

*Leitsätze des Referenten zu:*

## **Entwicklungsdynamik**

### *I. Zentrale Thesen des Referats*

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

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

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

### *II. Methodik und Begriffe*

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

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

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

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

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

### III. Dialektik der Entwicklungsdynamik (zu These 1)

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

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

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

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

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

#### 1. Entwicklung

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

#### 2. Impulse

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

### *3. Hemmnisse*

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

### *4. Dogmatik*

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

### *5. Desiderate*

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

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

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

*(20) Das „Zweckverwirklichungsbedürfnis“ sollte ein eigenes Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden, flankiert von einer diesbezüglichen Begründungspflicht des Gesetz-*

gebers. Dies würde Transparenz und Rationalität der Grundrechtsprüfung weiter erhöhen, ihren Tatsachenbezug verdichten und einem Vorschieben nur scheinbar notwendiger Zweckverfolgung entgegenwirken.

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

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

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

### *1. Entwicklung*

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

### *2. Impulse*

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

### *3. Modalitäten*

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

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

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

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

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

#### *4. Dogmatik*

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

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

(32) *Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz existiert ein taugliches Instrument zur Legitimation von Zuteilungsentscheidungen. Deren existenzielle Dimension lässt sich in Verhältnis-mäßigkeitsabwägungen abbilden. Die Gleichbehandlungsdogmatik könnte noch weiter geöffnet werden für verfahrens- und organisationsrechtliche Flankierung, insbesondere zur Missbrauchsverhinderung. Es empfiehlt sich zudem, ökonomische Konzepte dogmatisch zu implementieren – sowohl zur Erhöhung von knappen Ressourcen als auch für deren effektive Allokation. Die normative Festlegung von Kriterien für die Zuteilung selbstbestimmungsrelevanter Güter obliegt in einer liberalen Demokratie dem Parlament.*

(33) *Auch soweit der Staat ausreichende Kapazitäten regulativ, also künstlich verknappt, etwa durch die Schaffung von Budgets, stehen zur verfassungsrechtlichen Beurteilung*

*dogmatische Instrumente zur Verfügung. Die Verknappung als solche unterliegt der Eingriffsabwehrdogmatik, die Zuteilung des regulativ Verknappten ist über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu steuern.*

#### *5. Desiderate*

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

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

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

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

*(38) Die intertemporale Freiheitsvorsorge lässt sich – je nach prozessualer Konstellation – mit einer Kombination aus der klassischen Abwehrrechts- mit der Schutzpflichtendimension der Grundrechte erfassen: Der Staat greift in der Gegenwart in Grundrechte ein, um pros-*

*pektiv Selbstbestimmungsräume in der Zukunft zu erhalten. Die Wahrung der Chancen für Zukunfts-Freiheit fungiert als gewichtiger verfassungsrechtlich legitimer Zweck im Rahmen der Rechtfertigung von heute vorzunehmenden Freiheitseingriffen.*

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

#### *VI. Fazit und Ausblick*

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