Entwicklung ist longitudinal und zukunfts offen.

2. *Etatisierungsdynamik*

Die andere Entwicklungslinie verläuft in Richtung Etatisierung³³ im Sinne einer wachsenden Verantwortung des Staates für die Möglichkeit

mene (hier: Emanzipierung und Etatisierung) zu Gunsten eines gemeinsamen dritten Phänomens (hier: Selbstbestimmung) ausprägen.

³⁰ Dem Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom 31.07.2009 (BGBl. 2529, 3672) liegt die Leitmaxime zu Grunde, dass jede Person selbstbestimmt entscheiden können soll, ob er Kenntnis über seine genetische Disposition erhalten will oder nicht. Das GenDG geht mithin von einem Recht sowohl auf Wissen als auch auf Nichtwissen aus. Der Sicherung dieser Selbstbestimmung dienen die Normen über die Aufklärung, Einwilligung und genetische Beratung (§§ 7 ff. GenDG), über das Benachteiligungsverbot (§ 4 GenDG), über die Mitteilung der Ergebnisse genetischer Untersuchungen und Analysen (§ 11 GenDG) sowie über genetische Untersuchungen im Versicherungs- und Arbeitsbereich (§§ 18 ff. GenDG). Vgl. grundsätzlich *Ferdinand Wollenschläger* Der Drittbezug prädiktiver Gendiagnostik im Spannungsfeld der Grundrechte auf Wissen, Nichtwissen und Geheimhaltung, AöR 138 (2013), 161.

³¹ Vgl. das politische Vorhaben eines Selbstbestimmungsgesetzes, durch welches das Transsexuellengesetz abgelöst und es ermöglicht werden soll, künftig den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister durch einfache Erklärung beim Standesamt zu ändern; dazu die „Eckpunkte des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz zum Selbstbestimmungsgesetz“: <<https://www.bmfsfj.de/resource/blob/199382/1e751a6b7f366ecc396d146b3813eed2/20220630-selbstbestimmungsgesetz-eckpunkte-data.pdf>> (Stand 30.09.2022).

³² BVerfGE 153, 182.

³³ Der Begriff „Etatisierung“ wird üblicherweise im Kontext des Staatshaushaltswesens verwendet und bezeichnet dort die Verankerung von Ausgaben- und Einnahmetiteln im Haushaltsplan, im Etat. In einem weiteren, hier verstandenen, Sinne meint Etatisierung die Übernahme von Aufgaben und Verantwortung für deren Erfüllung durch den Staat – in vorliegendem Kontext die Übernahme von Verantwortung für die Möglichkeit und das Gelingen von Selbstbestimmung.

und das Gelingen von Selbstbestimmung. Nicht mehr nur die Emanzipierung im Sinne von „Staat hör auf mich zu bevormunden“, steht im Fokus. Die Ermöglichung von Selbstbestimmung im Sinne von „Staat, tu etwas für meine Selbstbestimmung“ tritt hinzu. Selbstbestimmung gelangt in das „Aufgabenbudget“ des Staates.

3. *Synchronie, Dialektik, Komplementarität, Verschränkung*

Beide Linien verlaufen synchron,³⁴ wobei die Etatisierungsdynamik derzeit³⁵ ein höheres „Drehmoment“ aufweist. Sie sind dialektisch: Einmal geht es um Selbstbestimmung *ohne Staat*,³⁶ das andere Mal um Selbstbestimmung *durch den Staat*.³⁷ Emanzipierung und Etatisierung wirken komplementär-synthetisch, sie bringen wie These und Antithese Selbstbestimmung hervor – diese ist nur möglich, wenn der Staat sie nicht behindert und *zugleich* die Rahmenbedingungen sichert oder schafft, unter denen sie gelingen kann. Beide Linien können miteinander *verschränkt* sein. Beispiel: Mit der Anerkennung eines Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben³⁸ wird der rechtlich verfasste Freiheitsraum zunächst erweitert. Durch die staatliche Regulierung der Suizidassistenz wird er sogleich wie-

³⁴ Synchron wird hier verstanden als gleichzeitig und nebeneinander.

³⁵ Dies liegt vor allem an der dynamischen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die Etatisierung der Selbstbestimmung vorantreibt und einfordert (dazu unten V.2.d.).

³⁶ Selbstbestimmung „ohne Staat“ darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass Selbstbestimmung gänzlich ohne Staat oder staatliche verantwortete Infrastrukturen möglich wäre. In einer komplexen und vernetzten Gesellschaft ist Robinson'sche Freiheit ohne irgendeine Rolle des Staates nicht denkbar. Der Einzelne ist keine Leibniz'sche Monade und kein Einziger im Sinne Stirners. Selbstbestimmung „ohne Staat“ wird hier lediglich als pointierte Kurzformel für die Emanzipierung des Einzelnen von staatlichen Beschränkungen der Selbstbestimmung verwendet, ohne dass die Bedeutung des Staates für das Gelingen von Selbstbestimmung dadurch in Frage gestellt wäre. Der Einzelne bestimmt sich selbst, ohne dass ihn der Staat dabei in irgendeiner Weise behindert oder beeinflusst.

³⁷ Selbstbestimmung „durch den Staat“ meint, dass Selbstbestimmung regelmäßig nur durch die Inanspruchnahme staatlicher Infrastrukturen gelingt. Der Staat bestimmt die Selbstbestimmung nicht und steuert sie auch nicht, aber er ermöglicht sie im weiteren Sinn erst. Als *Beispiel* sei die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) genannt: Einzelne können sich zwar selbstbestimmt zu einem frei gewählten Thema versammeln, ohne dass der Staat sie daran hindern dürfte (Selbstbestimmung ohne Staat). Sie sind aber faktisch auf die Inanspruchnahme öffentlichen Straßenraumes und ggf. auf die Sicherung der Versammlung durch Polizei und Ordnungsbehörden angewiesen (Selbstbestimmung durch den Staat). Selbstbestimmung durch Versammlung gelingt nur als dialektische Synthese aus staatlicher Zurückhaltung und staatlichem Engagement.

³⁸ BVerfGE 153, 182.

der beschränkt,³⁹ etwa⁴⁰ durch Verfahrenspflichten oder Wartezeiten zum Schutz eigenverantwortlicher Selbstbestimmung.⁴¹ Trotz solcher Verschränkung müssen beide Entwicklungslinien getrennt betrachtet werden. Denn sie haben unterschiedliche Strukturen und richten unterschiedliche Fragen an die Staatsrechtslehre.⁴²

³⁹ Zunächst durch den 2015 ins StGB eingefügten § 217, der durch das BVerfG allerdings im Jahr 2020 für verfassungswidrig erklärt worden ist (BVerfGE 153, 182).

⁴⁰ Das BVerfG hat die Beschränkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers deutlich angesprochen (BVerfGE 153, 182 [Rn. 339]): „Zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben steht dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. Sie reichen von der positiven Regulierung prozeduraler Sicherungsmechanismen, etwa gesetzlich festgeschriebener Aufklärungs- und Wartepflichten, über Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, bis zu Verboten besonders gefahrträchtiger Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB.“

⁴¹ Entsprechende Gesetzentwürfe zur (erneuten) Regulierung der Suizidassistenz liegen im politischen Raum vor, insbesondere der „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Suizidhilfe“ vom 19.04.2021 (BT-Drs. 19/28691) und der „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und der Sicherstellung zur Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung“ vom 07.03.2022 – BT-Drs. 20/904. Näher – auch zu früheren Gesetzentwürfen – *Wolfram Eberbach* Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmung und Bürokratie, *MedR* 2022, 455. Auch von der Wissenschaft sind Konzepte erarbeitet worden, die von einer Verschränkung von Emanzipierung und Etatisierung geprägt sind: *Carina Dorneck et al.* Sterbehilfegesetz. Augsburg-Münchner-Hallescher Entwurf (AMHE-Sterbehilfegesetz), 2021; *Gian Domenico Borasio et al.* Gesetz zur Regelung des assistierten Suizids, in: dies. Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, 2. Aufl. 2020, 31.

⁴² Im Verständnis von Selbstbestimmung als Synthese von Emanzipierung und Etatisierung klingt die in der Staatsrechtslehre immer wieder betonte, letztlich auf Hegel zurückgehende Absage an die Annahme einer natürlichen, staatsunabhängigen Freiheit an, alle Freiheit sei vielmehr konstituiert: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 57; *ders.* Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 1830, in: *Meiner*-Ausgabe 1999, § 539; *Dieter Grimm* Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 416: „Freiheit als unveränderter Zielwert der Ordnung bleibt unter diesen Umständen immer weniger natürliche Freiheit und wird immer mehr zu staatlich vermittelter und konditionierter Freiheit.“ Ähnlich *Gertrude Lübke-Wolff* Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 75. Aus dieser – im *Ergebnis* zutreffenden – Annahme darf aber *methodisch* nicht gefolgert werden, Emanzipierung (These) und Etatisierung (Antithese) könnten nur in ihrer synthetischen Beziehung behandelt werden, etwa im Sinne eines „zeitgemäßen“ oder „wahren“ Freiheitsverständnisses, das Freiheit, Solidarität und Vernunft in eines setzt. Vielmehr setzt sich die methodisch notwendige Unterscheidung zwischen Selbstbestimmung als Brutto- und als Nettobegriff (oben II.) in der hier zu treffenden Differenzierung zwischen Selbstbestimmung als Emanzipierung (These) und Selbstbestimmung als Produkt (Synthese) aus Emanzipierung und Etatisierung (Antithese) fort. Diese analytische Differenzierung muss auch *dogmatisch* durchgehalten werden, da These (Emanzipierung) und Antithese (Etatisierung) unterschiedlichen dogmatischen Maßstäben unterliegen, die durch eine Vermengung nicht zum Verschwinden gebracht werden dürfen.

IV. Emanzipierung – Selbstbestimmung ohne Staat (zu These 2)

1. Entwicklung

Die Emanzipierungsdynamik verläuft in heterogenen Entwicklungsphasen. Sie ist (1) kontinuierlich, (2) stagnierend, (3) volatil, (4) disruptiv und (5) latent.

a) Kontinuität

Sie ist *kontinuierlich*, da sich der Raum für selbstbestimmte Entfaltung tatsächlich wie rechtlich stetig vergrößert, der für Fremdbestimmung verkleinert. Von der eingetragenen Lebenspartnerschaft⁴³ über die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe⁴⁴ bis hin zur selbstbestimmten Festlegung des eigenen Geschlechts,⁴⁵ vom ehemals paternalistisch geprägten Arzt-Patientenverhältnis⁴⁶ bis hin zum heutigen Leitprinzip des informed consent⁴⁷ und dem Instrument der Patientenverfügung⁴⁸ – solche Entwick-

Während die Emanzipierung überwiegend mit der klassischen Eingriffsabwehrdogmatik zu verarbeiten ist (unten (unten IV.4.)), gilt für die Etatisierung teilweise anderes (unten V.4., 5.). Es gilt insbesondere der Versuchung zu widerstehen, Einschränkungen der Selbstbestimmung deswegen nicht (mehr) mit dem klassischen Eingriffsabwehrschema freiheitsschonend zu bearbeiten, weil Selbstbestimmung – synthetisch – auf Staatlichkeit angewiesen ist. Die Funktion der Grundrechte, Freiheit und Selbstbestimmung des Einzelnen vor staatlichem Zugriff zu schützen, hat nur eine dauerhafte „Chance“, wenn es gelingt, zwischen Selbstbestimmung im Sinne von Emanzipierung als These und Selbstbestimmung als Synthese zu unterscheiden. Ansonsten werden die Grundrechte in ihrem heutigen Verständnis hinter einem politisch beliebig instrumentalisierbaren Etatisierungsnebel zum Verschwinden gebracht werden. Das Problem auf den Punkt bringend *Jan Ross* Wir sind so frei, Die Zeit, 9.12.2021, 11: „Freiheit ist Freiheit. Sie ist genau das, was der angeblich anachronistische Freiheitsbegriff des Altliberalismus sagt: Das Fehlen von Beschränkung und Bevormundung, die Möglichkeit, nach eigenen Vorlieben, Einsichten und Entscheidungen zu handeln: Der Anspruch, stattdessen einen anderen, umfassenderen, besseren Freiheitsbegriff zu besitzen, ist Schummelei und Etikettenschwindel. Er ermöglicht es, Freiheit zu nennen, was tatsächlich Eingriffe in die Freiheit sind. Die Rede von der ‚wahren‘ Freiheit ist die verführerischste Maske, die man der Unfreiheit aufsetzen kann“.

⁴³ Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.02.2001 (BGBl. I S. 266).

⁴⁴ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2787).

⁴⁵ Vgl. oben Fn. 31.

⁴⁶ Die §§ 630a ff. BGB zum Behandlungsvertrag, die das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch im Arzt-Patienten-Verhältnis verbessern sollten, sind im Jahr 2013 durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ vom 20.02.2013 (BGBl. I S. 277) ins BGB eingefügt worden; vgl. dazu *Henning Rosenau/Hakan Hakeri* (Hrsg.) Kodifikation der Patientenrechte, 2014.

⁴⁷ Vgl. vor allem § 630 d, e BGB und §§ 7 ff. GenDG; *Henning Rosenau* Informed consent – Illusion oder Realität im Medizinrecht? in: Joachim Hruschka/Jan C. Joerden (Hrsg.)

lungen sind zwar nicht als systematisch geplanter Prozess, wohl aber als kontinuierlich im Sinne beständig fortschreitender Emanzipierung zu sehen.

b) *Stagnation*

Die Kontinuität wurde und wird durch Phasen der Stagnation unterbrochen. Ein Beispiel⁴⁹ ist das Fortpflanzungsmedizinrecht. Hier ist seit langem keine substanzielle Selbstbestimmungserweiterung mehr zu verzeichnen⁵⁰ – Eizellspende, Leihmutterschaft oder post-mortem-Befruchtung stehen nach wie vor unter Strafe.⁵¹

c) *Volatilität*

Die Emanzipierungsdynamik ist volatil. Die Suizidassistentz z.B. war lange Zeit unreguliert. 2015 kam das strafbewehrte Verbot in § 217 StGB. Nach dessen Nichtigkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2020⁵² besteht jetzt wieder ein unregulierter Raum, der durch den Gesetzgeber in Kürze⁵³ erneut verengt werden dürfte.⁵⁴

Jahrbuch für Recht und Ethik 24 (2016), 265; Carina Dorneck/Ulrich M. Gassner/Jens Kersten/Josef Franz Lindner/Kim Philip Linoh/Katja Nebe/Henning Rosenau/Birgit Schmidt am Busch Contextual Consent – Selbstbestimmung diesseits der Illusionen des Medizinrechts, MedR 2019, 431; Stefan Rixen Rechtliche Anforderungen an die Arzt-Patient-Interaktion, in: Georg Marckmann (Hrsg.) Praxisbuch Ethik in der Medizin, 2022, 103.

⁴⁸ Geregelt in § 1901a BGB.

⁴⁹ Ähnliches gilt für das Betäubungsmittelrecht, in das erst jüngst mit politischen Vorschlägen zur Legalisierung von Cannabis wieder Bewegung gekommen ist.

⁵⁰ Carina Dorneck Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2017; Jens Kersten Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, NVwZ 2018, 1248; Josef Franz Lindner Für ein modernes Fortpflanzungsmedizinengesetz in Deutschland, ZRP 2019, 171; vgl. dazu auch den die Selbstbestimmung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin stärkenden Vorschlag eines Fortpflanzungsmedizingesetzes von Ulrich M. Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef Franz Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth Fortpflanzungsmedizinengesetz. Augsburg-Münchner Entwurf, 2013.

⁵¹ Vgl. §§ 1, 2, 4 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG). Zum Problem der Grundrechtskonformität dieser Verbote Josef Franz Lindner Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.) Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz in Deutschland; 2012, 127 (131).

⁵² BVerfGE 153, 182.

⁵³ Vgl. die in Fn. 41 zitierten Gesetzentwürfe.

⁵⁴ Ähnliche Volatilität sieht man – hauptsächlich in den USA – im Bereich des Abtreibungsrechts (von „Roe“ zu „Dobbs“), vgl. Justus Vasel Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwenden im Abtreibungsrecht, NJW 2022, 2378; Sophie Ludewigs Roe v. Wade overturned. Zum amerikanischen Abtreibungsrecht nach Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, JZ 2022, 772.

d) *Disruption*

Mitunter zeigt sich die Emanzipierungsdynamik disruptiv: Sie erfährt plötzliche, unerwartet heftige Ausschläge. Beispiele⁵⁵ sind die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung,⁵⁶ auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme⁵⁷ oder auf einen selbstbestimmten Tod, mit denen das Bundesverfassungsgericht auf neue Bedrohungen der Selbstbestimmung reagiert, aber auch neue Selbstbestimmungsräume unerwartet weit⁵⁸ geöffnet hat.⁵⁹

⁵⁵ Dazu *Gerrit Hornung* Grundrechtsinnovationen, 2015, der zwischen sog. „Basisinnovationen“ einerseits und sog. „inkrementellen Innovationen“ andererseits unterscheidet. Als Basisinnovationen versteht er grundsätzliche, plötzlich und eruptiv eintretende Innovationschübe. Als inkrementelle Innovationen hingegen werden solche Innovationen bezeichnet, die sich über einen längeren Zeitpunkt in schrittweiser Entwicklung entfalten.

⁵⁶ BVerfGE 65, 1 und seither paradigmatisch für das Datenschutz- und insbesondere das Sicherheitsrecht.

⁵⁷ BVerfGE 120, 274.

⁵⁸ BVerfGE 153, 182. Der disruptive Charakter dieser Entscheidung besteht nicht so sehr darin, dass das Bundesverfassungsgericht überhaupt ein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben anerkannt hat – ein solches war in der rechtswissenschaftlichen Literatur und vom Bundesverwaltungsgericht bereits anerkannt, sondern dieses – anders als noch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 158, 142) – unabhängig gestellt hat von jeglichen gesundheitlichen Kontingenzen der suizidwilligen Person. Es folge letztlich aus der Menschenwürde: „Dieser in der Würde des Menschen wurzelnde Gedanke autonomer Selbstbestimmung wird in den Gewährleistungsgehalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts näher konkretisiert.“ (Rn. 207). „Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Sie ist Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Welchen Sinn der Einzelne in seinem Leben sieht und ob und aus welchen Gründen sich eine Person vorstellen kann, ihr Leben selbst zu beenden, unterliegt höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen. Der Entschluss betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst deshalb nicht nur das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen.“ (Rn. 209). „Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist als Ausdruck personaler Freiheit nicht auf fremddefinierte Situationen beschränkt. Das den innersten Bereich individueller Selbstbestimmung berührende Verfügungsrecht über das eigene Leben ist insbesondere nicht auf schwere oder unheilbare Krankheitszustände oder bestimmte Lebens- und Krankheitsphasen beschränkt. Eine Einengung des Schutzbereichs auf bestimmte Ursachen und Motive liefe auf eine Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen und auf eine inhaltliche Vorbestimmung hinaus, die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist.“ (Rn. 210).

