

KritV|CritQ|RCrit

Kritische Vierteljahresschrift
für Gesetzgebung und
Rechtswissenschaft

Critical Quarterly for
Legislation and Law

Revue critique trimestrielle
de jurisprudence et de
législation

Herausgeber

Peter-Alexis Albrecht

Stefan Braum

Roland Broemel

Thomas Duve

Klaus Günther

Marc Jaeger

Vincent Lamanda

Guido Pfeifer

Dean Spielmann

John Thomas

Tobias Tröger

Miloš Vec

Andreas Voßkuhle

Astrid Wallrabenstein

Manfred Weiss

Gastherausgeber

Rainer Hofmann

Alexander Heger

Aus dem Inhalt:

Hans Peter Bull

Dilemmata der Grundrechtsdogmatik

Ulrich K. Preuss

Krieg in Europa: Das Ringen um globale Macht

Peter-Alexis Albrecht

„Zum ewigen Frieden“ nach Immanuel Kant oder gemäß aktueller Vernunft: Zum Ausgleich der Interessen globaler Macht

Florian J. Kavermann

Transformationsprozesse im Recht am Beispiel der Regulierung von KI-Videoüberwachung

Stephan Wagner

Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots: Ein rechtstheoretisches Argument vor diskurstheoretischem Hintergrund

4 2024

Jahrgang 107

Seiten 297 bis 415

ISSN 2193-7869



Nomos

Inhalt

AutorInnen

Hans Peter Bull

Dilemmata der Grundrechtsdogmatik

Von der Wertordnung zur Wokeness: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 299

Ulrich K. Preuss

Krieg in Europa: Das Ringen um globale Macht

– Geopolitik – Gewalt – Konsequenzen – 341

Peter-Alexis Albrecht

„Zum ewigen Frieden“ nach Immanuel Kant oder gemäß aktueller

Vernunft: Zum Ausgleich der Interessen globaler Macht 346

Florian J. Kavermann

Transformationsprozesse im Recht am Beispiel der Regulierung von KI-

Videoüberwachung

Zugleich eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h (EU) KI-VO 351

Stephan Wagner

Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots: Ein rechtstheoretisches

Argument vor diskurstheoretischem Hintergrund 377

AutorInnen

Hans Peter Bull, Universitätsprofessor (Emeritus), Universität Hamburg, HP-Bull@t-online.de

Peter-Alexis Albrecht, Goethe Universität Frankfurt a.M., Fachbereich Rechtswissenschaft, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, peteralexis-albrecht@yahoo.de

Ulrich K. Preuss, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich K. Preuss, Friedbergstr. 47, 14057 Berlin, preuss@hertie-school.org

Stephan Wagner, Stiftung Umweltenergierecht in Würzburg, wagner@stiftung-umweltenergierecht

Florian J. Kavermann, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Fachbereich Rechtswissenschaft, florian@kavermann.net

Dilemmata der Grundrechtsdogmatik

Von der Wertordnung zur Wokeness: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Zusammenfassung

Das Bundesverfassungsgericht steht beim Umgang mit den Grundrechten der Verfassung immer wieder vor einem Dilemma. Die Grenzen bzw. Schranken wichtiger Grundrechte sind unbestimmt oder gar nicht geregelt und müssen daher aus dem Gesamtbestand der Verfassungsnormen erschlossen werden. Dabei stehen den Freiheitsrechten der einen Seite oft Interessen Betroffener entgegen, die ihrerseits ebenfalls durch Grundrechte geschützt sind. Die Entwicklung ist stark von Einzelentscheidungen des Verfassungsgerichts geprägt, die allein mit tradierten dogmatischen Überlegungen nicht vorhersehbar waren und teilweise auch vom jeweiligen Zeitgeist beeinflusst sind. So lässt sich über die Jahrzehnte hin eine nicht immer überzeugende Expansion der Freiheitsrechte und des Rechtsschutzes feststellen. Inzwischen überholt ist die Lehre von der „Wertordnung des Grundgesetzes“; die Abwägung zwischen konkurrierenden Interessen und Prinzipien ist aber nach wie vor unvermeidlich. In der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, die u.a. der neuen Rechtsprechung zum Klima- und Umweltschutz zugrunde liegt, wird einmal mehr deutlich, wie komplex die Rechtslage ist und dass ein einseitig „liberales“ Grundrechtsverständnis keine zukunftsträchtigen Lösungen erhoffen lässt.

Abstract

The Federal Constitutional Court is repeatedly faced with a dilemma when dealing with the fundamental rights of the constitution. The limits or boundaries of important fundamental rights are undefined or not regulated at all and must therefore be derived from the overall body of constitutional norms. In the process, the rights to freedom on the one hand are often opposed by the interests of those affected, which in turn are also protected by fundamental rights. The development is strongly influenced by individual decisions of the Constitutional Court, which could not have been predicted solely on the basis of traditional dogmatic considerations and are also partly influenced by the spirit of the times. Thus, over the decades, a not always convincing expansion of civil liberties and legal protection can be observed. The doctrine of the “value system of the Basic Law” is now outdated; however, the balancing of competing interests and principles is still unavoidable. The doctrine of the duty to protect under fundamental rights, which underlies the new case law on climate and environmental protection, among other things, once again makes it clear how complex the legal situation is and that a one-sided “liberal” understanding of fundamental rights does not offer any hope of promising solutions for the future.

Résumé

La Cour constitutionnelle fédérale est régulièrement confrontée à un dilemme lorsqu'elle traite des droits fondamentaux de la Constitution. Les limites ou les frontières de droits fondamentaux importants ne sont pas définies ou pas du tout réglementées et doivent donc être déduites de l'ensemble des normes constitutionnelles. Ce faisant, les droits à la liberté s'opposent souvent aux intérêts des personnes concernées, qui sont eux aussi protégés par les droits fondamentaux. L'évolution est fortement influencée par les décisions individuelles de la Cour constitutionnelle, qui n'auraient pas pu être prévues uniquement sur la base de considérations dogmatiques traditionnelles et qui sont également partiellement influencées par l'esprit du temps. Ainsi, au fil des décennies, on peut observer une expansion pas toujours convaincante des libertés civiles et de la protection juridique. La doctrine du « système de valeurs de la Loi fondamentale » est aujourd'hui dépassée; cependant, la mise en balance d'intérêts et de principes concurrents est toujours inévitable. La doctrine de l'obligation de protection des droits fondamentaux, qui inspire notamment la nouvelle jurisprudence en matière de protection du climat et de l'environnement, montre une fois de plus à quel point la situation juridique est complexe et qu'une conception « libérale » unilatérale des droits fondamentaux ne permet pas d'espérer des solutions prometteuses pour l'avenir.

I. Einleitung

Seit je wollen Menschen „Freiheit“ und kämpfen dafür, von ungerechter Herrschaft und von Bedrückungen und Belastungen aller Art frei zu sein – im äußersten Fall wollen sie „lieber tot als Sklaven“ sein. Die Grundrechte, die im Grundgesetz formuliert und in bis dahin ungekannter Form vor allen anderen Rechtsnormen hervorgehoben sind, erscheinen uns als das rechtliche Instrumentarium, das diese Freiheit realisiert. Aber philosophisch-politische und rechtliche Freiheit sind durchaus unterschiedliche Ideen. Rechte, auch Grund- und Menschenrechte, sind stets begrenzt. Wenn der Staat Gesetze schafft oder Entscheidungen trifft, die den „natürlichen“ Freiheitsanspruch des Einzelnen begrenzen oder einschränken, sind viele enttäuscht; es wird dann heftig darüber debattiert, ob die Einschränkungen berechtigt sind. In letzter Instanz sagt das Bundesverfassungsgericht, wo die Grenze gezogen oder die Schranke aufgestellt werden soll, aber seine Entscheidungen stellen die Verfechter individueller Freiheit in vielen Fällen nicht zufrieden. Zwar war die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung schon in den ersten Jahren seiner Tätigkeit hoch und ist im Laufe der Zeit immer weiter gestiegen, doch zugleich sind die Entscheidungen immer weniger prognostizierbar geworden. Der Text der Verfassung gibt oft keine eindeutige Richtung vor, und die Grenzsetzung ist umso schwieriger geworden, je weiter der Schutzbereich der Grundrechte verstanden wird. Wer heute Studierenden die Auslegung der Grundrechte erklären will, muss sehr weit ausholen und oft extrem weite Formulierungen benutzen.

Die Dilemmata der Grundrechtsdogmatik¹ sollen im Folgenden anhand konkreter Beispiele erörtert werden. Ein dogmatisches System und eine überwölbende Theorie werden dabei nicht vorausgesetzt. Die eindeutige Ableitung von Auslegungssentscheidungen aus hochabstrakten Ideen (oder die entsprechende nachträgliche Erklärung) gelingt ohnehin nur selten und dann in der Regel nur für einen einzelnen Regelungskomplex. Inhaltlich kommt es auf die Argumentationsmethode des zuletzt entscheidenden Gerichts an: Nur das Bundesverfassungsgericht kann die „richtige“ Auslegung und Anwendung der Grundrechtsnormen liefern, und es richtet seine Judikate nicht an einem einheitlichen theoretischen Grundverständnis aus. Seine Überlegenheit² verbietet aber selbstverständlich nicht, sondern macht es gerade besonders nötig, dass sich Praxis und Wissenschaft immer wieder aufs Neue bemühen, durch kritisches Nachdenken über dogmatische Formeln mehr Klarheit und einen höheren Grad von Erwartbarkeit der Rechtsprechung zu fördern. Dazu können auch Elemente rechtsphilosophisch, verfassungsgeschichtlich oder rechtstheoretisch begründeter Grundrechtstheorie beitragen, die hier nicht ausdrücklich dargelegt werden können, aber unvermeidlich „hinter“ den verschiedenen Argumentationsweisen wirksam sind.³

In den folgenden Ausführungen sollen zunächst zwei besonders heikle Problemkreise veranschaulicht (s.u. II.) und sodann die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik unter dem Einfluss des Zeitgeistes skizziert werden (III.). Im nächsten Abschnitt werden Ansätze eines Grundrechtsverständnisses skizziert, die möglicherweise trotz der angesprochenen Dilemmata zu überzeugenderen Ergebnissen führen oder die Pro-

1 Aus der Fülle der Literatur seien nur genannt: Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1986; Christian Bumke, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AÖR 144 (2019), S. 1-80; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529-1538; ders., Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1-31, auch in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt/Main 1991, S. 159-199. Berlin 2011, S. 189 ff.; Erhard Denninger, Staatsrecht, Reinbek 1979, S. 135 ff.; Andreas von Arnault, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999; Fritz Ossenbühl, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I, Heidelberg 2004, § 15, S. 595-630; Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, S. 219 ff.; Matthias Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 13 ff.; Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Band 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. Berlin 2013; Thorsten Kingreen, Woher weißt du das? Eine Selbstbefragung in verfassungspraktischer Absicht, Berlin 2024. Wesentliche „klassische“ Texte (bis 2011) versammelt der Band: Ino Augsberg/Sebastian Unger (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012.

2 Zur Praxis des BVerfG vgl. u.a. Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff.; ders., Entscheiden durch Maßstabsbildung, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 119 ff.

3 Günter Dürig hat über einen „Irrsinnsausstoß“ an grundrechtsdogmatischer und -theoretischer Fachliteratur geklagt (Maunz/Dürig, Erstaufage, Art. 3 Abs. 1 Rn. 18 Fn. 1, zitiert nach Herbert Bethge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 24, 1985, S. 351 (382). Freilich ist diese Fülle nicht auf Übereifer oder Übermut der Autoren zurückzuführen, sondern auf sich immer wieder verändernden Problemdruck und starkes Ordnungsstreben.

gnostizierbarkeit der Entscheidungen erhöhen können (IV.). Die Kritik an Methodik und inhaltlicher Tendenz der verfassungsgerichtlichen Grundrechtsdogmatik ist im Schlussabschnitt (V.) zusammengefasst.

II. Exemplarische Problembereiche

1. Grenzen einer unbegrenzten Freiheit: Der Fall „Mephisto“

Die Freiheit der Kunst ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ohne irgendwelche Schranken gewährleistet. Als aber das BVerfG in der Auseinandersetzung um das zivilgerichtliche Verbot von Klaus Manns Roman „Mephisto“ aufgefordert wurde, das aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 abgeleitete postmortale Persönlichkeitsrecht zur Geltung zu bringen – weil darin der große Schauspieler Gustaf Gründgens als charakterloser Opportunist dargestellt war –, hat es die Kunstfreiheit zurückgesetzt, und die dazu verwendete dogmatische Konstruktion beherrscht seitdem das Verständnis von Kunstfreiheit und kollidierenden Grundrechten.

Das Gericht hat in einem ersten Schritt die „wertende Einengung des Kunstbegriffs“ für verfehlt erklärt⁴ und es sodann auch abgelehnt, die in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Schranken der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit („allgemeine Gesetze“, Jugend- und Ehrenschutz) analog auf die Kunstfreiheit anzuwenden; Art. 5 Abs. 3 sei gegenüber Abs. 1 lex specialis.⁵ Die ebenfalls in die Diskussion gebrachte Überlegung, man müsse die Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG („Rechte anderer“, „verfassungsmäßige Ordnung“ und „Sittengesetz“) als eine allgemeine Grundrechtsschranke auf die Kunstfreiheit übertragen, wird ebenfalls nicht akzeptiert.⁶

Den wesentlichen Baustein der verfassungsgerichtlichen Konstruktion von Grundrechtsgrenzen bildet der geradezu kryptische Satz, „der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts“ komme „die Bedeutung zu, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind“. Ein Blick in das Grundgesetz ergibt, dass die Verfassung eben gerade nichts über die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie sagt – wie ist dann die Verweisung auf eben diese Verfassung zu verstehen? In dem folgenden Satz wird der Gedanke wie folgt erläutert:

„Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt. Vielmehr ist ein im Rahmen der

4 BVerfGE 30, 173, 191 – Mephisto. Der in dem Beschluss eines Vorprüfungsausschusses erkennbaren Tendenz, „mit Hilfe eines engen Kunstbegriffs künstlerische Ausdrucksformen, die in Konflikt mit den Rechten anderer kommen, von vornherein vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit auszuschließen (B. v. 19.3.1984, NJW 1984, 1293, 1294 – „Sprayer von Zürich“), tritt der I. Senat in einer späteren Entscheidung entgegen (BVerfGE 119, 1, 23 – „Esra“). Zu dieser Problematik s. auch unten zu IV. 3.

5 BVerfGE 30, 173, 191.

6 BVerfGE 30, 173, 192.

Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen.“⁷

Entscheidend ist danach offenbar, dass es einen „verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt“ und eine „ausreichende rechtsstaatliche Sicherung“ gibt; wenn sich ein (materieller) Ansatzpunkt in der Verfassung findet und die rechtsstaatlichen Sicherungen ausreichen, kann also auch „die allgemeine Rechtsordnung“ oder „eine unbestimmte Klausel“ eine Einschränkung rechtfertigen, die „eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter“ verhindern soll. Allerdings prüft das BVerfG zusätzlich, ob der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt seinerseits mit der „Wertordnung“ vereinbar ist, die dem Grundgesetz zugrunde liege und die ein einheitliches Wertsystem darstelle.

Im konkreten Fall des Verbreitungsverbots für den „Mephisto“-Roman trägt das BVerfG zu der verlangten Verfassungsauslegung den Gedanken bei, dass die Kunstfreiheit „als Teil des grundrechtlichen Wertsystems“ „insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet“ sei, „die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht“.⁸ „Dennoch“ könne die Kunstfreiheitsgarantie mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht in Konflikt geraten, weil ein Kunstwerk auch auf der sozialen Ebene Wirkungen entfalten kann.⁹ Das BVerfG erörtert, ob die Gerichte „bei der von ihnen vorgenommenen Abwägung zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Gustaf Gründgens und seines Adoptivsohnes und der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 gewährleisteten Kunstfreiheit den dargelegten Grundsätzen Rechnung getragen haben“.¹⁰ In Leitsatz 5 des Beschlusses heißt es zusammenfassend: „Ein Konflikt zwischen der Kunstfreiheitsgarantie und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich ist nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung zu lösen; hierbei ist insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen zu beachten“. Im konkreten Fall konnte am Ende wegen Stimmengleichheit im Senat kein Verstoß gegen das GG festgestellt werden (§ 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG). Der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG hat demnach im Ergebnis gegenüber dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch „versagt“.¹¹

In einer späteren Entscheidung¹² hat das Gericht die Kunstfreiheit demgegenüber durch die Betonung der „Schranken-Schranken“ gestärkt:

„Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen. Um diese im konkreten Fall zu bestimmen, genügt es mithin im gerichtlichen Verfahren nicht, ohne Berücksichtigung der Kunstfreiheit eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts – hier in der Form einer Beleidigung – festzustellen: Es bedarf der Klärung, ob diese Beeinträchtigung derart schwerwiegend ist, dass die Freiheit

7 BVerfGE 30, 173, 193.

8 BVerfGE 30, 173, 193 mit Verweis auf BVerfGE 6, 32, 41 – Elfes.

9 BVerfGE 30, 173, 193.

10 BVerfGE 30, 173, 195 f.

11 BVerfGE 30, 173, 199. Der Richter Dr. Stein hat dazu eine Abweichende Meinung abgegeben (aaO. S. 200 ff.).

12 BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug (Politisches Straßentheater gegen Franz Josef Strauß).

der Kunst zurückzutreten hat; eine geringfügige Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung reichen hierzu angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nicht aus.“¹³

Wiederum Jahre später, in der Entscheidung über den Roman „Esra“ von Maxim Biller¹⁴ wird jedoch betont, es müsse „sichergestellt sein, dass Personen, die durch Künstler in ihren Rechten beeinträchtigt werden, ihre Rechte auch verteidigen können und in diesen Rechten auch unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit einen wirksamen Schutz erfahren“. „In dieser Situation sind die staatlichen Gerichte den Grundrechten beider Seiten gleichermaßen verpflichtet“.¹⁵ Durch die weitere kritische und kontroverse Erörterung der gesamten Situation – insbesondere der Wirkungen künstlerischer Äußerungen auf die verschiedenen Bereiche der Umwelt – macht das Gericht aber klar, dass die Gleichstellung der kollidierenden Rechte allenfalls einen Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung darstellen, aber nicht das Ergebnis vorwegnehmen soll.

2. Meinungsfreiheit über alles?

a) Der Ausgangspunkt

Das BVerfG hat zeitweise den Eindruck erweckt, als gebe es der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit den Vorrang vor fast allen gegenläufigen Interessen und Rechtspositionen und vernachlässige damit den in Art. 5 Abs. 2 GG als Grenze genannten Ehrenschutz. Schon im Lüth-Urteil von 1958 hat das Gericht den „besonderen Wertgehalt“ des Art. 5 Abs. 1 GG aktiviert, „der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben führen muss“.¹⁶ Das Grundrecht der freien Meinungäußerung ist nach dieser immer wieder zitierten Entscheidung.

„als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits le plus précieux de l’homme nach Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo).¹⁷

Das für ein Gericht ungewöhnlich starke Pathos hat bei Politik und Öffentlichkeit großen Eindruck gemacht und erfolgreich für Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit geworben. Zur Lösung konkreter verfassungsrechtlicher Konflikte trägt dieser

13 BVerfGE 67, 213, 228. Das Verfahren wurde an das Amtsgericht zurückverwiesen – mit der Aufforderung, die vom BVerfG dargelegten Grundsätze zum Verhältnis von Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht zu beachten (S. 231).

14 BVerfGE 119, 1.

15 BVerfGE 119, 1, 23.

16 BVerfGE 7, 198, 208.

17 BVerfG ebd. (Fn. 16).

Stil wenig bei, zumal dabei ein Freiheitsbegriff zugrunde gelegt wird, der an die altliberale Vorstellung anknüpft, es sei in erster Linie der Staat, der die Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen und die Entwicklung der Demokratie behindere. Das hat sich im Laufe der Zeit bei den vielen Streitigkeiten zwischen Privaten gezeigt, die vor das Verfassungsgericht gelangt sind, weil die Fachgerichte sie nicht zur allseitigen Zufriedenheit lösen konnten.

b) Der Fall Stolpe

Beispielhaft sei hier die Auseinandersetzung zwischen dem brandenburgischen Ministerpräsidenten Manfred Stolpe mit einem stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden im Abgeordnetenhaus von Berlin nachgezeichnet.¹⁸ Der Berliner Politiker hatte in einer FernsehSendung gesagt:

„Die Tatsache, dass Herr Stolpe, wie wir alle wissen, IM-Sekretär, über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes tätig, dass der die Chance erhält, 1999 hier in Berlin, auch über Berlin Ministerpräsident zu werden, d.h. dass ich sein Landeskind werde [...], das verursacht mir doch erhebliche Kopfschmerzen“.

Stolpe hatte in seiner früheren Eigenschaft als Konsistorialpräsident der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg Kontakte zum Ministerium für Staatssicherheit; dieses hatte ihn unter der Bezeichnung „IM-Sekretär“ als inoffiziellen Mitarbeiter registriert. Der so Angegriffene wies die Behauptung zurück, er sei „IM“ gewesen. Es gebe keine schriftliche Verpflichtungserklärung, und die entsprechende Bezeichnung durch die Stasi beweise den Vorwurf nicht. Seine Klage auf Unterlassung der beleidigenden Äußerung wurde jedoch zunächst vom Landgericht abgewiesen, da diese vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt sei. Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten hingegen zur Unterlassung, der Bundesgerichtshof stellte das Urteil des Landgerichts wieder her, u.a. mit der Begründung, die angegriffene Äußerung sei mehrdeutig gewesen und der rechtlichen Beurteilung sei diejenige Deutung zu Grunde zu legen, „die dem auf Unterlassung in Anspruch Genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt“.¹⁹

Das BVerfG wiederum hat das Urteil des BGH aufgehoben und eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Manfred Stolpe festgestellt.²⁰ Der BGH hätte nämlich seiner Prüfung „die das Persönlichkeitsrecht stärker verletzende Deutungsvariante“ zu Grunde legen müssen; dieser Fehler habe sich auf die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter ausgewirkt.²¹ Die Verfassungsrichter stellen also klar, dass die Beweislast für die Richtigkeit einer persönlichkeitsverletzenden Tatsachenbehauptung derjenige trägt, der sie aufstellt. Der Angegriffene muss nicht beweisen, dass der Angreifer keine Ausrede hat! Kann der Wahrheitsgehalt einer Tatsachenbehauptung nicht endgültig festgestellt werden, so ist der Ausgleich zwischen den Anforderungen der Meinungsfreiheit und den Belangen des Persönlichkeitsschutzes daran zu prüfen,

18 BGHZ 139, 95; BVerfGE 114, 339 (U. v. 25.10.2005). Dort S. 339 ff. auch die folgenden Darlegungen.

19 BVerfGE 114, 339, 342.

20 BVerfGE 114, 339, 346.

21 BVerfGE 114, 339, 352.

„ob der Äußernde die Anforderungen erfüllt hat, die bei der Verbreitung von Tatsachenbehauptungen ungeklärten Wahrheitsgehalts an eine Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) zu stellen sind [...]. Jedenfalls in Fällen, in denen es um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit geht, kann [...] auch eine möglicherweise unwahre Behauptung demjenigen, der sie aufstellt oder verbreitet, so lange nicht untersagt werden, wie er vor der Aufstellung und Verbreitung seiner Behauptung hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt angestellt hat.“²²

Der Äußernde müsse auch deutlich machen,

„wenn von ihm verbreitete Behauptungen durch das Ergebnis seiner Nachforschungen nicht gedeckt sind. Eine nach seinem Kenntnisstand umstrittene oder zweifelhafte Tatsache darf er nicht als feststehend hinstellen“.²³

Mit den Klarstellungen zur Beweislast und zur Sorgfaltspflicht hat das BVerfG seinerzeit Leitlinien zur Verdachtsberichterstattung (und der entsprechenden Kommentierung) geliefert, die dazu beitragen könnten, den üblich gewordenen rohen Sitten politischer Meinungskämpfe entgegenzuwirken. In der Realität der „sozialen“ Medien und auch bei manchen Akteuren auf der politischen Bühne sind diese Leitlinien aber offensichtlich nicht angekommen. Möglicherweise ist für diese Fehlentwicklung auch die ältere Rechtsprechung des BVerfG mitursächlich, die sich in Entscheidungen wie „Soldaten sind Mörder“ manifestiert hatte; auch dort spielte die Mehrdeutigkeit der Äußerung eine zentrale Rolle, und das Gericht hat um der Wahrung der Meinungsfreiheit willen mögliche Deutungen herausgearbeitet, die die persönliche Ehre von Soldaten nicht verletzten.²⁴

c) Neuere Rechtsprechung

Seit April 2024 besteht erneut Anlass, auf die Leitlinien des BVerfG aus dem Jahre 2005 hinzuweisen. Die 1. Kammer des Ersten Senats unter dem Vorsitz des Präsidenten Harbarth hat dem Journalisten Julian Reichelt bescheinigt, dass eine von ihm auf der Plattform X verbreitete „Kurznachricht“ über angebliche Entwicklungshilfeszahlungen der Bundesrepublik „an die Taliban“ und die daran anschließende polemische Kritik an der Bundesregierung²⁵ vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt gewesen seien. Tatsächlich sind die Hilfsgelder an Nichtregierungsorganisationen in Afghanistan und an die Vereinten Nationen geflossen. Die Bundesregierung²⁶ verlangte Unterlassung der Äußerung, in der sie die unwahre Tatsachenbehauptung sah, sie habe mit dem Terrorregime der Taliban zusammengearbeitet. Das Landgericht wies

22 BVerfGE 114, 339, 353 unter Verweis auf „die Rechtsprechung der Zivilgerichte“.

23 BVerfGE 114, 339, 355.

24 BVerfGE 93, 266, 295 ff. mit Abw. Meinung der Richterin Haas. S.a. BVerfGE 82, 43, 52.

25 Wörtlich: „Deutschland zahlte in den letzten zwei Jahren 370 MILLIONEN EURO (!!!) Entwicklungshilfe an die TALIBAN (!!!!!). Wir leben im Irrenhaus, in einem absoluten, kompletten, totalen, historisch einzigartigen Irrenhaus. Was ist das nur für eine Regierung?!“.

26 Genau: Der Antrag wurde gestellt von der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, dieses vertreten durch die Ministerin.

den Antrag zurück, das Kammergericht gab ihm statt, die Kammer des BVerfG nahm die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, „weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt“ sei.²⁷ Dem Staat komme „kein grundrechtlich fundierter Ehrenschutz“ zu. Anders als „in Fällen, in denen sich die Meinungsfreiheit des Äußernden und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des von der Äußerung Betroffenen gegenüberstehen“, habe „der Staat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten“.²⁸ „Die Zulässigkeit von Kritik am System ist Teil des Grundrechtesstaats“.

Diese Sätze bestreitet niemand, und es ist auch unbestritten, dass jeder das Recht hat, „Abstrusitäten zu äußern, Torheiten von sich zu geben und sich ggf. zu blamieren“.²⁹ Aber die für die Regierung handelnden Individuen haben sehr wohl das Recht zur Gegenwehr, wenn sie von solchen Äußerungen betroffen sind,³⁰ und dabei ist es entscheidend, ob die Meinungäußerung auf der Behauptung von wahren oder von unwahren oder unbewiesenen Tatsachen beruht. Wenn die einem Werturteil zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen umstritten oder unbewiesen sind, muss dies in der Äußerung kenntlich gemacht werden – so hat es das BVerfG in der Stolpe-Entscheidung ausgeführt,³¹ und so hätte es auch in der „Kurznachricht“ von Julian Reichelt geschehen müssen. Stattdessen hat die Kammer es genügen lassen, dass die ersichtlich falsche Behauptung der Hilfenzahlung an „die Taliban“ in der Überschrift der Nachricht nicht enthalten war (dort hieß es: „Entwicklungshilfe für Afghanistan“) und im Text mit einem ausführlicheren, sachlich richtigen Artikel im „Spiegel“ „verlinkt“ war. Statt vom Äußernden selbst sorgfältige Recherche und entsprechende Formulierung zu verlangen, rechtfertigt die Kammer die ungenaue Darstellung durch den Hinweis, dass die Rezipienten Genaueres im „Spiegel“ hätten erfahren können. Die Vorstellung, dass ein „Durchschnittsleser“ die Verweisungen auf eine andere Quelle nachvollziehen werde, ehe er sich ein eigenes Urteil bildet, ist aber vollkommen unrealistisch; bei der Flut von Nachrichten, die dauernd auf die gesamte Bevölkerung niederprasselt, sind die meisten Menschen der Oberflächlichkeit ausgeliefert – umso stärker wiegt die Verantwortlichkeit derer, die sich öffentlich äußern.

Die Argumentation der Kammer in Sachen Reichelt bleibt also weit hinter den hohen Erwartungen zurück, die das BVerfG (im Lüth-Urteil und anderswo) an eine demokratische Streitkultur geknüpft hat. Schlampe Berichterstattung oder gar Verleumdung der politisch Handelnden dienen nicht der „geistigen Auseinandersetzung“ und sind keine „Grundlage von Freiheit“. Die politische Freiheit ist im heutigen Deutschland nicht durch Volksvertreter und Verwaltungsbeamte gefährdet, sondern durch Staatsverächter und „Systemkritiker“ im extremistischen Spektrum der politischen Gruppierungen. Die politischen Akteure, die in politischen und medialen Schlammenschlachten pauschal verächtlich gemacht werden, können sich – entgegen der üblichen Annahme, die auch vom BVerfG geteilt wird – nicht oder nur unter großen Mühen wehren (und wenn sie es durch schnelle Gegenäußerungen tun, wird

27 B.v. 11.4.2024, NVwZ 2024, 733 mit Anm. Kyrill-Alexander Schwarz S. 716.

28 Ebd. (Fn. 27) Rn. 28. Dort auch das folgende Zitat.

29 So Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 25.

30 Dass auch ein Kollektiv wie die Bundesregierung Anspruch auf Respekt hat, lässt sich auch aus ihrer öffentlichen Funktion heraus begründen.

31 S. nochmals BVerfGE 114,339, 355 (oben bei Fn. 23).

Amtsträgern bisweilen sogar die Verletzung einer angeblichen Neutralitätspflicht entgegengehalten).³² Kurz: Es wäre leicht gewesen, die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil sie eben nicht erforderlich war, um „die [?] „Grundrechte des Beschwerdeführers“ durchzusetzen. Da die Kammer aber anders entschieden hat, sollte der Beschluss als Aufforderung verstanden werden, die darin zum Ausdruck kommende Grundlinie der verfassungsgerichtlichen Judikatur unter den hier behandelten Aspekten zu hinterfragen.

d) Die Fehldeutung von „Schmähkritik“

Die vom BVerfG zur Begrenzung der Meinungsfreiheit verwendete Formel, dass „Schmähkritik“ nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt sei,³³ ist von manchen Zivilgerichten missdeutet worden. Sie soll das Persönlichkeitsrecht der kritisierten Personen für die Fälle wieder zur Geltung bringen, in denen es dem Äußernden nicht um „die Sache“ – d.h. eine die Öffentlichkeit wesentlich (!) berührende Frage –,³⁴ sondern ausschließlich um die Herabsetzung des Kontrahenten ging. Das ist zwar an sich angemessen, hat sich aber als Einfallstor für fast jede Art von Beleidigung erwiesen. Es ist sehr einfach, einen Bezug zu einer politischen Streitfrage herzustellen (oder eben bloß mit Aussicht auf Erfolg zu behaupten), der dann vermeintlich auch eine Beschimpfung eines Politikers oder Beamten rechtfertige; die Abwehr solcher Angriffe ist schwer. Davon kann z.B. die langjährige Repräsentantin der Grünen-Partei und frühere Bundesministerin Renate Künast ein Lied singen: Sie wurde im Internet mit gröbsten, z.T. sexistisch-vulgären Vokabeln beschimpft, aber ihr Versuch, sich dagegen zu wehren, wurde vom Landgericht Berlin und vom Kammergericht mit der (unbewiesenen) Begründung abgewiesen, sie habe sich zusammen mit anderen Grünen früher einmal für die Straflosigkeit sexueller Handlungen mit Kindern ausgesprochen; daher sei ein Bezug zu einer politischen Sachfrage gegeben.³⁵ Das BVerfG hat klargestellt, dass diese schamlosen Äußerungen zwar eine sensationslüsterne Öffentlichkeit interessieren mochten, aber wegen ihrer Form nicht als grundrechtlich gechtfertigte Meinungsäußerung durchgehen konnten.³⁶ Es erkennt die Notwendigkeit

32 Dazu Bull, Öffentlichkeit und öffentliche Meinung heute, in: ders., Demokratie und Rechtsstaat in der Diskussion, Tübingen 2023, S. 101 (145 ff. mit Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG).

33 BVerfGE 82, 272, 283 f. – „Zwangsdemokrat“ F. J. Strauß (keine „Schmähung“); Gegenbeispiel: 1. Kammer des I. Senats, NJW 1993, 1462 (gehässige Rezension als „Schmähung“).

34 BVerfGE 66, 116, 150 – Günter Wallraf gegen „Bild“; 82, 43, 51 – „Strauß deckt Faschisten“.

35 LG Berlin, B.v.9.9.2019, Leitsatz in ZUM-RD 1/2010. Details dazu und Kommentar der Betroffenen: Interview von Detlef Esslinger mit Renate Künast, „Lernen, wo die rote Linie ist“, in: Süddeutsche Zeitung v.23.1.2020, S. 5.

36 BVerfG, 2. Kammer des I. Senats, B.v.19.12.2021, AfP 2022, 134 (ausführliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Kammergerichts; zust. Anm. von Gernot Lehr S. 139 ff.); DVBl 2022, 473.

der Machtkritik weiterhin an, stärkt aber gleichzeitig den Schutz politischer Akteure in ihrem Anspruch auf ein Mindestmaß an Respekt.³⁷

III. Entwicklungslinien

Von den Einzelskizzen zu den Entwicklungstendenzen der Grundrechtsdogmatik: Das BVerfG hat über die Jahrzehnte hin die Neigung gezeigt, bestimmte individuelle Freiheitsrechte immer stärker zu betonen, manchmal über das erwartete Maß hinaus – mit unvorhergesehenen Folgen zu Lasten Dritter oder der Allgemeinheit.³⁸ Aus diesen verfestigten Bahnen ist nur schwer herauszufinden. In anderen Bereichen ist die Dogmatik nicht in der gleichen Weise ausgearbeitet; dort stellen sich andere Probleme.

1. Expansion der Freiheitsrechte

Matthias Herdegen spricht von der „Kultur einer starken Betonung individueller Freiheitsrechte“ und einer „zuweilen kuriosen Überhöhung persönlicher Freiheiten gegenüber dem Schutz von Leib und Leben anderer“; er nennt als Beispiel insbesondere die vom BVerfG im „Brokdorf-Beschluss“³⁹ eingeleitete „Hochstufung der Demonstrationsfreiheit (als Produkt von Meinungs- und Versammlungsfreiheit)“ „mit der Hinnahme gewalttätiger Ausschreitungen der Minderheit einer Protestversammlung“.⁴⁰ Martin Nettesheim meint, das Gericht habe die von ihm als „Wertordnung“ bezeichneten Grundrechte „durch verschiedene rechtsdogmatische Kunstgriffe“ zur Geltung gebracht, und seit den achtziger Jahren sei es zu einer „Proliferation von ‚Grundrechtspositionen‘“ gekommen, „in deren Folge es möglich wurde, staatliche Politik und gesellschaftliche Veränderung beinahe durchgängig als Grundrechtsgefährdungs-szenario zu begreifen“.⁴¹ Horst Dreier hat als aktuelle Tendenzen der Grundrechts-expansion herausgearbeitet: *Extensivierung* des thematischen Einzugsbereichs, *Intensivierung* des Prüfprogramms, *Pluralisierung* („Ausdifferenzierung verschiedener Grundrechtsfunktionen oder -dimensionen“), *Supranationalisierung* und *Temporalisierung* („Erstreckung der Kontrollkompetenz des Gerichts auf die Zukunft“).⁴²

Die Tendenz zur expansiven Auslegung und Anwendung von Grundrechten ist schon älteren Datums; sie begann bereits mit den Urteilen in Sachen Elfes (1957)⁴³

37 Diesen Aspekt betont auch Lehr in seiner Anmerkung zu der Kammer-Entscheidung, AfP 2022, 142.

38 Dazu ausführlich Horst Dreier, Grundrechtsexpansion – Zur Entwicklung der Grundrechte in 75 Jahren Grundgesetz, DÖV 2024, 413-425.

39 BVerfGE 69, 315.

40 Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, Idealismus und Realismus in Recht und Politik, München 2023, S. 225 f. (mit Beispielen auch aus der medialen und wissenschaftlichen Diskussion).

41 Nettesheim, Postpolitik aus Karlsruhe. Verfassungsrechtsprechung als Bedrohungsabwehr, in: Merkur 781 (Juni 2014), S. 481, 482 f.

42 Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 414 ff., 423.

43 BVerfGE 6, 32.

und Lüth (1958)⁴⁴ und erreichte mit dem Volkszählungs-Urteil (1983)⁴⁵ einen ersten Höhepunkt. Aus der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ ist schon 1957 die umfassende „allgemeine Handlungsfreiheit“ geworden.⁴⁶ Geschäftsräume sind als grundrechtlich geschützte „Wohnung“ anerkannt worden (1971).⁴⁷ Die Schutzbereiche spezieller Freiheitsrechte wurden „prinzipiell entwicklungsffen“ gedeutet.⁴⁸ Mit dem Strafgefangenen-Beschluss hat das BVerfG die Geltung der Grundrechte auf die Sonderstatus-Verhältnisse ausgedehnt,⁴⁹ und im Fraport-Beschluss hat es die Geltung der Versammlungsfreiheit gegenüber gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform festgestellt.⁵⁰

Die lange Reihe der Entscheidungen, in denen neue oder neu formulierte Eingriffsbefugnisse der Sicherheitsbehörden als zu weitgehend, nicht klar genug eingegrenzt oder unverhältnismäßig beanstandet wurden,⁵¹ wird ebenfalls als Expansion von Grundrechten verstanden, passt aber im Grunde nur bedingt in diese Kategorie, weil diese Gesetzeskorrekturen vornehmlich zu Lasten der Behörden wirken und keine gleich gewichtigen Vorteile für die Individuen begründen. Die „befreende“ Wirkung zugunsten der Einzelnen ist oft (z.B. bei der Einschränkung der automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrolle durch das BVerfG) kaum messbar und entgegen der herrschenden Einschätzung eher gering. Bei den beanstandeten Instrumenten der Verdachtsgewinnung wie Rasterfahndung und Vorratsdatenspeicherung ist der „Eingriff“ in Individualrechte zunächst überhaupt nicht identifizierbar und wird erst in einem weiteren Verarbeitungsschritt spürbar. Jedenfalls für die große Mehrheit der rechtstreuen Bürger ist der Freiheitsgewinn infolge der Nichtigerklärung bestimmter behördlicher Informationsbefugnisse – von geheimen Maßnahmen wie der Wohnraumüberwachung abgesehen – zunächst sehr gering (etwa durch den Wegfall des Zwanges, sich einem Verfahren stellen zu müssen). In hohem Maße freiheitsrelevant sind jedoch die verfassungsgerichtlichen Einschränkungen der Verfassungsschutzaktivitäten.⁵²

Besonders deutlich und äußerst wirkungsvoll entwickelte sich die expansive („liberale“) Linie bei der Interpretation der Meinungsfreiheit: Das BVerfG duldet mehrdeutige Äußerungen wie das polemische „Soldaten sind Mörder“⁵³ – was man durchaus kritisch sehen kann – und wertete auch solche Äußerungen als „Meinungen“,

44 BVerfGE 7, 198.

45 BVerfGE 65, 1.

46 BVerfGE 6, 32 – Elfes. Ein späterer Versuch, die extrem weite Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG zu revidieren und den Schutzbereich auf die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlichen Handlungen zu reduzieren, ist fehlgeschlagen: BVerfGE 80, 137, 154 ff., Abw. Meinung des Richters Dieter Grimm S. 164 ff.– Reiten im Walde.

47 BVerfGE 32, 54.

48 Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 416.

49 BVerfGE 33, 1; Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 416 f.

50 BVerfGE 128, 226, 245 ff.; Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 420.

51 Vgl. die Zusammenstellung bei Bull, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz im Bereich der inneren Sicherheit, in: Robert Chr. Van Ooyen/Martin H.W.Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 627-663; 3. Aufl. 2024 (i.E.).

52 S. etwa BVerfGE 162, 1 – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz.

53 BVerfGE 93, 266.

die auf unbewiesene Tatsachenbehauptungen gestützt waren.⁵⁴ Die Dogmatik der Meinungsfreiheit ist durch eine lange Reihe äußerungsrechtlicher Judikate des Verfassungsgerichts gekennzeichnet, in der Entscheidungen der Zivilgerichte zugunsten der Meinungsfreiheit korrigiert wurden.⁵⁵ In der Kritik solcher Entscheidungen ist behauptet worden, das BVerfG habe den Ehrenschutz minimiert – insgesamt wohl zu Unrecht, wenn man bedenkt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht eben doch in zahllosen Fällen erfolgreich geltend gemacht worden ist.⁵⁶ Folgerichtig wurde eine extrem liberale Deutung der Kunstfreiheit vom BVerfG zurückgewiesen.⁵⁷ Die gebräuchlichen Begriffe „Wechselwirkungs-“ oder „Schaukel-“Theorie bringen die gegenseitige Begrenzung von Schutzbereich und Schranken anschaulich zum Ausdruck.

Das historisch neue umfassende Interesse an der Verfassung, das in Deutschland nach der Gründung der Bundesrepublik entstanden ist, hat dazu beigetragen, dass es auch in Streitigkeiten unter Privaten zunehmend üblich geworden ist, sich auf Grundrechte zu berufen. Das BVerfG hat diese Tendenz verstärkt, indem es auf viele Verfassungsbeschwerden eingegangen ist, die nach früheren Vorstellungen von den Zivil- oder Strafgerichten hätten erledigt werden können.⁵⁸ Überdies ist in der Öffentlichkeit eine ausufernde Grundrechts-Rhetorik zu beobachten: In den Medien werden immer neue Grundrechte gefordert oder neue „Ausprägungen“ der Grundrechte propagiert.⁵⁹ Auch das BVerfG ist nicht davor gefeit, gelegentlich in eine plakative, vom Journalismus geprägte Sprache zu verfallen; man denke nur an die zentralen Partien des Volkszählungs-Urteils.⁶⁰ Das Gericht hat aber in aller Regel vermieden, unerfüllbare Erwartungen zu wecken, und sich gehütet, etwa ein „Recht auf Mobilität“ oder gar

54 S. nochmals oben zu II. 2. c.

55 Ein weites Verständnis von Meinungsfreiheit wurde z.B. zugrunde gelegt in BVerfGE 54, 148 – Eppler; anders jedoch – zugunsten des Persönlichkeitsschutzes – BVerfGE 54, 208 – Böll/Walden. Einzelheiten zur verfassungsgerichtlichen Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG bei Bull, Freiheit und Grenzen des politischen Meinungskampfes, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, S. 163 ff. Krit. u.a. Ossenbühl (Fn. 1) Rn. 34 f.

56 So auch Thomas Vesting, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neuen Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, in: AÖR 122 (1997), S. 337-371 (338) gegen überzogene Kritik von Martin Kriele, NJW 1994, 1897 (1898).

57 BVerfGE 75, 369 – beleidigende Karikatur des Bayerischen Ministerpräsidenten Franz Josef Strauß; anders jedoch BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug.

58 Der Versuch, die eigene Zuständigkeit auf die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ zu beschränken, hat offenbar nur wenig Entlastung für das Gericht gebracht (scharf krit. zu diesem Ansatz auch Ossenbühl [Fn. 1] Rn. 34 f.). Bei Verfassungsbeschwerden zu Art. 104 Abs. 1 GG ist eine Auswahl schon nach dem Text des GG ausgeschlossen; vgl. Veith Mehlde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 104 Rn. 52.

59 Dazu Bull, Grundrechte-Rechtsprechung, Grundrechtsrhetorik und Grundrechtspolitik, in: Matthias Lemke/Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), Grundrechte – Menschenrechte – Polizei. Festschrift für Martin H. W. Möllers, Wiesbaden 2022, S. 63 (65 ff.).

60 BVerfGE 65, 1, 43 („Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann...“).

eines „auf Rausch“⁶¹ anzuerkennen. Entschieden liberal sind auch Entscheidungen des BVerfG in Familienrechtssachen ausgefallen. So sind u.a. gleichgeschlechtliche Paare als „Eltern“ anerkannt worden (2013),⁶² und die „Ehe für alle“ wurde vom BVerfG implizit (ohne Begründung) anerkannt.⁶³

Ziel der Grundrechtsauslegung war und ist es, den Einzelnen möglichst wenige Belastungen zuzumuten – „im Zweifel für die Freiheit“. In vielen Fällen folgte aus der Expansion eines Freiheitsrechts, dass nunmehr die Allgemeinheit die entsprechenden Lasten zu tragen hat (z.B. die höheren Kosten der Durchsetzung gesetzlicher Vorschriften). Darunter leidet kein identifizierbarer Dritter; dass aber Allgemeininteressen zurückgesetzt werden, interessiert meist nicht. Denn es ist zunehmend zum Tabu geworden, über Zumutungen an die Bürgerinnen und Bürger nachzudenken, und erst recht vermeidet es die Politik, den Menschen spürbare Opfer für die Allgemeinheit aufzuerlegen. Diese Bewusstseinslage schlägt auf die Grundrechtsrechtsprechung durch.⁶⁴

2. Expansion des Rechtsschutzes

Der individuelle Rechtsschutz ist im Grundgesetz von Anfang an durch Art. 19 Abs. 4 umfassend gewährleistet. In Ergänzung dieses formellen Grundrechts wirkt die Elfes-Theorie als Garantie erfolgversprechenden verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Das Verfassungsgericht hat seine damit begründete Aufgabe über die Jahre hin pragmatisch bewältigt und die Gelegenheiten genutzt, viele Streitfragen in seinem Sinne zu klären. Es musste allerdings aus Kapazitätsgründen unter den zahllosen Verfassungsbeschwerden auswählen und eine große Zahl davon ablehnen. Aus der Sicht der Beschwerdeführer, die in Karlsruhe ohne Begründung abgewiesen wurden, dürfte die Auswahl der zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden oft willkürlich erscheinen – die Kapazität des Gerichts reicht ja bei weitem nicht aus, alle aus Sicht der Beschwerdeführer aussichtsreichen Fälle zu entscheiden.

Trotzdem hat das BVerfG den Rechtsschutz noch einmal erweitert, indem es allen Wahlberechtigten die Befugnis zugesprochen hat, unter Berufung auf ein „Recht auf

61 Beispiele bei Bull (Fn. 59), S. 80 f. und 81 f; zum Thema Cannabis BVerfGE 90, 145 (Leitsatz 1 und S. 172). S.a. die Glosse von Konrad Adam, Weiter so, in: FAZ v. 12.7.1995, S. N5; er spricht vom „Grundrechtschürfen“.

62 BVerfGE 133, 59 – Sukzessivadoption („Eltern“- und „Familien“-Begriff; Gleichbehandlungsgebot).

63 BVerfG, NJW 2023, 1414 – im Ausland geschlossene Minderjährigen. Dazu Mehrdad Payandeh, JuS 2023, 1170, 1171 und Thomas Pfeiffer, Fachdienst Zivilrecht – LMK 2023, 807426. S. a. Monika Böhm/Michael Germann, VVDStRL 73, S. 211 ff. u. 257 ff.

64 In einem irritierenden Gegensatz zu den dargestellten Tendenzen der Rechtsprechung steht die seit langem feststellbare Strömung der öffentlichen Meinung, die Bundesrepublik entwickle sich zu einem Überwachungsstaat (beispielhaft etwa Heribert Prantl, Es wird ungesund in Deutschland. Grundrechte werden umgedeutet: die neue Politik des starken Staats, Süddeutsche Zeitung v. 13./14.15.8.1994, Seite V2/27). Das BVerfG ist auf derartige Ängste eingegangen und hat ihnen entgegengewirkt, indem es sicherheitsrechtliche Instrumente des Staates eingeschränkt hat, die nach seiner Einschätzung zu weit gingen, oder ihre Anwendung unter Vorbehalte gestellt hat. Die Ängste sind dadurch freilich nicht ausgeräumt worden.

Demokratie“ Entscheidungen des Gesetzgebers anzufechten, die bisher allenfalls mit Organ- oder Normenkontrollklagen angefochten werden konnten.⁶⁵ Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die Vorstellung, dass das für die demokratische Staatsform konstituierende allgemeine Wahlrecht durch Kompetenzüberschreitungen oder sonstige Verfassungsverstöße ausgehöhlt werde; das Wahlrecht sei nur dann vollständig gewährleistet, wenn den gewählten Volksvertretern hinreichend viele und gewichtige Entscheidungsmaterien zugewiesen sind (Schutz vor einer „Entleerung“ der deutschen Staatsgewalt).⁶⁶ Auf diesem Wege hat das BVerfG schwere Konflikte mit Organisationen der Europäischen Union provoziert und einen internationalen Vertrag für nichtig erklärt, der nach vielen Jahren komplizierter Verhandlungen vom Deutschen Bundestag ratifiziert worden war.⁶⁷ Der Beschwerdeführer brauchte zur Begründung seiner Klagebefugnis nur sein Wahlrecht zum Deutschen Bundestag anzugeben; als Nichtigkeitsgrund genügte ein geringfügiger Verfahrensfehler in der letzten Phase des Gesetzgebungsprozesses. Diese Subjektivierung der repräsentativen Demokratie ist ihrerseits bedenklich und „wird zur Folge haben, dass sich notwendige politische Gestaltungsräume des Parlaments im Prozess der europäischen Integration entgegen den Intentionen des verfassungsändernden Gesetzgebers verengen und sich damit der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG beabsichtigte Schutz des demokratischen Prozesses in sein Gegenteil verkehren könnte“.⁶⁸

3. Die sozialstaatliche Dimension

Die soziale Komponente der Grundrechte ist in der Judikatur des BVerfG relativ selten zur Geltung gebracht worden; das liegt zum Teil gewiss daran, dass Fälle mit Bezügen zu Fragen des Sozialstaats und dem entsprechendem Grundrechtsverständnis selten nach Karlsruhe gelangt sind. Soziale Bezüge im weiteren Sinne waren und sind aber durchaus auch in Streitsachen zu bedenken, in denen nur die Äußerung oder Handlung grundrechtberechtigter Personen überprüft wurde, also z.B. auch wenn nach den Grenzen des Grundrechts um des Allgemeinwohls willen gestritten wurde.

a) Grundrechtlich fundierte Leistungsrechte

Wenn aus Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf staatliche Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums⁶⁹ hergeleitet wird oder sonst zu entscheiden ist, auf welche Weise und in welchem Umfang die Hilfe erforderlich und daher verfassungsrechtlich geboten ist, sind ganz andere Überlegungen zur Grundrechtskonkretisierung gefordert als

65 St. Rspr. seit BVerfGE 89, 15, 187 – Maastricht; zusammengefasst in BVerfGE 151, 202, 285 ff. – Europäische Bankenunion; 153, 74 – Einheitliches Patentgericht.

