

Freiheit in der Klimakrise

Josef Franz Lindner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Lindner, Josef Franz. 2024. "Freiheit in der Klimakrise." In *Klimakrisenrecht*, edited by Philipp Hellwege and Daniel Wolff, 99–122. Tübingen: Mohr Siebeck.
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-163886-2>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

CC BY-SA 4.0

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
CC-BY-SA 4.0: Creative Commons: Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>



Klimakrisenrecht

Herausgegeben von
PHILLIP HELLWEGE
und DANIEL WOLFF

Mohr Siebeck

Klimakrisenrecht

herausgegeben von
Phillip Hellwege und Daniel Wolff

Mohr Siebeck

Phillip Hellwege ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Augsburg.
orcid.org/ 0000-0001-9012-2682

Daniel Wolff ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16- 163885-5 / eISBN 978-3-16- 163886-2
DOI 10.1628/978-3-16- 163886-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen [2024]. www.mohrsiebeck.com

© [Phillip Hellwege], [Daniel Wolff] (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck und Datentechnik in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Freiheit in der Klimakrise*

Josef Franz Lindner

I.	Einleitung.....	99
II.	Freiheit und Klima – eine Typologie	101
	A. Klimakrise durch Freiheit.....	101
	B. Klimaschutz durch Freiheit	101
	C. Tatsächliche Freiheitsverluste durch Klimakrise	102
	D. Normative Freiheitsverluste durch Klimaschutz	102
	E. Freiheitsgewinne durch Klimaschutz	103
III.	Welche Freiheit?	103
	A. Der Kampf um die Deutungshoheit	104
	B. Materieller Freiheitsbegriff?.....	105
	C. Formal-entnormativierter Freiheitsbegriff	106
	D. Freiheit als Maßstabs- und Ergebnisbegriff.....	107
IV.	Das Freiheitskonzept des Grundgesetzes (im Lichte der Klimakrise)	108
	A. Freiheitsrechte ohne Klimavorbehalt	108
	B. Grundrechte als Schutzpflichten	109
V.	Intertemporale Freiheit: Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	110
	A. Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts	110
	B. Kritik	112
	C. Dogmatische Entbehrlichkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung	112
VI.	Desiderate zur Krisenresilienz grundrechtlicher Freiheit	113
	A. Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks	114
	B. Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses	115
	C. Akzentuierung der konkreten Abwägung	116
	D. Konturierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums	118
	E. Dogmatische Erfassung von „Kollateralschäden“	119
	F. Fazit.....	120
	1. Ein sechsstufiges Verhältnismäßigkeitsmodell	120
	2. Zum Einwand der Komplexitätserhöhung	121

I. Einleitung

Der gängigste Blickwinkel auf Freiheit in der Klimakrise sind Freiheitsbeschränkungen zu Gunsten von Klimaschutz und deren Rechtfertigung. Welche Beschränkungen der Freiheit des Einzelnen sind zulässig, um den Klimaschutz

* Auf alle Internetquellen wurde zuletzt am 14.4.2024 zugegriffen.

voranzutreiben und die Klimakatastrophe abwenden zu können? Diese negative Dimension von Freiheit – also die klassische Abwehrdimension der Grundrechte – greift jedoch zu kurz. Sie ist nur ein Ausschnitt aus der Gesamtproblematik. Denn Freiheit und Klimakrise sind unter verschiedenen Relationen zu betrachten und zu analysieren (unter II). Auch Begriff und Verständnis von „Freiheit“ sind alles andere als selbstverständlich. „Freiheit“ ist vor allem seit der Coronapandemie und verstärkt durch die Diskussion über den Klimawandel stark unter Druck geraten. Der Deutungskampf um den Inhalt oder sogar die Berechtigung von Freiheit prägt die Debatte in Feuilletons, Essayistik und wissenschaftlicher Literatur. Will man substanzielle und weitgehend vorurteils- und vorverständnisbefreite Überlegungen zu Inhalt, Bedeutung und Reichweite von Freiheit im Angesicht der Klimakrise anstellen,¹ gilt es den Begriff von Freiheit transparent zu machen, der dem weiteren Verlauf des Textes zu Grunde gelegt wird. Welche Freiheit also (unter III)? Es lässt sich zeigen, dass ein entmaterialisierter, formaler Freiheitsbegriff als Grundlage für den wissenschaftlichen Diskurs vorzugswürdig ist. Ein formaler, metaphysikbefreiter Freiheitsbegriff liegt auch der Freiheitsverfassung des Grundgesetzes² zu Grunde (unter IV). Die grundrechtliche Relevanz von Freiheit in der Klimakrise, um die es in diesem Beitrag schwerpunktmäßig gehen soll, hat zumal durch den Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts³ mit der Figur der Intertemporalität von Freiheitsschutz eine eher unerwartete Richtung erfahren (unter V). Ungeachtet dessen bleibt der Schutz der individuellen Freiheit im Lichte der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Klimakrise zentral. Die Freiheitsrechte gelten auch in der Klimakrise ohne Abstriche. Das Grundgesetz kennt weder einen allgemeinen Notstandsvorbehalt noch einen besonderen Klimavorbehalt. Freiheitseinschränkungen, die zum Klimaschutz, insbesondere zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens notwendig sind oder politisch für notwendig erachtet werden, müssen sich nach Maßgabe des allgemeinen grundrechtsdogmatischen Rationalitätsschemas rechtfertigen lassen. Hierbei besteht freilich die Gefahr oder mindestens Neigung von Politik, Klimaschutzmaßnahmen auf der Waagschale der Abwägung stets „gewinnen“ zu lassen – so wie die Gesundheit bei den Corona-Schutzmaßnahmen. Daher ist es notwendig, das grundrechtliche Rationalitätsschema – auch im Lichte der Erfahrungen mit Freiheitsbeschränkungen in der Coronapandemie – zu schärfen und zu präzisieren. Im Mittelpunkt stehen dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Präzisierung sowie Ergänzung seiner einzelnen Prüfungsbestandteile (unter VI).

¹ Zu diesem Postulat siehe *J.F. Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik (2017), 17 ff., 145 ff.

² Vergleichbares gilt für die EU-Grundrechtecharta und die EMRK, die nachfolgend ebenso wie landesverfassungsrechtliche Grundrechtsnormen jedoch außer Betracht bleiben.

³ BVerfGE 157, 30.

II. Freiheit und Klima – eine Typologie

Das Verhältnis von Freiheit und Klima kann man in unterschiedlichen Relationen denken, um der komplexen Thematik insgesamt Rechnung zu tragen. Freiheit ist nicht nur „Gegner“ des Klimas, die es zu dessen Schutz einzudämmen gälte, sie ist auch Chance für das Klima. Insgesamt lassen sich mindestens fünf Relationsmodalitäten unterscheiden.

A. Klimakrise durch Freiheit

Zunächst ist der anthropogene, also sogenannte „menschengemachte“ Klimawandel ein Produkt individuellen Freiheitsgebrauchs. Nahezu jegliche Verwirklichung von Freiheitsinteressen verursacht CO₂-Emissionen, die für die Erderwärmung mit ursächlich sind. Fossile Energieträger waren lange Zeit und sind nach wie vor Basis für Industrieproduktion, Mobilität, Heizen, Nahrungsproduktion, Energiebereitstellung sowie Freizeit- oder Urlaubsverhalten. All dies ist Ausdruck individueller, zumal wirtschaftlicher Freiheit und nach wie vor ursächlich für die Erderwärmung, auch wenn es beim Ausbau erneuerbarer Energiequellen weltweit deutlich vorangeht. Klimakrise durch Freiheit ist daher nach wie vor ein bestimmender negativer Faktor.

B. Klimaschutz durch Freiheit

Eine quasi entgegengesetzte, von manchen Akteuren in der Klimapolitik nicht selten ausgeblendete Relation von Freiheit und Klimakrise ist eine positive. Freiheitsgebrauch kann dem Klimawandel entgegenwirken, ihn begrenzen und seine Folgen mildern. Der technologische Fortschritt als Produkt individueller wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Freiheit ist ein entscheidender Faktor für die Bekämpfung des Klimawandels und seiner Folgen – oder sollte es zumindest sein. Die Freiheit von Forschung und Wissenschaft ist die Bedingung für die Erfindung und Entwicklung alternativer Energieerzeugung, Produktion und Mobilität. Der wissenschaftlich-technische Fortschritt schafft Möglichkeiten CO₂-freier Energiegewinnung und -speicherung, effizienterer Mobilität, neuer Formen des Heizens oder der Nahrungsmittelproduktion. Durch die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs unter Einsatz von im Privateigentum stehenden Produktionsmitteln werden aus dem wissenschaftlich-technischen Fortschritt marktfähige Produkte; man denke an die E-Mobilität, die Entwicklung der Wärmepumpe oder anderes mehr. Diese positive Relation von Freiheit und Klima verläuft aktuell parallel zu der oben skizzierten negativen, jedoch mit einiger zeitlicher Verzögerung, wenn man sich zeitlich am Beginn der industriellen Revolution orientiert. Sie ist entwicklungs offen-dynamisch, potenziell – durch neue Erfindungen – disruptiv und staatlich unterstützt, wohingegen die negative Relation möglichst Beschränkungen unterworfen werden soll.