⁵⁹ Disruptiven Charakter haben auch das ein Recht auf Nichtwissen anerkennende Genodiagnostikgesetz (vgl. bereits Fn. 30) sowie das nunmehr im Raum stehende Recht auf selbstbestimmte Wahl des Geschlechts (Fn. 31).

e) Latenz

Die Emanzipierungsdynamik ist schließlich latent, entwicklungssoffen. Eruptive Entwicklungen in den Lebenswissenschaften schaffen neue Selbstbestimmungsoptionen, die erst allmählich zu Tage treten. Die sog. Personalisierung der Medizin⁶⁰ etwa erweitert die therapeutischen Optionen des Patienten durch individualisierte Medikamentierung, die Neurowissenschaften versprechen neuronale,⁶¹ die sog. „Genschere“⁶² genetische Optimierung^{63, 64}

⁶⁰ Wolfram Eberbach Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, 757; Jens Kersten Personalisierte Medizin. Rechtliche Herausforderungen für Gesundheit und Gesellschaft, Zeitschrift für evangelische Ethik 57 (2013), 23; Simone Gräfin von Hardenberg/Nikola Wilman Individualisierte Medizin als Exklusiv-Medizin? Versuch einer sozialrechtlichen Einordnung und Bewertung, MedR 2013, 77.

⁶¹ Man spricht auch von „Neuroenhancement“. Dieser Begriff bezeichnet die medizinisch nicht indizierte Verbesserung von menschlichen Gehirnleistungen durch pharmakologische, genetische, elektromagnetische oder andere von außen auf das Gehirn wirkende Maßnahmen; dazu Reinhard Merkel Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserungen der mentalen *condicio humana* und strafrechtliche Grenzen, ZStW 121 (2009), 919; Josef Franz Lindner „Neuroenhancement“ als Grundrechtsproblem, MedR 2010, 462; Klaus Ferdinand Gärditz Pharmakologisches Neuro-Enhancement als Rechtsproblem, PharmR 2011, 46; Jens Pritting Rechtliche Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2014. Was die Optimierung des Gehirns, genauer des Neuronalsystems angeht, mag manches freilich futuristisch anmuten, etwa die Schaffung gemeinsamer Schnittstellen zwischen menschlichem Gehirn und Computer; vgl. dazu Michio Kaku Die Physik des Bewusstseins. Über die Zukunft des Geistes, 2014. Das Recht hat sich gleichwohl frühzeitig mit solchen Optionen zu befassen; Eric Hilgendorf Menschenwürde und Neuromodulation, in: Jan C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hrsg.) Menschenwürde und Medizin, 2013, 865 (m.w.N. auf S. 873 f.).

⁶² Durch spektakuläre molekularbiologische Entdeckungen (Stichwort: Genschere – CRSPR-cas9) ist es in greifbare Nähe gerückt, Defekte im menschlichen Genom zu „reparieren“. Man spricht auch von therapeutischer Genomchirurgie. Für eine kurze Einführung in diese naturwissenschaftlich komplexe Thematik s. Frank Buchholz Genom-Chirurgie, F&L 2017, 26; Giovanni Rubeis/F. Steger Genome Editing in der Pränatalmedizin. Eine medizinethische Untersuchung, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 24 (2016), 143 m.w.N.; Bijan Fateh-Moghadam Genome Editing als strafrechtliches Grundlagenproblem, medstra 2017, 146; ferner Jens Kersten Die Konsistenz des Menschlichen, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2017, 315 (320, 335); Nikolaus Knoepffler Den Hippokratischen Eid neu denken, 2021, 250.

⁶³ Vgl. dazu Josef Franz Lindner Die genetische Optimierung, ZfL 2017, 104. Dies ist im weiteren Kontext der ebenfalls voranschreitenden und die Selbstbestimmungsoptionen des Einzelnen erweiternden sog. „wunscherfüllenden Medizin“ zu sehen, wo Eingriffe ohne medizinische Indikation allein aufgrund des informed consent, also des selbstbestimmten Willens des Patienten durchgeführt werden: dazu etwa Matthias Kettner (Hrsg.) Wunscherfüllende Medizin, 2009; Albrecht Wienke/Wolfram Eberbach/Hans-Jürgen Kramer/Kathrin

2. *Impulse*

Die Emanzipierungsdynamik wird von differenten Impulsen getragen. Dynamisierend⁶⁵ wirken (1) naturwissenschaftliche Erkenntnisfortschritte, (2) Entnormativierungsprozesse, (3) Pragmatisierungseffekte der liberalen Demokratie sowie (4) emanzipierungsbegünstigende Konstitutionalisierungsschübe.

a) *Naturwissenschaftliche Fortschritte*

Rasante Fortschritte in Technik und Naturwissenschaft vermehren die lebensweltlichen Substrate für Selbstbestimmung. Reproduktive Selbstbestimmung ist nur möglich, weil die Reproduktionsmedizin Optionen artefizieller Fortpflanzung schafft. Selbstbestimmung im Wissen und Nichtwissen über genetische Disposition ist nur möglich, weil Lebenswissenschaften das menschliche Genom entschlüsselt haben und sich Krankheitsdispositionen analysieren lassen.

b) *Entnormativierungsprozesse*

Es treten Entnormativierungsprozesse hinzu. Gemeint sind Bindungsverluste im außerrechtlichen Normbereich. Die Religionen verlieren nicht nur Mitglieder, sondern auch materielle Bindungskraft. Damit korrespondiert eine Abnahme an Einfluss in politischen Arenen, in denen über Selbstbestimmung diskutiert wird. Auch in der Ethik verblasen substanzontologische Gewissheiten infolge metaethischer Begründungskritik⁶⁶ zu Gunsten

Janke (Hrsg.) *Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin*, 2009; Udo Ebert/Ortrun Riha/Lutz Zerling (Hrsg.) *Der Mensch der Zukunft. Hintergrund, Ziele und Probleme des Human Enhancement*, 2013; Jens Kersten *Menschen und Maschinen*, JZ 2015, 1.

⁶⁴ Selbst Entwicklungen in Richtung Trans- oder Posthumanismus werden heute nicht mehr ausschließlich als science fiction diskutiert, vgl. etwa Matthias Beck *Transhumanismus und Posthumanismus*, in: Christoph Böhr/Markus Rothhaar (Hrsg.) *Anthropologie und Ethik der Biomedizin*, 2021, 265, wobei sich Aufhebung des Menschen oder Menschseins unter Überwindung der *conditio humana* und Selbstbestimmung auch ausschließen können. Zu den Begriffen s. Janina Loh *Trans- und Posthumanismus zur Einführung*, 2. Aufl. 2019, 32. Robotik und KI stellen das hergebrachte Verständnis von Selbstbestimmung unter zusätzlichen Rechtfertigungs- und ggf. Anpassungsdruck.

⁶⁵ Nicht abschließend und in aufsteigender Folge von den eher tatsächlichen zu den eher normativen Impulsen.

⁶⁶ Die erkenntnistheoretische Unmöglichkeit (normativer) *Letztbegründung* wird heute nicht mehr grundsätzlich bestritten. Einen Norminhalt als richtig letztzubegründen würde voraussetzen, hinreichende, mindestens plausible Gründe für diesen Norminhalt benennen

prozeduraler Plausibilitätsmodelle.⁶⁷ Dies hat dazu geführt, dass individuelle Selbstbestimmung im moralphilosophischen Diskurs zu einem starken Argumentationstopos⁶⁸ geworden ist.⁶⁹

zu können. Dies wiederum würde voraussetzen, die dafür angeführten Gründe ihrerseits zu begründen etc. Es droht hier das, was der Philosoph *Hans Albert* das sog. „Münchhausen-Trilemma“ genannt hat: Das Prinzip hinreichender Begründung von (auch normativen) Aussagen führt entweder in einen infiniten Regress, in einen Zirkelschluss oder in den Abbruch des Begründungsverfahrens an bestimmter Stelle. Näher dazu *Hans Albert* Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, 9. Ähnlich auch *Norbert Hoerster* Was können wir wissen? Philosophische Grundfragen, 2010, 59: „Es gibt eine lange Tradition in der Geschichte der Philosophie, wonach es außer logischem und empirischem Wissen auch ein sogenanntes metaphysisches Wissen gibt. Ein solches metaphysisches Wissen würde sich, falls vorhanden, offenbar auf eine ganz eigene, weder logisch noch empirisch zugängliche Wirklichkeit beziehen.“ Grundsätzlich *J.L. Mackie* Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen, 1981, 11: „Es gibt keine objektiven Werte“ – und damit auch keine objektiven Aussagen über Inhalt, Reichweite und Grenzen von Selbstbestimmung. Grundlegend zum Postulat metaphysikfreien Argumentierens in der Ethik *William K. Frankena* Analytische Ethik, 2. Aufl. (dt. Ausgabe) 1975.

⁶⁷ Dass sich im Bereich des Normativen inhaltliche Aussagen (über die Richtigkeit oder gar Gebotenheit von Norminhalten) nicht letztbegründen lassen, bedeutet nicht, dass sich insoweit überhaupt keine begründbaren Aussagen treffen lassen. Prozedural, intersubjektiv und im regelgeleiteten Diskurs lassen sich zumindest plausibel begründete und verfahrensmäßig legitimierte Aussagen machen; vgl. dazu grundsätzlich *Arthur Kaufmann* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 264 („prozedurale Theorien der Gerechtigkeit“); *Axel Tschentscher* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1999. Eine besonders wirkmächtige Variante einer prozeduralen Wahrheitstheorie ist die Theorie des rationalen Diskurses von *Jürgen Habermas*; vgl. etwa *ders.* Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984; *ders.* Erläuterungen zur Diskursethik, 1991; s. dazu auch *Otfried Höffe* Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1995, 351. Kritisch zur Diskurstheorie *Armin Engländer* Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002; kritisch auch *Hans Albert* Kritik des transzendentalen Denkens, 2003.

⁶⁸ Im Bereich der Biomedizin (zum Begriff *Josef Franz Lindner* Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts, JZ 2019, 639 [645]) wird die Diskussion um Selbstbestimmung, Autonomie und Fremdbestimmung besonders intensiv geführt, was angesichts der Existenzialität dieses lebensweltlichen Bereiches, der es vor allem mit dem Kranksein und Sterben zu tun hat, nicht Wunder nimmt. Im Anschluss an das grundlegende Werk von *Tom L. Beauchamp/James F. Childress* Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, werden auch in der deutschsprachigen Medizinethik vier Leit motive betont, von denen die Selbstbestimmung an erster Stelle genannt wird: „Respect for Autonomy“ (zusätzlich Nonmaleficence, Beneficence, Justice); *Georg Marckmann* Grundlagen ethischer Entscheidungsfindung in der Medizin, in: *ders.* (Hrsg.) Praxisbuch Ethik in der Medizin, 2022, 3 (10); *Stephan Ernst* Am Anfang und Ende des Lebens. Grundfragen medizinischer Ethik, 2020, 37.

⁶⁹ Am Beispiel der Sterbehilfe *Bettina Schöne-Seifert* Beim Sterben helfen – dürfen wir das? 2020, 29.

c) *Pragmatisierungseffekte in der liberalen Demokratie*

Damit in Zusammenhang⁷⁰ stehen Pragmatisierungseffekte im politisch-parlamentarischen Diskurs. Das tendenziell schrumpfende Spektrum an Tabuthemen und die wachsende Bereitschaft, auch das bisher politisch nicht Durchsetzbare oder gar Udenkbare zu verhandeln, führen dazu, dass am Ende der Debatte nicht die gänzliche Ablehnung, sondern der politische Kompromiss steht. Damit wird der Raum für die Selbstbestimmung tendenziell erweitert. Die tatsächlichen und rechtlichen Gesetzmäßigkeiten des politischen Prozesses in der vom Grundgesetz verfassten liberalen Demokratie bewirken eine Kontinuität in der Emanzipationsdynamik. Deren Treibmittel ist der pragmatische Kompromiss. Kollektive Selbstbestimmung führt so zu einem Mehr an individueller Selbstbestimmung.⁷¹

d) *Konstitutionalisierungsschübe*

Einen gewichtigen Impuls bildet schließlich die Konstitutionalisierung des Rechts. Selbstbestimmungsrelevante Sachverhalte werden verfassungsrechtlich, insbesondere grundrechtlich überhöht. Die Etablierung von Grundrechten im Modus „Grundrecht auf xy-bezogene Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG“ bewirkt,⁷² dass der Gesetzgeber Selbstbestimmung nur beschränken darf, wenn dies grundrechtlich gerechtfertigt werden kann. An dieser Entwicklung ist erstens die Rechtswissenschaft beteiligt, die neue Grundrechte entwickelt: etwa ein

⁷⁰ Zum Zusammenhang von prozeduralen Begründungstheorien und den Strukturgesetzmäßigkeiten der liberalen Demokratie grundsätzlich *Oliver Lepsius* Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, 1999.

⁷¹ Ein Beispiel dafür ist die Regelung über die Präimplantationsdiagnostik (PID) in § 3a des Embryonenschutzgesetzes (ESchG). Jahrelang wurde in Deutschland erbittert über die Zulassung der PID gestritten; vgl. dazu *Barbara Böckenförde-Wunderlich* Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002. Von der generellen Unzulässigkeit dieser Methode bis zur unbeschränkten Zulässigkeit reichte das Meinungsspektrum des meist mit substantiologischen Argumenten geführten Diskurses. Die konträren Positionen wurden aufgelöst in einem pragmatischen Kompromiss im parlamentarischen Verfahren, das allerdings erst durch eine umstrittene Entscheidung des BGH, NJW 2010, 2672, zur Straflosigkeit der PID (nach damaligem Recht) in Gang gekommen war. Deutlich ablesbar ist dieser Kompromiss in der Struktur des § 3a ESchG: Absatz 1 dieser Norm stellt im Grundsatz ein strafbewehrtes Verbot der PID auf. Nach Absatz 2 ist die Durchführung einer PID ausnahmsweise zulässig, wenn die dort aufgestellten Voraussetzungen erfüllt werden. Die PID darf nur vorgenommen werden, wenn eine Ethikkommission – ein typisches Instrument zur Ermöglichung politischer Kompromisse (vgl. die ähnliche Regelungstechnik in §§ 6 Abs. 4 Nr. 3; 7 des Stammzellgesetzes (StZG) – im Verfahren nach § 3a Abs. 3 ESchG eine zustimmende Bewertung abgegeben hat.

⁷² Überblick über die Vielzahl derartiger Grundrechte bei *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher* Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 511 ff.

Grundrecht auf reproduktive,⁷³ bioethische⁷⁴ oder neuronale⁷⁵ Selbstbestimmung.⁷⁶ Beachtliche Dynamik erfährt die Konstitutionalisierung auch durch das Bundesverfassungsgericht,⁷⁷ zuletzt durch die Entscheidung zu § 217 StGB.⁷⁸

⁷³ *Carina Dorneck* Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2017, 67 m.w.N. zum Diskussionsstand; *Matthias Reinke* Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008. Durchgesetzt hat sich eine solche grundrechtliche Position bislang allerdings nicht. Ablehnend etwa *Hubert Hüppe* Legalisierung der Eizellspende, ZRP 2015, 126; *Klaus Ferdinand Gärditz* Fortpflanzungsmedizinrecht zwischen Embryonenschutz und reproduktiver Freiheit, ZfL 2014, 42 (49). Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang noch keine Gelegenheit oder hat eine solche bislang jedenfalls nicht wahrgenommen, sich mit der Existenz eines Grundrechts auf reproduktive Selbstbestimmung grundsätzlich zu befassen. Es erscheint allerdings schwer vorstellbar, dass das Gericht zwar für das Lebensende ein weitreichendes Selbstbestimmungsrecht (auf selbstbestimmtes Sterben) anerkennt (BVerfGE 153, 182), ein Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf den Beginn des Lebens jedoch verneinen würde – ungeachtet der unterschiedlichen Struktur beider Rechte: anders als beim selbstbestimmten Sterben ist bei der reproduktiven Selbstbestimmung eine weitere Person vom Akt der Selbstbestimmung existenziell betroffen, nämlich der später geborene Mensch. Da dieser ohne den Akt der Selbstbestimmung der Eltern aber nicht existierte, liegt kein Fall einer Selbstbestimmung zu Lasten Dritter vor, der gegen die Annahme eines Grundrechts auf reproduktive Selbstbestimmung spricht, es sei denn man sähe das Leben als solches als Last an.

⁷⁴ *Martin Koppert* Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997.

⁷⁵ Zum Sinn und zur Funktion eines Grundrechts auf neuronale Selbstbestimmung *Josef Franz Lindner* Neurowissenschaften und Recht aus grundsätzlicher Perspektive, in: ders. (Hrsg.) Die neuronale Selbstbestimmung des Menschen. Grundlagen und Gefährdungen, 2016, 11 (21); *Marion Albers* Grundrechtsschutz und Innovationserfordernisse angesichts neuartiger Einblicke und Eingriffe in das Gehirn, in: Josef Franz Lindner (Hrsg.) Die neuronale Selbstbestimmung des Menschen. Grundlagen und Gefährdungen, 2016, 63.

⁷⁶ Zu einem Grundrecht auf (genombezogenes) Wissen und Nichtwissen *Ferdinand Wolensschläger* Der Drittbezug prädiktiver Gendiagnostik im Spannungsfeld der Grundrechte auf Wissen, Nichtwissen und Geheimhaltung, AöR 188 (2013), 161; *Josef Franz Lindner* Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik, MedR 2007, 286; *Gunnar Duttge* Zur Sinnhaftigkeit des Nichtwissens und seiner normativen Absicherung, in: Gunnar Duttge/Christian Lenk (Hrsg.) Das sogenannte Recht auf Nichtwissen, 2019, 9.