66 Zitat: BVerfGE 153, 165.

67 BVerfGE 153, 74.

68 S. o. das Abw. Votum der Richterinnen König und Langenfeld sowie des Richters Maidowski, BVerfGE 153, 164 ff.

69 BVerfGE 125, 175, 222 ff. m.w.N. – Existenzminimum (Bedarfsberechnung).

bei der Frage nach den Grenzen von Handlungs- und Äußerungsfreiheiten.⁷⁰ Das BVerfG hat zu diesen Zwecken umfangreiche Bedarfs- und Vergleichsberechnungen vorgenommen. Ausgehend von den Statistiken und Modellrechnungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Stellen hat es versucht, die Mindestbedarfe für die verschiedenen Zwecke möglichst genau zu errechnen, aber konzediert, dass dem Gesetzgeber „bei den unausweichlichen Wertungen [...], die mit der Bestimmung der Höhe des Existenzminimums verbunden sind“, ein Gestaltungsspielraum zukommt.⁷¹ Eine exakte Bezifferung des Anspruchs ist dem BVerfG nicht erlaubt, so dass sich die materielle Kontrolle darauf beschränkt, ob die Leistungen „evident unzureichend“ sind.⁷² Ähnliche Maßstäbe müssen gelten, wenn etwa die „angemessene Alimentation“ für Beamte zu gewährleisten ist⁷³ oder der Bedarf sozial schlechter gestellter Gruppen zur Teilhabe an Bildung und Kultur in Frage steht. Solche Konkretisierungen stellen eine fast unlösbare Aufgabe dar, weil es stets möglich (und emotional wirksam) ist, höhere Bedarfe zu berechnen und Leistungen der Allgemeinheit für wünschenswert zu erklären. Es ist aber auch durchaus denkbar und kann angemessen sein, statt eines errechneten Bedarfs diejenigen Beträge zu gewähren, die dem Leistungserbringer unter dem Aspekt der sparsamen Haushaltsführung zugemutet werden können. Die eigene Leistungsfähigkeit der Empfänger kann selbstverständlich berücksichtigt werden (soweit nicht die Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte anderes gebietet), und „Fördern“ und „Fordern“ können miteinander verknüpft werden.

„Armut“ und „Not“ sind relative Begriffe, die sich im Laufe der Zeit ständig ändern. Soweit Armut durch einen Prozentsatz des Durchschnittseinkommens definiert wird, steigt die Armutsgrenze mit dem normalen Wachstum des Sozialprodukts kontinuierlich an. Als Bremse sozialstaatlicher Forderungen kann letztlich der Vorbehalt des Möglichen⁷⁴ – „im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen darf“⁷⁵ geltend gemacht werden. Spezifische Maßstäbe und Tatbestandsvoraussetzungen waren auch zu erarbeiten, als die Kapazitäten der Hochschulen zur Aufnahme von Studenten knapp wurden – das ist seinerzeit mit kon-

-
- 70 Entsprechendes gilt für die Berechnung angemessener Beiträge zu gesetzlichen Versicherungen; s. dazu ausführlich Kingreen, Woher weißt Du das? (Fn. 1). Kingreen analysiert und kritisiert die Art und Weise, in der das BVerfG die relevanten Maßstäbe aus seinen Präjudizien („Referenzentscheidungen“, insbes. BVerfGE 161, 163) „extrahiert“ – nämlich selektiv – und die Prüfungsmaßstäbe in diesen Entscheidungen „subkutan umschreibt“ (aaO. S. 147).
- 71 BVerfGE 125, 175, 222.
- 72 BVerfGE 125, 175, 225f.
- 73 BVerfGE 44, 249 – Besoldung kinderreicher Professoren; 81, 363, 374 ff. (mit Berechnungen zur Gehaltsentwicklung für Beamte mit mehr als zwei Kindern); 99, 300, 320 (mit mehrseitigen Tabellen zum Vergleich mit Sozialhilfeempfängern); 130, 263 – neue Professorenbesoldung.
- 74 Dazu grundsätzlich Veith Mehde, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, Sinzheimer 2000; Lino Munaretto, Der Vorbehalt des Möglichen. Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen, Tübingen 2022. S.a. BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II; dazu Munaretto, Das Mögliche und das Mindeste. Zur Grundrechtsdogmatik der Leistungsrechte am Beispiel des Rechts auf schulische Bildung, Der Staat 62, 2023, S. 419–459.
- 75 So BVerfGE 87, 1, 35 f. – „Trümmerfrauen“ in der Rentenversicherung; s.a. BVerfGE 103, 242, 270 – Kinderbetreuung als Beitragsfaktor in der Pflegeversicherung.

sequent durchdachten Überlegungen (hier ohne die Problematik finanzieller Hilfen) gelungen.⁷⁶

b) Koalitionsfreiheit und Streikrecht

Aus der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) haben Literatur und Rechtsprechung auch die Streikfreiheit der Gewerkschaften hergeleitet, und das BVerfG hat diese anerkannt und in bestimmten Dimensionen geschützt.⁷⁷ In den letzten Jahren haben aber Streiks bei den Verkehrsunternehmen so erhebliche Störungen des Bahn- und Luftverkehrs verursacht, dass die Frage aufkam, ob solche gewollten Auswirkungen auf die an sich unbeteiligten Benutzer der öffentlichen Verkehrsmittel noch im angemessenen Verhältnis zu den legitimen Zielen der gewerkschaftlichen Maßnahmen stehen. Die Arbeitsgerichte haben das überwiegend bejaht, das BVerfG ist noch nicht mit solchen Fällen befasst worden.⁷⁸ Die Politik hat nicht gewagt, diese Materie gesetzlich zu regeln. Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, wann über die Ausübung des Streikrechts zumindest in den Unternehmen und Betrieben der öffentlichen Infrastruktur – also der Verkehrs- und Versorgungswirtschaft – auch verfassungsrechtlich gestritten wird.

4. Die Entdeckung der Schutzpflichten

a) Überblick

Eine geradezu revolutionäre Entwicklung hat das BVerfG dadurch eingeleitet, dass es aus Grundrechten staatliche Schutzpflichten herausgelesen und damit die „objektive“ Funktion von Grundrechten (als „Grundsatznormen“) zur Begründung subjektiver Individualrechte verwendet hat.⁷⁹ In einem Beschluss vom 17. Januar 1957 stellte es fest, dass die damals geltende Zusammenveranlagung von Ehegatten⁸⁰ zu einer Mehrbelastung Verheirateter führte, die mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Schutz von Ehe und Familie unvereinbar sei. Art. 6 Abs. 1 GG sei „eine wertentscheidende Grundsatznorm“.⁸¹ Das BVerfG stellte weiter fest, dass es sich bei dieser Norm „zu-

76 BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus*.

77 BVerfGE 88, 103 – Beamte als Streikbrecher? Allgemein zur Parität der Kontrahenten und ihrer Kampfmittel: BVerfGE 84, 212, 229 ff.

78 Das BVerfG hat aber in BVerfGE 84, 212, 228 ausdrücklich bestätigt, dass trotz der Vorbehaltlosigkeit des Art. 9 Abs. 3 GG nicht jede Einschränkung der Koalitionsfreiheit von vornherein ausgeschlossen ist.

79 Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen (Fn. 1), Der Staat 29 (1990), S. 1-31; Hans D. Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatechtsgestaltende Wirkung, in: Badura/Dreier (Hrsg.) (Fn. 55), S. 35 ff. Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 421 spricht von der „Umkehrung der ursprünglichen Grundrechtswirkung“ und zitiert in Fn. 97 Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 27. („juristischer Paukenschlag“).

80 § 26 Einkommensteuergesetz 1951.

81 BVerfGE 6, 55, 71; dazu Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen (Fn. 79), S. 6 f.

nächst um eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte“ handle, „die [...] dem Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen“ solle.⁸² Diese Norm umschließe zugleich „die Gewährleistung beider Lebensordnungen“, enthalte also „eine sogenannte Instituts- oder Einrichtungsgarantie“, sie erfülle aber darüber hinaus „mehrere Funktionen, die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen“.⁸³ In einer umfangreichen, im Wesentlichen auf die Entstehungsgeschichte des Artikels abstellenden Begründung kommt das BVerfG schließlich zu dem Ergebnis, dass Art. 6 Abs. 1 GG „eine Beeinträchtigung von Ehe und Familie durch störende Eingriffe des Staates selbst“ verbiete und die steuerrechtliche Benachteiligung Verheirateter daher verfassungswidrig sei – während die Einführung begünstigender Vorschriften wie des Steuer-Splitting verfassungsrechtlich unbedenklich sei.⁸⁴ Die einschlägige Vorschrift des EStG wurde auf die Vorlage des Finanzgerichts München hin für nichtig erklärt, ohne dass das BVerfG den Klägern des Ausgangsverfahrens ein subjektives Recht auf die Aufhebung des Steuerbescheids bestätigen musste.

In dem einen Tag zuvor ergangenen Elfes-Urteil hatte das Gericht formuliert, dass jedermann „im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen [kann], eine seine Handlungsfreiheit beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung“. Damit war der Weg zu einer umfassenden verfassungsrechtlichen Kontrolle des gesamten Staatshandelns auf Initiative Einzelner eröffnet.

In der Folge hat das BVerfG Schutzpflichten des Staates in zahlreichen Zusammenhängen festgestellt. Aus Grundrechten sind über die Schutzpflichten-Lehre sogar Strafgebote⁸⁵ und Organisationsprinzipien hergeleitet worden.⁸⁶ Die Dogmatik des Lebens- und Gesundheitsschutzes ist stark von dieser Entwicklung geprägt.⁸⁷ Offensichtlich war der Ausbau der objektiven Staatspflichten zu subjektiven Individualrechten angesichts der stark gestiegenen Erwartungen an die Politik – Stichwort: ständiges Wachstum der Staatsaufgaben – und an ihre Überwachung durch das Verfassungsgericht – unvermeidlich. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, sind im Zuge dieser Entwicklung die Handlungsfreiheiten des Einzelnen („Freiheit zu …“) um eine passive Belastungsfreiheit („Freiheit von …“) ergänzt worden, nämlich um die Sicherung der bestehenden Rechtspositionen vor Beeinträchtigungen aller Art. Horst Dreier hat in diesem Zusammenhang treffend von „Aktivitätsschutz“ einerseits, „Integritätschutz“ andererseits gesprochen, aufgezeigt an dem Unterschied zwischen „allgemei-

82 BVerfGE 6, 55, 71.

83 BVerfGE 6, 55, 72.

84 BVerfGE 6, 55, 76.

85 Vgl. die mit Grund hochumstrittenen Urteile zur Schwangerschaftsunterbrechung: BVerfGE 39, 1 und 88, 203.

86 BVerfGE 57, 295 – Saarländisches Rundfunkgesetz; 73, 118 – Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz; 83, 238 – WDR-Gesetz.

87 S. außer der Judikatur zu § 218 StGB auch die ganz anders geprägten Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren durch technische Anlagen: BVerfGE 49, 89 – Kalkar; 53, 30 – Mülheim-Kärlich; 54, 56 – Fluglärm; 77, 170 – C-Waffen-Lagerung; 79, 174 – Verkehrslärm. Ein singulärer Fall: BVerfGE 46, 160 – Schleyer-Entführung.

ner Handlungsfreiheit“ und „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“, die beide aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet werden.⁸⁸

Die großen Konflikte etwa um den Schwangerschaftsabbruch hätten sich wohl auch ohne diesen Wandel der Grundrechtsdogmatik Bahn gebrochen und die Entscheidung zwischen fundamental unterschiedlichen, zum Teil moralisch und nicht nur rechtlich begründeten Positionen erfordert.⁸⁹

b) Umwelt- und Klimaschutz

Die Entwicklung zur Anerkennung immer neuer Schutzpflichten hat ihren Höhepunkt in der Auseinandersetzung mit dem Klimawandel erreicht. So hat das BVerfG für das Umwelt- und Klimaschutzrecht aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Pflicht des Staates und ein entsprechendes Recht der klagenden Individuen zum Schutz vor Umweltbelastungen abgeleitet, auch zugunsten künftiger Generationen. In dem als „radikal“ und „erstaunlich“ empfundenen⁹⁰ Klima-Beschluss vom 24. März 2021⁹¹ sind „objektive“ und „subjektive“ Rechtspositionen – Art. 20a und die Grundrechte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – eng miteinander verbunden. Es heißt dort:

„Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundsätzlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“⁹²

Ferner wird erklärt, das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen „zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen“.⁹³ Dabei wird der Freiheitsbegriff mit einer weiteren Bedeutung aufgeladen: es geht nicht mehr nur um die „Freiheiten“ des Art. 2 Abs. 2 Satz 1, sondern auch um die Verteilung von „Freiheitschancen“, die sich erst aus der Erfüllung des („objektivrechtlichen“) Schutzauftrags des Art. 20a GG (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG)⁹⁴ ergeben. Als Pflicht des Gesetzgebers wird festgestellt, „die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume

88 Vgl. Tristan Barczak, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Art. 2 I Rn. 27, 29.

89 Zur Widersprüchlichkeit der Rspr. zu § 218 StGB s. Johann Justus Vasel, Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwende im Abtreibungsrecht, NJW 2022, 2378.

90 Jörg Berkemann, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701, 706 und 715. Berkemann hat die dogmatischen Unklarheiten des BVerfG-Beschlusses, der mit der bisherigen Rspr. bricht und die Machtbalance zwischen Parlament und BVerfG verändert, ausführlich herausgearbeitet, s. insbes. S. 707 ff. m.w.N. Eine weitere „kleine Auswahl“ aus der Lit. liefert Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 423 Fn. 126.

91 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 1.

92 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 1.

93 BVerfGE 157, 30, Leitsatz 4 Abs. 1 Satz 1.

94 Krit. dazu Berkemann (Fn. 90), S. 710 und 713.

ab dem Jahr 2031 [...] zu regeln“.⁹⁵ Der EMRG geht über diese Aussagen noch hinaus, indem er u.a. auch das „Wohlbefinden“ und die „Lebensqualität“ als Schutzgüter aufführt.⁹⁶ Hier sind wichtige Argumentationselemente unklar, wenn nicht sogar widersprüchlich.⁹⁷

c) Infektionsschutz als Grundrechtsproblem

Die Grundrechtsdogmatik ist auch im Verlauf der Corona-Pandemie besonders auf die Probe gestellt worden. In der Diskussion über die angemessenen Methoden der Seuchenbekämpfung sind die Grundrechte in höchst unterschiedlicher, ja widersprüchlicher Weise in Anspruch genommen worden. Während die staatlichen Organe teilweise tief in das Privatleben der Menschen eingreifende Schutzmaßnahmen anordneten, empfanden nicht nur die davon Betroffenen diese Normen als Freiheitsbeschränkungen bisher unbekannten Ausmaßes. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der Verbote und Gebote – Kontaktverbote, Aufenthalts- und Besuchsbeschränkungen, Maskenpflicht, Veranstaltungsverbote usw. – wurden vielfach einseitig die Freiheitsverluste der Adressaten (im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 11) betont, während der gleichzeitig beabsichtigte (und in erheblichem Ausmaß realisierte) Schutz der „vulnerablen“ Gruppen der Bevölkerung aus der Perspektive der besonders engagierten Liberalen deutlich weniger ins Gewicht fiel. Das BVerfG billigte jedoch die vielfältigen Einschränkungen – teilweise im Gegensatz zu Instanzgerichten – in umfassender Weise. Dem Gesetzgeber wurde ein erheblicher Entscheidungsspielraum zugebilligt.⁹⁸

Mit der Einführung wirksamer Impfstoffe wurde eine andere Abwägung nötig: Nunmehr stand zur Entscheidung, ob eine allgemeine oder zumindest für Pflegeberufe anzuordnende Impfpflicht als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1) durch die Absicht gerechtfertigt war bzw. gewesen wäre, andere vor Ansteckung oder schwerem Verlauf der Krankheit zu schützen.⁹⁹ Ein Konsens über die Rangordnung der verschiedenen Ziele war nicht erkennbar, und auch mehrere Jahre später bleibt die „Wertordnung“ des Grundgesetzes in dieser Hinsicht unklar. Unter welchen Voraussetzungen darf der Staat Maßnahmen zum Schutz „vulnerablen“ menschlichen Lebens zu Lasten der Handlungs- und Bewegungsfreiheit anderer durchführen?¹⁰⁰ Kein Konsens besteht auch über die Frage, wie zu entscheiden ist,

95 BVerfGE 157, 30, 33, Entscheidungsformel zu 4.

96 EGMR, U. v. 9.4.2024 (mit teilweise abweichendem Votum des Richters Eicke), NJW 2024, 1991 = NVwZ 2024, 979, Leitsatz 3 und Rn. 519, bespr. von Philip Czech, NLMR 2024, 106 – „Schweizer Klimaseniorinnen“: „Der Einzelne hat ein Recht auf wirksamen Schutz durch die Behörden vor schwerwiegenden schädlichen Auswirkungen des Klimawandels für sein Leben, seine Gesundheit, sein Wohlbefinden und seine Lebensqualität“.

97 Krit. auch Dreier, Grundrechtsexpansion (Fn. 38), S. 423 ff.

98 BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen); 159, 355 – Bundesnotbremse II (Schulschließungen).

99 Vom BVerfG für die Impfnachweispflicht im Pflege- und Gesundheitssektor entschieden bejaht: BVerfGE 161, 299, Rn. 149 ff.

100 Überlegungen dazu bei Bull, Staatsmacht gegen Naturgewalt: Wie viel Sicherheit schuldet der Staat den Menschen angesichts der Pandemie?, in: H.-J. Lange (Hrsg.), Politik zwischen Macht und Ohnmacht, Wiesbaden 2022, S. 21 (30 ff.).

wenn die Abwehrmaßnahmen und die ärztliche Behandlung nur für einen Teil der infizierten Menschen verfügbar sind. Der Gesetzgeber sieht sich hier in der Pflicht, ethische Grundsätze, die zum Teil höchst umstritten sind,¹⁰¹ in staatliches Recht zu übersetzen.¹⁰²

5. Die neue Gefühls-Rechtsprechung

Manche rechtsdogmatischen Unsicherheiten sind durch neue Entwicklungen in der politischen Diskussion verstärkt worden. Von der „Wertordnung“ des Grundgesetzes wird nur noch selten gesprochen. Fast möchte man sagen, an deren Stelle sei der Zeitgeist getreten – er hat offensichtlich Einfluss auf die Rechtspraxis einschließlich der des BVerfG. Das ist, für sich genommen, unvermeidlich und kein Grund zu allgemeiner Empörung. Denn dem Richter ist „geradezu aufgegeben, in seiner Rechtsprechung dem Zeitgeist Rechnung zu tragen“ (um nicht die Akzeptanz der Entscheidungen zu gefährden), ihn aber zugleich zu begrenzen.¹⁰³ Danach soll also gelten: „Die Wertordnung des Grundgesetzes prägt und begrenzt den Zeitgeist“.¹⁰⁴

Neuerdings sind jedoch im politischen Streit Konflikte zu bemerken, die aus der Tradition des zivilgesellschaftlichen Diskurses über die angemessene Ordnung des Gemeinwesens ausbrechen: Schrille und hasserfüllte Äußerungen aus den „sozialen“ Medien schwappen über in die bisher seriöse Debatte; es geht den Streitenden nicht mehr um die Lösung konkreter Probleme, sondern um kämpferische Polarisierung und um die Ausgrenzung der jeweils anderen Positionen und ihrer Verfechter.¹⁰⁵ Interessen- und Meinungskonflikte werden als moralische Fragen behandelt, die Grundrechte moralisch aufgeladen. Es gilt als unmoralisch und wird in den Medien wie eine Rechtsverletzung gewertet, wenn durch politische oder künstlerische Äußerungen emotionale Positionen beeinträchtigt werden, also wenn Gefühle von Individuen oder Gruppen unangenehm berührt werden. Das führt dazu, dass bestimmte Äußerungen, die bisher als erlaubt galten (weil sie noch nicht die Grenze des Ehrenschutzes überschreiten), als illegitim und nicht mehr grundrechtlich gewährleistet angesehen werden. Früher hätte man einen Teil dieser Fälle als bloße Takt- oder Pietätlosigkeit bezeichnet; diese Begriffe gelten heute als altmodisch, aber zumindest ein großer

101 S. dazu die Ad-hoc-Empfehlungen des Deutschen Ethikrates „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ v. 27. März 2020 sowie „Ethische Orientierung zur Frage einer allgemeinen gesetzlichen Impfpflicht“ v. 22. Dezember 2021.

102 Zum Problem der „Triage“ ist eine Teilregelung (Diskriminierungsverbot zugunsten Behinderter) in § 5c IfSG eingefügt worden, nachdem das BVerfG eine entsprechende Schutzwicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bestätigt hat (BVerfGE 160, 79). Ärzte im Marburger Bund haben jedoch Verfassungsbeschwerde dagegen eingelegt: Das neue Gesetz sei widersprüchlich und unbestimmt und verletze ihre Berufsfreiheit. S.a. Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2. Aufl. Tübingen 2024.

103 Konrad Redeker, *Zeitgeist und Wertordnung*, NJW 1999, 3687.

104 Redeker (vorige Fn.), S. 3688.

105 Zur „symbolischen Brandmarkung“ und Ausgrenzung von Publizisten und Wissenschaftlern von öffentlichen Podien durch „Vereindeutigung“ mehrdeutiger Aussagen s. a. Ladeur, ZUM 2019, 359, 360.

Teil der jüngeren Generation will noch weit darüber hinaus (fast) alle Gruppen der Gesellschaft vor emotionalen Beeinträchtigungen schützen.

Ansätze dieser „empfindsamen“ Grundrechtsinterpretation finden sich schon in der älteren Rechtsprechung des BVerfG. In Entscheidungen zu den Befugnissen der Sicherheitsbehörden wurde das „diffus bedrohliche Gefühl des Beobachtetseins“, das die Betroffenen empfinden konnten, schon lange vor der aktuellen „Wokeness“-Welle als Anzeichen für einen „Eingriff“ in die Unbefangenheit der Kommunikation und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewertet.¹⁰⁶ Man kann sogar noch weiter in die Vergangenheit zurückblicken und zentrale Formulierungen des Volkszählungs-Urteils von 1983 zitieren, in denen auf eine Störung der unbefangenen Ausübung von Grundrechten wie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit abgestellt wurde¹⁰⁷ – damals wie heute eine weit verbreitete, allgemein akzeptierte Reaktion auf die Einführung technischer Informationsverarbeitung. Heute bewerten manche Teilnehmer der öffentlichen Diskussion etwa die künstlerische Darstellung von Gewaltszenen, die Leugnung historischer Gewalttaten oder die öffentliche Unterstützung für Angriffs-kriege und Völkerrechtsverletzungen in anderen Ländern als moralisch verboten und fordern politische und u.U. sogar rechtliche Verbote; zumindest sollen die potentiellen Betrachter und Empfänger vor solchen unerwünschten „Botschaften“ gewarnt werden. Die Rechtsprechung sollte diese Tendenz nicht unterstützen, sondern bei der bisherigen Linie bleiben, wonach gerade auch schwer erträgliche, ja provozierende Meinungsäußerungen (im Rahmen der allgemein akzeptierten Schranken) grundrechtlich geschützt sind.

In Gestalt der Strafvorschriften gegen Hass- und Gewaltpropaganda, gegen die Verherrlichung der nationalsozialistischen Herrschaft und gegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) hat der Gesetzgeber selbst Ausnahmen von der vollständigen Meinungsfreiheit verfügt, die als Abweichung von der liberalen Rechtsprechung verstanden werden könnten, vom BVerfG aber mit vertretbaren Gründen – im Hinblick auf die nationalsozialistische Vergangenheit Deutschlands – gebilligt worden sind.¹⁰⁸

Für alle Freiheiten der sozialen Kommunikation – Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit – bedeutet die dargestellte Entwicklung die Gefahr, dass ihre Grenzen deutlich enger gezogen werden. Wenn derartige Tendenzen zur stärkeren verfassungsrechtlichen Begrenzung von Grundrechten führen, ist das bisher konsentierte umfassende Freiheitsverständnis bedroht. Wenn also zum Beispiel Äußerungen, die zwar keine Beleidigung, Verächtlichmachung oder Bedrohung bedeuten, aber als „homophob“, „queerfeindlich“, „frauenfeindlich“, „antisemitisch“,

106 BVerfGE 125, 260, 320 – Vorratsdatenspeicherung (mit Abw. Meinungen der Richter Schluckebier und Eichberger, S. 364 und 380); ähnlich BVerfGE 115, 320, 354 ff. – Rasterfahndung (mit Abw. Meinung der Richterin Haas, S. 371 ff.); 120, 378, 402 und 150, 244, 268 – Kfz-Kennzeichenerfassung I und II; BVerfGE 121, 1, 20 ff. – Eilantrag zur Vorratsdatenspeicherung; s.a. BVerfGE 107, 299, 328 – Herausgabe von Telekommunikationsdaten im Zusammenhang mit journalistischen Ermittlungen (ZDF/Jürgen Schneider); 113, 29, 46 – Computerdurchsuchung.

107 BVerfGE 65, 1, 43 („Wer nicht wissen kann, ...“).

108 BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel (Verfassungskonformität der Strafbarkeit von Volksverhetzung, 130 Abs. 4 StGB). Dazu zustimmend Tobias Handschell, Grundrechtsschranken aus der Wertordnung des Grundgesetzes, BayVBl. 2011, 745.

„islamophob“ oder sonst feindselig gegenüber einer gesellschaftlichen oder religiösen Gruppe empfunden werden, von Betroffenen oder gesellschaftlichen Aktivisten als „verboten“ bezeichnet werden, liegt es nahe, dass diese Bewertung auch von sozialen Multiplikatoren und letztendlich von den staatlichen Organen der Rechtsetzung und Rechtsanwendung übernommen werden – das aber wäre sehr bedenklich. Denn diese Tendenz ist eben alles andere als freiheitlich. Die „Freiheit“ der (gezielt oder ungezielt) Angesprochenen von Belästigungen, die noch nicht Beleidigungen oder Bedrohungen sind, wird von den Grundrechten gerade nicht geschützt. An den Diskussionen über die Corona-Bekämpfung ließ sich anschaulich zeigen, dass das Beharren auf der Freiheit der einen (etwa von einer Impfpflicht) fast immer zu Belastungen der anderen (höhere Ansteckungsgefahr und Kontaktbeschränkungen als Ersatz der Impfung) führt. Auf die Spitze getrieben, wird die Grundrechtsausrichtung an der „Wokeness“ zum Selbstwiderspruch: Die Rücksicht auf die Empfindungen des „Empfängers“ bedeutet für den „Sender“ eine Teilrücknahme seiner Kommunikationsfreiheit, und objektiv ist die „rücksichtsvolle“ Gesellschaft in höherem Maße paternalistisch.

Die neuerdings häufigen Äußerungen von „cancel culture“, die zur Ausgrenzung von Kontrahenten aus dem Diskurs auffordern, sind also überaus problematisch: Wer anderen die Äußerung von Meinungen oder wissenschaftlichen Erkenntnissen verbieten (lassen) will, verletzt dessen Meinungs- oder Wissenschaftsfreiheit; wer die Verbreitung der geistigen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Produkte anderer behindern will, setzt sich selbst ins Unrecht. Das BVerfG sollte darauf achten, solchen Übergriffen keinen argumentativen Ansatz zu liefern.

IV. Auf der Suche nach Maßstäben: Ansätze systematischer Bewertung von Grundrechtskonflikten

1. Keine „unbegrenzte Freiheit“

In den Denkgebäuden, die die Freiheitsrechte als Abbild einer in sich stimmigen Ordnung von Werten verstehen, spielt neben dem allumfassenden Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG vor allem die „allgemeine Handlungsfreiheit“ nach Art. 2 Abs. 1 GG eine zentrale Rolle. Eine „im Denkansatz rechtlich unbewertete, d.h. unbegrenzte Freiheit“ wäre aber ebenso „irreal“ wie die Vorstellung einer „natürlichen“ oder „vorstaatlichen Freiheit“:

„In einer menschlichen Gemeinschaft ist eine unbegrenzte Freiheit als gelebte Freiheit von vornherein undenkbar, weil sie eben diese Gemeinschaft zerstören würde. Zwar ist der Kern jeder Freiheit Individualautonomie, und die Vorstellung privat ausgeübter autonomer Entscheidungsbefugnisse schließt Beliebigkeit und Willkür ein. Als real gelebte Freiheit in einer menschlichen Gemeinschaft sind Beliebigkeit und Willkür aber notwendig von vornherein, das heißt immanent begrenzt. Die ‚allgemeine Handlungsfreiheit‘ ist also ein theoretisches Konstrukt.“¹⁰⁹

109 Walter Krebs, Rechtliche und reale Freiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II: Allgemeine Lehren I, München 2007, § 31 (S. 291-340), Rn. 5/6.

Schon in Art. 4 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 ist diese Erkenntnis im Kern konzediert: Danach besteht die Freiheit darin, „alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet“. Die „Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen“ hat in dieser Sichtweise „nur die Grenzen, die den anderen Gliedern der Gesellschaft den Genuss der gleichen Rechte sichern“; in heutiger Sicht müssen freilich auch andere als die jeweils gleichen Grundrechte der Mitmenschen bedacht werden.

Als „Ausgangspunkt jeder Begrenzungs- oder Schrankenlehre für die Grundrechte“ betont auch Klaus Stern

„die Erkenntnis, dass Grundrechte um des gedeihlichen Zusammenlebens der Menschen in einer Gemeinschaft willen nicht unbegrenzbar sein können. Insofern sind Grundrechtsschranken ‚Ausdruck der Koordinierungs- und Kompatibilitätsbedürftigkeit der Grundrechte‘ mit dem Umstand, dass alle Menschen jeweils Grundrechtsberechtigte mit unterschiedlichen Interessen und Aktivitäten sind, die ausgeglichen werden müssen, und dass Gemeinwohlbelangen Rechnung zu tragen ist“.¹¹⁰

In manchen pathetischen Freiheitsbekenntnissen wird dieser Zusammenhang übersehen,¹¹¹ und manche tatsächlich vorkommende Konflikte – wie etwa zwischen Ge-wissensentscheidungen und notwendiger Gesetzesbindung – sind ohne diese Einsicht unlösbar.¹¹²

2. Zur Terminologie

a) „Grenzen“ und „Schranken“

Die Begriffe „Grenzen“ und „Schranken“ sind weitgehend austauschbar. Sprachlich kann zwar zwischen der Bestimmung der „Grenzen“ der Grundrechte und den sozusa-

110 Klaus Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, II. Band, Tübingen 2001, S. 1 (9).

111 Man lese etwa die Auseinandersetzung von Wolfgang Kubicki mit der Corona-Bekämpfungspolitik der Bundesregierung (Die erdrückte Freiheit. Wie ein Virus unseren Rechtsstaat aushebelt. Frankfurt/Main 2021). Kubicki (S. 16) zitiert Friedhelm Hufen mit der Formulierung: „Grundrechte sind – auch wenn sie eine politische Funktion haben – immer und zuallererst eigennützig. Die Grundrechtsträger müssen sich keine Impflichtnahme für das Gemeinwohl oder die demokratische Grundordnung gefallen lassen“ (Hufen, Staatsrecht II, 8.Aufl. 2020, S. 72 f. Rn. 19). Der zweite Satz ist eine Kritik an einer „Funktionalisierung“ des Grundrechts, die nach dem Lüth-Urteil immerhin denkbar war; er bezieht sich auf Hufens Satz: „Es wäre verfehlt, den vollen Grundrechtsschutz nur bei bestimmten Motiven oder politischer Betätigung zu gewähren“. Das bedeutet aber keine Absage an den Gemeinwohlbezug und ist ganz unstreitig. Zustimmung verdient auch Hufens Feststellung, dass die Konstruktion von „Grundpflichten“ für die konkrete Lösung von Grundrechtsfällen unergiebig wäre, solange nicht der Gesetzgeber sie statuiert hat (Hufen aaO. S. 65 Rn. 24). Kubicki behandelt ein ganz anderes Thema: er will begründen, dass „auch politische Ideen des Kollektivismus, die den Einzelnen nur als Teil eines großen Ganzen sehen, mit unserer Verfassung unvereinbar sind“ (aaO. S. 16). Impflichtnahme für legitime Ziele bedeutet aber noch lange nicht Kollektivismus.

112 Dazu unten zu IV. 3. d.

gen nachträglich, in einem zweiten Schritt verfügten „Einschränkungen“ unterschieden werden.¹¹³

„Wird der Gesetzgeber im Grundrechtsbereich in der Weise tätig, dass er entweder die wesensmäßigen Grundrechtsgrenzen bestimmt oder die Grundrechte ausgestaltet (ausführt), wird er also durchweg grundrechtsdeterminierend tätig [...], so bedeutet dies, dass er die Grundrechte weder ‚einschränkt‘ und ‚beschränkt‘, noch in diese ‚eingreift‘. Konsequent zu Ende gedacht bedeutet das umgekehrt, dass dem Gesetzgeber ‚Eingriffe‘, ‚Beschränkungen‘ und ‚Einschränkungen‘ von Grundrechten untersagt sind; sie wären Verletzung der Grundrechte und ihres Wesensgehalts. Es gibt keine rechtmäßigen Eingriffe; Eingriffe sind rechtswidrig, sie sind verfassungsrechtlich unzulässig. In keinem Fall darf der Gesetzgeber über den ‚sachlichen Gehalt‘ eines Grundrechts verfügen. Die Gesetzesvorbehalte ermächtigen niemals zu Eingriffen in den ‚eigentlichen Inhalt‘ der Grundrechte; auch steht die gesetzgeberische Tätigkeit nirgends in einem rechtlichen oder logischen Widerspruch zur Grundrechtsgewährleistung. Damit wird in Bezug auf die Grundrechte ‚dem weit verbreiteten Schrankendenken eine klassische Domäne genommen‘.“¹¹⁴

Dieses Verständnis des „Schranken“-Begriffs repräsentiert gewiss ein denkbares theoretisches Konzept, es hat sich aber nicht gegen das „klassische“ Schrankendenken durchgesetzt. Die Begriffe „Schranken“ und „Einschränkung“ finden sich sogar im Text des GG (Art. 5 Abs. 2, Art. 19 Abs. 1), und die Rechtsprechung hat sich nie an den von Häberle vorgeschlagenen Sprachgebrauch gehalten.

b) Grundrechtskollisionen

Der typische Fall eines Grundrechtskonflikts ist dadurch geprägt, dass sich ein Individuum (oder eine juristische Person, s. Art. 19 Abs. 3 GG) unter Berufung auf ein Grundrecht gegen eine staatliche Maßnahme wehrt und der Staat die Grundrechtsberechtigung bestreitet – sei es dass dieses Recht nicht bestehe oder dass es nicht so weit gehe, wie es in Anspruch genommen wird. Im Kern handelt es sich dabei stets um eine Auseinandersetzung zwischen Privaten einerseits und dem Staat als Vertreter der Allgemeinheit auf der anderen Seite.

Ein großer Bereich von Grundrechtskollisionen, der allerdings die Verfassungsgerichte nur selten beschäftigt und deshalb zunächst nicht ausreichend als Thema der Grundrechtstheorie wahrgenommen wird, ergibt sich dadurch, dass verschiedene Personen dasselbe Grundrecht in Anspruch nehmen – die typische Situation von Streitigkeiten zwischen Bürgern, sozusagen „In-sich-Konflikte“ um das eine Grundrecht, sei es ein wirtschaftlich relevantes Recht (Eigentum i.W.S.), sei es ein immaterielles Recht wie insbesondere die Meinungsfreiheit.¹¹⁵ Eine Kollision zweier gleichgerich-

113 Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962, S. 222 f.

114 Häberle (vorige Fn.), S. 223. Kritisch zu der „totalen Verwerfung der Eingriffs- und Schrankenvorstellung“ schon Peter Lerche in seiner Rezension DÖV 1965, 212 (213).

115 Einen Fall der Kollision beiderseitiger Inanspruchnahme der Meinungsfreiheit kommentiert Ladeur in der Besprechung von LG Berlin, U.v. 13.12.2018, ZUM 2019, 355, 359 f.: Während das LG den Streit zweier Publizistinnen als Verletzung des allgemeinen Persön-

teter Rechte liegt viel häufiger vor, als bei der traditionellen Bearbeitung solcher Fälle deutlich wird. So steht in Streitigkeiten über die Zulässigkeit persönlichkeitsverletzender Behauptungen oft auf beiden Seiten das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit zur Erörterung,¹¹⁶ aber der Charakter der Auseinandersetzung als ein Streit um die Reichweite eines und desselben Grundrechts wird vor den Zivilgerichten nicht thematisiert.

Ein Beispiel für die grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung von Grundrechtsexpansionen hat die Richterin Evelyn Haas in ihrem Abweichenden Votum zu der Entscheidung über zwei Blockade-Aktionen¹¹⁷ herausgearbeitet. Sie hält eine Bestrafung der Aktivisten wegen Nötigung für verfassungskonform und weist darauf hin, dass zum Schutzzweck der Strafgesetze auch der Schutz der Opfer gehört:

„Auch das Opfer kann sich im Einzelfall auf die Handlungs- oder die Demonstrationsfreiheit, auf das Grundrecht auf Gesundheit und Leben berufen; Freiheiten, in denen es durch die Tathandlung beschränkt wird. Die aktive Grundrechtsausübung des Täters ist gegenüber dem zur Passivität genötigten Opfer, das seine Grundrechte wegen der Gewaltausübung des Täters nicht zur Geltung bringen kann, nicht ohne weiteres als höherwertig einzustufen.“¹¹⁸

3. Die Bestimmung der Schutzbereiche („Gewährleistungsgehalte“)

Es gibt Versuche, den Entscheidungsprozess bei der Grundrechtsrealisierung rationaler¹¹⁹ zu gestalten, indem man ihn sorgfältig strukturiert, Unklarheiten der Begrifflichkeit ausräumt, in den Sachverhalten wie in den Bewertungen die vollständige Berücksichtigung aller relevanten Aspekte sicherstellt und eventuelle Widersprüche ausschließt. So wird darum gerungen, den theoretischen Rahmen genauer zu bestimmen und die Schutzbereiche der konkreten Grundrechte wie auch ihre Grenzen entweder enger zu definieren oder eine weite Auslegung sowohl der Schutzbereiche wie auch der „Eingriffs“-Ermächtigungen zu propagieren.¹²⁰ Fraglich ist allerdings, ob

lichkeitsrechts der einen Autorin durch die Meinungsäußerung der anderen (ungenaues Zitat) behandelt, bemerkt Ladeur, dass auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit beachtet werden muss (Drittewirkung unter Privaten); dies sei „vor allem deshalb wichtig, weil die Rechtsprechung der Meinungsfreiheit als aktivem Recht ein größeres Gewicht beimisst als dem Persönlichkeitsrecht“ (aaO. S. 360). Zur Verfälschung von Zitaten als Rechtsverletzung s. schon BVerfGE 54, 208 – Böll/Walden.

116 So in dem Fall des LG Berlin, U.v. 13.12.2018, ZUM 2019, 355 (vorige Fn.) m. Anm. Ladeur S. 359 f. (360).

117 BVerfGE 104, 92 – Wackersdorf und Autobahn A 5.

118 Haas, Abw. Meinung, BVerfE 104, 115, 121.

119 Vgl. den einschlägigen Aufsatz von Wolfgang Hoffmann-Riem: Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 203.

120 So die Auseinandersetzung zwischen Wolfgang Kahl (Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 167-202, und Wolfgang Hoffmann-Riem (Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, ebd. S. 203-233 (s.vorige Fn.); s.a. ders., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Michael Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloqui-

diese Konstruktionen genug leisten, um den Zielen „Rationalität“ und – unverzichtbar – „Akzeptanz“ wirklich wesentlich näher zu kommen. Wie bei der Frage, welche Grundrechts-„Theorie“ zugrunde gelegt werden soll (muss?), ist auch beim Streit über „weite“ oder „enge“ Auslegung der Grundrechtstatbestände und -eingrenzungen keine einheitliche Lösung für die Vielfalt der denkbaren Konstellationen zu erwarten.

a) Der orientierende Gehalt von Tatbestandsbegriffen und Einschränkungsmächtigungen

Das BVerfG hat es, wie zu II. 1.¹²¹ ausgeführt, ausdrücklich abgelehnt, den Schutzbereich¹²² der Kunstfreiheit restriktiv zu definieren – zumindest dann nicht, wenn auf diese Weise Rechte Dritter geschützt werden sollen.¹²³ Das sollte nicht das letzte Wort bleiben. Die in den einzelnen Grundrechtsnormen verwendeten Tatbestands-Begriffe bilden die Normbereiche meist anschaulicher ab als die Umschreibungen der Schranken, die eher abstrakt-normativ gefasst sind. Die Gefahren für die liberale Auslegung der Grundrechte, die Wolfgang Kahl benennt,¹²⁴ sollten auch mit der Möglichkeit verglichen werden, dass durch die anfängliche Überhöhung der Individualrechte unerfüllbare Erwartungen entstehen und Grundrechtskonflikte schwerer lösbar werden.

Die „Rechte anderer“ und die „Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ (Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 und Art. 5 Abs. 2 GG) sind Begriffe der Rechtssprache ohne Bezug zu bestimmten Kategorien menschlicher Handlungsweisen. Die „Treue zur Verfassung“ (Art. 5 Abs. 3 Satz 2) lässt sich nur mit Rückgriff auf eben diese normative Verfassung interpretieren. In Art. 9 Abs. 2 wird u.a. auf „die Strafgesetze“ in ihrer Gesamtheit und die „verfassungsmäßige Ordnung“ Bezug genommen (während „der Gedanke der Völkerverständigung“ immerhin auf die inhaltliche Orientierung der Bildung von Vereinigungen verweist, so dass soziale und politische Kriterien eine Rolle spielen können). Art. 12 Abs. 1 Satz 2 enthält wiederum nur einen pauschalen Gesetzesvorbehalt.

Die im GG verwendeten Schrankenbegriffe können auch Rückschlüsse auf das Verständnis der Schutzbereiche liefern.¹²⁵ In Art. 10 Abs. 2 sind immerhin legitime Ziele

um anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53 ff., hier zitiert nach: Ino Augsberg/Sebastian Unger (Fn. 1), S. 317-341; wie letzterer zuvor schon Ernst-Wolfgang Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, *Der Staat* 42 (2003), S. 165-192, insbes. 174 ff. Zur Begrifflichkeit s.a. Herdegen (Fn. 1), Rn. 34 ff.

121 S. oben bei Fn. 4.

122 Hoffmann-Riem schlägt mit guten Gründen vor, „Schutzbereiche“ durch „Gewährleistungsgehalte“ zu ersetzen (in: ders., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte [Fn. 120], bei Augsberg/Unger S. 318 ff.); ders., Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch (Fn. 119 f.), *Der Staat* 43 (204), S. 226 ff.

123 BVerfGE 30, 173, 191; 119, 1, 23. Entschieden gegen präzisere Umschreibung der Schutzbereiche auch Wolfgang Kahl (Fn. 120), 184 ff., 199 ff. Die Gegenposition wird insbesondere verfochten von Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch (Fn. 119).

124 Kahl (Fn. 120), S. 184 ff.

125 So auch Herdegen (Fn. 1), Rn. 35.

der Grundrechtsbeschränkungen bezeichnet; dadurch (und durch die Festlegung zulässiger Mittel) ist die Reichweite der zugelassenen Beschränkungen ihrerseits begrenzt und mittelbar auch der Schutzbereich des Grundrechts (mit)geprägt. Noch deutlicher ist die Begrenztheit der Freiheitsminderung in Art. 11 Abs. 2 GG ausgedrückt, am detailliertesten aber in Art. 12a (Dienstverpflichtungen), Art. 13 (Unverletzlichkeit der Wohnung) und Art. 16a (Asylrecht). Für Grundrechtseinschränkungen bei Wehr- und Ersatzdienst wurde sogar ein eigener Artikel (17a) ins Grundgesetz eingefügt.¹²⁶ Die Artikel 10, 11, 12a und 16a sind in dieser Ausführlichkeit beschlossen worden, um wesentliche Kompromisse zwischen heftig umstrittenen politischen Positionen festzuschreiben – sprachästhetisch fragwürdig, aber ein geeignetes Mittel zur Befriedung politischer Gegensätze. In diesen Bereichen ist jedenfalls die Suche nach unausgesprochenen „verfassungsimmanenten“ Schranken entfallen; Auslegungsprobleme bleiben freilich auch hier.

b) Beispiele für alternative Interpretationen

Teleologische und historische Auslegung der Grundrechtstatbestände dürften in manchen Fallgruppen zu überzeugenderen Ergebnissen führen als die verbreitete Methode, von einem Ziel oder einer „Aufgabe“ auf das „notwendige“ Mittel zu schließen – eine durchaus kurzsinnige Argumentation, die mit „Logik“ nicht zu rechtfertigen ist.

Als ein Beispiel für die unangebrachte Ausweitung eines grundrechtlichen Begriffs nennt Hoffmann-Riem den „Verzicht auf jeden Öffentlichkeitsbezug des Versammlungsthemas“ (mit der Folge, dass eine Love-Parade als Versammlung im Sinne von Art. 8 GG angesehen wird) oder auf „das früher geforderte Tatbestandsmerkmal der inneren Verbundenheit der Teilnehmer“.¹²⁷ Das BVerfG hat sich insofern „um eine Gegensteuerung bemüht“.¹²⁸ Es hat auch klargestellt, dass Art. 8 GG nur die Teilhabe an der gemeinsamen Meinungsbildung schützt, „nicht aber die zwangswise oder sonst wie selbsthilfähnliche Durchsetzung eigener Forderungen“.¹²⁹ Umstritten ist aber geblieben, wie der „Gewalt“-Begriff zu verstehen sei,¹³⁰ und in der für die Strafgerichte entscheidenden Frage nach der „Verwerflichkeit“ ist unklar geblieben, inwiefern der „Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und dem Ort der Aktion sowie den in ihrer Fortbewegung beeinträchtigten Personen“ berücksichtigt werden muss.¹³¹

126 Dazu Veith Mehde, Art. 17a, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rn. 1, 29 ff., 51 ff.

127 Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte (Fn. 120), bei Augsberg/Unger S. 330 f.

128 Hoffmann-Riem aaO. (Fn. 120), S. 31 unter Verweis auf BVerfGE 104, 92, 103 f. – Wackersdorf/Autobahnblockade.

129 BVerfGE 104, 92, 105.

130 Zum „vergeistigten“ Gewaltbegriff s. BVerfGE 92, 1. Die Richterin Jaeger und der Richter Bryde bestreiten, dass „bereits geringfügige, nicht aggressiv gegen etwaige Opfer eingesetzte physische Hilfsmittel der körperlichen Anwesenheit an einem Ort als ‚Gewalt‘ definiert werden könnten“ (BVerfGE 104, 124 f.).

131 Dazu einerseits die Senatsmeinung BVerfGE 104, 92, 113, andererseits das Abw. Votum der Richterin Haas S. 122.

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit schützt zwar auch die Wahl des Versammlungsortes, aber nicht jede Methode der gemeinsamen Meinungsäußerung.¹³² Dass Handlungen wie das langfristige Blockieren von Verkehrswegen oder sogar das Festkleben an Straßen, wie es die Gruppe „Letzte Generation“ praktiziert hat, als verfassungsrechtlich geschützte „Versammlung“ angesehen werden sollen,¹³³ überzeugt nicht. Die Verfassungsauteuren von 1948/49 haben bei der Formulierung von Art. 8 GG gewiss nicht an eine solche Art von kollektiver Meinungsäußerung gedacht.

In einigen Fällen mag man mit Recht eine zu starke tatbestandliche Eingrenzung des geltend gemachten Grundrechts monieren,¹³⁴ eine generelle Tendenz zur Verminderung des grundrechtlichen Schutzes ist aber nicht festzustellen.¹³⁵ Vor der Entstehung „grundrechtsfreier Räume“ braucht sich niemand zu fürchten; es ist nicht nötig, jedes menschliche Verhalten und jeden sozialen Zustand durch grundrechtliche Zäune und Bastionen zu verteidigen – genau besehen, werden damit in erster Linie Klagebefugnisse und die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte befestigt und letztlich die totale Verrechtlichung des Soziallebens propagierte. Die Rechtsprechung ist jedenfalls bei der Bekräftigung grundrechtlicher Positionen schon weit vorgeprescht, z.B. indem sie nicht nur die Ausübung des Grundrechts, sondern auch die damit verbundenen Wirkungschancen – etwa bei der Forschungsfreiheit – als grundrechtlich geschützt angesehen hat („Bewirkungsfreiheit“). „Auch hier liegt ein Dilemma“.¹³⁶

Auch der EGMR hat den Wortsinn von Grundrechtsnormen in seiner Rechtsprechung zu aktuellen Problemfeldern weit hinter sich gelassen. Geradezu abenteuerlich ist die Auslegung des Art. 8 EMRK („Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz“) als Recht auf „Schutz vor den schädlichen Folgen des Klimawandels“ durch den EGMR.¹³⁷ Die extensive Auslegung des „Datenschutz“-Begriffs in Art. 8 EMRK durch den EGMR hat allerdings schon eine längere Tradition.¹³⁸

132 BVerfGE 104, 92, 105, 108. S.a. BVerfG, 1. K. d. I. Senats, NVwZ 2021, 143 (Abschließungen an Autobahnbrücken sind nicht von Art. 8 GG gedeckt) sowie Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Versammlungsfreiheit, JuS 2022, 1113, 1114.

