

Zweiter Beratungsgegenstand

Zugehörigkeit und Partizipation

1. Solidargemeinschaften

Referat von *Antje von Ungern-Sternberg*, Trier*

Inhalt

I.	Einleitung	198
II.	Grundlagen	198
1.	Begriff: Solidarität und Solidargemeinschaften	198
a)	Außerjuristisch: Kampf, soziale Sicherung, Gemeinschaftsgebundenheit	199
b)	Juristisch: soziale Sicherung, Gemeinschaftsgebundenheit	201
2.	Drei Charakteristika von Solidarität	206
III.	Partikularität	207
1.	Zugehörigkeit im engeren Sinn und Gleichheit	207
2.	Zugehörigkeit im globalen und zeitlichen Sinn	214
IV.	Normative Unschärfe	220
1.	Solidarpflichten für Staaten	220
2.	Solidarpflichten für Individuen	222
V.	Lastenverteilung	227
1.	Befund: Bundesnotbremse I und II	228
2.	Solidarische Freiheitslasten: Kollektivnutzen und Fremdnutzen	231
3.	Nachrang-These: Hohe Rechtfertigungshürden für fremdnützige Freiheitslasten	232
4.	Drittbelastungs-These: Alternative Drittbelastung in der Verhältnismäßigkeit	238
VI.	Fazit	241

* Für Gedankenaustausch und kritische Diskussion des Manuskripts danke ich sehr herzlich *Birgit Peters* und *Henning Tappe* sowie *Thomas Burri*, *Timo Hebel*, *Albert Ingold*, *Niels Petersen*, *Johannes Saurer*, *Sebastian Unger* und *Christian Walter*. Dem gesamten Lehrstuhlteam, namentlich *Ann-Sophie Weber* und *Ralf Michael Gitz*, sei für die Hilfe bei Literaturbeschaffung und Erstellung der druckfertigen Version herzlich gedankt.

I. Einleitung

Ein Vortrag mit dem Titel „Solidargemeinschaften“ weckt unterschiedliche Erwartungen. Sie können eher gering sein, wenn man sich die scharfzüngige Kritik von *Michael Stolleis* am Solidaribegriff vor Augen führt: Solidarität sei ein „Wieselwort von gallertartiger Konsistenz“, es passe zu längst vergangenen „ständischen Strukturen“, es sei als „Appellwort [...] verbraucht“.¹ Manche hegen anspruchsvollere Erwartungen, beispielsweise ein geschätzter Kollege, der mich in einer E-Mail bat, ich möge in diesem Referat doch den zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz von *John Rawls* „als vom Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes gefordert“ sehen.

Mein Vortrag² nimmt beides – Solidaritätsskepsis und Solidaritätseuphorie – zum Ausgangspunkt, um danach zu fragen, wie sich die Idee von Solidargemeinschaften im Verfassungsrecht niedergeschlagen hat. Der Begriff der Solidargemeinschaft im engeren juristischen Sprachgebrauch bezieht sich vorwiegend auf Gemeinschaften, in denen gegenseitiges Füreinander-Einstehen durch finanzielle Lasten oder föderale Rücksichtnahmen geübt wird. Zugleich wird Solidarität in Politik und Wissenschaft aber eben auch beschworen, um umfassende Freiheitsbeschränkungen zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen (von Pandemie bis Klimakrise) zu begründen.³ Der Gegenüberstellung von solidarischen Finanz- und Freiheitslasten gilt mein besonderes Interesse. Meine Überlegungen hierzu gliedern sich entlang von drei Charakteristika des Solidaribegriffs.

II. Grundlagen

1. Begriff: Solidarität und Solidargemeinschaften

Vorab seien einige Grundlagen geklärt. Solidarität bezeichnet das wechselseitige Füreinander-Einstehen in einer Gemeinschaft, der Solidargemeinschaft. Solidarität kann hierbei auf Gefühl oder Kalkül beruhen, in Recht, Moral oder Praxis ankern und deskriptive oder normative Bedeutung besit-

¹ *Michael Stolleis* Wer Solidarität sagt, will etwas haben, *Rechtsgeschichte* 5 (2004), 49 (49, 52, 54).

² Der Beitrag befindet sich auf dem Stand vom 7.11.2022.

³ S. etwa *Angela Merkel* „Solidarität das Gebot der Stunde“, zitiert nach FAZ, 29.4.2020, 1; *Deutscher Ethikrat* Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020; *Ulrich Jan Schröder* Die Rechtspflicht zur Solidarität in der Corona-Krise, in: Bernhard Frevel/Thomas Heinicke (Hrsg.) *Managing Corona*, 2021, 89; *Lars Brocker* Solidarität als Staatsaufgabe, FAZ, 21.4.2022, 6; *Carsten Linnemann/Gregor Thüsing* Das Gesellschaftsjahr – ein Akt der Solidarität, FAZ, 8.9.2022, 6.

zen.⁴ Die Begriffsgeschichte nimmt ihren Ausgang bei der Solidarität im juristischen Sinn. Denn etymologisch lässt sich Solidarität auf das lateinische Adjektiv „solidus“ zurückführen, das „fest“, „dicht“ und „vollständig“ bedeutet.⁵ Es kennzeichnet im römischen Recht die „obligatio in solidum“,⁶ die bis heute als Gesamtschuld fortexistiert.⁷

a) *Außerjuristisch: Kampf, soziale Sicherung, Gemeinschaftsgebundenheit*

Im 19. Jahrhundert entwickelten sich in Frankreich in Reaktion auf die postrevolutionäre liberale Gesellschaftsordnung und die soziale Frage sodann weitere – zunächst außerjuristische – Solidaritätsbegriffe.⁸ Erstens etablierte die französische Arbeiterbewegung seit 1848 den Begriff „solidarité“ für ihren Kampf und ersetzte damit zunehmend die Berufung auf die „fraternité“.⁹ Zweitens forderten Wissenschaftler und Politiker unter

⁴ Hierzu allgemein *Thomas Bedorf* Politik, Recht oder Moral?, in: Hubertus Busche (Hrsg.) *Solidarität*, 2011, 107 (108 ff.); zur Grundlage von Solidarität ferner *Siegfried Schieder* Zur Theorie der Solidarität und internationalen Gemeinschaft, in: Sebastian Harnisch/Hanns W. Maull/ders. (Hrsg.) *Solidarität und internationale Gemeinschaftsbildung*, 2009, 11 (22 ff.); sowie *Jan P. Beckmann* Über Solidarität und Individualismus, in: Busche (ebd.), 55 (63 f.).

⁵ *Karl Ernst Georges* Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, Bd. II, 1918, Sp. 2709 f. <<http://www.zeno.org/Georges-1913/A/solidus?hl=solidus>> (Stand 7.11.2022); ferner *Jack E. S. Hayward* Solidarity: The Social History of an Idea in Nineteenth Century France, *International Review of Social History* 4 (1959), 261 (269 ff.); *Kurt Röttgers* Fraternité und Solidarität in politischer Theorie und Praxis, in: Busche (Fn. 4), 19 (24 ff.).

⁶ *Thomas Rüfner* Die Verfassung der Freiheit, *Rechtspolitisches Forum* 81 (2020), 49 (62); *Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohse* Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 67 Rn. 4 ff.

⁷ Auch heute firmiert die Gesamtschuld in Frankreich (Art. 1311 ff. Code civil), Österreich (§§ 891 ff. ABGB) und der Schweiz (Art. 143 ff. Schweizerisches Obligationenrecht) als Solidarschuld; in Deutschland ist diese Begriffsverwendung seltener (so aber § 43 Abs. 2 GmbHG).

⁸ Abgrenzung auch in Anlehnung an *Kurt Bayertz* Begriff und Problem der Solidarität, in: ders. (Hrsg.) *Solidarität*, 1998, 11 (15 ff.); s. ferner *Hans Michael Heinig* Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, 123; zur Begriffsgeschichte in Frankreich *Hermann-Josef Große Kracht* Solidarität und Solidarismus, 2017; in Deutschland *Thomas Fiegle* Von der Solidarität zur Solidarität, 2003; ferner *Karl H. Metz* Solidarität und Geschichte, in: Bayertz (ebd.), 172; *Andreas Wildt* Solidarität – Begriffsgeschichte und Definition heute, in: Bayertz (ebd.), 202 (203 ff.).

⁹ Differenziert *Röttgers* Fraternité, in: Busche (Fn. 4), 19 ff.; *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 63 ff., auch zur Verbreitung in Deutschland; ferner *Bayertz* Begriff, in: Bayertz (Fn. 8), 40 ff.; zur parallelen Verwendung als Begriff für Arbeitskampf und Sozialpolitik, *Wildt* Solidarität, in: Bayertz (Fn. 8), 206 ff.

dem Schlagwort Solidarität Sozialreformen zur kollektiven Absicherung individueller Lebensrisiken ein, vor allem zum Schutz von Arbeitern gegen Unfälle, Krankheit und im Alter.¹⁰ Drittens kennzeichnet Solidarität gemeinschaftsbezogene Einstellungen und Verhaltensweisen der Mitglieder einer Gemeinschaft, die ein Gefühl der Zugehörigkeit und Verpflichtung beinhalten und so den Zusammenhalt einer Gemeinschaft ermöglichen.¹¹ Die Frage nach dem gesellschaftlichen Zusammenhalt stellte sich im postrevolutionären Frankreich, das in ein monarchistisch-katholisches und ein republikanisch-laizistisches Lager gespalten war, mit besonderer Schärfe.¹² *Emile Durkheim* kommt das Verdienst zu, die gesellschaftlichen Grundlagen der Solidarität – insbesondere Arbeitsteilung und Interdependenz in der modernen Gesellschaft – soziologisch beleuchtet zu haben.¹³ Hieran anknüpfend entwarfen die französischen Solidaristen republikanische Gesellschaftsmodelle der Solidarität.¹⁴ Der Solidaritätsbegriff wurde zurückhaltend auch in Deutschland rezipiert,¹⁵ häufig diskutierte man vergleichbare Fragen aber unter anderen Schlagworten, etwa dem sozialen Königtum¹⁶ oder dem Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft.¹⁷

¹⁰ *François Ewald* Der Vorsorgestaat, 1986, 277 ff.; ferner *Metz* Solidarität, in: Bayertz (Fn. 8), 172; *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 145 ff.

¹¹ Sie sei beispielsweise als „der Inbegriff jener inneren Bindemittel – gemeinsame Herkunft und Geschichte, gemeinsame Kultur und Lebensform, gemeinsame Ideale und Ziele – zu definieren, die einen Staat, eine Gesellschaft oder eine Nation zusammenhalten“ *Bayertz* Begriff, in: Bayertz (Fn. 8), 23; „Idee eines wechselseitigen Zusammenhangs zwischen den Mitgliedern einer Gruppe von Menschen [...], eines Zusammenhangs, der von den Mitgliedern wahrgenommen, für subjektiv bedeutsam gehalten und emotionell gestützt wird“ *Manfred Prisching* Solidarität, in: Lessenich (Hrsg.) Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, 2003, 157 (158).

¹² *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 74 ff.

¹³ *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 73 ff., zu *Auguste Comte* und *Durkheim*. Nach *Durkheim* beruht gesellschaftlicher Zusammenhalt in vormodernen Gesellschaften auf Ähnlichkeit („mechanische Solidarität“), während sie in modernen Gesellschaften aus Arbeitsteilung und damit aus Differenz entsteht („organische Solidarität“), *Émile Durkheim* Über soziale Arbeitsteilung, 1992 [1893], insbesondere 118 ff., 162 ff.

¹⁴ Der Jurist und Ökonom *Charles Gide* und der Jurist und Politiker *Léon Bourgeois* traten für staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie Genossenschaftswesen (*Gide*) bzw. eine umfassende Reorganisation von Staat und Gesellschaft (*Bourgeois*) ein, s. *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 185 ff., 221 ff. Zum Juristen *Léon Duguit* s. *Dieter Grimm* Solidarität als Rechtsprinzip, 1973.

¹⁵ *Heinrich Pesch* Solidarismus, Stimmen aus Maria Laach 63 (1902), 38; zur Rezeption des Begriffs in der katholischen Soziallehre *Jürgen Schmelter* Solidarität: Die Entwicklungsgeschichte eines sozioethischen Schlüsselbegriffs, 1991, 83 ff.; *Uwe Volkmann* Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, 146 ff.; *Fiegle* Solidarité (Fn. 8), 262 ff.

¹⁶ *Lorenz von Stein* Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, 1921 [1850], 40 f.; *von Stein* ist auch einer der ersten, der in Deutsch-

Die außerjuristischen Solidaritätsverständnisse¹⁸ stehen nicht unverbunden neben der Rechtsordnung. Einerseits können juristische Normen als Beleg für bestehende Solidarität dienen,¹⁹ andererseits können Forderungen nach Solidarität auch an das Recht gestellt werden, das den solidarischen Kampf ermöglichen, ein System der sozialen Sicherungen errichten oder den Zusammenhalt der Gemeinschaft fördern möge.

b) Juristisch: soziale Sicherung, Gemeinschaftsgebundenheit

Es lag daher nahe, dass sich Solidarität zu einem juristischen Begriff auch jenseits der zivilrechtlichen Gesamtschuld weiterentwickelt hat. In Deutschland erfasst dieser Sprachgebrauch weniger die Kampffessolidarität²⁰ als vielmehr Solidarität im Sinne von sozialer Sicherung und

land den französischen Begriff der Solidarität aufgreift, ebd. 198 ff.; *Reichskanzler Fürst Bismarck*, Reichstagsrede vom 9.1.1882, Verhandlungen des Reichstages 66 (1881/82), 484 (486).

¹⁷ *Ferdinand Tönnies* Gemeinschaft und Gesellschaft, 1972 [1887].

¹⁸ Aus dem zeitgenössischen Schrifttum, insbesondere zum Thema gesellschaftlicher Zusammenhalt, etwa *Karl Otto Hondrich/Claudia Koch-Arzberger* Solidarität in der modernen Gesellschaft, 1992, 14: „Solidarität ist Verbundenheit durch *latente Reziprozität*.“; *Helmut Thome* Soziologie und Solidarität: Theoretische Perspektiven für die empirische Forschung, in: *Bayertz* (Fn. 8), 217 (220 ff.); *Sally J. Scholz* Political Solidarity, 2008, 5; *Marianne Kneuer/Carlo Masala* Politische Solidarität. Vermessung eines weiten und unerschlossenen Feldes, in: dies. (Hrsg.) Solidarität. Politikwissenschaftliche Zugänge zu einem vielschichtigen Begriff, ZPol Sonderband 2014, 7 (12). Vergleichbare Fragen lassen sich auch unter dem Begriff der Integration, des Gemeinwohls (*Herfried Münkler/Harald Bluhm* Einleitung: Gemeinwohl und Gemeinsinn als politisch-soziale Leitbegriffe, in: dies. [Hrsg.] Gemeinwohl und Gemeinsinn, 2001, 9) oder des Sozialkapitals abhandeln (Begriff nach *Robert D. Putnam* Bowling Alone, 2020 [2000]; zum bürgerschaftlichen Engagement ferner *Albert O. Hirschman* Shifting Involvements, 1982. In der Sozialphilosophie stellen Kommunitaristen zur Sicherung einer gemeinwohlorientierten Demokratie und der Solidarität unter Bürgern auf Faktoren wie Identifikation oder Partizipation ab. Überblick bei *Rainer Forst* Kommunitarismus und Liberalismus – Stationen einer Debatte, in: Axel Honneth (Hrsg.) Kommunitarismus, 1995, 181 (196 ff.); *Bayertz* Begriff, in: *Bayertz* (Fn. 8), 28 ff.; *Volkmann* Solidarität (Fn. 15), 20 ff.

¹⁹ *S. Durkheim* Arbeitsteilung (Fn. 13): Beleg für die „mechanische Solidarität“ durch das Strafrecht, für die „organische Solidarität“ durch das Zivilrecht, 135 ff., 166 ff.

²⁰ S. etwa den Begriff des Solidaritätsstreiks, BAG, NJW 1988, 2061. In Frankreich, wo die Begriffe Solidarität und Brüderlichkeit häufig deckungsgleich verwendet werden, hat der Verfassungsrat 2018 das Verfassungsprinzip der *Fraternité* so interpretiert, dass Hilfe für irreguläre Migranten zu humanitären Zwecken nicht mit Strafe belegt werden kann, Conseil constitutionnel v. 6.7.2018, Entscheidung Nr. 2018-717/718 QPC, Rn. 8; hierzu *Andreas Funke/Anselm Zölles* 1.8.2018 <<https://verfassungsblog.de/wachgekuesst-der-franzoesische-verfassungsrat-aktiviert-erstmal-die-fraternite-im-auslaenderrecht/>> (Stand 7.11.2022).

Gemeinschaftsgebundenheit.²¹ Der Solidarbegriff kennzeichnet zunächst bestimmte Gemeinschaften, deren Mitglieder sich gegenseitig unterstützen – von Familien über Kammern bis hin zu Staaten.²² In einem spezifischeren Sinn bezieht sich der Begriff auf das Absichern von Risiken, auch in der Privatversicherung,²³ namentlich aber in der Sozialversicherung²⁴. Das „Solidarprinzip“ des Sozialversicherungsrechts benennt ferner den sozialen Ausgleich innerhalb der Versichertengemeinschaft, der über die reine Versicherung im Kollektiv hinausgeht, etwa indem Beiträge nach Arbeitseinkommen gestaffelt und Familienangehörige mitversichert sind.²⁵ Als Solidargemeinschaft firmieren darüber hinaus auch die Schuldner besonderer

²¹ Überblick zur juristischen Begriffsverwendung auch jenseits des umfassenden Werks von *Volkmann* Solidarität (Fn. 15) und der Vorschläge von *Günter Frankenberg* (Die Verfassung der Republik, 1997) oder *Erhard Denninger* (ausführlicher s.u. Fn. 46) z.B. bei *Ansgar Hense* Mehrperspektivische Annäherungen an das Phänomen Solidarität und das Solidarprinzip, in: Manuel Atienza u.a. (Hrsg.) FS Werner Krawietz, 2003, 525 (529 ff.); knapp auch *Erhard Denninger* Solidarität als Verfassungsprinzip, KritV 2009, 20; *Rainer Schlegel* Solidarität, in: Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark Villiger (Hrsg.) FS Renate Jaeger, 2011, 331; *Karl-Peter Sommermann* Some Reflections on the Concept of Solidarity and its Transformation into a Legal Principle, AVR 52 (2014), 10 (15 ff.); *Philip Kunig* Solidarität als rechtliche Verpflichtung, in: Armin Hatje u.a. (Hrsg.) Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, 61.

²² Insgesamt *Hanno Kube* Staatsaufgaben und Solidargemeinschaften, DStJG 29 (2006), 11 (16 ff.); zur Familie und weiteren Lebensgemeinschaften etwa *Thorsten Kingreen* Das Bundesverfassungsgericht und die Generationengerechtigkeit, in: Gerrit Manssen u.a. (Hrsg.) FS Udo Steiner, 2009, 392; *Frauke Brosius-Gersdorf* Solidargemeinschaften jenseits der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft, NZFam 2016, 145 und 2016, 245.

²³ Z.B. BVerfGE 114, 73 (94); *Ulrich Jan Schröder* Die Sozialisierung der Risiken wirtschaftlicher Freiheit, in: Felix Arndt u.a. (Hrsg.) Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht, 2009, 133 (139).

²⁴ „Schutz der sozialen Existenz gegen die Wechselfälle des Lebens“ BVerfGE 28, 324 (348); § 1 Abs. 1 S. 1 SGB V: „Krankenversicherung als Solidargemeinschaft“; ferner z.B. BVerfGE 74, 203 (215); 76, 256 (301); 103, 271 (288) zu Renten-, Arbeitslosen-, Pflegeversicherung.

²⁵ *Georg Wannagat* Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. I, 1965, 176; *Josef Isensee* Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, 13 ff.; *Friedhelm Hase* Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, 258 ff., 293 ff.; *Christian Rolfs* Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, 205 ff., 264 ff.; *Thorsten Kingreen* Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, 176 ff.; s. zu weiteren Formen etwa auch *Hans-Jürgen Papier* Alterssicherung durch berufsständische Versorgungswerke, in: Ulrich Becker u.a. (Hrsg.) FS Franz Ruland, 2007, 455. Teilweise wird „Solidarprinzip“ aber auch in der Bedeutung von „Versicherungsprinzip“ verwandt, das die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung beinhaltet, also gerade keinen sozialen Ausgleich bewirkt. Dies gilt vor allem für die Privatversicherung, zum Solidarbegriff etwa *Michael Erdmann/Christoph Schwarzbach* Telematiktarife und der Ruf nach Solidarität, ZfV 2017, 81 (I.), 126 (II.), 162 (III.); zum Äquivalenzprinzip etwa *Manfred Wandt* Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 131 f., 1314.

finanzieller Lasten, der Sonderabgaben,²⁶ oder die Gemeinschaft aller Steuerzahler, die etwa Sozialleistungen wie die Grundsicherung oder die Sozialhilfe finanziert.²⁷ Auch hier verdeutlicht der Solidarbegriff Sicherung und Ausgleich, weil Steuern nach der Leistungsfähigkeit²⁸ erhoben und Grundsicherung und Sozialhilfe nach Bedürftigkeit²⁹ gewährt werden. Während die sozialen Rechte der EU-Grundrechtecharta mit „Solidarität“ überschrieben sind,³⁰ kommt das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes allerdings ohne den Solidarbegriff aus.³¹

Außerdem meint Solidarität auch im deutschen Recht die Gemeinschaftsgebundenheit der Mitglieder einer Gemeinschaft. Allerdings bezieht sich dies in erster Linie auf den Bundesstaat, also eine Gemeinschaft von Staaten. Dem Bundesstaatsprinzip entnimmt das Bundesverfassungsgericht den „Gedanken der Solidargemeinschaft“ und ein „bündisches Prinzip des Einstehens [der Länder] füreinander“, das den grundgesetzlich vorgesehenen Länderfinanzausgleich zugleich begründet und begrenzt.³² Im

²⁶ Zum Begriff *Kube* Staatsaufgaben (Fn. 22), 11. Zur Sonderabgabe *Dieter Birk/Marc Desens/Henning Tappe* Steuerrecht, 23. Aufl. 2021/22, Rn. 107 ff.; grundlegend *Karl Heinrich Friauf* Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger, in: Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln (Hrsg.) FS Hermann Jahrreiß, 1974, 45; *ders.* Zur Zulässigkeit von außersteuerlichen Sonderabgaben, in: Günter Schmolders (Hrsg.) FS Willy Haubrichs, 1976, 103; *Ute Sacksofsky* Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 1999, 55 ff.; *Christian Thiemann* Die Dogmatik der Sonderabgabe im Umbruch, AöR 138 (2013), 60.