⁷⁷ Diese Entwicklung hat bereits mit dem Elfes-Urteil aus dem Jahr 1957 begonnen, BVerfGE 6, 32. Diese Entscheidung erschließt den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes durch die Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht im Sinn einer allgemeinen Handlungsfreiheit ein lückenloses System des Freiheitsschutzes. Mit dem Verständnis der Persönlichkeitsentfaltung im Sinne eines allgemeinen Freiheitsrechts wird ein umfassendes Regel-Ausnahme-Verhältnis begründet, das den in die Freiheitssphäre vordringenden Staat in die Rechtfertigungslast drängt. Es gibt keine grundrechtsfreien Räume. Auch das – subjektiv – Banale ist grundrechtlich wertvoll. Insofern ist die gesamte Lebenswelt, jedenfalls die aus Interessen bestehende und auf Interessen bezogene, konstitutionalisiert.

⁷⁸ BVerfGE 153, 182; s. bereits oben Fn. 58.

3. Hemmnisse

Den Dynamisierungsimpulsen stehen einige Hemmnisse gegenüber:

a) Tabuisierungen

Es bestehen weiter politische Tabuisierungen, die den grundsätzlichen Pragmatisierungseffekt⁷⁹ der liberalen Demokratie bislang „überlebt“ haben. Dies erkennt man etwa im Bereich der Fortpflanzungsmedizin,⁸⁰ bis vor kurzem auch im Betäubungsmittelrecht.⁸¹

b) Strategie des „foreign shopping“

Emanzipierungshemmend wirkt die für deutsche Politik geradezu paradigmatische Strategie des „foreign shopping“.⁸² Der Staat beschränkt Selbstbestimmung in Deutschland und verweist Bürger auf Angebote im Ausland.⁸³ Beispiele gibt es viele: Sterbehilfe, Eizellspende und Leihmutterschaft waren bzw. sind in Deutschland verboten⁸⁴ – sollen die Betroffenen sich diese Leistungen doch im Ausland kaufen. Ähnliches gilt für die Organtransplantation, wo Patienten in Deutschland von Spenderorganen profitieren, die im Ausland⁸⁵ mittels Widerspruchslösung gewonnen

⁷⁹ Dazu soeben IV.2.c.

⁸⁰ S. bereits oben IV.1.b.; zur Qualifikation des deutschen Fortpflanzungsmedizinrechts als veraltet, repressiv, widersprüchlich und lückenhaft s. *Josef Franz Lindner* Fortpflanzungsmedizin aus juristischer Sicht, in: Florian Steger u.a. (Hrsg.) *Pränatalmedizin*, 2018, 129.

⁸¹ Das deutsche Betäubungsmittel(straf)recht ist durch ein hohes Maß an Restriktion und Repression geprägt; zur Cannabis-Entscheidung des BVerfG s. bereits oben Fn. 15. Im Koalitionsvertrag der die aktuelle Bundesregierung („Ampelkoalition“) tragenden Parteien sind Reformschritte angekündigt: „Wir führen die kontrollierte Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken in lizenzierten Geschäften ein.“

⁸² Dazu *Josef Franz Lindner* „Free Rider“ – Leitbild der deutschen Gesundheitspolitik, *Merkur* Nr. 852 (5/2020), 91.

⁸³ Es ist ein ausgeprägtes Kennzeichen deutscher Politik und Politikdiskurse, sich politisch schwieriger, zumal ethisch umstrittener Entscheidungen im Vertrauen darauf zu entziehen, dass andere Länder oder Organisationen dies erledigen. Solche „Free-Rider“-Mentalität zeigte sich früher vor allem in der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik, wo Deutschland lange Zeit eigenes Engagement zurückstellte im Vertrauen auf die Einsatzbereitschaft und -fähigkeit der Partnerstaaten. Sie zeigt sich heute im Nachrichtendienstrecht, wo den deutschen Sicherheitsbehörden und Nachrichtendiensten selbst enge Fesseln angelegt werden, man aber gerne von ausländischen Diensten Informationen entgegennimmt, die in Deutschland selbst nicht erhoben oder übermittelt werden dürften. Auch im Bereich der Energieversorgung funktionieren politische Entscheidungen nach diesem Schema.

⁸⁴ S. bereits Fn. 51.

⁸⁵ Über „Eurotransplant“, eine Stiftung niederländischen Rechts, die als Vermittlungsstelle nach § 12 des Transplantationsgesetzes (TPG) fungiert, gelangen Spenderorgane aus

wurden, die in Deutschland in die Nähe eines Menschenwürdeverstoßes⁸⁶ gerückt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat solchem Trittbrettfahrertum deutscher Politik in der Entscheidung zu § 217 StGB eine deutliche Absage erteilt: „Die staatliche Gemeinschaft darf den Einzelnen [...] nicht auf die Möglichkeit verweisen, im Ausland verfügbare Angebote der Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen. Der Staat hat den erforderlichen Grundrechtsschutz gemäß Art. 1 Abs. 3 GG innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten.“⁸⁷ Diesen Satz wird man verallgemeinern müssen.⁸⁸

c) Etatisierungstendenzen

Schließlich wirken neue Etatisierungstendenzen mitunter emanzipierungshemmend. In einer Pandemie sind selbstbestimmungsverkürzende Maßnahmen unausweichlich.⁸⁹ Der Staat soll darüber hinaus aber auch tätig

Eurotransplant-Mitgliedsländern nach Deutschland (und werden hier auf Patienten übertragen), in denen die sog. „Widerspruchslösung“ gilt (z.B. Österreich). Danach kommt als Organspender in Betracht, wer der Organentnahme (nach dem Hirntod) nicht ausdrücklich widerspricht. Demgegenüber gilt in Deutschland nach §§ 3 f. TPG die sog. erweiterte Zustimmungslösung.

⁸⁶ Vgl. die Kritik an der Widerspruchslösung bei *Steffen Augsberg/Peter Dabrock* Widersprüchlich und keine Lösung, FAZ.NET, 15.10.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/warum-die-widerspruchslösung-der-organspende-nicht-hilft-16431297.html?printPagedArticle=true#pageIndex_7> (Stand 30.09.2022). Soweit gegen die Widerspruchslösung vorgebracht wird, sie würde die Menschenwürde oder das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende Persönlichkeitsrecht, das auch die selbstbestimmte Entscheidung in Körperangelegenheiten umfasst, verletzen, ist dem entgegenzuhalten, dass es auch bei der Widerspruchslösung dem Einzelnen unbenommen bleibt, selbstbestimmt zu entscheiden, ob er für den Fall seines Hirntodes (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG) als Organspender zur Verfügung steht oder nicht. Will er dies nicht, muss er widersprechen. Die einzige selbstbestimmungsrelevante „Zumutung“ besteht darin, dass man sich mit der Thematik überhaupt befassen muss, was aber nicht ernsthaft als Menschenwürdeproblem qualifiziert werden kann. Zwar kann man in einer solchen faktischen Befassungspflicht einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht sehen, doch dürfte sich dieser angesichts der Wichtigkeit der mit einer solchen Regelung zu schützenden Rechtsgüter (insbes. das Leben der auf ein Spenderorgan angewiesenen Patienten) rechtfertigen lassen.

⁸⁷ BVerfGE 153, 182 (Rn. 300).

⁸⁸ Würde das Bundesverfassungsgericht ein Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung anerkennen (vgl. dazu bereits oben Fn. 73), wäre es konsequent, den zitierten Satz auch auf die Verbote von Eizellspende, Leihmutterschaft und post-mortem-Befruchtung anzuwenden.

⁸⁹ Für eine Übersicht über die in der Corona-Pandemie erlassenen Befugnisnormen und Eingriffsmaßnahmen s. *Josef Franz Lindner* Öffentliches Recht, in: Hubert Schmidt (Hrsg.) Covid-19. Rechtsfragen der Coronapandemie, 3. Aufl. 2021, § 18; *ders.*, Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, in: Hubert Schmidt (Hrsg.) Covid-19. Rechtsfragen der Coronapandemie. Aktualisierungsband zur 3. Aufl., 2022, § 26; zum Grundrechtsschutz in der

werden, um Selbstbestimmung zu ermöglichen, zu sichern oder zu fördern – damit beschränkt er sie mitunter aber auch.⁹⁰

4. Dogmatik

Für die verfassungsrechtliche Verarbeitung der Emanzipierungsdynamik haben Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht eine etablierte Dogmatik generiert. Deren heute weitgehend anerkannter Kern ist der grundrechtliche Regel-Ausnahme-Mechanismus, der aus vier Elementen besteht: (1) Der Ausgangsvermutung⁹¹ zu Gunsten von Freiheit und Selbstbestimmung, (2) deren Einschränkung nur im Ausnahmefall, (3) dem Zwang zur Rechtfertigung der Einschränkung und (4) der rationalen Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹² Nur wenn sich eine Verkürzung der Selbstbestimmung in diesem gehaltvollen Rechtfertigungsschema legitimieren lässt, ist sie vom Bürger hinzunehmen. Die grundrechtlich garantierte Selbstbestimmung steht nicht a priori unter Vorbehalt: nicht unter einem Solidaritätsvorbehalt, nicht unter einem generellen Gemeinwohlvorbehalt, einem Vernünftigkeitvorbehalt oder einem Moralvorbehalt.⁹³

Pandemie Jens Kersten/Stephan Rixen Der Verfassungsstaat in der Coronakrise, 2. Aufl. 2021, 95.

⁹⁰ Dazu näher unten V.

⁹¹ Gegen diesen grundsätzlichen Konstruktionsansatz wird mitunter vorgebracht, er würde auch offensichtlich unerwünschtes, dritt- oder gemeinwohlschädigendes oder gar kriminelles Verhalten zunächst grundrechtlichen Schutzbereichen zuordnen und dessen Verbot einer – offensichtlich sinnlosen – Rechtfertigungsprozedur unterwerfen; so in der Sache *Dieter Grimm* Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 416, der der Annahme einer natürlichen Freiheit angesichts der Verwiesenheit von Freiheit und Selbstbestimmung auf staatliche Strukturen und Vermittlung skeptisch gegenübersteht. Der Hinweis auf diese Verwiesenheit ist zwar richtig, widerspricht aber der Annahme einer Ausgangsvermutung zu Gunsten von Freiheit und Selbstbestimmung nicht. Denn die Figur der (freilich widerlegbaren) Ausgangsvermutung ist eine *analytisch-dogmatische* Argumentationsfigur, mit der verhindert werden soll, dass a-priori-Beschränkungen von Freiheit und Selbstbestimmung dem grundrechtsdogmatischen Rechtfertigungsprozess entzogen und mit irgendwelchen Gemeinwohlvorbehalten oder grundrechtsimmanenten Schranken gerechtfertigt werden. In der Figur der (durch Eingriffsrechtfertigung) widerlegbaren Ausgangsvermutung zu Gunsten der Freiheit findet die methodisch und analytisch notwendige Unterscheidung zwischen Freiheit als Brutto- und Nettobegriff (oben II.) ihre grundrechtsdogmatische Konsequenz; vgl. zum Ganzen vertiefend und m.w.N. *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 105, 229.

⁹² Kanonisch *Peter Lerche* Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

⁹³ Ein Satz wie: „Wir müssen alle unser Leben ändern“ (so die Überschrift eines Beitrages von *Jens Kersten*, Verfassungsblog vom 23.06.2020) mag als moralischer oder politischer Appell durchgehen oder sogar berechtigt sein, ist aber verfassungsrechtlich (zunächst) irrelevant.

5. *Desiderate*

Diese Grundsätze müssen behauptet werden gegen Paternalismustendenzen⁹⁴ und politisch-moralische⁹⁵ Belehrungsrhetorik,⁹⁶ gegen (subtiles)

⁹⁴ Das Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG als Verbürgung der Allgemeinen Handlungsfreiheit (s. oben Fn. 77) ist das erste und ein wichtiges verfassungsrechtliche „Bollwerk“ gegen jeden übergreifenden Paternalismus, weil jeglicher Zugriff des Staates auf jegliche Freiheit des Einzelnen rechtfertigungsbedürftig ist. Zu den unterschiedlichen Begrifflichkeiten und Nuancen von Paternalismus s. etwa *Horst Eidenmüller* Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814; *Stephan Kirste* Harter und weicher Rechtspaternalismus, JZ 2011, 805. Ob weicher oder harter, liberaler oder sozialer Paternalismus – bei allen Erscheinungsformen staatlicher Verhaltensvorgaben im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen oder der Gesellschaft gilt: Deren (grundrechtliche) Zulässigkeit ergibt sich nicht bereits daraus, dass ein bestimmtes Verhalten oder dessen Änderung im wohlverstandenen Interesse des Adressaten ist. Es muss ein *zusätzlicher* legitimer Zweck hinzukommen, der über das wohlverstandene Interesse der Normadressaten hinausgeht. Beispiel: Das Verbot, in öffentlich zugänglichen Räumen zu rauchen, kann nicht mit dem wohlverstandenen Interesse des Rauchers an der Erhaltung seiner Gesundheit begründet werden, wohl aber (und allein) mit dem Schutz Dritter vor gesundheitsschädlichem Passivrauchen; BVerfGE 121, 317 (347).

⁹⁵ Vgl. dazu die grundsätzlichen Beiträge in *Christian Neuhäuser/Christian Seidel* (Hrsg.) Kritik des Moralismus, 2020; *Michael Goldhammer* Hypermoral und Recht, Der Staat 60 (2021), 221.

⁹⁶ Die gegenwärtigen Krisen (Pandemie; Energiekrise; Preiskrise) führen nicht nur zu gesundheitlichen, sozialen und wirtschaftlichen Verwerfungen, sondern auch zu einer grundsätzlich freiheitsfeindlichen Krisenrhetorik. Rechtlich nicht oder nur schwer durchsetzbare oder kontrollierbare Pflichten (Ausgangssperren, Konsum- und Mobilitätsreduzierung, energiesparende Formen von Körperhygiene etc.) werden (auch) als moralische Gebote reformuliert. So blendete ein Sender des öffentlich-rechtlichen Fernsehens während der Sendungen am oberen Bildschirmrand die Aufforderung ein: „Wir bleiben zu Hause“. Der Bundeswirtschaftsminister ließ verlauten, man solle kürzer und kalt duschen u.s.w. Man mag das als kleine Münze von in Krisensituationen besonders geforderten Inhabern politischer Ämter niedrig hängen. Doch dahinter steckt auch ein grundrechtliches Problem: Moralisch aufgeladene Bitten oder Anregungen können als performative Sprechakte je nach Äußerungskontext und Wortwahl in ihrer Wirkung eingriffsäquivalenten Charakter entfalten. Treffend und auf den emotivistischen Charakter (politischer) Moralurteile hinweisend *Alexander Somek* Moral als Bosheit, 2021, 154: „Moralische Urteile sind Sprechakte, die jemandem weh tun oder wenigstens wehtun können. Die Moral fügt Schmerzen zu.“ Es ist daher zu betonen, die ausdifferenzierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anordnung von Verhaltenspflichten nicht durch moralisch überhöhte politische Rhetorik zu unterlaufen. „Das Recht muss deswegen sein Terrain gegenüber der Moral immer wieder verteidigen“ betont zurecht *Alexander Somek* Moral als Bosheit, 2021, 11. Insofern wird man zumindest den Inhabern von Staatsämtern von Verfassungen wegen eine Mäßigungspflicht in Sachen der Moral aufgeben müssen. Insgesamt wird politische Krisenkommunikation noch zu wenig (auch) als verfassungsrechtliches Problem gesehen. Wenn beispielsweise amtierende Gesundheitspolitiker (dann regelmäßig doch nicht so eintretende) Horrorszenarien über bevorstehende Coronawellen und Virusmutationen („Killer-Variante“) zeichnen und die Menschen damit (ob beabsichtigt oder nicht) in Angst und Schrecken versetzen, hat das auch etwas mit der (psychischen) Unversehrtheit zu tun und ist

Nudging⁹⁷ und gegen die aktuell zu beobachtende Überzeichnung von Prävention.⁹⁸ Nicht nur der Einzelne und die Gesellschaft sind vulnerabel,⁹⁹ auch die Grundrechte sind es. Nicht nur Staat und Gesellschaft müssen sich als resilient¹⁰⁰ erweisen, auch die Grundrechte müssen es. Im öffentli-

damit ein Problem des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und nicht nur eine politische Frage oder eine solche des politischen Stils.

⁹⁷ Grundlegend zum „nudging“ im Sinn eines nicht imperativen „Anstoßens“ von erwünschtem Verhalten *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein* Nudge, 3. Aufl. 2009. Zwar ist „nudging“ als Ausprägung eines libertären Paternalismus nicht mit Befehl und Zwang verbundene Verhaltenssteuerung, aber eben doch (intendierte) Verhaltenssteuerung, so dass durchaus in Erwägung zu ziehen ist, einer entsprechenden Maßnahme eingriffsäquivalenten Charakter beizumessen. Maßgeblich dafür werden die Intensität des „Anstoßens“ und des darauf bezogenen kommunikativen Aktes, eine ggf. subkutan damit verbundene oder zumindest subjektiv-empfundene Sanktionsdrohung oder das Ausmaß der intendierten Verhaltensänderung sein. Auch das Schaffen von Anreizen zur Denunziation sich nicht regelkonform verhaltender Bürger wäre hier als rechtsstaatlich problematisch zu nennen. Jedenfalls sollte das Bewusstsein dafür geschärft sein, dass sich der Staat bei faktischen Grundrechtseingriffen – und auch faktische Grundrechtseingriffe sind rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe (wegweisend *Hans-Ullrich Gellwies* Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970) – der Rechtfertigungspflicht nicht dadurch entziehen darf, dass er sich auf ein grundsätzlich zulässiges „nudging“ beruft. Auch informales Staatshandeln bewegt sich nicht im grundrechts- oder gar rechtsstaatsfreien Raum. Eine diesbezügliche Diskussion kommt in der Staatsrechtslehre nur mühsam in Gang; vgl. *Gregor Kirchhof* Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, 136; *Friederike Simone Kunzendorf* Gelenkter Wille. Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip, 2021.

⁹⁸ *Heinrich Amadeus Wolff* Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit, VVDStRL 81 (2022), 437 (446); *Stefan Huster/Karsten Rudolph* Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat. in: dies. (Hrsg.) Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, 9; vgl. auch die eindrückliche Analyse von *Tristan Barczak* Der nervöse Staat, 2020. Zum Problem der Freiheitsgefährdung durch (kurzfristig angelegte) Prävention auch *Christoph Möllers* Freiheitsgrade, 2020, 93, 153.