133 Diese Meinung ist offenbar in Strafprozessen gegen Aktivisten von der Verteidigung vertreten, aber von den Gerichten, soweit ersichtlich, nicht akzeptiert worden. Das BayObLG hat erklärt, die Aktivisten hätten als milderes Mittel ihres Protestes „Grundrechte wie Art. 5, 8 oder 17“ nutzen können (B.v. 21.4.2023, NStZ 2023, 747).

134 Die Beispiele bei Kahl (Fn. 120) S. 184 ff., 193, 198 sind jedoch z.T. nicht überzeugend.

135 So aber Kahl (Fn. 120), S. 186. Krit. auch insofern Hoffmann-Riem (Fn. 119), Der Staat 43 (2004), 214 f.

136 Hoffmann-Riem, Gewährleistungsgehalte (Fn. 127), bei Augsberg/Unger (Fn. 1) S. 330.

137 E. v. 9.4. 2024, s.o. Fn. 96.

138 Der EGMR hat Art. 8 EMRK schon in der Vergangenheit in der Richtung auf ein allgemeines Selbstbestimmungsrecht entwickelt und als Elemente des „Privatlebens“ u.a. die „physische und psychische Integrität“ und auch „Gesichtspunkte aus dem Bereich des Umweltschutzes“ „herausgearbeitet“ (Birte Siemen, Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006, S. 74 ff. m.w.N.). Art. 8 EMRK wurde u.a. in Verfahren über ein Verbot der Hundehaltung (Siemen S. 65 ff.) oder über die die aktive Sterbehilfe (Siemen S. 76 f.) erörtert.

c) Subjektivierung der Schutzbereiche?

Die Bestimmung der grundrechtlichen Schutzbereiche wird nicht einfacher, wenn man – wie Ute Sacksofsky¹³⁹ es für das Recht auf körperliche Unversehrtheit vorgeschlagen hat – dabei eine subjektive Perspektive einnimmt. In der Diskussion um die Pandemie-Abwehrmaßnahmen hat sie die Ansicht vertreten, eine angemessene Beurteilung von Eingriffen in die körperliche Integrität sei nur aus der Sicht der Betroffenen möglich. Damit wollte sie die Ansicht unterstützen, dass die seinerzeit geplante gesetzliche Corona-Impfpflicht verfassungswidrig sei. Das würde bedeuten, dass ein und dieselbe staatliche Maßnahme – je nach Empfindsamkeit des oder der Betroffenen – einmal verfassungswidrig, ein andermal verfassungskonform wäre. Auf derart schwankender Grundlage kann der Staat nicht handeln. Das Gesetz soll und muss allgemein gelten. Eine ganz andere Frage ist es, wie weit sich der Gesetzgeber oder Richter bei der Formulierung von Grundrechtsgrenzen in die subjektive Lage Betroffener versetzen soll. Diese Form von „Subjektivierung“ kann vielleicht für kleine Gruppen von Betroffenen gelingen.

Auch Wolfgang Kahl plädiert für eine „Subjektivierung“ des Grundrechtsschutzes: „Im Zweifel“ komme es „auf die Wertung des Grundrechtsträgers“ an; nur dies entspreche „dem offenen Menschenbild des Grundgesetzes“.¹⁴⁰ Der Mensch, dessen „Bild“ dem Grundgesetz zugrunde liegt, lebt nicht allein unter gleich freien Menschen, sondern in einer Welt, die rechtlich geordnet ist und in der Gesetzgeber und Gerichte über die Abgrenzung der Individualrechte zu entscheiden haben. Die Berufung auf das Ideal des vollkommen staatsfreien Menschen mag in der politischen Grundsatzdiskussion angebracht sein; sobald es um die Herstellung verbindlicher Entscheidungen geht, ist Objektivierung geboten.

d) Doch ein unbegrenztes Grundrecht? Die Glaubens- und Gewissensfreiheit

Ein weites Konfliktfeld hat Art. 4 Abs. 1 GG eröffnet: Die Wahrnehmung der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit provoziert seit je besonders starke Gefühle und heftigere Auseinandersetzungen mit Andersgläubigen oder Agnostikern als die meisten anderen Freiheiten und fordert die Entscheidungsbereitschaft der Gerichte in hohem Maße heraus. Alle drei Freiheiten sind vorbehaltlos gewährleistet: Nicht nur das forum internum ist geschützt, sondern auch das forum externum, also auch die öffentliche Bekundung und Betätigung des Glaubens und das soziale Verhalten, das

139 Sacksofsky, Allgemeine Impfpflicht II – und die Abwehr des Subjektiven, VerfBlog v. 28.1.2022, <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ii-und-die-abwehr-des-subjektiven/>, DOI: 10.17176/220128-1800351-0; dazu Bull, Subjektivierung“ der Grundrechte – eine verfassungsrechtliche Sackgasse, VerfBlog v. 2.2.2022, <https://verfassungsblog.de/subjektivierung-der-grundrechte-eine-verfassungsrechtliche-sackgasse/>, DOI: 10.17176/2022/03-001135-0; s.a. Klaus Ferdinand Gärditz, Grundrechtsdogmatik auf dem Jahrmarkt der Wahrheiten?: Anmerkung zur Impfpflichtkritik von Ute Sacksofsky, VerfBlog, 2022/1/24, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/>, DOI: 10.17176/20220125-060250-0.

140 Kahl (Fn. 120), S. 185. Krit. dazu Hoffmann-Riem (Fn. 119), Der Staat 43, 2004, S. 213 („dezisionistisch“).

dem Gewissen folgt.¹⁴¹ Es liegt auf der Hand, dass insbesondere die „Realisierung“ von Gewissensentscheidungen Konflikte mit anderen und mit den staatlichen Organisationen verursachen kann. Auch die Vertreter extensiver Glaubens-, Gewissens- und Bekennenfreiheit räumen ein, dass der Schutz nicht absolut sein kann.¹⁴² Bei der Bestimmung der Verfassungswerte, die dem „Ausleben“ der Freiheit entgegenstehen können, gelangen auch sie zu durchaus weitreichenden Grenzen. So lehnt Böckenförde es zwar ab, sich auf die Wertordnung des Grundgesetzes zu berufen,¹⁴³ und setzt „die unüberschreitbaren Grenzen der Gewissensfreiheit [...] erst dort an, wo die elementaren, letzten Zwecke des modernen Staates [...] unmittelbar bedroht sind“ – aber damit sind ebenfalls wertgeladene und vor allem sehr weit gefasste Ziele gemeint, nämlich „der innerstaatliche Friedenszustand, der Bestand des Staates und die Möglichkeit seiner Sicherung nach außen, die Sicherung von Leben und Freiheit der Person, die unbedingt zu schützenden Rechte der einzelnen“.¹⁴⁴ Böckenförde spricht auch von „elementarer Sozialverträglichkeit“ und fordert von dem die Gewissensbetätigung behindernden oder ahndenden Staat zumindest Respekt vor der Gewissensüberzeugung.¹⁴⁵ Als praktischer Ansatz einer Überwindung von Gewissenskonflikten besteht ein „System von Toleranzen und partiellen Entpflichtungen“, wie es für den wichtigsten Fall, die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe, in Art. 4 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 12a Abs. 2 GG eingerichtet worden ist.¹⁴⁶

Das BVerwG hat die Gewissensfreiheit von Soldaten noch stärker betont als das BVerfG. Während das Verfassungsgericht das Interesse eines im Prüfungsverfahren abgelehnten Kriegsdienstverweigerers an der „Freiheit von jeglichem Zwang gegenüber seiner Gewissensentscheidung“ mit der Rücksicht auf die „Sicherung des inneren Gefüges der Streitkräfte“ abwägt und der „Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verfassungsrechtlichen Rang zubilligt,¹⁴⁷ dreht das BVerwG die Argumentation sozusagen um und erklärt, „zur Gewährleistung der ‚Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung‘ nach dem Grundgesetz gehöre es, stets sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt“ werde.¹⁴⁸ In dem vom BVerwG behandelten Fall hatte ein Offizier die Mitwirkung an der Entwicklung eines militärischen Software-Programms verweigert, das geeignet gewesen sei, völkerrechtswidrige Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen. Das BVerwG sprach den Offizier vom

141 BVerGE 127, 302, 327. Ausführlich dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), S. 33-88, auch in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1992, S. 200-263 (215 ff.). Das BVerfG führt das Grundrecht der Religionsfreiheit in seinem Urteil über das Schächten nur als Verstärkung der Berufsfreiheit an.

142 Böckenförde (vorige Fn.), VVDStRL 28 (1970), S. 54 und 83; Udo Di Fabio, Art. 4, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rn. 73. Di Fabio hegt sogar „erhebliche Zweifel an der Justizierbarkeit der Gewissensfreiheit“ (aaO. Rn. 74).

143 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 228 f.

144 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 231 f.

145 Böckenförde aaO. (Fn. 141), S. 232.

146 Ein anderer Fall ist die Ablehnung der Tötung von Tieren durch Jagdverpflichtete aus „ethischen Gründen“, für den § 6a BJagdG eine Alternative vorsieht.

147 BVerfGE 28, 243, 261.

148 BVerwGE 127, 302, 366.

Vorwurf eines Dienstvergehens frei. Eine Abwägung lehnte das BVerwG ausdrücklich ab;¹⁴⁹ die Lösung solcher Konflikte sei „im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz“ zu suchen, die die *beiden* kollidierenden Rechtsgüter möglichst wenig beeinträchtige. Ob die Lösung dieses speziellen Falles noch überzeugt, wenn sich viele Soldaten gleichzeitig auf Gewissensnot berufen, lässt sich bezweifeln. Es ist schwer vorstellbar, dass der Staat auch künftig die Bewertung eines für die Bundeswehr relevanten militärischen Handelns als völkerrechtswidrig der Gewissensprüfung des einzelnen Soldaten überlassen kann.

Es wird aber aller Voraussicht nach künftig weitere Fälle geben, in denen Einzelne (oder sogar ganze Gruppen von Menschen) sich auf ein Gebot ihres Glaubens oder Gewissens berufen, um staatlichen Normen den Gehorsam zu verweigern. Wie diese Fälle letztlich gelöst werden sollen und können, ist offen.¹⁵⁰

Sehr zweifelhaft erscheint es, ob die von der Rechtsprechung anerkannte „negative Religionsfreiheit“¹⁵¹ auch das Recht umfasst, vor der Wahrnehmung fremder Religionsausübung geschützt zu werden. Darin läge letztlich ein Rückfall hinter die religiopolitischen Friedensschlüsse der europäischen Geschichte, nach denen die verschiedenen Konfessionen an denselben Orten friedlich nebeneinander leben konnten und damit auch die Glaubensäußerungen der jeweils anderen tolerieren mussten. Ein gegen den Staat gerichtetes Verbot, religiöse Wahrzeichen wie das christliche Kreuz so anzubringen, dass auch Andersgläubige sie wahrnehmen können, kann zwar durch die objektiv-rechtliche Trennung von Staat und Kirche geboten sein, aber die Erfindung eines subjektiven Rechts, die Religionsausübung anderer Menschen nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen, also davon „unbehelligt“ zu bleiben,¹⁵² ist in einer multireligiösen Gesellschaft verfehlt. Nur wenn der Staat mit dem Herausstellen religiöser Symbole Menschen anderer Religionen einschüchtern wollte, könnte ein Abwehrrecht in Frage kommen.¹⁵³ Die Position des BVerfG entspricht allerdings der seit dem Elfes-Urteil vertretenen Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG als subjektives Recht auf Einhaltung der objektiven Rechtsordnung.

149 BVerwGE 127, 302, 366.

150 Böckenförde (Fn. 141), VVDStRL 28 (1970), S. 80 meint, zu der „Normallage“, die für die Auslegung vorausgesetzt werden müsse, gehörten auch der Umstand, „dass die Zahl der Gewissen, die an dieser oder jener Stelle in Konflikt zur staatlichen Rechtsordnung geraten, erfahrungsgemäß gering“ sei, und „die staatsbürgerliche Loyalität. d.h. insbesondere auch der Verzicht darauf, die Gewissensfreiheit als politische Waffe zu gebrauchen“.

151 BVerfGE 93, 1, 15 f. – „Kruzifix“-Beschluss.

152 Das BVerfG räumt ein, dass der Einzelne kein Recht darauf hat, „von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen *verschont* zu bleiben“, wohl aber darauf, nicht „dem *Einfluss* eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, *ausgesetzt*“ zu sein (BVerfGE 93, 1, 16 – Hervorhebung durch den Verf.). Bei dieser spitzfindigen Unterscheidung soll wohl entscheidend sein, dass der Staat diese Lage geschaffen hat. Die Art und Weise der Einwirkung auf die „Rezipienten“ ist damit aber nicht geklärt.

153 Zu der überzogenen Kritik an der Kruzifix-Entscheidung vgl. etwa Günter Frankenberg, Die Verfassung der Republik, Baden-Baden 1996, S. 222 ff.

e) Ein Grundrecht ohne Schutzbereich

Das vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat keinen Schutzbereich wie die Handlungsfreiheiten, und sein Gewährleistungsgehalt ist so umfassend, dass Eingrenzungen erst auf der Stufe der Beeinträchtigung möglich sind. Zwar ist in den Datenschutzgesetzen von den verschiedenen Formen des Umgangs mit personenbezogenen Daten die Rede, auf die sich die datenschutzrechtlichen Vorschriften beziehen, aber dieser „Tatbestand“ der einschlägigen Gesetze ist nicht wirklich abgrenzbar: mit den geschützten „Daten“ sind in Wahrheit nur die persönlichen Informationen gemeint, die (im Gegensatz zu den auf materiell fassbaren Trägern gespeicherten Daten) nicht sichtbar, nicht greifbar und nicht monopolisierbar sind, sondern flüchtig, veränderbar und immer wieder neu entstehend. Die Praxis ignoriert diese Lage und setzt mit den Bemühungen um eine halbwegs praktikable Eingrenzung des ubiquitären Datenschutzes bei der Prüfungsstufe „Eingriff“ an – mit der Gefahr der Vermischung verschiedener Argumente rechtlicher und tatsächlicher Art und in der Regel ohne realistische Risikoeinschätzung, daher im Ergebnis alles andere als überzeugend.¹⁵⁴ Die eigentliche Abwägung der Rechte und Interessen findet in diesem Bereich also auf der Grundlage einer ungenauen bzw. selektiven Wahrnehmung der tatsächlichen Verhältnisse statt.

f) Grundrechtsgehalte und Grundrechtsvoraussetzungen

Die expansive Auslegung, wie sie insbesondere beim Datenschutz-Grundrecht praktiziert wird, beruht teilweise auf einer Verwechslung von Grundrechtsgehalt und Grundrechtsvoraussetzungen.¹⁵⁵ Wenn das BVerfG z.B. im Volkszählungs-Urteil erklärt, dass „in seiner Freiheit [zur Selbstbestimmung] wesentlich gehemmt“ werden könne, wer „nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind“ [usw.], und damit den Schutzzanspruch des Einzelnen gegen die Verwendung „seiner“ Daten begründet,¹⁵⁶ dann beschreibt es einen wünschenswerten Zustand der Gesellschaft,¹⁵⁷ der aber durch die Wahrnehmung eines individuellen Grundrechts nicht hergestellt werden kann, selbst wenn viele Individuen dies gleichzeitig versuchen. Die totale Transparenz aller Datenströme und -verwendungen ist ohnehin nicht realisierbar; das war wohl dem BVerfG im Jahre 1983 noch nicht bewusst.

Überdies kann und soll sich der Einzelne gerade dann auf sein Grundrecht berufen, wenn (noch) keine hinreichende Transparenz besteht, die allgemeinen Verhältnisse also gerade verbessерungsbedürftig sind. Die Voraussetzungen der Freiheitsausübung

154 Vgl. die Urteile in Sachen Kfz-Kennzeichenerfassung: BVerfGE 120, 378; 150, 244; 150, 309; dazu Bull, Der Individualrechtsschutz und die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens, AÖR 145 (2020), 291 (295 ff.).

155 So schon Hans-Heinrich Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, S. 156 ff. (165 Rn. 11).

156 BVerfGE 65, 1, 43.

157 Deshalb spricht das BVerfG im folgenden Satz des Urteils auch von „einer Gesellschaftsordnung und der sie ermöglichen Rechtsordnung“.

müssen auch in anderen Zusammenhängen gegeben sein, bevor von einem Grundrecht auf bestimmte Schutzmaßnahmen gesprochen werden kann. Die Justiz ist z.B. nicht dazu eingerichtet, den Opfern von Straftaten eine aus ihrer Sicht gerechte Bestrafung aller Täter zu gewährleisten; das wird verkannt, wenn ein subjektives „Recht auf Strafverfolgung“ behauptet wird.¹⁵⁸ Auch ein „Recht auf schulische Bildung“ ist als Grundrecht viel zu allgemein formuliert.¹⁵⁹ Das individuelle Recht, Unterricht zu erhalten, ist durch die Schulgesetze hinreichend gesichert, und ein weiterreichendes Recht mag als politische Forderung nach Ausbau der Schulen begründet sein; als verfassungsrechtliche Aussage aber soll es eine Verpflichtung des Landes zu umfassender Planung und schulpolitischen Ausgestaltung sowie zum Bau und zur Einrichtung von Gebäuden und Anstellung von Lehrern begründen – womit die Entscheidungen doch wieder an die Exekutive zurückdelegiert werden müssten.

Zur Freiheitssicherung reicht es vermutlich in den meisten Fällen aus, dass bei der Anwendung des einfachen Rechts der Teilhabeanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG aktiviert wird, also die vorhandenen Normen über die Klageerzwingung angewendet werden bzw. die gleichmäßige Beachtung des jeweils geltenden Schulrechts mitsamt der Schulpflicht angemahnt wird. Wo der Rückgriff auf die geltende einfach-gesetzliche Ordnung nicht möglich ist – wie etwa beim Klimaschutz, dessen Durchführung in vielen Bereichen (wie etwa Straßenverkehr und Gebäudequalität) noch sehr unbestimmt geregelt und von zahllosen ungewissen Faktoren abhängig ist –, kann es zwar um der Öffentlichkeitswirkung willen angebracht erscheinen, dass das Verfassungsgericht eine Pflicht des Staates zur Planung der existenziell notwendigen Maßnahmen aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit herleitet. Das kann aber bei Beachtung der Konsequenzen nur eine objektivrechtliche Pflicht sein.¹⁶⁰ Wenn jeder und jede künftig eventuell betroffene Mensch auf der ganzen Welt diese staatliche Aktivität einklagen kann,¹⁶¹ ist eine rationale Planung durch die Exekutive und vor allem der ebenso notwendige politische Ausgleich zwischen den tatsächlich vertretenen Positionen nicht mehr möglich; das Gestaltungsermessen der Politik ist dann nicht mehr realisierbar.¹⁶²

158 BVerfG, 2. Kammer des II. Senats, B.v.15.1.2020, NJW 2020, 675 – Zwangsfixierung eines Patienten.

159 BVerfGE 159, 355. S. aber Munaretto (Fn. 74), Der Staat 62, 2023, 419 ff.

160 Anders jedoch das BVerfG im Klima-Beschluss BVerfGE 157, 30 (Leitsatz 4 Satz 2 und Rn. 148); *ergänzend* wird dort „im Bezug auf künftige Generationen“ eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung angenommen (Leitsatz 1 Satz 3). Kritisch dazu Berkemann (Fn. 90).

161 So im Ansatz BVerfGE 157, 30 (Leitsatz 2 c) Satz 1) und Rn. 101 sowie Rn. 173 ff.: Beschwerdebefugnis, aber keine Schutzpflichtverletzung bei Personen, die in Bangladesch und Nepal leben.

162 Der Klima-Beschluss des BVerfG verpflichtet den Gesetzgeber nur zur „Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031“ (BVerfGE 157, 30, 33 [Entscheidungsformel] und Rn. 266) – also eine „Maßnahme“, die am Zustand der Umwelt noch nichts ändert.

4. Die Anknüpfung bei der „Wertordnung“ des Grundgesetzes

a) „Verfassungsumittelbare Schranken“, „Verfassungsgüter“ und „Wertordnung“ des Grundgesetzes

In der Judikatur des BVerfG ist die Formel von den „verfassungsumittelbaren Schranken“ der an sich „unbeschränkten“ Grundrechte immer wieder bestätigt (und verkürzt) worden, so etwa in der Entscheidung über das politische Straßentheater „Anachronistischer Zug“, in der es heißt, dass „auch die Kunstfreiheit Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung finden“ kann, „die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen.“¹⁶³

Als „Verfassungsgüter“ sind inzwischen außer dem Persönlichkeitsrecht zahlreiche Zielvorstellungen und anzustrebende soziale Zustände anerkannt, die der Kunstfreiheit, aber auch anderen Grundrechten entgegengesetzt werden können. Damit kann die anfängliche Vorstellung von großen Freiheitsräumen ganz erheblich relativiert werden. Ob das wirklich angemessen ist und welche alternativen Ansätze es geben könnte, sollte näher erörtert werden.

Im „Mephisto“-Urteil hat das BVerfG – dem Lüth-Urteil folgend – betont, dass das GG „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet“ habe und dass solche „grundrechtlichen Wertmaßstäbe“ auch bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu beachten seien.¹⁶⁴ Bei der gebotenen Abwägung hat es berücksichtigt, ob von dem Grundrecht zum Zwecke privater Auseinandersetzungen oder zur Bildung der öffentlichen Meinung Gebrauch gemacht wurde; soweit es sich um „einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch eine dazu Legitimierte“ handelt, spreche „die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“¹⁶⁵ – eine nicht ganz selbstverständliche Aussage.

b) Kritik der „Wertordnungs“-Rechtsprechung

Die „Wertordnungs“-Rechtsprechung und die Vorstellung von der „Einheit des Wertsystems“ sind von Anfang an kritisiert und teilweise explizit und nachdrücklich abgelehnt worden. So hat Helmut Goerlich seine Rechtsprechungsanalyse in dem Satz

163 BVerfGE 67, 213, 228 – Anachronistischer Zug. Ebenso BVerfGE 119, 1, 23 – Roman „Esra“ von Maxim Biller.

164 BVerfGE 7, 198, 205 f.; 30, 173, 193. Im gleichen Sinne hat Peter Häberle (Fn. 113; S. 4 ff., 12 ff., 21 ff.) die Grundrechte als ein „objektives, einheitliches System von konstitutiver Bedeutung für das Ganze der Verfassung“ bezeichnet, das u.a. durch „wechselseitige Bedingtheit zwischen den einzelnen Verfassungsrechtsgütern“ und durch die „Verschränkung von öffentlichen und privaten Interessen bei Grundrechten und Grundrechtsbegrenzungen“ gekennzeichnet sei. Gegen Häberles „Theorie des großen Ineinander“ und die Vorstellung von der „materialen Einheit der Verfassung“ schon die Rezension durch Peter Lerche, DÖV 1965, 212 (213 f.). Zu Geschichte und Kritik des neuen Verfassungsverständnisses lesenswert auch Thomas Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe, 2018, S. 199 ff. (mit Auswertung der internen Materialien des Gerichts).

165 BVerfGE 7, 198, 212.

zusammengefasst: „Die Formeln von ‚Wertordnung‘, ‚Wertsystem‘ und ‚Wertvorstellungen‘ der Verfassung o.ä. entbehren jeder Legitimität, weil sie Arkancharakter besitzen“.¹⁶⁶ Goerlich weist methodisch nach, dass die „aus der kantianischen Tradition des 19. Jahrhunderts stammende Redeweise von ‚Werten‘ und deren ‚Ordnung‘ oder ‚System‘ nach und mit Kant bei der Anwendung allgemeiner Sätze nicht zur konkreten Begründung eines bestimmten Resultats der Anwendung dienen kann“.¹⁶⁷ Demgemäß wird „die rechtspraktische Verwendung der thematisierten Terminologie im Interesse der Wahrung der judiziellen Begründungspflicht verworfen“.¹⁶⁸

Dem BVerfG konnte entgegengehalten werden, dass seine „Wertordnungs“-Rechtsprechung im Kern der Idee von einem dem staatlichen Recht übergeordneten Naturrecht oder einem philosophisch begründeten „Sittengesetz“ entspreche – solche Vorstellungen hatte das Gericht in Auseinandersetzungen mit dem BGH gerade abgelehnt.¹⁶⁹ Die Lehre von den „objektiven“ Normen, die zwar keine subjektiven Rechte betroffener Individuen begründen, aber den darin bezeichneten Werten dadurch Gel tung verschaffen sollen, dass die staatlichen Organe zu entsprechenden Handlungen verpflichtet würden, baut auf der Vorstellung von der Ordnung (und Rangordnung) der in der Verfassung bekräftigten Werte auf und kann nur so weit tragen, wie diese Wertordnung als verbindlich angenommen wird. Inhaltlich passt sie zwar zu der gerade in Deutschland weit verbreiteten Neigung, praktische Konflikte mit Hilfe hochabstrakter und moralisch aufgeladener Begriffe lösen zu wollen, aber gerade diese Versuche scheitern meist an der Mehrdeutigkeit der verwendeten Formeln und dem Mangel an Realitätsbezug. Auch die Vorstellung von Europa als einer „Wertegemeinschaft“ wirkt nur schwach in die politische Wirklichkeit des Kontinents hinein.¹⁷⁰

Andererseits wäre es keine akzeptable Alternative, jegliche Einbindung der ausdrücklich gewährleisteten Grundrechte in eine ungeschriebene Ordnung höchststranger Prinzipien zu leugnen, die den „Geist der Verfassung“ ausmachen und als ultima ratio auch Einschränkungen rechtfertigen. Art. 1 GG nennt in Absatz 1 nicht nur den Schutz der Menschenwürde als das überpositive Staatsziel, sondern verweist in Absatz 2 auf „unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte“. Dieses „Bekenntnis“ impliziert mehr als eine Bekräftigung der „nachfolgenden“ ausformulierten Grundrechte.

Ein Ansatz zur Konkretisierung dieser Argumentation bestand und besteht in der „Mobilisierung von grundgesetzlichen Kompetenzbestimmungen als normativer Hort von Verfassungsgütern“; dass sich daraus aber „ein uferloses Kollisions- und Beschränkungspotential“ ergeben kann,¹⁷¹ liegt auf der Hand. Darüber noch hinaus wurden in Abwägungen zwischen Grundrechten und Verfassungsgütern hochabstrakte po-

166 Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz. Baden-Baden 1973, S. 187. Scharf kritisch auch Erhard Denninger, Staatsrecht 1, Reinbek 1973, S. 25 ff.

167 Goerlich (Fn. 166), S. 189.

168 Goerlich (Fn. 166), S. 190.

169 Auch dazu Darnstädter (Fn. 164).

170 Distanziert auch insofern Goerlich, in: Menschenrechte zwischen Aufklärung und Fundamentalismus – Fragen zu ihrer Auslegung, Jör 55 (2007), 73, 87 (m.w.N.).

171 Matthias Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 Rn. 44, s.a. Rn. 47.

litisch-normative Begriffe zugrunde gelegt,¹⁷² so die „Sicherung der Existenz und Funktionsfähigkeit des Staates“,¹⁷³ die „obersten Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates“¹⁷⁴ und die geradezu inflationär gebrauchte „freiheitliche demokratische Ordnung“.¹⁷⁵ „Funktionsfähigkeit“ wird gefordert für die Volksvertretungen,¹⁷⁶ speziell „die Rechtspflege“¹⁷⁷ und die Bundeswehr.¹⁷⁸ Auch eine „sichere Krankenversorgung“¹⁷⁹ und die „Volksgesundheit“¹⁸⁰ wurden als verfassungsunmittelbare Rechtsgüter angesehen. Seit Einführung des Art. 20a in das GG hat auch der Umweltschutz und seit einigen Jahren auch, wie schon behandelt, der Klimaschutz die Bedeutung von Verfassungsgütern erlangt.

Insgesamt aber ist die Bezugnahme auf „Werte“ oder „Verfassungsgüter“ seltener geworden. So zitiert das BVerfG in dem grundlegenden Beschluss vom 27.4.2022 zur Impfnachweispflicht die Gesetzesbegründung, in der (statt „Volksgesundheit“) der „Schutz der öffentlichen Gesundheit“ als Gesetzeszweck genannt wird, distanziert sich aber sogleich von diesem altmodisch gewordenen Begriff, indem es feststellt, dass es dem Gesetzgeber bei richtiger Deutung allein um den Schutz „der als besonders vulnerabel eingeschätzten Personengruppen vor einer COVID-19-Erkrankung“ gegangen sei.¹⁸¹ „Lebens- und Gesundheitsschutz“ seien „bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlblange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke.¹⁸²

c) Klärungs- und Differenzierungsbedarf

Um als Argument bei der Bestimmung von Grundrechtsgrenzen geeignet zu sein, müssen Rückgriffe auf verfassungsunmittelbare Rechtsgüter in mehrerlei Hinsicht eingeengt und mit konkreten Szenarien angereichert werden: beginnend mit der Klärung, ob die Erhaltung eines Zustandes (z.B. geringer Krankenstand in der Gesamtbe-

172 Eine Zusammenstellung etwa bei Stern (Fn. 110), S. 15 f.; s.a. (mit kritischer Bewertung) Heiko Sauer, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Vorb. vor Art. 1, Rn. 158 ff.

173 BVerfGE 49, 24 (56 f.) – Kontaktsperrgesetz; 67, 157 (178 f.) – strategische Überwachung des Post- und Telefonverkehrs.

174 BVerfGE 2, 1, 14 – SRP-Verbot.

175 Art. 21 Abs. 2 GG; BVerfGE 2, 1, 12 f.; 5, 85, 139; ausführlich dazu Erhard Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Erster Teil, Frankfurt/Main 1977, S. 65 ff. (mit Materialien). Zu der Kritik in der Lit. vgl. BVerfGE 844, 20 Rn. 534 ff.

176 BVerfGE 82, 322, 338 – Sperrklausel bei gesamtdeutscher Wahl 1990.

177 Vgl. etwa BVerfGE 77, 65, 76 – ZDF-Filmmaterial („unabeweisbare Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“); 80, 367, 375 – Tagebuchaufzeichnungen).

178 BVerfGE 28, 243, 261; 69, 1, 21; BVerwGE 63, 99, 101; 73, 237, 244 f.; 127, 302, 364; 168, 323, 327 f. Rn. 15. Krit. zur Formel von der „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ als Norm von verfassungsrechtlichem Rang jedoch das BVerwG in der Grundsatzentscheidung BVerwGE 127, 302, 362 ff. Zu beachten ist aber auch die ausdrückliche Ermächtigung zu Grundrechtseinschränkungen in Art. 17a GG.

179 BVerfGE 57, 70, 88 – Hessisches Universitätsgesetz.

180 U. a. BVerfGE 9, 39 ff.; 40, 196, 221.

181 BVerfGE 161, 299, 361 f. Rn. 154.

182 BVerfGE 161, 299, 362 f. Rn. 155.

völkerung oder in Teilen davon) oder die Verbesserung eines bestehenden Zustandes angestrebt wird – der Unterschied kann zu ganz unterschiedlichen Lösungen führen. Das Ziel ist damit jedenfalls noch nicht eindeutig benannt; in der Regel bezeichnet ein Zielbegriff eine breite Skala von nur teilweiser (also nur in einer geringen Zahl von Anwendungsfällen feststellbarer) bis zu weitgehender Erfüllung. Vollständig („hundertprozentig“) erreichbar ist kaum ein Ziel, das der Staat mit seinen Maßnahmen anstrebt – und eben darin ist ein Stück Freiheitlichkeit des Gemeinwesens erkennbar.¹⁸³

Aus der Kritik an der „Wertordnungs“-Lehre folgt, dass die zur Abwägung gestellten Rechtsgüter (Verfassungsgüter) nicht pauschal einander gegenübergestellt werden, sondern so konkret und differenziert wie möglich benannt werden sollten. Es handelt sich – auch bei weitgehender Konkretisierung – immer um „Prinzipien“ („Optimierungsgebote“), nicht „Regeln“.¹⁸⁴ Die betreffenden Werte oder Zielvorstellungen sollen „in möglichst hohem Maße realisiert“ werden (während „Regeln“ solche Normen sind, „die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“).¹⁸⁵ Prinzipien können in unterschiedlichem Maße bewahrt (oder auch vernachlässigt) werden; entscheidend ist, dass sie angemessen gegeneinander abgewogen werden.

d) Die angemessene Abwägung

Wenn der erste Klärungsschritt gelingt, ist der Prozess der Zuspitzung des jeweiligen Ziels noch lange nicht beendet. Folgen muss die Untersuchung, ob die geplanten bzw. zur Überprüfung anstehenden staatlichen Maßnahmen geeignet, notwendig und verhältnismäßig sind. Die Legitimität des Ziels reicht nicht aus, um alle in Betracht kommenden Mittel zu rechtfertigen. Der Schluss von einer Aufgabe auf die Befugnis zur Anwendung geeigneter Mittel liegt zwar nahe; auch das BVerfG hat ihn (in einer besonders wichtigen Entscheidung) gezogen.¹⁸⁶ Später hat das BVerfG diese „Folgerungsweise des Polizeistaates“¹⁸⁷ dadurch verdrängt, dass es zur „Disziplinierung der Polizeigewalt“¹⁸⁸ das Verhältnismäßigkeitsprinzip aktiviert hat. Mit der sorgfältigen Prüfung von Eignung, Notwendigkeit und Angemessenheit der staatlichen Maßnahmen hat es darüber hinaus in zahllosen Rechtsgebieten darauf geachtet, dass der Staat seine Befugnisse nicht im „Übermaß“ einsetzt.¹⁸⁹

183 Bull (Fn. 154), AöR 145 (2020), 291, 311 f.

184 Alexy, (Fn. 1), S. 71 ff.

185 Alexy (Fn. 1), S. 75 f.

186 BVerfGE 30, 1, 20: „Es kann nicht der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrags nötig sind“. Wie notwendig das Abhören privater Telefongespräche seinerzeit wirklich war, wird vom BVerfG nicht erörtert.

187 Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl. München 2019, Rn. 908.

188 Frotscher/Pieroth (vorige Fn.).

189 Zur Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen bei der Prüfung von Pandemie-Abwehrmaßnahmen: Markus Thiel, Freiheit vs. Sicherheit? Grundrechtliche Aspekte der

Für die Angemessenheit gibt es jedoch kaum hinreichend konkrete Maßstäbe; diese werden regelmäßig erst bei der Prüfung im Einzelfall aus den besonderen Umständen des jeweiligen Falls entwickelt. Manche frühere Entscheidungen des BVerfG, in denen „Verfassungsgüter“ gegen Grundrechte ins Spiel gebracht wurden, sind schon seinerzeit kritisch hinterfragt worden, so etwa wenn um der wirksamen Strafrechtspflege willen die Verwendbarkeit intimer Aufzeichnungen bejaht wurde,¹⁹⁰ während andere wegen ihrer sorgfältigen Argumentation von der Wissenschaft überwiegend akzeptiert wurden.¹⁹¹

Heute besteht dabei nicht nur die Gefahr, dass Individualinteressen zu gering gewichtet werden, sondern es gibt – gleichzeitig, aber in ihren konkreten Wirkungen nicht vorhersagbar – eine Tendenz, manche Gemeinwohlgüter hintanzustellen. So ist die zügige und wirkungsvolle Arbeit der Strafgerichte nicht nur durch individual-schützende Auflagen im Sinne eines weit verstandenen, auch minimale Risiken beachtenden Datenschutzes schwieriger geworden,¹⁹² sondern z.B. in Auslegung des Art. 104 Abs. 1 GG auch durch immer höhere Anforderungen an das Verfahren und die Formen bei Freiheitsentziehungen – eine geradezu selbstläufige Entwicklung, die dem Verfassungstext konsequent Rechnung trägt.¹⁹³

Geboten bleibt angesichts der Fülle üblicher (normativer!) Globalformeln die gründliche Prüfung der tatsächlich feststellbaren Wirkungszusammenhänge. Ist z.B. die „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ wirklich (immer) gefährdet, wenn ein Soldat die Generalität in herabsetzender, unsachlicher Weise kritisiert?¹⁹⁴ Gilt das auch, wenn Soldaten sich in den Kasernen kritisch über Mängellagen in der Organisation äußern? Eine solche Diskussion könnte unter Umständen sogar Verbesserungsvorschläge hervorbringen. Schwer vorstellbar ist auch, dass die „sichere Krankenversorgung“¹⁹⁵ durch die Ausübung der Kunstfreiheit gefährdet werden kann oder dass die „Erfordernisse einer sozialstaatlichen Ordnung“¹⁹⁶ durch grundrechtskonforme Verhaltensweisen Einzelner in Unordnung geraten können.

Pandemiebekämpfung, in: Hans-Jürgen Lange (Hrsg.), Politik zwischen Macht und Ohnmacht, Wiesbaden 2022, S. 49 (71 ff.).

190 BVerfGE 80, 367 – eine 4:4-Entscheidung des II. Senats.

191 So etwa die Billigung der Kontaktsperrre gegenüber gefangenen Terroristen, BVerfGE 49, 24.

192 Ausführlich Bull, Grundsatzentscheidungen (Fn. 51).

193 Vgl. etwa die Zusammenstellung der Anforderungen an die Aufklärungs-, Begründungs- und Beschleunigungspflicht bei Veith Mehde (Fn. 58), in: Dürig/Herzog/Scholz Art. 104 GG Rn. 91 ff., 128 ff., 147 ff. und 153 ff. Durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG werden Verstöße gegen die im einfachen Recht vorgeschriebenen Formen der Freiheitsentziehung zugeleich Verletzungen der Verfassung (Mehde aaO. Rn. 52; s. schon oben Fn. 58).

194 So jedenfalls mit überzeugenden Gründen BVerfG, 3. K. des II. Senats, NVwZ-RR 2008, 330. Das Gericht begnügt sich (wie auch in anderen Fällen) nicht mit der Feststellung, dass das Soldatengesetz ein „allgemeines“, der Meinungsfreiheit Schranken setzendes Gesetz ist, sondern prüft auch die Anwendung und Auslegung seiner Einzelnormen durch das Fachgericht im Sinne der Wechselwirkungs-Lehre.

195 BVerfGE 57,70, 88.

196 BVerfGE 10, 354, 370 f.; 29, 221, 235.

e) Gleichheit als konkurrierendes Prinzip?

Eine Form der Grundrechtseinschränkung ergibt sich aus dem Gleichheitsgebot. Das Grundgesetz schützt nicht nur das Freiheitsstreben, sondern postuliert auch die Gleichheit aller Menschen „vor dem Gesetz“ (Art. 3 Abs. 1). Aber das Problem ist eben, *wie* eine Harmonie von Freiheit und Gleichheit realisiert werden soll, ja ob überhaupt Gleichheit in allen Dimensionen gelten soll. Freiheit bedeutet in den meisten Lebensbereichen – nicht nur in der Wirtschaft – Wettbewerb. Damit ist zwar nach der Grundsatzformel des BVerfG keine „Wirtschaftsverfassung“ festgelegt,¹⁹⁷ aber die liberale Interpretation der wirtschaftsbezogenen Grundrechte führt zwingend zum Konkurrenzkampf und damit zur Ungleichheit der Ergebnisse. Auch in Kunst und Wissenschaft wird Wettbewerb propagiert und praktiziert; Gleichheit der künstlerischen und wissenschaftlichen Produktion und damit Gleichheit des sozialen oder wirtschaftlichen Status ist unerwünscht.

Konsequente Gleichbehandlung ist überall da geboten, wo ein Grundrecht unabhängig von besonderen Eigenschaften oder Verhältnissen des Grundrechtsträgers gewährleistet ist, also etwa beim allgemeinen Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 Satz 1) und (wegen ihrer Bedeutung für die demokratische Teilhabe *aller* Bürgerinnen und Bürger) in den Schutzbereichen der politischen Grundrechte (Art. 5 Abs. 1 und Art. 8), aber auch dort, wo Unterschiede etwa der Bildung oder des Einkommens keine Rolle spielen sollen, also bei den für das Zusammenleben in der Gesellschaft ebenso wesentlichen „privaten“ Freiheiten, die in den Artikeln 9, 11 und 12 statuiert sind.¹⁹⁸ Je komplexer aber die zu bewertenden Lebensverhältnisse sind, desto differenzierter können sie rechtlich geordnet werden. So ist zwar auch das Steuerrecht von dem Grundsatz geprägt, dass jeder und jede Steuerpflichtige „ohne Ansehen der Person“, allein nach der Leistungsfähigkeit besteuert werden darf, aber die faktischen Unterschiede der Leistungsfähigkeit sind enorm groß, so dass schon dadurch der Maßstab der Gleichheit äußerst schwer anwendbar ist, und die Tatbestände der Steuergesetze sind unvermeidlich so vielfältig und untereinander verschieden, dass die Gleichheit der Besteuerung selbst bei Einsatz modernster Informationsverarbeitung kaum noch nachvollziehbar, geschweige denn vollständig planbar ist.¹⁹⁹

V. Bewertung und Ausblick

1. Im Ergebnis erweist sich die alltägliche Erfahrung als zutreffend, dass keines der grundgesetzlichen Grundrechte unbegrenzt oder schrankenlos gewährleistet und dementsprechend auch die Freiheit nicht „grenzenlos“ sein kann. Wie die Grenzen zu ziehen sind, ist für jedes Grundrecht gesondert und spezifisch zu bestimmen; dazu

197 BVerfE 4, 7, 17 f. – Investitionshilfegesetz; s.a. BVerfGE 50, 290, 337 f. – Mitbestimmung.

198 Wohl aber darf und muss u.U. auf das Alter und das Geschlecht der Grundrechtsträger abgestellt werden: Vergünstigungen für Jugendliche und Alte sind z. B. ebenso zulässig wie Entlastungen von Frauen und Kindern von schwerer körperlicher Arbeit. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist insofern zu schematisch angelegt.

199 S. aber z.B. BVerfGE 138, 136 zur Gleichbehandlung im Erbschaftsteuerrecht.

sind die tatsächlichen Verhältnisse, innerhalb derer das jeweilige Grundrecht ausgeübt wird, und die rechtlichen Bedingungen umfassend zu untersuchen. Bestimmte Auslegungsprinzipien folgen zeitgeistigen Vorstellungen oder sind durch neuere tatsächliche Entwicklungen fragwürdig geworden; auf diese Problematik ist besonders hinzuweisen. Entscheidungen des BVerfG zu umstrittenen Einzelfragen sind nach wie vor kaum prognostizierbar.

2. Die dominierende Form der Grundrechtsdogmatik, wie sie vom BVerfG geprägt worden ist, ist „*liberal*“. So wird gesagt, die „sorgfältige, ja akribische Darstellung des Wechselspiels zwischen Freiheit und Schranke“ im „*Soldaten sind Mörder*“-Urteil entspreche „mit ihren Ergebnissen ohne jeden Abstrich dem liberalen Verfassungsverständnis“.²⁰⁰ Ob aber dieses perfekt liberale Vorverständnis den tatsächlich vorkommenden Grundrechtskonflikten und den Idealen der Verfassungsauteuren wirklich gerecht wird, ist nicht nur dann fragwürdig, wenn man die ausschlaggebende Argumentation in jenem konkreten Fall – nämlich die Suche nach der Auslegung, die dem Äußernden zu Lasten Dritter den größten Spielraum lässt – für falsch hält.

3. Frühere Bemühungen, die „*Wertordnung*“ des Grundgesetzes als übergeordnetes Leitsystem zu etablieren, sind gescheitert, auch wenn in manchen Zusammenhängen weiterhin auf „Werte“ und ihren Rang Bezug genommen wird. Allenfalls Kants Kategorischer Imperativ könnte noch als systematischer Urgrund der verschiedenen Grundrechte gelten. Aber damit wäre doch erst die Aufgabe formuliert, die von der juristischen Dogmatik (und der Kunst und Erfahrung der Richter) gelöst werden soll. Auch die in den Sozialwissenschaften viel beschworene Pfadabhängigkeit sozialer Entwicklungen hilft der Rechtswissenschaft kaum weiter; sie kann Kontinuität und Verlässlichkeit nicht garantieren – weil die Pfade, die die Vorgänger geebnet haben, zu breit sind und manchmal sogar Sackgassen darstellen, die vom Ziel wegführen. Das BVerfG hat aber eine Methode entwickelt, „verfassungsumittelbare“ Rechtsgüter ohne naturrechtlich oder religiös begründeten Ewigkeitscharakter herauszufinden und mit den ausdrücklichen Grundrechten abzuwägen.

4. So wichtig auch der Schutz der hochrangigen Verfassungsgüter ist, so bleibt doch unbestreitbar, dass mit der stärkeren Infliehnahme des Staates für das individuelle Wohlergehen seiner Bürger die Tendenz zum verfassungsgerichtlichen *Paternalismus* gewachsen ist und letztlich die Gefahr besteht, dass die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gemindert wird – weil der vom Staat vermittelte, immer weitergehende Schutz der einen Seite bei der jeweils anderen Seite zur Belastung wird.

5. Die Expansion der Individualrechte und speziell die immer weitere Ausdehnung der Jedermanns-Befugnis, Verfassungsbeschwerde zu erheben, begründet einen erheblichen *Machtgewinn* des *BVerfG* und vermindert die Fähigkeit des politischen Systems, Entscheidungen zu erarbeiten und durchzusetzen, die zur Bewältigung der großen Staatsaufgaben – Umwelt- und Klimaschutz, Friedenssicherung, Wirtschaftswachstum, soziale Gerechtigkeit – erforderlich sind. Die begründete Sorge vor der Aufhebung politischer Beschlüsse durch das Verfassungsgericht fördert die Tendenz, sich auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu einigen. Im Extremfall könnte die Entmachtung des Gesetzgebers den Freiheitsgewinn der Einzelnen überkompensieren.

200 Bethge, in: Sachs, GG (Fn. 29), Art. 5 Rn. 33a.

6. Speziell die *Klimaschutz-Rechtsprechung* findet zwar den Beifall fast aller politischen Kräfte, aber ob sie dauerhaft zu entschiedener Klimaschutzpolitik führt, ist durchaus zweifelhaft. Zu befürchten ist nämlich, dass die vom Gericht bekräftigten weitreichenden Ziele („intertemporaler Klimaschutz“, „Freiheitschancen über die Generationen“) trotz aller Bemühungen nicht erreicht werden. Für Regierung und Parlament ist es zwar leicht, Ziele festzulegen und auf richterliche Anordnung hin noch einmal zu verschärfen, aber es ist schwerer denn je, die materiellen Konflikte zu lösen, die einen effektiven Klimaschutz tatsächlich erschweren. Die Zielfestlegung erfordert nur mutige Beschlüsse der Verfassungsorgane, aber der eigentliche Streit in Politik und Gesellschaft betrifft die Maßnahmen, also die konkreten Entscheidungen zur Erreichung der hochgesteckten Ziele, insbesondere über das gebotene ressourcenschonende Konsumverhalten der Individuen, die Nachrüstung von Wohngebäuden sowie die Investitionen von Unternehmen und/oder die Unterlassung klimaschädlicher Investitionen. Diese Entscheidungen über praktische Politik können von den Gerichten nicht getroffen werden, weil ihre Auswahl und genaue Umschreibung weder von den Beschwerdeführern hinreichend eindeutig („normenklar“) beantragt noch von den Gerichten selbst vorgenommen werden kann. Wagt das Verfassungsgericht gleichwohl solche Entscheidungen, so sind sie nicht vollstreckbar. Je mehr solcher nicht umsetzbarer Entscheidungen ergehen, desto schneller wird sich der von ihnen ausgehende Reformschwung verbrauchen, und das Vertrauen in die Justiz wird ebenso enttäuscht werden wie das in „die Politik“.

7. Entscheidungen des BVerfG sind bisweilen in einem pathetischen Stil verfasst, der die Schwierigkeiten der Rechtsprechung kaschiert und in einem irritierenden Gegensatz zu dem des heute üblichen politischen Streits steht. Während die Sitten in den „sozialen“ Medien und teilweise auch in den parteipolitischen Auseinandersetzungen verrohen, legt das BVerfG seiner Beurteilung weiterhin das Bild von Bürgerinnen und Bürgern zugrunde, die ausschließlich rational und aufgeklärt handeln – und die, wenn das einmal nicht so sein sollte, keine schweren Folgen zu befürchten haben. Der Staat aber erscheint den Liberalen aller Parteien und eben auch dem BVerfG immer noch als der eigentliche Feind der Freiheit – eine Fehleinschätzung, nicht zuletzt weil das Gericht selbst die Politik immer wieder rechtsstaatlich eingebunden hat.

8. Die beschriebenen Dilemmata der Grundrechtsdogmatik verdeutlichen auch, dass die Rechtsprechung für Weiterentwicklungen offen ist. Es mangelt nicht an Vorschlägen und auch nicht an Lösungsansätzen, wie die Rechtsgemeinschaft auf (alte und neue) Konflikte eingehen könnte, sondern an Konsens über die Methoden und Wege der Konfliktlösung. Der Konsens muss auf den verschiedenen Ebenen der Volks- und Staatswillensbildung immer aufs Neue erarbeitet werden.

Ulrich K. Preuss*

Krieg in Europa: Das Ringen um globale Macht

– Geopolitik – Gewalt – Konsequenzen –

Abstract

The article outlines the significance and causes of armed conflicts and, on this basis, develops approaches for dealing with the war in Ukraine.

Résumé

L'article décrit la signification et les causes des conflits armés et formule sur cette base des propositions pour résoudre la guerre en Ukraine.

I. Der Krieg als internationales Ordnungsproblem

Mein Thema: Den Krieg zu begreifen.

Um den Krieg zu begreifen, müssen wir zuallererst klären, was das Wort „Krieg“ uns eigentlich sagen will. Die Semantik des Wortes lässt nicht erkennen, welche Bedeutung es hat. Man müsste dann schon in das Zeitalter des Mittelhochdeutschen eintauchen, um fündig zu werden. In unserem Zeitalter versteht man unter dem Begriff des Krieges eine mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzung zwischen Staaten. Allerdings gibt es immer wieder Versuche, diesem Tatbestand einen anderen Namen zu geben; gegenwärtig ist es z.B. in Russland verboten, den militärischen Angriff auf die Ukraine als „Krieg“ zu bezeichnen. Im dortigen Sprachgebrauch handelt es sich um eine „militärische Spezialoperation“ – in dieser Formulierung kommt zum Ausdruck, dass ein Imperium ein als ungehorsame oder abtrünnige Provinz definiertes Volk durch diese Spezialoperation mit militärischer Gewalt unter seine Herrschaft zwingen will. Im Jahr 1968 wurde der Einmarsch des sowjetischen Militärs in die damalige Tschechoslowakei als „brüderliche Hilfe für einen befreundeten Staat“ gekennzeichnet.