²⁷ Z.B. BSG, NJW 2017, 590 (592); NJW 2021, 1419 (1422); *Kube* Staatsaufgaben (Fn. 22), 16 ff. Zur förmlichen Trennung von Steuern und Sozialausgaben *Florian Meinel* Verteilung als Verfassungsfrage, in: Sigrid Boysen/Anna-Bettina Kaiser/*ders.* (Hrsg.) Verfassung und Verteilung, 2015, 19.

²⁸ Zum Leistungsfähigkeitsprinzip als Grundlage für die Steuererhebung ausführlich *Dieter Birk* Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983; *Johanna Hey* in: Tipke/Lang (Hrsg.) Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.40 ff.

²⁹ Hierzu § 9 SGB I, § 7 Abs. 1 Nr. 3 SGB II; *Wannagat* Sozialversicherungsrecht (Fn. 25), 28; *Katharina von Koppenfels-Spies* Sozialrecht, 2018, Rn. 671 ff.; *Eberhard Eichenhofer* Sozialrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 478 ff., 532 ff.

³⁰ Titel IV Art. 27 ff. GRCh; auf internationaler Ebene ist der Begriff der Solidarität im Zusammenhang mit sozialen Rechten nicht prominent vertreten; zu diesen Rechten *Angelika Nußberger* Sozialstandards im Völkerrecht, 2005, 44 ff., 228 ff.

³¹ Neuinterpretation des Sozialstaats und sozialer Rechte auf Grundlage der Solidarität durch *Frankenberg* Verfassung (Fn. 21); zum Verhältnis von Solidarität und Sozialstaat ferner *Volkman* Solidarität (Fn. 15), 332 ff.; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 121 ff.; differenzierend zwischen sozialetischer Solidarität und der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Solidarprinzips *Kingreen* Sozialstaatsprinzip (Fn. 25), 244 ff.

³² Dies erfordere einen Ausgleich unangemessener Unterschiede in der Finanzkraft der Länder, verbiete aber eine entscheidende Schwächung der Geberländer und eine Nivellie-

Unionsrecht³³ ist Solidarität im Sinne einer Gemeinschaftsgebundenheit der Mitgliedstaaten³⁴ besonders ausgeprägt und wird in den Verträgen als Grundlage,³⁵ Geisteshaltung,³⁶ „Ziel“,³⁷ „Grundsatz“³⁸ und Gebot³⁹ gemeinschaftlicher Tätigkeit insbesondere für das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander herausgestellt. Schließlich wird Solidarität auch als Gemeinschaftsgebundenheit von Individuen verstanden und eingefordert. Während

rung der Länderfinanzen. Noch ohne Bezug auf die Solidarität BVerfGE 1, 117 (131); zur Solidargemeinschaft sodann BVerfGE 72, 330 (386 f., 398); 86, 148 (214 f., 240 f., 255, 264, 270); 101, 158 (221 f., 232 f.); 116, 327 (380). Auch die einzige Grundgesetzbestimmung mit explizitem Solidarbezug findet sich im Finanzföderalismus; demnach sind Finanzkorrekturen der EU nach Art. 104a Abs. 6 GG (eingefügt 2006) von der Ländergemeinschaft solidarisch zu tragen, s. *Kyrill-Alexander Schwarz* in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) Grundgesetz, 97. EL 2022, Art. 104a Rn. 111.

³³ Zur Solidarität in völkerrechtlichen Beziehungen etwa *Christian Tomuschat* Die völkerrechtlichen Grundlagen der Zivilgesellschaft: Internationale Abkommen als Garanten internationaler Solidarität?, in: Jens Beckert u.a. (Hrsg.) Transnationale Solidarität, 2004, 135; *Karel Wellens* Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations, in: Ronald St. J. MacDonald/Douglas M. Johnston (Hrsg.) Towards World Constitutionalism, 2005, 775; *Rüdiger Wolfrum* Solidarity amongst States: An Emerging Structural Principle of International Law, in: Pierre-Marie Dupuy u.a. (Hrsg.) FS Christian Tomuschat, 2006, 1087; *Peter Hilpold* Solidarität als Rechtsprinzip, JöR 55 (2007), 195 (197, 204 ff.); *Karel Wellens* Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections, in: Rüdiger Wolfrum/Chie Kojima (Hrsg.) Solidarity: A Structural Principle of International Law, 2010, 3; *Philipp Dann* Solidarity and the Law of Development Cooperation, in: Wolfrum/Kojima (ebd.), 55; *Nele Matz-Lück* Solidarität, Souveränität und Völkerrecht: Grundzüge einer internationalen Solidargemeinschaft zur Hilfe bei Naturkatastrophen, in: Holger P. Hestermayer u.a. (Hrsg.) Coexistence, Cooperation and Solidarity, 2011, 141; *Markus Kotzur/Kirsten Schmalenbach* Solidarity Among Nations, AVR 52 (2014), 68.

³⁴ Darüber hinaus lässt sich Solidarität insbesondere auch transnational, also als grenzüberschreitendes Verhältnis zwischen Individuen oder Gruppen, verstehen: *Schieder* Theorie (Fn. 4), 34 ff.; *Michèle Knodt/Anne Tews* Einleitung: Solidarität im europäischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.) Solidarität in der EU, 2014, 7 (11 ff.). Gerade das Primärrecht der Europäischen Union bekennt sich spätestens mit dem Vertrag von Lissabon auch zur Idee transnationaler Solidarität, hierzu etwa *Andreas Th. Müller* Solidarität als Rechtsbegriff im Europarecht, in: Clemens Sedmak (Hrsg.) Solidarität, 2010, 77 (92 ff.); s. ferner etwa *Jürgen Bast* Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht – zwischen Bürgern oder Staaten?, in: Knodt/Tews (ebd.), 143; *Malcolm Ross* Transnational solidarity: a transformative narrative for the EU and its citizens?, Acta Politica 56 (2021), 220.

³⁵ Art. 2, Art. 24 Abs. 2 EUV; Art. 67 Abs. 2 S. 1 AEUV; s. ferner Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 EUV.

³⁶ Art. 24 Abs. 3 UAbs. 1, Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3 EUV; Art. 122 Abs. 1, Art. 194 Abs. 1, Art. 222 Abs. 1 AEUV.

³⁷ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3, Art. 24 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV.

³⁸ Art. 80 S. 1 AEUV.

³⁹ Art. 32 Abs. 1 S. 4 EUV.

etwa die Verfassungen in Frankreich⁴⁰ und Weimar⁴¹ Solidar- oder Grundpflichten statuieren oder statuierten und die Verfassungen Brandenburgs und Schleswig-Holsteins Solidarität als Landestradi-tion⁴² oder Verfassungszweck⁴³ bekräftigen,⁴⁴ ist dem Grundgesetz diese Begrifflichkeit fremd.⁴⁵ Es ist daher umstritten, ob auch dem Grundgesetz ein allgemeines Solidaritätsprinzip eingewoben ist, das etwa die Auslegung von Grundrechtsfragen beeinflusst⁴⁶ oder gar Grundpflichten und Verteilungsgrundsätze beinhaltet.⁴⁷

⁴⁰ Art. 12 der zum „bloc de constitutionnalité“ zählenden Präambel der Verfassung v. 17.10.1946 lautet: „La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.“

⁴¹ Unter der Überschrift des zweiten Hauptteils („Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“) finden sich Erziehungspflicht (Art. 120 WRV), Ehrenamt (Art. 132 WRV), kommunale Dienstpflicht und Wehrpflicht (Art. 133 WRV), Steuern/öffentliche Lasten (Art. 134 WRV), Schulpflicht (Art. 145 S. 1 WRV), Eigentümerpflichten (Art. 153 Abs. 3 WRV) und eine allgemeine Verpflichtung auf das Wohl der Gesamtheit (Art. 163 Abs. 1 WRV).

⁴² Präambel der Verfassung Brandenburg: „Wir [...] haben uns diese [...] Verfassung gegeben, im Geiste der Traditionen von Recht, Toleranz und Solidarität in der Mark Brandenburg [...]“. S. ferner Art. 7: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Grundlage jeder solidarischen Gemeinschaft“.

⁴³ Präambel der Verfassung Schleswig-Holstein: „Der Landtag hat [...] in dem Willen, Demokratie, Freiheit, Toleranz und Solidarität auf Dauer zu sichern und weiter zu stärken, [...] diese Verfassung beschlossen.“

⁴⁴ Vgl. ferner Solidarität als Grundwert der Schule nach Art. 14 Abs. 5a Bundes-Verfassungsgesetz Österreich. S. auch die kommunale Förderung von „Initiativen, die auf das Gemeinwohl gerichtet sind und der Selbsthilfe sowie dem solidarischen Handeln dienen“ nach Art. 19 Abs. 1 der Verfassung Mecklenburg-Vorpommern.

⁴⁵ Im Prozess der deutschen Wiedervereinigung wurde die Einführung solidarischer Elemente nicht nur für die Landesverfassungen (s. erneut Fn. 42 und 44), sondern auch für eine neue gesamtdeutsche Verfassung oder als Ergänzung des Grundgesetzes diskutiert (als Art. 2a GG „Jeder ist zu Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn aufgerufen“), dort aber nicht realisiert. Hierzu einerseits *Erhard Denninger* Verfassungsrecht und Solidarität, in Bayertz (Fn. 8), 319; *ders.* Verfassungsprinzip (Fn. 21), 26 ff.; andererseits *Dieter Grimm* Was zuviel ist, ist von Übel, FAZ 15.6.1994, 37; *Ulrich K. Preuß* Innere Pflichten sind nicht zu erzwingen, Das Parlament, 16.12.1994, 5.

⁴⁶ *Volkman* Solidarität (Fn. 15), 386 ff. S. allgemeiner ferner *Eberhard Denninger* Rechtsperson und Solidarität, 1967, 296 ff.: zum Einfluss auf die Theorie subjektiver öffentlicher Rechte; *ders.* Vielfalt, Sicherheit und Solidarität: Ein neues Paradigma für Verfassungsgebung und Menschenrechtsentwicklung?, in: *ders.*, Menschenrechte und Grundgesetz – Zwei Essays, 1994, 13: verfassungspolitische „Ideale“ der Sicherheit, Vielfalt und Solidarität (27 ff.), die Handlungsimpulse (61) vorgeben; hierzu auch *Hasso Hofmann* Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?, in: Johannes Bizer/Hans-Joachim Koch (Hrsg.) Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1997, 101 (111 ff.).

⁴⁷ *Otto Depenheuer* Solidarität im Verfassungsstaat, 2009, 183 ff.

2. *Drei Charakteristika von Solidarität*

Solidarität zeichnet sich durch drei zugleich attraktive wie problematische Charakteristika aus: erstens Partikularität, zweitens normative Unschärfe und drittens die Verteilung von Lasten. In einer Solidargemeinschaft ist es, erstens, eben nicht das Individuum allein oder die Menschheit insgesamt, sondern eine partikulare, mehr oder minder gefestigte Gemeinschaft, die Risiken begegnen und Zwecke verfolgen will.⁴⁸ Doch diese Partikularität grenzt auch aus – oder schließt unter Zwang ein.⁴⁹ Die normative Unschärfe, zweitens, folgt schon aus der zugleich außerjuristischen und juristischen, zugleich appellativen und deskriptiven Verwendung von Solidarität. Im juristischen Kontext bedeutet normative Unschärfe Unklarheit sowohl über die normative Grundlage als auch über den Gehalt von Solidarität, was Flexibilität, aber auch Unsicherheit erzeugt.⁵⁰ Die Lastenverteilung, drittens, greift in die Freiheit der Betroffenen ein. Aber sie ermöglicht eben auch soziale Sicherung und Ausgleich (sowie die Verfolgung sonstiger Zwecke oder einen Freiheitsgewinn an anderer Stelle), und sie erlaubt eine Verteilung nach angemessenen Kriterien auf viele Schultern.⁵¹ Die Theorien der Solidarität wurden von der Soziologie⁵² geprägt, während eine Philosophie, die sich individueller Freiheit und universeller Gerechtigkeit verpflichtet fühlt, mit der Solidarität weiterhin fremdelt.⁵³

Wie aber geht das Verfassungsrecht mit diesen drei Charakteristika um? Dieser Vortrag nimmt hierfür einerseits Solidarität mittels Finanzlasten in den etablierten Solidargemeinschaften nach Maßgabe vor allem des Steuer- und Sozialrechts und andererseits Solidarität mittels nichtfinanzieller Verhaltenspflichten in den Blick. Auch wenn Finanzlasten ebenfalls in die Freiheit eingreifen, möchte ich zur Vereinfachung von Finanzlasten und Freiheitslasten sprechen. Schon an dieser Stelle sei betont, dass auch

⁴⁸ Zum Rationalitätsgedanken *Ulrich Steinvorth* Kann Solidarität erzwingbar sein?, in: Bayertz (Fn. 8), 54 (59); aus philosophischer Perspektive kritisch *Bedorf* Politik, in: Busche (Fn. 4), 115; zu Gemeinschaftsbezug und Partikularität *Ulrich K. Preuß* Solidarität unter den Bedingungen von Vielfalt, in: Bizer/Koch (Fn. 46), 125 (128 ff.).

⁴⁹ *Bayertz* Begriff, in: Bayertz (Fn. 8), 49 ff.

⁵⁰ Zur Vagheit des Begriffes pointiert auch *Frankenberg* Verfassung (Fn. 21), 152; zum „Wieselwort“ s.o. *Stolleis* Solidarität (Fn. 1), 1.

⁵¹ Verfassungsrechtlich kommt dies in einem materiellen Gleichheitsverständnis – der Belastungs- oder Begünstigungsgleichheit – zum Ausdruck. Ein etwas engeres Solidaritätsverständnis (mit dem Ziel formaler Gleichheit oder der Behebung von Not) findet sich bei *Wolfgang Kersting* Politische Solidarität statt Verteilungsgerechtigkeit, in: ders. (Hrsg.) Politische Philosophie des Sozialstaats, 2000, 202.

⁵² S.o. Fn. 13 und 18.

⁵³ *Bayertz* Begriff, in: Bayertz (Fn. 8), 49 ff.; *Bedorf* Politik, in: Busche (Fn. 4), 121 f. Für kommunitaristische Strömungen gilt dies nicht, s.o. (Fn. 18).

die Verteilung von Freiheitslasten nichts an dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheit und Freiheitseingriff⁵⁴ ändern darf. Dies sollte man auch sprachlich zum Ausdruck bringen und nicht von einer „Verteilung“ von Freiheit⁵⁵ oder gar von „Freiheitsmanagement“⁵⁶ sprechen. Die folgenden Abschnitte deuten zugleich auch das Oberthema des heutigen Vormittags aus: Partikularität betrifft die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft, während normative Unschärfe und Lastenverteilung die Partizipation an Solidarlastern thematisieren.

III. Partikularität

Solidargemeinschaften sind zunächst dem Einwand der Partikularität ausgesetzt. Dieser Einwand bezieht sich traditionell auf den Zuschnitt von Zwangssolidargemeinschaften, gegebenenfalls auch darauf, dass Migrantinnen und Migranten von Sozialleistungen ausgeschlossen werden. Im Übrigen geht es nicht darum, die Partikularität der staatlichen Solidargemeinschaft in Frage zu stellen, die ja verfassungs- und völkerrechtlich vorausgesetzt wird.⁵⁷ Allerdings lässt sich – mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – erörtern, ob einer zeitlichen und räumlichen Beschränkung auf partikulare Interessen verfassungsrechtlich begegnet werden kann.

1. Zugehörigkeit im engeren Sinn und Gleichheit

In der Kritik stehen zunächst Zwangssolidargemeinschaften unterhalb der staatlichen Ebene, namentlich solche, die erhebliche finanzielle Lasten wie Sonderabgaben oder Sozialversicherungsbeiträge auf-

⁵⁴ S. nur *Andreas von Arnould* Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.) *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 276 (281); *Anna Katharina Mangold* Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, *VVDStRL* 80 (2021), 7 (9 f.).

⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht behandelt im Klimabeschluss nicht nur die „Verteilung“ von Emissionsmengen und Reduktionslasten (BVerfGE 157, 30 Rn. 192, 193, 216, 217, 225, 228, 243, 262, 263), sondern auch die „Verteilung“ von „Freiheit“ (Rn. 122, 194) und „Freiheitschancen“ (Rn. 183); Übernahme der Begrifflichkeit etwa bei *Christian Calliess* Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts, *ZUR* 2021, 355 (357): „Alternative Wege der Freiheitsverteilung“; *Christoph Möllers/Nils Weinberg* Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2021, 1069 (1078): „Verteilung von Freiheit und von Ressourcen“, „freiheitsverteilende[n] Entscheidungen“, *Bernhard W. Wegener* Menschenrecht auf Klimaschutz?, *NJW* 2022, 425 (428) „Verteilung von Freiheitschancen“.

⁵⁶ *Brocker* Solidarität (Fn. 3).

⁵⁷ So im Übrigen auch bei der Konzeption globaler Solidarität durch *Hauke Brunkhorst* *Solidarität*, 2002, 144 f.

erlegen. In der Tat stellt sich etwa die Frage, warum die Aufsicht über Finanzdienstleistungen nicht von der Steuerzahlerin, sondern von den betroffenen Unternehmen finanziert wird, oder warum nicht alle in eine solidarische „Bürgerversicherung“⁵⁸ einbezogen sind. Dies ist am Gleichheitssatz zu messen. Sonderabgaben⁵⁹ für Unternehmen hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere gebilligt, wenn sie branchenspezifische Risiken absichern,⁶⁰ Fördermaßnahmen für benachteiligte Branchen ermöglichen⁶¹ oder gruppenspezifische Pflichten (etwa die Berufsausbildung)

⁵⁸ Hierzu etwa *Anna Lenze* Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005 (zu einem Modell der Renten-Grundsicherung); *Karl-Jürgen Bieback* Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2. Aufl. 2014; *Katharina Dinter* Die Bürgerversicherung unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts, NZS 2021, 675; kritisch *Josef Isensee* „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393; *Ferdinand Kirchhof* Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, NZS 2004, 1.

⁵⁹ Hier können die Betroffenen, gestützt etwa auf die Berufsfreiheit oder die allgemeine Handlungsfreiheit, auch das Finanzverfassungsrecht und die steuerrechtliche (Belastungs-) Gleichheit geltend machen. Überblick allgemein bei *Friauf* Sonderlasten (Fn. 26); *ders.* Sonderabgaben (Fn. 26); *Sacksofsky* Umweltschutz (Fn. 26), 55 ff.; *Thiemann* Dogmatik (Fn. 26), 60 ff.; *Birk/Desens/Tappe* Steuerrecht (Fn. 26), Rn. 107 ff.

⁶⁰ Etwa durch die Finanzierung der Finanzaufsicht nach § 16 FinanzdienstleistungsaufsichtsG, gebilligt in BVerfGE 124, 235 (242 ff.). Verfassungskonform ferner etwa ein Fonds der Klärschlammhersteller für Schäden durch die Verwertung, BVerfGE 110, 370 (387 ff.); Beiträge für Finanzdienstleister zur Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, BVerfGE 124, 348 (363 ff.); nicht aber ein Fonds für die pflichtgemäße Rückführung fehlgeschlagener Abfallexporte, wenn die belasteten Abfallexporteure hierbei für das Fehlverhalten Dritter einstehen, BVerfGE 113, 128 (146 ff.). Kritisch zu dieser Form der Abgabe *Dirk Ehlers/Wilhelm Achelpöhl* Die Finanzierung der Wirtschaftsaufsicht des Bundes durch Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 1993, 1025; *Hanno Kube* Anmerkung, JZ 2016, 373; differenzierend *Schröder* Sozialisierung (Fn. 23), 143 ff.; *Christofer Lenz* Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?, NVwZ 2010, 29 (30 ff.).

⁶¹ Z.B. zur Vermarktung des deutschen Weines nach § 43 WeinG, gebilligt in BVerfGE 136, 194 (242 ff. Rn. 115 ff.). Zur Begründung dieser – aus Sicht der Betroffenen ja aufgedrängten – Fördermaßnahmen hinsichtlich Produktion und Absatz scheinen insbesondere Wettbewerbsnachteile den Ausschlag zu geben: verfassungsmäßig ein Fonds zur Absatzförderung für die Landwirtschaft im Jahre 1990 kurz vor Vollendung des EU-Binnenmarktes, BVerfGE 82, 159 (177 ff.), verfassungswidrig einige Zeit später BVerfGE 122, 316 (335 ff.); verfassungswidrig ein Fonds für die Forstwirtschaft, die nicht der gemeinsamen Agrarpolitik unterfällt bzw. eine ordentliche Außenhandelsbilanz aufweist, BVerfGE 82, 159 (186 ff.); 123, 132 (144 ff.); verfassungsmäßig eine Abgabe für die Filmwirtschaft zur Filmförderung unter Verweis auf „schwierige Wettbewerbsbedingungen im Verhältnis zur US-amerikanischen Konkurrenz und [schwierigen Zugang] zu privatem Filmfinanzierungskapital“ BVerfGE 135, 155 (211); verfassungsmäßig eine Abgabe für die Weinwirtschaft zur Absatzförderung für den deutschen Wein, der unter „Imagenachteilen“ leide, BVerfGE 136, 194 (251 Rn. 141). Kritisch *Christian Waldhoff* Anmerkung, JZ 2014, 407 (408 ff.).

sichern.⁶² Bei der Sozialversicherung genügt dem Bundesverfassungsgericht die Schutzbedürftigkeit⁶³ und die Leistungsfähigkeit⁶⁴ potentieller Mitglieder als Rechtfertigung für die Pflichtmitgliedschaft.⁶⁵ Hierbei hat das Gericht bislang nicht den Einbezug von Personen in die Sozialversicherung, sondern allein ihren gleichheitswidrigen Ausschluss moniert.⁶⁶ Auch wenn sich über einzelne Aspekte sicherlich streiten lässt,⁶⁷ entspricht es dem Gleichheitsrecht, dass der Gesetzgeber hier letztlich an Kriterien einer gruppenspezifischen Verantwortung⁶⁸ oder Bedürftigkeit anknüpft – zumal

⁶² Sonderabgaben können das Nichterfüllen einer gruppenspezifischen Primärpflicht (etwa der Einstellung von Menschen mit Behinderung) ausgleichen oder branchenspezifische Aufgaben (etwa die Berufsausbildung) finanzieren: verfassungskonform die Schwerbehindertenabgabe für Arbeitgeber (jetzt § 160 SGB IX) bei Nichterfüllen der Einstellungsquote, BVerfGE 57, 139 (158 ff.); die Stellplatzabläse für Bauherren, BVerfG, NVwZ 2009, 837 (838); verfassungswidrig eine Feuerwehrabgabe für feuerwehrendienstpflichtige Männer, da Feuerschutz ein Allgemeininteresse bildet, BVerfGE 92, 91 (121). Ferner wurden spezifische und branchenbezogene Ausbildungsumlagen als verfassungskonform eingestuft, BVerfGE 55, 274 (308 ff.); 108, 186 (214 ff.; 233 f.); verfassungswidrig hingegen war eine Umlage, mit der die Freistellung von Arbeitnehmern zu Zwecken der Jugendarbeit finanziert werden sollte, da die belasteten Arbeitgeber keine Finanzierungsverantwortung für die Jugendarbeit besitzen, BVerfGE 101, 141 (149).