C. Tatsächliche Freiheitsverluste durch Klimakrise

Freiheit und Freiheitsgebrauch sind ohne Zweifel gewissermaßen „Täter“ und mit verantwortlich für die Klimakrise. Freiheit ist aber gleichzeitig auch „Opfer“ der Klimakrise, wenn auch in zunächst geringerem Ausmaß. Klimawandel und Klimakrise führen mittel- und langfristig, zum Teil sogar kurzfristig zu Freiheitsverlusten. Dies in doppelter Hinsicht, nämlich in einer tatsächlichen (sogleich) wie in einer rechtlichen (unter D).

Die Folgen der Klimakrise haben potenziell gravierende Auswirkungen auf die tatsächliche Realisierbarkeit von Freiheitsinteressen. Dies gilt zunächst für solche Interessen, die infolge der Erderwärmung faktisch nicht mehr oder nicht mehr in bisher üblichem Umfang verwirklicht werden können. Als banales Beispiel sei der Wintersport genannt. Zunehmende Hitzewellen im Sommer erschweren die Ausübung bestimmter Tätigkeiten, führen zur Absage von Veranstaltungen sowie zu gesundheitlichen Problemen oder gar zum Tod. Nicht außer Betracht bleiben dürfen auch klimawandelbedingte Pandemierisiken, die zu deutlichen Freiheitsverlusten führen können, wie man am Beispiel der Coronapandemie gesehen hat. Klimawandel und Erderwärmung führen schließlich zu Schадwetterereignissen, die die Durchführung von Reisen und Urlauben in gewissen Regionen verhindern oder erschweren, ganz zu schweigen von den Freiheitsverlusten der Menschen, die in besonders betroffenen Regionen leben und ihre Lebensgrundlagen zu verlieren drohen.

D. Normative Freiheitsverluste durch Klimaschutz

Zu den tatsächlichen, soeben (unter C) nur fragmentarisch skizzierten Freiheitsverlusten treten solche normativer Provenienz. Gemeint sind Beschränkungen der Freiheit, die durch rechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und der Klimawandelfolgen entstehen. Soeben angesprochen waren schon Veranstaltungsabsagen (zumal im Sport- und Unterhaltungsbereich) wegen zu großer Hitze, Sperrungen und Evakuierungen von Bergregionen wegen drohender Felsstürze (auch als Folge des Abschmelzens von Gletschern) und vor allem solche rechtlichen Maßnahmen, die ergriffen werden, um den CO₂-Ausstoß zu reduzieren. Genannt seien beispielsweise die Regelungen zum Heizungstausch im Gebäudeenergiegesetz, die geplanten Vorgaben zur Gebäudedämmung auf EU-Ebene und das für 2035 beschlossene Verbot der Neuzulassung von Personenkraftwagen mit Verbrennungsmotor. Solche rechtlichen Freiheitsverluste werden aktuell und zukünftig relevant. Die zukünftigen Freiheitseinbußen beim fortschreitendem Klimawandel hat das Bundesverfassungsgericht im Blick, wenn es den Staat bereits jetzt in der

Pflicht sieht, die Klimapolitik so (effektiv) zu gestalten, dass künftige Freiheitseinbußen in einem erträglichen Rahmen bleiben.⁴

E. Freiheitsgewinne durch Klimaschutz

Schließlich lassen sich im Umkehrverhältnis zu den Freiheitsverlusten durch Klimaschutz in positiver Hinsicht auch Freiheitsgewinne als Folgen von Klimaschutzmaßnahmen thematisieren, auch wenn diese in der Diskussion oft ausgeblendet werden. Solche können grundsätzlich politischer Art sein, wenn durch den Ausbau erneuerbarer Energiequellen Abhängigkeiten von Staaten mit fossilen Energieträgern vermindert werden. Auch technologische Fortschritte und Erfindungen zu Gunsten des Klimaschutzes können Freiheitsgewinne mit sich bringen. So können etwa klimaschutzbedingte Reduktionen der Individualmobilität in Innenstädten insgesamt zu einer Verbesserung der dortigen Lebensqualität führen.

III. Welche Freiheit?

Der Begriff der Freiheit ist mit der Coronapandemie und durch die Klimakrise ins Zentrum wissenschaftlicher und feuilletonistisch-essayistischer Diskurse gelangt. Freiheit – so klingt es in manchem Text – müsse angesichts der Krise neu und das heißt regelmäßig beschränkt gedacht werden. Blickt man in den 30-spaltigen Eintrag im Historischen Wörterbuch der Philosophie,⁵ zeigt sich, dass der Begriff bisher schon zu den umstrittensten der Geistes- und Sozialgeschichte zählt. Im Zeichen der Krise(n) hat sich diese Diskussion deutlich verschärft und zu einem Deutungskampf um den Begriff und dessen Inhalt zugespitzt (unter A). Dieser mitunter auch ideologisch gefärbte Interpretationswettbewerb darf den Blick darauf nicht versperren, dass ein materiell gehaltvoller, gar von vornherein materiell begrenzter Freiheitsbegriff erkenntnistheoretischen Problemen begegnet; er ist aus hier vertretener Sicht erkenntnistheoretisch unmöglich (unter B). Nur ein weitestgehend vorverständnisbefreiter

⁴ BVerfGE 147, 30 Ls. 4: „Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft. Auch der objektivrechtliche Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltsamkeit weiter bewahren könnten.“

⁵ R. Spaemann, in: J. Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2 (1972), Sp. 1064 ff.

Freiheitsbegriff taugt für den philosophischen, aber auch politischen Diskurs. Ein entmaterialisiertes Verständnis von Freiheit, ein letztlich formalisierter und *a priori* entnormativierter Freiheitsbegriff ist tauglicher Ausgangspunkt jeder Diskussion über Freiheit sowie deren Konturen und Reichweite (unter C). Dies bedeutet nun nicht grenzenlose, unbeschränkbare Freiheit. Vielmehr gilt es, zwischen einer *a priori* unbegrenzt gedachten Maßstabs-Freiheit und einer rational legitimierten Ergebnis-Freiheit zu unterscheiden, also zwischen einem Brutto- und einem Netto-Begriff der Freiheit (unter D).

A. Der Kampf um die Deutungshoheit

Vor allem in der Corona-Pandemie, sodann verstärkt mit dem Aufkommen der Klimakrise hat sich die Diskussion um Bedeutung, Inhalt und Wert von Freiheit zugespitzt. Der Liberalismus⁶ ist ebenso aktueller Gegenstand neuerer Publikationen wie der Begriff der Freiheit selbst und dessen Gehalte.⁷ In der Tendenz stehen sich klassisch liberalistische Konzepte, die Freiheit als Prinzip verstehen, und reduktionistisch-kollektivistische Modelle, die Freiheit von ihren Grenzen her verstehen, gegenüber. Letztere wollen Freiheit von vornherein Beschränkungen unterwerfen, die bereits im Begriff der Freiheit selbst zu verankern oder als immanente Begrenzungen zu qualifizieren seien.⁸ Auch aus der Soziologie werden scharfe Geschütze gegen das klassische Verständnis eines weiten Freiheitsbegriffes aufgeföhren,⁹ die in der Polemik eines „Vulgärliberalismus“¹⁰ ihren Kulminationspunkt finden. Auch in einem wieder aufkeimenden Antikapitalismus¹¹ finden sich antiliberaler Affekte. Allen reduktionistischen Konzepten gemeinsam sind Versuche, die Freiheit unter Vorbehalt zu stellen, etwa einen Gemeinwohl-, Klima- oder sonstigen Vorbehalt und sie damit *a priori* zu begrenzen, ohne Begrenzungen dann noch rechtfertigen zu müssen. Im Herausdefinieren bestimmter Interessen aus dem Freiheitsbegriff und in dem damit zwangsläufig verbundenen Herauslösen staatsinterventionistischer Maßnahmen (insbesondere Verbote, Verknappungen, Zuteilungen etc.) aus dem rationalistischen Rechtfertigungsdiskurs liegt der wesentliche Unterschied zu liberalen Freiheitsverständnissen, die von einem weiten Freiheitsbegriff ausgehend jegliche Freiheitsverkürzung einer qualifizierten Rechtferti-

⁶ Exemplarisch E. Özmen, Was ist Liberalismus? (2023).

⁷ Exemplarisch C. Möllers, Freiheitsgrade (2020); O. Höffe, Kritik der Freiheit (2015).

⁸ So etwa aus philosophischer Sicht die reduktionistische These von der Freiheit als „Bleibefreiheit“: E. von Redeker, Bleibefreiheit (2023): „Freiheit, an einem Ort zu leben, an dem wir bleiben könnten“. Damit sind wesentliche Facetten von Freiheit, wie sie liberalen Konzepten von Freiheit zugrunde liegen, aus dem Begriff der Freiheit herausdefiniert. Reduktionistisch auch P. Lepenies, Verbot und Verzicht (2022), der allerdings Freiheit als Maßstab und Ergebnis analytisch nicht trennt.

⁹ Exemplarisch C. Amlinger/O. Nachtwey, Aspekte des libertären Autoritarismus (2022).

¹⁰ B. Förster/A. Nassehi, Wie die Freiheit unter die Räder kommt, FAZ v. 9.9.2021, 6.

¹¹ Exemplarisch U. Herrmann, Das Ende des Kapitalismus (2022).

gungslast unterwerfen. Zugespitzt könnte man sagen: Liberale, einem modern-aufgeklärten, durchaus auch kritischen Rationalismus verpflichtete Theorien einer möglichst weitreichenden, mit guten Gründen aber auch beschränkbaren Freiheit streiten mit postmodernen, in der Tendenz antiliberalen, mitunter ideologischen¹² Konzepten einer *a priori* beschränkten Freiheit.