* Dieser Beitrag und der anschließende von P.-A. Albrecht nehmen Bezug auf die zugängliche Quelle: 69., *Pankower Waisenhausgespräch*‘ (26.4.2024) im ehemaligen Jüdischen Waisenhaus in Berlin: „**Krieg in Europa: Das Ringen um globale Macht / Geopolitik – Gewalt – Konsequenzen**“. Der Beitrag von H. Roggemann, ehemaliger Leiter des Osteuropa-Instituts der Freien Universität in Berlin, liegt nur in mündlicher Vortragsfassung vor. Dessen Beitrag „*Revolution oder Staatsstreich? 10 Jahre Euro-Maidan in der Ukraine: Vorgeschichte, Ereignisse, Folgen*“ bietet nähere Quellen. Alle drei Vorträge und Reaktionen aus dem Publikum wurden per Video erfasst und sind zu hören unter: www.cajewitz-stiftung.de/pankower-waisenhausgespraeche/

Um derartige begriffliche Vernebelungen eines Krieges zu vermeiden, wurde bereits 1948 eine präzise Beschreibung des Krieges in das internationale Recht eingeführt: ein Krieg ist danach ein „internationaler bewaffneter Konflikt“.¹ Diese neutrale Beschreibung wurde seinerzeit gewählt, um damit ein unmissverständliches Kriterium für die Anwendung des humanitären Völkerrechts zu etablieren. Kein Staat sollte die Gelegenheit haben, sich der Verpflichtung zur Einhaltung des im Krieg geltenden humanitären Völkerrechts durch semantische Verschleierungen zu entziehen.

Mindestens ebenso bedeutsam ist die mit der Bezeichnung „internationaler bewaffneter Konflikt“ einhergehende Beseitigung des Verständnisses des Krieges als ein Konflikt zwischen den beteiligen Staaten. Der mit Waffengewalt ausgetragene Konflikt ist vielmehr ein „internationaler Konflikt“, betrifft daher keineswegs nur die jeweiligen Kriegsparteien – er betrifft die internationale Ordnung insgesamt. Diese Ordnung besteht in dem real existierenden und völkerrechtlich sanktionierten friedlichen Zustand des durch Macht- und Rechtsverhältnisse strukturierten Neben- und Miteinanders der gegenwärtigen Staatenwelt. Mit anderen Worten: ein internationaler bewaffneter Konflikt ist eine Herausforderung vor allem an diejenigen Kräfte, die kraft ihrer materiellen und immateriellen Machtressourcen wesentliche Träger der internationalen Ordnung und daher in der Lage sind, den internationalen Konflikt in die Normalität dieser Ordnung zurückzuführen und damit zu beenden.

Eine weitere Folge des an der Aufrechterhaltung der internationalen Ordnung orientierten Begriffs des „internationalen bewaffneten Konflikts“ ist die darin liegende Tendenz, den aus der politischen Vormoderne überkommenen, gedanklich aber auch in der Gegenwart noch häufig verwendeten Begriff des „gerechten“ Krieges aus dem internationalen Diskurs auszuschließen. Angesichts der Zerstörungskraft der modernen Waffensysteme einschließlich der Fähigkeit nuklearer Waffen, das menschliche Leben auf diesem Planeten gänzlich auszulöschen, sind internationale bewaffnete Konflikte primär als Ordnungsstörungen zu betrachten, ungeachtet der Tatsache, dass es natürlich weiterhin den Tatbestand des rechtlich und moralisch verwerflichen Angriffskrieges gibt und geben wird. Doch muss bei den Bemühungen um die Beendigung des internationalen bewaffneten Konfliktes die Wiedergewinnung der internationalen Ordnung als einer friedlichen Ordnung das maßgebliche Kriterium der Beendigung des Konfliktes sein. Die Suche nach Gerechtigkeit in den internationalen Beziehungen bedarf schon in Friedenszeiten eines Sisyphos – in Zeiten des Krieges ist sie vollends zum Scheitern verurteilt und wirkt nicht selten sogar als Brandbeschleuniger.

Normative Fragen – wie die Themen der Kriegsschuld, der Verfolgung von Kriegsverbrechen, der strafrechtlichen Anklage der Verantwortlichen für einen Angriffskrieg – müssen vor dem obersten Ziel der politischen Beendigung des Krieges zurückstehen. In der gespaltenen Welt von heute gibt es kaum Möglichkeiten der Übereinstimmung in Wertfragen – die Chancen eines Friedens müssen auf dem Felde der Interessen gesucht und ergriffen werden. Die in dem Bezuggriff des internationalen bewaffneten Konfliktes enthaltene politische Orientierung an der Wiederherstellung

1 Vgl. das „Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 11. August 1949 über den Status der Opfer internationaler Konflikte (Protokoll I), UNTS Vol. 1125, p. 3; dt. BGBl. 1990 II S. 1551.

der friedlichen internationalen Ordnung führt zu der inneren Konsequenz, dass das Ziel des Krieges nicht in einem militärischen Sieg, sondern in der Wiederherstellung des Friedens liegt.

II. Über Ursachen eines internationalen bewaffneten Konfliktes

Die Suche nach den Ursachen eines Krieges besteht nicht in dem Bemühen um Vorwerfbarkeit, d.h. um die Zurechnung von Schuld an identifizierbare Personen oder Institutionen. Die Ursachenforschung bewegt sich in der normfreien Sphäre der objektiven Bedingungen, die zu dem Konflikt und dessen militärische Austragung geführt haben.

1. Die klassische Benennung einer Kriegsursache stammt von dem Historiker des antiken Griechenland Thukydides (454 – 396 vor unserer Zeitrechnung). In dessen auch heute aus guten Gründen immer wieder gelesenen Bericht über den Peloponnesischen Krieg zwischen Athen und Sparta (431 – 404 vor unserer Zeitrechnung) gibt er die folgende Erklärung für den Ausbruch des Krieges: Als die aufstrebende Macht Athens ein für das hegemoniale Sparta nicht mehr hinnehmbares Maß angenommen hatte, schritt Sparta zum Krieg. Auch heute wird auf diese Deutung des Thukydides immer wieder meist zustimmend hingewiesen.² Auf die heutige Zeit übertragen: der Aufstieg neuer und der Niedergang einer bisherigen hegemonialen oder jedenfalls führenden Ordnungsmacht löst in der Regel eine kriegerische Auseinandersetzung aus – da es in der Staatenwelt keine übergeordnete souveräne Macht gibt, leben Staaten in ständiger Unsicherheit mit der Folge, dass bedeutsame Veränderungen der bestehenden Machtverhältnisse das Maß der Unsicherheit erhöhen und sehr häufig zu gewaltsamem (und selten erfolgreichen) Versuchen der Wiedergewinnung von internationaler Sicherheit führen.
2. Eine weitere Ursache von internationalen bewaffneten Konflikten kann aus der Unzufriedenheit eines Staates mit dem Maß seiner Anerkennung resultieren, die er innerhalb der in der Staatenwelt herrschenden Rangordnung genießt. Hier geht es einem Staat nicht primär um seine Sicherheit, Grenzen, Territorium, Bodenschätze und dergleichen, sondern um seine Anerkennung und sein Ansehen als eine bedeutsame Macht im Gefüge der internationalen Gemeinschaft. Man spricht hier von dem Phänomen der Statusunzufriedenheit mit der möglichen Folge von Statuskriegen.³ Ein historisches Beispiel ist der Erste Weltkrieg, zu dessen Ursachenbündel Deutschlands Streben nach einer seinem Potential entsprechenden Status in der Gruppe der damaligen Weltmächte gerechnet wird. Auch zu den Ursachen des Zweiten Weltkrieges spielte Statusunzufriedenheit eine gewisse Rolle: Deutschlands Unzufriedenheit mit seiner Kennzeichnung als Schuldiger des Ersten Weltkrieges im Versailler Vertrag war ein bedeutendes Element in dem Bündel von Triebkräften für Hitlers Machtergreifung und sein erkennbares Streben nach einer Revision der Bedingungen des Versailler Vertrages.

2 Vgl. z.B. M. Howard, *The Causes of Wars and other essays*. London 1983, S. 7 ff.

3 J. Renshon, *Fighting for Status: Hierarchy and Conflict in World Politics*. Princeton NJ 2017.

Schaut man auf die gegenwärtigen Weltverhältnisse, so wird man sich an Putins Aussage erinnern, dass das Ende der Sowjetunion am 26. Dezember 1991 die „größte geopolitische Katastrophe des 20. Jahrhunderts“ gewesen sei. In dem Triumphalismus des Westens, der in dem Untergang der Sowjetunion einen endgültigen Sieg im Kalten Krieg und den Anbruch des Zeitalters der alternativlosen Herrschaft von Freiheit und Demokratie nach den Vorstellungen des Westens missverstand, dachte man nicht an den Verlierer, immerhin neben den USA die andere Weltmacht. Vor allem dachte man im Westen nicht an die Konsequenzen für die Stabilität der internationalen Ordnung. So kann man in den imperialen Träumen Putins über die historische Mission Russlands durchaus das Ressentiment der Statusunzufriedenheit der gegenwärtigen politischen Eliten Russlands herauslesen. In einer Interviewäußerung Henry Kissingers steckt ein nicht ein nur ganz winziges Körnchen Wahrheit: „Er [Putin] hat, denke ich, den Eindruck gewonnen, er werde nicht ernst genommen. Die Ukraine ist für ihn ein Symbol für Russlands Erniedrigung. ...“⁴

III. Wie den Ukraine-Krieg beenden: über teilbare und unteilbare Konflikte (A. O. Hirschman)

Ungeachtet der noch anhaltenden militärischen Kämpfe müssen die nicht unmittelbar am Konflikt beteiligten Regierungen sich Gedanken über die Nachkriegsordnung machen. Es gibt einige Barrieren, die man zuvor überwinden muss:

1. Der Krieg wird missverstanden, wenn er als „ein Systemkonflikt über Demokratie und die normativen Grundlagen der Weltordnung“ gedeutet wird. Konflikte über Normen sind nicht lösbar – der Krieg muss in einen anderen Verständnishorizont gestellt werden. Trotz aller zweifellos vorhandener Wertkonflikte ist er doch in erster Linie Ausdruck von Interessenkonflikten – jedenfalls sollte er in allen politischen und diplomatischen Bemühungen zu seiner Beendigung als ein solcher gerahmt werden.
2. Die militärische Logik verbietet einen Waffenstillstand – mal ist die militärische Lage zu gut, um in einer solchen Lage aufzuhören und zu verhandeln; mal ist sie aber zu schlecht, um jetzt mit Erfolg verhandeln zu können – in jedem Fall muss man weiterkämpfen. So eine Denkweise ist eine Art *perpetuum mobile* der Kriegsführung.
3. Es gibt ein verbreitetes Missverständnis über werteorientierte Außenpolitik: sie kann nicht bedeuten, die für den Westen geltenden Werte als universell gültig durchsetzen zu wollen – sie sind westlich, d.h. sie werden von großen Teilen der Welt nicht geteilt. Die Diplomatie der Demokratien westlichen Typs muss weltoffener werden. Aus professionellen Gründen muss sie sich mit einer Haltung der Empathie in das Denken, Fühlen und Handeln nicht-westlicher Akteure hineinsetzen.
4. Als eine **methodische** Hilfe könnte sich die von Albert O. Hirschman vorgeschlagene Unterscheidung zwischen zwei Arten von Konflikten erweisen. Er un-

4 DIE ZEIT v. 25. Mai 2023, S. 2.

terscheidet zwischen ***Mehr-oder-weniger- Konflikten und Entweder-oder-Konflikten***:

Erstere sind typischerweise Streitigkeiten über teilbare materielle Güter oder Lasten, d.h. Verteilungskonflikte, wie sie auch in der internationalen Politik mehr oder weniger routinemäßig gelöst werden (z.B. die Verteilung Anteile an Lasten für die Reduzierung der ökologischen Schäden für den Planeten). Ein Grenzfall bilden Territorien von Staaten, da auf ihnen Menschen leben, die mit diesem Territorium typischerweise gefühlsmäßig eng verbunden sind.

Letztere sind Konflikte über unteilbare Gegenstände, typischerweise über religiöse, ethnische, nationale und sprachliche Angelegenheiten, d.h. Konflikte über Werte und Identitäten. Offenkundig lassen sich Entweder-oder-Konflikte nicht in teilbare Gütermengen quantifizieren. Soweit erkennbar, hat es in der Geschichte der Menschheit nur drei Muster für den Umgang mit dieser Art von Konflikt gegeben:

- (1) Unkenntnis bzw. Nicht-Wahrnehmung eines Konfliktpotentials,
- (2) Toleranz des wahrgenommenen Konfliktes,
- (3) Gewaltsame Reaktionen wie Krieg gegen oder Vernichtung des als Feind gebrandmarkten Anderen, Fremden, Außergewöhnlichen.

Die Geschichte der Entstehung von Religionen und anderer neuartiger geistiger Erungenschaften enthält dazu reiches Material. Immerhin gibt es bereits aus der Feder eines prominenten Militärhistorikers ein schmales Buch unter dem hoffnungsvollen Titel „The Invention of Peace“.⁵

Unter den heutigen Bedingungen kann es nur darum gehen, den Krieg als ***Entweder-oder-Konflikt*** in einen ***Mehr-oder-weniger- Konflikt*** zu überführen:

- Zeitliche Streckung und Sequenzierung von Lösungen
- Unbeteiligte Ordnungskräfte (Brics-Staaten?⁶ G-7 Staaten? G-20 Staaten?)

Wichtig ist die Erkenntnis, dass der Ukraine-Krieg ein gravierendes Ordnungsproblem der Weltgesellschaft ist, das nur durch höchste Anstrengung und die Mobilisierung ihrer Ordnungsressourcen einer Lösung zugeführt werden kann. Die Froschperspektive der unmittelbaren Kriegsparteien nicht weniger als die der jeweiligen Verbündeten muss überwunden werden – ein trivialer, aber deswegen nicht weniger dringliche Appell an die Politik.

5 M. Howard, The Invention of Peace: Reflections on war and international order. London 2000.

6 2006 durch Brasilien, Russland, Indien und China. 2010 erfolgte eine Erweiterung um Südafrika, zu Jahresbeginn 2024 um Ägypten, Äthiopien, Iran und die Vereinigten Arabischen Emirate, nun zuweilen auch als **BRICS plus**.

„Zum ewigen Frieden“ nach Immanuel Kant oder gemäß aktueller Vernunft: Zum Ausgleich der Interessen globaler Macht

Abstract

Immanuel Kant's birthday was 300 years ago recently. His essay 'On Perpetual Peace' (Reclam 2014) can be understood as a frame of reference and an early wise warning against (currently misguided) globalisation, which he mockingly referred to as 'world citizenship' (in a natural state), but without any hope of its 'legal state'. If we want to follow Kant, today's geopolitical perspective would have to search for 'federative associations' in order to secure world peace.

Resumé

L'anniversaire d'Emmanuel Kant a récemment eu lieu il y a 300 ans. Son ouvrage *Vers la « paix perpétuelle »* (Reclam 2014) peut être considéré comme un cadre de référence et un avertissement précoce et sage contre la mondialisation (actuellement mal orientée), qu'il qualifie déjà par dérision de « droit de cité mondial » (à l'état de nature), mais sans espoir de le voir devenir un « état juridique ». Si nous voulons suivre Kant, la perspective géopolitique d'aujourd'hui devrait rechercher des « associations fédérative » afin de garantir la paix mondiale.

Immanuel Kants Geburtstag lag kürzlich 300 Jahre zurück. Seine Schrift „Zum ewigen Frieden“ (Reclam 2014) kann man als Bezugsrahmen und frühe weise Mahnung vor (aktuell fehlgeleiteter) *Globalisierung* verstehen, von ihm spöttisch schon als „*Weltbürgerrecht*“ (im *Naturzustand*), aber ohne Hoffnung auf dessen „*rechtlichen Zustand*“ bezeichnet. Man muss sich wohl gerade in den heutigen *Systemperspektiven zur Geopolitik* auf die Suche nach „*föderativen Vereinigungen*“ machen, will die Menschheit überleben.

I. Präliminarartikel

Kants „philosophischer Entwurf“ wird durch sechs Präliminarartikel „Zum ewigen Frieden“ unter Staaten eingeleitet:

- „1. Es soll kein Friedensschluß für einen solchen gelten, der mit dem geheimen Vorbehalt des Stoffs zu einem künftigen Kriege gemacht worden ist.
2. Es soll kein für sich bestehender Staat (klein oder groß, das gilt hier gleichviel) von einem anderen Staate durch Erbung, Tausch, Kauf oder Schenkung erworben werden können.
3. Stehende Heere (miles perpetuus) sollen mit der Zeit ganz aufhören.

4. Es sollen keine Staatsschulden in Beziehung auf äußere Staatshandel gemacht werden.
5. Kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines anderen Staats gewalttätig einmischen.
6. Es soll sich kein Staat im Kriege mit einem andern solche Feindseligkeiten erlauben, welche das wechselseitige Zutrauen im künftigen Frieden unmöglich machen ...“

II. Was kann man in Anlehnung an Immanuel Kant für den heutigen Weltfrieden folgern?

Kants Mahnung: Eine vom Gegenteil dieser Sollensmaximen gekennzeichneter Krieg führt zur „Vertilgung beider Teile und allen Rechts“ und ist ein „*Ausrottungskrieg*“, der „*den ewigen Frieden nur auf dem großen Kirchhofe der Menschengattung stattfinden lassen würde*“

(Reclam aaO, S. 8)

1. Nehmen wir Bezug auf systemische Perspektiven von Geopolitik, die *Ulrich K. Preuss* thematisiert. Der *USA/Nato/Ukraine versus Russland-Krieg* ist keineswegs nur ein Macht-Krieg zwischen zwei Ländern, sondern er tangiert die Ordnungsinteressen der Weltgemeinschaft als Ganzes. Weit über einen kriegerischen dualen Ansatz hinaus liegt der Keim für diesen Krieg in der *Versagung von Anerkennung* der untergegangenen UdSSR bzw. nun der Russländischen Föderation als deren Nachfolger. Der Westen geriert sich – wie es Ulrich K. Preuss in Anlehnung an den verstorbenen USA-Außenminister Kissinger zum Ausdruck bringt – als Gewinner auf den Trümmern der Sowjetunion. Das ist mit Kants Worten ein „*Ausrottungskrieg*“ – vieler gegen einen, möchte ich ergänzen, und zwar vice versa. Die meisten der sechs Aspekte im obigen Präliminarartikel treffen für diesen West-Ost-Krieg zu, insbesondere der letzte Punkt, da die gegenseitigen Feindseligkeiten das wechselseitige Zutrauen im künftigen Frieden unmöglich machen. Also alles läuft auf Ausrottung hinaus, was nur starke und einflussreiche Dritte (durchaus auch im eigenen Interesse) zu verhindern in der Lage sein dürfen. Aber woher nehmen und nicht nur hoffen?
2. Nehmen wir weiterhin Bezug auf die Position von *Herwig Roggeman*. Er sieht im *Maidan-Geschehen* die wesentliche Ursache und gar den „*Kippunkt*“ für das kriegerische Geschehen auf dem Boden der (vorab völkerrechtlich anerkannten) Ukraine (vgl. ders. 2015: *Ukraine-Konflikt und Rußlandpolitik*, BWV). In seiner Analyse aus dem Jahr 2015 spricht der Autor dem Maidan bereits den Charakter einer Revolution ab. Er sieht in die mehrere Monate andauernden, anfangs demokratisch initiiert, später aber gewaltsam betriebenen politischen Systemwechsel einen Großkonflikt zwischen Ost und West aufziehen – mit eindeutiger Unterstützung des Westens. Ein Oligarch (Präsident Janukowitsch), der auf Differenzierung zwischen den Machtblöcken Rücksicht zu nehmen gedachte, wurde durch einen anderer, strikt Westzugewandten (Präsident Poroschenko), im Zuge schwerer Gewaltexzesse ersetzt.

Ohne diesen *gewaltsamen Machtwechsel* – so Roggemanns Darlegungen – sind die Sezessionen der Krim und im Donbass (Donez und Luhansk) nicht zu verstehen. Ebenso wenig ist der *militärische Einmarsch Russlands* in die Ukraine ohne das 2015 hektisch herbeigeführte Assoziierungs-Abkommen zwischen der EU und der Ukraine, das Russland außen vorließ und die bis dahin konsentierte Sicherheitscharta für West und Ost auflöste, nicht zu verstehen. Hinter all dem – so Roggemann – standen die USA und der rechtsnationale Sektor unter Svoboda und die faschistische Bandera-Renaissance, die von der Westukraine ausging. Hierin eingebettet manifestierte sich zunehmend eine kompromisslose antirussische Grundhaltung mit primärer Unterstützung durch die USA. All jenes bestimmt bis heute die Stimmungen, Sanktionen und Waffenlieferungen des Westens in das Konfliktgebiet, das zweimal so groß wie Deutschland ist und militärisch durch Russland nicht besetzbar sein wird.

Der Majdan war somit das gewaltsame anti-föderale Fanal, das nahe- liegende Föderalisierung und Regionalisierung als behutsame und Krieg vermeidende Mittel bis heute ausschließt. Nach den völkerrechtlichen Regeln von *Sezession* hätten sich Schutzgarantien für Minderheiten und eine Gewähr von Autonomierechten vereinbaren lassen. Die vom Westen als *Annexion* beurteilte Vereinnahmung von russlandnahen Gebieten verunmöglicht indes jeden Weg zum Frieden.

III. Empfehlungen/Wünsche/Gebote/Maximen für Wege zum Frieden?

Eine Rückkehr zum Status quo ante ist ausgeschlossen. Eine Teilung der Ukraine dürfte gemäß den militärischen und ökonomischen Fakten unvermeidbar sein. Es positionieren sich weitere globale Player.

Die BRICS-Staaten Brasilien, Indien, China, Südafrika u.a. nehmen (außer Russland als kriegsführende Partei) eine *kritisch-neutrale Beobachterrolle* ein. Sie fürchten alle den nachweisbaren globalen Weg der USA zum *Unilateralismus*. Besonders China und auch die anderen plädieren dagegen für *globalen Multilateralismus*. Und das mit Schwerpunkt auf den „*Handelsgeist*“, der – so schon Kant – nur in „*föderativer Vereinigung*“ Erfolg zu haben verspricht.

Kants Weissagungen lauteten: „Die Idee des Völkerrechts setzt die Absonderung vieler voneinander unabhängiger benachbarter Staaten voraus, wobei eine „*föderative Vereinigung* derselben dem Ausbruch der Feindseligkeiten vorbeugt“ (Reclam 1984, S. 32). Die „*Föderalität* (soll) sich allmählich über alle Staaten erstrecken () und so zum ewigen Frieden hinführ(en)“. (aaO, S. 19) Und weiter: „Das Weltbürger- recht soll auf die Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt sein“. Das bedeutet „*Wirtbarkeit*“ als Recht eines Fremdlings, auf dem Boden des anderen nicht feindselig behandelt zu werden, als Besuchs- (nicht Gastrecht), „endlich sich doch nebeneinander dulden (zu) müssen“ (aaO, S. 21). Denn es ist dieser wertfreie „*Handelsgeist*, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann, und der früher oder später sich jedes Volks bemächtigt“. (aaO, S. 33) Ins Heutige übersetzt: Im geopolitischen Handelsverkehr mit ökonomischer Vernunft zu wirken, d.h. ohne die Forderung der Übernahme eigener Werte bei wirtschaftlichem Austausch.

Was bleibt uns allen, also der Menschheit, konkret?

1. Versteht und aktiviert geopolitische Vereinbarungen zu „föderativen Vereinigungen“ als Garanten für den Weltfrieden!

Das Beispiel des kriegerischen Konfliktverlaufs zeigt, dass nicht das Recht, sondern nur ein *internationaler Ausgleich von Macht und Anerkennung – getragen von ökonomischer Vernunft* – konfliktlösendes Potential bereithält.

Der rechtliche Rahmen der „Europäischen Sicherheitscharta“ in der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit (OSZE) hätte alle 57 Länder durchaus zu einem friedlichen Kompromiss ohne Krieg führen können. Drei internationale politische Foren wurden vorab einberufen: *1989 mit der Charta von und in Paris, 1999 in Ankara und 2010 in Astana*. Zwei Prinzipien standen in diesem Konflikt im Fokus, die alle Beteiligten in den letzten zwölf Jahren konsensual und friedlich hätten ausgleichen können: Das

- Prinzip „*freie Bündniswahl*“ (Nr. 8) und das
- Prinzip „*Gewährleistung der Unteilbarkeit der Sicherheit*“ (Nr. 9).

Die Ukraine wollte Anschluss an EU und NATO. Russland sah in der Verdoppelung und zugleich mit der Ausbreitung der NATO an die mehr als 2000 Kilometer lange russische Grenze mit der Ukraine ein fundamentales Sicherheitsproblem. Ein Kompromiss wurde nicht gefunden.

Der Schweizer Botschafter bei der OSZE, *Thomas Greminger*, sprach sich noch am 14. Februar 2022 (NZZ 14.2.22, S. 2) für eine konkrete „Versöhnung“ beider Prinzipien aus. Aber nichts erfolgte. Die Ukraine, die EU-Länder und die USA hielten allein am Prinzip „*freie Bündniswahl*“ fest. Russland berief sich in diplomatischen Verlautbarungen auf das Prinzip der *Gewährleistung der Unteilbarkeit der Sicherheit*. China schloss sich letzterem am 24. Februar 2022 durch Außenminister Wang Yi an. Am 24. Februar 2022 begann Russland mit dem kriegerischen Einmarsch in die Ukraine. Die Rechtsgrundlagen für „*Sicherheit und Zusammenarbeit*“ und der OSZE-Durchsetzungsrahmen waren faktisch aufgelöst.

2. Anerkennt strukturelle und geopolitische Gegebenheiten!

Die berechtigten Voraussetzungen für multilaterale Sicherheit und die ökonomischen Interessen gebieten vernünftigen ökonomischen Ausgleich mittels wertfreiem „Handelsgeist“.

3. Vermeidet diffamierende Personalisierungen und Dämonisierungen!

Die Dämonisierung eines Gegners ohne Berücksichtigung seiner realen Interessenlagen verdunkelt das Verständnis von Wahlbürgern in vierjährigen Mitbestimmungszyklen der repräsentativen mittelbaren Demokratie.

4. Bedenkt stets (mit oder ohne Kant)!

Ein Volk und seine Führer im Besitz atomaren Vernichtungspotentials für die Menschheit, die an einer Wand ohne Umkehr stehen, werden – anders als vor dem Atomzeitalter – *zwangsläufig „zum großen Kirchhofe der Menschengattung“* führen.

Transformationsprozesse im Recht am Beispiel der Regulierung von KI-Videoüberwachung

Zugleich eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h (EU) KI-VO

Zusammenfassung

Der Beitrag zeichnet den Ablauf gesellschaftlicher und rechtlicher Transformationsprozesse am Beispiel der Regulierung des staatlichen Einsatzes von KI-Videoüberwachung nach. Hierbei zeigen sich auf abstrakter Ebene die vielfältigen Zusammenhänge und Wechselwirkungen von technischer Innovation, gesellschaftlichen Transformationsprozessen und der Rolle des Rechts, wobei letzterem ein Zielkonflikt zwischen Ermöglichung und Begrenzung neuer Technologien inhärent ist. Insbesondere für den staatlichen Einsatz neuer Technologien im Sicherheitsrecht wie die KI-Videoüberwachung ergibt sich daraus die seit jeher bestehende Abwägungsproblematik zwischen Freiheit und Sicherheit. Vor diesem Hintergrund wird der Rechtsrahmen für den Einsatz von KI-Videoüberwachungssystemen, der durch die inzwischen in Kraft getretene KI-VO der Europäischen Union determiniert wird, kritisch analysiert. Der Autor zeigt auf, dass die maßgebliche Regelung des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h (EU) KI-VO trotz Bedenken hinsichtlich ihrer Kompetenzmäßigkeit und im Einzelnen nicht nachvollziehbarer Differenzierungen zwischen biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierung und nachträglicher Fernidentifizierung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Rechtsgütern der Freiheit und Sicherheit schafft. Gleichzeitig wird deutlich, dass die Regelung nur die Grenze des maximal Zulässigen darstellt und die Schaffung sowie Ausgestaltung entsprechender Ermächtigungsgrundlagen den Mitgliedsstaaten obliegt.

Abstract

The article illustrates the course of social and legal transformation processes using the example of the regulation of the state's use of AI video surveillance. At an abstract level, it shows the multiple connections and interactions between technical innovation, social transformation processes and the role of the law, whereby the role of the law is inherently characterized by a conflict of objectives between enabling and limiting new technologies. In particular for the state use of new technologies in security law, such as AI video surveillance, this results in the long-standing problem of balancing freedom and security. With this in mind, the legal framework for the use of AI video surveillance systems, which is shaped by the European Union's AI Regulation, which has now come into force, is critically analyzed. The author shows that the relevant provision of Article 5 para. 1 subpara. 1 lit. h of the (EU) AI Regulation achieves an appropriate balance between the legal interests of freedom and security, despite concerns regarding its competence and the fact that the differentiation between real-time biometric remote identification and subsequent remote identification is not comprehensible in detail. At the same time, it is made clear that the regulation only consti-

tutes the maximum permissible limit and that it is up to the member states to create and shape the corresponding legal bases.

Résumé

L'article illustre le déroulement des processus de transformation sociale et juridique à l'aide de l'exemple de la réglementation de l'utilisation par l'État de la vidéosurveillance par IA. À un niveau abstrait, il montre les multiples liens et interactions entre l'innovation technique, les processus de transformation sociale et le rôle du droit, ce dernier étant intrinsèquement caractérisé par un conflit d'objectifs entre l'habilitation et la limitation des nouvelles technologies. En particulier pour l'utilisation par l'État de nouvelles technologies dans le droit de la sécurité, telles que la vidéosurveillance par IA, il en résulte le problème de longue date de l'équilibre entre la liberté et la sécurité. Dans ce contexte, le cadre juridique de l'utilisation des systèmes de vidéosurveillance par IA, défini par le règlement de l'Union européenne sur l'IA, qui vient d'entrer en vigueur, fait l'objet d'une analyse critique. L'auteur montre que la disposition pertinente de l'article 5 para. 1 al. 1 lit. h du règlement (UE) sur l'IA permet d'atteindre un équilibre adéquat entre les intérêts juridiques de la liberté et de la sécurité, malgré les préoccupations concernant sa compétence et le fait que la différenciation entre l'identification biométrique à distance en temps réel et l'identification à distance ultérieure n'est pas compréhensible dans le détail. Dans le même temps, il est précisé que le règlement ne constitue que la limite maximale autorisée et qu'il appartient aux États membres de créer et de façonner les bases juridiques correspondantes.

Wie viele andere Technologien profitieren auch Videoüberwachungssysteme von einer Verknüpfung mit KI-gestützten Auswertungssystemen. Die Leistungsfähigkeit derartiger innovativer Systeme übertrifft die Möglichkeiten der klassischen Videoüberwachung um ein Vielfaches und kann die staatlichen Sicherheitsbehörden bei einer effektiveren und effizienteren Gefahrenabwehr sowie Strafverfolgung unterstützen: So werden die von einer Videokamera erfassten Gesichtsbilder der Passanten von der Software in Echtzeit mit Bildern aus Referenzdatenbanken verglichen und auf Übereinstimmungen untersucht. Dies ermöglicht eine präzise Identifikation gesuchter Personen und im Trefferfall die Einleitung notweniger polizeilicher Maßnahmen. Im Ergebnis können KI-Videoüberwachungssysteme also zu einem Mehr an Sicherheit führen.

Gleichzeitig stellt bereits die klassische Videoüberwachung allein durch die Echtzeitübertragung von Bildern einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar und ist demnach rechtfertigungsbedürftig. Durch die Leistungsfähigkeit von KI-Videoüberwachungssystemen, die bei Verbindung mehrerer Videokameras theoretisch auch ganze Bewegungsprofile einzelner Personen erstellen können, intensiviert sich dieser Grundrechtseingriff erheblich. Fraglich ist dann, ob und inwieweit der Verlust an Freiheit und an informationeller Selbstbestimmung, der mit lückenloser Überwachung und dauerhafter Identifizierbarkeit von Personen einhergeht, mit dem Zugewinn an Sicherheit in einem angemessenen Verhältnis steht – das klassische Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit.

Die Notwendigkeit einer derartigen Abwägung besteht allerdings nicht nur im Fall der KI-Videoüberwachung oder dem Einsatz anderer Technologien im staatlichen Sicherheitsrecht. Ganz allgemein stellt sich mit dem Aufkommen einer neuen Technologie stets die Frage nach dem Umgang mit dieser. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine disruptive¹ Technologie wie KI handelt, die größere Strukturen auflöst und durch etwas Neues ersetzt. In diesem Fall führt die technische Innovation regelmäßig auch zu einem gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess. In Anbetracht der weitreichenden Auswirkungen dieser neuen Technologie besteht in der Folge dann häufig das Bedürfnis, dass das Recht als verbindliches Regelungsregime hierauf reagiert. Ebenso wie bei der konkreten Abwägung von Freiheit und Sicherheit im Kontext bestimmter Maßnahmen wie der KI-Videoüberwachung zeigt sich, dass auch auf dieser abstrakten Ebene ein abwägungsbedürftiges Spannungsverhältnis besteht, nämlich in Gestalt der Ermöglichung und Weiterentwicklung neuer Technologien einerseits sowie in Gestalt der Begrenzung von Technologie andererseits.

Der Beitrag soll diese beiden Spannungsfelder beleuchten. Der erste Teil des Beitrags (**A**) setzt sich zunächst überblicksartig mit dem abstrakten Zusammenspiel sowie den Wechselwirkungen von technischer Innovation, gesellschaftlichen Transformationsprozessen und der Rolle des Rechts auseinander. Auf Basis der zuvor gewonnenen Grundlagen skizziert Teil (**B**) den Gang des allgemeinen Diskurses in Bezug auf die Regulierung von KI, bevor die besonderen rechtlichen Herausforderungen bei der staatlichen Verwendung von KI-Anwendungen im Sicherheitsrecht herausgearbeitet werden. In einem folgenden Teil (**C**) erfolgt eine Darstellung der technischen Grundlagen verschiedener KI-Videoüberwachungssysteme und deren Vorteile gegenüber konventionellen Systemen. Im vierten Teil (**D**) wird der Rechtsrahmen für den Einsatz von KI-Videoüberwachungssystemen, der inzwischen durch die Regelung des Art. 5 Abs. 1 lit. h (EU) KI-VO determiniert wird, kritisch analysiert. Neben Fragen der Kompetenzmäßigkeit der Norm und der Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierung und nachträglicher Fernidentifizierung steht hierbei die Frage im Mittelpunkt, ob der Gesetzgeber mit der Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit geschaffen hat. In einem Fazit (**E**) werden die Erkenntnisse des Beitrags schließlich thesenartig zusammengefasst.

A. Theoretische Grundlagen des Transformationsprozesses

I. Technische Innovation im Mittelpunkt

Die Geschichte hat gezeigt, dass sich Technik, Gesellschaft und Recht nicht voneinander isoliert im luftleeren Raum entwickeln. Vielmehr scheint die Beziehung zwischen den Bereichen von derart vielen und unterschiedlichen Wirkungen, Wechselwirkungen, und Rückwirkungen² geprägt zu sein, dass aufgrund dieser Komplexität

1 Zu den unterschiedlichen Begriffsprägungen des eingedeutschten Terminus *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 143; *Kau, ZG* 2021, 217 (247).

2 *Rofsnagel*, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung, S. 75.

häufig nicht eindeutig rekonstruiert werden kann, aus und in welche Richtung eine Beeinflussung stattfindet.³

Jenseits des Versuchs einer detaillierten Analyse dieser vielfältigen Wechselwirkungen lässt sich als ein Ergebnis feststellen, dass neue Technologien über ihr unmittelbares und bereichsspezifisches Veränderungspotential hinaus auch mehr oder weniger bedeutende Impulse für einen sozialen Wandel setzen können.⁴ Hierfür lassen sich viele Beispiele finden; sie reichen von dem Mobilitätswandel, der mit der Verbreitung des Automobils einherging, bis hin zu einem drastisch veränderten Kommunikationsverhalten durch das Aufkommen von modernen Telekommunikationsmitteln und dem Internet.

Gleichzeitig ist der Rahmen für die Entwicklung der Technik abhängig und vorgezeichnet von bereits bestehenden gesellschaftlichen, politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Umständen und Einflüssen, wobei es in marktwirtschaftlich orientierten Systemen insbesondere ökonomische Faktoren wie die Nachfrage nach bestimmten Gütern und Dienstleistungen sind, denen eine erhebliche Rolle als Motor der Innovation zukommt.⁵

Diese zwei grundlegenden Linien der Beeinflussung machen die enorme Wechselbezüglichkeit von Technik und Gesellschaft eindrücklich deutlich. Aus ihnen folgt, dass technische Innovation nicht allein als Ausgangspunkt für mögliche gesellschaftliche Veränderungen betrachtet werden kann, da bereits ein solcher erheblich von den unterschiedlichsten Faktoren determiniert ist. Stattdessen erweist sich die technische Weiterentwicklung als Ursache und Wirkung zugleich. Sie stellt sich damit als dynamischer Mittelpunkt in einem „Netz von Wirkungsverflechtungen“⁶ zwischen der Reaktion auf Bestehendes und dem Auslöser für Veränderungen dar.

II. Transformative Auswirkungen

Betrachtet man genauer die Seite der Technikfolgen, also die durch technische Weiterentwicklung ausgelösten Veränderungen, kann zwischen unmittelbaren und mittelbaren Folgen differenziert werden.⁷ Erstere beziehen sich lediglich auf bereichsspezifische Veränderungs- sowie Anpassungsprozesse und sind jeder technischen Innovation, die es in das Stadium der praktischen Anwendbarkeit geschafft hat, inhärent.

Ob die technische Innovation jedoch zusätzlich den Impuls für einen sozialen Wandel setzt und sich daraus relevante und nachhaltig mittelbare Folgen ergeben, ist einzelfallabhängig und regelmäßig erst mit einer zeitlichen Verzögerung ersichtlich. Das entscheidende Kriterium ist, ob der technologische Wandel tiefgreifende Veränderungsprozesse in der Kultur anstößt und Sozialstrukturen sowie gesellschaftliches Verhalten deutlich modifiziert.⁸ Es stellt sich – zeitgenössisch formuliert – die Frage nach dem disruptiven Potential der Innovation.

3 Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht*, S. 44.

4 Roßnagel, *Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung*, S. 75.

5 Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht*, S. 43.

6 Roßnagel, *Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung*, S. 75.

7 Ausführlich Roßnagel, *Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung*, S. 76 f.

8 Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht*, S. 44.

Ist ein solches vorhanden und realisiert sich dieses in gravierenden Wandlungsprozessen, die zu dauerhaften und fundamentalen Veränderungen von Institutionen, Denkweisen oder von technologischen Möglichkeiten sowie zu veränderten Produkten, Dienstleistungen oder andersartigen erheblichen Auswirkungen auf Chancen und Risiken der individuellen und gesellschaftlichen Lebensgestaltung führen, kann schließlich von einer gesamtgesellschaftlichen Transformation gesprochen werden.⁹ Exogene Krisen¹⁰ können dabei einen erhöhten Anpassungsdruck erzeugen und damit den sich langsam vollziehenden Transformationsprozess beschleunigen, was beispielsweise die Corona-Pandemie in Hinblick auf den digitalen Wandel gezeigt hat.¹¹

III. Die Rolle des Rechts im Innovationsprozess

Es hat sich gezeigt, dass die technischen Innovationen einerseits das Produkt bestehender Faktoren und zugleich Auslöser für Veränderungsprozesse sind. Diese Doppelrolle spiegelt sich auch bei der Frage nach der Rolle des Rechts im Innovationsprozess wider. Für das Recht ergeben sich nach dieser Differenzierung zwei Ansatzpunkte: Zum einen kann das Recht im Rahmen seiner Ermöglichungsfunktion vorgelagert auf den Rahmen für den Innovationsprozess Einfluss nehmen. Zum anderen kann (und gegebenenfalls muss) es nachgelagert auf der Seite der Innovationsfolgen steuernd und regulierend Regeln für den Umgang mit der Technik schaffen.

1. Ermöglichungsfunktion

Technischer Fortschritt kann nur entstehen, wenn Wissenschaftler, Unternehmer und Staaten diesen aktiv als Ziel verfolgen. Vor dem Hintergrund geopolitischer wie ökonomischer Erwägungen haben Staaten nahezu immer ein hohes Interesse daran, ein Umfeld zu schaffen, in welchem der Forschungs- und Entwicklungsprozess unter bestmöglichen Bedingungen stattfinden kann. Hierfür bietet das Recht im Wesentlichen drei unterschiedliche Ansatzpunkte.

Eine Grundvoraussetzung dafür ist die verfassungsrechtlich gewährleistete Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG,¹² die auf europäischer Ebene durch Art. 13 der EU-GRCh komplementiert wird. Dass diese nicht nur Selbstzweck, sondern Gegenstand gesellschaftlicher und staatlicher Interessen ist, stellt auch die Verfassungsauslegung durch das BVerfG klar: So liege der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit neben dem Schutz der individuellen Entfaltung des einzelnen Wissenschaftlers auch der Gedanke einer dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft dienenden Wissenschaft bzw. Forschung zugrunde.¹³

9 *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 143.

10 Exogene Krisen sind solche, die außerhalb des technischen Beeinflussbaren entstehen und existieren.

11 Vgl. *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 146 f.

12 Vgl. *Schmidt-Preuß*, Technikermöglichung durch Recht, S. 177.

13 BVerfGE 47, 327 (370); 127, 87 (115).

Konkrete einfachgesetzliche Maßnahmen zur Sicherstellung eines innovativen Forschungsumfelds liegen in der Gewährleistung eines ordnungspolitischen Rahmens und im Abbau von bürokratischen Hemmnissen.¹⁴ Ferner bieten verlässliche rechtliche Rahmenbedingungen Planungssicherheit und Stabilität, was Investitionen in zukünftige Technologien sichert.¹⁵

Zuletzt bleibt dem Staat auch die Möglichkeit, durch den Einsatz staatlicher Finanzmittel den kostenintensiven Forschungs- und Entwicklungsprozess überhaupt erst zu ermöglichen oder zu beschleunigen. Zeichnen sich in einem bestimmten Forschungsfeld zukunftsrechte Innovationssprünge ab, können staatliche Förderungen stimulierend wirken und den Weg zu einem marktreifen Produkt ebnen.¹⁶ Als rechtliches Instrumentarium kommen neben bereichsspezifischen Steuerentlastungen und Beihilfen auch staatliche Förderagenturen wie die 2019 gegründete Bundesagentur für Sprunginnovationen (SPRIND GmbH)¹⁷ in Betracht.

In ihrer Rolle als Rechtssetzer schaffen Staaten somit einen rechtlichen Rahmen, der sich als *Conditio-sine-qua-non* für die Ermöglichung von technischer Innovation darstellt.

2. Beschränkungsfunktion

Spätestens wenn eine neue Technologie in Gestalt marktreifer Produkte beginnt, sich innerhalb der Gesellschaft zu etablieren, stellt sich die Frage, ob und wie das Recht darauf reagieren soll.

Wie schon zuvor angedeutet, kann sich die Möglichkeit einer rechtlichen Regulierung auch zu einer Pflicht für den Gesetzgeber entwickeln. Normativ lässt sich dies aus den Grundrechten ableiten, die nicht nur als Abwehrrechte gegen staatliches Handeln fungieren, sondern zugleich auch eine objektive Werteverordnung konstituieren und dadurch staatliche Schutzpflichten zugunsten der Bürger begründen. Staatliche Regulierung und mit ihr verbundene Eingriffe dienen damit in erster Linie dem Schutz des Menschen vor inakzeptablen Risiken.¹⁸

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens sind die Eigenheiten der technischen Innovation, die Auswirkungen auf das gesellschaftliche Umfeld sowie die sozialen Folgen und deren Bewertung zu berücksichtigen.¹⁹ Im Rahmen dieses Bewertungs- und Abwägungsprozesses der einzelnen Kriterien verfolgt der Gesetzgeber idealtypisch die Maxime, die Risiken und Folgen technischer Innovationen auf verfassungs- und sozialverträgliche Art und Weise zu bewältigen.²⁰

Eine besondere Rolle kommt dem Umstand zu, dass Technik und ihr Einsatz seit jeher auch eine Machtfrage ist. Entgegen dem neutral wirkenden Charakter von Technik stellt sie sich als Mittel zur Herausbildung von Macht und Einflussnahme auf

14 Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht*, S. 61.

15 Schmidt-Preuß, *Technikermöglichung durch Recht*, S. 179.

16 Schmidt-Preuß, *Technikermöglichung durch Recht*, S. 177.

17 <https://www.springd.org/de/>.

18 Schmidt-Preuß, *Technikermöglichung durch Recht*, S. 177.

19 Roßnagel, *MMR 2020*, 222 (226).

20 Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht*, S. 62.

menschliches Verhalten dar.²¹ Damit einher geht ein erhebliches Missbrauchspotential entweder durch den Staat oder durch private Unternehmen, die über die verwendete Technik herrschen. Der problematischen und mit einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Ordnung inkompatiblen Tendenz, technische Entwicklung mit dem Ziel der Machsteigerung voranzutreiben, muss das Recht daher solche Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen, welche die Macht der Technik begrenzen und stattdessen die Aufrechterhaltung verfassungsrechtlich garantierter Freiheit fördern.²²

Auf Seite der Technikfolgen kann sich das Recht somit als limitierender Faktor erweisen, dem sich die Technik im Konfliktfall beugen muss.²³

IV. Zwischenfazit

Es hat sich gezeigt, dass technischer Fortschritt nicht nur der Auslöser für unterschiedlich große Veränderungsprozesse ist, sondern dass dieser zugleich auch das Produkt von ihm vorausgegangenen Veränderungsprozessen sowie gesellschaftlichen und ökonomischen Bedingungen ist. Vor diesem Hintergrund kommt dem Recht im Innovationsprozess eine Doppelrolle zu: Es kann zum einen die Bedingungen, unter denen technischer Fortschritt entsteht, verändern und zum anderen auf die Folgen reagieren, die durch den technischen Wandel bewirkt werden. Das Recht ist damit „gleichzeitig Ermöglicher und Begrenzer von Technik“.²⁴ Eine Notwendigkeit zur Gestaltung und möglicherweise auch Begrenzung der Technikfolgen besteht regelmäßig dann, wenn die technische Innovation aufgrund ihres disruptiven Charakters einen tiefgreifenden gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozess mit weitreichenden Folgen für den Einzelnen verursacht. Im Rahmen des folgenden notwendigen Diskurses über einen solchen rechtlichen Rahmen technischer Innovation ist schließlich ein Ausgleich zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung anzustreben.²⁵

Dieses theoretische Fundament soll als Ausgangspunkt dienen, um im Folgenden den mit dem Aufkommen von KI verbundenen Transformationsprozess und die sich daraus ergebende Notwendigkeit einer rechtlichen Regulierung im Allgemeinen so-

21 Ausführlich zu diesem Aspekt *Roßnagel*, MMR 2020, 222; ferner *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 154.

22 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (224).

23 *Schmidt-Preuß*, Technikermöglichung durch Recht, S. 177.

24 *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 57.

25 *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 164.

wie in Bezug auf den staatlichen Einsatz von KI-Überwachungssystemen darzustellen.

B. Der KI-Transformationsprozess und die Notwendigkeit seiner Regulierung

I. Ein neues Bewusstsein für den Transformationsprozess

Mit der erstmaligen Verfügbarkeit einer verbesserten Version des Chatbots ChatGPT im November 2022 ging eine Zäsur im gesellschaftlichen Bewusstsein für die fundamentale Bedeutung von KI einher. So vervielfachten sich innerhalb weniger Wochen die Suchanfragen auf Google zum Begriff ‘Künstliche Intelligenz’.²⁶ Auf Platz eins der verwandten Themen sowie ähnlichen Suchanfragen führt Google Trends jeweils ChatGPT an.²⁷ Ein Erklärungsansatz für das verstärkte Interesse könnte darin liegen, dass die für viele Menschen bisher abstrakt erscheinende und nach ferner Zukunft klingende Materie der KI dank der intuitiven Bedienungsweise von ChatGPT für jeden gegenwärtig erlebbar und praktisch nutzbar wurde.²⁸

Gleichzeitig hat die enorm gestiegene Aufmerksamkeit für das Thema im Allgemeinen zu der Einsicht geführt, dass auf KI basierende Anwendungen – auch jenseits von Sprachmodellen wie ChatGPT – beginnen, sich in den unterschiedlichsten Bereichen des Lebens zu etablieren. Bereits absehbar ist, dass sich dieser Trend zusammen mit dem „Leitmotiv der Digitalisierung“²⁹ fortsetzen und parallel zur technischen Weiterentwicklung der Systeme aller Voraussicht nach noch intensiveren wird. KI-Anwendungen werden zunehmend bessere Arbeitsergebnisse liefern, wodurch die Nachfrage nach diesen stetig steigen wird. Dadurch wiederum entstehen Anreize für eine erneute technische Weiterentwicklung der Systeme.