⁹⁹ Die Begriffe „Vulnerabel“ und „Vulnerabilität“ spielen im Krisenvokabular, insbesondere im Kontext der Pandemiekommunikation eine herausragende Rolle. Es handelt sich dabei letztlich um Ausdrücke für Selbstverständliches: Jeder und alles ist in irgendeiner Weise und Intensität vulnerabel. Gleichwohl entfaltet der Begriff – gerade durch seine wiederholte, mitunter penetrante Wiederholung – faktische Überzeugungskraft, weil er suggestiv wirkt und weitere Argumentation entbehrlich zu machen scheint. Allein in der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 04.04.2022 zum Umgang mit Pandemien (*Deutscher Ethikrat* Vulnerabilität und Resilienz in der Krise) wird der Begriff „Vulnerabilität“ über 120-mal verwendet. Kritisch *Josef Franz Lindner* Zum Umgang mit Pandemien, ZRP 2022, 159.

¹⁰⁰ Auch die Begriffe „resilient“ und „Resilienz“ haben sich im Krisenkontext zu allgegenwärtigen Modeworten entwickelt, deren Aussagekraft ebenfalls begrenzt, ihre Suggestivwirkung aber beachtlich ist. Was der Resilienz dient, scheint der weiteren Begründung nicht zu bedürfen; vgl. *Josef Franz Lindner/Johannes Unterreitmeier* Zur Resilienz des Grundgesetzes, Rechtstheorie 2020, 129; *Tristan Barczak* Der nervöse Staat, 2020, 605.

chen Diskurs¹⁰¹ haben „Freiheit“ und „Selbstbestimmung“ aktuell¹⁰² einen schweren Stand.¹⁰³ Sie sind in Zeiten von Pandemie und Klimakrise in Verruf gekommen.¹⁰⁴ Die Angst – so scheint es¹⁰⁵ – hat das Zepter übernommen. Angst¹⁰⁶ aber generiert Irrationalität. Diese verschließt Räume für Selbstbestimmung und bereitet Fremdbestimmung den Weg.

¹⁰¹ Vgl. etwa die Diagnose von *Jan Ross* Wir sind so frei, *Die Zeit*, 9.12.2021, 11: „Auf einmal gilt Selbstbeschränkung als höhere Form der Freiheit. Ein gefährlicher Irrweg“.

¹⁰² Die aktuell zu beobachtende Abnahme der Wertschätzung von Freiheit und Selbstbestimmung ist Ausprägung eines grundsätzlicheren Prozesses vor allem in der Philosophie, die einen Abschied von einer anthropozentrischen Weltansicht, vom „anthropischen Prinzip“ in den Raum stellt; insbesondere *Wolfgang Iser* Mensch und Welt, 2012, 11; näher ausgeführt in *ders.* Homo mundanus. Jenseits der anthropischen Denkform der Moderne, 2012.

¹⁰³ Bereits vor den aktuellen Krisen wurde eine abnehmende Zustimmung für das Prinzip Freiheit diagnostiziert: etwa von *Otfried Höffe* Kritik der Freiheit. Das Grundproblem der Moderne, 2015, 11: „Gegen dieses Projekt, zugleich gegen das Prinzip Freiheit wird allerdings eine Skepsis laut, die sich auf negative Folgen der Moderne und auf Kehrseiten ihres Freiheitsprojekts beruft“. Und auf S. 13 heißt es: „Weder das Prinzip Freiheit noch das Projekt der Moderne, folglich auch deren Verklammerung, können noch mit spontaner Zustimmung rechnen. Stattdessen liebt man es hier [...], von einer Postmoderne mitsamt Postdemokratie und Fortschrittsskepsis, und dort von der Freiheit als einer Illusion zu sprechen.“ In einem vielbeachteten Sammelband, der grundlegende zeitgenössische Texte zur philosophischen Kontroverse über Freiheit vereinigt, heißt es: „Freiheit hat heutzutage nicht uneingeschränkt einen guten Leumund“, *Philipp Schink* Freiheit. Eine Einführung, in: *ders.* (Hrsg.) Freiheit, 2017, 7. Diese Entwicklung hat sich zwangsläufig durch die herausziehende Klimakrise verschärft. Weniger Skepsis bei *Michael Pauen/Harald Welzer* Autonomie. Eine Verteidigung, 2015, die jedoch – anders als hier – von einem prinzipiengebundenen Begriff der Selbstbestimmung ausgehen. Vgl. auch die Beiträge in *Randolf Rodenstock* (Hrsg.) Freiheit ist zwecklos, 2015 oder *Michael J. Sandel* Vom Ende des Gemeinwohls, 2020. An der Idee und Leitidee der Freiheit festhaltend *Claus Dierksmeier* Qualitative Freiheit, 2016, passim.

¹⁰⁴ Undifferenziert und polemisch *Armin Nassehi* Wir sind so frei, *SZ* vom 29.08.2022, 9, der die Diskussion um die Rechtfertigung niederschwelliger Pandemiebekämpfungsmaßnahmen (Beispiel: Maskenpflicht) als „kindisch“, „peinlich“ oder als „vorgeschobene Diskurse“ abqualifiziert. Er übersieht dabei, dass auch eine Maskenpflicht nicht ohne Weiteres zulässig ist, sondern dass sie sich rechtfertigen lassen muss.

¹⁰⁵ Ein Indiz dafür ist auch die von *Christoph Möllers*, Freiheitsgrade, 2021, 289 (Anm. 3) diagnostizierte Renaissance des Denkens von *Judith Shklar*, die vor allem in *dies.* Der Liberalismus der Furcht, 2013, eine negative Dimension des Liberalismus betont, dessen Hauptaufgabe die Minimierung von Furcht sei. Zur Diskussion vgl. *Jan-Werner Müller* Furcht und Freiheit. Für einen anderen Liberalismus, 2019.

¹⁰⁶ *Thea Dorn* Fürchten Sie sich nicht? *Die Zeit*, 04.08.2022, 11: „Es ist in Deutschland üblich geworden, mit dem Gefühl der Angst Politik zu machen.“ Allerdings müssten Ausmaß und Gründe für diese Entwicklung, die für Deutschland durchaus nicht gänzlich neu ist, erst in soziologischen und sozialpsychologischen Studien aufgearbeitet werden, um von einem neuen politik- und entscheidungsleitenden Paradigma sprechen zu können. Der seit Beginn der Corona-Pandemie vorherrschende Kommunikationsmodus des Alarms, durchaus auch persönlich verkörpert in den staatlichen Repräsentanten des Gesundheitswe-

Dem sollte die Staatsrechtslehre das Essentialium der liberalen Demokratie entgegenstellen. Dieses lautet: Jede staatlich angeordnete Pflicht bedarf der formellen Legitimation durch parlamentarische Willensäußerung und der materiellen Rechtfertigung im grundrechtsdogmatischen Rationalitätsschema.

Desiderat ist zudem, dieses Rationalitätsprogramm¹⁰⁷ zu präzisieren, um die Grundrechte resilient gegen ideologische oder populistische Übergriffe jeglicher Couleur zu machen. Dazu nachfolgend drei Vorschläge:

a) *Etablierung der Argumentationsfigur*
 „Zweckverwirklichungsbedürfnis“

Ein Grundrechtseingriff ist gerechtfertigt, wenn er einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck dient und zu dessen Verwirklichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.¹⁰⁸ Kein eigenständiger Prüfungspunkt ist bislang die Frage, ob in *tatsächlicher* Hinsicht überhaupt ein Bedürfnis für die Realisierung des intendierten Zwecks besteht. Das ist ein gravierendes Manko. Denn behauptet oder vorgeschoben wird ein legitimer Zweck in hypernervösen, massenmedial angeheizten Politarenen schnell – ob er *tatsächlich* verfolgungsbedürftig ist, ist mitunter weniger klar. Das Vorliegen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses sollte¹⁰⁹ ein eigenes¹¹⁰

sens (treffend *Alexander Kissler* Eine allgemeine Maskenpflicht darf es nicht mehr geben, NZZ, 24.8.2022, 4: „habituell angsterfüllt und aufmerksamkeitsgetrieben“), war in der täglichen Wahrnehmung allgegenwärtig.

¹⁰⁷ Zum Aspekt der Rationalität als „Leitmotiv moderner Verfassungsstaatlichkeit“ allgemein *Bernd Grzeszick* Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), 51.

¹⁰⁸ Das ist grundrechtsdogmatischer common sense und wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung so gehandhabt; vgl. etwa die insoweit „schulmäßigen“ Ausführungen in der Entscheidung über die Grundrechtskonformität der (mittelbaren) Impfpflicht gegen Masern (§ 20 Abs. 8 IfSG): BVerfG, Beschl. v. 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u.a.

¹⁰⁹ Grundlegend *Hans-Ullrich Gallwas* Grundrechte, 2. Aufl. 1995, Rn. 611 ff., der das Zweckverwirklichungsbedürfnis begrifflich und als eigene dogmatische Kategorie in die Grundrechtsdogmatik eingeführt hat. Dies wurde in der Folgezeit erstaunlicherweise nur selten aufgegriffen; vgl. etwa *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 222.

¹¹⁰ Näher *Josef Franz Lindner* Das Zweckverwirklichungsbedürfnis als grundrechtsdogmatische Kategorie, ZG 2020, 215. Die Frage, ob für die Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks ein tatsachenbasiertes Bedürfnis besteht, liesse sich zwar auch als Teilaspekt des ersten Prüfungspunktes (Bestehen eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks) erfassen, geht dort aber ein wenig unter und wird häufig nicht thematisiert. Für eine Ausnahme: BVerfGE 120, 224 (Rn. 41 ff.). Das Zweckverwirklichungsbedürfnis lässt sich auch nicht mit der Kategorie der Erforderlichkeit des Zweckverwirklichungsmittels (also mit dem dritten Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung) erfassen. Bei der Erforderlichkeit geht es um die Frage, welches unter gleich geeigneten Mitteln die geringste Ein-

Element¹¹¹ der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden,¹¹² flankiert von einer diesbezüglichen Begründungspflicht des Gesetzgebers.¹¹³ Dies würde

griffsintensität aufweist. Man könnte der Auffassung sein, dass ein Mittel zur Erreichung eines Zwecks, für den es kein tatsächliches Realisierungsbedürfnis gibt, schlicht nicht erforderlich sei. Dies würde jedoch verkennen, dass es bei der Erforderlichkeit um die *Mittelauswahl* geht, nicht hingegen um die Frage, ob für die Realisierung des Zwecks überhaupt ein tatsächliches Bedürfnis besteht. Die Erforderlichkeitsprüfung ist eine hypothetische Gedankenübung: Gibt es anstelle des gewählten Zweckverwirklichungsmittels ein solches, das zwar ebenso geeignet wie das gewählte ist, jedoch in der Eingriffswirkung milder? Dies ist von der Frage, ob der vom Gesetzgeber intendierte Zweck überhaupt realisierungsbedürftig ist, zu unterscheiden. Allenfalls könnte man argumentieren, dass es für die Erreichung eines Zwecks, für den kein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht, immer ein milderes Mittel gebe, nämlich gar kein Mittel vorzusehen. Dann wäre die Erforderlichkeitsprüfung aber keine intensitätsbezogene Analyse der zur Verfügung stehenden Zweckverwirklichungsmittel mehr, sondern ein Vergleich des gewählten Zweckverwirklichungsmittels mit seinem vollständigen Unterlassen. Ein unterlassenes, nicht eingesetztes Zweckverwirklichungsmittel ist aber nicht ein milderes Zweckverwirklichungsmittel, sondern gar keines.

¹¹¹ Gegen eine solche Erweiterung der bisher viergliedrigen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf dann fünf Elemente ist der Einwand zu erwarten, die deutsche Grundrechtsdogmatik sei ohnehin schon zu komplex und bedürfe eher der Komplexitätsreduzierung als der -erweiterung. Zur beliebten Klage über eine zu komplexe Dogmatik *Karl August Bettermann* Hypertrophie der Grundrechte, 1984; *Oliver Lepsius* Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.) Was weiß Dogmatik? 2012, 39; weniger scharfe Kritik bei *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.) Was weiß Dogmatik? 2012, 17; pointiert *Jürgen Schwabe* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, NJW 1999, 3614: „Nirgend sonst im Recht eröffnet sich dem Interpreten ein solcher Tummelplatz der Beliebigkeit wie bei der Grundgesetzauslegung und nirgend sonst ist die Fähigkeit höher entwickelt, auf Glatzen Locken zu drehen. Dass in diesen kunstvollen Gebilden kein Haar ungespalten bleibt, versteht sich von selbst.“ Ferner *Dietrich Rauschning* Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 57 (1998), 113: „[...] dass wir vielleicht zu abstrakt geworden sind, dass wir zu viele Zwischenbegriffe einschieben [...]“; *Peter-Michael Huber* Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 57 (1998), 141: „[...] für eine Reduktion von Komplexität zu plädieren [...]“; *Christian Starck* Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 57 (1998), 103: „[...]ob wir die Entwicklung der Grundrechtslehre nicht vereinfachen können [...]“; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 6 („Grundrechtswucherungen“). Zur Forderung nach einer Komplexitätsreduktion s. *Karl-Eberhard Hain* Ockham's Razor – ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik? JZ 2002, 1036. Diese Kritik am Zustand der deutschen Grundrechtsdogmatik erscheint angesichts der schieren Menge an Grundrechtsliteratur und angesichts von allein 150 Bänden BVerfGE nachvollziehbar, aber überzogen. Jedenfalls die Grundstrukturen der Grundrechtsdogmatik sind durchaus wenig komplex. Dies gilt insbesondere für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen bisher vier Elementen und der Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Abwägung. Eine Erweiterung um das Element des tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses würde die Komplexität jedenfalls nicht nennenswert, die Transparenz und Rationalität der Prüfung jedoch signifikant erhöhen.

¹¹² Das Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses ist auch nicht ohne Weiteres der Angemessenheitsprüfung, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Transparenz und Rationalität der Grundrechtsprüfung weiter erhöhen, ihren Tatsachenbezug verdichten¹¹⁴ und einem Vorschieben nur scheinbar notwendiger Zwecke entgegenwirken. Am Beispiel¹¹⁵ des Verbots der

zuzuordnen. Zwar wäre dies logisch konstruierbar, da ein mangelndes Zweckverwirklichungsbedürfnis im Rahmen der Gewichtung der beteiligten Interessen zu Lasten des Zweckinteresses gewertet werden könnte. Es würde aber seltsam wie auch unnötig kompliziert anmuten, trotz Fehlens eines Zweckverwirklichungsbedürfnisses zunächst die Eignung und die Erforderlichkeit des Zweckverwirklichungsmittels zu bejahen und dann erst auf der letzten Stufe das mangelnde Zweckverwirklichungsbedürfnis in Ansatz zu bringen.

¹¹³ Zwar schuldet der Gesetzgeber nach überwiegender Meinung nur das wirksame Gesetz, hingegen keine Begründung, etwa: BVerfG, Beschl. v. 16.10.2018 – 2 BvL 2/17, Rn. 21, BVerfGE 137, 34 (Rn. 77), 139, 148 (Rn. 61); 140, 65 (Rn. 33), 143, 246 (Rn. 275). Auch wenn die Begründung von Gesetzentwürfen in der Staatspraxis von Bund und Ländern die Regel ist – sie erfolgt regelmäßig im Rahmen des Gesetzentwurfes, wird aber im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht systematisch fortgeschrieben –, besteht dazu keine verfassungsrechtliche Pflicht. Allerdings hat das BVerfG seine bisher ablehnende Haltung gegenüber einer Begründungspflicht des Gesetzgebers in jüngerer Zeit modifiziert. Für den Bereich des Besoldungsrechts fordert das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich eine Gesetzesbegründung, BVerfG, Beschl. v. 16.10.2018 – 2 BvL 2/17. Es scheint den bislang zur Ablehnung einer gesetzgeberischen Begründungspflicht bemühten Argumenten des öffentlichen politischen Diskurses im Parlament und in der Öffentlichkeit jedenfalls für den Bereich des Besoldungsrechts nicht (mehr) zu trauen. Das Bundesverfassungsgericht hebt die Begründungspflicht des Besoldungsgesetzgebers verfassungsrechtlich noch dazu dadurch heraus, dass es sie als „zweite Säule“ des Alimentationsprinzips begreift. Da dem Bundesverfassungsgericht eine Begründungspflicht des Gesetzgebers demnach nicht mehr grundsätzlich fremd ist, ist es naheliegend, eine solche auch für das Vorliegen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses im Rahmen des Erlasses grundrechtsbeeinträchtigender Gesetze zu verlangen. Jedenfalls in solchen Fällen, in denen das Vorliegen eines Zweckverwirklichungsbedürfnisses problematisch oder nicht evident ist, sollte dem Gesetzgeber abverlangt werden, dazu in der – in der Staatspraxis ohnehin üblichen – Begründung (des Gesetzentwurfes) Ausführungen zu machen. Allerdings sollte man die Anforderungen insoweit auch nicht überdehnen: Weder sind gründliche empirische Bestandsaufnahmen noch gutachtengleiche Ausführungen zu erwarten. Es genügt, wenn der Gesetzgeber den mit der gesetzgeberischen Maßnahme intendierten Zweck benennt und plausibel macht, dass er ein tatsächliches Bedürfnis für dessen Realisierung sieht.

¹¹⁴ Dem Bundesverfassungsgericht käme es dann zu, im Rahmen der Überprüfung grundrechtsbeschränkender Gesetze auch das Vorliegen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses zu thematisieren. Hierbei könnte dem Gesetzgeber jedenfalls dann ein Einschätzungsspielraum zuerkannt werden, wenn der Schutz hochwertiger Rechtsgüter im Raum steht. Hilfreich könnte folgende Faustformel sein: Je höherrangig der mit der grundrechtsbeeinträchtigenden Regelung verfolgte Zweck ist, desto niedrigere Anforderungen sind an die Annahme des Vorliegens eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses zu stellen.