⁶³ Den Prüfungsmaßstab bildet die allgemeine Handlungsfreiheit oder die Gleichheit; s. etwa BVerfGE 10, 354 (368 f.); 29, 221 (235 ff.); 103, 197 (221 ff.); 109, 96 (111 ff.); 123, 186 (262 ff.); zur Rechtfertigung der Zwangsmitgliedschaft durch die Schutzbedürftigkeit der Mitglieder insbesondere *Wannagat* Sozialversicherungsrecht (Fn. 25), 174.

⁶⁴ BVerfGE 113, 167 (220): Es liege grundsätzlich in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, „den Mitgliederkreis der gesetzlichen Krankenversicherung einerseits danach abzugrenzen, welcher Personenkreis zur Bildung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist, und andererseits danach, welche Personen deren Schutz benötigen.“ S. ferner BVerfGE 29, 221 (243 ff.); 109, 96 (123 f.).

⁶⁵ Für strengere Kriterien vor allem *Isensee* Umverteilung (Fn. 25), 50 f.; *Hermann Butzer* Fremdlasten in der Sozialversicherung 2001, 409 ff. (vorgefundene abgrenzbare gesellschaftliche Gruppe, innere Verbundenheit, Homogenität und soziale Schutzbedürftigkeit, gruppennützige Verwendung); zur Relevanz anderer Grundrechtspositionen, insbesondere der Privatversicherungen, s. etwa *Walter Leisner* Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, 32 ff.

⁶⁶ S. etwa BVerfGE 102, 68 (86 ff.) zur gesetzlichen Krankenversicherung der Rentner; BVerfGE 103, 225 (235 ff.) zur gesetzlichen Pflegeversicherung; *Stefan Muckel/Markus Ogorek/Stephan Rixen* Sozialrecht, 5. Aufl. 2019, § 6 Rn. 17.

⁶⁷ Beispielsweise über staatlich aufgedrängte Fördermaßnahmen (Fn. 62) oder die Vermischung von Sozialversicherungslasten und Fremdlasten (z.B. Ostrenten), s. umfänglich *Butzer* Fremdlasten (Fn. 65); ferner *Hase* Versicherungsprinzip (Fn. 25), 43 ff.; *Rolfs* Versicherungsprinzip (Fn. 25), 251; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 579 f.

⁶⁸ Der Verantwortungsgedanke zählt zu den allgemeinen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für Sonderabgaben formuliert, nämlich dass eine „homogene“

die Sozialversicherung verfassungsrechtlich vorgegeben ist.⁶⁹ Strengere Anforderungen, wonach Solidargemeinschaften eine gewisse (geschichtlich vorgefundene) Homogenität aufweisen müssen⁷⁰ oder – ganz im Gegenteil – nicht pragmatisch an traditionelle Strukturen anknüpfen dürfen,⁷¹ erscheinen hingegen verfassungsrechtlich weder geboten noch sachgerecht.

Bei der staatlichen Solidargemeinschaft stellt sich vor allem die Frage, inwiefern sie personal oder territorial konzipiert ist – mit konkreten Folgen etwa für die sozialen Rechte von Migranten. Während klassische Vorstellungen die Solidargemeinschaft mit den personalen Kriterien der Nationa-

gesellschaftliche Gruppe in einer Beziehung „spezifischer Sachnähe“ zu dem Abgabenzweck stehen und daher eine „besondere Finanzierungsverantwortung“ tragen müsse, wobei das Abgabenaufkommen gruppennützig zu verwenden sei (zuletzt BVerfGE 136, 194 [242 ff. Rn. 115 ff.]). Zum Verantwortungsgedanken bei den Sonderabgaben bereits *Friauf* Sonderlasten, in: Institut (Fn. 26), 50; *ders.* Sonderabgaben, in: Institut (ebd.), 117; ausführlich und für eine stärkere Akzentuierung entweder des Verursachungs- oder des Vorteilsgedankens *Thiemann* Dogmatik (Fn. 26), 60 ff.

⁶⁹ Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Art. 87 Abs. 2, Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG. Sonderabgaben prüft das Bundesverfassungsgericht ferner auch deswegen vergleichsweise streng, weil sie neben der steuerlichen Belastungsgleichheit auch die finanzverfassungsrechtliche Kompetenzordnung und die parlamentarische Haushaltsverantwortung bedrohen, *Thiemann* Dogmatik (Fn. 26), 64 ff.; zur Belastungsgleichheit *Birk/Desens/Tappe* Steuerrecht (Fn. 26), Rn. 170 ff.; s. etwa die verfassungswidrige Abgabe für bestimmte Steuerpflichtige zur Förderung des Wohnungsbaus, BVerfGE 67, 256 (274 ff.); die verfassungswidrige (an die Stromkunden weiterreichbare) Abgabe zur Kohleförderung, BVerfGE 91, 186 (201 ff.).

⁷⁰ Das Bundesverfassungsgericht verlangt Homogenität bei den Sonderabgaben (Fn. 68), ausführlich *Ekkehart Reimer/Christian Waldhoff* Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2011, Rn. 183 ff.; kritisch etwa *Thiemann* Dogmatik (Fn. 26), 87 ff.; das Kriterium der Homogenität gilt aber nicht bei der Sozialversicherung (BVerfGE 75, 108 (157 f.)); an diesem Kriterium festhaltend *Isensee* Umverteilung (Fn. 25), 50 f.; *Butzer* Fremdlasten (Fn. 65), 409 ff.; hiergegen *Kingreen* Sozialstaatsprinzip (Fn. 25), 261; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 576 ff.; ferner *Hase* Versicherungsprinzip (Fn. 25), 263. Vgl. etwa die gerichtliche Begründung zu anderen Funktionalverbänden, die auf die historische Tradition der Verbände eingeht und dadurch auch eine gewisse historische Legitimation anzuerkennen scheint, BVerfGE 15, 235 (236, 239 f.); 38, 281 (282); 107, 59 (60 ff., 89); 146, 164 (165 Rn. 2 f.); den Verlust des Homogenitätskriteriums konstatierend *Depenheuer* Solidarität (Fn. 47), 339 f.; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 578 f.

⁷¹ In diese Richtung geht der immer wieder geäußerte Vorwurf, Solidargemeinschaften bildeten das Relikt einer ständisch gegliederten Gesellschaft; allgemein *Stolleis* Solidarität (Fn. 1), 52; mit Blick auf die Sonderabgaben *Sacksofsky* Umweltschutz (Fn. 26), 83; den Vorbehalt referierend *Winfried Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, Die Verwaltung 35 (2002), 349.

⁷² In Frankreich setzt *Ernest Renan* Nation und Solidargemeinschaft gleich (wörtlich sogar als „Solidarität“): *Ernest Renan* Qu'est-ce que c'est qu'une nation?, in *ders.*: Discours et conférences, 1887 [1882], 277 (307): „Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire

lität⁷² (oder auch Homogenität)⁷³ definieren, wird finanzielle Solidarität in der Praxis schon seit längerem überwiegend nach dem Territorialitätsprinzip organisiert. Das zeigt bereits das Beispiel der Armenfürsorge,⁷⁴ die sich im 19. Jahrhundert nicht mehr an Kriterien wie der Heimatgemeinde und später der Staatsangehörigkeit⁷⁵ ausrichtet, sondern der grenzüberschreitenden Migration Rechnung trägt und daher zunehmend auf den Wohnort der Bedürftigen abstellt.⁷⁶ Auch Sozialversicherung und Steuer⁷⁷ sowie solidarische Freiheitslasten (mit Ausnahme der Wehrpflicht⁷⁸) knüpfen in

encore.“ S. ferner *Deppenheuer* Solidarität (Fn. 47), 287 ff.: Idee der Nation als Solidarsubstanz des modernen Staates.

⁷³ Insbesondere *Deppenheuer* Solidarität (Fn. 47), 274 ff.; differenziert *Ferdinand Weber* Staatsangehörigkeit und Status, 2018, 392 ff.; zur Verknüpfung von Homogenität und der Leistungsfähigkeit des Sozialstaats *Ewald Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 53 (81 f.). Zur Homogenität als notwendigem Element staatlicher Gemeinschaft insbesondere *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: FS Ernst Forsthoff, 1967, 76 (93); kritisch z.B. *Volkman* Solidarität (Fn. 15), 355 ff., 374 (zur Bedeutung des Homogenitätsbegriffs im Kommunitarismus, in Weimar und im Nationalsozialismus ferner 34 ff., 186 ff., 200 ff.); *Felix Hanschmann* Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 131; *Rolf Grawert* Homogenität, Identität, Souveränität, Der Staat 51 (2012), 189; anders hingegen *David Abraham* Einwanderung im Wohlfahrtsstaat, Der Staat 56 (2017), 535.

⁷⁴ Hierzu allgemein *Michael Stolleis* Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 23 ff.; *Lutz Raphael* Recht und Ordnung, 2000, 98 ff.

⁷⁵ Die Armenfürsorge veranlasste die Staaten, die Staatsangehörigkeit zu definieren, um Begünstigungen und Belastungen zuordnen und Fremde ausweisen zu können. Zur Verbindung zwischen Armenfürsorge und Entstehung der Staatsangehörigkeit *Rolf Grawert* Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, 133 ff. Allgemein ferner *Dieter Gosewinkel* „Staatsbürgerschaft“ als interdisziplinäres Feld historischer Forschung, in: Julia Angster/ders./Christoph Gusy (Hrsg.) Staatsbürgerschaft im 19. und 20. Jahrhundert, 2019, 1 (10 ff.); *Julia Angster* Staatsbürgerschaft und die Nationalisierung von Staat und Gesellschaft, in: dies./Gosewinkel/Gusy (ebd.), 79 (99 ff.).

⁷⁶ *Grawert* Staat (Fn. 75), 133 ff.; *Christoph Schönberger* Unionsbürger, 2005, 350 f.; *Thorsten Kingreen* Soziale Rechte und Migration, 2010, 13 ff.; zum sozialrechtlichen Wohnsitzprinzip, § 30 Abs. 1 SGB I. Zur Unterscheidung einer nationalen „Zugehörigkeitsgemeinschaft“ (nach Staatsangehörigkeit) und einer nationalen „Solidaritätsgemeinschaft“ (durch den Sozialstaat, insbesondere gestützt auf Lohnarbeit) s. ferner *Peter Wagner/Bénédicte Zimmermann* Nation: Die Konstitution einer politischen Ordnung als Verantwortungsgemeinschaft, in: *Lessenich* Grundbegriffe (Fn. 11), 243 (250 ff.).

⁷⁷ Beschäftigungsort nach § 3 Nr. 1 SGB IV; s. *Muckel/Ogorek/Rixen* Sozialrecht (Fn. 66), § 19 Rn. 2; Wohnsitz nach § 1 Abs. 1 EStG; s. *Harald Schaumburg* in: ders.: (Hrsg.) Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 161 f.; *Birk/Desens/Tappe* Steuerrecht (Fn. 26), Rn. 1440 ff.

⁷⁸ § 1 Abs. 1 WehrpflichtG. Eine Verpflichtung von Ausländern zum Wehrdienst ist völkerrechtlich nur unter bestimmten Umständen (bei einer entsprechenden Verbindung zum

Deutschland an den Ort des relevanten Geschehens und nicht die Staatsangehörigkeit an.⁷⁹

Sofern Sozialleistungen dennoch den Staatsangehörigen oder jedenfalls Ausländern mit einem bestimmten Aufenthaltstitel vorbehalten sind, kann auch hier die Gleichheit den Zugang zur Solidargemeinschaft ebnen: für Unionsbürger nach Maßgabe des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots in Verbindung mit der Freizügigkeit,⁸⁰ im Übrigen auf Grundlage von Art. 3 Abs. 1 GG.⁸¹ Unions- wie Verfassungsrecht lassen erkennen, dass der Gesetzgeber Ausländer im Inland nicht ohne Grund aus der Solidargemeinschaft ausschließen kann.⁸² Als maßgebliche Faktoren kommen hier das Ausmaß an rechtlicher, zeitlicher und wirtschaftlicher Verbindung mit dem Aufenthaltsstaat und die eher territorial oder eher personal zu verstehende

Verpflichtungsstaat) zulässig, *Kay Hailbronner/Jana Gogolin* Aliens, in: Max Planck Encyclopedia of International Law, 2013; eine verfassungsrechtliche Beschränkung auf Deutsche annehmend *Michael Wollenschläger/Eckhardt Kreßel* Wehrpflicht für Ausländer?, NVwZ 1989, 722 (726 ff.); zur Praxis *Peter Schütz* „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ – Die Wehrpflicht von Ausländern und Staatenlosen in der deutschen Wehrverfassungsgeschichte, NZWehr 2015, 1.

⁷⁹ Etwa die aktuelle Impfpflicht gegen Masern (§ 20 Abs. 8 Nr. 3 IfSG).

⁸⁰ Insbesondere Art. 45 Abs. 2, Art. 18 AEUV, Art. 24 RL 2004/38/EG, Art. 4 VO 883/2004, Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011; hierzu *Kay Hailbronner* Union citizenship and access to social benefits, CMLR 2005, 1245; *Christian Calliess* Die Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, EuR 2007, Beiheft 1, 7; *Ferdinand Wollenschläger* Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 197 ff.; *David Rabenschlag* Leitbilder der Unionsbürgerschaft, 2009, 245 ff. (insbesondere zur Sozialbürgerschaft); *Kingreen* Soziale Rechte (Fn. 76), 18 ff.; *Stefan Kadelbach* Unionsbürgerrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 26 Rn. 90 ff.; ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung *Thomas Burri* The Greatest Possible Freedom – interpretive formulas and their spin in free movement case law, 2015; ferner *Peter Hilpold* Die Unionsbürgerschaft – Entwicklung und Problem, EuR 2015, 133 (141).

⁸¹ *Gabriele Britz* Verfassungsrechtliche Grenzen der Ungleichbehandlung von Migrantenfamilien im Bereich der Familienleistungen, ZAR 2014, 56; BVerfGE 111, 160 (169 ff.): Ausschluss von Eltern mit bloßer Aufenthaltsbefugnis vom Kindergeld; BVerfGE 111, 176 (183 ff.): Ausschluss dieser Personen vom Erziehungsgeld; BVerfGE 130, 240 (251 ff.): Ausschluss von Nicht-EU-Ausländern vom Bayerischen Landeserziehungsgeld; BVerfGE 132, 72 (81 ff. Rn. 19 ff.): Erziehungsgeld oder Elterngeld für Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen nur bei Arbeitsmarktintegration; s. ferner BVerfGE 132, 134 (164 ff. Rn. 73 ff.), wonach der Gesetzgeber das menschenwürdige Existenzminimum nach Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip für Asylbewerber nicht ohne hinreichenden Grund anders berechnen darf als im Allgemeinen.

⁸² Zur Relativierung der Staatsangehörigkeit und zur Aufwertung des Aufenthaltsstatus insgesamt *Christian Walter* Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), 7 (17 ff.); zur völkerrechtlichen Ebene der Integration Fremder in nationale Sozialschutzsysteme etwa *Nußberger* Sozialstandards (Fn. 30), 141 ff.

Art der Sozialleistung in Betracht.⁸³ So sind Marktbürger im Unionsrecht generell gleichzustellen.⁸⁴ Bei den nicht erwerbstätigen Unionsbürgern hat der EuGH zunächst ebenfalls ein weitreichendes Diskriminierungsverbot entwickelt,⁸⁵ respektiert in jüngerer Zeit aber etwas stärker sekundärrechtliche Entscheidungen, wonach der Aufenthaltsstaat EU-Ausländern ohne ausreichende Existenzmittel bestimmte Leistungen – gestaffelt nach Aufenthaltslänge – versagen kann.⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht hingegen prüft etwa das Anliegen, nur Personen mit voraussichtlich dauerhaftem Aufenthalt in Deutschland zu begünstigen, zunehmend streng. Insbesondere ist die Integration am Arbeitsmarkt für eine Bleibeprognose nicht notwendig.⁸⁷ Die Relativierung der Staatsangehörigkeit bei territorialer

⁸³ Für die EU-Ebene zum Kriterium der Verbindung mit dem Mitgliedstaat etwa *Stamtia Devetzi* Die „Verbindung“ zu einem (Sozial-)Staat: Wann ist der Bund stark genug?, EuR 2014, 638; *Dorothee Frings/Constanze Janda* Die Sozialbürgerschaft und das Ende der europäischen Solidarität, in: Stephan Beichel-Benedetti/Constanze Janda (Hrsg.) FS Klaus Barwig, 2018, 153 (155 ff.); generell zur territorialen oder personalen Anknüpfung *Kingreen* Soziale Rechte (Fn. 76), 32 ff.; zu zwei Leitbildern territorialer Präsenz und sozialer Kohäsion *Daniel Thym* The elusive limits of solidarity, CMLR 2015, 17. Mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG hält das Bundesverfassungsgericht insbesondere eine Beschränkung auf (voraussichtlich) dauerhaft im Inland Lebende für zulässig, s. zuletzt BVerfG, NVwZ 2022, 1452 (1459); für eine stärkere Bedeutung der Staatsangehörigkeit und die mögliche Bevorzugung Deutscher gegenüber Ausländern bei knappen Ressourcen und freiwilligen Sozialleistungen *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 52. Edition Stand 15.8.2022, Art. 3 Rn. 135.

⁸⁴ Zum Begriff *Wollenschläger* (Fn. 80), 311 ff.

⁸⁵ EuGH, 20.9.2001, Grzelczyk, Rs. C-184/99, Rn. 30 ff.; EuGH, 19.9.2013, Brey, Rs. C-140/12, Rn. 46 ff.

⁸⁶ Jeweils zu Art. 24 RL 2004/38/EG EuGH (GK), 11.11.2014, Dano, Rs. C-333/13, Rn. 56 ff. (Art. 7 RL 2004/38/EG erlaubt den Ausschluss von Leistungen, wenn Unionsbürger von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen); EuGH (GK), 15.9.2015, Alimanovic, Rs. C-67/14, Rn. 48 ff.; hierzu *Daniel Thym* Die Rückkehr des „Marktbürgers“, NJW 2015, 130; kritisch *Thorsten Kingreen* In love with the single market?, NVwZ 2015, 1503; *Anuscheh Farahat* Solidarität und Inklusion, DÖV 2016, 45; *Astrid Wallrabenstein* Wie Florin zwischen die Stühle rutschte, JZ 2016, 109; *Frings/Janda* Sozialbürgerschaft (Fn. 83), 153 ff.; *Dominik Steiger* Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer, EuR 2018, 304; *Stefan Kadelbach* Europäische Bürgerschaft – Anfang oder Ende einer Utopie?, in: ders. (Hrsg.) Europäische Bürgerschaft – Anfang oder Ende einer Utopie?, 2020, 9 (18 f.). Aus jüngerer Zeit s. aber etwa: EuGH (GK), 15.7.2021, CG, Rs. C-709/20, Rn. 60 ff. (Anspruch auf Existenzminimum nach Art. 1, 7 und 24 GRCh; hierzu *Ferdinand Wollenschläger* Ein Unionsgrundrecht auf Sicherung des Existenzminimums im Aufnahmemitgliedstaat?, EuZW 2021, 795); EuGH (GK), 1.8.2022, Familienkasse Niedersachsen-Bremen, Rs. C-411/20, Rn. 27 ff. (kein Ausschluss von Familienleistungen).

⁸⁷ Zuletzt BVerfG, NVwZ 2022, 1452 (1459). Das Gericht erkennt als legitimes Ziel an, bestimmte Sozialleistungen (hier das Kindergeld) mit dem Ziel einer Integration von

Präsenz wird in der Gleichheitsdogmatik dort sichtbar, wo die Ungleichbehandlung aufgrund von Nationalität oder Aufenthaltstitel eine besondere Rechtfertigungshürde errichtet.⁸⁸

2. Zugehörigkeit im globalen und zeitlichen Sinn

Wendet man den Blick nun von der staatlichen Solidargemeinschaft nach außen, so bildet in geographischer Hinsicht die völkerrechtliche Zusammenarbeit das klassische Mittel, grenzüberschreitende Interessen zu berücksichtigen.⁸⁹ Diese Möglichkeit der Zusammenarbeit erhebt der Klimabeschluss nun zur Pflicht. Da Klimaschutz nur durch weltweite

Zuwanderern und der Förderung einer nachhaltigen Bevölkerungsentwicklung in Deutschland auf Personen mit voraussichtlich dauerhaftem Aufenthalt in Deutschland zu begrenzen. Hierbei müsse das gewählte Differenzierungskriterium aber geeignet sein, die Aufenthaltsdauer hinreichend zuverlässig zu prognostizieren; dies wurde bei humanitären Aufenthaltstiteln für das Kriterium der tatsächlichen Mindestaufenthaltsdauer bejaht, für die Integration in den Arbeitsmarkt hingegen verneint. S. ferner oben Fn. 81.

⁸⁸ Dies ist im Anwendungsbereich des EU-Antidiskriminierungsrechts selbstverständlich, gilt aber eben auch für Art. 3. Abs. 1 GG. Da die Staatsangehörigkeit oder etwa der Grund für den humanitären Aufenthaltstitel von den Betroffenen schwer zu beeinflussen sind, werden hieran anknüpfende Ungleichbehandlungen an der Verhältnismäßigkeit und nicht am bloßen Willkürverbot gemessen, BVerfGE 111, 160 (169 f.); BVerfG, NVwZ 2022, 1452 (1458).

⁸⁹ Weitergehende Konzepte zur internationalen Staatengemeinschaft etwa bei *Wolfgang Friedmann* *The changing structure of international law*, 1964; *Hermann Mosler* *The International Society as a Legal Community*, 1980; *Bruno Simma* *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Recueil des Cours* 250 (1994); *Georges Abi-Saab* *Whither the International Community?*, *EJIL* 9 (1998), 248; *Bruno Simma/Andreas Paulus* *The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization*, *EJIL* 9 (1998), 266; *Mehrdad Payandeh* *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010; Überlegungen zur EU etwa bei *Stefan Koriath* und *Armin von Bogdandy* *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, *VVDStRL* 62 (2003), 117, 156; *Amitai Etzioni* *The Community Deficit*, *JCMS* 45 (2007), 23.