B. Materieller Freiheitsbegriff?

Materielle, also inhaltlich angereicherte Freiheitsbegriffe sind erkenntnistheoretisch angreifbar und als Basis philosophischer oder gesellschaftspolitischer Debatten über Freiheit, deren Inhalt und Gebrauch weitgehend wertlos. Erkenntnistheoretisch angreifbar sind sie deswegen, weil das „Materielle“ an diesen Begriffen der Begründung bedarf, die letztlich – wie jede Begründung mit Geltungsanspruch – dem berühmten „Münchhausentrilemma“ anheimfällt: Das Begründungsverfahren gerät entweder in den infiniten Regress, einen Zirkelschluss oder in einen gewillkürten Abbruch des Verfahrens.¹³ Materielle Begriffsverengungen von Freiheit sind daher abzulehnen. In ihnen bricht sich nicht selten ein persönliches, ideologisches, weltanschaulich-religiöses oder politisches Vorverständnis von Freiheit Bahn. Selbst wenn man es erkenntnis- und begründungstheoretisch zuließe, einen materiellen Freiheitsbegriff zugrunde zu legen, weil man das Ideal der Letztbegründung ablehnt, wäre es doch wissenschaftlich unbefriedigend, von einem materiellen Freiheitsbegriff auszugehen, weil ein solcher zu einer Verkürzung des Diskurses insgesamt führen würde. Da jegliche materielle Anreicherung des Freiheitsbegriffs, jede – wenn man so will – Definition bereits per se eine Begrenzung darstellt, schneidet ein materiell begrenzter Freiheitsbegriff den Rechtfertigungsbedarf für die mit der Definition verbundenen Beschränkungen ab. Würde man etwa ein verantwortungsethisches Verständnis von Freiheit postulieren, Freiheit also *a priori* unter einen Klimaverträglichkeitsvorbehalt stellen, läge in einem solchen Begriffsverständnis bereits ein Zuviel an Begrenzung, gälte es doch erst zu begründen, welche Verhaltensweisen weshalb und inwieweit verantwortbar sind und welche aus welchen Gründen (noch) nicht. Gleiches gilt für konsequentialistische

¹² Vgl. z.B. Lepenies (Fn. 8), der mit einem ideologisch geprägten, negatierten Neoliberalismusbegriff agiert und auf dieser Folie den Liberalismus insgesamt delegitimiert.

¹³ Die erkenntnistheoretische Unmöglichkeit (materieller) *Letztbegründung* wird heute nicht mehr grundsätzlich bestritten. Näher dazu H. Albert, Traktat über kritische Vernunft (5. Aufl., 1991), 9. Ähnlich auch N. Hoerster, Was können wir wissen? Philosophische Grundfragen (2010), 59: „Es gibt eine lange Tradition in der Geschichte der Philosophie, wonach es außer logischem und empirischem Wissen auch ein sogenanntes metaphysisches Wissen gibt. Ein solches metaphysisches Wissen würde sich, falls vorhanden, offenbar auf eine ganz eigene, weder logisch noch empirisch zugängliche Wirklichkeit beziehen.“ Grundsätzlich J.L. Mackie, Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen (1981), 11: „Es gibt keine objektiven Werte“ – und damit auch keine objektiven materiellen Aussagen über Inhalt, Reichweite und Grenzen von Freiheit.

und deontische Ansätze eines Verständnisses von Freiheit.¹⁴ Auch hier würde man durch eine begriffliche Engführung von Freiheit deren Beschränkungen bereits im Begriffsverständnis „verstecken“ und sie damit der eigentlichen Rechtfertigungsprozedur entziehen. Der Diskurs würde insgesamt unvollständig, tendenziell ideologisch und verbliebe im Bereich metaphysischer Spekulation über der Freiheit wesensmäßig innewohnende Inhalte und Grenzen.

C. Formal-entnormativierter Freiheitsbegriff

Da ein materieller Freiheitsbegriff erkenntnis- und wissenschaftstheoretisch abzulehnen ist, sollte Freiheit als Basis eines vorverständnis- und metaphysikbefreiten wissenschaftlichen Diskurses zunächst ohne philosophische Konnotation verstanden werden.¹⁵ Freiheit meint eigenverantwortete Beliebigkeit individuellen Handelns.¹⁶ Nur ein metaphysikbefreiter,¹⁷ nicht substanztontologischer und transzendental reduzierter¹⁸ Begriff der Freiheit wird dem wissenschaftstheoretischen Postulat weitestmöglicher Vorverständnisreduzierung gerecht.¹⁹ Wer Freiheit bereits begrifflich eingrenzt, etwa unter einen Gemein-

¹⁴ D. Birnbacher Einführung in die analytische Ethik (2003), 113, 173.

¹⁵ Ich greife hier zurück auf meine Überlegungen bei J.F. Lindner, Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie – Entwicklungsdynamik, VVDStRL 82 (2023), 109 ff.

¹⁶ Freiheit kann synonym zu Selbstbestimmung und Autonomie verstanden werden.

¹⁷ Zur Kritik der substanztontologischen („metaphysischen“) „Aufladung“ juristischer, zumal verfassungsrechtlicher Begriffe Lindner (Fn. 1), passim. Zur „Metaphysik der Freiheit“ grundsätzlich C. Dierksmeier, Qualitative Freiheit (2016), 63.

¹⁸ Zur Methode der transzendentalen Reduktion siehe J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), 95; E. Husserl, Die phänomenologische Fundamentalbetrachtung (= 2. Abschnitt in Band 1 der „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie“) (1913).

¹⁹ Jede Begriffsdefinition unterliegt wie alle erkenntnisbezogenen Kommunikationsakte dem Problem des hermeneutischen Zirkels. Der Interpret legt sein Vorverständnis (hier: von Freiheit) – nicht selten unbewusst – in die Definition ein und gelangt damit zu von ihm präferierten Prämissen, Inhalten oder Grenzen, die er in der Folge dann nicht mehr näher begründen muss; grundsätzlich J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (2. Aufl., 1972). Dieser Zirkel ist zwar nicht gänzlich vermeidbar, aber er ist reduzierbar: M. Heidegger, Sein und Zeit (16. Aufl., 1986), 153: „Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel hinaus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen.“ Dazu gehört zumindest zweierlei: Erstens das Bewusstsein der unausweichlichen Zirkelbehaftetheit jeden interpretatorischen und kommunikativen Handelns und zweitens die Offenlegung der eigenen Wertungspräferenzen. Die Unterscheidung von legitimem (also unvermeidbarem) und illegitimem (in Begriffen verstecktem) Vorverständnis geht maßgeblich zurück auf H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode (2. Aufl., 1965), 261: „Es bedarf einer grundsätzlichen Rehabilitierung des Begriffs des Vorurteils und einer Anerkennung dessen, dass es legitime Vorurteile gibt, wenn man der endlich-geschichtlichen Seinsweise des Menschen gerecht werden will. Damit wird die für eine wahrhaft geschichtliche Hermeneutik zentrale Frage, ihre erkenntnistheoretische Grundfrage, formulierbar: Worin soll die Legitimität von Vorur-

wohl-, Vernünftigkeit-, Klima- oder Moralvorbehalt stellt, entzieht solche Eingrenzung dem Rechtfertigungsbedarf.²⁰ Definierte man etwa bestimmte Formen der Mobilität, der Ernährung oder des Freizeitverhaltens als (potenziell) klimaschädlich aus dem Bereich der Freiheit heraus, ersparte man sich die Mühe der Rechtfertigung entsprechender Verbote oder Beschränkungen. Für das so Hinwegdefinierte würde eine materielle Rechtfertigung nach Maßgabe eines anspruchsvollen Rationalitätsprogramms, zumal der Grundrechte obsolet. Dies wäre im Lichte eines Paradigmas kritisch-rationaler Wissenschaft nicht akzeptabel.

D. Freiheit als Maßstabs- und Ergebnisbegriff

Man wird einwenden, ein formalisierter Freiheitsbegriff sei zu weit, weltfremd, zu einseitig, libertär oder gar anarchisch und für einen anspruchsvollen Freiheitsdiskurs in Zeiten multipler Krisen inadäquat. Doch das wäre ein Missverständnis: *A priori* unbegrenzt gedachte Freiheit bedeutet gerade nicht tatsächlich unbegrenzte oder unbegrenzbare Freiheit. Es ist vielmehr analytisch zu unterscheiden²¹ zwischen Freiheit als Bruttobegriff, der als *a priori* unbegrenzter und unbegrenzt gedachter Maßstab den Ausgangspunkt freiheitlicher Rechtfertigungspraxis bildet, und der Freiheit als Nettobegriff, der das umfasst, was nach einer Rechtfertigungsprüfung „übrigbleibt“²² oder für den Einzelnen tatsächlich realisierbar ist.

teilen ihren Grund finden? Was unterscheidet legitime Vorurteile von all den unzähligen Vorurteilen, deren Überwindung das unbestreitbare Anliegen der kritischen Vernunft ist?“; ähnlich auch *J. Esser*, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, 555: „Vorurteile im schlechten Sinne und Vorverständnis bleiben zweierlei.“; *R. Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders., Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtslehre (1981), 106 ff., 126.