Wie zukünftige Innovations- und Entwicklungspfade jedoch konkret aussehen werden, ist schlicht unbekannt.³⁰

Ungeachtet dieser Tatsache lässt sich aber nicht mehr bezweifeln, dass mit dem zunehmenden Einsatz von KI-Anwendungen fundamentale Veränderungs- und Transformationsprozesse in der gesellschaftlichen Struktur einhergehen werden. Die von KI ausgehende Zukunfts dynamik wird vermutlich für längere Zeit eine der treibenden Kräfte für gesellschaftliche Entwicklungen bleiben.³¹

Dies liegt zu einem wesentlichen Teil in den Eigenarten der technischen Innovationen im Bereich der Digitalisierung und KI begründet: Ein zentrales Merkmal des digitalen Transformationsprozesses ist, dass die entsprechenden Technologien nicht nur bereichsspezifisch eingesetzt werden, sondern alle bisher analogen Prozesse ersetzen

26 Google Trends, Suchbegriff „Künstliche Intelligenz“, Zeitraum letzte 5 Jahre, <https://trends.google.de/trends/explore?geo=DE&hl=de>.

27 Ebd.

28 So jedenfalls auch *Vasel*, NVwZ 2023, 1298.

29 *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2829).

30 *Vasel*, NVwZ 2023, 1298 (1299); ferner *Hoffman-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 194.

31 Vgl. *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2829).

können. Besonders deutlich wird diese Erkenntnis an dem Umstand, dass durch die Digitalisierung informationstechnische Geräte, Infrastrukturen und nutzbare Dienste allgegenwärtig sind.³²

Der die Grundlage für jede KI-Anwendung bildende Prozess von Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ist zu einem integralen Bestandteil des Alltags geworden.³³ Dieser Umstand unterscheidet die digitale Transformation damit grundlegend von bisherigen Transformationsprozessen, bei denen technische Weiterentwicklungen solche zwar angestoßen haben, diese aber nur auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt blieben. Als Reaktion auf den sich vollziehenden KI-Transformationsprozess ergibt sich danach die zwangsläufige Notwendigkeit einer umfassenden gesellschaftlichen und rechtlichen Ausgestaltung.

II. Der öffentliche Diskurs über die Regulierung von KI

Der zunehmende Einsatz von KI-Anwendungen verändert in disruptiver Weise gleichermaßen das Arbeits- und Privatleben der Menschen. Die Ausmaße des damit verbundenen gesamtgesellschaftlichen Transformationsprozesses spiegeln sich auch in einer breit geführten Debatte über den Umgang mit der neuen Technologie wider.

Dabei lässt sich feststellen, dass der Diskurs in Politik, Wissenschaft und Öffentlichkeit über die Regulierung künstlicher Intelligenz für lange Zeit von der Definition allgemeiner Verantwortungsprinzipien und der generellen Frage nach der zukünftigen Rolle menschlicher Autonomie geprägt war.³⁴ Viele von staatlicher, zwischenstaatlicher und privatwirtschaftlicher Seite angestoßenen Regulierungsinitiativen konzentrierten sich zunächst auf die Entwicklung rechtlich unverbindlicher ethischer Leitlinien, denn auf dieser größtenteils abstrakten Ebene war am ehesten ein Konsens zwischen den unterschiedlichen Interessengruppen zu erreichen.³⁵ Die in diesen grundlegenden Diskursen zum verantwortungsvollen Umgang mit KI herausgearbeiteten und weithin anerkannten ethischen Prinzipien bildeten schließlich auch das Fundament für die von der Hochrangigen Expertengruppe für künstliche Intelligenz im Auftrag der EU-Kommission am 8. April 2019 vorgelegten unverbindlichen Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI.³⁶

Auf nationaler Ebene prägte zum einen das im Oktober 2019 veröffentlichte Gutachten der Datenethikkommission³⁷ die gesellschaftliche und politische Debatte in Bezug auf die Notwendigkeit staatlicher Regulierungen im Bereich der KI. In diesem werden neben ethischen Grundfragen auch bereits konkrete Bereiche identifiziert, in denen aufgrund des KI-Transformationsprozesses rechtlicher Handlungsbedarf für

32 Hoffman-Riem, Digitale Disruption und Transformation, S. 161.

33 Ebd.

34 Siehe jeweils m.w.N. Gasper, DSRITIB 2019, 369 (379 ff.); Schliesky, NJW 2019, 3692 (3696 ff.).

35 KI und Robotik/Ebers, § 3 Rn. 180.

36 <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

37 <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf>.

den Gesetzgeber besteht.³⁸ Ein Jahr später, im Oktober 2020, überreichte die vom Bundestag eingesetzte Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz – Gesellschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche, soziale und ökologische Potenziale“ ihren Abschlussbericht, der ebenfalls konkrete Handlungsaufforderungen an den Gesetzgeber beinhaltet.³⁹

Es ist festzustellen, dass sich die Debatten hinsichtlich der KI-Regulierung zunehmend weg von den grundlegenden Wertungsfragen und hin zu spezifischen und anwendungsbezogenen Regulierungsfragen – sei es zur zivilrechtlichen Haftung, zum Urheberrecht oder zum Schutz der Grundrechte – entwickeln: Vor wenigen Jahren bestand mangels Verfügbarkeit von marktreifen KI-Anwendungen noch kein unmittelbarer Regelungsbedarf, was sich mit der Etablierung vieler unterschiedlicher KI-Anwendungen nun grundlegend verändert hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bisher existierende Prinzipien und Normen häufig keine Anwendung auf KI-Systeme finden oder jedenfalls nicht geeignet sind, um den Besonderheiten der Technik, einschließlich dem spezifischen Gefährdungspotential, Rechnung zu tragen.⁴⁰

Den weltweit ersten und damit diskursprägenden Anstoß für eine umfangreiche legislative Regulierung von KI brachte schließlich die EU-Kommission am 21. April 2021 mit der Vorlage eines Vorschlags für ein Verordnung über KI (KI-VO) ein.⁴¹ Hinsichtlich der Rechtsnatur ließ sich der Entwurf für eine KI-VO als präventives Verbotsgesetz einordnen, das den Einsatz von KI in zahlreichen Anwendungsfällen verbietet oder von technischen, organisatorischen und rechtlichen Anforderungen abhängig macht.⁴²

Diese Stoßrichtung hat sich während des folgenden und gut drei Jahre dauernden Gesetzgebungsverfahrens auch nicht geändert.⁴³ Mit der Verabschiedung der KI-VO durch das Europäische Parlament am 13. März 2024 und den Rat der Europäischen Union am 21. Mai 2024 konnte das Gesetzgebungsverfahren erfolgreich beendet werden.

Die Debatte über die rechtliche Ausgestaltung des KI-Transformationsprozesses wird jedoch auch nach dem Inkrafttreten der KI-VO weiterhin geführt werden (müssen). Zum einen handelt es sich bei der KI-VO um ein horizontales Rahmengesetz und gerade nicht um eine sektor- oder rechtsgebietsspezifische Regulierung,⁴⁴ weshalb sich andere zentrale Regulierungsfragen wie beispielsweise zur zivilrechtlichen Haftung weiterhin stellen und an anderer Stelle beantwortet werden müssen. Vor allem aber erzeugen die Dynamik im Bereich der weiteren technischen Entwicklung,

38 So bspw. die zivilrechtliche Haftung für algorithmische Systeme, vgl. Gutachten Datenethikkommission, S. 219 ff.

39 BT Drs. 19/23700.

40 KI und Robotik/*Ebers*, § 3 Rn. 183f.

41 EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final.

42 *Bomhard/Siglmüller*, RDi 2024, 45; *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142; *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188.

43 *Bomhard/Siglmüller*, RDi 2024, 45.

44 *Vasel*, NVwZ 2023, 1298 (1301).

die Diversität der Technik sowie deren Globalität einen permanenten Anpassungsdruck und stellen daher einen hohen Herausforderungsgrad für das Recht als Regulierungsinstrument dar.⁴⁵ Der Diskurs über verbindliche gesetzliche Regelungen für KI-Anwendungen wird folglich auch in Zukunft eine treibende Kraft für die Ausgestaltung der neuen digitalisierten KI-basierten Lebensrealität sein.

III. KI-Einsatz durch staatliche Institutionen

Eine Vielzahl von Umgangs- und Regulierungsfragen wirft auch der aktuelle, vor allem aber der zukünftige Einsatz von KI durch staatliche Institutionen auf. Die Einführung von KI-Anwendungen zur Automatisierung bestehender Prozesse bringt ein erhebliches Potential für Effizienzsteigerungen mit sich, wovon nicht nur die Wirtschaft, sondern auch staatliche Institutionen wie Verwaltung und Gerichte profitieren können.⁴⁶

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben sieht sich der Staat regelmäßig mit dem Problem knapper finanzieller und personeller Ressourcen konfrontiert, was nicht selten in einer überlange Bearbeitungs- und Verfahrensdauer mündet. Hier kann der Rückgriff auf KI-Anwendungen für eine Beschleunigung der Verfahren und eine allgemeine Entlastung der Behörden und Gerichte sorgen.⁴⁷ Bei Verwaltungsverfahren erscheint die Einbindung von KI-Anwendungen in bereits bestehende Prozesse auch durch den Grundsatz der einfachen, zweckmäßigen und zügigen Verfahrensdurchführung gem. § 10 S. 2 VwVfG geboten. Ferner kann der Einsatz von KI-Systemen in der Verwaltung zu einer weiteren Rationalisierung und Gleichmäßigkeit von Entscheidungen führen, da durch die algorithmenbasierte Funktionsweise von KI-Anwendungen menschliche Fehler, Manipulationen und Vorurteile weitestgehend ausgeschlossen werden.⁴⁸

Gleichzeitig ist der KI-Einsatz durch staatliche Stellen stets von der Erfüllung besonderer regulatorischer Anforderungen abhängig. Dies resultiert in der Tatsache, dass der Staat – anders als privatwirtschaftliche Unternehmen – gem. Art. 1 III GG bei jeglichem hoheitlichen Handeln unmittelbar an Recht und Gesetz gebunden ist, was neben den Grundrechten auch die aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Garantien wie den Vorbehalt des Gesetzes sowie das Verhältnismäßigkeitsgebot einschließt.

Mit der Regelung zum vollständig automatisierten Erlass eines Verwaltungsakts in § 35a VwVfG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass jedenfalls das Bestehen von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen eine Anwendung von Algorithmen als alleinige Grundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts (derzeit noch) ausschließt und

45 Vasel, NVwZ 2023, 1298 (1299).

46 Guggenberger, NVwZ 2019, 844 (845).

47 Vgl. Gutachten Datenethikkommission, S. 212; KI-Strategie der Bundesregierung, 2018, S. 32, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Technologie/strategie-kuenstlich-e-intelligenz-der-bundesregierung.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

48 Guggenberger, NVwZ 2019, 844 (847).

vielmehr die menschliche Willensbetätigung für die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit maßgeblich sein soll.⁴⁹

Dies lässt sich in erster Linie mit dem Umstand begründen, dass die Ergebnisse von KI-Systemen aufgrund ihres „Wissensvorsprungs“ und ihrer Verarbeitungsgeschwindigkeit sowie der Vielzahl der relevanten Umgebungsvariablen nicht mehr überprüft werden können⁵⁰ oder nur erschwert nachvollziehbar und begründbar sind.⁵¹ Das Einfordern von Erklärungen in juristischer Hinsicht ist jedoch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unabdingbar⁵² und im Fall des Erlasses von Verwaltungsakten auch durch § 39 I VwVfG gesetzlich vorgeschrieben. Sofern sich zukünftig allerdings KI-Anwendungen in ihren begründeten Ergebnissen als dem menschlichen Amtswalter überlegen erweisen und damit ein Mehr an Gesetzmäßigkeit gewährleisten, wird auch ein Ausschluss des vollständig automatisierten Erlasses von Verwaltungsakten nicht mehr haltbar sein.⁵³

Bis dieses Stadium der technischen Entwicklung erreicht ist, bietet sich der Einsatz von KI-Anwendungen daher vor allem auf der Ebene der Entscheidungsvorbereitung an. Durch die automatisierte und systematische Auswertung großer unstrukturierter Datenmengen können KI-Systeme Gesetzmäßigkeiten, Muster, Zusammenhänge und Kausalitäten erkennen und damit eine Informationsgrundlage für behördliche Entscheidungen schaffen, welche die Möglichkeiten eines Menschen weit übertreffen.⁵⁴ Für Amtswalter stellt sich die durch KI geschaffene Informationsgrundlage als eine weitere Wissensquelle dar, deren Validität sie – wie sonst auch – zu überprüfen und in Relation mit anderen Informationen zu setzen haben,⁵⁵ bevor sie unter Rekurs auf diese eine hoheitliche Entscheidung treffen.

IV. KI-Einsatz durch staatliche Stellen im Sicherheitsrecht

Eine noch diffizilere Regulierung als der KI-Einsatz durch staatliche Stellen im Allgemeinen verlangt der staatliche Einsatz von KI-Anwendungen im äußerst grundrechtssensiblen Bereich des Sicherheitsrechts, in dem sich unmittelbar die grundlegende Abwägungsproblematik und das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit exemplifiziert.⁵⁶ Die theoretische Möglichkeit, dass der Staat die notwendigen technischen Mittel darüber verfügt, seine Bürger in nahezu jedem Lebensbereich umfassend zu überwachen, und dass er diesen Technikeinsatz als gezielten Machtfaktor missbrauchen könnte, um menschliches Verhalten zu steuern,⁵⁷ ist aus der freiheitlich-demokratischen Perspektive äußerst kritisch zu betrachten.

49 Ausführlich *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Rn. 441.

50 KI und Robotik/*Ebers*, § 3 Rn. 11.

51 *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Rn. 630.

52 *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2828).

53 *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Rn. 630.

54 *Bäuerle*, CR 2023, 64; *Guggenberger*, NVwZ 2019, 844 (848).

55 *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, Rn. 635.

56 Vgl. *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713; grundlegend zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 75 ff.

57 *Rößnagel*, MMR 2020, 222.

Gerade in Hinblick auf Berichte zum zunehmenden staatlichen Einsatz von sog. Social Credit Systemen in China⁵⁸ scheinen die im Überwachungskontext teils angeführten⁵⁹ dystopischen Vergleiche zu George Orwells '1984' jedenfalls nicht völlig fernliegend, wenngleich eine Realisierung des „Potential[s] der Totalüberwachung“⁶⁰ im demokratischen Rechtsstaat selbst bei Vorliegen entsprechender politischer Bestrebungen nicht möglich wäre.

Jenseits solcher umfassenden Überwachungsansätze aber steht das Recht einem Einsatz von KI-gestützten Systemen zur Gefahrenabwehr oder bei der Strafverfolgung nicht kategorisch entgegen. Stattdessen ist die Zulässigkeit des Einsatzes von einzelnen KI-Überwachungssystemen unter Berücksichtigung des Einsatzbereichs sowie der daran anknüpfenden verfassungsrechtlichen Maßgaben einzelfallbezogen zu bewerten.⁶¹

Innerhalb des verfassungsrechtlich zulässigen Rahmens kommt der Legislative wie Exekutive ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, ob und in welchem Umfang staatliche Stellen KI-Überwachungssysteme einsetzen sollen, um ihren Schutzpflichten nachzukommen.⁶² Der damit verbundene stark wertungsabhängige Ausgleich von Freiheit und Sicherheit ist somit im Kern eine politische Aufgabe und damit grundsätzlich dem demokratischen Entscheidungsprozess zugeordnet,⁶³ wobei für diesen wiederum der öffentliche Diskurs eine zentrale Instanz darstellt.

V. Zwischenfazit

Durch die universelle Einsetzbarkeit von KI-Technologien in allen denkbaren Lebensbereichen sieht sich die Gesellschaft mit einem umfassenden Transformationsprozess konfrontiert, dessen Folgen noch nicht in Gänze absehbar sind. Evident ist, dass das Recht auf diese disruptiven Veränderungen reagieren muss. Eine Grundlage hierfür liefern die seit einigen Jahren geführten Diskurse über die konkrete Ausgestaltung des Transformationsprozesses, welche sich parallel zum zunehmenden tatsächlichen Einsatz von KI-Anwendungen immer weiter auf einzelne Teilespekte der Technologie spezialisieren.

Sodann hat sich gezeigt, dass an die Regulierung des staatlichen KI-Einsatzes besondere Anforderungen zu stellen sind. Dies gilt besonders dann, wenn die staatliche KI-Verwendung zu gefahrenabwehrrechtlichen Überwachungsmaßnahmen oder zum Zweck der Strafverfolgung erfolgt. Eine solche ist zwar nicht prinzipiell ausgeschlos-

58 Vgl. zu den Hintergründen *Creemers*, China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control, <https://ssrn.com/abstract=3175792>.

59 So u.a. von *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 57; *Rademacher*, Verdachtsgewinnung durch Algorithmen, S. 251; *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143); *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713.

60 *Bier/Spiecker gen. Döhmann*, CR 2012, 610 (617).

61 *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713 (714).

62 Vgl. *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 72.

63 *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 85.

sen, unterliegt aber vor allem in Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der damit verbundenen Grundrechtseingriffe erheblichen Schranken.

C. Technische Grundlagen intelligenter Videoüberwachung

I. Technische Möglichkeiten von KI-Überwachungssystemen

KI-Technologien zur Gefahrerkennung sind konventionellen Systemen vor allem in solchen Bereichen überlegen, in denen die schnelle und massenhafte Rasterung von Bild-, Ton- und Textdaten nach gefahrindizierenden Mustern eine Differenzierung zwischen erlaubtem und gefährlichem bzw. verbotenem Verhalten ermöglichen soll.⁶⁴ Der Einsatzbereich von KI-Überwachungssystemen reicht von solchen zur Prognose von künftigen Wohnungseinbruchsdiebstählen, über Systeme zur automatisierten Kennzeichenerfassung bis hin zu Netzwerkanalysetools, die mehrere Polizeidatenbanken verknüpfen und automatisiert auswerten.⁶⁵ Auch die intelligente Videoüberwachung fällt darunter. Gemeinsames Wesensmerkmal der unterschiedlichen KI-Überwachungssysteme ist die auf Basis großer Datenmengen erfolgende automatisierte Gefahrerkennung und Verdachtsgewinnung mittels mehr oder weniger lernfähiger Algorithmen.⁶⁶

II. Intelligente Videoüberwachung „Level 1“

Technisch und in der Folge auch hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen ist zwischen den verschiedenen Anwendungsszenarien sowie Entwicklungsstufen der Videoüberwachung zu differenzieren. Allgemein meint der Begriff der Videoüberwachung den Einsatz optisch-elektronischer Einrichtungen zur kontrollierenden Beobachtung von Personen oder Gegenständen.⁶⁷ Sowohl für konventionelle wie intelligente Videoüberwachung ist entscheidend, dass die Videotechnik im richtigen Moment brauchbare Bildaufnahmen liefert.⁶⁸

Für die Auswertung des übertragenen Kamerabilds auf gefahrenabwehrrechtlich relevante Verhaltensweisen in Echtzeit kommt es bei konventioneller Videoüberwachung bisher maßgeblich auf die Person an, welche den Monitor mit dem Videobild überwacht. In Anbetracht der meist hohen Anzahl von verschiedenen auszuwertenden Bildern von unterschiedlichen Videokameras kommt jedoch das Problem der nicht ausreichenden personellen Kapazität und der nachlassenden Aufmerksamkeit der einzelnen auswertenden Person auf.⁶⁹

64 *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713 (715); KI und Robotik/*Wischmeyer*, § 20 Rn. 16.

65 Diese und weitere Beispiele bei *Rademacher*, Verdachtsgewinnung durch Algorithmen, S. 234 f.

66 KI und Robotik/*Wischmeyer*, § 20 Rn. 19.

67 *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 85.

68 *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 86.

69 *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 116 („Problem der Bilderflut“).

An dieser Stelle setzt eine erste Stufe („Level 1“) der intelligenten Videoüberwachung an. Systeme dieser Entwicklungsstufe können in Echtzeit mit gewisser Wahrscheinlichkeit gefahrindizierende Bewegungs- sowie Verhaltensmuster wie beispielsweise Schläge und Tritte oder die Verwendung gefährlicher Gegenstände erkennen und die auswertende Person darauf aufmerksam machen, indem die entsprechende Bildübertragung auf den Hauptbildschirm der Einsatzzentrale geschaltet wird.⁷⁰ Der überwachende Polizeibeamte widmet in der Folge seine Aufmerksamkeit diesem möglicherweise gefährlichen Vorgang und kann entscheiden, ob die Notwendigkeit einer polizeilichen Intervention besteht.

Im Rahmen eines seit 2018 laufenden und im Jahr 2023 verlängerten Pilotprojekts wird diese Form der intelligenten Videoüberwachung in Mannheim testweise eingesetzt.⁷¹

III. Intelligente Videoüberwachung „Level 2“

Eine andere und hinsichtlich der technischen Abläufe komplexere Form der intelligenten Videoüberwachung stellt die biometrische Gesichtserkennung auf „Level 2“ dar. Bei dieser wird das von einer Kamera aufgenommene und anschließend von der Erkennungssoftware auf seine charakteristischen Merkmale analysierte Gesichtsbild („Template“) mit einem oder mehreren zuvor gespeicherten Gesichtsbildern in einer Referenzdatenbank abgeglichen („Identifikation“).⁷² Charakteristische Merkmale des Gesichts sind solche, die sich nicht aufgrund der Mimik ständig verändern, wozu unter anderem die obere Kanten der Augenhöhlen oder die Gebiete um die Wangenknochen und die Seitenpartien des Mundes zählen.⁷³

In der Referenzdatenbank können Bilder von allen denkbaren Personengruppen wie beispielsweise auch vermissten Kindern hinterlegt werden. Gleichwohl wird der Fokus regelmäßig auf zur Fahndung ausgeschriebenen Straftätern oder Terroristen liegen. Der automatisierte Prozess der Abgleichung kann in Echtzeit auf Basis eines Live-Videobilds oder im Nachhinein („retrograd“) auf Basis eines aufgezeichneten Videobilds erfolgen. Sofern es sich um eine Echtzeitauswertung handelt und das System einen Trefferfall feststellt, können die Polizeibeamten unmittelbar reagieren und die vom System beispielsweise als Straftäter oder Terrorist identifizierte Person festnehmen.

Eingesetzt wurde die biometrische Gesichtserkennung in Deutschland bisher im Rahmen eines Gemeinschaftsprojekts der Deutsche Bahn AG und der Bundespolizei

70 Fraunhofer-Institut, Öffentliche Sicherheit, S. 6, <https://www.iose.fraunhofer.de/de/projekte-produkte/intelligente-videoeberwachung.html>; *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 117; KI und Robotik/*Sprenger*, § 31 Rn. 46; *Rademacher*, Verdachtsgewinnung durch Algorithmen, S. 237.

71 Vgl. Landtag Baden-Württemberg, Drs. 17/5816; KI und Robotik/*Sprenger*, § 31 Rn. 52 f.

72 BSI, Gesichtserkennung, S. 1, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Biometrie/Gesichtserkennung_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1; *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 125 f.; KI und Robotik/*Sprenger*, § 31 Rn. 49.

73 BSI, Gesichtserkennung, S. 1.

zur Erprobung von Systemen zur intelligenten Videoüberwachung, welches von 2017 bis 2018 am Bahnhof Berlin Südkreuz durchgeführt wurde.⁷⁴

IV. Zwischenfazit

Intelligente Videoüberwachung beruht derzeit auf zwei technisch verschiedenen Ansätzen, wobei jede der beiden Techniken einen besonderen Einsatzzweck verfolgt. Während sich die intelligente Videoüberwachung auf „Level 1“ vorrangig für die besser Erkennung bestimmter akuter Gefahrensituationen eignet, kann die biometrische Videoüberwachung auf „Level 2“ durch die Identifikation gesuchter Personen auch einen Beitrag zur Strafverfolgung leisten. KI-Videoüberwachung als solche kann also weder ausschließlich dem Gefahrenabwehrrecht noch der Strafverfolgung zugeordnet werden. Wie sich der aktuelle und perspektivische Rechtsrahmen für den Einsatz von intelligenter Videoüberwachung gestaltet, wird im folgenden Abschnitt dargestellt. Eine rechtliche Auseinandersetzung mit der intelligenten Videoüberwachung „Level 1“ wird nicht erfolgen.

D. Der Rechtsrahmen für KI-Videoüberwachung

I. Die KI-VO der Europäischen Union

Am 12. Juli 2024 wurde die als KI-VO bzw. AI-Act bekannte Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates im Amtsblatt der Europäischen Union verkündet.⁷⁵ Zweck der Verordnung ist es nach Art. 1 Abs. 1 KI-VO „das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und die Einführung einer auf den Menschen ausgerichteten und vertrauenswürdigen künstlichen Intelligenz (KI) zu fördern und gleichzeitig ein hohes Schutzniveau in Bezug auf Gesundheit, Sicherheit und die in der Charta verankerten Grundrechte, einschließlich Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Umweltschutz, vor schädlichen Auswirkungen von KI-Systemen in der Union zu gewährleisten und die Innovation zu unterstützen“.

Bei der Art der Regulierung greift der Verordnungsgeber auf einen sektorübergreifenden risikobasierten Ansatz zurück, durch den gewährleistet werden soll, dass die entsprechenden Vorschriften der KI-VO im angemessenen Verhältnis zur Intensität und dem Umfang der Risiken des jeweiligen KI-Systems stehen.⁷⁶ Die Verwendung bestimmter KI-Anwendungen erachtet der Verordnungsgeber als mit derart inakzeptablen Risiken verbunden, dass er eine Auferlegung von Transparenz- und Organisationspflichten für die beteiligten Akteure nicht für ausreichend hält und daher in Artikel 5 KI-VO ein Verbot dieser Praktiken anordnet.⁷⁷ Davon betroffen ist auch die Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme.

74 Bundespolizei, Teilprojekt 1, Abschlussbericht; KI und Robotik/*Sprenger*, § 31 Rn. 48.

75 Zur Rechtsnatur der KI-VO siehe B. II.

76 Insbesondere Erwägungsgründe 26 und 27; ferner *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142.

77 Erwägungsgrund 26; zur mangelnden Konsequenz bei der Einstufung *Bomhard/Siglmüller*, RDi 2024, 45 (53).

1. Die Regelung zur KI-Videoüberwachung im Überblick

Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO verbietet grundsätzlich die Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken. Noch im selben Satz statuiert die Norm jedoch eine Ausnahme von diesem Verbot: Die Verwendung eines biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystems ist dann und insoweit zulässig, wenn diese in Hinblick auf eines der in den folgenden drei Unterpunkten aufgeführten Ziele unbedingt erforderlich ist. Diese Ziele sind (i) die „gezielte Suche nach bestimmten Opfern von Entführung, Menschenhandel oder sexueller Ausbeutung sowie die Suche nach vermissten Personen“, (ii) das „Abwenden einer konkreten, erheblichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit natürlicher Personen oder einer tatsächlichen und bestehenden oder tatsächlichen und vorhersehbaren Gefahr eines Terroranschlags“ und (iii) das „Aufspüren oder Identifizieren einer Person, die der Begehung einer Straftat verdächtigt wird, zum Zwecke der Durchführung von strafrechtlichen Ermittlungen oder von Strafverfahren oder der Vollstreckung einer Strafe für die in Anhang II aufgeführten Straftaten, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dessen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren bedroht ist“.

In Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a und b KI-VO wird der Abwägungsmaßstab für das Bestehen der unbedingten Notwendigkeit einer ausnahmsweisen Verwendung konkretisiert. Zu berücksichtigen sind (a) „die Art der Situation, die der möglichen Verwendung zugrunde liegt, insbesondere die Schwere, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß des Schadens, der entstehen würde, wenn das System nicht eingesetzt würde“ sowie (b) „die Folgen der Verwendung des Systems für die Rechte und Freiheiten aller betroffenen Personen, insbesondere die Schwere, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß solcher Folgen“.

Art. 5 Abs. 3 KI-VO bestimmt, dass die ausnahmsweise Verwendung eines biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystems grundsätzlich die vorherige Genehmigung einer Justizbehörde oder einer unabhängigen Verwaltungsbehörde erfordert, hiervon aber in „dringenden Fällen“ abgewichen werden kann. Die Verwendung steht somit unter einem grundsätzlichen Richtervorbehalt. Während die Absätze 4, 6 und 7 des Art. 5 KI-VO detaillierte Transparenz- und Informationspflichten begründen, findet sich in Art. 5 Abs. 5 KI-VO die für die Mitgliedsstaaten relevante Klarstellung, dass diese in den Grenzen von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h sowie Abs. 2 und 3 KI-VO die Anforderungen an eine Ermächtigung zur Verwendung näher ausgestalten können.

2. Relevante Begrifflichkeiten und Systematik

a) Biometrische Fernidentifizierungssysteme

schnen Daten zu identifizieren“.⁷⁸ Erfasst sind damit solche Systeme, deren technische Grundlagen bereits unter intelligente Videoüberwachung „Level 2“ dargestellt wurden.⁷⁹ Um ein „biometrisches *Echtzeit*-Fernidentifizierungssystem“ handelt es sich gem. Art. 3 Nr. 42 KI-VO schließlich dann, wenn bei diesem „die Erfassung biometrischer Daten, der Abgleich und die Identifizierung ohne erhebliche Verzögerung erfolgen [...]\“. Handelt es sich nicht um ein biometrisches *Echtzeit*-Fernidentifizierungssystem, so liegt nach Art. 3 Nr. 43 KI-VO ein „System zur *nachträglichen* biometrischen Fernidentifizierung“ vor.

Diese Differenzierung erweist sich als äußerst relevant, denn anders als die *Echtzeit*-Systeme fallen die Systeme zur *nachträglichen* Identifizierung nicht unter das grundsätzliche Verbot des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO. Stattdessen werden sie im Abschnitt zu den Hochrisiko-Systemen in Artikel 26 Abs. 10 KI-VO gesondert reguliert. Die Logik hinter dieser Aussonderung erschließt sich allerdings nicht:

Während bei der biometrischen Fernidentifizierung in Echtzeit das live übertragene Videobild die Grundlage der Auswertung bildet, können im Rahmen der nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung massenhaft gespeicherte Videoaufzeichnungen aus unterschiedlichen Quellen herangezogen werden und auf eine Übereinstimmung mit einer Person aus der Referenzdatenbank abgeglichen werden.⁸⁰ Zwar lässt sich im Nachhinein nur feststellen, dass sich die gesuchte Person zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort aufgehalten hat, weshalb Maßnahmen wie eine unmittelbare Festnahme der Person nicht möglich sind. Allerdings ermöglicht die verknüpfte Auswertung der verschiedenen Videodaten die Erstellung eines umfassenden Bewegungsmusters der gesuchten Person.

Auch vor dem Hintergrund, dass dafür die Videodaten über Wochen oder Monate gespeichert werden müssen,⁸¹ ist daher festzustellen, dass der mit der nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung einhergehende Grundrechtseingriff in seiner Intensität mindestens vergleichbar mit dem bei einer Echtzeit-Auswertung ist. Angezeigt wäre demnach eine rechtliche Gleichstellung der Systeme, zumal die EU in den Erwägungsgründen selbst konstatiert, dass „Systeme zur nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung [...] stets auf verhältnismäßige, legitime und unbedingt erforderliche Weise eingesetzt werden [sollten]“.⁸² Die Beschränkung der Verwendung auf das „unbedingt erforderliche Maß“ stellt auch Art. 26 Abs. 10 UAbs. 1 S. 2 KI-VO nochmals klar.

In der Folge erscheint es inkonsistent, die nachträgliche biometrische Fernidentifizierung als Hochrisiko-KI-System einzustufen und in Art. 26 Abs. 10 KI-VO zu regulieren. Nicht nur aufgrund der insgesamt sieben Unterabsätze, sondern vor allem wegen seiner Regelungstiefe wirkt Art. 26 Abs. 10 KI-VO deplatziert. Während die anderen Absätze der Norm weitestgehend allgemeine Organisations- und Registrierungsanforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme festlegen, trifft Abs. 10 detaillierte Verfahrensanforderungen an die Verwendung von Systemen zur nachträglichen bio-

78 Weitere Ausführungen zur intendierten „funktionalen“ Auslegung des Begriffs enthält Erwägungsgrund 17.

79 Siehe C. III.

80 Schindler, Biometrische Videoüberwachung, S. 209 f.

81 Schindler, Biometrische Videoüberwachung, S. 210.

82 Erwägungsgrund 95.

metrischen Fernidentifizierung. Diese Anforderungen wiederum sind stark an jene zur Verwendung von Echtzeit-Systemen angelehnt; analog zu Art. 5 Abs. 3 KI-VO wird beispielsweise ebenfalls ein – wenn auch im Detail leicht modifizierter – Richtervorbehalt angeordnet.

Im Ergebnis kann diese Differenzierung zwischen nachträglicher und Echtzeit-Fernidentifizierung daher weder aus gesetzgebungstechnischer noch aus materiell-rechtlicher Sicht überzeugen.

b) Strafverfolgung

Irritierend wirkt auf den ersten Blick auch der Begriff der Strafverfolgung in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h. KI-VO. Nach dem deutschen Begriffsverständnis umfasst die Strafverfolgung das repressive polizeiliche Handeln im Anschluss an eine geschehene Straftat, während das Gefahrenabwehrrecht auf den präventiven Schutz der öffentlichen Sicherheit gerichtet ist.⁸³ Auf dieser Grundlage könnte man annehmen, dass die Verwendung von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen zum Zwecke der Gefahrenabwehr nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h. KI-VO umfasst ist. Dem widerspräche jedoch, dass Punkt (ii) explizit Ausnahmen vom grundsätzlichen Verwendungsverbot zu einzelnen Zwecken der Gefahrenabwehr vorsieht. Wäre die Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr schon nicht von dem Verbot umfasst, bedürfte es auch keiner Ausnahme.

Diese vermeintliche Unstimmigkeit lässt sich aber mit einem Blick auf die Definition der „Strafverfolgung“ durch Art. 3 Nr. 46 KI-VO auflösen: Strafverfolgung meint danach alle „Tätigkeiten der Strafverfolgungsbehörden oder in deren Auftrag zur Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder zur Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“. Der Begriff der Strafverfolgung ist somit weit zu verstehen und umfasst auch über seinen Wortlaut hinaus die präventive Gefahrenabwehr.

Ein solches Begriffsverständnis bringt theoretisch den Vorteil mit sich, dass eine Abgrenzung zwischen den – jedenfalls nach deutschem Recht – unterschiedlichen Rechtsgebieten (Strafverfolgungsrecht vs. Gefahrenabwehrrecht) und deren Rechtsgrundlagen (StPO vs. Polizeigesetze) für die Frage nach der Zulässigkeit des Einsatzes eines biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystems nicht notwendig wäre. Davon könnte die Praxis profitieren, in der Maßnahmen wie insbesondere die Videoüberwachung häufig auf die Identifikation eines Straftäters zur Strafverfolgung und die Abwehr weiterer von diesem ausgehenden Gefahren gleichermaßen gerichtet sind (sog. doppelfunktionale Maßnahmen).⁸⁴ In beiden Fällen würde sich die Zulässigkeit nun grundsätzlich nach den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h. KI-VO richten.

Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung und Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen für die Verwendung (Art. 5 Abs. 5 KI-VO) weiterhin an die bestehende Differenzierung von Strafverfolgungs-

83 Schoch/Kießling, POR, Rn. 16.

84 Schoch/Kießling, POR, Rn. 18 f.

und Gefahrenabwehrrecht anknüpfen wird. Dies wird möglicherweise zu divergierenden Anforderungen an den Einsatz der Systeme je nach Einsatzzweck (Strafverfolgung bzw. Gefahrenabwehr) führen und damit weiterhin eine Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Maßnahme⁸⁵ notwendig machen.

3. Kompetenzmäßigkeit der Regelung

Einer weiteren inhaltlichen Bewertung von Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO vorangestellt steht die Frage, ob die Regulierung des Einsatzes von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen überhaupt in den kompetenziellen Zuständigkeitsbereich der EU fällt. Während die EU für den Erlass der KI-VO im Allgemeinen auf Art. 114 AEUV (Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts) als Kompetenzgrundlage zurückgreift, stützt sie die Vorschriften zu biometrischen Fernidentifizierungssystemen auf Art. 16 AEUV.⁸⁶

Art. 16 Abs. 1 AEUV statuiert zunächst das bereits durch Art. 8 Abs. 1 GrCH garantie Grundrecht auf Datenschutz. Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV ernächtigt die EU „Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen“ zu erlassen.

Bei der innerstaatlichen polizeilichen Verwendung von KI-Videoüberwachungssystemen und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten handelt es sich jedoch um eine polizeiliche Tätigkeit im Bereich der nationalen Sicherheit, welche nach Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedsstaaten fällt. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass die polizeiliche Tätigkeit als Verkörperung des staatlichen Gewaltmonopols den Kernbereich staatlicher Souveränität berührt.⁸⁷ Abwägungsfragen im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Freiheit und Sicherheit bedürfen einer besonderen demokratischen Legitimation und sind ferner von den unterschiedlichen Freiheits- und Sicherheitskulturen in den jeweiligen Mitgliedsstaaten geprägt, weshalb zu bezweifeln ist, dass ein europäisches Gesetzgebungsverfahren diesen Anforderungen gerecht wird.⁸⁸

Zwar existiert daneben auch der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes“ gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j, Art. 67 AEUV, für den eine geteilte Zuständigkeit besteht, allerdings beschränkt sich hier die Aufgabe der EU darauf, auf die Zusammenarbeit von Polizeibehörden zur Gewährleistung der Sicherheit hinzuwirken (Art. 67 Abs. 3 AEUV); die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit wird dadurch nicht berührt (Art. 72 AEUV).⁸⁹ Vor diesem Hintergrund ist bereits die Kompetenzmäßigkeit

⁸⁵ *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 20.

⁸⁶ Erwägungsgrund 3.

⁸⁷ BVerfGE 123, 267 (359); *Pfeffer*, VerfBlog 2021, <https://verfassungsblog.de/wie-europaisch-h-wird-deutsches-polizeirecht/>, letzter Abruf 10.7.2024; *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 159; *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung, S. 731.

⁸⁸ *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143).

⁸⁹ *Schoch/Kießling*, POR, Rn. 159.

der II-Richtlinie umstritten, obwohl diese – im Gegensatz zu dem spezifischen Verbot des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO – in weiten Teilen nur Mindestvorgaben enthält.⁹⁰

Selbst wenn man jedoch Art. 16 Abs. 2 AEUV grundsätzlich als taugliche Kompetenzgrundlage ansehen würde, stünde das Verbot des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO nicht im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV). Es ist nicht ersichtlich, dass die mit den „detaillierten Verwaltungsverfahrensregeln“⁹¹ des Art. 5 KI-VO bezweckten Ziele nicht auch auf Ebene der Mitgliedsstaaten ausreichend erreicht werden könnten. Außerdem erscheint es nicht verhältnismäßig, dass über das Datenschutzrecht mit seinem bloßem Annexcharakter in das mitgliedsstaatliche Polizei- und Strafverfahrensrecht zum Zwecke der Teilharmonisierung und weit über grundsätzliche Regelungen zum Datenschutz hinaus eingegriffen wird.⁹² Der entsprechende Erwägungsgrund der KI-VO hingegen bejaht pauschal die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitprinzip, ohne zwischen den auf Art. 114 AEUV sowie Art. 16 AEUV gestützten Normen zu differenzieren.⁹³

Ob diese Umstände allerdings dafür ausreichen, dass der EuGH einer Subsidiaritätsklage in Gestalt der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) eines Mitgliedsstaates stattgeben würde, erscheint vor dem Hintergrund, dass der EuGH den Unionsorganen einen weiten Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Subsidiaritätsprinzips und der Verhältnismäßigkeit einräumt,⁹⁴ äußerst zweifelhaft. Es wäre jedenfalls ein Novum, denn bisher hat der in dieser Hinsicht zurückhaltende EuGH keinen EU-Rechtsakt an diesen Voraussetzungen scheitern lassen.⁹⁵

4. Inhaltliche Bewertung

Die Einschätzungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Verbot des Einsatzes von biometrischen Echtzeit-Ferndentifizierungssystemen decken eine denkbar weite Bandbreite ab. Während manche Stimmen das Verbot als Teil einer „gegenwartsgebundenen Symbolpolitik [...] in Erwiderung auf die im Daten-, Digitalisierungs- und KI-Diskurs artikulierten Fundamentalkritiken und Dystopien“⁹⁶ bzw. als Teil von „politischem Aktionismus“⁹⁷ sehen und stattdessen auf die „äquivalente, wenn nicht stärkere“ Gefahr für die Persönlichkeitsrechte durch private Unternehmen verweisen,⁹⁸ kritisieren andere Stimmen, dass „tatsächlich gar kein Verbot vorliegt“

90 Schindler, Biometrische Videoüberwachung, S. 731; siehe dazu bspw. die Stellungnahme des Bundesrates, Drs. 51/12.

91 Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschemeyer/Steinrötter, RDi 2021, 528 (529).

92 Pfeffer, VerfBlog 2021, <https://verfassungsblog.de/wie-europaisch-wird-deutsches-polizeirecht/>, letzter Abruf 10.7.2024; Valta/Vasel, ZRP 2021, 142 (143).

93 Erwägungsgrund 176; auch die Begründung des Entwurfs durch die Kommission COM (2021) 206 final, S. 6 f. nennt keine stichhaltigen Argumente.

94 EuGH RS C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 68, 72 ff.

95 Haratsch/Koenig/Pechstein, EuropaR, Rn. 169.

96 Valta/Vasel, ZRP 2021, 142 (143).

97 Bomhard/Siglmüller, RDi 2024, 45 (48).

98 Valta/Vasel, ZRP 2021, 142 (143).

und die Anforderungen der Vorschrift „bei weitem nicht ausreichend“ seien, um die Bedenken hinsichtlich der Risiken zu entkräften.⁹⁹ Tatsächlich liegt die Wahrheit wohl irgendwo in der Mitte zwischen diesen starken Gegenpolen.

Festzuhalten ist, dass Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO in der Tat kein umfassendes Verbot der Verwendung von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen vorsieht, sondern lediglich ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für gesetzlich normierte Ausnahmefälle statuiert. Die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot erscheinen allerdings geboten. Es wäre der Bevölkerung kaum zu vermitteln, dass den Sicherheitsbehörden der Einsatz bestimmter moderner Technologien, die (durch technische Weiterentwicklung jedenfalls zukünftig)¹⁰⁰ zu einer mitunter erheblichen Verbesserung der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr beitragen, pauschal verwehrt wird. Dies gilt insbesondere für die Abwendung von erheblichen Gefahren für gewichtige Rechtsgüter und die Aufklärung von schweren Straftaten, die zum Kern „verfassungsrechtlich gebotene[r] Aufgaben der staatlichen Sicherheitsgewährleistung“¹⁰¹ zählen.

Gerade weil aber mit der Erfassung und Auswertung aller Gesichter der Passanten im überwachten Bereich gleichzeitig erhebliche Grundrechtseingriffe und das Gefühl einer permanenten Überwachung verbunden sind, hat der Verordnungsgeber die Zulässigkeit der Verwendung notwendigerweise auf erschöpfend aufgeführte und eng abgegrenzte Fälle beschränkt.¹⁰² Der in dem Zusammenhang hervorgebrachten Kritik, dass die erlaubten Zwecke zu unbestimmt seien,¹⁰³ ist daher nicht zuzustimmen: Die Zulässigkeit der Identifikation einer Person, die der Begehung einer Straftat verdächtigt wird, ist auf die im Anhang II der KI-VO aufgeführten Straftaten beschränkt, wobei die Straftat überdies nach dem nationalen Recht des betreffenden Mitgliedsstaates im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens vier (im Kommissionsentwurf¹⁰⁴ noch drei) Jahren bedroht sein muss. Der Einsatz der biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme zu Gefahrenabwehrzwecken ist ebenfalls in seinem Umfang beschränkt und setzt eine konkrete, erhebliche und unmittelbare Gefahr entweder für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit voraus. Hinsichtlich der Abwehr eines Terroranschlags enthält die beschlossene Fassung der KI-VO im Gegensatz zum Kommissionsentwurf ferner noch eine Eingrenzung auf die tatsächliche und bestehende oder tatsächliche und vorhersehbare Gefahr eines Terroranschlags.

Damit hat sich der Verordnungsgeber erkennbar darum bemüht, den Anwendungsbereich der Ausnahmen möglichst präzise und bestimmt zu benennen, um damit einen angemessenen Ausgleich zwischen den Grundrechtseingriffen und dem öffentlichen Interesse an der Sicherheitsgewährleistung zu schaffen.¹⁰⁵ Dies ist ihm mit der Regelung des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO auch grundsätzlich gelungen.

Bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit einzelner Anwendungsfälle ist ferner hervorzuheben, dass die Vorschriften der KI-VO zum Einsatz biometrischer Echtzeit-

99 *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1190).

100 Bisher wird die Wirksamkeit der aktuellen Systeme zur biometrischen Fernidentifizierung unterschiedlich bewertet, vgl. KI und Robotik/Sprenger, § 31 Rn. 56.

101 *Thiel*, GSZ 2021, 97 (98).

102 Siehe dazu Erwägungsgründe 32 und 33.

103 *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1190).

104 COM (2021) 206 final.

105 Erwägungsgrund 33.

Fernidentifizierungssysteme nur die Grenzen des maximal Zulässigen darstellen. Entscheiden sich die Mitgliedsstaaten für eine Verwendung der Systeme in den Grenzen der KI-VO, müssen sie hierfür zunächst eine nationale Rechtsgrundlage schaffen, wobei sie in dieser – im Einklang mit dem nationalen (Verfassungs)-Recht – strengere Anforderungen an den Einsatz stellen können. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist danach weiterhin das nationale Recht. Hielte man die Ausnahmen der KI-VO für zu weitreichend und wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs nicht mit den Grundrechten vereinbar, so kann dies bei der Schaffung einer nationalen Rechtsgrundlage berücksichtigt werden.

Der Einwand, das Verbot sei das Ergebnis von politischem Aktionismus, erweist sich damit in der Konsequenz als zumindest teilweise berechtigt. Auch ohne die Regelung der KI-VO wäre ein Einsatz biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme mangels Rechtsgrundlage jedenfalls in Deutschland nicht zulässig.¹⁰⁶ Schafft der deutsche Gesetzgeber zukünftig eine solche, ist er bereits an die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Wahrung der Verhältnismäßigkeit gebunden und muss daher den Einsatz einer solchen Technik auf Ausnahmefälle beschränken. Obwohl danach also keine Regelungslücke bestand, hatte der EU-Gesetzgeber den Wunsch, regulatorisch tätig zu werden.¹⁰⁷

In Anbetracht der globalen Tendenz zu immer mehr und umfassenderer (Video)-Überwachung erscheint es allerdings nachvollziehbar, dass die EU mit dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h KI-VO an prominenter Stelle klarstellen wollte, dass es im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat nur die Freiheitseinschränkung ist, welche rechtfertigungsbedürftig ist, und niemals die Freiheit selbst. In einer Zeit des erneuten globalen Wettstreits der Systeme ist diese in Gesetzesform gegossene Klarstellung womöglich mehr als politischer Aktionismus.

II. Perspektivischer Rechtsrahmen

Die Regelung zur biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierung durch die KI-VO setzt in diesem Bereich des Sicherheitsrechts erste Leitplanken und bildet das Fundament für den weiteren Rechtsrahmen, welcher in den kommenden Jahren Einzug halten wird. Sollte sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschließen, die Polizeibehörden vollständig oder teilweise zur Verwendung von Systemen zur biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierung zu ermächtigen, ist er hierbei gem. Art. 5 Abs. 5 S. 1 KI-VO zunächst an die von der KI-VO definierten Grenzen des zulässigen Einsatzes gebunden, welche sich insbesondere aus Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h, Abs. 2 und 3 KI-VO ergeben. Bei der möglichen inhaltlichen Ausgestaltung innerhalb dieses Rahmens wird der Gesetzgeber genau zu prüfen haben, ob und inwieweit sich der Einsatz von Systemen zur biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierung auf Grundlage des deutschen Rechts als verhältnismäßig erweist und somit die damit einhergehenden Grundrechteingriffe rechtfertigen kann.

106 Schindler, Biometrische Videoüberwachung, S. 731.

107 Bomhard/Siglmüller, RDI 2024, 45 (48).

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG zu, das die Befugnis des Einzelnen beinhaltet „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“.¹⁰⁸ Der weite Schutzbereich des Grundrechts umfasst alle persönlichen Daten, unabhängig davon, aus welcher Sphäre sie stammen.¹⁰⁹ Die Notwendigkeit der Schaffung dieses Grundrechts im Jahr 1983 sieht das BVerfG darin begründet, dass durch die „Hilfe der automatischen Datenverarbeitung Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person [...] technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernung in Sekundenschnelle abrufbar sind“ und dadurch der Staat ein umfassendes „Persönlichkeitsbild“ seiner Bürger erstellen und damit seine „Einsicht[s]- und Einflussnahme“ erweitern kann.¹¹⁰ Diese Begründung erweist sich in der digitalisierten Welt so aktuell wie nie zuvor.

Die Erfassung, Auswertung und der Abgleich eines Gesichts durch ein biometrisches Echtzeit-Fernidentifizierungssystem greift dabei – auch in einem Nicht-Treffer-Fall – in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ein,¹¹¹ weshalb eine Rechtfertigung des Eingriffs notwendig ist und sich insbesondere die Frage der Bestimmtheit sowie Verhältnismäßigkeit stellt. Im Rahmen letzterer sind Aspekte wie die Anlassbezogenheit der Maßnahme sowie die Streubreite der Maßnahme einerseits und die zu schützenden Rechtsgüter andererseits maßgeblich zu berücksichtigen.¹¹²

Dass allerdings in näherer Zukunft eine entsprechende Rechtsgrundlage für den Einsatz biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in Deutschland geschaffen wird, ist zu bezweifeln: Die aus SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP bestehende Regierung hat in ihrem Koalitionsvertrag festgehalten, dass sie den Einsatz von Systemen zur biometrischen Erfassung zu Überwachungszwecken ablehnt, da dies nicht mit dem Recht auf Anonymität im öffentlichen Raum zu vereinbaren sei.¹¹³

III. Zwischenfazit

Mit der KI-VO der Europäischen Union liegt erstmals eine umfassende Regelung für diverse Einsatzbereiche und Anwendungsszenarien von KI-Systemen vor. Auch die zuvor als intelligente Videoüberwachung „Level 2“ dargestellte Videoüberwachungstechnik erfährt unter dem Begriff der biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierung eine rechtliche Regulierung und zwar in Gestalt eines grundsätzlichen Verbots, welches aber für den Schutz besonders hoch zu gewichtender Rechtsgüter Ausnahmen zulässt.