¹¹⁵ Ein weiteres Beispiel: Nach § 28b IfSG können zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems weiterhin Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus getroffen werden. Dies stellt zweifelsohne einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck dar. Die entscheidende Frage ist jedoch, ob angesichts der (reduzierten) Pathogenität des Virus

Eizellspende: Dieses wird auch mit dem Kindeswohl begründet. Doch ist dieses tatsächlich gefährdet?¹¹⁶

b) Schärfung der konkreten Abwägung

Eine dogmatische Lehre aus der Corona-Krise sollte die Schärfung der konkreten Dimension der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn sein. Manche Gerichtsentscheidung begnügte sich mit der Aussage, dass der Schutz von Leben und Gesundheit wichtiger sei als z.B. alleiniges nächtliches Spazierengehen.¹¹⁷ Das ist abstrakt richtig, aber unzureichend. Es muss auch das Verhältnis des konkreten Zweckverwirklichungsbeitrags einer Maßnahme zu deren Eingriffstiefe näher in den Blick genommen werden.¹¹⁸ Die entsprechende Regel könnte lauten: „Ein Mittel ist unverhältnismäßig, wenn sein konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu die Eingriffstiefe unangemessen ist.“ Dadurch könnte auch die notorische Entgrenzung des Eignungsbegriffs¹¹⁹ kompensiert werden.

c) Präzisierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraumes

Schließlich müsste die mittlerweile durchaus inflationär gebrauchte Figur des Einschätzungsspielraumes des Gesetzgebers präzisiert werden. Das Bundesverfassungsgericht bezieht diesen nicht mehr nur auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme, sondern auch auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.¹²⁰ Damit droht das Übermaßverbot aber

und der epidemischen Lage in tatsächlicher Hinsicht überhaupt eine Überlastung des Gesundheitssystems droht, also ein Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht.

¹¹⁶ Hier liegt das eigentliche Problem der verfassungsrechtlichen Würdigung des Verbots der Eizellspende; vgl. *Ulrich M. Gassner* Legalisierung der Eizellspende ZRP 2015, 126.

¹¹⁷ Vgl. z.B. BayVGh, Beschl. vom 14.12.2020 - 20 NE 20.2907, Rn. 38 ff.

¹¹⁸ Diese konkrete Abwägung im Hinblick auf den Zweckerreichungsbeitrag eines Mittels fordert das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich. Vgl. etwa BVerfG, Beschl. vom 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u.a. (Masernimpfpflicht): „Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen“ (Rn. 130; Hervorhebung nicht im Original; JfL).

¹¹⁹ Exemplarisch BVerfG, Beschl. vom 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u.a., Rn. 113: „Verfassungsrechtlich genügt für die Eignung bereits die Möglichkeit, durch die gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu erreichen. Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern oder sich sogar gegenläufig auswirken kann.“

¹²⁰ Z.B. BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. („Bundesnotbremse I“), Rn. 217: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.“

einen Teil seiner Freiheitssicherungsfunktion einzubüßen.¹²¹ Denn jedes Mittel, das der Gesetzgeber in vertretbarer Weise – und was ist schon *un*-vertretbar – als angemessen *einschätzt*, ist es nach dieser Logik auch.¹²²

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist insoweit einige Inkonsistenzen auf.¹²³ Der Erste Senat changiert zwischen Exzessverhinderung und politischem Gestaltungsanspruch: Während insbesondere die Entscheidungen zur sog. Bundesnotbremse den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter einen breiten Einschätzungsvorbehalt stellen und damit schwächen, leitet derselbe Senat für das Sicherheitsrecht¹²⁴ aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Kaskade an konkreten Anforderungen ab, die er den Parlamenten detailscharf ins Gesetzesblatt diktiert,¹²⁵ ohne dass der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers dort eine nennenswerte Rolle spielte¹²⁶ – obwohl auch

¹²¹ Deutlich *Stephan Rixen* Abschied von der Verhältnismäßigkeit? Verfassungsblog, 25.5.2022: „Diese [...] Neuausrichtung wird in der verfassungsrechtswissenschaftlichen Debatte noch zu wenig wahrgenommen. Dass die Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eine abschließende Stimmigkeitsprüfung aus Sicht des BVerfG darstelle, bei der – anders als bei der Geeignetheit und der Erforderlichkeit – der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum keine Rolle spiele, trifft nicht mehr zu. Am Ende muss der Gesetzgeber nur darlegen, dass seine Gewichtung der Belange vertretbar ist und nicht zu evidenten Maßlosigkeiten führt.“

¹²² Im Ergebnis drohen die Grundrechte doch unter einen Pandemie- oder Notstandsvorbehalt zu geraten. *Stephan Rixen* hat nicht zu Unrecht von „Verhältnismäßigkeit auf Leerlauf“ gesprochen (zitiert nach *LTO* BVerfG bestätigt Masern-Impfpflicht, <<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr46920-1bvr47020-1bvr47120-1bvr47220-verfassungsbeschwerde-masern-impfpflicht-verfassungskonform-masernschutzgesetz-kita-schule-erzieher-lehrer-kinder/>> (Stand 13.11.2022)).

¹²³ In BVerfGE 153, 182 (Rn. 266) legte das Gericht (allerdings der 2. Senat) einen strengeren Maßstab an: „hohe Kontrolldichte“.

¹²⁴ Maßgeblich vor allem in der Entscheidung zum BKAG, BVerfGE 141, 220, zur Auslands-Auslands-Aufklärung des BND, BVerfGE 154/152 und zuletzt im Urteil zum Bay-VerfSchG, BVerfG, Urt. vom 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17.

¹²⁵ In der Literatur ist treffend von „verfassungsdogmatischem Overkill“ die Rede: *Klaus-Ferdinand Gärditz* Verfassungsblog, 2.5.2022.

¹²⁶ Der Erste Senat erkennt zwar auch im Sicherheitsrecht einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers an, nicht indes einen auf die Angemessenheit bezogenen Einschätzungsspielraum. So heißt es im Urteil zum BayVerfSchG vom 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 in Rn. 152: „Differenzierte Anforderungen an die Ausgestaltung der Befugnisse des Verfassungsschutzes ergeben sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Wie streng diese Anforderungen im Einzelnen sind, bestimmt sich nach dem jeweiligen Eingriffsgewicht der Maßnahme [...] und nach dem jeweils betroffenen Grundrecht.“. Von einem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers ist hier – anders als in der Entscheidung „Bundesnotbremse I“ (Fn. 120) – nicht ausdrücklich Rede. Im Beschluss zur (mittelbaren) Masernimpfpflicht vom 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u.a., Rn. 130, taucht der Entscheidungsspielraum bei der Angemessenheitsprüfung dann wieder auf: „Die verfassungsrechtliche Prüfung bezieht sich dann darauf, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat. Bei der Kontrolle prognostischer Entscheidungen

das Sicherheitsrecht mit erheblichen tatsächlichen Ungewissheiten umgehen muss. Es besteht Klärungsbedarf.¹²⁷

V. Etatisierung – Selbstbestimmung durch Staat (zu These 3)

Zur zweiten Entwicklungslinie, der Etatisierungsdynamik: Selbstbestimmung *durch* den Staat lautet hier das Paradigma.

1. Entwicklung

Das ist per se kein neues Phänomen. Daseinsvorsorge, öffentliche Planung, staatlich garantierte Existenzsicherheit¹²⁸ sind etablierte Modalitäten staatlicher Selbstbestimmungsvor- und -fürsorge. Die Entwicklung ist insofern volatil: Etatistische Phasen wechseln sich mit teilweise neoliberal geprägten Deregulierungsepisoden ab.¹²⁹ Gegenwärtig schlägt das Pendel

setzt dies wiederum voraus, dass die Prognose des Gesetzgebers auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruht.“ Ebenso in der Entscheidung zur einrichtungsbezogenen Covid-19-Impfpflicht, BVerfG, Beschl. vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21, Rn. 203. Solche – streitentscheidenden und aus diesem Grunde bedenklichen – Inkonsistenzen bedürfen der die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „begleitenden“ Aufarbeitung durch die Staatsrechtslehre. Dies gilt auch für die vom Bundesverfassungsgericht verwendete Terminologie. Einmal spricht das Gericht im Rahmen der Angemessenheit lediglich von „Einschätzungsspielraum“ (Beschl. vom 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 u.a., Rn. 130), ein paar Zeilen zuvor ist von „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“. Auch diese begrifflichen Dissonanzen werfen Fragen auf.

¹²⁷ Die wichtigsten Fragen können hier nur angedeutet werden: (1) Wie verhalten sich die vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Begriffe „Einschätzungsspielraum“, „Wertungsspielraum“ und „Gestaltungsspielraum“ zu einander (dazu auch vorstehende Fn.)? (2) Nach welchen Maßstäben bemisst sich die „Weite“ des jeweiligen Spielraums? (3) Sind die Voraussetzungen und Maßstäbe für alle drei Spielraummodalitäten gleich oder zumindest ähnlich? (4) Korreliert die Weite der gesetzgeberischen Spielräume mit der Eingriffstiefe der jeweiligen Grundrechtseingriffe? (5) Sind die Maßstäbe – etwa die Unsicherheit über die tatsächliche Entwicklung eines bestimmten Phänomens – allgemeiner Natur oder können sie immer nur bereichsspezifisch formuliert werden? (6) Müssen dem Gesetzgeber Begründungspflichten auferlegt werden?

¹²⁸ Insbesondere durch das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums: BVerfGE 125, 175; 132, 134; 152, 68. Für den Bereich der medizinischen Versorgung BVerfGE 115, 25; dazu *Thorsten Kingreen* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 154 (180).

¹²⁹ *Andreas Reckwitz* Das Ende der Illusionen. Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 8. Aufl. 2021, 249: „[...] dass in der bisherigen Entwicklung *Regulierungsparadigmen* und *Dynamisierungsparadigmen* aufeinander folgen“ (Hervorhebung im Original; JFL). *Reckwitz* teilt die jüngere Geschichte in folgende politische Paradigmen ein:

intensiv in Richtung „mehr Staat“ aus. Man könnte daher von „neuer Etatisierung“ sprechen.

2. *Impulse*

Dafür sind vier sich überschneidende und verstärkende Impulse auszumachen:

a) *Stabilitätsverluste*

Sich kumulierende Krisen wie Pandemie, Krieg, Inflation und Energieknappheit sind Gesellschaft und Wirtschaft destabilisierende Ereignisse, die die staatliche Verantwortung für die Voraussetzungen von Selbstbestimmung in den Fokus rücken. Staatsunabhängig gedachte Selbstbestimmung allein ist nicht mehr ausreichend, der Staat tritt als Gewährleister für Selbstbestimmung hinzu.

b) *Transformation der Gesellschaft der Singularitäten*

In der Soziologie wird eine Transformation der sog. „Gesellschaft der Singularitäten“ diagnostiziert.¹³⁰ Das Paradigma der singulären Selbstverwirklichung des Individuums in einem von *Andreas Reckwitz* so bezeichneten „apertistischen“ Liberalismus¹³¹ wandelt sich zu einem regulativen

(1) sozial-korporatistisches Paradigma als Regulierungsparadigma (ab 1945), (2) Überregulierungskrise (ab 1970), (3) apertistischer Liberalismus als Dynamisierungsparadigma (ab 1980), (4) Überdynamisierungskrise (ab 2010), (5) regulativer oder einbettender Liberalismus als aktuell sich herausbildendes Paradigma. Bei aller Skepsis, die man derartigen schematischen Großeinteilungen und standardisierten Erklärungsmodellen entgegenbringen muss (hierauf zurecht hinweisend: *Wolfgang Knöbl* Die Soziologie vor der Geschichte, 2022; methodenkritisch *Nils C. Kumkar/Uwe Schimank* Die Mittelschichtsgesellschaft als Projektion: Wie soziologische Zeitdiagnose gesellschaftliche Selbstbilder nachzeichnet und dabei ihren Gegenstand verfehlt, *Merkur* 872 [1/2022], 22), dürfte in Phase (5) eine Etatisierungstendenz erkennbar sein.

¹³⁰ *Andreas Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten, 4. Aufl. 2021, 441: „Insgesamt mehren sich damit die Anzeichen, dass das politische Paradigma des apertistisch-differenziellen Liberalismus, das selbst einmal das erschöpfte sozialdemokratisch-korporatistische Paradigma verdrängt hat [...] sich mittlerweile seinerseits erschöpft hat und dabei ist, einem neuen Paradigma Platz zu machen, das man als *regulativen Liberalismus* bezeichnen könnte“ (Hervorhebung im Original; JFL). An anderer Stelle spricht *Reckwitz* von „einbettendem Liberalismus“, *Reckwitz* Das Ende der Illusionen (Fn. 129), 239.

¹³¹ „Apertistischen Liberalismus“ setzt *Andreas Reckwitz* mit Neoliberalismus gleich in *Reckwitz* Das Ende der Illusionen (Fn. 129), 253.

Liberalismus. Die aufwändige Selbstinszenierung¹³² einer „Ich bin etwas Besonderes“-Kultur hat viele Individuen erschöpft und zum Nachdenken gebracht, ob singularistische Selbstverwirklichung ohne Gemeinwohl und Staat nicht doch etwas zu wenig sein könnte – auch aus der Erfahrung heraus, dass jeder Mensch in der individuellen oder kollektiven Krise auf staatlich verantwortete Infrastrukturen und auf Kooperation angewiesen ist.

c) *Knappheitserfahrungen*

Es treten – drittens – in atemberaubendem Tempo – Knappheitserfahrungen hinzu. Diese sind nicht nur krisen- und klimabedingt, sondern auch gesellschaftlich und demographisch verursacht: Einsamkeit in Alter und Krankheit als Mangel an Kontakten wird ebenso zum Problem wie die Exklusion von Menschen, die den Anschluss an die digitale Welt verlieren. Selbstbestimmung ohne Kommunikation und digitale Inklusion¹³³ ist aber nicht (mehr) denkbar. Hier sind Staat und Zivilgesellschaft gefordert, ermöglichend zu wirken.

d) *Etatisierungsdynamik durch das Bundesverfassungsgericht*

Einen erheblichen Beitrag zur Etatisierung von Selbstbestimmung hat in jüngster Zeit das Bundesverfassungsgericht geleistet. Vor allem folgende drei Entscheidungen sind maßgeblich¹³⁴:

(1) In der Entscheidung zu § 217 StGB¹³⁵ hat das Gericht nicht nur ein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben etabliert, sondern auch die Verantwortung des Staates für die Sicherung der Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung thematisiert.¹³⁶

¹³² Aus soziologischer Sicht bereits *Ulrich Bröckling* Das unternehmerische Selbst. Soziologie einer Subjektivierungsform, 2007; *Anja Röcke* Soziologie der Selbstoptimierung, 2021.

¹³³ Dies gilt mit zunehmender Digitalisierung im Gesundheitswesen auch die für die Herausbildung einer digitalen Gesundheitskompetenz als selbstbestimmungsrelevanter Faktor; dazu *Victoria Seeliger* Digitale Gesundheitskompetenz – gefordert aber nicht gefördert? Diss. Augsburg, 2023 (i.E.).

¹³⁴ Insofern kann von einem Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts keine Rede sein: überzeugend *Reiner Schmidt* Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts? JZ 2022, 853.

¹³⁵ BVerfGE 153, 182. Zur Einordnung *Thomas Windhöfel* Ein Grundrecht auf assistierten Suizid. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020, in: Christoph Böhr/Markus Rothhaar (Hrsg.) Anthropologie und Ethik der Biomedizin, 2021.

¹³⁶ BVerfGE 153, 182 (Rn. 339): „Zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben steht dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. Sie reichen von der positiven Regulierung proze-

(2) Im Klimabeschluss¹³⁷ wird die Verantwortung des Staates für eine intertemporale Freiheitssicherung postuliert, die den Gesetzgeber heute zu prospektiven Maßnahmen zwingt, um später notwendige selbstbestimmungsverkürzende Fremdbestimmung in einem erträglichen Rahmen zu halten.

(3) Im Beschluss „Bundesnotbremse II“¹³⁸ zu den coronabedingten Schulschließungen wird nicht nur ein Grundrecht auf schulische Bildung etabliert,¹³⁹ das den Staat zur Gewährleistung von bildungsbezogenen Mindeststandards¹⁴⁰ verpflichtet, sondern – darüberhinausgehend – ein Grundrecht „auf gesundes Aufwachsen“ begründet: der Staat müsse diejenigen Lebensbedingungen sichern, die für gesundes Aufwachsen von Kindern erforderlich seien.¹⁴¹ Diese im grundrechtlich geschützten Entfaltungsrecht der Kinder wurzelnde besondere Schutzverantwortung des Staates erstreckte sich auf *alle* für die Persönlichkeitsentwicklung wesentlichen Lebensbedingungen.¹⁴²

3. Modalitäten

Bei aller Unterschiedlichkeit ist den drei Entscheidungen eines gemeinsam: Sie heben Selbstbestimmung aus der Sphäre freiheitlich verfasster

duraler Sicherungsmechanismen, etwa gesetzlich festgeschriebener Aufklärungs- und Wartepflichten, über Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, bis zu Verboten besonders gefährdeter Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB.“

¹³⁷ BVerfGE 157, 30. Für einen Überblick über die Fülle an zu dieser Entscheidung ergangenen Besprechungen s. *Anna von Oettingen/Kristina Isabel Schmidt* Intertemporale Freiheitssicherung im Sozialstaat, DÖV 2022, 477 (478, dort in Fn. 11).

¹³⁸ BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21; dazu etwa *Michael von Landenberg-Roberg* Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext, DVBl. 2022, 389.

¹³⁹ BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21, Ls. 1: „Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folgt ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung)“.

¹⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht weist diesem Grundrecht auch eine (begrenzte) leistungrechtliche Dimension zu, die Leitsatz 2a wie folgt beschreibt: „Es vermittelt den Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf Einhaltung eines für ihre chancengleiche Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten, enthält jedoch keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen.“

¹⁴¹ BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21, Rn. 46.

¹⁴² BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21, Rn. 46. Dazu kritisch *Martin Nettesheim* Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung der jugendlichen Persönlichkeitsentfaltung, JZ 2022, 525.