²⁰ Klarsichtig *J. Ross*, Wir sind so frei, Die Zeit v. 9.12.2021, 11: „Wohlgemerkt: ‚Freiheit ist Freiheit‘ bedeutet nicht ‚Freiheit ist alles‘. Wer auf einem klaren Freiheitsbegriff besteht, muss deswegen noch lange nicht die Freiheit absolut setzen. Kein vernünftiger Mensch bestreitet, dass Freiheit eingeschränkt werden kann und manchmal sogar muss.“

²¹ Der hier und bereits in VVDStRL 82 (2023), 109 ff., vertretene Ansatz ist also ein analytischer, kein materieller. Es handelt sich insbesondere nicht um ein libertäres Konzept etwa im Sinn der Minimalstaatstheorie von *R. Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia* (1974) oder von *F.A. von Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit* (3. Aufl., 1991). Es geht *nicht* darum zu postulieren, dass jegliche nach individueller Beliebigkeit definierten Interessen auch realisiert werden dürfen oder gar sollen, sondern darum, dass jegliche staatliche Beschränkung der Realisierbarkeit einer gehaltvollen Rechtfertigungspflicht unterworfen werden muss. Um festzustellen, ob überhaupt eine Beschränkung vorliegt, benötigt man einen unbeschränkten (im Sinne von unbeschränkt gedachtem) Maßstabsbegriff.

²² Um ein Beispiel außerhalb der Klimathematik zu wählen: Der Konsum von Betäubungsmitteln ist Ausprägung weit verstandener Freiheit als eigenverantworteter Beliebigkeit. Der Staat kann diesen einschränken, wenn er dafür gute Gründe hat, die vor dem Rationalitätsprogramm der Grundrechtsprüfung standhalten. Ist dies der Fall, gehört der Konsum

IV. Das Freiheitskonzept des Grundgesetzes (im Lichte der Klimakrise)

Die Unterscheidung zwischen Maßstab und Ergebnis liegt auch dem grundgesetzlichen Freiheitskonzept zu Grunde. Dies zeigt sich bereits im Wortlaut der Grundrechtsnormen und der grundrechtlichen Regelungssystematik, die zwischen grundrechtlichem Schutzbereich – das ist der Maßstab – und der Rechtfertigung von Beschränkungen durch den jeweiligen Vorbehaltsbereich sowie die Schranken-Schranken – das ist das Ergebnis – differenzieren. Zudem ist durch die verfassungsgerichtliche, seit jeher allerdings umstrittene Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinn einer allgemeinen Handlungsfreiheit²³ und damit als freiheitsrechtliches Auffanggrundrecht prinzipiell jegliches denkbare Freiheitsinteresse grundrechtlich geschützt, das nicht dem Schutzbereich eines speziellen Grundrechts zugeordnet ist. Die freiheitsrechtliche Interessendefinitionskompetenz liegt beim Einzelnen, nicht beim Staat. Insofern liegt dem Grundgesetz der oben (unter III.C) postulierte formale, entmaterialisierte Freiheitsbegriff zu Grunde.²⁴

A. Freiheitsrechte ohne Klimavorbehalt

Für die verfassungsrechtliche Verarbeitung von Eingriffen in die prinzipiell unbegrenzt gedachte Freiheit haben Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht eine etablierte Dogmatik generiert. Diese gilt auch für staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und zum Umgang mit den Klimawandelfolgen. Der heute weitgehend anerkannte Kern der grundrechtlichen Abwehrdogmatik ist ein analytischer Regel-Ausnahme-Mechanismus, der aus vier Elementen besteht: (1) Der Ausgangsvermutung²⁵ zu Gunsten von Freiheit

von Betäubungsmitteln nicht zur Freiheit im Sinne des Nettobegriffs. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich diese Differenzierung: Das Gericht weist dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ein „Recht auf Rausch“ zu, welches allerdings nur nach Maßgabe des Betäubungsmittelrechts realisiert werden kann (soweit dieses seinerseits verfassungskonform ist) – BVerfGE 90, 145.

²³ Seit BVerfGE 6, 32.

²⁴ Zur Konstruktion des grundgesetzlichen Freiheitskonzeptes und dessen Konsequenzen siehe Lindner (Fn. 18), 179 ff.

²⁵ Gegen diesen grundsätzlichen Konstruktionsansatz wird gelegentlich vorgebracht, er würde auch offensichtlich unerwünschtes, dritt- oder gemeinwohlsschädigendes, klimaschädigendes oder gar kriminelles Verhalten zunächst grundrechtlichen Schutzbereichen zuordnen und dessen Verbot einer – offensichtlich sinnlosen – Rechtfertigungsprozedur unterwerfen; so in der Sache *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung (2. Aufl., 1994), 416, der der Annahme einer umfassend gedachten, gewissermaßen natürlichen Freiheit angesichts der Verwiesenheit von Freiheit auf staatliche Strukturen und Vermittlung kritisch gegenübersteht. Der Hinweis auf diese Verwiesenheit ist zwar richtig, widerspricht aber der Annahme einer Ausgangsvermutung zu Gunsten der Freiheit nicht. Denn die Figur der (widerlegbaren)

und Selbstbestimmung, (2) deren Einschränkung nur im Ausnahmefall, (3) dem Zwang zur Rechtfertigung der Einschränkung und (4) der rationalen Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²⁶ Nur wenn sich eine Beschränkung der Freiheit – in unserem Kontext zum Zweck des Klimaschutzes – in diesem gehaltvollen Rechtfertigungsschema legitimieren lässt, ist sie vom Bürger hinzunehmen. Entscheidend ist: Das Grundgesetz kennt für die Grundrechte keinen allgemeinen Notstands- oder Krisenvorbehalt²⁷ und ebenso wenig einen Klima-, Gemeinwohl- oder Vernünftigkeitvorbehalt. Auch klimaschädliche Verhaltensweisen fallen zunächst ohne Weiteres in den Schutzbereich der Freiheitsrechte und unterliegen den grundrechtsdogmatischen Spielregeln. Postulate wie: „Wir müssen alle unser Leben ändern“²⁸ mag als moralischer oder politischer Appell durchgehen oder sogar berechtigt sein, ist aber verfassungsrechtlich (zunächst) irrelevant.

B. Grundrechte als Schutzpflichten

Grundrechtsnormen verbürgen nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem freiheitsintervenierenden Staat, sie begründen auch die Pflicht des Staates, sich schützend vor diese Grundrechte zu stellen, wenn sie durch Dritte oder in sonstiger Weise bedroht sind. Diese Schutzpflichtdimension,²⁹ die das Bundesverfassungsgericht in einer umfangreichen Rechtsprechung seit der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch entwickelt hat und die hier nicht nachgezeichnet werden kann,³⁰ ist auch für die Klimathematik heranzuziehen.³¹ Aus ihr lassen sich Handlungspflichten für den Gesetzgeber zu Klima-

Ausgangsvermutung ist eine *analytisch-dogmatische* Argumentationsfigur, mit der verhindert werden soll, dass a-priori-Beschränkungen der Freiheit dem grundrechtsdogmatischen Rechtfertigungsprozess entzogen werden. In der Figur der (durch Eingriffsrechtfertigung) widerlegbaren Ausgangsvermutung zu Gunsten der Freiheit findet die methodisch und analytisch notwendige Unterscheidung zwischen Freiheit als Brutto- und Nettobegriff (oben S. 107) ihre grundrechtsdogmatische Konsequenz.

²⁶ Kanonisch *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961).

²⁷ *J. Kersten/S. Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise (3. Aufl., 2022), 153.

²⁸ So die Überschrift eines Beitrags von *J. Kersten*, Verfassungsblog v. 23.6.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wir-muessen-alle-unser-leben-andern/>.

²⁹ Zu den dogmatischen Grundlagen, insbesondere zur Frage, wann eine grundrechtliche Schutzpflicht ausgelöst wird, sowie zum Untermaßverbot und dessen Verhältnis zum Übermaßverbot siehe *Lindner* (Fn. 18), 351 ff.

³⁰ Siehe den zusammenfassenden Überblick bei *G. Britz*, Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 1449 ff.

³¹ BVerfGE 157, 30 Ls. 1: „Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie

schutzmaßnahmen entwickeln, wobei ihm stets ein Gestaltungsspielraum zusteht, der seine Grenze zumal am Übermaßverbot findet. Der Schutzpflichtenansatz lässt sich im Klimakontext in doppelter Hinsicht konstruieren, nämlich (1) als Schutz von Gesundheit und Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) vor den Folgen des Klimawandels jetzt und in Zukunft durch ein effektives Klimawandelfolgenrecht und (2) in intertemporaler Hinsicht als Schutz vor Freiheitsbeschränkungen, die in Zukunft wegen dann notwendiger strenger Klimaschutzmaßnahmen erfolgen werden. Interessanterweise hat das Bundesverfassungsgericht der Schutzpflichtdimension der Grundrechte in der Klimaentscheidung einen eher untergeordneten Stellenwert beigemessen. Zwar hat das Gericht zunächst mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels argumentiert und dieser auch eine intergenerationelle Dimension zugewiesen.³² Da der Gesetzgeber diese Schutzpflicht nach Auffassung des Gerichts aber nicht verletzt hatte,³³ hat das Gericht einen neuen dogmatischen Ansatz unter Heranziehung von Art. 20a GG entwickelt (dazu sogleich unter V).