108 BVerGE 65, 1 (42); 113, 29 (47).

109 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 517.

110 BVerGE 65, 1 (42).

111 BVerGE 150, 244 Rn. 44 ff. – Kennzeichenkontrollen 2.

112 KI und Robotik/*Sprenger*, § 31 Rn. 81; *Rademacher/Perkowski*, JuS 2020, 713 (715 f.); eine ausführliche Gesamtdarstellung zu den Anforderungen findet sich bei *Schindler*, Biometrische Videoüberwachung.

113 Koalitionsvertrag 2021 – 2025, S. 86, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf.

Fragen im Zusammenhang mit der Regelung werfen die nicht unbedingt nachvollziehbare Differenzierung von nachträglichen und Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen sowie die Kompetenzmäßigkeit der Vorschrift auf.

Entgegen der teils massiven Kritik von unterschiedlichen Seiten kann die Regelung bei einer Gesamtbetrachtung in Hinblick auf die von ihr beabsichtigten Ziele und den Ausgleich gegenläufiger Interessen überzeugen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass diese letztlich nur die Grenzen des maximal Zulässigen festlegt und sich Fragen zur Verhältnismäßigkeit vor allem bei der Schaffung nationaler Rechtsgrundlagen stellen werden. In Deutschland wird hierfür eine intensive Auseinandersetzung mit dem maßgeblich betroffenen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung notwendig sein, sofern sich der Gesetzgeber überhaupt dazu entschließt, die Polizeibehörden zum Einsatz der biometrischen Fernidentifizierungssysteme zu ermächtigen.

E. Fazit

Ziel des Beitrags ist es, den abstrakten Begriff des Transformationsprozesses im Recht zu kontextualisieren und dafür einen bestimmten Teilbereich näher darzustellen, in welchem ein solcher Prozess aktuell stattfindet. Die zunächst theoretisch gewonnenen Erkenntnisse zu den Spezifika eines Transformationsprozesses konnten am Beispiel der Digitalisierung und der zunehmenden Verbreitung von KI-Systemen anschaulich gezeigt werden.

Ausgangspunkt des Transformationsprozesses ist die technische Innovation, welche Produkt bestehender Bedingungen und gleichzeitig Auslöser für Veränderungen ist. Diese Doppelrolle spiegelt sich in der Rolle des Rechts als Ermöglicher und Begrenzer von Technik wider. Hierbei zeigt sich, dass mit der Anbahnung einer neuen Technologie zunächst allgemeine Verantwortungsfragen im Mittelpunkt des Diskurses über den Umgang mit der neuen Technologie stehen, bevor parallel zur aufkommenden technischen Anwendbarkeit konkrete und verbindliche Umgangsregeln folgen.

Eben jenen Transformationsprozess durchlief bzw. durchläuft auch die Regulierung von KI. Die Forschung in diesem Bereich ist schon lange existent und die enormen Folgen, die mit KI-Systemen bei der tatsächlichen Einsetzbarkeit einhergehen werden, waren schon lange grob absehbar. Das Ausmaß der erwarteten Veränderungen führte zu einer grundlegenden ethischen Debatte, deren Erkenntnisse schließlich das Fundament von Handlungsempfehlungen bildeten. Bei der immer konkreteren und anwendungsbezogenen Gestaltung des verbindlichen Rechtsrahmen ist es dann aus rechtlichen wie praktischen Erwägungen geboten, zwischen unterschiedlichen Einsatzbereichen von KI zu differenzieren, um einzelnen Besonderheiten und speziellen Anforderungen Rechnung tragen zu können.

Unter anderem im Bereich des staatlichen KI-Einsatzes gilt es solchen erhöhten Anforderungen, welche maßgeblich in der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates begründet liegen, gerecht zu werden. Nochmals im gesteigerten Maße legitimationsbedürftig ist der Einsatz von KI-Systemen im Sicherheitsrecht, in welchem sich das Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit exemplifiziert. Mit der Regulierung von biometrischen Fernidentifizierungssystemen in der KI-VO hat die EU gezeigt, welche Ansätze in diesem Bereich der Abwägung zwischen technisch Mög-

lichem, gesellschaftlich Gewolltem und rechtlich Zulässigem möglich sind. Die Notwendigkeit dieser Abwägung besteht nun auch auf Ebene der Mitgliedsstaaten bei der Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Einsatz biometrischer Fernidentifizierungssysteme.

Insgesamt wurde deutlich, dass sich auch ein Blick auf das „Große und Ganze“, ein Blick auf die Grundlagen des Transformationsprozesses lohnt. So können Rechtswissenschaft und Rechtssetzer sich bewusster werden, was ihre Rolle in diesem Prozess ist oder zumindest sein sollte: Wollen sie im durch KI und Digitalisierung ausgelösten Transformationsprozess lediglich die Technikfolgen reaktiv begrenzen oder vielmehr transdisziplinär die Potentiale analysieren und einen innovationsfreundlichen Raum der Ermöglichung schaffen.¹¹⁴

114 Siehe dazu *Hoffmann-Riem*, Digitale Disruption und Transformation, S. 195.

Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots: Ein rechtstheoretisches Argument vor diskurstheoretischem Hintergrund

Abstract

The paper aims to supplement the predominantly functional arguments for lawmaker's margins of appreciation within constitutional rights proportionality with an argument from legal theory. It holds that it is the analytical (or logical) evidence of subsumption, understood as analytical correspondence of normative and factual representations, which inevitably leads to the recognition of lawmaker's margins of appreciation. According to the principle of proportionality, which is a basic normative standard of practical rationality as well as constitutional rights, the lawmaker has to find the best (optimal) solution (the “one right answer”) for a given conflict of interest. Practical discourse, which is institutionalized in the democratic lawmaking process, not only allows for, but often demands answering the proportionality test with non-binary structured factual representations of reality, particularly credences, to which the lawmaker attributes the subjectively highest degree of plausibility. In contrast, law requires binary structured factual representations of reality (beliefs) to come into action through its application process. At the core of this process, during the act of subsumption, the law applying subject must establish an analytical correspondence of normative and factual representations, which it holds for true. As a legal control norm of the legislative decision, the proportionality test therefore also requires binary structured factual representations of reality to be applied. Due to the epistemic challenges of (consequentialist) legislative decisions, however, the necessary analytical correspondence of normative and true factual representations can only seldom be established. It follows, as it is shown in the paper, that as a legal control norm the *proportionality test* can practically only be operationalized as *disproportionality test*, which automatically leads to legislative leeway.

Résumé

Cet article vise à compléter les arguments principalement fonctionnels en faveur des marges d'appréciation du législateur dans le cadre de la proportionnalité des droits constitutionnels par un argument tiré de la théorie juridique. Il soutient que c'est la preuve analytique (ou logique) de la subsumption, comprise comme la correspondance analytique des représentations normatives et factuelles, qui conduit inévitablement à la reconnaissance des marges d'appréciation du législateur. Selon le principe de proportionnalité, qui est une norme normative de base de la rationalité pratique et des droits constitutionnels, le législateur doit trouver la meilleure (optimale) solution (la « bonne réponse ») pour un conflit d'intérêts donné. Le discours pratique, qui est institutionnalisé dans le processus démocratique d'élaboration des lois, non

seulement permet, mais exige souvent de répondre au test de proportionnalité par des représentations factuelles non binaires de la réalité, en particulier des crédences, auxquelles le législateur attribue le degré de plausibilité subjectivement le plus élevé. En revanche, le droit exige que des représentations factuelles structurées binaires de la réalité (croyances) entrent en action par le biais de son processus d'application. Au cœur de ce processus, lors de l'acte de subsomption, le sujet qui applique la loi doit établir une correspondance analytique entre les représentations normatives et factuelles, qu'il tient pour vraies. En tant que norme de contrôle juridique de la décision législative, le test de proportionnalité nécessite donc également l'application de représentations factuelles de la réalité structurées de manière binaire. En raison des défis épistémiques des décisions législatives (conséquentialistes), la correspondance analytique nécessaire entre les représentations factuelles normatives et vraies ne peut cependant que rarement être établie. Il s'ensuit, comme le montre l'article, qu'en tant que norme de contrôle juridique, le test de proportionnalité ne peut pratiquement être mis en œuvre que sous la forme d'un test de disproportionnalité, ce qui entraîne automatiquement une marge de manœuvre pour le législateur.

I. Einleitung

Die im Rahmen der einzelnen Teilgebote des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots existierenden Spielräume (insbesondere) des Gesetzgebers wurden bislang vor allen Dingen mit institutionell-funktionellen Argumenten begründet. Bereits deutlich weniger im Mittelpunkt stehen genuin rechtsmethodisch gewonnene Argumente, die sich insbesondere aus Wortlaut und Systematik der Verfassung ergeben und die mit der Spielraumdogmatik brechende, gleichwohl weithin erhobene Rede von der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ als bereits semantisch (deutlich) verkürzt ausweisen. Es ist eine Frage des grundrechtstheoretischen Standpunkts respektive von dessen Durchhaltbarkeit, ob man diese Argumente schließlich mit der Prinzipientheorie um ein grundrechtstheoretisches Argument erweitert.

Der Beitrag möchte diese Argumentationslinien zur Begründung der theoretisch weithin akzeptierten, in der praktischen Handhabung aber zuweilen nicht klar genug abgesteckten Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots um ein bislang unentdecktes rechtstheoretisches Argument ergänzen. Wie dargelegt werden soll, ist es nämlich gewissermaßen am Fundament des Rechts angelangt die rechtstheoretisch unabdingbare Evidenz des Subsumtionsschlusses, die einer spielraumfreien Operationalisierung der Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots notwendig entgegensteht. Dies erschließt sich wiederum vor dem breiteren diskurstheoretischen Hintergrund, vor dem Verhältnismäßigkeiterwägungen anlässlich des parlamentarischen Erlasses sowie der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gesetzen erfolgen.

Während der rationale Diskurs es sich leisten kann und leisten muss, binär operierende Wahrheitswerte als epistemische Objektivität im Sinne einer intersubjektiv vollständig übereinstimmenden Überzeugung sämtlicher (rationaler) Beteiligter lediglich als Idealziel auszuweisen, ist das Recht aus sich heraus notwendig auf binär operierende Evidenz im Subsumtionsschluss angewiesen. Dies ist so lange unschädlich, als epistemische Ungewissheit hinsichtlich binär strukturierter Wahrheitswerte

(m.a.W. hinsichtlich des Vorliegens von Tatsachen) durch Beweislast- und Beweiswürdigungsregeln gewissermaßen normativ auf Distanz gehalten werden kann. Epistemische (Rest-)Ungewissheit wird so gewissermaßen auf der tatsachenseitigen Seite des Subsumtionsschlusses aus dem Subsumtionsschluss herausfingiert und die für dessen binär operierende Evidenz erforderliche binär strukturierte Tatsachengrundlage auf diese Weise geschaffen. Ermöglicht wird dies auf der rechtsseitigen Seite des Subsumtionsschlusses wiederum dadurch, dass die unmittelbar oder mittelbar verhaltenssteuernden Normen des (einfachen) Rechts bestimmte handlungsnahe tatsächliche Elemente der jeweils normrelevanten Interessenkonflikte durch ihre Tatbestandsvoraussetzungen selektieren sowie für die so definierte und in die binäre Entscheidungsstruktur des Rechts gebrachte Lösung des Interessenkonflikts spezifisch rechtliche autoritativ-normative Verbindlichkeit für sich reklamieren. Im modernen (jedenfalls Verfassungs-)Staat erhebt diese rechtliche Lösung zugleich den Anspruch auf (auch materiale) Rationalität, m.a.W. auch: „Gerechtigkeit“.

Dieser gewissermaßen deontologische Trick des Rechts ist nun allerdings bei den Teilgeboten des Verhältnismäßigkeitsgebots auf beiden Seiten des Subsumtionsschlusses nicht möglich. Diese fungieren als aus allgemeinen rationalen Entscheidungsrouterien ableitbare Entscheidungsnormen für den Gesetzgeber gewissermaßen spielraumfrei als positiv formulierte Verhältnismäßigkeitsgebote. Der Gesetzgeber ist durch sie etwas untechnisch verkürzt gesprochen gehalten, beim Gesetzeserlass die aus seiner Sicht beste und damit zugleich ideell „einzig richtige“ Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts zu finden und zu wählen. Seine diesbezüglichen demokratischen Gestaltungsspielräume sind auf dieser Ebene in das Normprogramm des Verhältnismäßigkeitsgebots integriert. Der rationale Diskurs kann, darf und muss an dieser Stelle mit nicht binär strukturierten Plausibilitätserwägungen operieren und Entscheidungen nicht nach dem Konsens-, sondern nach dem demokratischen Mehrheitsprinzip treffen. Als verfassungsrechtliche Kontrollnormen der gesetzgeberischen Entscheidung müssen die Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots demgegenüber normativ binär operationalisiert werden, um die für den Subsumtionsschluss erforderliche Evidenz zu gewährleisten. Die Möglichkeit des im rationalen Diskurs allgegenwärtigen „Dritten“ – das Berufen auf die graduelle, zwischen dem Bejahen und dem Verneinen ihrer Voraussetzungen liegende Plausibilität – ist im Recht nicht gegeben. Auch tatsachenseitig helfen die sonst üblichen Beweislast- und -würdigungsregeln nicht oder nur sehr eingeschränkt und jedenfalls nicht unmittelbar weiter: Für eine Fiktion als objektiv feststehend ist der epistemische (meist eben nicht nur: Rest-)Zweifel im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsargumenten oft (viel) zu groß. Die Auferlegung von Beweislastregeln scheitert ebenfalls oft bereits an der grundsätzlichen epistemologischen Beweisfähigkeit des Beweisthemas.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot kann vor diesem Hintergrund nur entweder (positiv) als Gebot der Verhältnismäßigkeit oder (negativ) als Verbot der Unverhältnismäßigkeit verfassungsnormativ operationalisiert werden. Wie im Folgenden näher dargelegt werden soll, lässt sich das den Gesetzgeber als Entscheidungsnorm noch positiv auf die verhältnismäßige (optimale bzw. „einzig richtige“) Lösung verpflichtende Verhältnismäßigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Kontrollnorm im Einklang mit Rechtsprechung und herrschender Lehre praktikabelerweise nur als Unverhältnismäßigkeitsverbot operationalisieren. Das als verfassungsrechtliche Entscheidungsnorm not-

wendig positiv operationalisierte *Gebot der Verhältnismäßigkeit* wird als verfassungsrechtliche Kontrollnorm in ein *Verbot der Unverhältnismäßigkeit* umgebrochen. Der infolge dieses Umbruchs verbleibende Raum definiert in materiell-rechtlicher Sicht die gesetzgeberischen Spielräume.

II. Spielräume des Gesetzgebers und ihre Begründung

Die Problematik der gesetzgeberischen Spielräume erschließt sich vor dem Hintergrund der (auch) an den Gesetzgeber gemäß Art. 1 Abs. 3 GG vollnormativ adressierten grundrechtlichen Bindungen. Bei der Vornahme des ihm obliegenden gesamtgesellschaftlich relevanten (allgemeinen) Interessenausgleichs wird der Gesetzgeber durch grundrechtliche Vorgaben – in Gestalt von Eingriffsabwehrfunktion und Schutzgewährleistungsfunktion zudem oft aus gegenläufigen Richtungen – eingeschränkt. Weitere, hier nicht interessierende, grundrechtliche Vorgaben beiseitegelassen ist es insbesondere das grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot, das in seiner normativen Tendenz die Vornahme eines optimalen Interessenausgleichs gebietet.¹ In der Konsequenz einer solchen Engführung liegt es, sich gedanklich der punktuellen, einzig verfassungsrechtlich richtigen Lösung eines grundrechtlich relevanten Interessenkonflikts anzunähern. In der Tat sehen nicht wenige Stimmen in der Literatur in einer sich auf dieser Grundlage potenziell ergebenden umfassenden und ausnahmslosen Grundrechtsdeterminiertheit des Gesetzgebers die Gefahr einer „Überkonstitutionalisierung“ der Rechtsordnung und einer damit einhergehenden, als ebenso gewaltig wie gewaltsam wahrgenommenen Kompetenzverschiebung weg vom Gesetzgeber hin zum Bundesverfassungsgericht.² Den Grundrechten wäre bei Zugrundelegung dieses Modells die definitive Lösung eines jeden Interessenkonflikts zu entnehmen, jede gesetzgeberische Entscheidung müsste sich vom Bundesverfassungsgericht darauf kontrollieren lassen, exakt diese Lösung gefunden bzw. wohl besser: getroffen zu haben.

Nach herrschender Meinung besitzt der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Gesetzesrechts indes beträchtliche Gestaltungsspielräume, die sich einer verfassungsge-

1 Siehe etwa *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 100 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2001), S. 7 (18 ff.); *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 65 f.; siehe auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 (29 f.); *Werner Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 10; *Karl-Eberhard Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermoßverbot?, *DVBl.* 1993, S. 982 (983 f.).

2 Siehe nur *Ernst Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 137 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 31 ff.; *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 (504 f.); *Böckenförde*, Grundrechte (Fn. 1), S. 24 f.; *ders.*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 189 f.; *Heun*, Schranken (Fn. 1), S. 9 ff.; *Hain*, Gesetzgeber (Fn. 1), S. 984; *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 46; *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt (Fn. 1), S. 64 ff. Siehe hierzu jeweils ferner den Überblick bei *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 12 ff.; *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 1 (jeweils m.w.N.).

richtlichen Kontrolle entziehen.³ Im Einzelnen werden (wahlweise auch als „Prärogative“) Einschätzungs-, Beurteilungs-, Prognose-, Typisierungs-, Wertungs-, Abwägungs- und Entscheidungsspielräume sowie weitere mehr unterschieden.⁴ Wichtiger als die sich häufig überlappende sowie alles andere als einheitliche und bis zum Ende gereifte Terminologie ist indes die Erkenntnis, dass sich die genannten Gestaltungsspielräume dem Gesetzgeber auf allen Stufen des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots eröffnen.⁵

Begründet werden die gesetzgeberischen Spielräume maßgeblich mit institutionell-funktionellen Argumenten.⁶ Hiernach ist der parlamentarische Gesetzgeber aufgrund seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation, Repräsentation und Verantwort-

-
- 3 Siehe hierzu nur *Hain*, Gesetzgeber (Fn. 1), S. 984; *Marius Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998; *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000; *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung (Fn. 2), S. 47, 53; *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 15 ff.; *Christoph Engel*, Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots, in: *Winfried Brugger/Stephan Kirste/Michael Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103 (150); *Virgilio Afonso da Silva*, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, 2003; *Martin Borowski*, Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: *Jan-R. Sieckmann* (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie* Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 81 (93 ff.); *Matthias Klatt/Johannes Schmidt*, Spielräume im öffentlichen Recht, 2010; *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014; *Ralf Poscher*, Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: *Matthias Herdegen/Johannes Masing/ders./Klaus-Ferdinand Gärditz* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 3 Rn. 99 ff.; *Matthias Möller*, Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 2022.
- 4 Siehe etwa *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens (Fn. 3), S. 713 ff.; *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 15 f.; *Afonso da Silva*, Grundrechte (Fn. 3), S. 121 f.; *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative (Fn. 3), S. 128 ff.; *Möller*, Spielräume (Fn. 3), S. 93 ff. jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG.
- 5 Siehe hierzu jeweils BVerfG, NJW 2022, 139 (149 ff.); NJW 2022, 167 (177 ff.); *Raabe*, Grundrechte (Fn. 3), S. 331 ff.; *Armin Steinbach*, Gesetzgebung und Empirie, Der Staat 54 (2015), S. 267 (272 f., 281 ff.); *Max Erdmann*, Kohärenz in der Krise?, NVwZ 2020, 1798 (1800).
- 6 Siehe *Schuppert*, Grenzen (Fn. 2); *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 333 ff.; *Walter Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 100 ff.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 568 ff.; *Matthias Jestaedt*, GrundrechtSENTFALTUNG im Gesetz, 1999, S. 137 ff., 174 ff.; *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 28; *Erdmann*, Kohärenz (Fn. 5), S. 1800; *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 506 ff.; zurückhaltend (dabei allerdings Kontrollmaßstab und Kontrolldichte vermengend) *Heun*, Schranken (Fn. 1), S. 35 ff. Siehe auch den Überblick bei *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 21 ff. m.w.N. Die institutionell-funktionellen Erwägungen lassen sich mit Argumenten aus der Theorie kollektiver Entscheidungsprozesse untermauern, siehe hierzu im Überblick *Thomas Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 247 f. m.w.N. sowie grundlegend *Christian List/Philip Pettit*, Group Agency, Oxford: Oxford University Press 2011; *Richard Ekins*, The Nature of Legislative Intent, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 125, 143 ff. Einen rechtstheoretischen Ansatz zur Erklärung der gesetzgeberischen Spielräume wählt demgegenüber *Shu-Perng Hwang*, Die Begründung der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume aus den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung, KritV 92 (2009), 31 ff., der freilich lediglich vereinzelte und hinsichtlich des analytischen Zugriffs wohl eher zufällige Berührungspunkte mit dem im Folgenden entfalteten aufweist.

lichkeit sowie der besonders elaborierten, auf strukturierte und sorgfältige rationale Deliberation, pluralistische Beteiligung und Ausschöpfung des demokratischen Meinungsspektrums, Nutzbarmachung hausinterner wie -externer Expertise sowie Transparenz und Öffentlichkeit ausgerichteten Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens die relativ bestgeeignete Instanz im demokratischen Verfassungsstaat, um die das Gemeinwesen betreffenden allgemeinen Regelungentscheidungen zu treffen.⁷ Diese im Kern teleologischen Erwägungen lassen sich mit aus dem Wortlaut und der Systematik der Verfassung gewonnenen Argumenten unterstützen, die – namentlich etwa in den Art. 38 ff., 50 ff., 70 ff. GG, aber auch in den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten – dem Gesetzgeber eine maßgebliche, zentrale und eigenverantwortliche Rolle bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung zuweisen.⁸ Da diese Vorschriften als vollwertiges Verfassungsrecht grundsätzlich gleichwertig neben den Grundrechten stehen, muss die Rede von der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ als bereits semantisch (deutlich) verkürzt gelten.⁹ Es ist eine Frage des grundrechtstheoretischen Standpunkts respektive von dessen Durchhaltbarkeit, ob man diese Argumente schließlich mit der Prinzipientheorie um ein grundrechtstheoretisches Argument erweitert und die gesetzgeberischen Spielräume unmittelbar aus dem Prinzipiencharakter der Grundrechte ableitet.¹⁰

Im Folgenden sollen diese Argumentationslinien zur Begründung der Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots um ein rechtstheoretisches Argument ergänzt werden. Wie im Einzelnen dargelegt werden soll, ist es nämlich gewissermaßen am Fundament des Rechts angelangt die rechtstheoretisch unabdingbare Evidenz des Subsumtionsschlusses, die einer spielraumfreien Operationalisierung der Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots notwendig entgegensteht. Dies erschließt sich wiederum vor dem breiteren diskurstheoretischen Hintergrund, vor dem Verhältnismäßigkeitserwägungen anlässlich des parlamentarischen Erlasses sowie der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gesetzen erfolgen.

7 Siehe neben den in Fn. 6 Genannten eingehend hierzu *Helmut Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 207 ff.; siehe auch *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 13 ff. m.w.N. u.a. aus der US-amerikanischen Literatur.

8 Vgl. hierzu etwa *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35 (55); *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine deutsche Perspektive, in: *Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.)*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, S. 37 (63).

9 So auch *Jestaedt*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 8), S. 63.

10 Hierzu *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 7 (13 ff.); siehe ferner den Ansatz von *Raabe*, Grundrechte (Fn. 3).

III. Der diskurstheoretische Hintergrund: Offenheit des praktisch-rationalen (demokratischen) Diskurses und autoritativ-normative Verbindlichkeit des Rechts

1. Rationalität

Der moderne Staat ist auf und – noch viel wichtiger – mit Vernunft gebaut.¹¹ Der Anspruch des modernen Staates auf die Rationalität seines Handelns ist schon deshalb unhintergehbar, weil er ihn gegenüber seinen Bürgern erhebt und dies aus kontraktualistischen sowie sozialtheoretischen und -psychologischen, ihm jeweils seine Tiefenstruktur gebenden Gründen notwendig muss.¹² Die Rationalität des Staates ist in ihren Voraussetzungen theoretisch im aristotelischen – bzw. epistemisch oder kognitiv im modernen – Sinn, weil praktisches Handeln notwendig auf einer möglichst, jedenfalls aber hinreichend akkuratem Erkenntnis der Gegebenheiten der Welt beruht, und in ihren Resultaten praktisch – bzw. normativ im oft etwas verzerrten modernen Verständnis –, weil es das Verhalten der Menschen ist, weswegen der Staat existiert.¹³ Als praktische Rationalität ist die Rationalität des Staates zugleich konkret anstatt nur abstrakt: Sie muss sich also im – und das heißt jedenfalls gedanklich *in jedem* – Mo-

11 Siehe nur *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 182 ff.; *ders.*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, S. 23 f., 27 ff.; *Martin Führ*, Rationale Gesetzgebung, in: Erik Gawel/Gertrude Lübbe-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik, 1999, S. 193 (194); *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessung (Fn. 3), S. 308 ff., 777 ff.; *Eberhard Schmidt-Åfmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsstee, 2. Aufl. 2006, S. 13; *Matthias Herdegen*, Staat und Rationalität, 2010; *Bernd Grzesick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2011), S. 49 (51 ff.); *Stefan Haack*, Primitive Staatstheorie, Der Staat 51 (2012), S. 57 (71); *Armin Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017; *Erdmann*, Kohärenz (Fn. 5), S. 1798. Siehe ferner auch *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Dirk Ehlers/Hermann Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 1.

12 Vgl. hierzu *Kriele*, Staatslehre (Fn. 11), S. 8 ff., 24 f.; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Aufl. 2011, S. 57 ff., 64 ff.; *Steinbach*, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 49 ff., 319. Kontraktualistisch sind diese Gründe, weil ohne die Erhebung eines Anspruchs auf Rationalität und Richtigkeit die Bürger den Staat auf Dauer nicht tragen und die Grenzen zur augustinischen Räuberbande verschwimmen, vgl. hierzu auch *Robert Alexy*, Die Doppelnatürlichkeit des Rechts, Der Staat 50 (2011), S. 389 (392). Sozialtheoretisch sind sie, weil der Staat auf – notwendig rationaler – kollektiver Intentionalität beruht: Ohne jedenfalls Binnenrationalität (im Hinblick auf die kollektive Intentionalität der „Staatsdiener“) lässt sich der Staat bereits nicht organisieren. Ohne (insofern etwas schief) Außenrationalität wird er von seinen Bürgern nicht getragen, was für ihn jedoch konstitutiv ist (hier treffen sich beide Überlegungen, die im Übrigen jeweils – in den Köpfen von Staatsdienern und Bürgern – ein sozial-psychologisches Korrelat haben).

13 Zu den verschiedenen, sich letztlich immer in einer übergeordneten praktischen Rationalität vereinenden Domänen der Rationalität siehe *Wolfgang Spohn*, Wie kann die Theorie der Rationalität normativ und empirisch zugleich sein?, in: Lutz H. Eckensberger/Ulrich Gähde (Hrsg.), Ethische Norm und empirische Hypothese, Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1993, S. 151 (155 ff.); *Nicholas Rescher*, Rationalität, 1993, S. 3 f., 144 ff. Vgl. hierzu für den praktisch-rationalen Diskurs auch *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien, in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag, 1973, S. 211 (253 f.); *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 154 f.

ment des Verhaltens, eben praktisch verwirklichen und nicht nur im Wege und auf der Ebene abstrakter Deliberation. Dieser Moment des konkreten praktischen Handelns ist damit auch der denknotwendige Bezugs- und Fokalpunkt des praktisch-rationalen Diskurses.

2. Praktisch-rationaler Diskurs

Der Begriff des „praktischen“ oder „rationalen Diskurses“ (hier zur Vermeidung von Missverständnissen und aus Gründen höchstmöglicher Präzision zumeist „praktisch-rationaler Diskurs“ genannt) ist aufgrund der mit ihm assoziierten Diskurstheorien theoretisch etwas übersteuert – man kann mit Blick auf die (nicht untypisch deutsche) destruktive geisteswissenschaftliche Diskurskultur hierzulande vielleicht auch sagen: faktisch „zerstört“.¹⁴ Dies mag damit zu tun haben, dass es bislang noch nicht recht gelungen ist, eine notwendig rationalnormativ-idealstische Diskurstheorie pragmatisch-realisch zu wenden, was wiederum erfordern würde, diese auf sprach-, kommunikations-, sozial-, entscheidungs- und normtheoretisch solider ausgebauten (und zuvor ausgeforschte) Grundlagen zu stellen.¹⁵ Die im Folgenden zugrunde gelegten diskurstheoretischen Annahmen sind demgegenüber vergleichsweise schwach und – so die Hoffnung – intersubjektiv allgemein anschlussfähig:

Die Notwendigkeit eines – inhaltlich wie auch immer ausgestalteten (zum Verhältnismäßigkeitsgebot als dessen zentralem regulativen Leitprinzip siehe sogleich, IV.) – praktisch-rationalen Diskurses im modernen und zumal demokratischen Verfassungsstaat ergibt sich bereits aus der sozialtheoretischen Überlegung, dass sich dessen Rationalität notwendig *inter-* und eben nicht nur *intrasubjektiv* entfaltet und sich als intersubjektive Rationalität ganz wesentlich auch kommunikativ verwirklicht.¹⁶ Sie ergibt sich darüber hinaus auch aus dem schlichten empirischen Befund, dass an beiden für die hiesigen Zwecke relevanten Stellen – dem Gesetzgebungsverfahren

-
- 14 Dies hat mit *Habermas*, insbesondere dessen sprechakttheoretischen Eigenheiten und auch dessen kommunikations-, handlungs-, rational- und sozialtheoretisch wohl etwas zu stark formulierten Grundprämissen zu tun. Zur Kritik an der Diskurstheorie allgemein und speziell an *Habermas* siehe etwa *Uwe Steinhoff*, Kritik der kommunikativen Rationalität, 2006; im Überblick *ders.* – Über die unüberwundenen Begründungsdefizite der „Kritischen Theorie“ – Von *Habermas* zu *Forst*, Zeitschrift für kritische Sozialtheorie und Philosophie 2 (2015), S. 67 (69 ff.); *Fabian Anicker*, Entwurf einer Soziologie der Deliberation, 2019, S. 64 ff. sowie namentlich im rechtlichen Kontext *Armin Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002; *Ulfried Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Werner Krawietz/Gerhard Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie 27/3 (2. Aufl. 2004), S. 415 ff.; *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, S. 21 ff. und insbesondere S. 28 ff. (zu deren verfehltem und verzerrtem Fokus auf das Gerichtsverfahren siehe aber *Stephan Wagner*, Die Gesetzesinterpretation als hermeneutisches Verfahren – Ein Plädoyer für eine pragmatisch- und psycholinguistisch fundierte (Re-)Formulierung der juristischen Hermeneutik, RW 14 [2023], S. 306 [310 ff. (mit Fn. 13)]).
- 15 Siehe aber jüngst *Anicker*, Entwurf (Fn. 14).
- 16 Vgl. hierzu auch *Steinbach*, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 43 ff.

und der Rechtsanwendung – Diskurse über praktische Fragen geführt werden, die staats- und rechtstheoretisch notwendig dem Primat der Rationalität unterliegen und den Anspruch hierauf auch erheben.¹⁷

Für die sich im praktisch-rationalem Diskurs im Hinblick auf die gesetzgeberische Gestaltung des Rechts kommunikativ mitteilende praktische Vernunft können für die Zwecke hier nun unter anderem folgende – diskurstheoretisch vergleichsweise schwachen – Prämissen zugrunde gelegt werden:

Ziel des im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ablaufenden demokratischen und damit jedenfalls mittelbar auch Gegenstand des im hierauf bezogenen (verfassungs-)gerichtlichen Verfahren stattfindenden praktisch-rationalem Diskurses ist das Finden einer rationalen – und das heißt, wie noch zu zeigen sein wird (IV.), gleichzeitig optimalen – Lösung für ein praktisches Problem, zumeist einen intersubjektiven Interessenkonflikt, mit den Mitteln des Rechts.¹⁸ Der praktisch-rationale Diskurs vollzieht sich durch den Austausch von Argumenten für unterschiedliche Lösungsoptionen. Diese wiederum sind sehr wesentlich – in welchem Ausmaß und Verhältnis genau, kann hier dahinstehen – abhängig von empirischen (und gegebenenfalls evaluativen) Faktoren, hinsichtlich derer kein sicheres Wissen besteht.¹⁹ Epistemologische und empirische Unsicherheit²⁰ besteht insofern allein schon hinsichtlich der

-
- 17 Siehe hierzu *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 164, 267 ff. Soweit die Kritik bezüglich der gerichtlich-prozessualen Rechtsanwendung auf das strategische (Sprach-)Handeln der Prozessbeteiligten verweist, siehe *Engländer*, Diskurs (Fn. 14), S. 144 ff.; *Neumann*, Interpretation (Fn. 14), S. 415 ff. (unter Bezugnahme auf die insoweit wechselnden Positionen *Haibermas*); *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung (Fn. 14), S. 27 ff., ist diese Beobachtung einerseits fraglos richtig, ändert freilich andererseits so lange nichts daran, dass ein rationaler Diskurs über Rechtsanwendungsfragen geführt wird, wie ein rationaler Diskurs über Rechtsanwendungsfragen geführt wird und aus nicht zuletzt kontraktualistischen Gründen geführt werden muss. Wer hier eine Tautologie erkennen möchte, müsste im Zivilverfahren beispielsweise jeden Unterschied zwischen Vergleich und Urteil verneinen (so mehr oder weniger explizit denn auch *Neumann*, a.a.O., S. 419) und vermeint (u.a.) die individuell-strategische mit der intersubjektiven, sozialen und insbesondere kollektiven (eben kontraktualistischen) Ebene sowie dabei den normativen Maßstab, an dem sich das (Sprach-)Handeln notwendig ausrichten muss und auch – und sei es nur vorgeschoben bzw. dem Anschein nach – empirisch belegbar ausrichtet, um den Anforderungen der Letzteren zu genügen, mit der empirischen Frage, ob es diesem Maßstab aus individueller Perspektive auch genügt und genügen will, m.a.W. in jedem Fall (mindestens) die ideelle und die faktische Ebene, siehe hierzu auch *Anicker*, Entwurf (Fn. 14), S. 32 ff.
- 18 Vgl. hierzu auch *Robert Alexy*, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, ARSP 95 (2009), S. 151 (157).
- 19 Siehe auch *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 246, 255; *Robert Alexy*, My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason, in: Luc Wintgens (Hrsg.), The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1999, S. 23 (30 f.); *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 4, 45 ff.
- 20 Der Begriff „epistemologische Unsicherheit“ wird hier im Sinne *Knights* (vgl. *Frank Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Nachdruck 1965 [1921], Harper & Row; New York, S. 197 ff.) verwendet und bezieht sich auf theoretisch-konzeptuelles Unwissen hinsichtlich natürlicher (einschließlich [sozial]psychologischer) Gesetzmäßigkeiten und die aus epistemologischen Gründen nie zu erlangende Gewissheit hierüber. Demgegenüber meint „empirische Unsicherheit“ die Unzulänglichkeiten, selbst bei gegebenem (epistemologisch zwar nie gewissen, praktisch aber hinreichenden) theoretisch-konzeptuellen Wissen hinsichtlich

Wirksamkeit der zur Verfügung stehenden Mittel zur Lösung des Interessenkonflikts und hinsichtlich der Ermittlung, Einschätzung, Gewichtung, gegenüberstellenden Abwägung und Bevorzugung der konfigrierenden Interessen.

Diese in epistemologischer sowie empirischer (und gegebenenfalls evaluativer) Hinsicht bestehenden Unzulänglichkeiten bringen es mit sich, dass Auffassungen im rationalen Diskurs (nicht anders als handlungsleitende Überzeugungen im Anwendungsfeld der rein individuellen praktischen Rationalität),²¹ auch – und sogar gerade – sofern sie entscheidungstragend sind, auch nach Ausschöpfung (nahezu) aller zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen und dem Austausch (nahezu) aller denkbaren Argumente sich oft nicht auf eine sicher feststehende Tatsachengrundlage berufen können, m.a.W. also nicht mit zweistelligen – binären – Wahrheitswerten operieren können, sondern diejenigen möglichen Sachverhalte der realen Welt zugrunde legen müssen, die individuell-subjektiv jeweils das Höchstmaß an Plausibilität für sich beanspruchen.²² Dem korrespondiert unter den Bedingungen des rationalen Diskurses ein mehr oder weniger plausibles Maß an bedingter (bzw. relativer) und nicht unbedingter (respektive absoluter) Intersubjektivität: Auch nach faktischer und selbst idealer Ausschöpfung (approximativ) aller diskursiven Möglichkeiten sind namentlich in den kritischen Fällen oft verschiedene Auffassungen und Überzeugungen vertretbar.²³ (Annähernd) absolute Überzeugung (auf individueller) respektive Intersubjektivität (auf kollektiver Ebene) – ein ähnliches und für die Zwecke hier vergleichbares Wort hierfür ist Gewissheit bzw. eben Wahrheit – kann nicht gefordert sein, denn sonst wäre das (individuelle wie kollektive) Subjekt in vielen, insbesondere kritischen Fällen entscheidungs- und damit handlungsunfähig.

der Geschehensabläufe der Welt die hierfür relevanten Fakten empirisch zu erheben, vgl. zu dieser Unterteilung auch *Knight*, a.a.O., und zumal für eine praktisch-rationale Frage mit einer gewissen Breitenwirkung, S. 210; *Wolfgang Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. IV/1: Personelle und Statistische Wahrscheinlichkeit, Berlin/Heidelberg/New York 1973, S. 66 f. Beispielsweise lassen sich die wesentlichen naturgesetzlichen Geschehensabläufe hinsichtlich der Verursachung des Klimawandels durch Treibhausgasemissionen in belastbares theoretisch-konzeptuelles Wissen fassen (epistemologische Unsicherheit besteht aber etwa hinsichtlich der sich in mittel- und langfristiger Zukunft zeigenden Klimawandelfolgen). Inwieweit aber beispielsweise eine gesetzgeberische Maßnahme wie die Einführung eines Tempolimits auf Autobahnen zu einer konkreten Reduktion von Treibhausgasemissionen führt, ist eine empirische Frage, die von der konkreten empirischen Erhebung der – aller – durch den Straßenverkehr auf Autobahnen verursachten Treibhausgasemissionen abhängt. An dem Beispiel wird klar, dass beide Formen epistemischer Unsicherheit zusammenhängen und sich etwa in der Frage der Belastbarkeit empirischer Prognosen vereinen.

21 Siehe hierzu noch unten V. 3. a.

22 Der hier verwendete Begriff der Plausibilität ist ein gradueller Begriff. Gleichermaßen gilt im Prinzip für den Begriff der binären empirischen Wahrheit als relatives, sich absoluter Gewissheit annäherndes Höchstmaß an Plausibilität, der jedoch mithilfe des Tatsachenbegriffs binäre Wahrheitswerte konstruiert bzw. wohl besser: fingiert, siehe noch unten Fn. 64.

23 Siehe auch *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 158.

3. Recht

Der praktisch-rationale Diskurs ist in der Rechtsordnung des Grundgesetzes, (nicht nur, aber insbesondere auch) sofern es in ihm um die gesetzliche Regelung von Interessenkonflikten im Wege demokratischer Entscheidungsfindung und deren gerichtliche Anwendung sowie Überprüfung geht, verfassungsrechtlich institutionalisiert und hierdurch gewissermaßen kanalisiert.²⁴ Die einschlägigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Konstituierung des Gesetzgebers, dessen Zuständigkeit und das Verfahren der Gesetzgebung (vgl. insbesondere Art. 38 ff., 50 ff., 70 ff. GG) sowie die hierbei materiell entscheidungsleitenden Normen, namentlich in Gestalt der Grundrechte und des sie maßgeblich operationalisierenden Verhältnismäßigkeitsgebots, haben einen normativ und insofern spezifisch rechtlich steuernden Einfluss auf Ablauf und Ergebnis dieses Prozesses.

Während der inhaltliche Einfluss dieser Vorgaben im Folgenden mit Bezug auf das hierfür zentrale Verhältnismäßigkeitsgebot noch näher untersucht werden wird (IV. und V.), sollen hier vorab in aller Kürze die wesentlichen Charakteristika dieser spezifisch rechtlichen Einwirkung auf den verfassungsrechtlich institutionalisierten und insofern insbesondere demokratischen und rechtsstaatlichen praktisch-rationalem Diskurs markiert werden. Deren wesentliches Charakteristikum ist die jedenfalls vorläufige Termination des in seinem Ideal stets infinit offenen rationalen Diskurses. Diese zeigt sich einmal und zunächst in prozeduraler Hinsicht dergestalt, dass die einschlägigen grundgesetzlichen Regeln (gesetzgeberische wie gerichtliche) Entscheidungen, m.a.W. also einen, jedenfalls vorläufigen und stets unter dem Vorbehalt der gesetzgeberischen oder aber verfassungsgerichtlichen Revision und Korrektur stehenden, prozeduralen Abbruch des rationalen Diskurses, ermöglichen. Das (Verfassungs-)Recht kanalisiert hierbei in Gestalt seiner inhaltlich entscheidungslenkenden Vorgaben, namentlich des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots (IV.), zugleich die Entscheidungsfindung, ohne eine bestimmte Entscheidung in jedem Fall verbindlich vorzugeben. Zum anderen wird die so ermöglichte und gefundene Entscheidung vorbehaltlich einer noch näher zu skizzierenden (verfassungsrechtlichen wie -gerichtlichen) Kontrolle auch materiell als die nach Lage der Dinge und zum jetzigen Stand bestmögliche fingiert. Grund und Konsequenz – m.a.W. also: Funktion – dieser Spezifika des Rechts gleichermaßen ist dessen Fähigkeit zur autoritativ-verbindlichen normativen Verhaltenssteuerung und -kontrolle der von ihm adressierten Akteure. Denn nur, indem es die vernünftige – und dies ist aus zwingenden rationalnormativen Gründen²⁵ die nach Lage der Dinge und zum gegenwärtigen Zeitpunkt bestmögliche bzw. im gängigen juristischen (dworkinschen) Jargon: die „einzig richtige“ – Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts für sich reklamiert, ist das Recht in der Lage, den ihm eigenen autoritativ-normativen und intersubjektiv verbindlichen Steuerungsanspruch zu erheben.²⁶ Ohne diesen zumindest ideellen An-

24 Hierzu *Alexy*, *Philosophy* (Fn. 19), S. 23 ff.; *ders.*, *Hauptelemente* (Fn. 18), S. 151; *ders.*, *Doppelnatur* (Fn. 12), S. 401 ff.

25 Siehe hierzu noch sogleich IV.

26 Siehe *Alexy*, *Hauptelemente* (Fn. 18), S. 152 ff.; *Alexy*, *Begriff* (Fn. 12), S. 64 ff., 129 ff. Vgl. hierzu auch *Ulfried Neumann*, *Wahrheit im Recht*, 2004, S. 39 ff.; *Jonas Hückel*, *Über die Relativität der Wahrheit im Prozess*, RW 12 (2021), S. 222 (227). Siehe auch *Haack*,

spruch zu erheben und wenigstens dem Ideal nach danach zu streben, ihn auch zu verwirklichen, würde ihm die intersubjektive Anschlussfähigkeit fehlen.²⁷ Man kann das – intersubjektiv womöglich anschlussfähiger – auch folgendermaßen formulieren: Die normative Autorität von Staat und Recht speist sich im materiellen Verfassungsstaat ganz wesentlich aus ihrer (zumal grundrechtsgebundenen) Rationalität.

IV. Der verfassungsrechtliche Befund: Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Vernunftprinzip und Rechtsnorm

Praktische Vernunft wird im Verfassungsstaat des Grundgesetzes wesentlich durch das Verhältnismäßigkeitsgebot normativ operationalisiert.²⁸ Es bildet zugleich den zentralen normativen Maßstab des argumentativen Austauschs im demokratischen praktischen Diskurs.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot bindet den Gesetzgeber rationalnormativ – also hier gewissermaßen noch extra- bzw. präziser: supralegal – als allgemeines Vernunftprinzip (1.). Gleichzeitig hat er es aber, jedenfalls soweit er innerhalb der Abwehr- und/oder Schutzdimension der Grundrechte tätig wird, auch qua positivem Verfassungsrecht zu beachten (2. a). Beide Gebote sind als Entscheidungsnormen mit Verhaltenssteuerungsfunktion innerhalb dieses Überschneidungsbereichs inhaltsgleich. Sie gebieten – als regulatives Ideal und immer in Bezug auf die miteinander- und gegeneinanderstehenden Interessen –, die ideal beste („einzig richtige“), d.h. effektivste, effizienteste, optimale Entscheidung zu treffen. Bereits mit Blick auf ihre gängige normative Operationalisierung ist ersichtlich, dass dies jedenfalls so ohne Weiteres nicht für die hieraus abgeleitete, dem Verhältnismäßigkeitsgebot als Rechtsnorm zusätzlich zukommende Kontrollfunktion gelten kann (2. b).

1. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Vernunftprinzip

Das genaue Verhältnis von Verhältnismäßigkeitsgebot und Vernunft kann an dieser Stelle dahinstehen. Fest steht jedenfalls, dass das sich dogmatisch (grob) in die Teilgebote der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit gliedernde Verhältnismäßigkeitsgebot seinen – wie auch immer gearteten und in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wie Literatur nicht wirklich hinterfragten, geschweige denn geklärten – Ursprung in der Vernunft hat und eine der maßgeblichen Anwendungs-

Staatstheorie (Fn. 11), S. 87 f. Hierzu auch *Dirk Ehlers*, Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung, in: ders./Hermann Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 2 Rn. 8 (siehe auch, allerdings nicht mehr dieselbe rechtstheoretische Präzision erreichend, ders./Hermann Pünder, Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung, in: dies., *Verwaltungsrecht* [Fn. 11], § 2 Rn. 12).

27 Vgl. auch *Alexy*, *Hauptelemente* (Fn. 18), S. 152; *Haack*, *Staatstheorie* (Fn. 11), S. 87 f.

28 Ob und inwiefern dies für jeden Verfassungsstaat, jeden modernen Staat oder jedenfalls in gewisser Weise sogar für jeden Staat gilt, kann an dieser Stelle und für die hiesigen Zwecke dahinstehen.

routinen praktisch werdender Rationalität darstellt.²⁹ Während die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgebots als im bzw. durch das (Verfassungs-)Recht wirkendes zentrales Rationalitätsprinzip in Rechtsprechung wie Schrifttum zwar (nahezu) einheitlich anerkannt ist,³⁰ wird dessen positiv entscheidungssteuernde Funktion auf eine im juristischen Diskurs nicht untypische Weise ebenso weitgehend übersehen. Statt dessen steht dort ganz dessen sogleich behandelte Kontrollfunktion im Vordergrund.³¹ Demgegenüber ist jedoch auch – und normtheoretisch betrachtet sogar primär – das hier *positiv* genannte entscheidungsleitende Verhältnismäßigkeitsgebot eine normative Anforderung staatlichen Handelns.

Als Entscheidungsnorm mit Verhaltenssteuerungsfunktion gilt sie bzw. gelten die in Bezug auf die konkrete Entscheidungssituation aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip generierten normativen Gebote im Moment des Verhaltens bzw. präziser: der auf sein Verhalten bezogenen Entscheidung des Subjekts. Inhaltlich entspricht das positive Verhältnismäßigkeitsgebot dem Optimierungsgebot.³² Es verlangt, die effektivste, effizienteste, optimale Entscheidung zu treffen.³³ Das Subjekt ist rationalnormativ gehalten, sich an diesen (Teil-)Geboten auszurichten und demnach von mehreren Ent-

29 Siehe *Dieter Ewingmann*, Ökonomisch rationale Umweltpolitik – rechtswidrig? Die ökonomische Sicht, in: *Gawel/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), *Umweltpolitik* (Fn. 11), S. 387 (399 ff.); *Susanne Baer*, Hemmung durch Verhältnismäßigkeit, in: *Peter Friedrich Bultmann* et al. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht. Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 117 (118); *Steinbach*, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 120 ff. Vgl. allgemein zur Verhältnismäßigkeit als Anwendungsroutine der praktischen Vernunft *Rescher*, Rationalität (Fn. 13), S. 144 ff.; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessung (Fn. 3), S. 313 ff., 783; *Rainer Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, S. 25 sowie *Steinhoff*, Kritik (Fn. 14), S. 21 ff. unter Bezugnahme auf *Max Webers*, mit der Verhältnismäßigkeit i.W. deckungsgleichen Begriff der Zweckrationalität.

30 Siehe nur BVerfGE 10, 89 (117); 35, 382 (401); 76, 1 (51); BSGE 76, 12 (15); *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung (Fn. 2), S. 40; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessung (Fn. 3), S. 783, 794; *Herdegen*, Staat (Fn. 11), S. 59; *Baer*, Hemmung (Fn. 29), S. 118; *Steinbach*, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 120 ff. m.w.N. sowie die weiteren Nachweise in Fn. 31.

31 Dem entspricht die verbreitete Redeweise von der „Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle“, siehe *Baer*, Hemmung (Fn. 29), S. 120; *Matthias Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, in: ders./Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 293 (293); *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (Fn. 2); *Erdmann*, Kohärenz (Fn. 5), S. 1800; *Johannes Saurer*, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 51 (2021), S. 3 (30). Siehe hierzu sogleich 2. b.

32 Siehe allgemein zum rationalnormativen Optimierungsgebot *Stegmüller*, Wahrscheinlichkeit (Fn. 20), S. 296 ff., 391 f.; *Spohn*, Rationalität (Fn. 13), S. 156, 159; *Rescher*, Rationalität (Fn. 13), S. 145 ff.; *Erwin Amann*, Entscheidungstheorie, 2019, S. 10; *Andreas Tutić*, Entscheidungstheorie, in: ders. (Hrsg.), Rational Choice, 2020, S. 89 (92 ff.).