Die Idee der staatlichen Kooperation ist von der grenzüberschreitenden Dimension der Grundrechte zu unterscheiden, welche die Zugehörigkeit zur staatlichen Solidargemeinschaft über das Territorium hinaus erweitert. Neben der grundsätzlich nach Art. 1 Abs. 3 GG gebotenen Abwehr extraterritorialer Grundrechtseingriffe (BVerfGE 154, 152 (224 Rn. 104)) sind auch extraterritoriale Schutzpflichten oder eine grenzüberschreitende Wirkung der intertemporalen Freiheitssicherung denkbar (erstere offengelassen in BVerfGE 157, 30 (124 f. Rn. 174 ff); letztere im konkreten Fall mangels Betroffenheit der ausländischen Beschwerdeführenden verneint, BVerfGE 157, 30 (106 Rn. 132)). Zur Extraterritorialität von Grund- und Menschenrechtsschutz bereits BVerfGE 170, 345 (356 ff.): extraterritoriale Schutzpflicht bei hinreichend engem Bezug zum deutschen Staat; *Kirsten Schmalenbach* *Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts*, *VVDStRL* 76 (2017), 245; ferner *Marko Milanovic* *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*, 2011.

Maßnahmen erreicht werden kann, verpflichtet Art. 20a GG den Staat zur internationalen Kooperation und zur Umsetzung „vereinbarter Lösungen“. ⁹⁰ Dies ist deutlich mehr als die Achtung völkerrechtlicher Verträge bis zur Grenze eines Treaty Override, wie sie die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes verlangt. ⁹¹ Ferner solle Deutschland aber auch jenseits harter völkerrechtlicher Verpflichtungen und ungeachtet des Zögerns anderer Staaten Klimaschutzmaßnahmen ergreifen, um internationales Vertrauen in den Klimaschutz zu stärken – Vertrauen in dessen Gelingen mit dem Pariser Abkommen und dessen Umsetzbarkeit unter lebenswerten, grundrechtswahrenden Bedingungen. ⁹² Diese teleologische Argumentation zu Art. 20a GG trägt erkennbar dem Umstand Rechnung, dass der völkerrechtliche Klimaschutz nach dem Pariser Abkommen auf Selbstverpflichtungen setzt. ⁹³ Wenn der Senat hier von der „spezifischen Angewiesenheit auf die internationale Staatengemeinschaft“ und dem „wechselseitige[n] Vertrauen“ der Staaten spricht, ⁹⁴ verwendet er das für Solidargemeinschaften übliche Vokabular: Angesichts der globalen Klimakrise wird die Staatengemein-

⁹⁰ BVerfGE 157, 30 (140 Rn. 201); zur Verpflichtung der Staatsgewalt auf Staatszielbestimmungen auch in auswärtigen und supranationalen Angelegenheiten bereits *Karl-Peter Sommermann* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 387 ff.; für Art. 20a GG ausdrücklich etwa *Sebastian Heselhaus* Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Eckard Reh binder/Alexander Schink (Hrsg.) Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, Rn. 71; zur aktiven Mitwirkungs- und Optimierungspflicht auf internationaler Ebene bereits *Hans-Georg Dederer* Grenzübergreifender Umweltschutz, in: HStR XI, 3. Auflage 2013, § 248 Rn. 72; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 64. Hiervon zu unterscheiden sind völkerrechtliche Kooperationspflichten (*Astrid Epiney* Umweltschutz durch Verfahren, in: Alexander Proelß [Hrsg.] Internationales Umweltrecht, 2. Aufl. 2022, 151 Rn. 14 ff.) oder ein etwaiges völkerrechtliches Solidaritätsprinzip (*Katrin Frauenkron* Das Solidaritätsprinzip im Umweltvölkerrecht, 2008, 125 ff.).

⁹¹ BVerfGE 111, 307 (315 ff.); 141, 1 (15 ff. Rn. 32 ff.); s. *Frank Schorkopf* Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 1 Rn. 54 ff.; *Heiko Sauer* Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, Rn. 40 ff.; *Jannika Jahn* Internationaler Klimaschutz mithilfe nationaler Verfassungsgerichte?, ZaöRV 2022, 47 (61 ff.).

⁹² BVerfGE 157, 30 (142 f. Rn. 203 f.).

⁹³ *Lavanya Rajamani* The 2015 Paris Agreement, Journal of Environmental Law 28 (2016), 337; s. *Johannes Saurer* Klimaschutz global, europäisch, national, NVwZ 2017, 1574; *Peter-Tobias Stoll/Hagen Krüger* Klimawandel, in: Proelß (Fn. 90), 423 Rn. 25 ff., 74 ff.; zum Versuch einer Verankerung des Umweltvölkerrechts in Grund- und Menschenrechten s. etwa *Birgit Peters* Clean and Healthy Environment, Right to, International Protection, in: Max Planck Encyclopedia of International Law, 2021; *dies.* Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention in Umwelt- und Klimaschutzfragen, AVR 59 (2021), 164.

⁹⁴ BVerfGE 157, 30 (142 Rn. 203).

schaft zur globalen Solidargemeinschaft, wobei das Grundgesetz das Entstehen Deutschlands vorgibt.⁹⁵

Für staatliches Handeln besteht auch in zeitlicher Hinsicht die Gefahr eines an partikularen, nämlich an kurzfristigen Interessen ausgerichteten Handelns.⁹⁶ Das klassische Thema der generationenübergreifenden Solidargemeinschaft wurde bereits von den französischen Solidaristen erörtert, wobei hier noch die soziale Schuld der Lebenden gegenüber den Vorfahren im Vordergrund steht, die mit ihren Opfern den späteren materiellen Wohlstand und technischen Fortschritt ermöglicht haben.⁹⁷ Die heutige Sicht betont umgekehrt, dass die gegenwärtige Generation die Finanz- und Freiheitsressourcen künftiger Generationen verzehrt.⁹⁸ Juristische Sicherungen hiergegen werden insbesondere zum Staatshaushalt in Stellung gebracht⁹⁹

⁹⁵ Kritisch *Armin Steinbach* 19.5.2021 <<https://verfassungsblog.de/administrierte-freiheitschancen/>> (Stand 7.11.2022); Deutung als „post-colonial turn“ durch *Matthias Goldmann* 20.4.2021 <<https://verfassungsblog.de/judges-for-future/>> (Stand 7.11.2022).

⁹⁶ BVerfGE 157, 30 (144 Rn. 206).

⁹⁷ *Léon Bourgeois* Solidarität, in: ders., *Solidarität*, 2020 [1896], formuliert: „Der Mensch wird als Schuldner der menschlichen Assoziation geboren“ (41). Die Schuld eines jedes Menschen charakterisiert er unter anderem plastisch wie folgt: „Schuld in jedem seiner Schritte auf den Straßen, welche die Menschen zum Preis Tausender Qualen, ja zuweilen Tausender Toter, durch Sumpf und Gebirge gebaut haben; Schuld in jeder Umdrehung des Rades von Auto oder Zug, in jeder Umdrehung der Schiffsschraube; Schuld in jeder Konsumierung eines Produkts aus Landwirtschaft, Industrie oder Wissenschaft“ (43). Hierzu *Große Kracht* Solidarität (Fn. 8), 237 ff.; zu gedanklichen Vorläufern der Restaurationsphilosophie, die Solidarität mit der Theologie der Erbsünde verknüpft hatten, 25 ff.; ferner zu Ideen einer Sozialschuld schon bei *Auguste Comte* ebenfalls *Große Kracht* ebd. 91 ff.

⁹⁸ Problemanalyse und Lösungsansätze aus (rechts-)philosophischer Sicht insbesondere bei *John Rawls* *A Theory of Justice*, Revised Edition 1999 [1971], 251 ff.; *Hans Jonas* *Das Prinzip Verantwortung*, 1984 [1979], v.a. 84 ff., 199 ff., 245 ff.; *Dieter Birnbacher* *Verantwortung für zukünftige Generationen*, 1995 [1988], 101 ff., 140 ff.; *Peter Saladin/Christoph Andreas Zenger* *Rechte künftiger Generationen* 1988; *Herwig Unnerstall* *Rechte zukünftiger Generationen*, 1998; *Astrid Strack* *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, 2015; aus rechtswissenschaftlicher Sicht etwa bei *Hasso Hofmann* *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, 1981, 229 ff.; *Görg Haverkate* *Verfassungslehre*, 1992, 249 ff.; *Guy Beaucamp* *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, 2002; *Jörg Tremmel* *Positivrechtliche Verankerung der Rechte nachrückender Generationen*, in: ders. (Hrsg.) *Handbuch Generationengerechtigkeit*, 2003, 349; *Ivo Appel* *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005; *Wolfgang Kahl* *Nachhaltigkeit und Institutionen – eine rechtswissenschaftliche Sicht*, in: ders. (Hrsg.) *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, 2008, 267; ferner die Nachweise in Fn. 100–101; andere Akzentuierung bei *Gareth Davies* 10.8.2022 <<https://verfassungsblog.de/solidarity-across-time>> (Stand 7.11.2022).

⁹⁹ Wörtlich „die institutionellen Voraussetzungen für die Sicherung einer langfristigen Tragfähigkeit der Haushalte [...] verbessern“ BT-Drs. 16/12410, 1. Hierzu *Henning Tappe* *Die neue „Schuldenbremse“ im Grundgesetz, DÖV 2009, 881*; *Christian Mayer* *Greift die neue Schuldenbremse?*, AöR 136 (2011), 266; *Marion Eva Klepzig* *Die „Schuldenbremse“*

und zum Umlageverfahren in der gesetzlichen Rentenversicherung¹⁰⁰ diskutiert. Einige Stimmen in der Literatur vertreten mit beachtenswerten Gründen einen Anspruch auf intergenerationelle Gleichbehandlung oder jedenfalls ein Verbot der unverhältnismäßigen Benachteiligung der jüngeren Generationen durch den Rentengesetzgeber und stützen sich hierbei auf die Gleichheit, teilweise in Verbindung mit dem Eigentumsschutz für Rentenanwartschaften.¹⁰¹ Letztlich entwickelt das Bundesverfassungsgericht

im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, 260 ff.; S. ferner *Christoph Ryczewski* Die Schuldenbremse im Grundgesetz, 2011; *Johannes Falter* Die Schuldenbremse des Grundgesetzes und ihre Umsetzung in den Ländern, 2021.

¹⁰⁰ Zum Umlageverfahren in der gesetzlichen Rentenversicherung s. etwa von *Koppenfels-Spies* Sozialrecht (Fn. 29), Rn. 70 ff. Dessen Erfinder, der Ökonom *Wilfried Schreiber*, bezeichnet ihn als „Solidar-Vertrag zwischen jeweils zwei Generationen“, zitiert nach *Stefan Mückl* „Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt (Hrsg.) Staat im Wort, 2007, 183 (196 f.). Zum tatsächlichen Generationenausgleich auch in Pflege- und Krankenversicherung etwa *Winfried Kluth* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 247 (270 f.). Die gesetzliche Rentenversicherung steht trotz wiederholter Reformen unter erheblichem demographischen Druck, hierzu insgesamt *Timo Hebel* Generationengerechtigkeit als verfassungsrechtliches Gebot in der sozialen Rentenversicherung, 2001, 20 ff., 64 ff.; *Kluth* ebd. 253 ff.; *Frauke Brosius-Gersdorf* Verfassungsrechtlicher Spielraum für Reformen der gesetzlichen Rentenversicherung zur Bewältigung des demografischen Wandels, DRV 2020, 45; *Stiftung der Rechte für künftige Generationen* Rente und Pensionen, Positionspapier v. 17.3.2020 <https://www.intergenerationaljustice.org/wp-content/uploads/2020/05/SRzG-PP_Rente-und-Pensionen-M%C3%A4rz-2020.pdf> (Stand 7.11.2022), 7 ff.; *Heinz-Dietrich Steinmeyer* Demographische Herausforderung für die Alterssicherung, NZS 2021, 617 (618 f.).

¹⁰¹ Ausführlich *Hebel* Generationengerechtigkeit (Fn. 100), 123 ff.; *Hans Jarass* Sicherung der Rentenfinanzierung und Verfassungsrecht, NZS 1997, 545 (547 ff.): Gleichheitsgebot, zur Sicherung der Rentenfinanzierung notwendige Leistungskürzungen „gleichmäßig zu verteilen und insbesondere auch die Personen zu erfassen, die bereits Rente beziehen und die typischerweise niedrigere Beiträge zu entrichten hatten“ (551); *Helge Sodan* Verfassungsrechtliche Determinanten der gesetzlichen Rentenversicherung, NZS 2005, 561 (562 ff.): Ungleichbehandlung zwischen derzeitigen und künftigen Rentenbeziehern kann nicht mit Solidarprinzip gerechtfertigt werden (566); *Brosius-Gersdorf* Spielraum (Fn. 100), 63 ff.: „Zur Verwirklichung dieser intergenerationellen Gleichheit muss der Gesetzgeber die Kosten des demografischen Wandels entweder durch Steuerzuschüsse decken oder durch gleichmäßige Umverteilung von Beiträgen auf die Versicherten aller Generationen finanzieren.“, 66; *Steinmeyer* Herausforderung (Fn. 100), 618: „ausgewogene Belastung der Generationen“ geboten; ähnlich *Kluth* Wandel (Fn. 100), 260, gestützt auf die nach Art. 2 Abs. 1 GG zu rechtfertigende Beitragspflicht: „nur dann verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn die Beiträge auf Dauer eine annähernd gleichwertige Sicherung ermöglichen, wie sie auf Grund der gezahlten Beiträge für die heutigen Rentenempfänger verwirklicht wird.“

Eine derartige verfassungsrechtliche Generationengleichheit ablehnend *Felix Welti* Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit, KJ 2004, 255 (272); *Margarete Schuler-Harms* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, DVBl. 2008, 1090

diesen Gedanken fort, wenn es im Klimabeschluss eine Pflicht zur „Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen“ statuiert.¹⁰² Diese hier auf die Freiheitsrechte¹⁰³ und nicht auf die Gleichheit gestützte, kühne Konstruktion¹⁰⁴ wendet den Gedanken der solidarischen Lastenverteilung auf Freiheitslasten in der Zeit an. Die Zugehörigkeit zu dieser Solidargemeinschaft erstreckt sich nach Maßgabe einer objektiv-rechtlichen Schutzpflicht (eher unspezifisch) auf die nachfolgenden Generationen,¹⁰⁵ verfassungsprozessual können jedoch nur die derzeit lebenden Beschwerdeführer eigene Rechte und eine grundrechtsschonende Lastenverteilung für ihren Lebenszeitraum geltend machen.¹⁰⁶

(1093 f.); *Susanne Baer* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290 (305 f.); *Wolfgang Kahl* „Soziale Gerechtigkeit“ oder Generationengerechtigkeit?, ZRP 2014, 17 (19).

¹⁰² BVerfGE 157, 30 (31 LeitS. 4, 130 Rn. 183), jeweils „unter bestimmten Voraussetzungen“.

¹⁰³ Gestützt auf die „eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit“ sowie auf das Verhältnismäßigkeitsgebot, BVerfGE 157, 30 (130 Rn. 183, 163 Rn. 243).

¹⁰⁴ Die Entscheidung hat für ihr Ergebnis viel Zuspruch, für die dogmatische Konstruktion erhebliche Kritik erfahren: überwiegend zustimmend z.B. *Martin Eifert* Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz, JURA 2021, 1085; *Ekkehard Hofmann* Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG, NVwZ 2021, 1587; *Möllers/Weinberg* Klimaschutzentscheidung (Fn. 55); *Sabine Schlacke* Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912; *Claudio Franzius* Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz, VVDStRL 81 (2022), 383 (397); kritisch z.B. *Jörg Berkemann* „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG), DÖV 2021, 701; *Calliess* „Klimaurteil“ (Fn. 55) (beide u.a. zur näherliegenden Schutzpflichtenkonstruktion); *Monika Polzin* Menschenrechtliche Klimaklagen, DÖV 2021, 1089 (1095) (zur Normhierarchie mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen); *Walter Frenz* Klimaschutz nach BVerfG-Beschluss und EU-Klimagesetz, EnWZ 2021, 201 (203) (zur mangelnden Berücksichtigung der EU-Klimaschutzvorgaben); *Wegener* (Fn. 55), 425 (zur Entgrenzung von Menschenrechtsschutz und Gerichtsverfahren); anderen Kritikern geht der Beschluss nicht weit genug, s. *Andreas Buser* Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties, and Intergenerational Equity, GLJ 2021, 1409. Kritisch zu bewerten ist vor allem die Diskrepanz zwischen Gründen (die auf eine unzulängliche Lastenverteilung schon vor 2030 hinweisen) und Tenor (der nur eine Lastenverteilung ab 2031 aufgibt), s. *Möllers/Weinberg* ebd. 1076.

¹⁰⁵ Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, BVerfGE 157, 30 (111 ff. Rn. 146, 148, 191) bzw. nach Art. 20a GG, BVerfGE 157, 30 (135 ff. Rn. 193, 197, 200); ferner beinhaltet auch der Schutz der Grundrechte vor eingriffsähnlicher Vorwirkung die verhältnismäßige Verteilung von Freiheitschancen „über die Generationen“, BVerfGE 157, 30 (130 f. Rn. 183) bzw. das Verbot, „den nachfolgenden Generationen“ eine radikale Reduktionslast zu überlassen, BVerfGE 157, 30 (135 Rn. 192).

¹⁰⁶ BVerfGE 157, 30 (90 Rn. 97; 94 Rn. 109: keine subjektive Grundrechtsberechtigung für noch nicht geborene Menschen oder gar ganze künftige Generationen; 105 Rn. 131: Betroffenheit, da Beschwerdeführende die nach 2030 erforderlichen Maßnahmen noch erle-

Der Klimabeschluss wirft die Frage auf, ob internationale Kooperation und intergenerationelle Lastenverteilung auch jenseits des Klimaschutzes geboten sein können.¹⁰⁷ Der Erste Senat hat beides ausdrücklich mit Art. 20a GG verknüpft und für die eingriffsähnliche Vorwirkung künftiger Freiheitsbeschränkungen ferner auf eine gesetzgeberische Entscheidung mit einem grob erkennbaren Budget zulässiger CO₂-Emissionen abgestellt.¹⁰⁸ Allerdings ist durchaus vorstellbar, dass auch andere Schutzpflichten nur in völkerrechtlicher Kooperation zu erfüllen sind.¹⁰⁹ Ferner ist nicht gänzlich auszuschließen, dass jetziges staatliches Handeln „eine unumkehrbar angelegte Gefährdung künftiger Freiheit“¹¹⁰ jenseits des Klimaschutzes begründet.¹¹¹ Eine eingriffsähnliche Vorwirkung für Freiheitsrechte ließe sich konstruieren, wenn deren Ausübung ebenfalls tatsächlich und rechtlich begrenzt ist – sei es aufgrund knapper Ressourcen (z.B. Energieträger, nicht aber Geld), sei es aufgrund einer Obergrenze für schädliche oder risi-

ben können; 111 Rn. 146: keine Grundrechtsfähigkeit künftiger Generationen oder künftig lebender Menschen).

¹⁰⁷ Diese Frage wird in der Literatur vorrangig für die besonders beachtete intertemporale Dimension erörtert; befürwortend etwa *Rainer Schlegel* Der Sozialstaat in und nach der Covid-19-Pandemie, NJW 2021, 2782; ferner *Marc Rutloff/Lisa Freihoff* Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“?, NVwZ 2021, 917 (921); zur Bedeutung im Umweltrecht *Lars Dittrich* Prima Klima und sonst?, in: Daniel Bernhard Müller/ders. (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 6, 2022, 203 (224 f.); *Thomas Groß* Die intertemporale Dimension des Verfassungsrechts, ZRP 2022, 6; zur Verallgemeinerung der Kooperationspflicht *Goldmann* Judges (Fn. 95).

¹⁰⁸ BVerfGE 157, 30 (140 Rn. 201) (zur Kooperationspflicht); BVerfGE 157, 30 (40 Rn. 5 ff., 42 Rn. 9 ff.), BVerfG, NJW 2022, 844 (845 f.) (zur eingriffsähnlichen Vorwirkung). Auch die Literatur hat sich beeilt, die Übertragung der intergenerationellen Freiheit auf finanzielle Solidargemeinschaften zu verneinen: *Kurt Faßbender* Der Klima-Beschluss des BVerfG, NJW 2021, 2085 (2089); *Constanze Janda* Sozialstaat for Future, ZRP 2021, 149; *Thomas Spitzlei* Der Klimabeschluss des BVerfG, NZS 2021, 945; *Dittrich* Klima (Fn. 107), 224; *Anna von Oettingen/Kristina Isabel Schmidt* Intertemporale Freiheitssicherung im Sozialstaat, DÖV 2022, 477.

¹⁰⁹ Man denke etwa an eine Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 GG zur Verhinderung völkerrechtswidriger Drohneneinsätze der USA unter Nutzung der Airbase Ramstein, OVG Münster, 19.3.2019, Az. 4 A 1361/15, Rn. 97 ff., juris; zurückhaltender BVerwGE 170, 345 (356 f.).

¹¹⁰ BVerfGE 157, 30 (132 Rn. 186).

¹¹¹ Ansatzweise wohl auch *Möllers/Weinberg* Klimaschutzentscheidung (Fn. 55), 1077, für eine Beschränkung der eingriffsähnlichen Vorwirkung auf durch den Gesetzgeber bereits hinlänglich konkretisierte Staatszielbestimmungen. Der Senat selbst verweist hier auf beschränkte finanzielle Handlungsspielräume des Bundestags angesichts der europäischen Integration, BVerfGE 157, 30 (102 Rn. 122): Verweise auf BVerfGE 129, 124 (170); 132, 195 (242 Rn. 112; 246 f. Rn. 124); 135, 317 (401 Rn. 163 f.); 142, 123 (231 Rn. 213); jeweils zur Haushaltsautonomie des Bundestags.

koträchtige Verhaltensweisen (z.B. Verschmutzung). Insgesamt bietet daher nicht nur die Gleichheit, sondern bieten auch die im Klimabeschluss etablierten grenzüberschreitenden Funktionen der Freiheitsrechte – die Kooperationspflicht und die Lastenverteilung in der Zeit – denkbare verfassungsrechtliche Hebel, um partikulare Solidargemeinschaften zu öffnen.

IV. Normative Unschärfe

Wie steht es um die zweite Eigenschaft der Solidarität, ihre normative Unschärfe? Hier ist zwischen Solidarpflichten für Staaten und Individualpflichten zu unterscheiden.