Emanzipationsräume auf die Ebene staatlicher Verantwortung. Die Modalitäten dieser Verantwortung sind indes heterogen. Mindestens¹⁴³ vier, sich überschneidende Aspekte lassen sich benennen: die Sicherung (a.), die Ermöglichung (b.), die Vorsorge (c.) und die Zuteilung (d.).

a) *Sicherung*

Der Staat *sichert* oder schützt die Selbstbestimmung, indem er die Rahmenbedingungen für gelingende Eigenverantwortung gestaltet und Schutzmechanismen gegen Fremdbestimmung durch Dritte schafft: etwa durch die verfahrens- und organisationsbezogene Regulierung der Sterbehilfe.¹⁴⁴

b) *Ermöglichung*

Der Staat *ermöglicht* Selbstbestimmung, indem er den Einzelnen in den Stand setzt, ihn befähigt, selbstbestimmt zu handeln.¹⁴⁵ Materiell durch ein ökonomisches und medizinisches Existenzminimum,¹⁴⁶ ideell etwa durch Bildungsmindeststandards, durch die Schaffung sozialer Orte zur Reduzierung von Einsamkeit, durch Förderung von selbstbestimmungsrelevanter

¹⁴³ Eine weitere Modalität, die der Kategorie „Ermöglichung“ zugeordnet, aber auch selbständig betrachtet werden kann, lässt sich darin erblicken, dass der Staat selbstbestimmungsrelevante Kooperation mit Dritten ermöglicht oder gar rechtlich anordnet (vgl. zur Kooperationsverwiesenheit von Selbstbestimmung bereits oben Fn. 19). In die Frage, ob Grundrechte selbstbestimmungsrelevante Kooperationsansprüche gegenüber Dritten begründen können, ist vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bewegung gekommen: Durch die Stadionentscheidung (BVerfGE 148, 267) und die Grabmalentscheidung (BVerfG, Beschl. vom 30.03.2021 – 1 BvR 160/19 NJW 2021, 1939) weitet das Gericht den Kooperationsrahmen der Grundrechte aus – was indes quer liegt zu den Grundstrukturen des bürgerlichen Rechts. Dieses ist sehr stark von einer Abgrenzung der Rechtskreise geprägt (§§ 823, 1004 BGB; Vertragsfreiheit) – was sich mit dem kooperationsrechtlichen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts nicht sonderlich verträgt. Hier besteht weiterer Erörterungsbedarf – gerade auch im Diskurs mit der Privatrechtswissenschaft; dazu näher *Josef Franz Lindner* Grundrechte als Kooperationsrechte, in: Carsten Bäcker (Hrsg.) Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff, 2022 (i.E.).

¹⁴⁴ Ein weiteres rechtspolitisches Desiderat wäre – um einen anderen Anwendungsfall dieser Etatisierungsmodalität zu benennen – eine gesetzliche Humanforschungsregulierung, die Selbstbestimmung und Inklusion von Probanden im Rahmen von (bio-)medizinischen Forschungsprojekten sichert; vgl. dazu *Josef Franz Lindner* Das Konzept eines Partizipativen Biomedizinrechts aus verfassungsrechtlicher Perspektive, ZfME 2021, 251.

¹⁴⁵ Zum „capability“-Ansatz grundlegend *Amartya Sen* Die Idee der Gerechtigkeit, dt. Ausgabe 2021, 258: „In diesem Ansatz wird der individuelle Vorteil gemessen an der Befähigung einer Person, die Dinge zu tun, die sie mit gutem Grund hochschätzt“; vgl. auch *Martha Nußbaum* Fähigkeiten schaffen, 2015.

¹⁴⁶ S. die Nachweise oben Fn. 128.

Kooperation oder durch technisches Empowerment zur digitalen Selbstbestimmung und Inklusion.¹⁴⁷

c) *Vorsorge*

Der Staat hat drittens *Vorsorge* für selbstbestimmungsfreundliche Bedingungen auch in der Zukunft zu treffen – intertemporale, prospektive Freiheitssicherung.¹⁴⁸

d) *Zuteilung*

Viertens wirkt der Staat in der Modalität der *Zuteilung* selbstbestimmungsrelevanter, partiell existenzieller, aber knapper Güter – Impfstoffe, Intensivbetten, Energie und bald auch Wasser.

4. *Dogmatik*

Welche Fragen richtet die (neue) Etatisierungsdynamik nun an die Staatsrechtslehre? Passt die oben skizzierte elaborierte Emanzipierungsdogmatik? Die Antwort fällt differenziert aus. Man kann mit den etablierten dogmatischen Strukturen einen Teil der genannten Etatisierungsmodalitäten bewältigen. Allerdings besteht auch Weiterentwicklungsbedarf.

a) *Sicherung*

Ohne größere systematische Friktionen ist die Modalität der „Sicherung“ zu erfassen. Greift der Staat zur Sicherung der Selbstbestimmung in diese ein, ist die klassische Kategorie „Schutz durch Eingriff“¹⁴⁹ adressiert. Legitimer Zweck ist der Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen oder Dritter. Problematisch ist allein, den Schutz des Einzelnen vor sich selbst¹⁵⁰ als

¹⁴⁷ Christian Schmidt Ermöglichung und Einhegung. Die Rolle subjektiver Rechte bei der Gestaltung politischer Ordnungen, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel (Hrsg.) Die Idee subjektiver Rechte, 2021, 135.

¹⁴⁸ Zur freiheitsschützenden Funktion (langfristiger) Prävention Christoph Möllers Freiheitsgrade, 2020, 153.

¹⁴⁹ Begriffsbildend Rainer Wahl/Johannes Masing Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 557.

¹⁵⁰ Das Thema ist in der Literatur breit aufgearbeitet, z.B.: Ingo von Münch Grundrechtsschutz gegen sich selbst? in: Festschrift für H.P. Ipsen, 1977, 113; Johannes Dietlein Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 219; Frank Littwin Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993; Matthias Ruffert Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 247; Christian Hillgruber Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; Jürgen Schwabe Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66.

Zweck zu akzeptieren,¹⁵¹ also Paternalismen Raum zu geben. Ein Rauchverbot¹⁵² etwa lässt sich mit Fremdschutz legitimieren, nicht indes mit Selbstschutz. Anforderungen an die Suizidhilfe, etwa Beratungspflichten oder Wartezeiten, lassen sich zur Sicherung der Eigenverantwortlichkeit des Sterbewunsches rechtfertigen,¹⁵³ dürfen aber nicht so weit gehen, dass sie die Selbstbestimmung faktisch¹⁵⁴ aushöhlen.¹⁵⁵

¹⁵¹ Der Schutz des Menschen vor oder gegen sich selbst ist keine eigenständige, abgegrenzte Figur der Grundrechtsdogmatik, sondern Sammelbegriff für verschiedene Fallkonstellationen und Regelungskonzeptionen; dazu *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 371: (1) Der Grundrechtsberechtigte fordert Schutz vor den Konsequenzen seines eigenen Tuns. Beispiel: Der Bürge plädiert vor Gericht dafür, dass der Bürgschaftsvertrag für nichtig erklärt werde; er habe die finanziellen Konsequenzen seines Tuns nicht abgesehen und müsse nun vor der für ihn ruinösen Inanspruchnahme geschützt werden; dazu BVerfGE 89, 214. (2) Demjenigen, der von seinen grundrechtlich geschützten Interessen in selbstbestimmter Weise Gebrauch macht/machen will, wird dies mit der Begründung verboten, er schädige sich selbst, vgl. BVerfGE 59, 275 zur Helmpflicht oder BVerfGE 90, 145 – Cannabis. (3) Der Staat kommt dem sich selbst Gefährdenden zur Hilfe, wenn dieser sich unbewusst oder ungewollt selbst gefährdet. Hierher gehört etwa die Verhinderung der Selbsttötung in psychischen Ausnahmesituationen. Der Staat schützt den Einzelnen hier im wirklichen Sinne vor sich selbst; vgl. etwa Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 PAG, der die Polizei ermächtigt, eine sich selbst gefährdende Person vorübergehend in Gewahrsam zu nehmen. (4) Der Staat verbietet oder unterbindet selbstgefährdende, aber gleichwohl selbstbestimmte Verhaltensweisen zwar nicht, knüpft daran aber für den Betreffenden mittelbar negative Konsequenzen. Ein Beispiel hierfür ist § 52 SGB V (Leistungsbeschränkung in der Gesetzlichen Krankenversicherung bei Selbstverschulden).

¹⁵² BVerfGE 121, 317.

¹⁵³ So ausdrücklich BVerfGE 153, 182 (Rn. 339). Als weiteres Beispiel für die Kategorie der Sicherung der Selbstbestimmung durch staatliche Regulierung mag die Organlebenspende dienen, die erst zulässig ist, wenn eine Kommission die Freiwilligkeit der Spende begutachtet hat (§ 8 Abs. 3 TPG).

¹⁵⁴ Wenn einer der Gesetzentwürfe zur Neuregelung der Suizidassistentz, nämlich der interfraktionelle Gesetzentwurf um den Abgeordneten Castellucci (BT-Drs. 20/904 vom 07.03.2022) vor der Inanspruchnahme von Suizidhilfe eine doppelte Untersuchung durch einen Psychiater, eine zusätzliche komplexe Beratung „mit einem multiprofessionellen und interdisziplinären Ansatz“ und darüber hinaus mehrfache Wartezeiten verlangt, dürfte dies in der Praxis prohibitive Wirkung entfalten und zu einem faktischen Leerlaufen des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben führen.

¹⁵⁵ Will der Staat selbstschädigendes Verhalten verbieten, beschränken oder (mittelbar sanktionieren), so kann er dies zwar nicht *allein* unter Berufung auf eine Pflicht zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst, er kann es aber dann, wenn er einen anderen verfassungsrechtlich legitimen Zweck in verhältnismäßiger Weise verfolgt, insbesondere den Schutz Dritter, Interessen der Allgemeinheit wie z.B. die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der gesetzlichen Krankenversicherung oder die Vermeidung einer Sozialdruck schaffenden Suizidkultur. Ähnlich kann man für den Umgang des Rechts mit Betäubungsmitteln argumentieren; grundlegend BVerfGE 90, 145. Auch hier lassen sich Beschränkungen im Zugang nicht allein mit dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst, vor der Selbstschädigung als solcher rechtfertigen, wohl aber mit anderen, durchaus ähnlichen

b) Zuteilung

Auch hinsichtlich der Zuteilung selbstbestimmungsrelevanter knapper Güter stehen dogmatische Strukturen zur Verfügung.¹⁵⁶ Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁵⁷ existiert ein taugliches Instrument zur Legitimation von Zuteilungsentscheidungen. Die existenzielle Dimension von Zuteilungen lässt sich in Verhältnismäßigkeitserwägungen abbilden, die der Gleichheitsdogmatik nicht fremd sind.¹⁵⁸ Es empfiehlt sich, die Gleichbehandlungsdogmatik noch weiter¹⁵⁹ zu öffnen für verfahrens- und organisationsrechtliche Flankierungen¹⁶⁰ von Zuteilungsentscheidungen, insbesondere zur Missbrauchsverhinderung¹⁶¹ – etwa bei der Zutei-

Gesichtspunkten, etwa dem Schutz junger Menschen vor nicht selbstbestimmt reflektierten Drogenkonsum.

¹⁵⁶ Grundlegend *Ferdinand Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010.

¹⁵⁷ Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt – heute nicht mehr bestritten – der Anspruch auf gleiche Teilhabe an vorhandenen (knappen) Gütern. Bei existenziellen Gütern wie Impfstoffen oder intensivmedizinischen Kapazitäten ließe sich ein Teilhabeanpruch auch aus Art. 2 Abs. 2 GG entwickeln (in ähnlicher Weise hat das BVerfG für die Hochschulzulassung ein Teilhaberecht aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet: BVerfGE 47, 253 [306 Rn. 104]). Wer letzteres ablehnt, kann (und muss) die existenzielle Dimension einer Zuteilungsentscheidung dogmatisch im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen verarbeiten (Nichtzuteilung als Eingriffsäquivalent); zum Ganzen *Daniel Wolff* Die Verteilung knapper Güter und das grundrechtliche Teilhaberecht, Jura 2022, 440 (446).

¹⁵⁸ Dass der Gleichheitssatz für Verhältnismäßigkeitserwägungen zugänglich ist, zeigt die sog. „Neue“ Formel, die freilich nicht mehr neu, sondern heute weitgehend anerkannt ist; *Ferdinand Wollenschläger* in: Herrmann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 99 („gleitende Skala“), 146 (zur Freiheitsrechtsrelevanz von Ungleichbehandlungen).

¹⁵⁹ Dass nicht nur die Freiheitsrechte eine verfahrens- und organisationsrechtliche Dimension aufweisen (vgl. etwa BVerfGE 65, 1), sondern auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, ist heute weitgehend anerkannt: vgl. etwa *Ferdinand Wollenschläger* in: Herrmann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 183, 309.

¹⁶⁰ *Thorsten Kingreen* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen VVDStRL 70 (2011), 154 (175, 180); *Daniel Wolff* Die Verteilung knapper Güter und das grundrechtliche Teilhaberecht, Jura 2022, 440 (451): „Die prozedural-organisatorische Dimension der Teilhaberechte erfordert unter anderem eine hinreichende Verfahrenstransparenz, zu der eine adäquate Bekanntmachung des Verteilungsvorgangs ebenso gehört wie die Begründung der Verteilungsentscheidung.“

¹⁶¹ Insbesondere bei Triage ist dabei auch an Losverfahren zu denken. Bei mehreren, auf intensivmedizinische Behandlung angewiesenen Patienten mit gleicher konkreter Überlebenschance (zur Zulässigkeit dieses Kriteriums BVerfG, Beschl. vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, Rn. 123) dürfte im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG nichts anderes übrigbleiben, als formale Aspekte wie den des zeitlichen Eintreffens der Patienten im Krankenhaus und bei gleichem zeitlichem Eintreffen das Los heranzuziehen. Nur so lässt sich das Gebot der Lebenswertgleichheit beachten.

lung¹⁶² von Impfstoffen oder im Falle einer Triage¹⁶³ von Intensivkapazitäten.¹⁶⁴ Schließlich dürfte es sinnvoll sein, auch ökonomische Konzepte stärker zu integrieren¹⁶⁵ – sowohl was die Erhöhung der Ressourcen¹⁶⁶ als auch was deren effektive Allokation betrifft.¹⁶⁷ Die verhältnismäßigkeitsgeleitete Gleichheitsdogmatik ist ausreichend flexibel für interdisziplinären Input.¹⁶⁸ Die normative Festlegung von Kriterien für die Zuteilung selbstbestimmungsrelevanter Güter obliegt in einer liberalen Demokratie dem Parlament.¹⁶⁹

Auch soweit der Staat zunächst ausreichend zur Verfügung stehende Kapazitäten regulativ, also künstlich verknappt, etwa durch die Schaffung von Budgets, etwa für CO₂-Verbrauch, Mobilität oder Fleischkonsum, stehen grundrechtsdogmatische Instrumente zum Umgang damit zur Verfü-

¹⁶² Eine zusätzlich zu klärende Frage ist, ob sich dogmatische Unterschiede ergeben, wenn der Staat selbst Zuteilungsentscheidungen trifft (etwa bei der Verteilung staatlich beschaffter Impfstoffe) oder wenn er Zuteilungsentscheidungen durch Dritte reguliert (etwa durch Ärzte im Falle der Triage). Ersterenfalls ist der Gleichbehandlungsgrundsatz in seiner klassischen abwehrrechtlichen Funktion betroffen, im zweiten Fall kommt der Aspekt der Drittwirkung ins Blickfeld. Jedenfalls bei der Verteilung existenzieller Güter wird man in beiden Konstellationen zu gleichen oder zumindest ähnlichen Ergebnissen kommen müssen; dazu näher *Josef Franz Lindner* Die Triage im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723.

¹⁶³ Dazu *Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher* Triage in der Pandemie, 2021; *Thomas Gutmann/Bijan Fateh-Moghadam* Geplante Regelung der Triage. Grundrechtsschutz als Farce, ZRP 2022, 130.

¹⁶⁴ Vgl. nunmehr § 5c IfSG, der in Absatz 4 verfahrensrechtliche Vorgaben macht.

¹⁶⁵ Grundsätzlich *Mario Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008.

¹⁶⁶ Ein Beispiel für eine verhaltensökonomisch motivierte Möglichkeit zur Erhöhung der Zahl von Spenderorganen ist die Reziprozitätslösung, bei der derjenige, der selbst zur Organspende bereit ist, selbst ein Organ (vorrangig) erhält, wenn er eines benötigt; dazu *Franziska Huber/Josef Franz Lindner* Die Reziprozitätslösung im Organtransplantationsrecht, MedR 2019, 849. Nicht nur Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG zu Gunsten von Leben und körperlicher Unversehrtheit als transzendente Substrat jeglicher Selbstbestimmung streiten dafür, solche verhaltensökonomischen Modelle im Transplantationsmedizinrecht zumindest zu ermöglichen.

¹⁶⁷ Erkennen von und Umgang mit Mangellagen gehören zu den Kernkompetenzen der Ökonomie. Konzepte wie Zertifikatehandel, monetäre Anreizsysteme (etwa zum Einsparen knapper Güter), Auktionsmodelle etc. sind nicht nur ökonomische Erklärungs- und Optimierungsansätze, sondern können auch im Sinne sachgerechter Verteilungsentscheidungen ein Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG sein.

¹⁶⁸ Es lässt mit einiger Plausibilität fordern, dass ein vom Gesetzgeber gewähltes Zu- oder Verteilungsregime nur dann mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn darin auch ökonomisch erprobte Optionen zur Verminderung der Mangellage oder zur Optimierung von Allokationsprozessen hinreichende Berücksichtigung finden.

¹⁶⁹ *Thorsten Kingreen* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 154 (176).

gung. Die Verknappung als solche unterliegt der Eingriffsabwehrdogmatik, die Verteilung des künstlich Verknappten ist über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu steuern.

5. *Desiderate*

Hinsichtlich der Etatisierungsmodalitäten „Ermöglichung“ und „Vorsorge“ sind abschließend einige Desiderate – auch der dogmatischen Zurückhaltung – zu formulieren:

a) *Ermöglichung*

Für die Ermöglichung von Selbstbestimmung durch staatliche Bereitstellung der dafür erforderlichen materiellen und ideellen Ressourcen stehen mit dem Sozialstaatsprinzip und dem vom Bundesverfassungsgericht etablierten Grundrecht auf ein Existenzminimum¹⁷⁰ geeignete Grundstrukturen zur Verfügung.