V. Intertemporale Freiheit: Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

A. Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts

Eine grundsätzlich neue dogmatische Konstruktion zur Relevanz der Grundrechte und des Art. 20a GG hat das Bundesverfassungsgericht in seinem bereits jetzt schon legendären und in der Literatur stark beachteten³⁴ Klimabeschluss entwickelt. Diese komplizierte und an die bisherige freiheitsrechtliche Dogmatik kaum anschlussfähige Konstruktion ist nicht nur schwer nachvollziehbar, sie wäre auch gar nicht nötig gewesen. Überzeugend ist es zwar noch, dass das Gericht zunächst mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels argumentiert und dieser auch eine intergenerationelle Dimension zuweist.³⁵ Da der Gesetzgeber diese Schutzpflicht nach Auffassung

kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“

³² BVerfGE 157, 30 Rn. 146.

³³ BVerfGE 157, 30 Rn. 151 ff.: „Dass die grundrechtliche Schutzpflicht durch die von den Beschwerdeführenden als unzureichend beanstandeten Regelungen verletzt ist, lässt sich derzeit nicht feststellen“ (Rn. 151).

³⁴ Exemplarisch *K. Faßbender*, Der Klimabeschluss des BverfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 ff.; *S. Lenz*, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Eine Dekonstruktion, Der Staat 61 (2022), 73 ff.; *N. Grosche*, Recht und intertemporale Gerechtigkeit, Der Staat 61 (2022), 113 ff.

³⁵ BVerfGE 157, 30 Rn. 146; vgl. bereits oben S. 109 f.

des Gerichts nicht verletzt habe, hat es einen zusätzlichen dogmatischen Anknüpfungspunkt gesucht und diesen in der klassischen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte gefunden, diese jedoch in die Zeit projiziert. Die durch eine heute unzureichende Klimaschutzgesetzgebung in Zukunft notwendig werdenden Freiheitseingriffe seien bereits *jetzt* als Eingriffe zu werten, was das Gericht als „eingriffsähnliche Vorwirkung“³⁶ bezeichnet. Dogmatische Konsequenz dieser zeitlich divergenten Eingriffskonstruktion wäre eigentlich, dass das Bundesverfassungsgericht nach einer Rechtfertigung für den zeitlich vorverlagerten Eingriff (in die Freiheitsrechte auch künftig lebender Menschen) suchen müsste, insbesondere nach einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Damit würde sich das Gericht ersichtlich in Schwierigkeiten bringen. Denn welcher Zweck könnte es sein, der den künftigen, vorwirkenden Eingriff in Grundrechte *jetzt* rechtfertigen könnte? Aus dieser Schwierigkeit will sich der Erste Senat durch eine gewagte Konstruktion retten, die teilweise der *Elfes* „Logik“ entnommen ist:³⁷ Der (vorwirkende) Eingriff sei nur gerechtfertigt, wenn er in jeder Hinsicht mit der Verfassung übereinstimme, also auch mit Art. 20a GG und dem dort verankerten Schutzauftrag.³⁸ Über diesen Hebel gelangt das Gericht zur Prüfung des Art. 20a GG.³⁹ Dem fügt das Gericht dann noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die in der Sache eigentlich eine intergenerationelle Gleichheitsprüfung ist.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht verschraubt also vier dogmatische Figuren oder Kategorien in einander: (1) die neue Argumentationsfigur „eingriffsähnliche Vorwirkung“, (2) deren Recht-

³⁶ BVerfGE 157, 30 Rn. 184: „Die Entscheidung des Gesetzgebers, bis zum Jahr 2030 die in § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 geregelte Menge an CO₂-Emissionen zuzulassen, entfaltet eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit der Beschwerdeführenden.“

³⁷ BVerfGE 6, 32 Ls. 1, 2: „Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind. Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine seine Handlungsfreiheit beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung.“

³⁸ BVerfGE 157, 30 Rn. 189 f.

³⁹ BVerfGE 157, 30 Rn. 190: „Eine solche grundlegende Verfassungsbestimmung enthält Art. 20a GG [...]. Die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG ist daher Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen [...]. Auch die Gefährdung künftiger Freiheit durch § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 wäre demnach verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, wenn die Vorschriften gegen Art. 20a GG verstießen, weil der verfassungsrechtlich gebotene Klimaschutz nach den dort bis 2030 zugelassenen Emissionsmengen nach 2030 nicht mehr realisiert werden könnte.“

⁴⁰ BVerfGE 157, 30 Rn. 192: „Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgt, dass nicht einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine – von den Beschwerdeführenden als ‚Vollbremsung‘ bezeichnete – radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde.“

fertigung durch die *Elfes*-, „Logik“, (3) den Schutzauftrag des Art. 20a GG und (4) den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

B. Kritik

Diese Konstruktion vermag nicht zu überzeugen, da sie an die bisherige Grundrechtsdogmatik nicht anschlussfähig ist. Sie wäre auch nicht notwendig gewesen, um den – grundsätzlich überzeugenden – Ansatz der intertemporalen Freiheitssicherung zur Geltung zu bringen. Zur Herstellung der grundrechtsdogmatischen Anschlussfähigkeit der Figur von der intertemporalen Freiheitssicherung lassen sich prinzipiell drei Gestaltungsmöglichkeiten denken: Erstens über den vom Bundesverfassungsgericht nicht weiter verfolgten Schutzpflichtenansatz, zweitens über den Gleichheitssatz im Hinblick auf eine gleichheitskonforme Verteilung⁴¹ der CO₂-Budgets auf der Schiene der Zeit im Sinne intergenerativer Gleichheit⁴² oder drittens über die klassische Abwehrrechtsdogmatik. Am anschlussfähigsten scheint eine Verbindung von Schutz- und Abwehrdimension der Grundrechte zu sein: Der Staat greift *jetzt* zum Klimaschutz in Grundrechte ein, um Freiheitsräume in Zukunft zu erhalten. Eine auch subjektiv-rechtlich zu verstehende Schutzpflicht für die Zukunfts-Freiheit fungiert als verfassungsrechtlich legitimer Zweck im Rahmen der Rechtfertigung von heute vorzunehmenden Freiheitseingriffen.

C. Dogmatische Entbehrlichkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung

Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung wäre bei einem solchen Kombinationsansatz im Grunde entbehrlich. An deren Stelle träte eine prospektive, bereits jetzt Eingriffsmaßnahmen rechtfertigende Schutzpflicht (zu Gunsten künftiger Freiheitsinteressen), die subjektiv-rechtlichen Charakter hätte und vom Einzelnen unter argumentativer Anreicherung mit dem Untermaßverbot mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte. Die abwehrrechtliche Konstruktion erweist sich jedenfalls insofern als vorzugswürdig, als sie an bisherige dogmatische Routinen und Gewissheiten anknüpft und die dogmatischen Verschraubungen, die die Konstruktion des BVerfG mit sich bringt (vgl. soeben unter A), vermeidet.⁴³

⁴¹ Diese Variante deutet das Bundesverfassungsgericht selbst an, BVerfGE 157, 30 Rn. 192: „Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind.“

⁴² F. Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1 (7. Aufl., 2018), Art. 3 Rn. 214 m.w.N.

⁴³ Allerdings bringt auch diese Konstruktion insoweit eine Neuerung, als sich die Schutzpflicht zu Gunsten künftiger Freiheit in der Sache als Schutzpflicht gegen den Staat erweist:

VI. Desiderate zur Krisenresilienz grundrechtlicher Freiheit

Die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte steht in der Klimakrise im Vordergrund: Der Staat greift in Freiheitsrechte ein, um Klimaschutz zu ermöglichen, Klimawandelfolgen abzumildern und künftige Freiheit insofern zu sichern, als durch Klimaschutz heute in Zukunft drastischere Maßnahmen vermieden oder mindestens begrenzt werden können. Krisen stellen jedoch die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte vor besondere Herausforderungen, weil die Eingriffsrechtfertigung – krisenbedingt – stets ohne größere argumentative Mühen zu gelingen scheint. Das hat die Coronapandemie deutlich vor Augen geführt. Selbst härteste Eingriffe wie Ausgangsbeschränkungen⁴⁴ und Schulschließungen⁴⁵ wurden vom Bundesverfassungsgericht mühelos und sogar ohne mündliche Verhandlung für grundrechtskonform erklärt: Gesundheits- und Lebensschutz „gewinnt“ in der Abwägung gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Interessen scheinbar immer. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich in seiner bisherigen Anwendungsdogmatik als teilweise stumpfes Schwert erwiesen. Man kann sich keine Coronaschutzmaßnahme vorstellen, die das Bundesverfassungsgericht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hätte scheitern lassen.⁴⁶ Solche Entwicklungen sind auch im Zuge von Klimaschutzmaßnahmen wahrscheinlich: Klimaschutz „gewinnt“ im Rahmen der Abwägung immer. Deswegen erscheint es notwendig, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu schärfen und seine freiheitsschützenden Teilaspekte zu präzisieren und zu ergänzen. Fünf Vorschläge seien hier unterbreitet:⁴⁷ Es bedarf zunächst einer präziseren Herausarbeitung, einer Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks, der mit einer freiheitseinschränkenden Maßnahme verfolgt werden soll (unter A). Für diesen Zweck muss zweitens ein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis bestehen und vom Gesetzgeber begründet werden (unter B). Sodann muss drittens die konkrete Dimension der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne geschärft werden (unter C). Des Weiteren ist der Topos vom Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu überdenken (un-

Der Einzelne wird durch jetzige Freiheitseingriffe des Staates davor bewahrt, dass sich der Staat in Zukunft zu noch intensiveren Freiheitsbeeinträchtigungen gezwungen sieht. Noch zugespitzt: Schutz des Einzelnen vor in Zukunft gerechtfertigten Freiheitsbeeinträchtigungen.