1. Solidarpflichten für Staaten

Bei föderalen oder supranationalen Solidarpflichten nach dem Bundesstaatsprinzip oder dem Unionsrecht folgt eine gewisse Offenheit und Flexibilität schon aus der Notwendigkeit, die ja relativ statischen verfassungs- oder vertragsrechtlichen Grundlagen zu konkretisieren.¹¹² So hat der EuGH Solidarität bereits auf allgemeiner Grundlage im Sinne von Loyalität oder Treue der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaftsrechtsordnung eingefordert,¹¹³ noch bevor der Begriff explizit in das Primärrecht aufge-

¹¹² Rechtsvergleichend *Patricia Egli* Die Bundestreue, 2010, Rn. 907 ff. Für Deutschland s. erneut BVerfGE 72, 330 (386 f., 398); 86, 148 (214 f., 241 f., 255, 264, 270); 101, 158 (221 f., 232 f.); 116, 327 (380); ferner *Hans H. Klein* Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Ines Härtel (Hrsg.) Handbuch Föderalismus, Bd. I, 2012, § 17 Rn. 12 f.; kritisch auch hier mit Blick auf ungeschriebene Treuepflichten *Fabian Wittreck* Die Bundestreue, in: Härtel (ebd.), § 18 Rn. 39 ff.

¹¹³ Gestützt auf den damaligen Art. 5 EWG-Vertrag, den Vorläufer von Art. 4 Abs. 3 EUV: EuGH, 10.12.1969, Kommission/Frankreich, Rs. C-6 und 11/69, Rn. 16; gestützt auf Art. 189 EWG-Vertrag (jetzt Art. 288 AEUV) zur Verbindlichkeit der relevanten Rechtsverordnung EuGH, 7.2.1973, Kommission/Italien, Rs. C-39/72, Rn. 25; EuGH, 7.2.1979, Kommission/Vereinigtes Königreich, Rs. C-128/78, Rn. 12/13; hierzu und allgemein zum Solidaritätsprinzip in Europa s. *Christian Tomuschat* Solidarität in Europa, in: Francesco Capotorti (Hrsg.) FS Pierre Pescatore, 1987, 729; *Epaminondas A. Marias* Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community, Legal Issues of Economic Integration 21 (1994), 85 (88 ff.); *Tonia Hieronymi* Solidarität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2003, 39 ff.; *Steinar Stjernø* Solidarity in Europe, 2005; *Peter Gussone* Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen, 2006, 81 ff.; *Martina Lais* Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, 148 ff.; *Malcolm Ross* Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?, in: ders./Yuri Borgmann-Prebil (Hrsg.) Promoting solidarity in the European Union, 2010, 23; *Roland Bieber* Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union, in: Christian Calliess (Hrsg.) Europäische Solidarität und natio-

nommen wurde.¹¹⁴ Das aktuelle Verständnis des Solidaritätsprinzips reicht deutlich weiter. So hat der Rat unter Berufung auf den Solidaritätsgrundsatz in der Asylpolitik die Umsiedlung von 120.000 Flüchtlingen innerhalb der EU beschlossen. Hierbei hat er auf Grundlage seiner Notfallkompetenz nach Art. 78 Abs. 3 AEUV mit Billigung des EuGH insoweit auch das gesetzliche Dublin-Regime vorübergehend ausgesetzt.¹¹⁵ In der Energiepolitik hat der Gerichtshof Art. 194 Abs. 1 AEUV einen primärrechtlichen Grundsatz der Energiesolidarität entnommen. Dieser verpflichtet Unionsorgane und Mitgliedstaaten bei sämtlichen Maßnahmen zur Durchführung dieser Politik – selbst ohne entsprechende sekundärrechtliche Vorgaben – dazu, „die Interessen sowohl der Union als auch der verschiedenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und diese Interessen im Konfliktfall gegeneinander abzuwägen.“¹¹⁶ Deshalb hatten die Bundesnetzagentur und die EU-Kommission auch die Belange Polens zu berücksichtigen, als sie darüber entschieden, wie die Anschlussleitung an die Nord-Stream 1-Gasfernleitung genutzt werden durfte.¹¹⁷ Beide Fälle betreffen nicht zufällig

nale Identität, 2013, 67; s. ferner *Christian Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, 192 ff.; *Armin Hatje* Die EU auf dem Weg zur Solidarunion, in: ders. u.a. (Hrsg.) Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, 73; *Anuscheh Farahat* Transnationale Solidaritätskonflikte, 2021; speziell zur Loyalität *Armin Hatje* Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001; *Marcus Klamert* Loyalität und Solidarität in der Europäischen Union, ZÖR 70 (2015), 265; *Andreas Th. Müller* Proliferation der Solidarität im Unionsrecht, ZÖR 77 (2022), 343.

¹¹⁴ Die Aufnahme erfolgt mit der Einheitlichen Europäischen Akte, dem Vertrag von Maastricht und insbesondere dem Vertrag von Lissabon. Zur Geschichte *Pipitsa Kousoula* Vom Bail-out-Verbot zur solidarischen Bail-out-Pflicht?, 2020, 81 ff.; ferner *Meinhard Schröder* Solidarität zwischen Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon, in: Peter-Christian Müller-Graff/Stefanie Schmah/Vassilios Skouris (Hrsg.) FS Dieter H. Scheuing, 2011, 690.

¹¹⁵ Konkret geht es um die Zuständigkeit des Ersteinreisestaates nach Art. 13 Abs. 1 Dublin-III Verordnung (EU) 604/2013. Formal lässt sich zwischen der Reichweite der Notfallkompetenz nach Art. 78 Abs. 3 AEUV und dem für die Asylpolitik geltenden Solidaritätsgrundsatz nach Art. 80 AEUV zwar trennen, doch wurden beide Bestimmungen zusammengelesen: vom Rat (Beschluss (EU) 2015/1601 v. 22.9.2015, Erwägungsgründe 1 und 2), von GA *Yves Bot* zur Auslegung des Art. 78 Abs. 3 im Lichte des Art. 80 AEUV (Schlussanträge v. 26.7.2017, Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 18 ff., 83 ff., 254), vom Gerichtshof bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung (EuGH (GK), 6.9.2017, Slowakei und Ungarn/Rat, Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 252 ff.).

¹¹⁶ EuG, 10.9.2019, Polen/Kommission, Rs. T-883/16, Rn. 71, 77; bestätigt in EuGH (GK), 15.7.2021, Deutschland/Polen, Rs. C-848/19 P, Rn. 37 ff., 67 ff. Vgl. ferner GA *Campos Sánchez-Bordona* Schlussanträge v. 18.3.2021, Rs. C-848/19 P, Rn. 95 ff., 122 ff.

¹¹⁷ Im Streit standen Befreiungen für den Betreiber der terrestrischen Nord-Stream-1-Anbindung von Lubmin bei Greifswald (OPAL) in die Tschechische Republik. Diese Befreiungen hatte die deutsche Netzentur erteilt und die Kommission genehmigt. Polen (im Verfahren unterstützt von Lettland und Litauen) befürchtete, dass dies eine volle Auslastung von Nord-Stream-1 ermöglichen, dadurch konkurrierende Gasfernleitungen ver-

zentrale Verteilungsfragen der Union und Themenfelder, in denen Inhalt und Reichweite der Solidarität auch auf politischer Ebene nach wie vor hoch umstritten sind. Das erweiterte Solidaritätsverständnis des EuGH ist auf der Grundlage primärrechtlicher Solidaritätsverbürgungen jedenfalls plausibel.¹¹⁸

2. *Solidarpflichten für Individuen*

Hiervon zu unterscheiden sind unter dem Grundgesetz aber die Individualpflichten. Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung¹¹⁹ und einigen Landesverfassungen¹²⁰ atmet das Grundgesetz einen individualrechtlichen Geist. Es gewährt Grundrechte ohne Grundpflichten¹²¹ und ermöglicht Freiheitsbeschränkungen, auch spezifische Solidarlasten wie Steuer, Wehrdienst und

drängen und Polens Gasversorgung gefährden würde. Zu den Einzelheiten und zum Verstoß gegen die Berücksichtigungspflicht in der vor dem Gerichtshof angegriffenen Kommissionsentscheidung EuG, 10.9.2019, Polen/Kommission, Rs.T-883/16, Rn. 5 ff., 62 ff., 79 ff.; EuGH (GK), 15.7.2021, Deutschland/Polen, Rs. C-848/19 P, Rn. 83 ff.

¹¹⁸ Generell zum Problem der Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht *Bast* Solidarität (Fn. 34), 148 ff.; zur Energiesolidarität *Anatole Boule* The principle of solidarity and the geopolitics of energy, CMLR 2020, 889; *Jörg Gundel* Der Grundsatz der Energiesolidarität als justiziable Vorgabe des europäischen Energierechts, EuZW 2021, 758 (761 f.); kritisch *Nicolas Sölter* Abwägung ohne Maßstab – zum Grundsatz der Energiesolidarität, EuR 2022, 130.

¹¹⁹ Zu den Grundpflichten bereits Fn. 41.

¹²⁰ Einige statuieren Pflichten zur gegenseitigen Hilfe in Notfällen (Art. 122 Verf Bayern; Art. 46 Verf Brandenburg; Art. 10 Verf Bremen; Art. 22 Verf RLP; Art. 19 S. 1 Verf Saarland) oder sehen das Individuum in der sittlichen (Art. 1 Abs. 1 Verf BW: „Der Mensch ist berufen, in der ihn umgebenden Gemeinschaft seine Gaben in Freiheit und in der Erfüllung des christlichen Sittengesetzes zu seinem und der anderen Wohl zu entfalten.“ Präambel Verf Hamburg: „Jedermann hat die sittliche Pflicht, für das Wohl des Ganzen zu wirken.“) oder rechtlichen (Art. 20 Verf RLP: „Jeder Staatsbürger hat seine Treupflicht gegenüber Staat und Verfassung zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen und seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es dem Gemeinwohl entspricht.“) Pflicht, mit seinem Verhalten das Gemeinwohl zu fördern.

¹²¹ Ein nicht begriffliches, sondern materielles Verständnis definiert Grundpflichten als verfassungsrechtlich angelegte Individual- oder Solidarpflichten, z.B. „verfassungsrechtlich verankerte Pflichten des einzelnen gegenüber dem Staat“, *Rolf Stober* Grundpflichten und Grundgesetz, 1978, 12 f.; „verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl“, *Völkmar Götz* Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), 7 (12); „Grundrechte der staatlichen Gemeinschaft gegenüber dem Individuum“, *Hasso Hofmann* Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension VVDStRL 41 (1983), 42 (47). Die Grundpflichten aus Weimar wurden von der Verfassungslehre allerdings auf einen allgemeinen Gesetzesgehorsam eingedampft, *Götz* ebd. 10 f.; *Hofmann* ebd. 45. Zum individualrechtlichen Geist des Grundgesetzes *Hofmann* ebd. 49 ff.

Eigentumsbeschränkungen, nur auf gesetzlicher Grundlage.¹²² Implizite Solidarpflichten sind vom Grundgesetz mithin weder vorgesehen¹²³ noch zum Schutz der Solidargemeinschaft notwendig, da Solidarpflichten durch den Gesetzgeber geschaffen werden können.¹²⁴ Damit unterscheidet sich das freie Individuum insbesondere vom Beamten, der seinem Dienstherrn allgemeine Loyalität schuldet.¹²⁵

Hieran ist gerade deshalb zu erinnern, weil die Pandemiebekämpfung erhebliche Normativitätsdefizite beim Einfordern von Solidarität erkennen lässt. Dass die weitreichenden Corona-Maßnahmen in den Rechtsverordnungen der Länder gegen den Parlamentsvorbehalt verstießen,¹²⁶ wurde

¹²² Art. 2 Abs. 1, Art. 12 a, Art. 14 Abs. 2 und 3 GG; *Hofmann VVDStRL* (Fn. 121), 49 ff.

¹²³ S. BVerfGE 152, 68 (115 Rn. 123): „keine allgemeinen Grundpflichten der Bürgerinnen und Bürger“; verfassungsrechtliche Grundpflichten sind nur in spezifischen Pflichtenverhältnissen anerkannt: BVerfGE 59, 360 (376): Elternrecht als Grundrecht und Grundpflicht; BVerfGE 148, 296 (366 f. Rn. 155): einfachgesetzliche beamtenrechtliche Grundpflichten als Konkretisierung von Art. 33 Abs. 5 GG; zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage der verfassungsrechtlichen Grundpflichten *Götz VVDStRL* (Fn. 121), 37; *Hofmann VVDStRL* (Fn. 121), 77; *Herbert Bethge* Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten, JA 1985, 249 (257 f.); a.A. bei weitem Grundpflichtenverständnis etwa *Stober* Grundpflichten (Fn. 121), 23 ff.; Solidaritätspflicht als Grundpflicht auch ohne gesetzliche Normierung *Otto Bachof* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 41 (1983), 98 f.; für „apriorische“ Solidarpflichten, die der Verfassungsgebung vorauslägen (Friedens-, Gehorsam- und Steuerpflicht), *Depenheuer* Solidarität (Fn. 47), 206 ff.

Die Grundpflichten der Landesverfassungen sind in der Praxis nahezu bedeutungslos und wären im Übrigen auch grundgesetzwidrig, soweit man sie als Freiheitsbeschränkung ohne gesetzliche Grundlage verstünde, Art. 31 GG, s. *Hofmann VVDStRL* (Fn. 121), 51 f. Unproblematisch sind Solidarpflichten „nach Maßgabe der Gesetze“, so die Bestimmungen in Fn. 120 mit Ausnahme von Art. 10 Verf Bremen.

¹²⁴ Im Verhältnis unter Privaten lassen sich Pflichten ferner auch über die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten begründen, s. allgemein *Isabelle Ley* Drittwirkung als Erstwirkung?, ARSP 2022, 412.

¹²⁵ S. etwa BVerfGE 148, 296 (345 ff. Rn 118 ff.): Treuepflicht des Beamten und daraus resultierendes Streikverbot; andererseits BVerfGE 102, 370 (395 f.): keine Loyalitätspflicht für Religionsgemeinschaften, auch nicht für korporierte.

¹²⁶ Zur Kritik s. nur *Christoph Möllers* 26.3.2020 <<https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmachtung-im-zeichen-des-virus/>> (Stand 7.11.2022); *Hans Michael Heinig/Christoph Möllers* Die Stunde der Legislative, FAZ, 21.10.2020, 11; *Andrea Kießling* 4.11.2020 <<https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>> (Stand 7.11.2022); *Lars Brocker* Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1485 (1485 ff.); *Hans Michael Heinig u.a.* Why Constitution Matters, JZ 2020, 861 (867 f.); *Oliver Lepsius* Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, RuP 56 (2020), 258 (265 ff.); *Hans Jürgen Papier* Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven, APuZ 35–37 (2020), 4 (6 f.); *Uwe Volkmann* Heraus aus dem Ordnungsregime, NJW 2020, 3153; *Volker Boehme-Neßler* Das Parlament in der Pandemie, DÖV 2021, 243; *Horst Dreier* Rechts-

von den Gerichten fast ausnahmslos hingenommen.¹²⁷ Von weiteren Defiziten¹²⁸ seien zwei weniger prominente Beispiele herausgegriffen. So erleben wir eine Renaissance des Hausrechts als Rechtsgrundlage für Schutzmaßnahmen in Universitäten, Krankenhäusern oder Gerichten, etwa für eine Maskenpflicht oder Zugangsbedingungen.¹²⁹ Diese Grundrechtsbeschrän-

staat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, 229 (230 ff.); *Thorsten Kingreen* Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, 2766 (2767 f.); *Anika Klafki* Kontingenz des Rechts in der Krise, JöR 69 (2021), 583 (597 ff.); *Horst Dreier* Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes in der Corona-Pandemie, Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, 23 (25 ff., 36 ff.) (i.E.); weitergehend *Uwe Volkmann* Von der Logik der Form zur Logik der Tat, Bitburger Gespräche Jahrbuch 2022, 51 (i.E.); zur Rolle der Parlamente auf der Sondertagung der Staatsrechtslehrervereinigung insbesondere *Matthias Mahlmann* Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie, VVDStRL 80 (2021), 69; ferner *Stephan Rixen* Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, VVDStRL 80 (2021), 37 (59 f.).

¹²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat einen Parlamentsvorbehalt nicht thematisiert, weder in den wenigen frühen stattgebenden Entscheidungen (BVerfG, NJW 2020, 1426; NJW 2020, 1505; jeweils zu einem Versammlungsverbot; NJW 2020, 783 zu einem ausnahmslosen Verbot von Gottesdiensten) noch später. Interessanterweise hat der Erste Senat in seinem Klimabeschluss auf die Bedeutung des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens abgestellt und es nach Art. 80 Abs. 2 S. 1 GG für unzureichend erachtet, wenn die Festsetzung der Jahresemissionsmengen dem Verordnungsgeber überlassen wird, BVerfGE 157, 30 (173 ff. Rn. 261 ff.). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat die Frage des Parlamentsvorbehalts zunächst zu vermeiden versucht; Überblick und Kennzeichnung der Vermeidungsstrategien *Klafki* Kontingenz (Fn. 126), 597 ff.; *Volkmann* Logik (Fn. 126), 57 f. Auch in späteren Entscheidungen bemängeln die Gerichte die unzureichende Ermächtigungsgrundlage nur selten, so VerfGH Saarland, NVwZ 2020, 1513 (zur Kontaktnachverfolgung), und insbesondere VerfGH Bayern v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360, Rn. 35 ff. <<https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20a02360b.pdf>> (Stand 7.11.2022) (dessen Entscheidung wohl erst die Konkretisierung von Bekämpfungsmaßnahmen in § 28a IfSG veranlasst hat, s. *Dreier* Verfassungsstaat (Fn. 126), 28); rückwirkende Feststellung eines Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt in LVerfG Sachsen-Anhalt v. 26.3.2001, LVG 25/20, Rn. 40 ff., juris; hiergegen VerfGH Thüringen v. 19.5.2021, 110/20, Rn. 26 ff., juris, mit seiner Divergenzvorlage an das Bundesverfassungsgericht.

¹²⁸ Allgemein *Volkmann* Logik (Fn. 126), 51; speziell etwa zur Ungenauigkeit auch des geänderten IfSG *Klafki* (Fn. 126), 598 f.; *Kingreen* Rechtsstaat (Fn. 126), 2768 f.; zur Problematik des selbstvollziehenden Gesetzes *Oliver Lepsius* Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat 60 (2021), 609 (619 f.); *Volkmann* ebd. 60 ff.

¹²⁹ S. etwa VG Ansbach, 20.5.2022, AN 18 S 22.01299, Rn. 23 ff., juris (öffentliche Bücherei); VG Gießen, 16.5.2022, 3 L 998/22.GI, Rn. 17 ff., juris (Universität); VG Berlin, 10.6.2022, 12 L 77/22, Rn. 34 f., juris (Universität); jeweils auf Hausrecht gestützte Maskenpflicht gebilligt und Sperrwirkung des § 28a Abs. 7 Satz 1 IfSG verneint; a.A. VG Sigmaringen, 20.5.2022, 8 K 1034/22, Rn. 33 ff., juris: Maskenpflicht im Gerichtsgebäude nicht auf Hausrecht zu stützen; s. ferner VG Frankfurt, 16.7.2020, 5 L 1827/20.F, Rn. 4 ff., juris; VG Ansbach, 30.4.2021, AN 18 E 21.00748, Rn. 24 ff., juris; VG Frankfurt,

kungen per Verwaltungsakt weichen in bemerkenswerte Weise von etablierten Standards zum Gesetzesvorbehalt ab, der eben auch für die Angehörigen öffentlich-rechtlicher Einrichtungen im Sonderstatusverhältnis gilt.¹³⁰

Ein zweites Beispiel bildet die Vermengung harter Pflichten und weicher Appelle in den Corona-Verordnungen der Länder. Diese Verordnungen enthalten neben klassischen Rechtspflichten eine Reihe von Empfehlungen¹³¹ und Vorgaben mit unklarem Verbindlichkeitsgrad. Demnach sind die Adressaten beispielsweise „angehalten“, Kontakte zu reduzieren¹³² und Reisen zu unterlassen;¹³³ sie „sollen“ auf private Zusammenkünfte verzich-

29.7.2021, 5 L 2118/21.F, 19 ff., juris: jeweils Personenobergrenze für standesamtliche Trauung gebilligt; VG Karlsruhe, 1.3.2021, 7 K 593/21, Rn. 13 ff., juris: Ausschluss des werdenden Vaters von der Entbindung auf Grundlage des Hausrechts voraussichtlich unverhältnismäßig; s. zu weiteren Anwendungsbeispielen ferner OVG Münster, NJW 2022, 3096 (zu Maskenverbot und 3-G-Regelung nach Hausrecht für gemeindliches Kulturhaus); zu Recht kritisch *Sebastian Felz/Henrik Elbenstein* Maskenpflicht in der Universität – Anordnung per Hausrecht?, ARP 2022, 215 (auch zur relevanten Frage einer Sperrwirkung des IfSG).

¹³⁰ Nach klassischem engeren Verständnis beinhaltet das Hausrecht ohnehin nur die Aufenthaltsteuerung gegenüber Dritten (während die Anstaltsgewalt die Regelung innerer betrieblicher Abläufe gegenüber den Benutzern und die Anstaltspolizei die Störungsabwehr nach außen umfasst), *Sebastian Graf Kielmansegg* Grundrechte im Näheverhältnis, 2012, 501 f.; speziell zum Hausrecht etwa *Dirk Ehlers* Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden, DÖV 1977, 737 (738); VGH Kassel, 7.1.2013, 7 F 2058/13, Rn. 20, BeckRS 2014, 45832; *Winfried Peters/Johannes Lux* Öffentliche Gebäude und Hausrecht: Inhalt und Rechtsgrundlagen, LKV 2018, 17 (19); *Fiete Kalscheuer/Annika Jacobsen* Zu der Rechtsnatur und den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines behördlichen Hausverbots, NVwZ 2020, 370; weitergehend BVerwG, NJW 2011, 2530 (2531) (auch gerichtliche Einlasskontrolle für Referendare gedeckt); *Joshua Moir* Der Schulfrieden als Schranke der Religionsfreiheit, 2022, 93 ff. (zum Hausrecht in der Schule gegenüber Schülern). Jedenfalls sind die genannten Maßnahmen problematisch, wenn sie Grundrechte von Benutzern oder Dritten ohne gesetzliche Ermächtigung beschränken (und gegebenenfalls auch Mitwirkungsbefugnisse gewählter Gremien beschneiden); BVerfGE 33, 1 (9 ff.); 108, 282 (306 ff.); 153, 1 (35 Rn. 82); BVerwGE 164, 304 (308 ff.); *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 35: Anstaltsgewalt gegenüber Benutzern und Dritten nur auf Ermächtigungsgrundlage oder bei akuten Störungen des Anstaltsbetriebs (§ 23 Rn. 56); *Moir* ebd. 61 ff.; a.A. *Kielmansegg* ebd. 503 ff.