33 Als Optimierungsgebot ist das Verhältnismäßigkeitsgebot eine holistische Entscheidungsroutine. Alle Teilstufen stehen daher im Rahmen der positiven Verhältnismäßigkeit unter dem Primat der Optimierung, siehe auch *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 165. Dennoch ist ihre analytische Trennung sinnvoll, um auf den Teilstufen präziser argumentieren und bereits rein instrumentelle Fehler ausschließen zu können, ohne die häufig deutlich schwierigeren materiellen Fragen einbeziehen zu müssen. Dazu, dass sich das Verhältnismäßigkeitsgebot insbesondere auf der Stufe der Angemessenheit noch in deutlich feindifferenziertere dogmatische Strukturen, Wertungskriterien und -topoi aufgliedern lässt, siehe wiederum *Stephan Wagner*, Leben in der Abwägung, *COVuR* 2023, S. 152 (166 ff.).

scheidungsoptionen diejenige zu wählen, die sich mit einem für das Subjekt relativen Höchstmaß an Plausibilität als optimal darstellt.³⁴

Im praktischen rationalen Diskurs konkurrieren oft, wenn auch nicht immer, individuelle gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gewonnene Urteile, welche das Prädikat der optimalen Lösung je unterschiedlichen Entscheidungsoptionen zuweisen respektive – als dessen Grund und Konsequenz – sich hinsichtlich der argumentativen Erwägungen auf den einzelnen Teilstufen des Verhältnismäßigkeitsgebots auf ein individuell je unterschiedliches relatives Höchstmaß an Plausibilität berufen. (Vollständige) Intersubjektivität im argumentativen Austausch ist hier immer nur Idealziel des praktischen Diskurses, das (nahezu) erreicht werden kann, aber, jedenfalls in kritischen Fragen, oft nicht erreicht wird. Die demokratische Entscheidungsregel für das Treffen von, insbesondere in diesem Sinne streitigen, Entscheidungen ist das Mehrheitsprinzip. Dies ist aus funktionell-institutionellen Gründen jedenfalls nach dem Grundgesetz das relativ beste, optimale Entscheidungsmodell für das Treffen von das Gemeinwesen betreffenden praktischen Vernunftentscheidungen zur Auflösung von allgemeinen Interessenkonflikten mit den Mitteln des Gesetzesrechts.

2. Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Rechtsnorm

Das Verhältnismäßigkeitsgebot ist Vernunftnorm, aber jedenfalls in Bezug auf die Grundrechte im verfassungsrechtlich institutionalisierten und kanalisierten praktisch-rationalen Diskurs von vornherein auch Rechtsnorm. Wie grundsätzlich jede Rechtsnorm besitzt das Verhältnismäßigkeitsgebot dabei eine Verhaltenssteuerungsfunktion (a) sowie eine Kontrollfunktion (b).

a) Das Verhältnismäßigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Entscheidungsnorm im praktisch-rationalen (demokratischen) Diskurs

Die Rechtsnormqualität des Verhältnismäßigkeitsgebots folgt aus der Verhaltens- und als solcher präzise: Entscheidungsnormqualität der Grundrechte für den Gesetzgeber.³⁵ Der Gesetzgeber muss (bereits) beim Erlass der Gesetze die Grundrechte und das in ihnen liegende Verhältnismäßigkeitsgebot beachten. Die normativen Vorgaben der praktischen Vernunft und der Verfassung sind insofern also (teil)identisch. Zumindest in Bezug auf die in den Grundrechten verkörperten Interessen ist der Gesetzgeber also nicht nur qua praktischer Vernunft, sondern auch qua positivem Verfassungsrecht gehalten, eine (positive) Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Dies entspricht der obigen Beschreibung, dass die praktische Rationalität durch das Verfassungsrecht kanalisiert wird, m.a.W. in grundrechtliche Bahnen gelenkt wird.

In dieser Funktion verlangt das Verhältnismäßigkeitsgebot als praktisch-rationale Entscheidungsnorm die positiv richtige und das heißt rationalnormativ notwendig: die

34 Siehe hierzu noch unten V. 3. a und b aa.

35 Dazu, dass das Verhältnismäßigkeitsgebot den Grundrechten des Grundgesetzes immanent ist, siehe BVerfGE 19, 342 (348 f.); 61, 126 (134); 65, 1 (44); 76, 1 (50 f.); Alexy, Theorie (Fn. 1), S. 100 ff.; ders., Hauptelemente (Fn. 18), S. 165.

optimale Entscheidung. Um im modernen (jedenfalls Verfassungs-)Staat den autoritativ-normativen Verbindlichkeitsanspruch des Rechts erheben zu können, muss die gesetzgeberische Regelung zugleich notwendig als die in intersubjektiver Hinsicht unter den gegebenen epistemischen Bedingungen richtige, d.h. rational optimale („gerechte“) Lösung des Interessenkonflikts fingiert werden.³⁶ Dies setzt wiederum voraus, dass sie diesen Anspruch auch erhebt und ihn auch möglichst zu erfüllen sucht. Auch als Rechtsgebot ist das Verhältnismäßigkeitsgebot insoweit ein Optimierungsgebot.³⁷ Denn bereits die Existenz einer (nachweislich, d.h. epistemisch für alle Beteiligten objektiv, d.h. wiederum intersubjektiv) „besseren“ Alternative lässt *ceteris paribus*, also ohne hinzukommenden rationalen Gegengrund, die vormals richtige, weil relativ beste, Entscheidungsoption verfallen, was jede Entscheidung zwangsläufig der idealen Kritik auf Optimierung unterwirft. Die epistemologischen Unzulänglichkeiten und empirischen Unzugänglichkeiten hinsichtlich der für die Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots relevanten tatsächlichen Verhältnisse, namentlich deren Opazität, Komplexität, Prospektivität und Inkommensurabilität, lassen jedoch epistemisch objektive Urteile häufig nicht zu.³⁸ Der rationale Diskurs kann, darf und muss sich an dieser Stelle stattdessen mit Plausibilitätserwägungen behelfen und Entscheidungen nicht nach dem Konsens-, sondern nach dem demokratischen Mehrheitsprinzip treffen.³⁹ Auch als Rechtsgebot übernimmt das Verhältnismäßigkeitsgebot dessen normativ entscheidungsleitenden Attribute.⁴⁰ Das grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot fungiert hier gewissermaßen als verfassungsrechtliches Zulaufventil, Kanal und Fließrichtung der anzustellenden – in diesen Grenzen stets praktisch-rational „freien“ – Erwägungen. Der Kanal wird durch das im Folgenden zu erörternde negative Verhältnismäßigkeitsgebot gelegt, Zulaufventil und Fließrichtung werden durch das positive Verhältnismäßigkeitsgebot geregelt.

b) Das Verhältnismäßigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Kontrollnorm der demokratischen Resultate des praktisch-rationalen Diskurses

In einer *idealen* Welt würde die Steuerung des Gesetzgebers durch das Verhältnismäßigkeitsgebot in seiner Funktion als entscheidungslenkende Norm beim Gesetzeserlass ausreichen. Bei idealen, durch normative Feinsteuerung der Abläufe und kollektiven Entscheidungsfindungsprozesse in der Gesetzgebungskörperschaft zu op-

36 Vgl. hierzu auch Alexy, Hauptelemente (Fn. 18), S. 152 ff., 157. Siehe ferner oben III. 3.

37 Siehe hierzu auch Alexy, Hauptelemente (Fn. 18), S. 165; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht (Fn. 6), Rn. 518.

38 Vgl. hierzu Raabe, Grundrechte (Fn. 3), S. 114 ff., 332 ff.; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens (Fn. 3), S. 926 ff.; Engel, Ziel (Fn. 3), S. 149 f.; ders., The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes, in: ders./Adrienne Héritier (Hrsg.), Linking Politics and Law, 2003, S. 285 (290 f.); Matthias Klatt/Johannes Schmidt, Abwägung unter Unsicherheit, in: Matthias Klatt (Hrsg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, S. 105 ff.; Bickenbach, Einschätzungsprärogative (Fn. 3), S. 130 ff.; Petersen, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 4, 46 ff., 64 ff.; Poscher, Grundgesetz (Fn. 3), § 3 Rn. 69 ff., 104 f., 108.

39 Oben 1. Siehe hierzu auch Alexy, Argumentation (Fn. 13), S. 256 f., 350.

40 Siehe hierzu noch unten V. 3. a.

timierenden⁴¹ Bedingungen wäre hierdurch gewährleistet, dass der Gesetzgeber die nach Lage der Dinge optimale Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts findet und in Gestalt des erlassenen Gesetzes umsetzt. In der *realen* Welt ist eine Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidungen durch das Verfassungsrecht und ein Verfassungsgericht demgegenüber aus verschiedenen Gründen sinnvoll.⁴² Die Entscheidungen des Gesetzgebers können aus unterschiedlichen und im Wesentlichen bekannten Gründen nicht auf die rational beste Entscheidung für das Gemeinwesen optimiert sein: So kann der Gesetzgeber nicht alle Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft, Daten fehlerhaft erhoben oder gewürdigt, falsche theoretische Annahmen zugrunde gelegt oder aus dem zur Verfügung stehenden Datenmaterial falsche Schlüsse gezogen haben etc.⁴³ Die Entscheidung des Gesetzgebers kann zudem aus politischen Gründen – aus Sicht der Allgemeinheit respektive grundrechtsgeschützter Interessen – irrational verzerrt sein. Auch die Gründe hierfür sind vielfältig und reichen beispielhaft von rein parteitaktischen Erwägungen zur Schädigung des politischen Gegners über die Förderung von Partikularinteressen durch Klientelpolitik und Lobbyismus und im Einzelfall sogar Fälle echter, durch die Mechanismen des Gesetzgebungsverfahrens nicht verhinderter Korruption bis hin zur Diskriminierung von Minderheiten aufgrund mehrheitsgesellschaftlicher Stereotype und/oder der nicht hinreichenden Repräsentation von deren oder aber auch allgemeingesellschaftlicher Interessen im Gesetzgebungsverfahren etc.⁴⁴ Die Entscheidungen des Gesetzgebers vor diesem Hintergrund einer (verfassungs)rechtlichen und zumal (verfassungs)gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, gehört zu den großen Errungenschaften des modernen materiellen Verfassungsstaates.⁴⁵ Insbesondere die Grundrechte definieren hier Entscheidungsanforderungen, die aus eigenem Recht eine Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidungen beanspruchen können. Die Grundrechte besitzen daher (wie grundsätzlich jede Rechtsnorm) neben ihrer Verhaltenssteuerungsfunktion auch eine

41 Hierzu *List/Pettit*, Agency (Fn. 6), insbesondere S. 59 ff., 81 ff.; *Ekins*, Nature (Fn. 6), insbesondere S. 161 ff., 219 ff.

42 Siehe nur *Dieter Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, JZ 1976, S. 697 (697 f., 699 f.); *Schuppert*, Grenzen (Fn. 2), S. 30 f.; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 1993, S. 333 ff.; *Christian Starck*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 1 ff.; *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 24 ff.; *Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 ff. Siehe auch *Christoph Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt u.a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281 (328 ff.).

43 Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung (Fn. 11), S. 188 f.; *ders.*, Staatslehre (Fn. 11), S. 31; *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Christian Starck* u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 458 (482); *Engel*, Constitutional Court (Fn. 38), S. 290, 293 f., 298; *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 4, 40.

44 Vgl. *Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 42), S. 699 f.; *Kriele*, Rechtsgewinnung (Fn. 11), S. 188 ff.; *ders.*, Staatslehre (Fn. 11), S. 31; *Herdegen*, Staat (Fn. 11), S. 103 ff.; *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 3, 25 f., 28 ff.; *Steinbach*, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 193, 195 f., 206 ff.

45 Vgl. hierzu *Bryde*, Verfassungsentwicklung (Fn. 6), S. 94 ff.; *Schlach/Korioth*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 6), Rn. 1 ff. Siehe auch *Wahl*, Vorrang (Fn. 2), S. 490 f.

Kontrollfunktion.⁴⁶ Sie bilden in diesem Sinne den (verfassungs)rechtlichen Maßstab einer (verfassungs)gerichtlichen Kontrolle der gesetzgeberischen Handlungen.

46 Siehe nur *Bryde*, Verfassungsentwicklung (Fn. 6), S. 306 ff., 335 ff.; *Gerhard Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von „Formeln“ zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, NJW 1998, S. 935 (939); *Raabe*, Grundrechte (Fn. 3), S. 298 ff.; *Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 31), S. 295 ff.; *Hans Michael Heinig/Thorsten Kingreen/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Uwe Volkmann/Hinnerk Wibmann*, Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ 2020, S. 861 (865); *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 6), Rn. 515 ff.; kritisch, aber letztlich i.E. ebenso *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 6), S. 186 ff., der freilich nicht zu den im Text zugrunde gelegten Schlüssen gelangt; a.a. *Heun*, Schranken (Fn. 1), S. 46 ff., der sich freilich nicht mit den – unhintergehbaren – allgemeinen rechtstheoretischen Maßgaben auseinandersetzt und i.Ü. Kontrollmaßstab und Kontrolldichte vermengt (siehe hierzu auch *ders.*, a.a.O., S. 18 [mit Fn. 42]). Dazu, dass Rechtsnormen neben bzw. präzise: nach ihrer Verhaltenssteuerungsfunktion grundsätzlich auch eine Kontrollfunktion besitzen, siehe neben den bereits Genannten *James Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, 1929, S. 227 ff.; *Karl August Bettermann*, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: *Hermann Kunst/Roman Herzog/Wilhelm Schneemelcher* (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 2020 f.; *Ernst Forsthoff*, Über Maßnahmegerüste, in: *ders./Klaus Frey* (Hrsg.), Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S. 105 (117 f.); *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 250; *ders./Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 71; *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 10 ff.; *Klaus Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 223 (die diese Unterteilung allerdings zu Unrecht auf das Verfassungsrecht beschränken, zu Unrecht mit der normtheoretischen Unterteilung von Verhaltensnormen und Sanktionsnormen gleichsetzen und ebenso zu Unrecht für überflüssig halten); *Herbert Lionel Adolphus Hart*, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, Oxford: Oxford University Press, S. 20 f.; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 52 ff.; *Dieter Grimm/Christoph König*, Lektüre und Geltung – Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Lektüre und Geltung: Zur Verstehenspraxis in der Rechtswissenschaft und in der Literaturwissenschaft, Göttingen 2020, S. 7 (8); *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 6; *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 121; *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: *Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 2 ff.; *Ehlers/Pünder*, Rechtsquellen (Fn. 26), § 2 Rn. 9 f.; *Werner Hoppe/Christian Bönker*, Das Abwägungsgebot, in: dies./*Susan Grotefels* (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2024, § 7 Rn. 12 ff. Nicht selten wird der Fokus im rechtstheoretischen Schrifttum in genauer Umkehrung dieser normstrukturellen Binnenarchitektur zu stark auf die Kontroll- zulasten der Verhaltenssteuerungsfunktion gelegt, so prominent von *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1911, S. 201 ff., 234 ff., 251 ff. *passim*; siehe auch *ders.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 25 ff., 34 ff., 51 ff., 55 ff., 116 ff., 120 ff. *passim*; in dieser Tradition auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 6), S. 193; siehe ferner die Nachweise zur älteren Literatur bei *Goldschmidt*, a.a.O., S. 228. Dazu, dass diese etwas verzerrte, in ihrem Extremum das Recht handlungstheoretisch auf den Kopf stellende Sichtweise auch vielen Auffassungen in der modernen, insbesondere methodentheoretischen Diskussion zugrunde liegt, siehe *Wagner*, Gesetzesinterpretation (Fn. 14), S. 310 ff. (mit Fn. 13), 338 ff.; paradigmatisch hierfür etwa *Rolf Gröschner*, Logik und Dialogik der Subsumtion, in: *Gottfried Gabriel/ders.* (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 421 (447 ff.). Die hier Kontrollfunktion genannte Funktion von Rechtsnormen wird i.Ü. vielfach auch als deren Funktion als Beurteilungs-, Maßstabs- oder Entscheidungsnormen bezeichnet, vgl. nur *Looschelders/Roth*, a.a.O., S. 11; *Larenz*, a.a.O., S. 250; *Larenz/Canaris*

Gegenstand dieser Kontrolle ist immer eine ganz konkrete gesetzgeberische Handlung, m.a.W. also eine bereits erlassene Rechtsnorm. Der Mittelwahlspielraum, über den der Gesetzgeber im Rahmen seiner positiven Verhältnismäßigkeitserwägungen im Gesetzgebungsverfahren verfügt, ist für die verfassungsgerichtliche ebenso wie die materiell-verfassungsrechtliche Kontrolle auf die zur Überprüfung stehende Rechtsnorm reduziert, genau genommen also eliminiert. Maßstab der Kontrolle kann theoretisch dennoch grundsätzlich die positive Verhältnismäßigkeit, m.a.W. also die verfassungsgerichtliche Kontrolle darauf sein, ob der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Regelung die einzige richtige Entscheidung getroffen und damit die optimale Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts gefunden hat.⁴⁷ In diesem Fall müsste das Bundesverfassungsgericht einen strukturell ähnlichen Entscheidungsprozess wie der Gesetzgeber eröffnen und durchführen. Hiergegen sprechen aber die bekannten und bereits dargelegten institutionell-funktionellen Argumente.⁴⁸ Im demokratischen parlamentarischen Gesetzgebungsstaat ist es der Gesetzgeber, dem die primäre Funktion und Kompetenz zukommt, die allgemeinen politischen (praktisch-rationalen) Regelungsentscheidungen für das Gemeinwesen zu treffen.⁴⁹ Die Teilgebote der Verhältnismäßigkeit finden sich daher als verfassungsrechtliche Kontrollnormen in Rechtsprechung und Schrifttum ganz in diesem Sinne negativ formuliert: Sie gebieten in dieser Funktion nicht die positiv verhältnismäßige, „einzige richtige“ Entscheidung, sondern verbieten lediglich unverhältnismäßige, d.h. ungeeignete, nicht erforderliche und/oder i.e.S. unverhältnismäßige staatliche und insbesondere gesetzgeberische Maßnahmen.⁵⁰ Ein Gesetz wird zudem nur dann als unverhältnismäßig verworfen, wenn seine Ungeeignetheit, fehlende Erforderlichkeit und/oder Unangemessenheit evident feststeht.⁵¹ Aus dieser normativen Operationalisierung des Verhältnismäßig-

ris, a.a.O., S. 71; Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O., Rn. 121. Die Terminologie ist hier uneinheitlich und auch in der Sache uneindeutig, da sie noch auf weitere, gewissermaßen derivativ-sekundäre rechtstheoretisch-funktionale Differenzierungen verweist, die aus der übergeordneten Kontrollfunktion abgeleitet werden können, hier aber, u.a. eben deshalb, nicht weiter erörtert werden müssen. Wichtig ist lediglich die terminologische Klarstellung, dass der Begriff Entscheidungsnorm hier als Bezeichnung für die hiervon normtheoretisch zu unterscheidenden konsequentialistischen Entscheidungsnormen (siehe hierzu noch unten V. 2. b bb) benötigt wird.

47 Siehe auch Raabe, Grundrechte (Fn. 3), S. 300. Siehe hierzu und zum Folgenden auch noch unten V. 3. b bb (1).

48 Siehe oben II. sowie noch unten V. 3. b bb (1).

49 Siehe oben II.

50 Siehe auch Rudolf Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), S. 414 (416 f.); Michael Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 84 ff.; Detlef Merten, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 50 m.w.N.; vgl. ferner Petersen, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 75.

51 Siehe auch Engel, Constitutional Court (Fn. 38), S. 295; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht (Fn. 6), Rn. 518. Vgl. auch Alexy, Grundrechte (Fn. 1), S. 425 f.; Erdmann, Kohärenz (Fn. 5), S. 1800; Steinbach, Gesetzgebung (Fn. 11), S. 130. Für die Schutzfunktion siehe Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 112.

keitsgebots als Unverhältnismäßigkeitsverbot resultieren die gesetzgeberischen Spielräume.⁵²

V. Das rechtstheoretische Argument: Die Subsumtion unter das Verhältnismäßigkeitsgebot

Wie im Folgenden näher dargelegt werden soll, fußt die der herrschenden Meinung entsprechende normative Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots als gesetzgeberische Spielräume eröffnendes Unverhältnismäßigkeitsverbot letztlich auf einem rechtstheoretischen Argument. Es ist die rechtstheoretisch notwendige Evidenz des Subsumtionsschlusses, die in der autoritativ-normativen Kontrollfunktion einer spielraumfeien Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots als Optimierungsgebot entgegensteht.

1. Die Anwendung von Rechtsnormen und die begriffsnotwendige Evidenz des Subsumtionsschlusses

a) Die Anwendung von Rechtsnormen im Wege der Subsumtion

Die Anwendung von Rechtsnormen – gleich welcher Art – erfolgt dadurch, dass aus den abstrakt-generellen, für Klassen von Fällen geltenden Normvorgaben eine konkret-individuelle Regelung mit Geltung für den einzelnen Fall gewonnen wird.⁵³ Die Genese dieser konkret-individuellen Regelungentscheidung vollzieht sich im Doppelschritt der Subsumtion. Die Subsumtion stellt das wesentliche Bindeglied dar, um im Rechtsanwendungsprozess aus einer abstrakt-generellen eine konkret-individuelle Rechtsnorm zu erzeugen. Sie besteht darin, dass die semantische (man kann an dieser Stelle vielleicht auch sagen: inhaltliche) Übereinstimmung der abstrakt-generell normierten Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsnorm mit bestimmten, d.h. konkret-individuellen (intentional repräsentierten) Tatsachen festgestellt wird. Der Subsumtionsschluss muss sich in diesem Sinne rechtstheoretisch und an dieser Stelle schlicht logisch notwendig auf Evidenz im Sinne analytischer Wahrheit berufen: Die mit ihm erfolgende Feststellung, dass normativer Tatbestand und tatsächlicher Sachverhalt übereinstimmen, muss analytisch bzw. logisch (oder auch formal bzw. konzeptuell) wahr und damit evident sein.⁵⁴ Möglich ist das dadurch, dass auf beiden

52 Siehe hierzu auch *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 75; ferner *Stephen Gardbaum*, A Democratic Defense of Constitutional Balancing, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), S. 77 (102).

53 Siehe hierzu *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 60 f., 67, 70 ff.

54 Die eigentliche Subsumtion gerät daher zu einer „Trivialität“, siehe hierzu jeweils *Helmut Rüßmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: *Hans-Joachim Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 242 (250 ff.); *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 49 ff.; *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 395 ff.; *Dieter Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 24 ff.; *Gunther Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006,

Seiten intentionale Repräsentationen, jeweils vermittelt über sprachliche Aussagen, von Dingen der realen Welt miteinander verglichen werden und nicht, wie es ein verbreiteter Irrglaube will,⁵⁵ Tatsachen (im Sinne realer Entitäten) mit Rechtsfolgen (im Sinne von Normen). Die notwendige Herstellung begrifflicher Übereinstimmung wird dadurch ermöglicht, dass der reale (konkret-individuelle) Sachverhalt in begrifflich repräsentierten Tatsachenbeschreibungen ausgedrückt und die abstrakt-generelle Rechtsnorm, falls notwendig, im Wege der der Subsumtion vorhergehenden Begriffsdefinition und Subordination durch immer spezifischere Bildung von Subdefinitionen und Unterbegriffen in Richtung auf den derart beschriebenen (begrifflich repräsentierten) Sachverhalt konkretisiert wird.⁵⁶ Die im finalen Subsumtionsschluss zumeist extensional ausgedrückte Feststellung⁵⁷ der (intensionalen) Übereinstimmung der begriffswesentlichen Eigenschaften⁵⁸ (welche das sind, ist zuvor gegebenenfalls durch

S. 28 f., 33; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 46), S. 152; *Klaus Röhl*, Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/78-methodenlehre1>, Stand: Februar 2013), Rn. 41; *Rolf Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 17 Rn. 13; *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 46), S. 79 ff.; *Rüthers/Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie (Fn. 46), Rn. 683 ff.; siehe auch *Hyckel*, Relativität (Fn. 26), S. 226 und ferner *Katharina Gräfin von Schlieffen*, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 46), S. 379 (395 f.). Zu den (für die hiesigen Zwecke gleichzusetzenden) Begriffen der logischen und analytischen oder auch formalen bzw. konzeptuellen Wahrheit siehe *Harald Delius*, Analytisch/synthetisch. Abschn. I, in: *Joachim Ritter* (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 1, 1971, Basel: Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, Sp. 254 ff.; *Wolfgang Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. II/1: Theorie und Erfahrung, Berlin/Heidelberg/New York 1970, S. 181 f.; siehe ferner sowie zum hier zugrunde gelegten Begriff der Evidenz *Guido Löhrer*, Gibt es analytische Urteile?, Internationale Zeitschrift für Philosophie 2002, S. 60 ff.

55 Siehe hierzu nur *Gröschner*, Logik (Fn. 46), S. 421, 445 ff.

56 Näher hierzu *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 16 f., 23 f., 27 f.; *ders.*, Einführung (Fn. 53), S. 86 (mit Fn. 32); *Rüßmann*, Abgrenzung (Fn. 54), S. 251 ff.; *Koch/Rüssmann*, Begründungslehre (Fn. 54), S. 14 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre (Fn. 54), Rn. 24 ff.; *Wank*, Methodenlehre (Fn. 54), § 17 Rn. 6 ff.; siehe hierzu auch *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 276 ff.; i.W. treffend insoweit auch die deskriptive Darstellung bei *Schlieffen*, Subsumtion (Fn. 54), S. 395 f. Das hier skizzierte Modell basiert auf der Annahme, dass sowohl begrifflich gefasste Rechtsnormen als auch Sachverhaltsbeschreibungen sprachlich repräsentiert werden, so wie es insbesondere für die Ebene der autoritativen Kontrollfunktion namentlich im Gerichtsverfahren kennzeichnend ist. Damit ist nicht gesagt, dass intentionale Repräsentationen von Rechtsnormen wie von den ihnen zu subsurierenden realen Gegebenheiten, namentlich auf der Ebene der primären Verhaltenssteuerungsfunktion, stets sprachlich verfasst sind. Das Rechtsanwendungsmodell ist freilich auch in diesen Fällen dasselbe, nur dass der sprachlich verfasste Begriff hier (direkt) durch das kategoriale Konzept ersetzt wird, vgl. hierzu *Sebastian Löbner*, Semantik, 2. Aufl. 2015, S. 321 f. (dem noch hinzuzufügen ist, dass selbst für die kategorialen Konzepte, für die sprachlich verfasste Begriffe existieren, nicht immer eine explizit sprachliche kognitive Verarbeitung erfolgt – namentlich für die zahlreichen Fälle spontan-intuitiver kognitiver Verarbeitung alltäglicher Wahrnehmungen dürfte das Gegenteil der Fall sein).

57 Zum Beispiel: Der PKW des A ist ein Kfz im Sinne des § 7 Abs. 1 StVG.

58 Im Beispiel ist ein Kfz im Sinne des § 7 Abs. 1 StVG ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird, ohne an Bahngleise gebunden zu sein, vgl. § 1 Abs. 2 StVG; dies

Auslegung zu klären) von (gegebenenfalls konkretisiertem) Normbegriff und dem (begrifflich repräsentierten) Element des Sachverhalts ist in diesem Sinne notwendig analytisch wahr (oder eben nicht möglich).

Steht nicht fest, ob die Elemente des Sachverhalts mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Norm übereinstimmen, kann der Norm nicht subsumiert und sie damit nicht angewendet werden. Die hierfür erforderliche Evidenz bezieht sich dabei weder auf die Inhaltsbestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsnorm noch auf das Vorliegen der Sachverhaltselemente. Beides ist nie vollkommen zweifelsfrei im Sinne einer absoluten Gewissheit gegeben, das eine nicht, weil es an hermeneutischen, das andere nicht, weil es an empirischen Unzugänglichkeiten und Unzulänglichkeiten leidet, die sich aus epistemologischen Gründen nicht überwinden lassen.⁵⁹ Es geht um die reine – analytische – Evidenz des Subsumtionsschlusses in dem Sinne, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm (wenn sie sich im Ergebnis der Auslegung denn so und so präsentieren) durch die Elemente des Sachverhalts (wenn sie sich – im Rahmen der Kontrollfunktion – im Ergebnis der Beweiserhebung respektive – im Rahmen der Verhaltenssteuerungsfunktion – der Wirklichkeitswahrnehmung des Rechtsadressaten denn so und so präsentieren) erfüllt werden. Dieser Schluss muss evident i.S.v. analytisch bzw. logisch wahr sein.⁶⁰

b) Die Prämissen des Subsumtionsschlusses und die Herstellung von Evidenz des Subsumtionsschlusses

Die vom Subsumtionsschluss geforderte Evidenz ist immer analytische bzw. logische Wahrheit, und das heißt wiederum: von allem Materiellen bzw. Substanziellen abstrahierte Wahrheit. Substanziell, d.h. in Bezug auf Gegebenheiten der Realität, zu

wiederum sind alle motorgetriebenen, nicht schienengebunden Fortbewegungsmittel auf Rädern, neben Motorrädern, Elektrorollern und LKW insbesondere auch PKW. PKW als umgangs- wie behördensprachlich gängiges Akronym für Personenkraftwagen sind wiederum nach der Legaldefinition des nicht unmittelbar gesetzesverbindlich einschlägigen, aber im Wege der systematischen Auslegung mittelbar heranzuziehenden (und im Übrigen in Bezug auf das Begriffselement Wagen hinsichtlich der sich vom natürlichsprachlich erfasssten Sachverhalt her präsentierenden Merkmale zwei Achsen, vier Räder und Fahrgastzelle einschränkend zu korrigierenden) § 4 Abs. 4 Nr. 1 PBefG Kraftfahrzeuge, die nach ihrer Bauart und Ausstattung zur Beförderung von nicht mehr als neun Personen (einschließlich Führer) geeignet und bestimmt sind. Diese Eigenschaften müssen sich wiederum, neben vielen weiteren begriffswesentlichen wie kontingenzen, in der intentionalen Repräsentation des Rechtsanwenders vom PKW des A finden, damit dieser als Teil der begrifflichen Extension des Begriffs Kfz Letzterem im Wege eines sich auf analytische Wahrheit und damit Evidenz berufenden Subsumtionsschlusses subsumiert werden kann.

- 59 Die Hermeneutik leidet an der unüberwindbaren Kluft zwischen Produzentin und Rezipient (die im Rahmen der Gesetzesauslegung noch einmal besonders akzentuiert und vergrößert ist) und die Empirie an der ebenso unüberwindbaren Kluft zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit (die im Rahmen der richterlichen Beweiserhebung noch einmal besonders akzentuiert und vergrößert ist). Das eine (die Erkenntnisprobleme der Hermeneutik) dürfte freilich ein Unterfall des anderen (der Erkenntnisprobleme der Empirie) sein, siehe auch noch unten Fn. 63 m.w.N.
- 60 Siehe die Nachweise oben Fn. 54.

denen auch die auf hermeneutischem Wege zu ermittelnden kommunikativen Intentio-
nen gehören, die den Gegenstand von Rechtsnormen bilden, ist Wahrheit stets nur
graduell im Sinne einer zur annähernden Gewissheit verdichteten Plausibilität (mit
anderen, dem Prozessrecht entnommenen Worten: „einer an Sicherheit grenzenden
Überzeugung“) zu erzielen. Die Aufgabe der Rechtsanwendung ist nun, auf beiden
Seiten des Subsumtionsschlusses die Voraussetzungen von dessen Evidenz im Sinne
analytischer Wahrheit herbeizuführen. Auf Tatbestandsseite (Rechtsnormseite) ist
dieser Vorgang durch die besonderen Bedingungen der hermeneutischen kommunika-
tiven Sinnermittlung herausgefordert. Auf Sachverhaltsseite (Tatsachenseite) ist er
durch die zur Verfügung stehenden epistemologischen und empirischen Möglichkei-
ten zur Ermittlung von Tatsachen limitiert. Maßstab für beide Vorgänge ist stets die
verfassungsrechtlich geprägte und determinierte Rationalität, die auch hier verlangt,
die nach Lage der Dinge sowohl strukturell als auch konkret optimale, rationale
Entscheidungsvariante zu wählen.⁶¹ In der Konsequenz muss aufgrund des notwendig
unbedingten Geltungsanspruchs des Rechts einer jeden Rechtsnorm eine bestimmte
– und zwar die nach Lage der Dinge hermeneutisch nächstliegende – normative
Regelungsentscheidung entnommen werden, auch wenn dies auf hermeneutischem
Wege keinesfalls immer zweifelsfrei möglich ist, und muss auch der Wahrheitsan-
spruch im Prozess Abstriche hinnehmen.⁶² Während Ersteres notwendig auf das her-
meneutische Interpretationsverfahren verwiesen ist, bei dem es sich ebenfalls um ein
(qualifiziertes) empirisches Erkenntnisverfahren handelt, welches bedauerlicherweise
in der Rechtspraxis keineswegs immer an diesem Maßstab ausgerichtet wird,⁶³ erfolgt
Letzteres durchaus typisch – bzw. notwendig – janusköpfig dadurch, dass einerseits
eine Schwelle hinreichender („an Sicherheit grenzender“) Überzeugung festgelegt
wird, jenseits derer insbesondere die vermutlich nie zu eliminierenden erkenntnis-
theoretischen und philosophischen Zweifel an der (Möglichkeit von) Wahrheit ihren
für praktische Zwecke angestammten, nämlich theoretischen und grundsätzlich teil-
nahmslosen Platz finden und auch – vermutlich ebenfalls nie zu eliminierende –
praktisch zu vernachlässigende empirische Restzweifel gebunden werden,⁶⁴ und ande-

61 Vgl. für die hermeneutische Sinnermittlung kommunikativer (einschließlich gesetzgeberi-
scher) Äußerungen *Ekins*, *Nature* (Fn. 6), S. 193 ff., 205 ff., 211 ff.; *Wagner*, *Gesetzesinterpretation* (Fn. 14), S. 335 f., 366 ff. sowie allgemein zur Bedingtheit des hermeneutischen
Verstehens auf Rationalität *Oliver Scholz*, *Verstehen und Rationalität*, 2. Aufl. 2001 und für
die richterliche Tatsachenfeststellung *Wolfgang Frisch*, *Von Beweisregeln über die freie zur
strukturierten Beweiswürdigung*, in: *Thomas Fischer* (Hrsg.), *Beweis*, 2019, S. 161 (175 f.).

62 Zu Letzterem *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 46), S. 127; *Neumann*, *Wahrheit* (Fn. 26), S. 35; *Thomas Gutmann*, *Wahrheit*, in: *Fischer*, *Beweis* (Fn. 61), S. 11 (12); *Hy-
ckel*, *Relativität* (Fn. 26), S. 231 f., 235 ff., 241 ff.

63 Vgl. hierzu *Wagner*, *Gesetzesinterpretation* (Fn. 14), S. 328 (mit Fn. 99) *et passim*. Zur her-
meneutischen Methode als besonderer Form der empirischen Methode siehe daneben *Um-
berto Eco*, *Die Grenzen der Interpretation*, 1992, S. 21; *Ralf Poscher*, *Rechtsdogmatik als
hermeneutische Disziplin*, in: *J. Nolte/ders./H. Wolter* (Hrsg.), *Die Verfassung als Aufgabe
von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit – Festschrift für Bernhard Schlink zum 70. Ge-
burtstag*, 2014, S. 203 (206).

64 Die hierfür notwendige Fiktion leistet der Tatsachenbegriff, welcher gewissermaßen einen
Container bildet, in den die nie zu überwindenden erkenntnistheoretischen Zweifel an der
(Möglichkeit von) Wahrheit ebenso wie ebenfalls nie vollständig zu eliminierende empiri-

rerseits dadurch, dass diesseits der Schwelle „vernünftiger Zweifel“ eine Tatsachenfeststellung – und in der Folge auch eine darauf gründende Subsumtion – zulasten des von ihr nachteilig Betroffenen grundsätzlich nicht erfolgen kann. Diese allgemeinen (prozess)rechtlichen, auf einem tiefen kontraktualistischen Fundament beruhenden Beweiswürdigungsregeln können grundsätzlich durch Beweis-, Beweismaß- und Beweislastregeln modifiziert werden, die jedoch ihrerseits ebenfalls das allgemeine kontraktualistische Fundament ebenso wie den Maßstab der – im hiesigen materiellen Verfassungsstaat zumal grundrechtsgebundenen – Rationalität beachten müssen.⁶⁵

Um ihren autoritativ-normativen Verbindlichkeitsanspruch erheben zu können, müssen sich Rechtsnormen jedoch im so vorbereiteten Subsumtionsschluss auf Evidenz im Sinne analytischer Wahrheit berufen, was für die hiermit getroffene Feststellung der begrifflichen Übereinstimmung von Normatbestand und Lebenssachverhalt einen intersubjektiv feststehenden Sachverhalt voraussetzt.⁶⁶ Dies ergibt sich aus der

sche (Rest-)Zweifel überführt und hierdurch isoliert sowie für praktische Zwecke, präzise: zur Herstellung von Handlungsgewissheit und damit Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit des Subjekts, neutralisiert werden.

65 Allgemein zu Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast *Michael Nierhaus*, Beweismaß und Beweislast, 1989; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 46), S. 126 f.; *Hanns Prütting*, in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 18 f., 28 ff., 96 ff.; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht (Fn. 26), § 14 Rn. 333 ff., 344.

66 Hierfür ist weder aus entscheidungs- noch rechtstheoretischen Gründen in jedem Fall zwingend ein empirisch als Tatsache feststehender (bzw. eben fingierter) Sachverhalt erforderlich. Grundsätzlich ist ausreichend, dass einem bestimmten (propositionalen) Sachverhalt von allen Beteiligten übereinstimmend – also intersubjektiv (bzw. mit unbedingter respektive absoluter Intersubjektivität) – der höchste Wahrscheinlichkeitsgrad zugewiesen wird, die empirische Überzeugung von diesem Sachverhalt also nicht binär, sondern (als solches offen graduell) probabilistisch operationalisiert wird. Und in der Tat werden Vernunft- und Rechtsnormen in ihrer stets prognostisch in die Zukunft gerichteten Verhaltenssteuerungsfunktion und zumal das konsequentialistische Verhältnismäßigkeitsgebot für den Gesetzgeber mit seinem prognostisch weit in Zukunft wie Ferne schweifenden Blick (siehe noch unten 2. b bb) in diesem Sinne probabilistisch operationalisiert (siehe noch unten 3. a) und kann auch die Kontrollfunktion bei konsequentialistischen Entscheidungsnormen wie dem Verhältnismäßigkeitsgebot nur auf (empirische wie logische) Richtigkeit der (probabilistischen) Prognose, nicht aber auf (binäre) empirische Wahrheit im Sinne des Eintritts oder Nichteintritts des prognostizierten Sachverhalts kontrollieren. Da die genaue Abgrenzung von (binärer) empirischer (sowie gewissermaßen logisch unterstützter) Wahrheit und (lediglich plausibler) probabilistischer Prognose (neben all ihren handels- bzw. genauer: verhandlungsbüchlichen epistemischen und praktischen Problemen) zum dahinterstehenden Induktionsproblem und noch weitergehend zum Problem des Determinismus und damit in erkenntnistheoretische und philosophische Untiefen führt (vgl. hierzu *Karl Popper*, Logik der Forschung, 8. Aufl. 1984, S. 3 ff., 158 ff., 194 ff. *passim*; *Stegmüller*, Wahrscheinlichkeit [Fn. 20], S. 65 ff., 75 ff. [dem jedoch insoweit in seiner Einschätzung, a.a.O., S. 82 ff., dass es sich hierbei um „völlig“ getrennte Sphären, nämlich eben um die theoretische und die praktische, und in der Folge auch Probleme handelt, bereits deshalb zu widersprechen ist, weil sämtliche theoretischen Probleme der Erkenntnis letztlich in der praktischen Entscheidung münden, m.a.W. die theoretische Rationalität stets in der praktischen Rationalität aufgeht, siehe oben Fn. 13]; *Ian Hacking*, The Emergence of Probability, 2. Aufl. 2006, Cambridge: Cambridge University Press, S. 166 ff., 176 ff.; *ders.*, The Taming of Chance, 1990, Cambridge: Cambridge University Press; vgl. hierzu auch *Knight*, Risk [Fn. 20], S. 198,

diskurstheoretisch operationalisierten kontraktualistischen Komponente des Rechts.⁶⁷ Die autoritativ-verbindliche – man kann an dieser Stelle auch sagen: die intersubjektive, soziale – Funktion des Rechts setzt voraus, dass ein mit aus staatstheoretischen Gründen gedanklich notwendig (virtuell) absoluter Autorität ausgestattetes staatliches Organ verbindlich entscheidet. Dessen Entscheidung muss wiederum intersubjektiv nicht nur bedingt (im Sinne von Plausibilität), sondern unbedingt (im Sinne von Wahrheit bzw. Richtigkeit) nachvollziehbar sein, was im Subsumtionsschluss das Berufen auf Evidenz im Sinne analytischer Wahrheit und das Vorliegen von Tatsachen im Sinne (binärer) empirischer Wahrheit erfordert.⁶⁸ Das Berufen auf ein bloßes Für-möglich-Halten im Sinne von Plausibilität ist für ein positives Urteil darüber, ob der Tatbestand einer Rechtsnorm aufgrund von vorliegenden Tatsachen erfüllt ist, konstruktiv ausgeschlossen.⁶⁹ Die Fälle eines bloßen Für-möglich-Haltens im Sinne

203 ff., 218 ff., 230 f. sowie im kurzen, für juristische Zwecke aufbereiteten Überblick *Ernst Ludwig Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 22 ff., 27 ff., 33 f.; *Raabe*, Grundrechte [Fn. 3], S. 124 ff.; *Ralf Poscher*, Gefahrenabwehr, 1999, S. 123) und es sich einerseits auch beim Tatsachenbegriff in Wahrheit [sic!] bzw. mit den in diesem gebündelten und isolierten epistemischen Zweifeln um einen probabilistischen Begriff handelt (siehe für juristische Zwecke ebenfalls *Nell*, a.a.O., S. 94 ff.; *Poscher*, a.a.O., S. 156) sowie andererseits auch probabilistische Entscheidungsszenarien und die ihnen zugrundeliegenden Überzeugungen regelmäßig binär operationalisiert werden (vgl. *List/Pettit*, Agency [Fn. 6], S. 25 f., 27) und schließlich im Recht üblicherweise Tatsachen subsumiert werden, soll, kann und muss für die wesentlichen Aussagen dieses Beitrags zwischen dem Tatsachenbegriff und dem weitergehenden, diesen einschließenden Begriff der unbedingten bzw. absoluten Intersubjektivität nicht weiter unterschieden werden. Denn sobald, wie im hier interessierenden Zusammenhang regelmäßig der Fall, die individuelle Einschätzung hinsichtlich des höchsten Wahrscheinlichkeitsgrades nicht intersubjektiv übereinstimmend erfolgt, stellen sich die im Text *paris pro toto* anhand des Tatsachenbegriffs skizzierten Probleme. Aus diesem Grund wird hier auch der weitere (probabilistische Einschätzungen einschließende, aber darüber hinausgehende) Begriff der Plausibilität und im gleichen Sinne wird auch der Begriff unbedingte bzw. absolute Intersubjektivität anstelle der hiervon eingeschlossenen empirischen Gewissheit verwendet.

67 Siehe zu dieser auch *Schulze-Fielitz*, Theorie (Fn. 7), S. 221 f.

68 Das Berufen auf Wahrheit bzw. Richtigkeit, d.h. im praktisch-rationalen Diskurs jedenfalls annähernd vollständige (unbedingte bzw. absolute) Intersubjektivität, ist für die autoritativ-verbindliche Kontrollfunktion des Rechts aus kontraktualistischen Gründen erforderlich, weil jedermann sich den Vorgaben des Rechts aus rationalen Gründen *idealiter* anschließen können muss, vgl. zu Letzterem *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 152. Ist dies nicht zumindest gedanklich – ideell – annähernd nach den Maßgaben des rationalen Diskurses möglich, verliert Recht seine intersubjektive rationale Anschlussfähigkeit für jedermann und damit sowohl seine Rationalität als auch sein hierauf gründendes kontraktualistisches Fundament. Zur binären Kodierung von Wahrheit bzw. Tatsachen siehe i.Ü. *Gutmann*, Wahrheit (Fn. 62), S. 19 f. (insofern aber auf Grundlage eines realistisch-ontologischen und nicht pragmatisch-konstruktiven bzw. epistemischen Begriffs von Wahrheit bzw. Tatsache).

69 Vgl. hierzu *Nierhaus*, Beweismaß (Fn. 65), S. 62 f.; *Frisch*, Beweisregeln (Fn. 61), S. 167 ff.; *Prütting* (Fn. 65), § 286 Rn. 35 ff.; *Hyckel*, Relativität (Fn. 26), S. 232 f. Siehe ferner *Juliane Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 16 f. (allerdings mit jedenfalls terminologisch nicht ganz stimmiger Behandlung des probabilistischen Gehalts des Tatsachenbegriffs). Siehe auch *Jürgen Schwabe*, Fürmöglichthalten und irrite Annahme von Tatbe-

von Plausibilität werden stattdessen durch Beweis-, Beweismaß- und Beweislastregeln verarbeitet.⁷⁰

2. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots als Rechtsnorm

Als (Verfassungs-)Rechtsnorm muss dem Verhältnismäßigkeitsgebot respektive seinen jeweiligen Teilgeboten subsumiert werden können. Während die normativen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgebots, hier nicht interessierende Detailfragen beiseitegelassen, grundsätzlich klar sind (a), sind die ihm zu subsumierenden Tatsachen auf allen Teilstufen oft, wenn auch nicht immer, aus epistemologischen wie empirischen Gründen zu einem hohen Grade ungewiss (b). Vernunft- und Rechtsgebot verlangen dennoch, dass ihnen unter Berufung auf Evidenz im Sinne analytischer Wahrheit subsumiert werden kann.

a) Keine Auslegungsschwierigkeiten

Hinsichtlich des Norminhalt der Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots bestehen keine prinzipiellen hermeneutischen Auslegungsschwierigkeiten. Der tiefere Grund dafür ist, dass ihr normativer (Kern-)Inhalt nicht aus in gewissem Maße immer arbiträren und demzufolge nur unter hermeneutischen Schwierigkeiten zu ermittelnden intentionalen normativen Anordnungen einer rechtsetzenden Instanz folgt, sondern unmittelbar der Rationalität entspringt. Sie sind m.a.W. Routine bzw. prozeduraler Inhalt, nicht Produkt der Vernunft. Zu den durch hermeneutische Befragung des Grundgesetzes zu beantwortenden Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot zählen dagegen etwa dessen Geltung qua positivem Verfassungsrecht oder seine hier in Rede stehende positive oder negative Operationalisierung als verfassungsrechtliche Kontrollnorm. Sie lassen sich jedoch ebenfalls mit Blick auf insbesondere die Systematik und Entstehungsgeschichte der Verfassung sowie institutionell-funktionelle teleologische Gründe weitgehend klar beantworten und sind mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weitgehend unstreitig entschieden.⁷¹

b) Hohes Maß an epistemologischen und empirischen (und gegebenenfalls evaluativen) Anwendungsschwierigkeiten

Der Preis für die prinzipielle normative Bestimmtheit der Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots sind jedoch die aus ihrer normtheoretischen Natur als konsequentialistische Entscheidungsnormen folgenden epistemologischen und empirischen Schwierigkeiten, einen hinreichend subsumtionsfähigen Sachverhalt zu ermitteln

standsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 419 (436 f.).

70 Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 65 sowie ferner *Hyckel*, Relativität (Fn. 26), S. 252.

71 Siehe auch bereits oben IV.

(bb). Sie können dabei nicht auf den im einfachen Recht ubiquitären „deontologischen Trick“ des (Gesetzes-)Rechts zurückgreifen (aa).

aa) Der deontologische Trick des (Gesetzes-)Rechts

Die deontologisch strukturierten Verhaltensnormen des Gesetzesrechts knüpfen tatbeständlich *per definitionem* an eine feststehende, definite und in aller Regel überschaubare Menge von handlungsnahen und dadurch präsenten, nämlich als geschehen oder geschehend feststehenden, jedenfalls aber unmittelbar bevorstehenden oder zumindest als solche zuverlässig visualisierbaren bzw. imaginierbaren Sachverhaltselementen an. Die Ermöglichung von vergleichsweise effektiver und effizienter, schneller und (entscheidungs)kostengünstiger Verhaltenssteuerung ist gerade ihr gewissermaßen „deontologischer Trick“.⁷² Indem sie bestimmte handlungsnahen tatsächliche Elemente der jeweils normrelevanten Interessenkonflikte durch ihre Tatbestandsvoraussetzungen selektieren, können ihnen zugleich grundsätzlich mit den erforderlichen unbedingten (binären) intersubjektiven Gewissheitsgraden versehene Tatsachen subsumiert werden, so dass die sich durch (potenzielle) Anwendung der Rechtsnorm ergebende Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts spezifisch rechtliche, nämlich intersubjektiv allgemein anschlussfähige, autoritativ-normative Verbindlichkeit für sich reklamieren kann.

bb) Die epistemologische und empirische Problematik konsequentialistischer Entscheidungsnormen

Konsequentialistische Entscheidungsnormen – und um eine solche handelt es sich beim Verhältnismäßigkeitsgebot – öffnen demgegenüber stets den Blick auf die komplexen und dynamischen sowie *per definitionem* zukünftigen Entscheidungsfolgen. Ihr Zu- und Ausgriff sowie Zuschnitt kann normativ limitiert respektive moduliert werden und ist dies bei den grundrechtlichen Entscheidungsnormen des Verhältnismäßigkeitsgebots beispielsweise im Hinblick auf die grundrechtsseitig zu berücksichtigenden Rechtspositionen. In konkret-individuellen Handlungssituationen, wie sie etwa für das Besondere Verwaltungsrecht kennzeichnend sind, erlaubt außerdem der vergleichsweise begrenzte situative Entscheidungszuschnitt jedenfalls hinsichtlich bestimmter Parameter vergleichsweise zuverlässige Verhältnismäßigkeitsurteile. Bei abstrakt-generellen gesetzgeberischen Entscheidungen, die erhebliche Breitenwirkungen sowie mittelbare Folge- und Fernwirkungen besitzen, wächst die Menge der in die Entscheidung einzubeziehenden tatsächlichen Faktoren aber erheblich und

72 Siehe hierzu Stephan Wagner, Substituierte Attribute – Kognitive Störungen im Recht des digitalisierten Staates, RW 11 (2020), S. 344 (368); *ders.*, (Diesseitig motivierte) religiöse Gebote und staatliches Recht als rivalisierende Normen praktisch-rationaler Lebensbewältigung, in: Rike Sinder (Hrsg.), *Die Neuvermessung der Säkularität. Zum Selbstverständnis des Staates im Angesicht islamischen Rechts*, 2023, S. 73 (78 f.). Siehe auch Joshua Greene, The secret joke of Kant’s soul, in: Walter Sinnott-Armstrong (Hrsg.), *Moral Psychology*, Vol. 3: *The Neuroscience of Morality*, 2008, Cambridge, Mass.: The MIT Press, S. 35 (60, 64).

prinzipiell *ad infinitum*.⁷³ Hinzu kommt das bei abwägenden Optimierungsentscheidungen insbesondere im intersubjektiven Vergleich stets latente Problem der Inkomensurabilität,⁷⁴ die mit der Komplexität der relevanten Interessenkonflikte ebenfalls dramatisch zunimmt. Je weiter der abstrakt-generelle Anwendungsbereich des Gesetzes gefasst ist, desto unterschiedlicher sind zudem oft die konkret-individuellen Betroffenheitshorizonte.⁷⁵ Je weiter die Entscheidungsfolgen in die Zukunft ausgreifen und je (komplex) vermittelter die eingesetzten Mittel wirken, desto größer wird die Prognoseunsicherheit respektive -ungewissheit.⁷⁶ All das sind Probleme, die sowohl epistemologisch – im Sinne von (gegebenenfalls noch) nicht vorhandenen theoretischen Konzepten, wie der entscheidungsrelevante Sachverhalt zu erfassen ist – als auch empirisch – im Sinne von Messschwierigkeiten, die theoretisch-konzeptuell erfassbare Wirklichkeit zuverlässig zu erheben – sein können.⁷⁷ All dies führt in der Folge dazu, dass die normativen Vorgaben der Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots zwar klar sind, insofern also keine hermeneutischen Auslegungsschwierigkeiten bestehen, die für den Subsumtionsschluss erforderliche Evidenz im Sinne analytischer Wahrheit aber aus epistemologischen und/oder empirischen Gründen nicht für binäre empirische Wahrheitswerte hergestellt werden kann. Dies betrifft beide normativen Operationalisierungsformen, m.a.W. also das positive wie das negative Verhältnismäßigkeitsgebot, gleichermaßen.