⁴⁴ BVerfGE 159, 223.

⁴⁵ BVerfGE 159, 355.

⁴⁶ Anderes gilt zum Teil für die Fachgerichte, zumal die Verwaltungsgerichte. Insbesondere das BVerwG hat sich der vom BVerfG vorgenommenen Marginalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht durchweg angeschlossen: vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 2023, 1011 (Unverhältnismäßigkeit von Ausgangsbeschränkungen).

⁴⁷ Einige der hier behandelten Aspekte finden sich bereits bei *Lindner* (Fn. 15), 109 ff., 131 ff.; vgl. auch *Lindner*, Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, NJW 2024, 564 ff.

ter D). Zusätzlich ist ein Prüfungsschritt einzufügen, in dem nicht nur die von der jeweils zur Prüfung stehenden Eingriffsmaßnahme betroffenen Freiheitsinteressen, sondern ausdrücklich auch neben- und folgewirkende Nachteile („Kollateralschäden“) verarbeitet werden können (unter E).

A. Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks

Erster Prüfungspunkt im Rahmen des als Schranken-Schranke fungierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die Frage, ob der Gesetzgeber mit der grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt. Diese Frage wird üblicherweise kurz abgehandelt und ist selten wirklich problematisch.⁴⁸ Die Corona-Maßnahmen haben jedoch gezeigt, dass es mitunter nicht klar ist, welchen Zweck der Gesetzgeber genau verfolgt. In den Gesetzesbegründungen und in der politischen Diskussion wurden eine Fülle von Zwecken genannt:⁴⁹ der Schutz des Einzelnen oder von besonders vulnerablen Personen vor Infektionen, die Bekämpfung der Pandemie als solcher, die Ausrottung des Virus, die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems, der Schutz kritischer Infrastrukturen vor krankheitsbedingten Personalausfällen usw.⁵⁰ Je nach Zwecksetzung verläuft die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber unterschiedlich. Wählt man als Zweck den Schutz jedes Einzelnen vor Infektion, kommt man im Hinblick auf den Aspekt der Eigenverantwortung als vorrangigem Schutzmechanismus zu ganz anderen Abwägungsergebnissen, als wenn man den Schutz des Gesundheitssystems, insbesondere der intensivmedizinischen Infrastruktur als Ziel ausgibt. Man mag einwenden, dieser erste Prüfungspunkt sei bei Klimaschutzmaßnahmen regelmäßig unproblematisch, da Klimaschutz (und damit verbunden der Schutz von Gesundheit, Leben und Eigentum sowie künftiger Freiheit) zweifelsohne ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck sei. Das wird tatsächlich regelmäßig so sein, lässt aber außer Betracht, dass der Gesetzgeber Maßnahmen als Klimaschutzmaßnahmen „verkaufen“ kann, obwohl er damit eigentlich primär einen anderen Zweck oder auch Sekundärzwecke verfolgt. Ein Beispiel: Der Gesetzgeber verbietet motorisierte Individualmobilität in Innenstädten, um diese

⁴⁸ Das BVerfG hat jüngst betont, dass für die verfassungsrechtliche Überprüfung von Grundrechtseingriffen nicht (nur) die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Zwecke ausschlaggebend seien, sondern (auch) solche, die „nach dem gesetzgeberischen Willen nahe-liegen oder im Verfassungsbeschwerdeverfahren von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen vorgebracht werden“ (Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, Ls. 1). Das ändert nichts daran, dass für die Verhältnismäßigkeitsprüfung als solche der legitime Zweck ausdrücklich zu benennen ist.

⁴⁹ A. K. Mangold, Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, VVDStRL 80 (2022), 7, 23.

⁵⁰ Allein im ersten Absatz der Begründung des Gesetzentwurfes zur Einfügung der sogenannten „Bundesnotbremse“ in das IfSG (§ 28b) werden sechs verschiedene Ziele benannt (BT-Drs. 19/28444, 1).

attraktiveren Nutzungskonzepten zuführen zu können. Eine solche Maßnahme hätte zwar auch klimapolitische Bezüge, im Vordergrund steht aber ein städtebaulicher Aspekt. Vergleichbares gilt etwa für Tempolimits, wenn diese auch für E-Autos gelten sollen. Bei ihnen steht nicht das Klimaschutzziel, sondern andere gesetzgeberische Zwecke im Fokus, wie die Reduzierung der Unfallzahlen und Verkehrstote. Oder der Gesetzgeber erlässt Konsumverbote im Bereich von Lebensmitteln und begründet diese nicht mit Klimaaspekten, sondern mit gesundheitlichen Zielen. Nicht selten werden sich also für eine freiheitsbeschränkende Maßnahme mehrere verfassungsrechtlich legitime Zwecke benennen lassen, die zudem als unmittelbare und mittelbare Zwecke in einem Rangverhältnis von Primär-, Sekundär- oder Tertiärzweck stehen können.

B. Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses

Nun könnte man meinen der Gesetzgeber dürfe in dieser Situation den Zweck oder die Zwecke wählen, habe er doch einen Zweckbenennungs- und -gewichtungsspielraum. Dies ist im Grundsatz sicher zutreffend, da der Gesetzgeber nicht gehindert ist, mit einer Maßnahme mehrere (unmittelbare und mittelbare) Zwecke zu verfolgen. Dieser Spielraum ist jedoch insofern eingegrenzt, als der Gesetzgeber nur einen solchen Zweck mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen verfolgen darf, für den auch ein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht. Anders formuliert: Ein Zweck, der als solcher – also bei abstrakter Betrachtung – legitim ist, für dessen Verfolgung aber kein tatsächliches Bedürfnis besteht, kann eine freiheitseinschränkende Maßnahme nicht rechtfertigen. Beispiel: Der Schutz vor Überlastung der intensivmedizinischen Infrastruktur durch zu viele intensivpflichtige Coronapatienten ist ohne Zweifel ein verfassungsrechtlich legitimer, von der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebotener Zweck. Er kann freiheitsbeschränkende Maßnahmen aber nur rechtfertigen, solange das Coronavirus tatsächlich⁵¹ so „gefährlich“ ist, dass eine Überlastung der medizinischen Intensivkapazitäten tatsächlich droht. Das war etwa im Herbst und Winter 2022/2023 infolge der typischerweise mild verlaufenden sogenannten „Omikron“-Variante und angesichts eines hohen Immunitätsniveaus nicht mehr der Fall, so dass die damals erneut ins Spiel

⁵¹ Hierfür muss es tatsächlich belastbare Hinweise geben. Zwar besteht bei unsicherer Datenlage ein gewisser Einschätzungsspielraum des Normgebers, dieser darf sich jedoch nicht einfach auf einzelne Modellierungen beziehen und verlassen, sondern hat sich ein breites Bild über die Lage unter Einholung verschiedener Modellierungsszenarien zu verschaffen. Je intensiver die beabsichtigten Maßnahmen, desto breiter muss die zugrunde gelegte Tatsachenbasis sein. Insofern ist es auch drängend, sich darüber Gedanken zu machen, wie ein professionelles Experten-Management aussehen könnte. Neben mangelnder Datenerhebung und -auswertung war die überwiegend einseitige Expertenauswahl Grund für überzogene Maßnahmen seitens der Politik. Dies gilt nicht nur für die Pandemiebekämpfung, sondern auch für die Klimapolitik, die ebenfalls auf externen Sachverstand angewiesen ist.

gebrachten Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen nicht mehr gerechtfertigt gewesen wären.

Auch im Hinblick auf freiheitsbeschränkende Klimaschutzmaßnahmen ist stets zu fragen, ob es für den jeweils verfolgten Zweck ein Zweckverwirklichungsbedürfnis gibt. Dies ist im Hinblick auf den Zweck „Klimaschutz“ per se leicht zu begründen. Sorgfältiger ist aber zu argumentieren, wenn der Gesetzgeber (auch oder vor allem) andere Zwecke verfolgt. Dies kann etwa bei Maßnahmen im Kontext der Klimawandelfolgenbekämpfung eine Rolle spielen. Erlässt der Gesetzgeber z.B. ein Hitzeschutzkonzept, wonach man sich bei sehr hohen Temperaturen nicht mehr in der Öffentlichkeit aufhalten darf, um hitzebedingte Gesundheitsschäden zu vermeiden, stellt sich die Frage, ob solche Temperaturen für alle Personen schädlich sind oder nur für einen bestimmten Personenkreis: Insofern kann ein Zweckverwirklichungsbedürfnis nur für diesen Personenkreis, etwa ältere Menschen, bejaht werden.

Allerdings ist das Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses bisher kein eigener Prüfungspunkt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies ist ein Manko. Denn behauptet oder vorgeschoben wird ein legitimer Zweck politisch schnell – ob er *tatsächlich* verfolgungsbedürftig ist, ist mitunter weniger klar. Das Vorliegen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses sollte⁵² daher ein eigenes⁵³ Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden, flankiert von einer diesbezüglichen Begründungspflicht des Gesetzgebers. Dies könnte Transparenz und Rationalität der Grundrechtsprüfung weiter erhöhen und ihren Tatsachenbezug verdichten.