¹³¹ Insbesondere zu Mindestabstand, Maske und Hygiene, s. etwa § 2 Corona-VO BW v. 1.4.2022; § 1 S. 1 und 2 Corona-VO BY v. 1.4.2022; Art. 1 § 1 Corona-VO Hess v. 29.3.2022; § 2 Abs. 1 und 2 Corona-VO MV v. 31.3.2022; § 1 Abs. 2 Corona-VO Nds v. 1.4.2022; § 2 Abs. 1 Corona-VO NRW v. 1.4.2022; § 2 Abs. 4 Corona-VO RLP v. 1.4.2022; § 1 Abs. 1 Corona-VO Sachs v. 24.6.2022; Präambel Corona-VO SA v. März 2022; § 2 Corona-VO SH v. 29.03.2022; § 1 Corona-VO Th v. 29.4.2022.

¹³² Etwa § 1 Abs. 1 S. 1 Corona-VO BY v. 15.12.2020; § 1 Abs. 1 S. 1 Corona-VO RLP v. 11.9.2020; § 1 Abs. 1 S. 1 Corona-VO Sachs v. 30.6.2020.

¹³³ Etwa § 2 Abs. 1 S. 1 Corona-VO Berl v. 14.12.2020; § 4 Abs. 1 Corona-VO Th v. 14.12.2020; ähnlich auch § 1 Abs. 1 S. 4 Corona-VO Nds v. 30.10.2020 („soll“).

ten¹³⁴ oder sich während der Absonderung von den Haushaltsangehörigen getrennt halten.¹³⁵ Die Verordnungsgeber wollen die Bevölkerung offensichtlich zu Selbstbeschränkungen veranlassen,¹³⁶ weil es an einer Rechtsgrundlage für Verbote mangelt¹³⁷ oder harte Rechtspflichten mit weitreichenden und gegebenenfalls schwer zu kontrollierenden Freiheitseinbußen einhergehen.¹³⁸ In die gleiche Richtung deuten auch die den Verordnungen vorangestellten Appelle an Solidarität, Gemeinsinn und Eigenverantwortung.¹³⁹ Diese weichen Versuche der Verhaltenssteuerung sind problematisch. Während Behörden verwaltungsrechtliche „Sollens“-Vorschriften im Sinne eines intendierten Ermessens deuten können,¹⁴⁰ ist bei den erwähn-

¹³⁴ Etwa § 1 Abs. 1 S. 2 Corona-VO RLP v. 27.11.2020.

¹³⁵ Etwa § 22 Abs. 3 Corona-VO HH v. 1.4.2022. Weitere Beispiele: Religionsgemeinschaften haben sich an den Verordnungsvorgaben zu „orientieren“, § 1 Abs. 3 Corona-VO NRW v. 7.1.2021; sie „sollen“ auf Gemeindegesang und längere Gottesdienste verzichten, § 2 Abs. 2 Nr. 5 und 6 Corona-VO RLP v. 30.4.2020.

¹³⁶ Einige dieser Bestimmungen lassen sich auch als Vorbehalt des Möglichen lesen, etwa wenn Masken, Personal oder digitale Techniken zu Beginn der Pandemie nicht immer verfügbar waren; zu Masken etwa § 2 Abs. 6 Nr. 2 und 3, § 6 Corona-VO BY v. 16.4.2020; zur Notbetreuung etwa § 8 Abs. 3 S. 3 Corona-VO Berl v. 21.3.2020; zu digitalen Techniken der Nachverfolgung oder des Zahlungsverkehrs etwa die Anlagen zu Corona-VO MV v. 23.11.2021 (z.B. Anlage 5 zu § 2 Abs. 5, Nr. 4 S. 9, Nr. 8).

¹³⁷ So könne man unverbindliche Empfehlungen „mangels Eingriffscharakter weiterhin unmittelbar auf §§ 28 und 32 IfSG“ stützen (jenseits der Spezialbefugnisse nach §§ 28a ff. IfSG), Begründung der Corona-VO SH v. 26.4.2022, GVBl SH v. 19.5.2022, 581.

¹³⁸ Beispielsweise standen die Bundesländer vor der Wahl, ob sie in besonders eingriffsintensiver Weise auch Zusammenkünfte in Privatwohnungen beschränken. Die meisten haben entsprechende Verbote verhängt (s. etwa § 9 Corona-VO BW v. 12.12.2020; § 4 Corona-VO BY v. 15.12.2020; § 2 Corona-VO Sachs v. 27.11.2020) oder ggf. sogar Ausgangssperren erlassen; an anderer Stelle wurde lediglich eine „Soll“-Bestimmung formuliert (§ 1 Abs. 1 S. 2 Corona-VO RLP v. 27.11.2020).

¹³⁹ S. etwa § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 Corona-VO NRW v. 1.4.2022: „Gerade für den Schutz gesundheitlich besonders gefährdeter Personen kommt der Eigenverantwortung und dem solidarischen Verhalten aller Bürgerinnen und Bürger eine große Bedeutung zu. Ziel muss es sein, dass alle ihr Verhalten so ausrichten, dass auch diese Personen nicht von einer Teilnahme am sozialen und gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen sind.“; § 2 Abs. 1 S. 2 Corona-VO MV v. 24.5.2022: „Jeder hat in eigener Verantwortung das persönliche Risiko einer Infektion und das von Kontaktpersonen abzuschätzen.“; Präambel Corona-VO SA v. 28.5.2022: „Weiterhin gilt es, eigene Interessen zurückzustellen und freiwillig das Gemeinwohl zu stärken. Das bedeutet, Verantwortung und Fürsorge für andere zu übernehmen.“; § 1 Abs. 2 S. 2 Corona-VO SH v. 26.4.2022: „Umzusetzen sind diese Gebote, Verbote und Empfehlungen vorrangig in Eigenverantwortung der Bürgerinnen und Bürger und nachrangig durch hoheitliches Handeln der zuständigen Behörden, sofern und soweit es zum Schutz der Allgemeinheit geboten ist.“

¹⁴⁰ *Maurer/Waldhoff* Verwaltungsrecht (Fn. 130), § 7 Rn. 11 f.; *Rolf Wank* Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 120; *Maurer/Waldhoff* Verwaltungsrecht (Fn. 130), § 7 Rn. 11 f.

ten Corona-Vorgaben unklar, ob sie einen rechtlichen Gehalt besitzen oder lediglich eine besonders eindringlich formulierte Empfehlung darstellen, was gegen die gebotene Rechtsklarheit¹⁴¹ verstößt.¹⁴² Diese Rechtsunsicherheit beeinträchtigt die Grundrechte, denn mögliche oder vermeintliche Verbote erzeugen einen „chilling effect“ und verhindern die freie Entscheidung darüber, Freiheiten wahrzunehmen.¹⁴³ Sollte aus diesen Regelungen die Annahme sprechen, Solidarpflichten bestünden implizit oder könnten auch auf untergesetzlichem Wege oder gar mit *Soft Law* etabliert werden, so ist dem entgegenzutreten.

V. Lastenverteilung

Solidargemeinschaften stehen schließlich in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zur Freiheit ihrer Mitglieder, weil sie Finanz- und (nichtfinanzielle) Freiheitslasten einfordern. Während Kriterien für die Verteilung von Finanzlasten etabliert sind, verdienen solidarische Freiheitslasten besondere Aufmerksamkeit. Denn angesichts umfassender Freiheitsbe-

¹⁴¹ Zum rechtsstaatlichen Gebot der Bestimmtheit und Klarheit von Normen etwa *Andreas von Arnald* Rechtssicherheit, 2006, 230 ff., 242 ff.; *Helmut Schulze-Fielitz* in: Dreier (Fn. 90), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129 ff., 141 ff.

¹⁴² Vgl. insgesamt zum Einsatz von *Soft Law* *Matthias Knauff* Coronavirus and Soft Law in Germany, *European Journal of Risk Regulation* 12 (2021), 45, der bei diesen Normen von einer Pflicht mit mangelnder Bestimmtheit ausgeht (50); ferner grundsätzlich zur mangelnden Rechtsklarheit einer Corona-Verordnung und konkret zur Trennung verbindlicher Regelungen von „Erläuterungen, Empfehlungen, Appellen oder Ermahnungen“ LVerfG Sachsen-Anhalt, 26.3.2021, LVG 25/20, Rn. 70 ff. (Zitat bei Rn. 73), juris; sowie LVerfG Sachsen-Anhalt, 26.3.2021, LVG 4/21, Rn. 137 ff.; ferner etwa zu den unbestimmten Voraussetzungen einer Maskenpflicht an Schulen OVG Bremen, 20.4.2021, 1 B 178/21, Rn. 35 ff., juris; OVG Bremen, 20.4.2021, 1 B 180/21, Rn. 51 ff., juris.

¹⁴³ Das Argument einer einschüchternden Wirkung – des „chilling effect“ – potentieller staatlicher oder privater Sanktionen in Reaktion auf Grundrechtsausübung findet sich nicht nur im angelsächsischen Recht, sondern auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (s. etwa *Rónán Ó Fathaigh* Article 10 and the chilling effect principle, EHRLR 2013, 304) und bezieht sich auf die freie Meinungsäußerung (EGMR (GK), 27.3.1996, Goodwin/Vereinigtes Königreich, No. 17488/80, Rn. 39), aber etwa auch auf die Versammlungsfreiheit (EGMR [GK], 15.10.2015, Kudrevičius/Litauen, No. 37553/05, Rn. 100) und auf weitere Grundrechte (zu gerichtlichen Verfahrenshandlungen EGMR [GK], 15.12.2005, Kyprianou/Zypern, No. 73797/01, Rn. 175). Das deutsche Verfassungsrecht berücksichtigt einen solchen Einschüchterungseffekt ebenfalls, insbesondere für Meinungsäußerungen sowie für staatliche Überwachungsmaßnahmen, s. etwa BVerfGE 65, 1 (42 f.); 86, 1 (10); 93, 266 (292, 295, 300) 100, 313 (358 f., 381); 113, 63 (78); ausführlich *Julian Staben* Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016. Dieser Gedanke gilt auch, wenn Personen auf die Ausübung ihrer Freiheit verzichten könnten, um bei unklarer Rechtslage keine Rechtsübertretung zu riskieren.

schränkungen, wie sie zur Bekämpfung der Pandemie ergingen, aber auch in Reaktion auf Klimakrise, Terrorismus oder Krieg möglich erscheinen, stellt sich die Frage nach der Verteilung dieser Freiheitslasten mit besonderer Aktualität.

1. Befund: Bundesnotbremse I und II

Den Ausgangspunkt für die Überlegungen bildet der nüchterne Befund, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung Freiheitsbeschränkungen in der Pandemie allenfalls punktuelle Grenzen gesetzt hat. Prominent lässt sich dies an den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesnotbremse verdeutlichen.¹⁴⁴ Der Erste Senat billigte allgemeine nächtliche Ausgangssperren als Mittel zur Durchsetzung von Kontaktverboten, also eine Maßnahme, die mit erheblicher Streubreite unproblematische Verhaltensweisen erfasst.¹⁴⁵ Ferner ließ er die Regelungen zu Schulschließungen passieren, obwohl Schülerinnen und Schüler schon zuvor ganz erheblich mit Maßnahmen der Pandemiebekämpfung belastet und auf die Schule als Begegnungs- und Bildungsort angewiesen waren.¹⁴⁶

In methodischer Hinsicht führt das Gericht hier eine Entwicklung fort, die aus der verfassungsrechtlichen Überprüfung des Steuer- und Sozi-

¹⁴⁴ Hier wurden Kontaktverbote, Ausgangssperren und Schulschließungen am Maßstab des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Rechts auf Ehe und Familie, der Fortbewegungsfreiheit und dem Freiheitsrecht auf schulische Bildung überprüft.

¹⁴⁵ Zur Erforderlichkeit findet sich lediglich die Aussage, eine klassische Kontrolle sei nur durch das notwendige Betreten privater Räume und mit Blick auf Art. 13 GG „nicht grundrechtsschonender“, wohingegen sich die Ausgangsbeschränkungen „weniger eingriffsintensiv“ überwachen ließen (BVerfG, NJW 2022, 139 [164]). Schon die Vereinfachung der Kontrolle ist nicht evident, s. *Andrea Kießling* Stellungnahme v. 15.4.2021, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Ausschuss-Drs. 19(14)323(6), 9 ff. Ferner kontrastiert diese Aussage erheblich mit dem anerkannten Anliegen, Grundrechtsbeschränkungen mit großer Streubreite durch passgenauere Maßnahme zu vermeiden (s. etwa BVerfGE 115, 320 [354]). Außerdem unterstellt der Senat ohne nähere Begründung, dass die punktuelle staatliche Informationsbeschaffung einer Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit in ihre Schwere mindestens gleichzusetzen sei. Es spricht aber viel für eine umgekehrte Gewichtung.

¹⁴⁶ Der Senat benennt zwar die monatelangen, schon vor Inkrafttreten der Bundesnotbremse angeordneten Schulausfälle (im Schnitt Unterrichtsausfall eines halben Schuljahres, BVerfG, NJW 2022, 167 [180 Rn. 140]) und die zu befürchtenden nachteiligen Auswirkungen auf Kompetenzen, Persönlichkeitsentwicklung und Kindeswohl (Rn. 136 ff.). Außerdem geht er, jedenfalls knapp, auf die geringen Gesundheitsrisiken durch Corona bei Kindern ein (Rn. 195) und hält für relevant, ob Maßnahmen „bei einem rechtzeitigen, zumutbaren und sich in der Sache aufdrängenden Handeln des Staates vermeidbar gewesen wären“ (Rn. 176, 175 ff.). Im Ergebnis kommt dem aber kein ausschlaggebendes Gewicht zu.

alrechts bekannt ist und sich als Rationalitäts-, statt Wertungskontrolle umschreiben lässt. Das Gericht erkennt einerseits einen gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum an und verlangt vom Gesetzgeber andererseits, dass er Grundentscheidungen folgerichtig ausgestaltet¹⁴⁷ und Annahmen und Konkretisierungen hinreichend begründet.¹⁴⁸ Diese Rationalitätskont-

¹⁴⁷ S. nur BVerfGE 122, 210 (230 ff.): Pendlerpauschale erst ab einer Entfernung von 21 km als Gleichheitsverstoß; die einmal getroffene Belastungsentscheidung (hier das steuerrechtliche Veranlassungsprinzip) müsse folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umgesetzt werden; die Abweichung könne auch nicht mit Lenkungs Zwecken oder der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt werden. Zu diesem Thema bereits *Christoph Degenhart* Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungs postulat, 1976; *Gunther Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Rolf Stödter (Hrsg.) FS Hans Peter Ipsen, 1977, 173; *Franz-Joseph Peine* Systemgerechtigkeit, 1985; *Klaus Meßerschmidt* Gesetzgebungsermessens, 2000, 777 ff., 817 ff.; ferner *Christian Thiemann* Das Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung, in: Sigrid Emmenegger/Ariane Wiedmann (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 2, 2011, 179; *Peter Dieterich* Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014, 210 ff., 300 ff.; *Arno Wieckhorst* Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, 218 ff.; *Laurence O'Hara* Konsistenz und Konsens, 2018, 175 ff.; *Matthias Modrzejewski* Die Bedeutung des Gebots der Folgerichtigkeit für die gleichheitsrechtliche Maßstabsbildung im Steuerrecht, in: ders./Kolja Naumann (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 5, 2019, 277; kritisch insbesondere *Oliver Lepsius* Anmerkung, JZ 2009, 260; *Philipp Dann* Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), 630; *Mehrdad Payandeh* Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, AöR 136 (2011), 578; *Bernd Grzeszick* Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), 49 (57 ff.); *Armin Steinbach* Rationale Gesetzgebung, 2017, 90; befürwortend *Paul Kirchhof* Der Grundrechtsschutz der Steuerpflichtigen, AöR 128 (2003), 1 (44); frühe Kritik bei *Klaus Schlaich* Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99 (109).

¹⁴⁸ S. etwa BVerfGE 125, 175 (225 ff.): zur Konkretisierung des Existenzminimums darf der Gesetzgeber von einer gewählten Methode (hier: Statistikmodell) nicht ohne sachlichen Grund abweichen (hier Abweichen durch Abschläge); BVerfGE 132, 134 (159 Rn. 62 ff.): Leistungen an Asylbewerber unzureichend, da Höhe seit geraumer Zeit nicht angepasst, nicht nachvollziehbar berechnet und realitätsgerechte, bedarfsorientierte und existenzsichernde Berechnung nicht ersichtlich; zu unterschiedlichen Begründungserfordernissen im Finanz- und Steuerrecht zuvor schon BVerfGE 79, 311 (344 f.) (anders allerdings BVerfGE 86, 148 [241]); 79, 311 [344 f.]; 101, 158 [224 f., 234 f.]; 115, 97 [116]; hierzu *Michael Brenner* Das innere Gesetzgebungsverfahren im Lichte der Hartz IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZG 2011, 394; *Tobias Aubel* Das Gewährleistungsrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, in: Emmenegger/Wiedmann (Fn. 147), 273 (291 ff.); *Christoph Görisch* Asylbewerberleistungsrechtliches Existenzminimum und gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum, NZS 2011, 646; *Niels Petersen* Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle 2015, 217; *Steinbach* Gesetzgebung (Fn. 147), 79 ff.; *O'Hara* Konsistenz (Fn. 147), 213 ff.; *Thomas Jacob* Prozeduralisierung und rationale Gesetzgebung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Modrzejewski/Naumann

rolle wird zu Recht dafür kritisiert, dass sie den demokratisch legitimierten Gesetzgeber erheblich einengen und demokratische Kompromisse und Systemwechsel erschweren kann.¹⁴⁹

Die Beschlüsse zur Bundesnotbremse belegen, dass die Verlagerung und Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle eben auch den Spielraum des Bundesverfassungsgerichts erhöhen. Zum einen handhabt der Senat die angenommenen gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume¹⁵⁰ so großzügig, dass dies praktisch zu einer Umkehr der Darlegungslast führt. Die Prüfung der Geeignetheit bildet kaum eine wirkliche Hürde¹⁵¹ und die Erforderlichkeit scheitert erst dann, „wenn mit der gebotenen Eindeutigkeit festgestellt werden“ könne, dass eine „mindestens gleich wirksame Alternative“ bestehe.¹⁵² Zum anderen bekräftigt der Senat einen gesetzgeberischen Spielraum auch für die Angemessenheit.¹⁵³ Hierbei bezieht sich das Bundesverfassungsgericht nicht nur auf die Einschätzung empirischer

(Fn. 147), 53; kritisch insbesondere *Timo Hebel* Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, DÖV 2010, 754; *Henning Tappe* Die Begründung von Steuergesetzen, Habilitationsschrift, Manuskript 2012, 149 ff., 207 ff.; *Stephan Rixen* Rationalität des Rechts und „Irrationalität“ demokratischer Rechtsetzung, JöR 61 (2013), 525 (531 ff.).

S. ferner zu einer etwaigen nachgelagerten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht etwa BVerfGE 152, 68 (119 f. Rn. 134; 152 ff. Rn. 164 ff.), konkret zu der Prognose, ob die Mitwirkungspflicht für Arbeitssuchende und eine Sanktionierung ihres Verstoßes durch eine Minderung der Grundsicherung das Ziel der Integration in den Arbeitsmarkt fördert; hierzu allgemein *Christian Mayer* Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996; *Dirk Heckmann* Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, 82 ff.; *Stefan Huster* Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ZfRSoz 24 (2003), 3; *Karl-Jürgen Bieback* Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfRSoz 38 (2018), 42; *Andrea Kießling* Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfRSoz 38 (2018), 60; *Simone Ruf* Die legislative Prognose, 2021, 156 ff.

¹⁴⁹ Zur Kritik s. bereits Fn. 49 und 50; pointiert die Sondervoten *Bryde* und *Masing* BVerfGE 121, 317 (378 ff., 381 ff.); s. ferner *Uwe Kischel* Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), 174 (204 ff.).

¹⁵⁰ Hierzu allgemein BVerfG, NJW 2022, 139 (149, 151, 154, 162, 163, 164); BVerfG, NJW 2022, 167 (177, 178, 179).

¹⁵¹ Da Maßnahmen den Regelungszweck lediglich fördern können müssen: BVerfG, NJW 2022, 139 (151); BVerfG, NJW 2022, 167 (177) („Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt.“).

¹⁵² BVerfG, NJW 2022, 139 (144). An anderer Stelle formuliert der Senat, tatsächliche Unklarheiten dürften „nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen“, um gleich im Anschluss aber den diesbezüglichen gesetzgeberischen Spielraum zu unterstreichen, BVerfG, NJW 2022, 139 (149, 151, 154); BVerfG, NJW 2022, 167 (177 f.).

¹⁵³ BVerfG, NJW 2022, 139 (155, 164); BVerfG, NJW 2022, 167 (179).

Fragen,¹⁵⁴ sondern auch auf die normative Frage der Güterabwägung.¹⁵⁵ Im Ergebnis verbleibt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nurmehr die Funktion einer Vertretbarkeitskontrolle.¹⁵⁶

Man kann die Entscheidungen zur Bundesnotbremse unterschiedlich lesen: als Ausnahme unter dem Eindruck einer Krise, als Ausdruck eines Wertewandels zugunsten des Rechtsguts Gesundheit oder als weiteren Schritt zur Flexibilisierung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Mir erscheint auch die Deutung plausibel, dass der Gesetzgeber relativ freie Hand für die Verteilung solidarischer Freiheitslasten besitzt.¹⁵⁷ Mit Blick auf andere gesellschaftliche Herausforderungen sollte sich eine derartige Rücknahme der verfassungsrechtlichen Kontrolle jedoch nicht etablieren. Im Kontext dieses Vortrags wäre daher zu fragen, welche Bedeutung dem solidarischen Element von Freiheitslasten für die verfassungsmäßige Kontrolle zukommt.

2. *Solidarische Freiheitslasten: Kollektivnutzen und Fremdnutzen*

Solidarische Freiheitslasten unterscheiden sich von nichtsolidarischen Freiheitslasten dadurch, dass die Freiheitsbeschränkung nicht mit einem spezifischen Vorteil für die Belasteten verbunden ist (wie etwa die Schul-

¹⁵⁴ Diese spielen auch in der Angemessenheit eine Rolle, s. etwa *Petersen* Verhältnismäßigkeit (Fn. 148), 145 f.; allein zu Tatsachenprognosen auch der angenommene Spielraum in BVerfGE 68, 193 (220); zum Unterschied struktureller und epistemischer Spielräume allgemein *Robert Alexy* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 (15 ff.).