73 Siehe allgemein zum potenziell infiniten Informationsbedarf konsequentialistischer Entscheidungen *Greene, joke* (Fn. 72), S. 64; *Jörg Schroth*, Konsequentialistische Ethik, in: *Ralf Stoecker/Christian Neuhäuser/Marie-Luise Raters* (Hrsg.), *Handbuch Angewandte Ethik*, 2011, S. 37 (38); *Michael Quante*, Einführung in die Allgemeine Ethik, 6. Aufl. 2017, S. 137. Vgl. auch *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, S. 19; *Steinhoff*, Kritik (Fn. 14), S. 21.

74 Siehe hierzu *Ekkehard Hofmann*, Abwägung im Recht – Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, 2007, S. 264 ff., 272 ff., 296 ff.; *Matthias Klatt/Moritz Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: *Matthias Klatt* (Hrsg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, S. 62 (78 ff.); *Virgílio Afonso da Silva*, Der Vergleich des Inkommensurablen, in: *Matthias Klatt* (Hrsg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, S. 236 ff.; *Stephan Wagner*, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 595 f.; *Andrej Lang*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 145 (2020), S. 75 (125); *Poscher*, Grundgesetz (Fn. 3), § 3 Rn. 69 ff.

75 Vgl. *Looschelders/Roth*, Methodik (Fn. 46), S. 9.

76 Siehe auch *Starck*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 42), S. 8; *Engel*, Constitutional Court (Fn. 38), S. 290.

77 Nach hiesiger (monistisch-utilitaristischer) Auffassung sind auch die in diesem Zusammenhang herkömmlicherweise als evaluativ bzw. normativ bezeichneten Probleme (siehe etwa *Rescher*, Rationalität [Fn. 13], S. 4) im Kern solche epistemologischer bzw. empirischer Natur. Ob bzw. gegebenenfalls in welchem Ausmaß dies der Fall ist, kann für die hiesigen Zwecke freilich dahinstehen, da auch zur Anwendung evaluativer Entitäten unter die Gebote der Verhältnismäßigkeit eine Subsumtion erforderlich wäre, die sich im praktischen Diskurs ebenfalls wohl kaum bzw. erst recht nicht auf binäre Gewissheit, sondern nur auf graduelle Plausibilität berufen kann. Im Folgenden wird daher auf die evaluative Ungewissheit nicht mehr eigens eingegangen, je nach philosophischem Standpunkt darf sie in den folgenden Ausführungen aber jeweils gerne mitgedacht werden.

3. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots in seiner verfassungsrechtlichen Verhaltenssteuerungs- und Kontrollfunktion

Die entscheidende Frage für die normative Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots ist folglich die Verarbeitung der geschilderten epistemologischen und/oder empirischen Ungewissheit mit Blick auf den Subsumtionsschluss. Damit aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als genuinem Vernunftprinzip rechtlich verbindliche Aussagen abgeleitet werden können, muss den aus ihm gewonnenen Entscheidungsvorgaben Rechtssatzqualität zukommen. Rechtssätze nehmen im Gegensatz zu den im praktischen Diskurs ausgetauschten Überzeugungen die für alle Beteiligten autoritativ-normativ verbindliche Entscheidung einer Streitfrage für sich in Anspruch. Die Anwendung des Rechtssatzes und damit die Inanspruchnahme seiner autoritativ-normativen Verbindlichkeit setzt jedoch die im letzten Akt der Subsumtion erfolgende Feststellung voraus, dass der entscheidungsrelevante Sachverhalt die Voraussetzungen des Rechtssatzes erfüllt.

a) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots als Entscheidungsnorm in seiner Verhaltenssteuerungsfunktion

In seiner Funktion als verhaltenssteuernde Entscheidungsnorm gegenüber dem Gesetzgeber ist es aus entscheidungstheoretischen Gründen zwingend, bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots für die Sachverhaltsseite des Subsumtionsschlusses Plausibilität – und zwar konkret: das subjektiv jeweils relative Höchstmaß an Plausibilität – ausreichen zu lassen. Dies entspricht der allgemeinen Operationalisierung von verhaltenssteuernden Entscheidungsnormen der praktischen Vernunft, wobei der erforderliche Grad der Plausibilität abhängig ist von den jeweils auf Kosten- und Nutzenseite in inhaltlich-materieller wie zeitlicher Hinsicht einzustellenden (Nicht-)Entscheidungsfolgen.⁷⁸ Es entspricht aber auch der – aus der allgemeinen praktisch-rationalen nur abgeleiteten – Operationalisierung von verhaltenssteuernden Rechtsnormen im Subjekt. Denn das Subjekt muss sich immer und notwendig auf den für es subjektiv höchsten Grad an Plausibilität stützen, um überhaupt Entscheidungen treffen zu können. Da es sich hierbei um eine ihm eigene subjektiv-intentionale Repräsentation der Wirklichkeit handelt, kann es sich, unabhängig davon, dass es sich bei der Anwendung von deontologisch strukturierten verhaltenssteuernden Rechtsnormen häufig auf eine subjektive Überzeugung von vorliegenden Tatsachen i.S.v. binärer empirischer Wahrheit stützen wird, bei der Subsumtion unter die an es dabei adressierten Verhaltensnormen auch stets auf analytische Evidenz berufen.⁷⁹

78 Siehe hierzu *Amann*, Entscheidungstheorie (Fn. 32), S. 23 ff.; ferner *Raabe*, Grundrechte (Fn. 3), S. 382. Diese (allgemeinen) entscheidungstheoretischen Anforderungen sind im Hinblick auf die „Sicherheit der empirischen Annahmen“ auch im (insoweit noch um die dynamische Entwicklung von Belastungsintensität und empirischem Erkenntnisstand, m.a.W. den Faktor Zeit zu ergänzenden) Abwägungsgesetz von *Alexy* abgebildet, vgl. *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 165 f.; eingehend hierzu *Klatt/Schmidt*, Abwägung (Fn. 38).

79 Das gilt unabhängig davon, ob das Subjekt seine Repräsentation von der Wirklichkeit seinerseits für wahr oder nur für relativ höchstgradig plausibel hält, und es gilt auch unabhängig davon, dass ihm die Zuordnung des relativen Höchstmaßes an Plausibilität

Der „deontologische Trick“ des Rechts hilft ihm schließlich dabei, dass seine subjektiv-intentionalen Repräsentationen von Recht und Wirklichkeit eine vergleichsweise hohe Chance haben, mit den einer möglichen autoritativen Rechtsanwendung als intersubjektiv geltend zugrundeliegenden übereinzustimmen.⁸⁰

Im praktischen Diskurs ausgehandelte und daher notwendig intersubjektive Entscheidungsprozesse sind jedoch dadurch qualifiziert, dass es hinsichtlich des höchsten Grades an Plausibilität oft intersubjektiv je unterschiedliche Ansichten gibt. Dies ergibt sich wiederum maßgeblich daraus, dass auch subjektive Überzeugungen letztlich eine Funktion der praktischen Vernunft sind.⁸¹ Diese kann, muss aber nicht auf Wahrheit (im Sinne von Übereinstimmung mit der Wirklichkeit) optimiert sein, und ist dies im politischen Diskurs sogar in aller Regel nicht bzw. nur defizitär. Hinzu kommen, selbst bei einem intersubjektiv gleichgerichteten Interesse an der Wahrheit, die individuell je unterschiedlich ausgeprägten epistemischen Zugänge und Kapazitäten – sowie Probleme – hinsichtlich der Ermittlung, Wahrnehmung und Erkenntnis von Wirklichkeit und darauf bezogener Wahrheit. Soweit sie sich – nach faktischem und/oder ideellem Durchlauf des rationalen Diskurses – überhaupt auf Plausibilität berufen können, kann jede dieser individuellen Überzeugungen oft lediglich bedingte Intersubjektivität für sich geltend machen, m.a.W. also nur den Anspruch auf intersubjektive Anerkennung ihrer Plausibilität erheben. In ihrer über die kollektive Intentionalität der Gesetzgebungskörperschaft vermittelten, rational strukturiert diskursiv generierten Aggregation ergeben die den Mehrheitsbeschluss – in diesem, kollektiv-intentionalen, strukturierten Sinne⁸² – tragenden individuellen Überzeugungen letztlich den demokratisch ermittelten Referenzmaßstab für die jeweilige Zuordnung des relativen Höchstmaßes an Plausibilität und damit die Grundlage für die durch

nicht immer möglich ist. Denn dann kann es der Norm (wie im Fall einer binären Operationalisierung auch) nicht subsumieren und muss die Null- i.S.v. Nichtanwendungsvariante wählen.

- 80 Gleichwohl mögliche Fehlleistungen werden gegebenenfalls durch Regeln über Rechts- und Tatsachenirrtümer in kontraktualistisch zumutbarer Weise verarbeitet. Ob dies auf Rechtsseite durch adäquate Anerkennung entschuldigender Rechtsirrtümer sowie zuvor bereits durch eine hinreichend rationale (kommunikativ-)hermeneutische Gesetzesinterpretation auch stets ausreichend geschieht, sei an dieser Stelle nur kritisch bezweifelt, siehe dazu auch *Wagner*, Gesetzesinterpretation (Fn. 14), S. 344 f., 366 ff.
- 81 Dies ist die Aussage und Grundlage pragmatischer Wahrheitstheorien, siehe insbesondere *William James*, Der Wahrheitsbegriff des Pragmatismus, in: Gunnar Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien. Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert, 1977, S. 35 ff. (weitere Vertreter pragmatischer Wahrheitstheorien, deren Grundlagen auf *Peirce* zurückgehen, sind etwa *Dewey* und *Rorty*); im knappen Überblick hierzu *Gutmann*, Wahrheit (Fn. 62), S. 22 sowie noch knapper *Ralf Poscher*, Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, ARSP 89 (2003), S. 200 (204). Zu deren – keineswegs kontingenenten – Bestätigung im juristischen Wahrheitskonzept vgl. die Stellung bzw. eben „Funktion“ der Wahrheit im Prozess, siehe hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 46), S. 127; *Hyczel*, Relativität (Fn. 26), S. 233 ff., 241 ff., 252 f.; siehe auch (wenn auch mit in Deutschland üblicher polemischer, unreflektiert-pauschaler und naiver Diskreditierung des Utilitarismus) *Gutmann*, a.a.O., S. 25.
- 82 Es handelt sich hierbei keineswegs um eine bloße voraussetzungslose Summation der jeweiligen Einzelansichten der Parlamentsmitglieder, wie es ein verbreiteter naiver Irrglaube will, siehe eingehend hierzu *Ekins*, Nature (Fn. 6); ferner *List/Pettit*, Agency (Fn. 6).

kollektiv-intentionale Subsumtion unter das positiv entscheidungsleitende Verhältnismäßigkeitsgebot zu findende, rationalnormativ optimale Lösung des normrelevanten Interessenkonflikts.

b) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots in seiner Kontrollfunktion

aa) Allgemeine norm- und rechtstheoretische Vorgaben

Rechtsnormen in ihrer autoritativen Kontrollfunktion müssen sich jedoch für ihre mit dem Subsumtionsschluss erfolgende Anwendung auf unbedingte Intersubjektivität stützen. Für den autorativ-verbindlichen Steuerungsanspruch des Rechts⁸³ ist neben der für die Anwendung jeder Norm notwendigen Evidenz im Subsumtionsschluss unbedingte (annähernd absolute) Intersubjektivität auf Rechts- wie Tatsachenseite erforderlich. Das ergibt sich aus den genannten kontraktualistischen, diskurstheoretisch operationalisierten Gründen.⁸⁴

In der Funktion des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots als positiver (konsequentialistischer) Entscheidungsnorm, die wie gesehen aus entscheidungstheoretischen Gründen notwendig mit Plausibilität – konkret deren subjektivem Höchstmaß – operieren muss, ist dies aus dem Grunde und in dem Ausmaß defizitär, als über das rationalnormative und verfassungsrechtlich institutionalisierte Verhältnismäßigkeitsgebot in dieser Funktion (Gesetzes-)Recht mit seiner autorativ-verbindlichen Verhaltenssteuerungsfunktion gegenüber den Bürgern und sonstigen Rechtsadressaten (primär durch den rechtssetzenden Gesetzgeber, sekundär durch den rechtsanwendenden Richter) gerade (erst) hergestellt wird. An dieser Stelle transformiert durch den (verfassungsrechtlichen) Anwendungsbefehl des positiven Verhältnismäßigkeitsgebots Vernunft in (Gesetzes-)Recht. Das Recht genießt seinen autorativ-verbindlichen Verhaltenssteuerungsanspruch gerade dadurch, dass die sich aus entscheidungstheoretischen Gründen oft nur auf Plausibilität berufen könende Entscheidung des Gesetzebers (bzw. sekundär-derivativ des staatlichen Rechtsanwenders) autorativ-verbindlich gesetzt wird und hierfür als optimale (vernünftige, gerechte), „einzig richtige“ fingiert sowie über den deontologischen Trick des Rechts⁸⁵ mit unbedingter (annähernd absoluter) Intersubjektivität auch in der Verhaltenssteuerungsfunktion⁸⁶ operabel gemacht wird.⁸⁷ Es liegt in der (transzendenten) Natur dieser Fiktion, dass

83 Die Kontrollfunktion dient keinem Selbstzweck, sondern ist die wesentliche Stütze der (verhaltenssteuernden) autorativ-verbindlichen Natur des Rechts, die gewissermaßen über die Kontrollfunktion an die Verhaltenssteuerungsfunktion herangetragen wird. Die Kontrollfunktion teilt sich gewissermaßen im autorativ-verbindlichen Steuerungsanspruch der Verhaltenssteuerungsfunktion mit, siehe zu deren insofern kaum trennbaren Verbindung auch Looschelders/Roth, Methodik (Fn. 46), S. 11 f. Diese, unter einer realistischen *Conditio humana* notwendige, ja das spezifische, nämlich eben autorativ-imperative Prädikat des Rechts ausmachende, Konvergenz von Kontroll- und Verhaltenssteuerungsfunktion führt im hiesigen Zusammenhang zu dem (durchaus verbreiteten) Bild, das oben (IV. 2. a) mit „Kanal“ metaphorisch beschrieben wurde.

84 Oben 1.

85 Siehe oben 2. b aa.

86 Siehe oben 3. a.

87 Siehe hierzu auch Alexy, Argumentation (Fn. 13), S. 256 f.

diese Anforderung nicht an die sie erst begründende Entscheidung des Gesetzgebers selbst gestellt werden kann.

Um die für den Subsumtionsschluss erforderliche Evidenz zu gewährleisten, können die Teilgebote des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots in seiner autoritativ-verbindlichen Kontrollfunktion dagegen normativ nur binär operationalisiert werden, die Möglichkeit des im rationalen Diskurs allgegenwärtigen „Dritten“ – das Berufen auf die graduelle, zwischen dem Bejahen und dem Verneinen ihrer Voraussetzungen liegende Plausibilität – ist insoweit nicht gegeben. Tatsachenseitig helfen jedoch die sonst üblichen Beweislast- und -würdigungsregeln nicht oder nur sehr eingeschränkt und jedenfalls nicht unmittelbar weiter: Für eine Fiktion als objektiv feststehend ist der epistemische (meist eben nicht nur: Rest-)Zweifel im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsargumenten oft (viel) zu groß. Die Auferlegung von Beweislastregeln scheitert ebenfalls oft bereits an der grundsätzlichen epistemischen Beweisfähigkeit des Beweisthemas.⁸⁸ Beide (Hilfs-)Konstruktionen zur Überwindung von epistemologischer oder empirischer Ungewissheit wären hier irrational, sie wären „willkürlich“. Ihnen mangelt es damit an der intersubjektiven Anschlussfähigkeit im materiellen Verfassungsstaat.

Einer (Verfassungs-)Rechtsnorm wie dem Angemessenheitsgebot, die (im einfachsten, d.h. in seiner Komplexität bereits auf nur zwei kollidierende Rechtsgüter bzw. Interessen reduzierten Fall) normativ fordert, dass das geschützte öffentliche Interesse das beeinträchtigte grundrechtliche Interesse überwiegt, kann daher nur subsumiert werden, wenn das Überwiegen des öffentlichen Interesses gegenüber dem beeinträchtigten grundrechtlichen Interesse mit einer für den Subsumtionsschluss erforderlichen Evidenz feststeht. Hierfür muss aus den Gegebenheiten des Sachverhalts ein Untersatz gebildet werden können, der diesen Schluss zulässt.⁸⁹ Die Gegebenheiten des

88 Siehe jeweils oben 2. b bb. Beweisregeln kommen vorliegend ebenfalls nicht in Betracht, siehe zur Diskussion über den Vorschlag eines § 26a BVerfGG, der die formelle Bindung des BVerfG an die Tatsachenfeststellungen und Prognosen des Gesetzgebers anordnen sollte, in der 6. Legislaturperiode des Bundestages *Ossenbühl*, Kontrolle (Fn. 43), S. 462, 467 f.; *Pia Lange*, Darlegungs- und Substantierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2012, S. 33 jeweils m.w.N. Beweismaßregeln helfen ebenfalls nicht weiter, da es sich bei der Subsumtion unter das konsequentialistische Verhältnismäßigkeitsgebot ohnehin bereits um ein prognostisches Wahrscheinlichkeitsurteil handelt, das eine probabilistische Prognose nicht nur zulässt, sondern erfordert, aber dennoch auf einer hinreichend subsumtionsfähigen Tatsachen-, nämlich eben Prognosegrundlage beruhen muss, vgl. hierzu BVerfGE 50, 290 (332); 106, 62 (152 f.); 111, 226 (255); *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht (Fn. 26), § 14 Rn. 327 f.; ferner *Prütting* (Fn. 65), § 286 Rn. 47; siehe hierzu auch oben Fn. 66.

89 Siehe zu dieser Subsumtion unter das Optimierungsgebot *Spohn*, Rationalität (Fn. 13), S. 159. Als Beispiel kann die Anordnungspflicht einer klinischen Quarantäne bei hochansteckenden und akut lebensgefährlichen Infektionskrankheiten nach § 30 Abs. 1 S. 1 IfSG genannt werden, bezüglich derer der (dringende) Gesundheits- und Lebensschutz den (vorübergehenden, als solcher materiell kaum spürbaren und ohnehin von einer notwendigen Heilbehandlung begleiteten) Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit evident überwiegt. Demgegenüber war der durch eine nächtliche Ausgangsbeschränkung nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG a.F. während der Corona-Pandemie bewirkte Effekt auf den Infektionsschutz derart ungewiss, dass dem (positiven) Verhältnismäßigkeitsgebot nicht mehr mit der notwendigen Evidenz subsumiert werden konnte, vgl. hierzu *Stephan Wagner*, Der Be-

Sachverhalts müssen jedoch als Tatsachen mit an Sicherheit grenzender Überzeugung für den Richter feststehen und dürfen von ihm nicht nur für plausibel gehalten werden. Die Existenz von gut begründeten, ihrerseits plausiblen Gegenansichten im praktischen Diskurs lässt diese Möglichkeit bereits entfallen.

In der Folge kann sich der Subsumtionsschluss in diesen Fällen nicht auf analytische Wahrheit (Evidenz) berufen, da sich die von ihm vorausgesetzte Tatsachenfeststellung nicht auf empirische Wahrheit (angenäherte unbedingte Intersubjektivität) berufen kann. Die einen Evidenzschluss ermöglichte Tatsachenfeststellung ist in vielen Fällen nicht intersubjektiv möglich. Möglich ist wie gesehen nur die Feststellung, dass bestimmte zugrunde gelegte (propositionale) Vorstellungen von der Wirklichkeit eine gewisse, gegebenenfalls graduell unterschiedliche Plausibilität besitzen.

Im Beispiel der Angemessenheit müsste die einen evidenten Subsumtionsschluss zulassende Tatsachenfeststellung etwa lauten: „Es ist mit einer an Sicherheit grenzenden Überzeugung davon auszugehen, dass das geschützte öffentliche Interesse x im konkreten Fall, d.h. unter Einbeziehung und Abwägung sämtlicher realer Belastungsintensitäten und Schutzeffekte, das beeinträchtigte grundrechtlich geschützte Interesse y überwiegt.“ Dies ist in vielen Fällen bereits aufgrund der Inkommensurabilität der kollidierenden Interessen und Rechtsgüter sowie bei Gesetzen insbesondere aufgrund von empirischer Ungewissheit über die aggregierten konkret-individuellen Belastungsintensitäten und Schutzwirkungen nicht mit unbedingter Intersubjektivität möglich. Möglich ist hier stattdessen nur die Feststellung: „Es ist mit einer gewissen Plausibilität davon auszugehen, dass das geschützte öffentliche Interesse x im konkreten Fall, d.h. unter Einbeziehung und Abwägung sämtlicher realer Belastungsintensitäten und Schutzeffekte, das beeinträchtigte grundrechtlich geschützte Interesse y überwiegt.“

Als für das handelnde individuelle Subjekt geltende rational- respektive für den Gesetzgeber auch verfassungsnormative Entscheidungsnorm ist eine solche Subsumtion unter das Verhältnismäßigkeitsgebot mit der Maßgabe möglich, dass es sich jeweils um die (propositionalen) Vorstellungen mit der subjektiv graduell höchsten Plausibilität handeln muss.⁹⁰ Bereits in seiner Rolle als kollektives, dem praktischen Diskurs überantwortetes Vernunftgebot ist dies aber nicht mehr uneingeschränkt möglich, weil der Grad an Plausibilität individuell oft jeweils unterschiedlich ausfällt.⁹¹

schluss des BVerfG vom 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 u. a. – und die Frage: Ist Karlsruhe auf dem Weg zum politisierten Gericht? – Teil 1, COVuR 2021, S. 647 (652 f.) sowie Teil 2, COVuR 2021, S. 710 (710 f.).

90 Siehe oben a.

91 Es gibt eine starke und eine schwache Version dieser Begründung von bedingter bzw. relativer Intersubjektivität: Einmal kann ein redliches und vollrationales Subjekt nach vollständigem (externen und/oder internen) Durchlauf des praktisch-rationalen Diskurses selbst (nur) zu der Erkenntnis auch für sich gelangen, dass seine Vorstellung von der Wirklichkeit lediglich mit einem relativen Höchstmaß plausibel, keineswegs aber gesichert und damit unbedingt intersubjektiv ist (das ist die starke Version). Oder aber das Subjekt ist selbst von der Wahrheit seiner Auffassung überzeugt, operiert für sich also mit dem binären Tatsachenbegriff, in der Kontrollperspektive des (Verfassungs-)Rechts, m.a.W. also im bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren, bei dem es sich um eine Weiterführung des rationalen Diskurses handelt, stellt sich aber heraus, dass es noch weitere, ihrerseits plausible Auffassungen (etwa diejenigen des politischen Gegners im Gesetzgebungsverfahren) gibt, und

Deshalb entscheidet im demokratischen Diskurs das (durch kollektive Intentionalität modifizierte und rational überformte) Mehrheitsprinzip.⁹² In der Kontrollperspektive des Rechts ist demgegenüber hinsichtlich der Tatsachenfeststellung unbedingte (d.h. annähernd vollständige) Intersubjektivität erforderlich. Eine sich auf analytische Wahrheit berufende Subsumtion unter den Obersatz ist daher in diesen Fällen nicht möglich, weil dieser die – jeweils intentional repräsentierte – Übereinstimmung mit den Gegebenheiten des Sachverhalts fordert und als Rechtsgebot in der autoritativen Kontrollfunktion Letztere als zu subsumierende Tatsachen qualifiziert.

bb) Konsequenzen für die Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots in der Kontrollfunktion

(1) Normative Operationalisierung als Verbot der Unverhältnismäßigkeit

Die Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsgebots können als Rechtsgebote vor dem geschilderten Hintergrund nur entweder (positiv) als Gebot der Verhältnismäßigkeit oder (negativ) als Verbot der Unverhältnismäßigkeit normativ operationalisiert werden. Ihre positive Formulierung als Gebot der Verhältnismäßigkeit ist in ihrer Funktion als Entscheidungsnorm aus rationalnormativen Gründen zwingend,⁹³ lässt aber aus entscheidungstheoretischen Gründen das Berufen auf (das relative Höchstmaß an) Plausibilität zu. Es ist nun daran, festzustellen, was aus den vorangehenden Überlegungen für die normative Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots in seiner autorativ-verbindlichen Kontrollfunktion folgt.

Es ist zunächst theoretisch durchaus möglich, dass das (positive) Verhältnismäßigkeitsgebot in seiner Funktion als prozedurale Entscheidungsnorm auch den normativen Entscheidungsmaßstab für das Bundesverfassungsgericht bilden könnte. Aber genau das, nämlich das eigenverantwortliche Treffen von politischen Entscheidungen, ist gerade nicht dessen Aufgabe. Es wäre auch regelrecht absurd, eine einmal getroffene Entscheidung des Gesetzgebers mit ihrem demokratietheoretisch relativ besten Prozedere und ihrer demokratietheoretisch relativ besten Legitimation⁹⁴ durch eine exakt inhaltsgleiche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu ersetzen, ohne dass hierfür irgendein Grund angegeben werden kann. Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist vielmehr die Kontrolle der Entscheidungen des Gesetzgebers auf Übereinstimmung mit den Vorgaben des Verfassungsrechts. Auch insofern kann grundsätzlich das positive Verhältnismäßigkeitsgebot den insofern dann nicht prozeduralen, sondern materiell-rechtlichen Maßstab bilden. Konsequenz wäre, dass jede vom Gesetzgeber erlassene Rechtsnorm verfassungsgerichtlich zu verwerfen wäre, wenn es sich bei ihr nicht um die aus grundrechtlicher Sicht nach Lage der Dinge effektivste, effizienteste und jedenfalls in Bezug auf grundrechtliche Rechtsgüter

sich daher keine der Auffassungen auf unbedingte Intersubjektivität berufen kann (das ist die schwache Version). Letztlich zeigt sich hier indes nur Unterschied zwischen dem Ideal des rationalen Diskurses und seiner faktischen Realität, vgl. hierzu *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 157 f.

92 Siehe oben a.

93 Siehe oben IV. 1 und IV. 2. a.

94 Siehe oben II.

optimale Maßnahme handelt, um den gesetzgeberischen (legitimen) Zweck zu erreichen.⁹⁵

Dies ist jedoch aus praktischen – und damit unabhängig von den institutionell-funktionalen Gründen, die dagegensprechen, dass das Bundesverfassungsgericht seine im Kern politische Auffassung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen würde – Gründen kein praktikabler Maßstab für staatliches und insbesondere gesetzgeberisches Handeln, denn sonst wäre der Staat praktisch handlungsunfähig.⁹⁶ Denn in vielen – wenn auch nicht in allen – und insbesondere den kritischen Fällen kann den Vorgaben des positiv formulierten Verhältnismäßigkeitsgebots nicht (evident) subsumiert werden, weil es sachverhaltsseitig wie gesehen oft unterschiedliche Auffassungen gibt, die sich allesamt nur auf ein (un)bestimmtes graduelles Maß an für sich individuell-subjektiv jeweils das Höchstmaß darstellender, jedoch intersubjektiv unterschiedlich zugeordneter Plausibilität berufen können, von denen keines die Schwelle der (annähernd vollständigen) Intersubjektivität erreicht.⁹⁷ Diese Situation kennzeichnet geradezu das Wesen des demokratischen politischen Prozesses. Neben den epistemologischen und empirischen Unzulänglichkeiten von (zumal generischen) Folgeabschätzungen und Ursache-Wirkungsprognosen resultiert dies bei der Kollision von Interessen und namentlich Grundrechten oft (wenn auch nicht immer) mindestens aus der Inkommensurabilität von insbesondere intersubjektiv zu beurteilenden Interessen- und Grundrechtspositionen (bei der es sich nach hiesiger Auffassung um einen Unterfall epistemologischer und empirischer Unzulänglichkeiten handelt, was aber für die Zwecke hier keine Rolle spielt).⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht müsste in all diesen Fällen zu der Erkenntnis gelangen, dass den Vorgaben des (positiven) Verhältnismäßigkeitsgebots nicht mit der erforderlichen Evidenz subsumiert werden kann und die Rechtsnorm konsequenterweise als verfassungswidrig verwerfen. Selbst wenn eine gesetzgeberische Maßnahme – etwa Abstandsregeln zur Eindämmung von COVID-19-Infektionen – zwar in empirischer Hinsicht keine unbedingte Intersubjektivität, aber parteienübergreifend unstrittig das mit Abstand relative Höchstmaß an Plausibilität für sich beanspruchen könnte, wäre sie bei dem zugrunde gelegten materiell-rechtlichen Maßstab und trotz der entscheidungstheoretischen Notwendigkeit, eine gesetzgeberische Entscheidung an diesem Maßstab auszurichten, verfassungsgerechtlich zu verwerfen. Dies wäre absurd.

Die Teilgebote der Verhältnismäßigkeit müssen daher im Rahmen der autoritativ-verbindlichen Kontrollfunktion des Rechts negativ formuliert werden. Sie können daher nur unverhältnismäßige, d.h. ungeeignete, nicht erforderliche oder i.e.S. unver-

95 Siehe zu dieser Natur der hier positiv genannten Verhältnismäßigkeit als alle Teilstufen erfassendes Optimierungsgebot oben IV. 1. und 2. a sowie *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 165.

96 Wie hier *Alexy*, Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 27 f.; *ders.*, A Theory of Constitutional Rights, 2010, S. 417; *Klatt/Schmidt*, Spielräume (Fn. 3), S. 9 f.

97 Mit den Worten der Entscheidungstheorie besteht das Problem darin, dass der für das Optimierungsgebot maßgebliche *subjektive Erwartungsnutzen* intersubjektiviert werden muss, was bedingt, die (oft) unterschiedlichen subjektiven Wahrscheinlichkeiten und Nutzenwerte (vgl. hierzu *Spohn*, Rationalität [Fn. 13], S. 159) der – aller! – beteiligten Personen intersubjektiv übereinander zu bringen, was wiederum in vielen Fällen nahezu notwendig zu uneinheitlichen Plausibilitätsgraden sowie zum Problem der Inkommensurabilität führt.

98 Siehe oben 2 b bb.

hältnismäßige gesetzgeberische Maßnahmen verbieten.⁹⁹ Bereits hieraus, aus diesem normativem Umbruch von der Verhaltenssteuerungs- in die Kontrollfunktion des Verhältnismäßigkeitsgebots, aus dem Umbruch von positiver in negative Verhältnismäßigkeit, resultieren in materiell-rechtlicher Sicht die gesetzgeberischen Spielräume.¹⁰⁰

Die (Verfassungs-)Rechtsnorm des Angemessenheitsgebots würde als Verbotsnorm in der Gestalt des Unangemessenheitsverbots im Beispielsfall normativ fordern, die gesetzgeberische Maßnahme zu unterlassen, wenn das geschützte öffentliche Interesse das beeinträchtigte grundrechtliche Interesse nicht überwiegt. Die gesetzgeberische Maßnahme ist daher (dann und nur dann) unangemessen, wenn das geschützte öffentliche Interesse das beeinträchtigte grundrechtliche Interesse nicht überwiegt und die Tatsache des Nicht-Überwiegens dem Unangemessenheitsverbot mit der für den Subsumtionsschluss erforderlichen Evidenz subsumiert werden kann.

(2) Implikationen für die Argumentationslast

Auch den Vorgaben eines negativen Verhältnismäßigkeitsgebots kann in vielen Fällen nicht aktiv subsumiert werden. Dies ergibt sich daraus, dass es sich beim Unverhältnismäßigkeitsverbot normlogisch nur um die Negation des Verhältnismäßigkeitsgebots handelt, hiernach rein normativ betrachtet folglich sämtliche Maßnahmen als unverhältnismäßig zu verwerfen sind, die den Maßstab der effektivsten, effizientesten und optimalen Entscheidung nicht erreichen.¹⁰¹ Auch dieses Urteil kann jedoch spiegelbildlich zu dem bisher Gesagten in vielen Fällen nicht mit der für den Subsumtionsschluss erforderlichen Evidenz getroffen werden. Der entscheidende Unterschied zur positiven Operationalisierung ist, dass das Unverhältnismäßigkeitsverbot in diesem Fall nicht angewendet und die gesetzgeberische Maßnahme daher nicht als verfassungswidrig verworfen werden kann. Die auf den ersten Blick drohende Konsequenz einer sehr weitgehenden grundrechtseinschränkenden Handlungsfähigkeit des Staates wird jedoch durch die grundrechtliche Argumentationslastverteilung entschärft und in praktikabler sowie prinzipiell freiheitssichernder Weise austariert.

Die Grundrechte als Abwehrrechte formulieren aus eigenem Recht Rechtfertigungsanforderungen an die Adresse des grundrechtseingreifenden Staates. Eine grundrechtseingreifende staatliche Maßnahme gilt in der Folge als (evident) unverhältnismäßig, solange der Staat keine hinreichenden Gegengründe vorbringt, die die Vermutung der (evidenten) Unverhältnismäßigkeit erschüttern. Dies ergibt sich aus

99 Die über das negative Verhältnismäßigkeitsgebot operationalisierte grundrechtliche Unterlassungspflicht gilt im Gegensatz zur prinzipiell instrumentell offenen, über das positive Verhältnismäßigkeitsgebot operationalisierten (jedenfalls partiellen) grundrechtlichen respektive rationalnormativen Handlungspflicht immer nur in Bezug auf die jeweils zu kontrollierende Maßnahme. Dass eine solche in Gestalt der erlassenen Rechtsnorm vorliegt, ermöglicht den Umbruch von positiver in negative Verhältnismäßigkeit. Der Mittelwahlspielraum der positiven prozeduralen Verhältnismäßigkeit ist dadurch eliminiert, siehe auch bereits oben IV. 2. b.

100 Oben IV. 2. b.

101 Siehe hierzu auch bereits oben bei Fn. 95.

der grundrechtlichen Argumentationslast- und der ihr folgenden (materiellen bzw. objektiven) Darlegungs- und Beweislastverteilung.¹⁰²

Es ist hiernach nicht der Bürger, der darlegen und beweisen muss, dass die Maßnahme (evident) unverhältnismäßig ist, sondern es ist der Staat, der darlegen und gegebenenfalls beweisen muss, dass die Maßnahme jedenfalls nicht (evident) unverhältnismäßig ist (wenn er schon nicht darlegen und beweisen muss, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist). Dies resultiert aus den Rechtfertigungsanforderungen des Abwehrrechts,¹⁰³ bei denen es sich gerade auch in dieser Hinsicht um kontraktualistisch fundierte Rationalitätsanforderungen handelt.¹⁰⁴ Die Maßnahme gilt folglich so lange als (evident) unverhältnismäßig, wie der Staat die Vermutung der (evidenten) Unverhältnismäßigkeit nicht auf allen Stufen der Verhältnismäßigkeit durch hinreichend plausible Gegengründe erschüttert. Der Staat muss folglich darlegen und nötigenfalls beweisen, dass die Maßnahme nicht (evident) unverhältnismäßig ist.

Der entscheidende Unterschied liegt hierbei darin, dass der Staat nicht das volle positive Gegenteil (m.a.W. also die positive Verhältnismäßigkeit) nachweisen muss, sondern nur durch Führung des Gegenarguments die Vermutung der (evidenten) Unverhältnismäßigkeit erschüttern muss.¹⁰⁵ Das gelingt ihm allgemein, wenn aufgrund

102 Siehe zu dieser *Peter Schneider*, *In dubio pro libertate*, in: Ernst von Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Richard Lange (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, 1960, S. 263 (276 *passim*); *Robert Alexy*, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 127 (154); *Marco Höplein*, *Die Schuldner der Grundrechte*, JZ 2007, S. 271 (273); *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 70; *Benda/Klein/Klein*, *Verfassungsprozessrecht* (Fn. 26), § 14 Rn. 338.

103 Hieraus folgt auch, dass der Staat umgekehrt die Darlegungs- und Beweislast für die positive Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, m.a.W. also: für den Nachweis der einzig richtigen Entscheidung, tragen müsste, woran er in aller Regelmäßigkeit nur scheitern kann. Der Staat muss i.d.S. nicht darlegen und beweisen, dass die Maßnahme evident nicht unverhältnismäßig ist, sondern nur, dass sie nicht evident unverhältnismäßig ist. Denn Erstes wäre der – ihm aus den genannten Gründen nicht bzw. nur in seltenen Fällen mögliche und in der Konsequenz zu seiner Handlungsunfähigkeit führende – Nachweis der evidenten Verhältnismäßigkeit, da die (evidente) Verhältnismäßigkeit in materiell normativer Hinsicht das normlogische Gegenteil der (evidenten) Unverhältnismäßigkeit ist. Materiell ist eine Maßnahme nur geeignet, erforderlich und gleichzeitig optimal oder eben nicht.

104 Vgl. hierzu auch *Ralf Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, S. 121 ff.

105 Die prozessuale Situation ist vergleichbar der Führung eines Gegenbeweises, allerdings gewissermaßen eines Gegenbeweises ohne Hauptbeweis, der zudem der beweisbelasteten Partei obliegt, vgl. hierzu *Hanns Prütting*, in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 284 Rn. 21; *Hans-Willi Laumen*, in: *Hanns Prütting/Markus Gehrlein (Hrsg.)*, *ZPO*, 15. Aufl. 2023, § 284 Rn. 14. Diese auf den ersten (spezifisch prozessrechtlichen) Blick etwas unkonventionelle Konstruktion ergibt sich aus den gegebenen staats- und grundrechtstheoretischen Notwendigkeiten und in diesem Zusammenhang insbesondere daraus, dass es hier nicht um den Gegenbeweis im Rahmen der Beweislast, sondern um das Gegenargument im Rahmen der Argumentationslast geht. Darlegungs- und Beweislast sind bereits spezifisch rechtliche Institute, die Argumentationslast ist das allgemeine, übergeordnete Institut des praktisch-rationalen Diskurses (vgl. allgemein hierzu *Alexy*, *Argumentation* [Fn. 13], S. 242 ff.), das

seiner (gegebenenfalls zu beweisenden) Darlegungen die Unverhältnismäßigkeit nicht mehr evident feststeht, dem Verbot der Unverhältnismäßigkeit also nicht (mehr) nach den (empirische und logische¹⁰⁶ Wahrheit voraussetzenden) rechtlichen Anforderungen für eine derartige Subsumtion subsumiert werden kann. Solange ihm das nicht gelingt, ist aufgrund der freiheitsrechtlichen Argumentationslastverteilung von der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme auszugehen, d.h. der Bürger muss deren Vorliegen ebenfalls nicht positiv beweisen.

Es ist im Einzelfall wiederum eine Frage des allgemeinen (materiellen) Abwägungsgesetzes,¹⁰⁷ wann es dem Staat gelingt, die grundrechtliche Vermutung der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme zu erschüttern. Die Anforderungen hieran sind immer abhängig von der Wertigkeit der betroffenen Grundrechte bzw. „der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“¹⁰⁸ und richten sich insoweit stets nach dem Abwägungsgesetz. Denn das Maß der Plausibilität geht stets in die am Ende im-

– aus den in diesem Beitrag dargelegten Gründen – auch für die Grundrechtsanwendung primär maßgeblich ist, vgl. *Ernst-Werner Fuss*, Gleichheitssatz und Richtermacht, *JZ* 1959, 329 (331 f.); *Schneider*, *In dubio* (Fn. 102), S. 286; *Adalbert Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 87 ff., 267 ff.; *Nierhaus*, Beweismaß (Fn. 65), S. 15; *Alexy*, Diskurstheorie (Fn.), S. 154; siehe auch *Heinrich Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1979, S. 55 ff. Die spezifisch rechtliche Darlegungs- und Beweislast leitet sich aus dem übergeordneten Institut der Argumentationslast ab: Im allgemeinen praktisch-rationalen Diskurs lässt sich zunächst einmal buchstäblich alles und lassen sich gerade auch (aus epistemologischen und/oder empirischen Gründen bereits nicht tatsächlichen- und beweisfähigen) Plausibilitäten behaupten. (Erst) wenn Tatsachen behauptet werden bzw. behauptet werden müssen und (aufgrund von grundsätzlicher epistemologischer und/oder empirischer Zugänglichkeit) behauptet werden können, resultiert daraus im Recht die spezifisch rechtliche Darlegungs- und Beweislast. Sofern im Text auch, eine gebräuchliche öffentlich-rechtliche Terminologie übernehmend, von der grundrechtlichen Vermutung der Unverhältnismäßigkeit gesprochen wird, ist dies ebenfalls in diesem prozessrechtlich untechnischen Sinn zu verstehen. Zur Verwandtschaft von gesetzlichen Vermutungen und Beweislastregeln siehe *Hans-Jürgen Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, § 33 Rn. 40; siehe hierzu auch *Schneider*, *In dubio* (Fn. 102), S. 266 ff., 273 ff.; *Podlech*, a.a.O., S. 267 ff.

- 106 Zur logischen Wahrheit gehören auch quantitativ mögliche Verrechnungen betroffener (Grund-)Rechtsgüter bzw. sonstige logisch-hierarchische Verrechnungen mit basalen Grundrechten (z.B. wiegt eine kleine Schramme am Ellenbogen in Bezug auf die körperliche Unversehrtheit weniger als der Verlust des gesamten Arms, wiegen zwei Jahre Freiheitsverlust mehr als zwei Tage, wiegt der Verlust des Lebens mehr als zwei Tage uneingeschränktes Freizeitverhalten etc.), vgl. hierzu auch *Wagner*, Leben (Fn. 33), S. 170 ff.
- 107 Siehe hierzu *Alexy*, Grundrechte (Fn. 1), S. 146; *ders.*, Die Gewichtsformel, in: *Joachim Jlceli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.)*, Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 771 (772); *ders.*, Theory (Fn. 96), S. 418 ff.
- 108 BVerfGE 50, 290 (333); 123, 186 (241); 150, 1 (89, Rn. 173); 153, 182 (272, Rn. 237); 159, 223 (298, Rn. 171). Sind diese auf Eingriffsseite entsprechend (sehr oder sogar extrem) hoch, kann der erforderliche Plausibilitätsgrad auch das Ausmaß „nachweisbarer oder [dies ist in dieser redundanten Paarformel die eigentliche Schwelle, S.W.] höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ erreichen, vgl. BVerfGE 7, 377 (378, 408); vgl. hierzu auch *Ossenbühl*, Kontrolle (Fn. 43), S. 499 f.

mer materielle Abwägung ein.¹⁰⁹ Die „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs“ und die „Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden“,¹¹⁰ bestimmen wiederum das epistemologisch und empirisch erforderliche Maß, ab wann das Urteil des Gesetzgebers als intersubjektiv hinreichend plausibel gelten kann, um die Evidenz der Unverhältnismäßigkeit zu erschüttern. Das wiederum ist jeweils Gegenstand der Doktrin der abgestuften Spielräume,¹¹¹ die jedoch genau genommen die Spielräume nicht erst eröffnet, sondern sie als gegeben voraussetzt und sie lediglich je nach den entsprechenden Kriterien vergrößert oder verkleinert. Der Staat kann sich wiederum gewissermaßen „in die Spielräume retten“, indem er bestimmte, gemäß dem Abwägungsgesetz abgestufte Darlegungs- und Beweisschwellen überschreitet.

VI. Fazit

Aus rationalnormativen, diskurs-, staats- sowie rechtstheoretischen Gründen folgt, dass die Teilgebote der Verhältnismäßigkeit, wenn man sie positiv definiert, stets das evident („einzig“) richtige (effektivste, effizienteste und optimale) Ergebnis fordern müssen. Alle staatlichen Maßnahmen, die diesen Maßstab nicht erfüllen, bei denen es sich also nicht (evident) um die effektivste, effizienteste und optimale Auflösung des grundrechtsrelevanten Interessenkonflikts handelt, müssen hieran scheitern. Dies wäre kein praktikabler Maßstab für die verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischen Handelns. Denn der Gesetzgeber wäre hiernach insbesondere in den kritischen Fällen praktisch handlungsunfähig, da die von ihm erlassenen Rechtsnormen regelmäßig vom Bundesverfassungsgericht kassiert werden müssten. Staatliche (hier gesetzgeberische) Maßnahmen können daher in der Kontrollperspektive des Rechts nicht darauf kontrolliert werden, ob sie im Sinne der positiven Verhältnismäßigkeit die einzige richtige Entscheidung darstellen, mithin evident verhältnismäßig sind, sondern nur darauf, ob sie nicht evident unverhältnismäßig sind. Das als verfassungsrechtliche Entscheidungsnorm notwendig positiv operationalisierte *Gebot der Verhältnismäßigkeit* wird als verfassungsrechtliche Kontrollnorm in ein *Verbot der Unverhältnismäßigkeit* umgebrochen. Der infolge dieses Umbruchs verbleibende Raum definiert in materiell-rechtlicher Sicht die gesetzgeberischen Spielräume.

Die für den Gesetzgeber bestehenden Spielräume des Verhältnismäßigkeitsgebots sind zwar in Rechtsprechung wie Schriftum im Allgemeinen weithin akzeptiert, werden im praktischen verfassungsjuristischen Diskurs aber im Konkreten zuweilen nicht hinreichend klar markiert. Ihre Verletzung lässt sich in beiden Richtungen beobachten: So sah sich das Bundesverfassungsgericht schon mehrmals der – nicht

¹⁰⁹ Siehe auch Alexy, Grundrechte (Fn. 1), S. 427; ders., Verfassungsrecht (Fn. 1), S. 28; ders., Gewichtsformel (Fn. 107), S. 789 f.; Alexy, Hauptelemente (Fn. 18), S. 165 f.; Klatt/Schmidt, Spielräume (Fn. 3), S. 15 ff.; dies., Abwägung (Fn. 38), S. 110 ff. Siehe hierzu auch Petersen, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 76 ff. Siehe auch bereits oben bei Fn. 78.

¹¹⁰ BVerfGE 50, 290 (333); 123, 186 (241); 150, 1 (89, Rn. 173); 153, 182 (272, Rn. 237); 159, 223 (298, Rn. 171).

¹¹¹ Siehe hierzu BVerfGE 50, 290 (333); 123, 186 (241); 150, 1 (89, Rn. 173); 153, 182 (272, Rn. 237); 159, 223 (298, Rn. 171); Alexy, Theory (Fn. 96), S. 419 f.; Petersen, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 76; Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht (Fn. 26), § 14 Rn. 329 ff.; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht (Fn. 6), Rn. 532 ff.

ganz selten berechtigten – Kritik ausgesetzt, die gesetzgeberischen Spielräume nicht entschieden genug zu respektieren und die gesetzgeberische Entscheidung durch eigene, im Kern politische Regelungsvorstellungen zu ersetzen.¹¹² Auf der anderen Seite werfen einige Judikate insbesondere jüngeren Datums indes auch die Frage auf, ob das Gericht die Spielräume des Gesetzgebers nicht zu weit ziehe und auf verfassungsrechtlich an sich gebotenen Grundrechtsschutz aus politischem Kalkül verzichte.¹¹³ Ein Grund für das manchmal doch recht arbiträr scheinende Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeit sind letztlich auch Unklarheiten ihrer normativ-dogmatischen Operationalisierung.¹¹⁴ Das hier entwickelte rechtstheoretische Argument kann womöglich zur Präzisierung und womöglich zu einer rationalen Disziplinierung verfassungsgerichtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfungen beitragen.

112 Siehe beispielhaft nur das Sondervotum des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns, BVerfGE 138, 359 (361 ff.) zur Kopftuch-II-Entscheidung (BVerfGE 138, 296) sowie allgemein den Überblick bei *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative (Fn. 3), S. 9 ff. m.w.N.; ferner *Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 31), S. 299.

113 Siehe etwa *Kyrrill-Alexander Schwarz*, In dubio pro imperio?, NVwZ-Beilage 2022, S. 3 ff.; *Christoph Degenhart*, Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, NJW 2022, S. 123 ff. zur Kritik an der Entscheidung BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I.

114 Siehe zu den vielfältigen verschiedenen Ansätzen den Überblick bei *Petersen*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 2), S. 75 ff.