C. Akzentuierung der konkreten Abwägung

Beim vierten Prüfungspunkt, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also der Angemessenheitsprüfung, ist Akzentuierungsbedarf gegeben. Auch das ist eine Lehre der Corona-Pandemie. Manche Gerichtsentscheidung begnügte sich etwa im Rahmen der Prüfung von weitgehenden Ausgangsbeschränkungen in der Quintessenz mit der Aussage, dass der Schutz von Leben und Gesundheit in einer Pandemie wichtiger sei als z.B. alleiniges nächtliches Spaziergehen oder Joggen.⁵⁴ Das ist abstrakt sicher richtig, aber ersichtlich unzureichend.

⁵² Grundlegend H.-U. Gallwas, Grundrechte (2. Aufl., 1995), Rn. 611 ff., der das Zweckverwirklichungsbedürfnis begrifflich und als eigene dogmatische Kategorie in die Grundrechtsdogmatik eingeführt hat. Dies wurde in der Folgezeit erstaunlicherweise nur selten aufgegriffen; vgl. etwa Lindner (Fn. 18), 222.

⁵³ Näher J.F. Lindner, Das Zweckverwirklichungsbedürfnis als grundrechtsdogmatische Kategorie, ZG 2020, 215. Das Zweckverwirklichungsbedürfnis lässt sich insbesondere nicht mit der Kategorie der Erforderlichkeit des Zweckverwirklichungsmittels erfassen. Bei der Erforderlichkeit geht es um die Frage, welches unter gleich geeigneten Mitteln die geringste Eingriffsintensität aufweist, also um die *Mittelauswahl*, nicht indes um die Frage, ob für die Realisierung des Zwecks überhaupt ein tatsächliches Bedürfnis besteht.

⁵⁴ Vgl. z.B. BayVGH, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907, Rn. 38 ff.

Denn mit dieser Begründung wäre nahezu jede auch tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung abstrakt zu rechtfertigen – Leben und Gesundheit sind wichtiger als nahezu alles.⁵⁵ Damit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vor diesem Hintergrund überhaupt eine nennenswerte Freiheitsschutzfunktion beigemessen werden kann, muss die abstrakte Rechtsgutsabwägung durch eine konkrete Betrachtungsweise ergänzt werden. Dazu ist auf die (potenzielle) konkrete Wirksamkeit der Maßnahme abzustellen, die bei der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit noch weitgehend ausgeblendet bleibt. Es ist das Verhältnis des konkret zu erwartenden Zweckverwirklichungsbeitrags einer Maßnahme zu deren Eingriffstiefe in den Blick zu nehmen.⁵⁶ Eine ausdrückliche Regel könnte wie folgt lauten: „Ein Mittel ist unverhältnismäßig, wenn sein konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu die Eingriffstiefe unangemessen ist.“ Dadurch könnte auch die notorische Entgrenzung des Eignungsbegriffs kompensiert werden, die auf der Ebene der Erforderlichkeit keine hinreichende Korrektur erfährt.⁵⁷ Beispielsweise hätte man etwa das Verbot nächtlichen Spazierengehens als unverhältnismäßig qualifizieren können: Es mag zwar zweckförderlich und damit geeignet sein, weil es einige Kontakte und damit auch Infektionen vermieden hat und insofern auch noch die Erforderlichkeit mangels eines gleich geeigneten milderer Mittels bejaht werden kann. Der in der Summe eher geringe konkrete Zweckverwirklichungsbeitrag, der die Schwelle von Geeignetheit und Erforderlichkeit noch überspringt, steht jedoch in einem Missverhältnis zur Eingriffstiefe. Gleiches gälte etwa für eine pauschale Maskenpflicht im Freien. Strukturell ähnliche Probleme sind auch bei staatlich verordneten Klimaschutzmaßnahmen denkbar. Zwar sagt das Bundesverfassungsgericht in der Klimaschutzentscheidung deutlich, dass der im weltweiten Maßstab geringe Beitrag

⁵⁵ T. Kingreen, Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: K. Günther/U. Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben? (2022), 103, 120, spricht von „lustlosen Verhältnismäßigkeitsprüfungen, denen unausgesprochen die Vorstellung eines Ausnahmezustandes im materiellen Sinne zugrunde liegt“.

⁵⁶ Diese konkrete Abwägung im Hinblick auf den Zweckerreichungsbeitrag eines Mittels fordert das BVerfG mitunter ausdrücklich, thematisiert dies aber nicht durchgehend. Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20 u.a. (Masernimpfpflicht): „Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen“ (Rn. 130; Hervorhebung ergänzt).

⁵⁷ Die „Geeignetheit“ eines Zweckverwirklichungsmittels wäre damit also an zwei Stellen zu prüfen: (1) bei der Eignung und (2) bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, wo sie ins Verhältnis zur Eingriffstiefe zu setzen ist. Eine ähnliche Doppelprüfung hat das BVerfG jüngst bei der Erforderlichkeit vorgenommen: Trotz Bejahung der Erforderlichkeit einer Maßnahme mangels des Vorliegens eines milderer, gleich geeigneten Mittels könne es an der Angemessenheit fehlen, wenn ein milderer Mittel zur Verfügung stehe, das zwar nicht gleich geeignet sei, dessen Wirksamkeit aber „nur wenig geringer ist als die zu überprüfende Regelung“ (Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, Ls. 3).

Deutschlands am gesamten CO₂-Aufkommen keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür sein dürfe, auf Klimaschutzmaßnahmen zu verzichten oder solche nur in geringem Umfang vorzusehen.⁵⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass im Rahmen der Abwägung auf eine konkrete Betrachtungsweise verzichtet werden dürfte, die die Eingriffstiefe der Maßnahme mit ihrem konkreten Zweckverwirklichungsbeitrag abgliche. Würde man etwa aus Klimaschutzgründen jegliche Individualmobilität beschränken, wäre der Eingriff in Freiheitsrechte enorm, der Beitrag zum Klimaschutz – insgesamt gesehen – gleichwohl minimal.

D. Konturierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums

Des Weiteren sollte die Figur des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers konkretisiert werden. Das Bundesverfassungsgericht bezieht den Einschätzungsspielraum nicht nur auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme, sondern auch auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁵⁹ Damit droht das Übermaßverbot aber einen wesentlichen Teil seiner Freiheitssicherungsfunktion einzubüßen.⁶⁰ Denn jedes Mittel, das der Gesetzgeber in vertretbarer Weise – und was ist schon *un*-vertretbar – als angemessen *einschätzt*, ist es nach dieser Logik auch. Im Ergebnis drohen die Grundrechte dann doch unter einen allgemeinen Pandemie- oder sonstigen Krisenvorbehalt zu geraten, den das Grundgesetz gerade nicht vorsieht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, genauer des Ersten Senats, weist insofern Inkonsistenzen auf.⁶¹ Während insbesondere die Entscheidungen zur sogenannten Bundesnotbremse den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter einen breiten Einschätzungsvorbehalt stellen und damit erheblich schwächen, leitet derselbe Senat für das Sicherheitsrecht⁶² aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Kaskade an

⁵⁸ BVerfGE 157, 30 Ls. 2c: „Der nationalen Klimaschutzverpflichtung steht nicht entgegen, dass der globale Charakter von Klima und Erderwärmung eine Lösung der Probleme des Klimawandels durch einen Staat allein ausschließt. Das Klimaschutzgebot verlangt vom Staat international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas und verpflichtet, im Rahmen internationaler Abstimmung auf Klimaschutz hinzuwirken. Der Staat kann sich seiner Verantwortung nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen.“

⁵⁹ Z.B. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. („Bundesnotbremse I“), Rn. 217: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.“

⁶⁰ Kritik bei S. Rixen, Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, Verfassungsblog v. 25.5.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>.

⁶¹ In BVerfGE 153, 182 Rn. 266, legte das Gericht (allerdings der 2. Senat) einen strengen Maßstab an: „hohe Kontrolldichte“.

⁶² Maßgeblich vor allem in der Entscheidung zum BKAG, BVerfGE 141, 220, zur Ausland-Ausland-Aufklärung des BND, BVerfGE 154, 152 und zuletzt im Urteil zum BayVerfSchG, BVerfGE 162, 1.

konkreten Anforderungen ab – obwohl auch das Sicherheitsrecht mit erheblichen tatsächlichen Ungewissheiten umgehen muss.