¹⁵⁵ Kritisch daher *Oliver Lepsius* Anmerkung, JZ 2021, 955 (958), noch zur Entscheidung im einstweiligen Verfahren; *Stephan Rixen* 25.5.2022 <<https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>> (Stand 7.11.2022); zum Unterschied zwischen den (vorrangig) tatsachenbezogenen Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit und der normativen Prägung des legitimen Ziels und der Angemessenheit *Oliver Lepsius* Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt u.a. (Hrsg.) Das entgrenzte Gericht, 2011, 159 (206); *Johannes Saurer* Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51 (2012), 3 (31). Der Kritik ist zuzustimmen, da sie die Verhältnismäßigkeitsprüfung für den Gesetzgeber auch in diesem Punkt weniger berechenbar macht, hierzu insbesondere *Matthias Jestaedt* Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, in: ders./Oliver Lepsius (Hrsg.) Verhältnismäßigkeit, 2015, 293 (299).

¹⁵⁶ So auch *Volkman* Logik (Fn. 126), 52: „oberflächliche[n] Vertretbarkeitskontrolle, die praktisch einer Carte blanche [...] gleichkommt“; s. ferner *Volker Boehme-Neßler* Anmerkung, NVwZ-Beilage 2022, 34 (35); *Kyrill-Alexander Schwarz* In dubio pro imperio?, NVwZ-Beilage 2022, 3; anders *Heiko Sauer* 1.12.2021 <<https://verfassungsblog.de/gediegene-gegenezahlung/>> (Stand 7.11.2022).

¹⁵⁷ Immerhin hat der Erste Senat den gesetzgeberischen Spielraum für die Angemessenheit im Kontext der Impfpflicht bekräftigt: BVerfG, NJW 2022, 1999 (2015); BVerfG, 21.7.2022, 1 BvR 469/20, Rn. 130, bverfg.de.

pflicht) und auch nicht auf einer spezifischen Verantwortung der Belasteten beruht (etwa für schädigendes Verhalten). Die solidarische Freiheitslast ist also dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht den Belasteten, sondern der Gemeinschaft (als Kollektivnutzen) oder sogar ausschließlich anderen Personen als den Belasteten (als Fremdnutzen) zugutekommt.¹⁵⁸ Nun ist die Abgrenzung zwischen spezifischem Eigennutzen, Kollektivnutzen und Fremdnutzen nicht immer möglich oder einfach, da Maßnahmen häufig mehrere Zwecke zugleich verfolgen können. Infektionsschutzmaßnahmen oder eine Impfpflicht beispielsweise lassen sich mit Blick auf ein funktionsfähiges Gesundheitswesen (als Kollektivnutzen) oder den Schutz vulnerabler Personengruppen (als Fremdnutzen) begründen.¹⁵⁹ Die Verfassungspraxis stellt in der Rechtfertigungsprüfung typischerweise auf pauschale Kollektivgüter ab, etwa auf Sicherheit oder die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen.¹⁶⁰ Dies kann allerdings den – intendierten oder tatsächlichen – Solidarcharakter von Freiheitlasten verdecken, der in der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist. Diese Bedeutung möchte ich anhand der Nachrang-These und der Drittbelastungs-These skizzieren.

3. *Nachrang-These: Hohe Rechtfertigungshürden für fremdnützige Freiheitslasten*

Die Nachrang-These lautet, dass solidarische Freiheitslasten umso strenger zu rechtfertigen sind, je stärker sie einen überwiegend oder allein fremdnützigen Charakter aufweisen. Insbesondere ist eine fremdnützige Freiheitslast gegenüber Finanzlasten oder verantwortungsbezogenen Freiheitslasten nachrangig in Erwägung zu ziehen. Aber sollte der Solidargedanke Freiheitsbeschränkungen nicht sogar erleichtern,¹⁶¹ oder sollte der

¹⁵⁸ Dies beinhaltet auch den instrumentellen Aspekt der Solidarität, so aus philosophischer Sicht *Bedorf* Politik, in: Busche (Fn. 4), 109.

¹⁵⁹ Ferner lässt sich Nutzen objektiv oder subjektiv verstehen, wie etwa das Beispiel der (objektiv) gesundheitsschützenden, aber (subjektiv) unerwünschten Impfung zeigt. Zur Relevanz der subjektiven Sicht für die Grundrechtsausübung *Martin Morlok* Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 42 ff.

¹⁶⁰ Hierzu *Antje von Ungern-Sternberg*, Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?, in: Matthias Bäcker/Christoph Burchard (Hrsg.) Strafverfassungsrecht, 2022, 85 (86 f.) (i.E.); zur Verbreitung von und Kritik an vagen und offenen Schutzgütern („Friede“, „Ordnung“) ferner *dies*. Öffentliche Auseinandersetzung um Religion zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Arndt u.a. (Fn. 23), 61 (72 ff.); *Moir* Schulfried (Fn. 130), 122 ff.

¹⁶¹ In diese Richtung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung andeutungsweise VerfGH Bayern, 9.2.2021, Vf. 6-VII-20, Rn. 84, juris. Das Gericht hält unter Verweis auf das Sozialstaatsprinzip und den „Grundgedanken gesellschaftlicher Solidarität bei Notständen“ aus Art. 122 Verf Bayern „eine möglichst ausgewogene Verteilung der Belastungen“

Gesetzgeber nicht zumindest gleichermaßen frei über solidarische Freiheitslasten und sonstige Maßnahmen entscheiden können?¹⁶²

Zunächst ist dem Grundgesetz zu entnehmen, dass Solidarität vorrangig durch finanzielle Lasten und nur punktuell durch Freiheitslasten geübt wird.¹⁶³ Die Verfassung setzt die Solidargemeinschaften der Steuerzahler und der Sozialversicherung ausdrücklich voraus.¹⁶⁴ Fremdnützige Freiheitslasten sieht das Grundgesetz hingegen nur vereinzelt vor.¹⁶⁵ Von praktischer Relevanz ist seit Aussetzung der Wehrpflicht¹⁶⁶ allein die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG.¹⁶⁷ Auch das Sozialstaatsprinzip

(durch Ausgangsbeschränkungen für alle zugunsten von Risikogruppen) für verfassungsgemäß.

¹⁶² So *Volkman* Solidarität (Fn. 15), 400 f.

¹⁶³ Die Gegenüberstellung von Finanz- und Freiheitslasten wirft die Frage auf, ob diese wirklich kategorisch voneinander unterschieden werden können. Denn Finanzlasten können Verhaltenslenkung intendieren oder bewirken (s. etwa *Rainer Wernsmann* Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, 1 ff.). Zugleich benötigt Freiheitsausübung materielle Grundlagen und ermöglicht finanziellen Ertrag; Freiheitseinbußen treffen Reiche häufig weniger hart als Arme; die freiheitsbeschränkende Wirkung bußgeldbewehrter Verbote schließlich wird auch von der Finanzkraft der Adressaten beeinflusst. Trotz dieser Wechselbezüglichkeit und gradueller Annäherungen lässt sich aber – wie im Folgenden – formal zwischen Finanz- und Freiheitslasten trennen.

¹⁶⁴ Zur Steuer s. vor allem Art. 21 Abs. 3, Art. 28 Abs. 2 S. 3, Art. 72 Abs. 2 Nr. 7, Art. 105 ff. GG; zur Sozialversicherung bereits oben Fn. 69.

¹⁶⁵ Dem Verfassungsgeber steht es frei, neue Pflichten aufzunehmen. Zur Debatte um ein allgemeines Pflichtjahr s. etwa *Winfried Kluth* Allgemeine und besondere Dienstpflichten aus dem Blickwinkel des Bundes- und Landesverfassungsrechts, NVwZ 2022, 1159 (1164); *Björn Schiffbauer* Verfassungsrechtliche Aspekte einer allgemeinen Dienstpflicht, GSZ Sonderausgabe 1/2022, 55; zu den völkerrechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 4 Abs. 1 EMRK) *Tim Wihl* 23.8.2018 <<https://verfassungsblog.de/von-diensten-und-pflichten/>> (Stand 7.11.2022).

¹⁶⁶ Art. 12a GG, § 2 WPflG.

¹⁶⁷ *Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 14 Rn. 61; s. ferner *Götz VVDStRL* (Fn. 121), 30 ff.; zur Geschichte *Hofmann VVDStRL* (Fn. 121), 61 ff.

Für die nach Art. 12 Abs. 2 GG zulässigen herkömmlichen Dienstleistungspflichten gibt es kaum noch Anwendungsbeispiele, denn professionelle Strukturen haben traditionelle Hand- und Spanndienste sowie die Wasser-, Deich- und Feuerwehrrpflicht in der Regel überflüssig gemacht, *Kluth* Dienstpflichten (Fn. 165). Die Schulpflicht ist keine Solidarpflicht, weil sie in erster Linie der Persönlichkeitsentfaltung der Schüler und nur in zweiter Linie Gemeinwohlinteressen dient; zum gesellschaftlichen Bedürfnis nach gebildeten Wählern und Arbeitskräften sowie zum Interesse am Erhalt einer nationalen Zivilisation *Thomas H. Marshall* Citizenship and Social Class and other Essays, 1950, 26; ferner *Hofmann VVDStRL* (Fn. 121), 65 ff.; aus heutiger Sicht zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG BVerfG, NJW 2022, 167 (171). Zur „Grundpflicht“ auf Rechtsgehorsam ferner *Hofmann* ebd. 61 ff. Die Pflicht zur Rechtsbefolgung wird von mir als der Rechtsordnung immanent vorausgesetzt und nicht als Solidarpflicht angesehen.

zielt vor allem auf soziale Leistungen, die durch Steuern oder die Sozialversicherung ermöglicht werden,¹⁶⁸ nicht aber auf fremdnützige Freiheitslasten jenseits der Sozialbindung des Eigentums.¹⁶⁹ Außerdem entsprechen finanzielle Lasten dem Gedanken der Belastungsgleichheit und der Verhältnismäßigkeit. Eine vorrangige Belastung der Steuerzahler trifft alle nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit;¹⁷⁰ und auch sonstige Finanzlasten können nach sachgerechten Kriterien gestaffelt werden.¹⁷¹ Solidarische Freiheitslasten hingegen belasten – ja nach Adressatenkreis – nur bestimmte Personengruppen (Gastwirte, Schüler, Impfunwillige) und können hierbei nur um den Preis komplexer Regelungen die Bedürfnisse der Schwächeren berücksichtigen.

¹⁶⁸ Zu den unterschiedlichen Forderungen des Sozialstaatsprinzips s. etwa *Görg Haverkate* Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, 36 ff.; *Kingreen* Sozialstaatsprinzip (Fn. 25), 64 ff.; *Hans F. Zacher* Das soziale Staatsziel, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 32 ff.; *Christoph Enders* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 7 (27 ff.); *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 110 ff.; ausführlich *John Philipp Thurn* Welcher Sozialstaat?, 2013, 35 ff., 135 ff., 300 ff.; *Fabian Wittreck* in: Dreier (Fn. 90), Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 27 ff. (zum Ausschluss der Privatbindung Rn. 37); *Karl-Peter Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 203 ff.;

Uwe Volkmann Leitbilder des Sozialstaats, in: Boysen/Kaiser (Fn. 27), 217 ff.; *Stefan Huster/Johannes Rux* in: Epping/Hillgruber (Fn. 83), Art. 20 Rn. 210 ff.; *Hans Jarass* in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 156 ff.; zurückhaltender *Bernd Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 20 Rn. 17 ff. Weitere Aspekte des Sozialstaatsprinzips umfassen gegebenenfalls die soziale Gleichheit und eine soziale Wirtschaftsordnung, was die Sozialbindung des Eigentums aktivieren (*Thurn* Sozialstaat [Fn. 168], 86 ff.) oder auf die Privatautonomie ausstrahlen kann (hierzu etwa BVerfGE 81, 242 [255]; 85, 191 [213]; 134, 204 [223 Rn. 68]; 146, 71 [120 Rn. 147]; 149, 126 [147 Rn. 54]; *Zacher* ebd. Rn. 36; *Enders* VVDStRL [Fn. 168], 29 f.).

¹⁶⁹ Anders *Bachof* Diskussionsbeitrag (Fn. 123), 98 f. (sogar implizite Grundpflicht); dort auch zur Debatte um verfassungsimmanente Grundpflichten. Selbst bei der solidaritätsorientierten Ausdeutung des Sozialstaatsprinzips stehen Freiheitslasten aber nicht im Fokus: *Frankenberg* Verfassung (Fn. 21), 195 ff., geht es um die Begründung sozialer Rechte auf Grundlage der politischen Autonomie und die Aktivierung ziviler Solidarität; *Volkmann* Solidarität (Fn. 15), 332 ff., hat bei seinem Konzept der Ordnung gegenseitiger Verantwortung und Unterstützung zwar Pflichten, aber eben „Abgabe-, Leistungs- und Duldungspflichten“ im Blick, 340; *Heinig* Sozialstaat (Fn. 8), 133, verfolgt gerade eine Ausdeutung im Dienst der Freiheit.

¹⁷⁰ S.o. Fn. 28; zur (Ideen-)Geschichte der Steuergerechtigkeit *Fritz Karl Mann* Steuerpolitische Ideale, 1978, 158 ff., 262 ff.; *Simon Kempny* Die Staatsfinanzierung nach der Paulskirchenverfassung, 2011, 164 ff.; *Marc Buggeln* Das Versprechen der Gleichheit, 2022, 92 ff.

¹⁷¹ Sonderabgaben können sich etwa nach Kennziffern zur Größe und dem Umsatz eines Betriebes bemessen (z.B. § 43 Abs. 1 WeinG), Sozialversicherungsabgaben nach dem Einkommen (§ 241 SGB V).

Insbesondere sind solidarische Freiheitslasten nachrangig gegenüber einer Belastung von Verantwortlichen aufzuerlegen. Auch dies verwirklicht den Gedanken der Verhältnismäßigkeit, denn wer etwa für Handlungen oder Personen verantwortlich ist, dem sind Freiheitbeschränkungen eher zuzumuten als Dritten oder der Allgemeinheit. Der Vorrang der Verantwortung vor der freiheitsbeschränkenden Solidarität kommt in der Rechtsordnung an unterschiedlichen Stellen zum Ausdruck. Im Polizei- und Strafprozessrecht gelten besondere Hürden für das Vorgehen gegen Nichtstörer oder für Ermittlungsmaßnahmen gegen Nichtverdächtige.¹⁷² Die Strafrechtswissenschaft ringt mit der Frage, wie sich die Eingriffe in Rechtsgüter Unbeteiligter beim rechtfertigenden Notstand legitimieren lassen.¹⁷³ Im Verfassungsrecht könnte die vielzitierte Formel des Bundesverfassungsgerichts zur „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ in eine andere Richtung deuten, doch mit ihr begründet das Bundesverfassungsgericht lediglich die allgemeine Begrenzbarkeit von Grundrechten und gerade nicht das Auferlegen solidarischer Freiheitslasten.¹⁷⁴ Stattdessen formuliert das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle in

¹⁷² Thorsten Kingreen/Ralf Poscher Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2022, § 9 (Rn. 73 ff. zur nachrangigen Inanspruchnahme nichtverantwortlicher Dritter); zu Ermittlungsmaßnahmen gegen Nichtverdächtige s. etwa BVerfG, 18.3.2009, 2 BvR 1036/08, Rn. 68, bverfg.de; BVerfG, NJW 2016, 1645 (jeweils Durchsuchung bei unverdächtigem Dritten als Verstoß gegen Art. 13 Abs. 1 GG); zu unterschiedlichen Kriterien der Verantwortung im Recht der Gefahrenabwehr bereits auf der Primärebene Ludger Giesberts Die gerechte Lastenverteilung unter mehreren Störern, 1990, 79 ff.

¹⁷³ S. etwa Michael Pawlik Der rechtfertigende Notstand, 2002, 57 ff.; Frank Meyer Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, GA 2004, 356; Lena Kühnbach Solidaritätspflichten Unbeteiligter, 2007; Till Zimmermann Rettungstötungen, 2009; Anna Coninx Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, 2012; Armin Engländer Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands, GA 2017, 242; Nina Nestler Sonderopfer und Solidarität der Rechtsgemeinschaft als Grundlage für erlaubte Rechtsverletzungen, JURA 2020, 695.

¹⁷⁴ So auch Ulrich Becker Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, 101 ff.; zu einer finanziellen Solidarlast, der Investitionsabgabe: BVerfGE 4, 7 (15); zur Beschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG auf dem Gebiet des Wirtschaftslebens durch Preisregelung: BVerfGE 8, 274 (328 f.); zu Kosten der Missbrauchskontrolle beim Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung: BVerfGE 77, 84 (110 f.); zur Rückkehrpflicht für Mietwagen: BVerfGE 81, 70 (91 f.); zur Selbstbeziehung im Konkurs: BVerfGE 56, 37 (49); zur Beschränkung von Art. 10 GG oder des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch staatlichen Informationserhebung: BVerfGE 30, 1 (20); 65, 1 (44); 100, 313 (375 f.); 113, 348 (382); zum beschränkten Teilhaberecht auf einen Studienplatz nach Art. 12 GG in Verbindung mit dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip: BVerfGE 33, 303 (334); zur Definition der Menschenwürde mit Blick auf Strafe und Sicherungsverwahrung: BVerfGE 56, 37 (49 f.); 109, 133 (151); 117, 71 (89); 131, 268 (288); gerade keine Solidarpflicht nach BVerfGE 153, 182 (296 Rn. 301).

der Tat besondere verfassungsrechtliche Hürden, etwa für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wenn Überwachungsmaßnahmen mit hoher Streubreite unbeteiligte Dritter belasten.¹⁷⁵ Es unterscheidet zum Luftsicherheitsgesetz zwischen unbeteiligten Entführungsoptionen (denen der Staat das solidarische Opfer der Rettungstötung nicht auferlegen dürfe) und den Entführern (gegen die der Staat vorgehen könne).¹⁷⁶ In ähnlicher Weise befand das Gericht zur geschäftsmäßigen Sterbehilfe, das Recht einer Sterbewilligen auf Suizid könne nicht mit dem fremdnützigen Schutz für suizidgefährdeter Personen beschränkt werden (*meine Terminologie*), nämlich dem Schutz vor der Gefahr von Nachahmungseffekten oder Sogwirkung.¹⁷⁷

Ein vergleichender Blick auf finanzielle Solidargemeinschaften mag den Gegensatz von Verantwortung und Solidarität verdeutlichen. Solidarität in der Sozialversicherung, im Sozialstaat oder in der Privatversicherung fußt auf finanziellen Lasten, geht aber gerade auch mit Freiheit und nicht mit einer individuellen Verantwortung für spezifische Risiken oder Schadensfälle einher. Diese Solidargemeinschaften sichern nämlich Risiken ab, ohne dass im Einstandsfall Ursachen oder gar die Schuldfrage zu klären wären.¹⁷⁸ Aktuelle Gegentrends illustrieren, wie eine stärkere Betonung der Verantwortung Freiheitseinbußen, etwa bei der Lebensführung und durch Überwachung, nach sich zieht. Im Sozialrecht werden unter dem Eindruck knapper Kassen Leistungen – sehr punktuell – nach Maßgabe der Eigenverantwortung begrenzt,¹⁷⁹ etwa bei Krankheitskosten aufgrund

¹⁷⁵ Zuletzt etwa BVerfGE 154, 152 (257 Rn. 187).

¹⁷⁶ BVerfGE 115, 118 (122 ff.). Der Zweite Senat lässt die Frage offen, ob dem Grundgesetz zur Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind, eine solidarische Einstandspflicht entnommen werden kann (159).

¹⁷⁷ BVerfGE 153, 182 (296 Rn. 301). Im Ergebnis anders zur Impfpflicht BVerfG, NJW 2022, 1999 (2017); BVerfG, 21.7.2022, 1 BvR 469/20, Rn. 65 ff., bverfg.de.

¹⁷⁸ Zur Versicherung s. *Ewald* Vorsorgestaats (Fn. 10), 452 ff.; *Wolfgang Rübner* Einführung in das Sozialrecht, 1977, 39 ff.; zu Grundsatz und Ausnahmen *Michael Faude* Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht, 1983, 104 ff. Zu Sozialleistungen wie der Sozialhilfe s. *Muckel/Ogorek/Rixen* Sozialrecht (Fn. 66), § 14 Rn. 40.

¹⁷⁹ *Faude* Selbstverantwortung (Fn. 178); *Winfried Boecken* Formen der Individualverantwortung in der Sozialversicherung, in: Bertram Schulin (Hrsg.) Individualverantwortung im Sozialversicherungsschutz, 1997, 7 ff.; *Stefan Huster* Solidarität und Eigenverantwortung, ZEFQ 2012, 195; *Stephan Rixen* Eigenverantwortung im Gesundheitssozialrecht, in: A. Katarina Weilert (Hrsg.) Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, 331. Zur Beschränkung bei Vorsatz und Straftaten s. etwa § 52 Abs. 1 SGB V, §§ 103–105 SGB VI, § 101 Abs. 1 SGB VII, § 33a SGB XI (missbräuchliche Inanspruchnahme); hierzu *Katja Mihm* Die Verschuldensrelevanz im Sozialleistungsrecht, NZS 1995, 7; *Dirk Heinz* Sozialrecht und die Grenzen solidarischer Verantwortlichkeit, Sozialrecht + Praxis 2014, 656.

einer Schönheitsoperation¹⁸⁰ (aber nicht bei Risikosportarten oder ungesunder Ernährung)¹⁸¹. Stärker ist der Trend in der Privatversicherung, wo mittels digitaler Überwachung und intelligenter Datenauswertung ein Risiko immer genauer beziffert und die Prämienstruktur immer differenzierter ausgestaltet werden kann,¹⁸² etwa indem Kfz-Versicherungen das Fahrverhalten von Versicherungsnehmern über Smartphone kontrollieren.¹⁸³ Dieser Gegentrend lässt durch den Kontrast aber die Grundidee – finanzielle Soli-

¹⁸⁰ § 52 Abs. 2 SGB V schreibt seit 2008 eine angemessene Kostenbeteiligung auch bei Krankheiten aufgrund einer Tätowierung oder eines Piercings vor; zur Verfassungsmäßigkeit der Norm BSG, NJW 2020, 708; hierzu *Albrecht Wienke* Eigenverantwortung der Patienten/Kunden, in: ders. u.a. (Hrsg.) *Die Verbesserung des Menschen*, 2009, 169; *Alice Süß* Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, 309 ff.; *Heinrich Lang* in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.) SGB V, 8. Aufl. 2022, § 52 Rn. 8 ff.; vgl. ferner die Berücksichtigung von Vorsorgeuntersuchungen für die Belastungsgrenze von Zuzahlungen; hierzu insgesamt *Wolfram Höfling* Gesundheitliche Eigenverantwortung – Anmerkungen zu einer schwierigen Kategorie, in: Volker Schumpelick/Bernhard Vogel/Konrad Adenauer-Stiftung e.V. (Hrsg.) *Volkskrankheiten – Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlfühlgesellschaft*, 2009, 514; *Stefan Huster* Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, Gesundheits- und Sozialpolitik 2012, 23.