Allerdings kennt die Staatsrechtslehre abseits der Schutzpflichtdimension bislang keine elaborierte Dogmatik grundrechtlicher Leistungsrechte oder sozialer Grundrechte, die man auf die neuen, vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Grundrechte auf schulische Bildungsmindeststandards oder auf Aufwachsen in gesunden Lebensverhältnissen¹⁷¹ übertragen könnte. Anerkannt sind immerhin die Argumentationsfiguren vom Vorbehalt des haushaltsmäßig Möglichen¹⁷² und des „vernünftiger Weise vom Staat Erwartbaren“¹⁷³ sowie das Untermaßverbot.¹⁷⁴ Diese Topoi wirken

¹⁷⁰ BVerfGE 125, 175; 132, 134; 152, 68.

¹⁷¹ BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21, Rn. 46; s. bereits oben Fn. 138 ff.

¹⁷² BVerfG, Beschl. vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1069/21, Rn. 53; vgl. auch BVerfGE 147, 253 (Rn. 105).

¹⁷³ Daher lässt sich die Etatisierungsmodalität der Ermöglichung auch nicht gleichsetzen mit der Kategorie sozialer Grundrechte. Sie reicht jedenfalls nicht so weit, dass der Staat verpflichtet wäre, dem Einzelnen jeden von ihm präferierten Freiheitsgebrauch materiell zu ermöglichen. Ein weit verstandenes Ermöglichungsparadigma liegt – jedenfalls oberhalb der verpflichtend zu gewährenden (ideellen und materiellen) Mindeststandards – im Feld des Politischen, nicht der Grundrechtsdogmatik (mit Ausnahme des Gleichbehandlungsgrundsatzes). Insofern hat das Ermöglichungsparadigma eine große Schnittmenge mit dem Sozialstaatsprinzip.

¹⁷⁴ Die Figur des Untermaßverbotes ist für den Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelt worden (vgl. zusammenfassend *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 512 ff.), lässt sich aber sowohl strukturell als auch konzeptionell auf die Ermöglichungskonstellation übertragen. So wird man zum grundrechtlich gebotenen Empowerment auch die digitale Inklusion im Sinne einer Teilnahmefähigkeit aller Menschen am digitalen Kommunikationsprozess rechnen müssen. Der Staat hat dement-

allerdings begrenzend und eher passiv. Daher sind zusätzliche dogmatische Überlegungen zu erwarten. Man könnte geneigt sein, etwa den Begriff der „Bildungs-Mindeststandards“¹⁷⁵ inhaltlich näher zu konturieren und dies z.B. auch auf ein Postulat digitaler Mindeststandards zu erstrecken. Hier dürften Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht allerdings doch an Grenzen gelangen. Denn zur Konkretisierung solcher Mindeststandards ist man auf Erkenntnisse anderer Disziplinen, insbesondere der Bildungsforschung, verwiesen.¹⁷⁶

Die Staatsrechtslehre wird eine eigenständige „Ermöglichungsdogmatik“ nur beschränkt entwickeln können. Ihr Spielraum ist doppelt verengt: durch die Verwiesenheit auf interdisziplinären „Input“¹⁷⁷ auf der einen und durch den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auf der anderen Seite. Hier wird sich die Staatsrechtslehre auch zurücknehmen und ihren dogmatischen Gestaltungseifer zügeln müssen. Es liegt zwar eine gewisse Verlockung darin, die „neuen“ Grundrechte auf Bildungs-Mindeststandards oder Aufwachsen in gesunden Lebensverhältnissen dogmatisch auszuarbeiten. Beide Rechte bergen indes die Gefahr einer weitgehenden Konstitutionalisierung des Schul- und Bildungswesens sowie des Erziehungs- und Familienrechts. Ein in alle sozialen und familiären Strukturen intervenierender Staat,¹⁷⁸ der in guter Absicht für gesunde Lebensverhält-

sprechend einen digitalen Inklusionsauftrag, mit dem ein grundrechtlicher Anspruch korrespondiert. Wie, in welchem Umfang und mit welchen Instrumenten er diesen erfüllt, liegt im politischen Gestaltungsspielraum. Der Freistaat Bayern z.B. hat dazu ein „Gesetz über die Digitalisierung im Freistaat Bayern (Bayerisches Digitalgesetz – BayDiG)“ vom 22.07.2022 – GVBl S. 374 erlassen. Art. 10 dieses Gesetzes verpflichtet den Staat zur Förderung der digitalen Selbstbestimmung: „(1) ¹Der Freistaat Bayern fördert die digitale Selbstbestimmung und stellt hierzu nutzerfreundliche und barrierefreie digitale Dienste bereit. ²Die Nutzer sollen in die Entwicklung neuer digitaler Angebote des Freistaates Bayern einbezogen werden. (2) ¹Der Freistaat Bayern fördert geeignete Maßnahmen zur Stärkung der digitalen Grundkompetenzen von natürlichen und juristischen Personen. ²Der Freistaat Bayern fördert geeignete Qualifizierungsmaßnahmen zur digitalen Barrierefreiheit.“

¹⁷⁵ *Peter Michael Huber* Recht auf Bildung in Schule und Hochschule, AöR Beiheft 2014, 24, spricht von „bildungsspezifischem Existenzminimum“.

¹⁷⁶ *Klaus-Ferdinand Gärditz* Ist Bildung einklagbar? FAZ v. 17.02.2022, S. 6: „Über die vom Gericht geforderten unverzichtbaren Mindeststandards schulischer Bildung wissen wir denkbar wenig. Notwendig ist hier zunächst einmal eine bildungswissenschaftlich informierte Gesetz- und Verordnungsgebung.“

¹⁷⁷ Institutionell hilfreich kann insofern die „Ständige Wissenschaftliche Kommission der Kultusministerkonferenz“ (SWK) sein. Es handelt sich dabei um ein interdisziplinäres Beratungsgremium in Bildungsfragen; vgl. etwa das Gutachten „Digitalisierung im Bildungssystem: Handlungsempfehlungen von der Kita bis zur Hochschule“ vom 19.09.2022.

¹⁷⁸ Kritisch auch *Martin Nettesheim* Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung einer jugendlichen Persönlichkeitsentwicklung, JZ 2022, 525: „Die Ausübung dieser Defi-

nisse von Kindern und Jugendlichen sorgen wollte, wäre eher ein jakobinischer Albtraum als selbstbestimmungsförderndes Empowerment.¹⁷⁹

Desiderat wäre deshalb auch, dass das Bundesverfassungsgericht der Versuchung widersteht, auf dem Fundament der von ihm selbst erschaffenen neuen Grundrechte dogmatische Großkonstruktionen verfassungsrechtlich angeblich gebotenen Schul,¹⁸⁰ Bildungs- oder Familienrechts zu errichten.¹⁸¹ Die insoweit wesentlichen Entscheidungen sind – wie es in einer liberalen Demokratie üblich ist – dem Bereich des Politischen, also den Parlamenten vorbehalten.

Unterhalb der Konstitutionalisierungsebene indes öffnet sich der Wissenschaft vom öffentlichen Recht allerdings ein weites Feld zur Entwicklung von „Empowerment“-Konzepten: z.B. im Städtebau- und Planungsrecht durch Konzeptionierung selbstbestimmungsaktivierender und klimagerechter Siedlungsstrukturen,¹⁸² etwa sozialer Orte,¹⁸³ im Schul- und Bildungsrecht durch bildungsaktivierende Infrastrukturen oder zivilgesellschaftliche Förder-, Kooperations- und Kommunikationsstrukturen. Auch digitale Selbstbestimmung¹⁸⁴ und Inklusion ist ein Thema in diesem Kontext. Hier ist vornehmlich eine interdisziplinär arbeitende Verwaltungswissenschaft gefordert.

nitionskompetenz wird tief in soziale Sinnmuster eingreifen, die bisher klugerweise nicht staatlicher Verfügung unterworfen waren.“

¹⁷⁹ *Martin Nettesheim* Grundrecht auf Unterstützung (Fn. 178) spricht zutreffend davon, dass sich mit der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „ein grundsätzlich neues verfassungsrechtliches Verständnis des Verhältnisses von Staat und Mensch“ andeutet, letztlich auch von Staat und Gesellschaft; dazu *Stefan Muckel/Sophie Schönberger* Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), 248, 291.

¹⁸⁰ Plausible Einschätzung bei *Martin Nettesheim* Grundrecht auf Unterstützung (Fn. 178), 532: „Bislang hielt sich das BVerfG allerdings zurück, staatliche Schulpolitik inhaltlich konstitutionalisieren und seiner Lenkung unterwerfen zu wollen. Der Beschluss vom 19.11.2021 lässt keinen Zweifel daran, dass sich das ändern soll.“ Und weiter (534): „Das BVerfG schließt an keiner Stelle aus, dass der Vollzug des Erziehungs- und Bildungsvorganges künftig zum Gegenstand subjektiver Rechte“ und damit zum Gegenstand von Verfassungsbeschwerden gemacht werden kann, um „mit dem BVerfG eine richterliche Aufsichtsinstant für die gesetzliche Schulpolitik ins Spiel zu bringen“.

¹⁸¹ *Josef Franz Lindner* Verfassungsgerichtskonstitutionalisierung (auch) im Schulrecht?, DÖV 2022, 733.

¹⁸² *Martin Burgi* Die nachhaltige Stadt der Zukunft und das Recht, NJW 2022, 2726; *Monika Böhm* Die nachhaltige Stadt der Zukunft, JZ 2022, 820.

¹⁸³ *Jens Kersten/Claudia Neu/Berthold Vogel* Das Soziale-Orte-Konzept, 2022, 121.

¹⁸⁴ Vgl. Fn. 174.

b) *Vorsorge*

Herausforderungen¹⁸⁵ birgt auch die staatsrechtliche Bewältigung der intertemporalen Selbstbestimmungsvorsorge. Ich beschränke mich auf drei Aspekte.

(1) Es stellt sich zunächst die Frage, ob der prospektive Grundgedanke intertemporaler Freiheitssicherung auf Klima und Umwelt beschränkt bleiben kann. Denkt man den Ansatz konsequent weiter,¹⁸⁶ wird man auch die Stabilisierung der Staatsfinanzen, des Sozialversicherungssystems und noch grundsätzlich die demographische Entwicklung¹⁸⁷ in den Blick nehmen müssen.¹⁸⁸ Dann ist nicht nur das Finanzverfassungs- und Sozialrecht¹⁸⁹ adressiert, sondern etwa auch das Migrationsrecht.

(2) Zweitens ist die Pflicht des Staates zur intratemporalen Freiheitsvorsorge in die verfassungsrechtsdogmatischen Makrostrukturen einzuordnen.¹⁹⁰ Hierfür bestehen mindestens drei grundsätzlich unterschiedli-

¹⁸⁵ *Kurt Faßbender* Der Klimabeschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085.

¹⁸⁶ *Jens Kersten/Elisabeth Kaupp* Verfassung einer prospektiven Gesellschaft. Wie zukunfts offen ist das Grundgesetz?, JuS 2022, 473 (478).

¹⁸⁷ *Wilfried Kluth/Susanne Baer* Demographischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 247/292.

¹⁸⁸ *Gregor Kirchhof* Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung, 2022.

¹⁸⁹ *Anna von Oettingen/Kristina Isabel Schmidt* Intertemporale Freiheitssicherung im Sozialstaat, DÖV 2022, 47.

¹⁹⁰ Die dogmatische Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts im Klimabeschluss (BVerfGE 147, 30) ist fragwürdig; kritisch etwa *Stefan Lenz* Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Eine Dekonstruktion, Der Staat 61 (2022), 73; *Nils Grosche* Recht und intertemporale Gerechtigkeit, Der Staat 61 (2022), 113. Überzeugend ist es noch, dass das Gericht zunächst mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG vor den Gefahren des Klimawandels argumentiert und dieser auch eine intergenerationelle Dimension zuweist, BVerfGE 157, 30 (Rn. 146). Da der Gesetzgeber diese Schutzpflicht nach Auffassung des Gerichts nicht verletzt habe, hat es einen zusätzlichen dogmatischen Anknüpfungspunkt gesucht und diesen in der klassischen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte gefunden, diese jedoch in die Zeit projiziert. Die durch eine heutige mangelhafte Klimaschutzgesetzgebung in Zukunft notwendig werdenden Freiheitseingriffe seien bereits *jetzt* als Eingriffe zu werten, was das Gericht als „eingriffsähnliche Vorwirkung“ (Rn. 184) bezeichnet. Dogmatische Konsequenz dieser zeitlich divergenten Eingriffskonstruktion wäre eigentlich, dass das Gericht nach einer Rechtfertigung für den zeitlich vorverlagerten Eingriff suchen müsste, insbesondere nach einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Damit würde man ersichtlich in Schwierigkeiten geraten. Denn welcher Zweck könnte es sein, der den künftigen Eingriff in Grundrechte *jetzt* rechtfertigen könnte? Aus dieser Schwierigkeit scheint sich das Gericht durch einen Kunstgriff befreien zu wollen, der aus der Elfen-Logik (BVerfGE 6, 32) bekannt ist: Der Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn er in jeder Hinsicht mit der Verfassung übereinstimmt (Rn. 189), also auch mit Art. 20a GG und dem dort verankerten Schutzauftrag (Rn. 190). Über diesen Elfen-Hebel gelangt das

che Konstruktionsmöglichkeiten: erstens über den Schutzpflichtenansatz, zweitens über den Gleichheitssatz etwa zur gleichheitskonformen Verteilung¹⁹¹ der CO₂-Budgets auf der Schiene der Zeit im Sinne intergenerativer Gleichheit¹⁹² oder drittens über die Abwehrrechtsdogmatik. Leistungsfähigkeit scheint eine Koppelung von Schutz- und Abwehrdimension der Grundrechte zu sein: Der Staat greift *jetzt* zum Klimaschutz in Grundrechte ein, um Freiheits- und damit Selbstbestimmungsräume in Zukunft zu erhalten. Die auch subjektiv-rechtliche Schutzpflicht für die Zukunfts-Freiheit¹⁹³ fungiert als gewichtiger verfassungsrechtlich legitimer Zweck im Rahmen der Rechtfertigung von heute vorzunehmenden Freiheitseingriffen.¹⁹⁴ Insofern dürfte das letzte Wort aber wohl noch nicht gesprochen sein.

(3) Drittens stellt sich die Frage, ob intertemporale Vorsorge allein ein Thema der Grundrechtsdogmatik ist. Dies dürfte sich als zu eng erwei-

Gericht dann zur Prüfung des Art. 20a GG. Dem fügt das Gericht dann noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die in der Sache eigentlich eine intergenerationelle Gleichheitsprüfung ist (Rn. 192): „Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgt, dass nicht einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine – von den Beschwerdeführenden als „Vollbremsung“ bezeichnete – radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde.“ Das Bundesverfassungsgericht verschraubt also vier dogmatische Figuren oder Kategorien in einander: (1) die eingriffsähnliche Vorwirkung, (2) die Rechtfertigung durch die Elfeslogik, (3) den Schutzauftrag des Art. 20a GG und (4) den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dies überzeugt nicht, wäre aber auch nicht notwendig gewesen, um den – überzeugenden – Ansatz der intertemporalen Freiheitssicherung zur Geltung zu bringen.

¹⁹¹ Diese Konstruktionsmöglichkeit deutet das Bundesverfassungsgericht selbst an, BVerfGE 157, 30 (Rn. 192): „Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind.“

¹⁹² *Ferdinand Wollenschläger* in: Herrmann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 214 m.w.N.

¹⁹³ Die Figur der eingriffsrechtlichen Vorwirkung wäre bei einem solchen Kombinationsansatz im Grunde entbehrlich. An deren Stelle träte eine prospektive Schutzpflicht (zu Gunsten künftiger Freiheit), die subjektiv-rechtlichen Charakter hätte und vom Einzelnen unter argumentativer Anreicherung mit dem Untermaßverbot mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte.

¹⁹⁴ Die abwehrrechtliche Konstruktion erweist sich jedenfalls insofern als vorzugswürdig, als sie an bisherige dogmatische Routinen und Gewissheiten anknüpft und die dogmatischen Verschraubungen, die die Konstruktion des BVerfG mit sich bringt (vgl. oben Fn. 190), vermeidet.

sen.¹⁹⁵ Denn die Bewältigung von Problemen wie Klimawandel oder Überschuldung setzt eine stärkere politische, prospektive Dynamik voraus,¹⁹⁶ die man aus der eher defensiven klassischen Grundrechtsdogmatik allein nicht wird generieren können. Es dürfte die Verfassung als ganze in den Blick rücken,¹⁹⁷ um etwa das Staatsorganisationsrecht so zu entwickeln, dass stärkere politische Dynamik entstehen kann. Man könnte an eine Erweiterung des Initiativrechts, die Etablierung einer Klimakammer oder andere neue „Input-Kanäle“¹⁹⁸ denken sowie an eine stärkere Versubjektivierung¹⁹⁹ objektiver Verfassungsziele.²⁰⁰ Insofern sind kürzlich weitreichende Vorstellungen einer ökologischen Verfassung vorgelegt worden.²⁰¹ Es ist bereits von einem „anthropozänen Verfassungsrecht“²⁰² die Rede. Eine „Vorsorgedogmatik“ ist jedenfalls im Entstehen begriffen.

¹⁹⁵ Ähnlich *Christoph Möllers/Nils Weinberg* Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069.

¹⁹⁶ Dass eine stärkere politische Dynamik zur Durchsetzung als richtig erkannter Ziele notwendig ist, führt der Klimabeschluss des BVerfG – auch darin liegt eine Pointe – gerade vor Augen: Es bedurfte erst einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, um beim Klimaschutz zu für politisch als notwendig erachteten Fortschritten zu gelangen; darauf hinweisend *Christoph Möllers/Nils Weinberg* Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069 (1077). Dies zeigt durchaus auch, dass der vermehrt vertretene Ansatz, objektive Verfassungsprinzipien zu subjektivieren und damit „klagefähig“ zu machen, dynamischen Charakter entfalten kann.

¹⁹⁷ *Jens Kersten/Elisabeth Kaupp* Verfassung einer prospektiven Gesellschaft. Wie zukunfts offen ist das Grundgesetz?, JuS 2022, 473.

¹⁹⁸ *Felix Heidenreich* Demokratie als Konsum, Merkur 878 (07/2022), 73 (76, 77): „blended democracy“; „deliberative democracy“.