E. Dogmatische Erfassung von „Kollateralschäden“

Die bisher gängige Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nicht oder mindestens zu wenig in der Lage, negative Folgewirkungen von Freiheitseinschränkungen zu verarbeiten. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat insofern einen blinden Fleck. Sie bildet die soziale und gesellschaftliche Folgedimension von Grundrechtseingriffen nicht angemessen, jedenfalls nicht in einem eigenständigen Prüfungspunkt, ab. *Oliver Lepsius* hat dies zutreffend als „juristisch unsichtbare soziale Dimension der Grundrechtseingriffe“, als „grundrechtliches Vakuum“⁶³ bezeichnet. In der Tat gibt es im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (und auch außerhalb) jedenfalls keinen gesonderten Prüfungspunkt, bei dem soziale, psychische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche „Kollateralschäden“ – etwa von Schul- oder Betriebsschließungen oder von Kontakt- oder Ausgangssperren – ausdrücklich zu berücksichtigen wären. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist zunächst (nur) eine Zweck-Eingriffs-Relation: Man fragt, ob der in der Maßnahme liegende Eingriff (z.B. die Schließung von Bildungseinrichtungen in der Pandemie als Eingriff in das Grundrecht auf Bildung) verhältnismäßig im Hinblick auf den mit dieser Maßnahme verfolgten Zweck (Lebens- und Gesundheitsschutz) ist. Diese Relation ist in der Struktur bipolar und schließt die Berücksichtigung von Folge- oder Nebenschäden (z.B. psychische Schäden der Schüler, familiäre Belastungen durch *home schooling* und damit verbundene Gesundheitsprobleme, Bildungs- und Erziehungsverluste und damit einhergehende langfristige gesellschaftliche Verwerfungen etc.) zunächst aus. Eine solche Verengung wäre indes problematisch, weil damit das eigentliche Eingriffs- und Schadenspotenzial staatlicher Maßnahmen ausgeblendet würde. Man bekommt das Problem der Kollateralschäden von Grundrechtsbeeinträchtigungen auch mit der Figur des faktischen oder mittelbaren Grundrechtseingriffs nicht in den Griff, weil sich nicht jeder Folge- oder Nebenschaden einer Grundrechtsnorm oder allenfalls Art. 2 Abs. 1 GG zuordnen lässt.⁶⁴ Es ist daher sinnvoll, die Verhältnismäßigkeitsprüfung (im engeren Sinne) entweder über die traditionelle bipolare Zweck-Eingriffs-Relation hinaus auf Folge-, Neben- und Drittnachteile zu erstrecken (so macht es das Bundesverfassungsgericht)⁶⁵ oder – um das Problem noch transparenter und expliziter zu machen – insofern einen *eigenen* Prüfungspunkt zu etablieren: Man könnte dazu im Rahmen einer „Verhältnismäßigkeit im

⁶³ *O. Lepsius*, Ausnahme als Rechtsform der Krise, DVBl. 2023, 701, 703.

⁶⁴ Zutreffend *Lepsius* (Fn. 63), 703 f.

⁶⁵ BVerfGE 159, 355 Rn. 137 ff.; *S. Lucenti*, Keine „Lex-COVID-19“ für Corona-Maßnahmen – Teil I, NVwZ-Online 2/2023, 1, 12: „Gesamtabwägung der Eingriffsauswirkungen und der Eingriffsbedeutung“.

engeren Sinne 2“⁶⁶ den intendierten Zweck in ein multipolares⁶⁷ Verhältnis zu erwartbaren „Kollateralschäden“ setzen.⁶⁸ Dies würde auch für die grundrechtliche Prüfung von Klimaschutzmaßnahmen Relevanz entfalten. Würde beispielsweise der Gesetzgeber die Stilllegung oder Reduzierung bestimmter energie- und CO₂-intensiver Industriebereiche verfügen, wäre nach bisherigem Verständnis im Rahmen einer „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1“ der Zweck des Klimaschutzes mit den Freiheitsinteressen der Wirtschaftsunternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) in Bezug zu setzen und abzuwägen. Darüber hinaus müssten in einer (zusätzlichen) Prüfung der „Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne 2“ eigens und ausdrücklich auch die Folgeschäden für wirtschaftliche Prosperität, den Arbeitsmarkt, die Sozialsysteme, den gesellschaftlichen Zusammenhalt etc. einbezogen werden. Sowohl bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1 als auch 2 ist die oben (unter D) postulierte konkrete Betrachtung des Ausmaßes des Zweckverwirklichungsbeitrages zusätzlich mit einzustellen.

F. Fazit

Berücksichtigte man die soeben erörterten Vorschläge zur Präzisierung und Arrondierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, würde aus der bisher vierstufigen Prüfungsfolge (legitimer Zweck, Eignung, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) eine sechsstufige (unter 1). Der zu erwartende Einwand, damit würde die Grundrechtsdogmatik noch komplexer, verfängt gegenüber den Vorteilen eines erweiterten Verhältnismäßigkeitsmodells nicht (unter 2).

1. Ein sechsstufiges Verhältnismäßigkeitsmodell

Folgt man den hier und zuvor an anderer Stelle⁶⁹ vorgestellten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung, ergibt sich ein sechsstufiges Modell. Eine

⁶⁶ Die bisherige Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne würde damit zur „Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne 1“.

⁶⁷ So Kersten/Rixen (Fn. 27), 166.

⁶⁸ Insoweit stellt sich allerdings eine Fülle weiterer Fragen, die hier nicht näher behandelt, sondern nur benannt werden können: (1) Kommen als „Kollateral“-Schäden nur individuelle oder auch kollektive Rechtsgüter und Erwägungen in Betracht? (2) Welche Anforderungen sind an Kausalität oder objektive Zurechnung zwischen grundrechtseingreifender Maßnahme und den befürchteten Kollateralschäden zu stellen? (3) Wie wirken sich Ausmaß und Intensität der Kollateralschäden sowie die Dichte der Zurechnung auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2 aus? (4) Wie steht es mit dem gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum diesbezüglich? (5) Treffen den Gesetzgeber entsprechende Erläuterungs- oder Begründungspflichten, und (6) in welcher Dichte und wie wären diese zu erfüllen?

⁶⁹ Lindner (Fn. 15), 109 ff., 131 ff.

grundrechtsbeschränkende Maßnahme (Eingriff oder Beeinträchtigung)⁷⁰ ist verhältnismäßig, wenn

1. sie einen konkret zu benennenden (exakt fokussierten) verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt (oder auch mehrere – ggf. gestufte – Zwecke),
2. sie für die Verfolgung dieses legitimen Zwecks ein tatsächliches, vom Gesetzgeber empirisch zu begründendes, nicht lediglich politisch vorgeschobenes Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht,
3. die grundrechtsbeschränkende Maßnahme (das Zweckverwirklichungsmittel) zur Zweckrealisierung geeignet und
4. erforderlich ist,
5. der mit dem Eingriff verfolgte Zweck (genauer: der Schutz des dahinterstehenden Rechtsguts) in einer (a) abstrakten sowie (b) konkreten Gewichtung zu den mit der Eingriffsmaßnahme beeinträchtigten Freiheitsinteressen (wobei zumal das Ausmaß des konkret zu erwartenden Zweckverwirklichungsbeitrages einzustellen ist) in einem angemessenen Verhältnis steht (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1) sowie
6. der mit dem Eingriff verfolgte Zweck (genauer: der Schutz des dahinterstehenden Rechtsguts) in einer (a) abstrakten und (b) konkreten Gewichtung zu den mit der Eingriffsmaßnahme zu erwartenden Folge- und Nebenbeeinträchtigungen („Kollateralschäden“) in einem angemessenen Verhältnis steht (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2).

2. Zum Einwand der Komplexitätserhöhung

Gegen die hier vorgeschlagene Erweiterung der bisher viergliedrigen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf dann sechs Elemente ist der Einwand zu erwarten, die (deutsche) Grundrechtsdogmatik sei ohnehin schon zu komplex und bedürfe eher der Komplexitätsreduzierung als der -erweiterung.⁷¹ Diese Kritik am

⁷⁰ Dieses Prüfungsschema gilt für jede einzelne grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme, auch für solche, die vom Gesetzgeber im Rahmen eines Gesamtkonzeptes verankert werden. Auch wenn das Gesamtkonzept als solches – etwa das Ziel der Kontaktreduzierung zur Beschränkung von Infektionen oder die Reduzierung der CO₂-Emissionen im Verkehrssektor – per se grundrechtlich zu rechtfertigen ist, kann die Gesamtrechtfertigung nicht automatisch jede einzelne grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme, die diesem Gesamtkonzept zugeordnet ist, rechtfertigen.

⁷¹ Zur häufig zu vernehmenden Klage über eine zu komplexe Dogmatik bereits K.-A. Bettermann, *Hypertrophie der Grundrechte* (1984); O. Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), 39; pointiert J. Schwabe, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*, NJW 1999, 3614: „Nirgend sonst im Recht eröffnet sich dem Interpreten ein solcher Tummelplatz der Beliebigkeit wie bei der Grundgesetzauslegung und nirgend sonst ist die Fähigkeit höher entwickelt, auf Glatzen Locken zu drehen. Dass in diesen kunstvollen Gebilden kein Haar ungespalten bleibt, versteht sich von selbst.“; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (1999), 6 („Grundrechts-

Zustand der deutschen Grundrechtsdogmatik erscheint angesichts der schieren Menge an Grundrechtsliteratur und angesichts von mehr als 160 Bänden „BVerfGE“ nachvollziehbar, in der Sache aber doch überzogen. Jedenfalls die allgemeinen Grundstrukturen der Grundrechtsdogmatik sind im Grunde genommen wenig komplex. Dies gilt insbesondere für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen bisher vier Elementen. Eine Erweiterung um die Elemente des tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2 würde die Komplexität nicht nennenswert, die Transparenz und Rationalität der Prüfung jedoch signifikant erhöhen. Die Grundrechte und die von ihnen geschützte Freiheit jedes Einzelnen sind es wert.

wucherungen“). Zur Forderung nach einer Komplexitätsreduktion siehe *K.-E. Hain*, Ockham's Razor – ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik?, JZ 2002, 1036.