¹⁸¹ Zu Risikosportarten, Rauchen und Alkoholgenuß etwa *Sven Wolf* Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, 175 ff. Die Eigenverantwortung bei der Grundsicherung verlangt, dass Arbeitssuchende an Wiedereingliederungsmaßnahmen mitwirken, §§ 31, 31a SGB II. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Mitwirkungspflicht als vereinbar mit dem Recht auf das Existenzminimum eingeordnet, aber die Modalitäten einer starren oder über eine 30%-Kürzung hinausgehenden Sanktionierung als Verfassungsverstoß angesehen, BVerfGE 152, 68 (120 ff. Rn. 136 ff.); hierzu kritisch einerseits *Martin Nettesheim* Anmerkung, JZ 2020, 153, und andererseits *Stephan Rixen* Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen?, SGB 2020, 1.

¹⁸² S. bereits *Elmar Helten* Wertewandel und fortschreitende Individualisierung der Prämien, in: Robert Schwebler (Hrsg.) *Dieter Farny und die Versicherungswissenschaft*, 1994, 195; *Dirk Looschelders* Fragmentierung der Kollektive in der Privatversicherung, ZVersWiss 104 (2015), 481 (485); konkret *Philipp Hacker* Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148.

¹⁸³ Vergleichbare Telematiktarife bieten auch Risikolebens- oder Hausratsversicherungen an. Zu diesen Telematiktarifen *Peter Albrecht* Bedroht Big Data Grundprinzipien der Versicherung?, ZfV 2017, 157; *Lena Rudkowski* Vertragsrechtliche Anforderungen an die Gestaltung von „Self-Tracking“-Tarifen in der Privatversicherung, ZVersWiss 106 (2017), 453 (455 ff.); *Petra Pohlmann* Telematikversicherungen, in: Martin Schmidt-Kessel/Anna Grimm (Hrsg.) *Telematiktarife & Co.*, 2018, 73; *Christoph Brömmelmeyer* Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung?, in: Schmidt-Kessel/Grimm (ebd.), 118 (120 ff.);

Oliver Brand Zulässigkeit und Ausgestaltung von Telematiktarifen, VersR 2019, 725. Ob Telematiktarife auch in der privaten Krankenversicherung zulässig wären, ist umstritten; verneinend *Bundesregierung* BT-Drs. 18/10259 v. 9.11.2016, 5; *Rudkowski* ebd. 458 ff.; *Pohlmann* ebd. 97 ff.; bejahend *Brömmelmeyer* ebd. 118 ff., *Brand* ebd. 729. Zur Einordnung als mögliche „Entsolidarisierung“ s. *Erdmann/Schwarzbach* Telematiktarife (Fn. 25).

darität statt Verantwortung – noch deutlicher erkennen. Auch bei solidarischen Freiheitslasten sind Ausnahmen von der Grundidee – Verantwortung statt Solidarität – denkbar, doch nur nach Maßgabe einer besonders strikten Rechtfertigung. Die Nachrang-These schließt daher etwa eine fremdnützige Impfpflicht nicht aus, verdeutlicht aber die Notwendigkeit ihrer besonderen Rechtfertigung.

4. *Drittbelastungs-These: Alternative Drittbelastung in der Verhältnismäßigkeit*

Mit der Drittbelastungs-These rückt die Verteilung solidarischer Freiheitslasten in den Blick. Diese Freiheitslasten können unterschiedliche Bevölkerungsgruppen in unterschiedlichem Ausmaß treffen, wie die Kontaktverbote zur Pandemiebekämpfung oder mögliche Verbote energieintensiver Tätigkeiten in der Energiekrise illustrieren. Die Drittbelastungs-These besagt nun, dass bei der Prüfung eines Freiheitseingriffs die interpersonelle Verteilung von Freiheitslasten ausnahmsweise in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, wenn der Gesetzgeber mit Blick auf ein gesellschaftliches Ziel umfänglich solidarische Freiheitslasten verteilt.

Bislang ist es nicht immer möglich, die Verteilung von Freiheitslasten zu überprüfen. Denn die Verhältnismäßigkeit beim Freiheitsrecht nimmt keine alternativen Belastungsadressaten in den Blick. Wenn verschiedene Maßnahmen der Kontaktreduzierung oder des Energiesparens unterschiedliche Personengruppen in ihren Freiheitsrechten treffen, dann können sich die Betroffenen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht darauf berufen, dass eine Belastung anderer Bevölkerungsgruppen das jeweilige Ziel in gleicher Weise oder sogar besser fördert als die eigene Belastung. Zwar fragt der Prüfungsschritt der Erforderlichkeit nach weniger belastenden Alternativmaßnahmen, doch dürfen diese Alternativen nach klassischem und vom Bundesverfassungsgericht bekräftigten Verständnis eben nicht zu Lasten von Dritten gehen.¹⁸⁴ Aber auch eine gleichheitsrechtliche Betrachtung hilft nur begrenzt. Das Gleichheitsrecht erfasst nur „wesent-

¹⁸⁴ Bernhard Schlink Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, 210 f.; Lothar Hirschberg Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 66 ff.; Bernhard Schlink Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 445 (457); Lothar Michael Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 148 (149); Renata Camilo de Oliveira Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, 131 f.; BVerfG, NJW 2022, 139 (155); BVerfG, NJW 2022, 167 (178).

lich“ gleiche Sachverhalte,¹⁸⁵ ermöglicht also etwa eine vergleichende Betrachtung von Regelungen zu Bars und Diskotheken,¹⁸⁶ Schuhgeschäften und Blumenläden,¹⁸⁷ nach der Rechtsprechung aber nicht von Friseuren und Fitnessstudios,¹⁸⁸ Kunstveranstaltungen und Gottesdiensten,¹⁸⁹ von Schulen und Arbeitsstätten.¹⁹⁰ Die zentrale Frage beispielsweise, ob Kinder in Pandemie oder Energiekrise Schulschließungen erdulden müssen, während das Berufsleben der Erwachsenen keinen vergleichbaren Restriktionen unterliegt, kann daher nach klassischer Lesart weder mit dem Freiheitsrecht noch mit der Gleichheit erörtert werden.

Dies ließe sich ändern, indem man bei der Prüfung eines Freiheitsverstoßes in der Angemessenheit eben doch einen Seitenblick auf alternative Belastungsadressaten gestattet.¹⁹¹ Es ist zu vermuten, dass diese Alterna-

¹⁸⁵ Kritisch zum Wesentlichkeitserfordernis schon auf Tatbestandsebene *Simon Kempny/Philipp Reimer* Die Gleichheitssätze, 2012, 40 ff., da das wertende Element auf die Rechtfertigungsebene gehöre (44); ebenso *Kischel* in: Epping/Hillgruber (Fn. 83), Art. 3 Rn. 17 f.

¹⁸⁶ OVG Münster, 22.12.2021, 13 B 1907/21.NE, Rn. 110 ff., juris.

¹⁸⁷ OVG Münster, 28.12.2021, 13 B 1928/21.NE, Rn. 104 ff., juris.

¹⁸⁸ VGH Mannheim, 2.6.2022, 1 S 926/20, Rn. 281, juris.

¹⁸⁹ BVerfG, 20.5.2021, 1 BvR 928/21, Rn. 35, bverf.g.de.

¹⁹⁰ BVerfG, NJW 2022, 167 (168).

¹⁹¹ Ein solcher Seitenblick ist für die Grundrechtsprüfung kein Fremdkörper, sondern findet sich auch an anderer Stelle. *Erstens* ist es nach der *Elfes*-Konstruktion im Anschluss an BVerfGE 6, 32 (36 ff.) möglich, dass im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde auch ein Grundrechtsverstoß zulasten Dritter geprüft wird; zustimmend etwa *Dreier* in: ders. (Fn. 90), Art. 2 Abs. 1 GG; *Ekkehart Hofmann* Abwägung im Recht, 2007, 411 ff.; zur verfassungsprozessualen Seite *Oliver Klein* Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, 83; a.A. *Hanno Kube* Der subjektive Abwehrgehalt der Grundrechte, DVBl 2005, 721 (723 ff.).

Zweitens sind nach polizeirechtlichen bzw. älteren Vorstellungen zur Verhältnismäßigkeit neben den Interessen von Betroffenen und Staat eben auch Drittinteressen in Gestalt einer Belastung der Allgemeinheit in die Erwägungen miteinzustellen; s. etwa Art. 4 Abs. 1 PAG Bayern; § 2 Abs. 1 PolG NRW; § 2 POG RLP („Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen [hat die Polizei] diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit [...] am wenigsten beeinträchtigt.“); allgemein zur Verhältnismäßigkeit *Hirschberg* (Fn. 185), 66 ff.; *Michael C. Jakobs* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, 67 ff.; in älteren Werken zur Verhältnismäßigkeit – etwa bei *Peter Lerche* Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, oder bei *Eberhard Grabitz* Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, 84 ff. – werden die Fragen der Drittbelastung und ihr Ausschluss gerade nicht thematisiert.

Drittens stellt sich für das Gleichheitsrecht die (ebenfalls den Seitenblick betreffende) prozessuale Frage, ob Betroffene einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss gerichtlich rügen und so die Prüfung einer Ungleichbehandlung und ihrer Rechtfertigung mit gegebenenfalls nachteiligen Folgen für Dritte (Beschränkung der Begünstigung, Verlust einer Sonderbegünstigung) erwirken können. Die Rechtsprechung war und ist hier teilweise

tiverwägung in der Praxis ohnehin unausgesprochen mitschwingt. In den Bundesnotbremse-Beschlüssen stellte der Erste Senat sogar knappe Hilfs-erwägungen zu alternativen Belastungsadressaten bei der Erforderlichkeit an.¹⁹² Auch der Klimabeschluss verortet die vergleichende Betrachtung der Freiheitschancen über die Generationen ja in der Verhältnismäßigkeit.¹⁹³ Der hier vorgeschlagene vergleichende Blick will kein Sankt-Florians-Prinzip etablieren und auch nicht zu einer diffusen Gesamtbetrachtung einladen, die jede Teilbelastung erlaubt. Stattdessen soll es darum gehen, in der eigentlich zweiseitigen Prüfung des Freiheitseingriffs das Charakteristikum der solidarischen Lastenverteilung zu berücksichtigen.¹⁹⁴ Im Rahmen dieses vergleichenden Blicks wäre es möglich, die Angemessenheit solidarischer Freiheitslasten mit Blick auf alternative Belastungsadressaten zu verneinen – etwa, weil diese Dritten eine besondere Verantwortung tragen oder weil eine Regelung in einseitiger Weise Schwächere belastet.

zurückhaltend mit der Zuerkennung eines Rechtsschutzinteresses, weil Gerichte zur Wahrung der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit Gleichheitsverstöße in der Regel nicht beseitigen, sondern lediglich feststellen. Diese Beschränkung des Rechtsschutzinteresses erscheint schon generell kritikwürdig, weil ein grundsätzliches Interesse an der Prüfung von Gleichheitsverstößen bestehen sollte; jedenfalls hat aber das Bundesverfassungsgericht ein Rechtsschutzinteresse bejaht, sofern nicht ausgeschlossen ist, dass der Gesetzgeber eine für den Benachteiligten günstige Regelung verabschiedet, BVerfG, NVwZ 2010, 1429 (1430), hierzu ausführlich *Marc Desens* Neid als Grundrechtsausübungsmotiv, AöR 133 (2008), 404; *ders.*, Steuerprivilegien für Abgeordnete verfassungsrechtlich nicht angreifbar?, DStR 2009, 727.

¹⁹² BVerfG, NJW 2022, 139 (155); BVerfG, NJW 2022, 167 (178). Die Drittbelastung in Gestalt möglicher Adressaten einer Pflicht zur Erdölbevorratung wird im Rahmen der Erforderlichkeit ferner – und ohne grundsätzliche Ablehnung – etwa in BVerfGE 30, 292 (320 ff.) geprüft.

¹⁹³ BVerfGE 157, 30 (31 LeitS. 4, 134 ff. Rn. 192 ff.).

¹⁹⁴ Dieser Vorschlag bezweckt gerade keine Verbindung von Gleichheits- und Freiheitsprüfung, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelegentlich praktiziert wird (BVerfGE 116, 243 [259 ff.]; 121, 317 [358]; hierzu bereits *Winfried Rohloff* Zusammenwirken von allgemeinem Gleichheitssatz und Freiheitsgewährleistungen, 1992; gegen eine Vermischung etwa *Kischel* in: Epping/Hillgruber [Fn. 83], Art. 3 Rn. 50 f.). Stattdessen geht es um eine – begrenzte – Erweiterung der Angemessenheitsprüfung für diejenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber solidarische Freiheitslasten auf verschiedene Bevölkerungsgruppen verteilt. Relevant wird diese Erweiterung vorrangig dann, wenn das Gleichheitsrecht eben nicht einschlägig ist. Eine Ausweitung des Gleichheitsrechts auf alle, nicht nur „wesentlich“ gleiche Sachverhalte (s. Fn. 185), wäre ebenfalls vorstellbar; doch spricht für den hier vorgeschlagenen Ansatz, dass er der besonderen Rechtfertigungslast für Freiheitseingriffe Rechnung trägt, während eine allzu umfängliche Ausdehnung des Gleichheitssatzes auf bislang nicht erfasste Vergleichspaare unpraktikabel erscheint (ähnlich im Ergebnis *Rainer Dechsling* Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, 66 f.).

VI. Fazit

Der Solidarität wurde noch vor einiger Zeit ein juristisches „Mauerblümchendasein“ bescheinigt.¹⁹⁵ Dies mag daran liegen, dass die Rechtsfragen von Solidargemeinschaften in Deutschland traditionell mit anderen juristischen Begriffen und Normen verhandelt werden. Möglicherweise blicken wir aber auch auf besonders glückliche Jahrzehnte zurück, in denen sich zentrale gesellschaftliche Herausforderungen vergleichsweise unkontrovers mit finanziellen Mitteln lösen ließen und solidarische Freiheitslasten kaum notwendig oder spürbar waren. Die Pandemie hat dies schlagartig geändert. Auch die Klimakrise wird sich nur mit erheblichen Freiheitslasten bewältigen lassen. Es ist daher angezeigt, auch verstärkt über eine Dogmatik solidarischer Freiheitslasten nachzudenken.

¹⁹⁵ Uwe Volkmann Solidarität (Fn. 15), 1.

Leitsätze der Referentin über:

Zugehörigkeit und Partizipation

1. Solidargemeinschaften

I. Einleitung

II. Grundlagen

1. Begriff: Solidarität und Solidargemeinschaften

(1) Solidarität bezeichnet das wechselseitige Füreinander-Einstehen in einer Gemeinschaft, der Solidargemeinschaft. Die Begriffsgeschichte nimmt bei der römischen „obligatio in solidum“, der zivilrechtlichen Gesamtschuld, ihren Ausgang.

(2) Im 19. Jahrhundert entwickelten sich in Frankreich drei weitere außerjuristische Solidaritätsbegriffe, die zurückhaltend auch in Deutschland rezipiert wurden: Solidarität bezeichnet erstens Kampf, zweitens soziale Absicherung gegen Lebensrisiken und drittens Gemeinschaftsgebundenheit, das heißt die für den Zusammenhalt einer Gemeinschaft notwendigen gemeinschaftsbezogenen Einstellungen ihrer Mitglieder.

(3) Im deutschen juristischen Sprachgebrauch verwendet man den Solidarbegriff zum einen für Einstandsgemeinschaften, die der sozialen Sicherung und gegebenenfalls auch dem sozialen Ausgleich dienen. Konkret umfasst dies die Sozial-, aber auch die Privatversicherung sowie die Gemeinschaft der Steuerzahler oder der Sonderabgabenpflichtigen.

(4) Zum anderen verwendet man den Solidarbegriff auch für die Gemeinschaftsgebundenheit der Staaten gemäß dem Bundesstaatsprinzip bzw. dem EU-Primärrecht sowie für die Gemeinschaftsgebundenheit von Individuen. Dem Grundgesetz ist der Begriff der Solidar- oder Grundpflicht fremd.

2. Drei Charakteristika von Solidarität

(5) Solidarität zeichnet sich durch drei zugleich attraktive wie problematische Charakteristika aus: erstens durch Partikularität aufgrund der

Gemeinschaftsbildung zwischen Individuum und Menschheit, zweitens durch normative Unschärfe zur Grundlage und dem Gehalt von Solidarität und drittens durch Lastenverteilung. Etablierte Solidargemeinschaften verteilen insbesondere Finanzlasten; der Vortrag nimmt ferner (verhaltensbezogene) Freiheitslasten in den Blick. Die Verteilung von Freiheitslasten darf das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Freiheit und Freiheitseingriff nicht umkehren. Partikularität betrifft die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft, während normative Unschärfe und Lastenverteilung die Partizipation an Solidarlasten thematisieren.

III. Partikularität

1. Zugehörigkeit im engeren Sinn und Gleichheit

(6) Die Zugehörigkeitskriterien zu Zwangssolidargemeinschaften unterhalb der staatlichen Ebene (Sonderabgabenpflichtige, Sozialversicherung) müssen der Gleichheit genügen, wobei der Gesetzgeber an eine gruppenspezifische Verantwortung oder Bedürftigkeit anknüpfen kann.

(7) Die staatliche Solidargemeinschaft ist in Deutschland überwiegend territorial organisiert. Wo Sozialleistungen nach Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltstitel differenzieren, muss dies ebenfalls dem unionalen Diskriminierungsverbot bzw. dem zunehmend streng verstandenen verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot genügen.

2. Zugehörigkeit im globalen und zeitlichen Sinn

(8) Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts bietet zwei Lösungsansätze zur Ausrichtung des Staates auf räumlich und zeitlich übergreifende (statt partikularer) Interessen. Zum einen verpflichtet Art. 20a GG Deutschland zur internationalen Kooperation zugunsten des globalen Klimaschutzes und gibt damit ein grenzüberschreitendes solidarisches Einstehen Deutschlands in der Staatengemeinschaft vor. Zum anderen gebieten die Freiheitsrechte eine intergenerationelle Lastenverteilung, wobei diese verfassungsprozessual nur von lebenden Beschwerdeführern für den eigenen Lebenszeitraum geltend gemacht werden kann.

(9) Auch jenseits von Art. 20a GG ist, gestützt auf die Grundrechte, eine verfassungsrechtliche Pflicht zur internationalen Kooperation vorstellbar und ein Gebot der intergenerationellen Lastenverteilung nicht gänzlich ausgeschlossen.

IV. Normative Unschärfe

1. Solidarpflichten für Staaten

(10) Bei föderalen oder supranationalen Solidaritätspflichten nach dem Bundesstaatsprinzip oder dem Unionsrecht folgen Offenheit und Flexibilität aus der Notwendigkeit, die relativ statischen verfassungs- oder vertragsrechtlichen Grundlagen zu konkretisieren. Der EuGH hat Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten in der Asyl- und der Energiepolitik nachvollziehbar weit interpretiert.

2. Solidarpflichten für Individuen

(11) Individualpflichten können unter dem Grundgesetz nur nach Maßgabe des Gesetzesvorbehalts aufgelegt werden. Tendenzen zur Ausweitung des Hausrechts oder zur weichen und unbestimmten Verhaltenssteuerung, wie sie im Umgang mit der Pandemie zu beobachten sind, ist entgegenzutreten.

V. Lastenverteilung

(12) Angesichts umfassender Freiheitsbeschränkungen, wie sie zur Bekämpfung der Pandemie ergingen, aber auch in Reaktion auf Klimakrise, Verbrechensbekämpfung oder Krieg möglich erscheinen, stellt sich die Frage nach der Verteilung solidarischer Freiheitslasten mit besonderer Aktualität.

1. Befund: Bundesnotbremse I und II

(13) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesnotbremse verfolgen methodisch eine Rationalitäts-, statt Wertungskontrolle, wie sie vor allem zur Überprüfung des Steuer- und Sozialrechts entwickelt wurde. Im konkreten Fall verbleibt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidungsspielräume in Erkenntnis- und Wertungsfragen nur die Funktion einer Vertretbarkeitskontrolle.

2. Solidarische Freiheitslasten: Kollektivnutzen und Fremdnutzen

(14) Eine solidarische Freiheitslast ist dadurch definiert, dass die Freiheitsbeschränkung nicht mit einem spezifischen Vorteil für die Belasteten verbunden ist und auch nicht auf einer spezifischen Verantwortung der

Belasteten beruht. Sie kommt nicht den Belasteten (Eigennutzen), sondern der Gemeinschaft (Kollektivnutzen) oder ausschließlich anderen Personen als den Belasteten (Fremdnutzen) zugute. Der intendierte oder tatsächliche Solidarcharakter von Freiheitslasten ist für die Verhältnismäßigkeit von Bedeutung.

Nachrang-These: Hohe Rechtfertigungshürden für fremdnützige Freiheitslasten

(15) Solidarische Freiheitslasten sind umso strenger zu rechtfertigen, je stärker sie einen überwiegend oder allein fremdnützigen Charakter aufweisen. Eine fremdnützige Freiheitslast ist gegenüber Finanzlasten oder verantwortungsbezogenen Freiheitslasten nachrangig in Erwägung zu ziehen.

(16) Der Vorrang solidarischer Finanz- vor Freiheitslasten ist im Grundgesetz angelegt, das Steuern und Sozialversicherung voraussetzt, aber nur punktuell fremdnützige Freiheitslasten vorsieht. Außerdem entsprechen Finanzlasten dem Gedanken der Belastungsgleichheit und Verhältnismäßigkeit.

(17) Der Vorrang verantwortungsbezogener vor solidarischen Freiheitslasten verwirklicht ebenfalls den Gedanken der Verhältnismäßigkeit. Der Vorrang kommt im Polizei- und Strafprozessrecht, im Strafrecht und im Verfassungsrecht zum Ausdruck.

(18) In finanziellen Solidargemeinschaften gilt grundsätzlich Solidarität vor Verantwortung, in freiheitsbeschränkenden Solidargemeinschaften ist es umgekehrt.

3. Drittbelastungs-These: Alternative Drittbelastung in der Verhältnismäßigkeit

(19) Die Drittbelastungs-These besagt, dass bei der Prüfung eines solidarischen Freiheitseingriffs die interpersonelle Verteilung von Freiheitslasten ausnahmsweise in der Angemessenheit der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist, wenn der Gesetzgeber zugunsten eines gesellschaftlichen Ziels umfänglich Freiheitslasten verteilt.

(20) Im Rahmen dieses vergleichenden Blicks auf alternative Belastungsadressaten wäre es möglich, die Angemessenheit solidarischer Freiheitslasten zu verneinen, etwa weil Dritte eine besondere Verantwortung tragen oder weil eine Regelung in einseitiger Weise Schwächere belastet.