¹⁹⁹ Der Gedanke geht dahin, dass durch die Anerkennung subjektiver Rechte auf Einhaltung objektiver Verfassungsziele (z.B. Klimaschutz, Artenschutz, Stabilität der Sozialversicherung, Schuldenbremse) oder sogar durch die Zuerkennung subjektiver Rechte an die Natur und damit einhergehende prozessuale Durchsetzungsmöglichkeiten der politische Druck auf Entscheidungsträger systematisch erhöht werden würde. Der Überzeugungskraft dieses Ansatzes kann an dieser Stelle nicht näher nachgegangen werden, ebenso wie den anderen verfassungsrechtlichen Implikationen solcher Konzeptionen, die wohl zu einer erheblichen systemischen Stärkung der Gerichte und einer damit korrespondierenden Schwächung der Parlamente führen würden.

²⁰⁰ Vgl. die Ansätze bei *Jens Kersten/Elisabeth Kaupp* Verfassung einer prospektiven Gesellschaft. Wie zukunfts offen ist das Grundgesetz?, JuS 2022, 473 (478, 479): Recht auf intertemporale Gleichheits- und Teilhabesicherung.

²⁰¹ *Jens Kersten* Das ökologische Grundgesetz, 2022 (i.E.).

²⁰² *Rike Sinder* Anthropozänes Verfassungsrecht als Antwort auf den anthropogenen Klimawandel, JZ 2021, 1078.

VI. Fazit und Ausblick

Verfasste Freiheit stellt sich als dialektisches Phänomen dar: Selbstbestimmung ist nur als Synthese aus Emanzipierung und Etatisierung möglich. Emanzipierung im Sinne von Selbstbestimmung ohne Staat ist die Kernthese der Verfassung einer liberalen Demokratie. Sie entfaltet sich in einer Emanzipierungsdynamik, zu deren Bewältigung eine elaborierte Emanzipierungsdogmatik existiert. Diese bedarf in mehreren Aspekten der Nachschärfung. Auf der anderen Seite – antithetisch – setzt Selbstbestimmung aktive, auch mit Fremdbestimmung verbundene Staatlichkeit voraus. Diese prägt sich in einer neuen Etatisierungsdynamik aus: Der Staat sichert und ermöglicht Selbstbestimmung, teilt die dafür erforderlichen Ressourcen zu und sorgt sich prospektiv um die Möglichkeiten für Selbstbestimmung in der Zukunft. Dies verlangt der Staatsrechtslehre einige konzeptionelle Anstrengung, aber auch dogmatische Zurückhaltung ab.

Leitsätze des Referenten zu:

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

3. Entwicklungsdynamik

I. Zentrale Thesen des Referats

(1) These 1: Die Entwicklung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie des Grundgesetzes ist dialektisch. Auf der einen Seite wirkt eine Emanzipierungsdynamik, die die Räume für Selbstbestimmung beständig erweitert und die für Fremdbestimmung verengt. Andererseits etabliert sich eine (neue) Etatisierungsdynamik, die eine stärkere Verantwortung des Staates für Selbstbestimmung zum Ausdruck bringt, aber auch Fremdbestimmung generiert. Selbstbestimmung erweist sich als Synthese aus Emanzipierung und Etatisierung.

(2) These 2: Für die Emanzipierungsdynamik verfügt die Staatsrechtslehre über eine etablierte Dogmatik. Diese bedarf allerdings in mehrfacher Hinsicht der Präzisierung.

(3) These 3: Für den Umgang mit der Etatisierungsdynamik bedarf die hergebrachte Grundrechtsdogmatik neuer Impulse; notwendig ist aber auch dogmatische Zurückhaltung.

II. Methodik und Begriffe

(4) Selbstbestimmung ist eigenverantwortete Beliebigkeit individuellen Handelns. Nur ein nicht substanztontologischer, metaphysikbefreiter Begriff der Selbstbestimmung wird dem wissenschaftstheoretischen Postulat weitestmöglicher Vorverständnisreduzierung gerecht.

(5) A priori unbegrenzte und entmaterialisierte Selbstbestimmung bedeutet nicht unbegrenzbare Selbstbestimmung. Es ist zu unterscheiden zwischen Selbstbestimmung als Bruttobegriff, der als unbegrenzt gedachter Maßstab den Ausgangspunkt grundrechtlicher Rechtfertigungspraxis bildet, und Selbstbestimmung als Nettobegriff, der das umfasst, was nach der Rechtfertigungsprüfung „übrigbleibt“.

(6) *Fremdbestimmung ist nicht das Gegenteil von Selbstbestimmung, sondern meint von außen wirkende Hindernisse eigenverantworteter Beliebigkeit. Wer allein aus Gründen, die in seinem Selbst liegen, an der Realisierung seiner Interessen gehindert ist, ist nicht fremdbestimmt. Auch Vorenthaltung von Kompensation für selbstbestimmungshemmende Kontingenzen oder Kooperationsdefizite ist nicht mit Fremdbestimmung gleichzusetzen.*

(7) *Zwischen Selbst- und Fremdbestimmung bestehen paradoxe Wechselwirkungen. Fremdbestimmung kann dazu dienen, Selbstbestimmung zu ermöglichen (Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung). Umgekehrt kann Selbstbestimmung faktisch Räume für Fremdbestimmung schaffen (Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung).*

(8) *Selbst- und Fremdbestimmung stehen in einem intertemporalen Verhältnis. Selbstbestimmung im heute kann Fremdbestimmung in der Zukunft bewirken („Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“).*

III. Dialektik der Entwicklungsdynamik (zu These 1)

(9) *Die Entwicklung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der grundgesetzlich verfassten liberalen Demokratie weist eine dialektische Struktur aus Emanzipierungs- und Etatisierungsdynamik auf.*

(10) *Die Emanzipierungsdynamik manifestiert sich in einer fortschreitenden Öffnung der Räume für Selbstbestimmung in nahezu allen lebensweltlichen Bereichen. Diese Entwicklung ist longitudinal und zukunfts offen.*

(11) *Die Etatisierungsdynamik prägt sich in wachsender Verantwortung des Staates für die Möglichkeit und das Gelingen von Selbstbestimmung aus.*

(12) *Beide Entwicklungslinien verlaufen synchron und sind gleichwohl dialektisch: Selbstbestimmung ohne Staat einerseits, Selbstbestimmung durch Staat andererseits. Emanzipierung und Etatisierung wirken komplementär-synthetisch: Selbstbestimmung setzt voraus, dass der Staat diese nicht behindert und zugleich die Bedingungen sichert, unter denen sie möglich ist und gelingen kann.*

IV. Emanzipierung – Selbstbestimmung ohne Staat (zu These 2)

1. Entwicklung

(13) Die Emanzipierungsdynamik verläuft in heterogenen Entwicklungsphasen. Sie ist (a) kontinuierlich, (b) stagnierend, (c) volatil, (d) disruptiv und (e) latent.

2. Impulse

(14) Die Emanzipierungsdynamik wird von differenten Impulsen getragen. Dynamisierend wirken (a) naturwissenschaftliche Erkenntnisfortschritte, (b) Entnormativierungsprozesse im außerrechtlichen Bereich (Religion, Ethik), (c) Pragmatisierungseffekte der liberalen Demokratie sowie (d) Konstitutionalisierungsschübe.

3. Hemmnisse

(15) Den Dynamisierungsimpulsen stehen Hemmnisse gegenüber: (a) partiell weiter bestehende Tabuisierungen im politischen Diskurs, (b) die politische Strategie des „foreign shopping“ sowie (c) neue Etatisierungstendenzen.

4. Dogmatik

(16) Für die verfassungsrechtliche Verarbeitung der Emanzipierungsdynamik steht eine elaborierte Grundrechtsdogmatik zur Verfügung. Deren Kern ist ein Regel-Ausnahme-Mechanismus, der aus vier Elementen besteht: (a) der Ausgangsvermutung zu Gunsten von Freiheit und Selbstbestimmung, (b) deren Einschränkung nur im Ausnahmefall, (c) dem Zwang zur Rechtfertigung jedweder Einschränkung und (d) der rationalen Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

5. Desiderate

(17) Dieser grundrechtliche Regel-Ausnahme-Mechanismus muss sich behaupten gegen Paternalismustendenzen, politisch-moralische Belehrungsrhetorik sowie gegen die Überzeichnung von Prävention. Nicht nur der Einzelne und die Gesellschaft sind vulnerabel, auch die Grundrechte sind es. Nicht nur Staat und Gesellschaft müssen sich als resilient erweisen, auch die Grundrechte müssen es.

(18) *Im öffentlichen Diskurs haben Freiheit und Selbstbestimmung aktuell einen schweren Stand. Sie sind in Pandemie und Klimakrise in Verruf geraten. „Angst“ – so scheint es – hat das Zepter übernommen. Angst generiert Irrationalität. Diese verschließt Räume für Selbstbestimmung und bereitet Fremdbestimmung den Weg. Dem ist das Essentialium der liberalen Demokratie entgegenzustellen: Jede staatlich angeordnete Pflicht bedarf der formellen Legitimation durch parlamentarische Willensäußerung und der materiellen Rechtfertigung im grundrechtsdogmatischen Rationalitätsschema.*

(19) *Dieses Rationalitätsprogramm ist zu präzisieren, um die Grundrechte resilient gegen ideologische oder populistische Übergriffe jeglicher Couleur zu machen. Dazu drei Vorschläge (20–22):*

(20) *Das „Zweckverwirklichungsbedürfnis“ sollte ein eigenes Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden, flankiert von einer diesbezüglichen Begründungspflicht des Gesetzgebers. Dies würde Transparenz und Rationalität der Grundrechtsprüfung weiter erhöhen, ihren Tatsachenbezug verdichten und einem Vorschieben nur scheinbar notwendiger Zweckverfolgung entgegenwirken.*

(21) *Die konkrete Dimension der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ist stärker zu akzentuieren: Ein Mittel ist unverhältnismäßig, wenn sein konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu die Eingriffstiefe unangemessen ist. Dadurch könnte auch die notorische Entgrenzung des Eignungsbegriffs kompensiert werden.*

(22) *Die Figur des Einschätzungsspielraumes des Gesetzgebers ist zu präzisieren. Mit deren Erstreckung auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne droht das Übermaßverbot einen Teil seiner Freiheitssicherungsfunktion einzubüßen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist insoweit Inkonsistenzen auf. Es besteht Klärungsbedarf.*

V. Etatisierung – Selbstbestimmung durch Staat (zu These 3)

1. Entwicklung

(23) *Etatisierung von Selbstbestimmung ist nicht per se ein neues Phänomen: Daseinsvorsorge, öffentliche Planung, staatlich garantierte Existenzsicherheit sind etablierte Modalitäten staatlicher Selbstbestimmungsvor- und -fürsorge. Die Entwicklung ist volatil: Etatistische Phasen wechseln sich mit mitunter neoliberal geprägten Deregulierungsepisoden ab. Gegenwärtig schlägt das Pendel intensiv in Richtung „mehr Staat“ aus – dies kann als „neue“ Etatisierung bezeichnet werden.*

2. *Impulse*

(24) Für diese Entwicklung sind vier sich verstärkende Impulse auszumachen: (a) Krisenbedingte Stabilitätsverluste, (b) die Transformation der sog. „Gesellschaft der Singularitäten“ von einem „apertistischen“ zu einem „regulativen“ Liberalismus, (c) Knappheitserfahrungen bei existenziellen Gütern sowie (d) die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts („§ 217 StGB“, „Klimabeschluss“, „Bundesnotbremse II“).

3. *Modalitäten*

(25) Das Bundesverfassungsgericht hebt Selbstbestimmung aus der Sphäre freiheitlich verfasster Emanzipationsräume auf die Ebene staatlicher Verantwortung. Die Modalitäten dieser Verantwortung sind heterogen: Sicherung, Ermöglichung, Vorsorge, Zuteilung.

(26) Modalität der Sicherung: Der Staat sichert oder schützt die Selbstbestimmung, indem er die Rahmenbedingungen für gelingende Eigenverantwortung gestaltet und abschirmt.

(27) Modalität der Ermöglichung: Der Staat ermöglicht Selbstbestimmung, indem er den Einzelnen in den Stand setzt, selbstbestimmt zu handeln („empowerment“): Materiell etwa durch ein ökonomisches und medizinisches Existenzminimum, ideell beispielsweise durch Bildungsmindeststandards oder Förderung selbstbestimmungsrelevanter Kooperation.

(28) Modalität der Vorsorge: Der Staat sichert prospektiv die Bedingungen für Selbstbestimmung in der Zukunft – intertemporale Freiheitssicherung.

(29) Modalität der Zuteilung: Der Staat reguliert die Allokation selbstbestimmungsrelevanter, partiell existenzieller, aber knapper Güter.

4. *Dogmatik*

(30) Mit den etablierten Strukturen der Grundrechtsdogmatik lässt sich ein Teil der Etatisierungsmodalitäten verfassungsrechtlich bewältigen. Es besteht aber Weiterentwicklungsbedarf.

(31) Greift der Staat zur Sicherung der Selbstbestimmung in diese ein, ist die hergebrachte dogmatische Figur „Schutz durch Eingriff“ betroffen. Legitimer Zweck ist der Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen oder Dritter. Problematisch ist es, den Schutz des Einzelnen vor sich selbst als (alleinigen) Zweck zu akzeptieren und damit Paternalismen Raum zu geben.

(32) Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz existiert ein taugliches Instrument zur Legitimation von Zuteilungsentscheidungen. Deren existenzielle Dimension lässt sich in Verhältnismäßigkeitserwägungen abbilden.

Die Gleichbehandlungsdogmatik könnte noch weiter geöffnet werden für verfahrens- und organisationsrechtliche Flankierung, insbesondere zur Missbrauchsverhinderung. Es empfiehlt sich zudem, ökonomische Konzepte dogmatisch zu implementieren – sowohl zur Erhöhung von knappen Ressourcen als auch für deren effektive Allokation. Die normative Festlegung von Kriterien für die Zuteilung selbstbestimmungsrelevanter Güter obliegt in einer liberalen Demokratie dem Parlament.

(33) Auch soweit der Staat ausreichende Kapazitäten regulativ, also künstlich verknappt, etwa durch die Schaffung von Budgets, stehen zur verfassungsrechtlichen Beurteilung dogmatische Instrumente zur Verfügung. Die Verknappung als solche unterliegt der Eingriffsabwehrdogmatik, die Zuteilung des regulativ Verknappten ist über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu steuern.

5. Desiderate

(34) Für die Ermöglichung von Selbstbestimmung stehen mit dem Sozialstaatsprinzip, dem vom Bundesverfassungsgericht etablierten Grundrecht auf ein Existenzminimum sowie mit dem Untermaßverbot anerkannte rechtliche und dogmatische Grundstrukturen zur Verfügung. Allerdings kennt die Staatsrechtslehre bislang keine elaborierte Dogmatik grundrechtlicher Leistungsrechte, die etwa auf die neuen Rechte auf schulische Bildungsmindeststandards oder auf gesundes Aufwachsen übertragbar wäre. Insoweit sind zusätzliche dogmatische Überlegungen zu erwarten.

(35) Der Spielraum für die Entwicklung einer „Ermöglichungsdogmatik“ ist allerdings doppelt verengt: erstens durch die Verwiesenheit auf interdisziplinären Input, zweitens durch den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Insoweit müsste sich die Staatsrechtslehre auch zurücknehmen und ihren dogmatischen Gestaltungseifer zügeln können. Das Bundesverfassungsgericht sollte der Versuchung widerstehen, auf dem Fundament der von ihm selbst erschaffenen Grundrechte auf Bildungsmindeststandards und auf gesundes Aufwachsen von Kindern dogmatische Großkonstruktionen verfassungsrechtlich (angeblich) gebotenen Schul-, Bildungs- oder Familienrechts zu errichten. Die insoweit wesentlichen Entscheidungen sind dem Bereich des Politischen, zumal den Parlamenten vorbehalten.

(36) Unterhalb der Konstitutionalisierungsebene öffnet sich der Wissenschaft vom öffentlichen Recht ein weites Feld zur Entwicklung von „Empowerment“-Konzepten: im Städtebau- und Planungsrecht sowie im Bildungsrecht durch Konzeptionierung selbstbestimmungsaktivierender oder zivilgesellschaftlicher Förder- und Kommunikationsmechanismen. Insoweit ist vornehmlich eine interdisziplinär arbeitende Verwaltungswissenschaft gefordert.

(37) *Der zunächst für die Klima- und Umweltpolitik entwickelte Vorsorgeansatz intertemporaler Freiheitssicherung ist auf die Stabilisierung der Staatsfinanzen und des Sozialversicherungssystems sowie auf die demographische Entwicklung zu erstrecken.*

(38) *Die intertemporale Freiheitsvorsorge lässt sich – je nach prozesualer Konstellation – mit einer Kombination aus der klassischen Abwehrrechts- mit der Schutzpflichtendimension der Grundrechte erfassen: Der Staat greift in der Gegenwart in Grundrechte ein, um prospektiv Selbstbestimmungsräume in der Zukunft zu erhalten. Die Wahrung der Chancen für Zukunfts-Freiheit fungiert als gewichtiger verfassungsrechtlich legitimer Zweck im Rahmen der Rechtfertigung von heute vorzunehmenden Freiheitseingriffen.*

(39) *Intertemporale Freiheitsvorsorge ist nicht allein ein Thema der Grundrechtsdogmatik. Es sind die Verfassung und die Verfassungsrechtswissenschaft als ganze gefordert. Das Staatsorganisationsrecht etwa sollte so weiterentwickelt werden, dass stärkere politische, prospektive Dynamik entstehen kann. Auch eine Subjektivierung objektiver Verfassungsziele rückt in den Fokus der Diskussion.*

VI. Fazit und Ausblick

(40) *In der liberalen Demokratie prägt sich verfasste Freiheit dialektisch aus: als Selbstbestimmung ohne Staat einerseits (Emanzipierung) und im Sinne von Selbstbestimmung durch Staat andererseits (Etatisierung). Selbstbestimmung ist nur als Synthese aus Emanzipierung und Etatisierung möglich. Daran hat sich die Verfassungsrechtsdogmatik auszurichten: Die elaborierte Emanzipationsdogmatik ist leistungsfähig, bedarf aber in mehreren Punkten der Präzisierung. Die (neue) Etatisierung verlangt der Staatsrechtslehre zusätzliche konzeptionelle Anstrengungen, aber auch dogmatische Selbstbeschränkung ab.*

