

Wandel im Recht: Hemmnisse und Wege zu mehr Nachhaltigkeit

Svenja Behrendt

Inhaltsübersicht

A.	Konzeptionelle Vorüberlegungen	67
B.	Gerichtliche Entscheidungsfindungsprozesse	71
I.	Ressourcen, Präjudizien und Pfadbildungsprozesse	71
II.	Pfade, Präjudizien und Persönliche Motivationen	74
III.	Präjudizien und Akzeptanz	74
IV.	Präjudizien und Legitimität?	75
C.	Pfadbildungsprozesse und Wandel zu mehr Nachhaltigkeit	76
I.	Abwehrrechtsorientiertes Grundrechtsverständnis: Konzeptionelle Schwächen im Schutz grundrechtlicher Interessen	76
II.	Korrekturen des Grundrechtsverständnisses	78
D.	Wege zu mehr Nachhaltigkeit	82
I.	Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	82
II.	Wandel in der Interpretation	83
III.	Wandel durch Gesetzgebung	84
IV.	Wahrnehmung der eigenen Verantwortung des Interpreten, ineinandergreifende Maßnahmen und Wechselbeziehungen zwischen den Akteuren	84
E.	Fazit	87

Im Anthropozän¹ ist der Mensch und sein individuelles und kollektives Verhalten zu einer der wichtigsten Einflussfaktoren auf die Prozesse der Erde geworden. Der Mensch hat Prozesse in Gang gesetzt, die seine eigene Lebensgrundlage gefährden, indem sie den Klimawandel jedenfalls beschleunigen. Im Interesse des Fortbestehens eines „menschenfreundlichen“ Lebensraumes besteht ein Druck zur Anpassung individueller und kollektiver Verhaltensweisen – es geht um einen Wandel zu einer im Ganzen nachhaltigen Lebensweise. Ein gesamtgesellschaftlicher Wandel

1 Siehe dazu *P. J. Crutzen*, *Geology of mankind: the Anthropocene*, *Nature* 415 (03.01.2002), S. 23; *J. Kersten*, *Das Anthropozän-Konzept: Kontrakt – Komposition – Konflikt*, *RW* 2014, S. 378 (378 ff.).

zu einem substantiell nachhaltigen Leben begegnet diversen Hindernissen unterschiedlichster Art und Provenienz. Dass das Recht ein Mittel zur Bewirkung eines sozialen Wandels sein kann, steht heute (jedenfalls im Ausgangspunkt) außer Streit.² Die rechtswissenschaftliche Forschung diskutiert vornehmlich darüber, wie dieser Einfluss genau funktioniert. In diesem Beitrag befasse ich mich – in Bezug auf den Wandel zu einer nachhaltigeren Gesellschaft – mit der (umgekehrten) Frage, inwiefern das Recht bzw. das Rechtssystem ein Hemmnis für einen solchen gesellschaftlichen Wandel darstellen kann. Auf dieser Basis reflektiere ich anschließend über Wege, den Wandel zu bewirken bzw. zu beschleunigen. Dabei wird ein Rechtsverständnis zugrunde gelegt, welches sich von der Vorstellung löst, dass die Norm als „ontologisches“ Phänomen durch den Interpreten erkennbar wäre oder zumindest als Ziel des Rechtsfindungsprozesses gelten kann. Das Recht wird vielmehr durch den Interpreten erzeugt (wobei der Interpret das Schöpferische seiner Rechtsfindung in der Regel gar nicht selbst erkennt) und konkurriert deshalb stets mit potentiell anders ausfallenden Kreationen anderer Interpreten. Der Fokus des Beitrags liegt aus rechtssoziologischen Gründen auf gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozessen. Dem liegt die These zugrunde, dass richterlichen – insbesondere höchstrichterlichen – Entscheidungen eine hohe, die Rechtserzeugung durch andere Interpreten stark beeinflussende diskursive Kraft zukommt. Zudem plausibilisiert eine Beschäftigung mit den faktischen Bedingungen richterlicher Rechtserzeugungsprozesse, dass das Rechtssystem insgesamt durch konservierende Strukturen geprägt wird. Wenn diese Strukturen an freiheitsrechtlich unterkomplex-verzerrte Axiome anknüpfen, dann stellt das – trotz der stets erforderlichen Konkretisierungs- (bzw. Kurations-)leistung des Interpreten – ein Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit dar. Die etwas offenkundigere Rolle des Gesetzgebers in Bezug auf

2 Vgl. zu dem Thema beispielsweise *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte, 2016, S. 7 ff., 14 ff.; *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, S. 50; *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, 1997, S. 180 und *J. Wege*, Sozialer Wandel, 1977. Zur Diskussion um die Steuerungskraft von Parlamentsgesetzen s. instruktiv *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: *A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, Bd. 1, § 11 (zur Steuerungsleistung siehe Rn. 1 ff.); *C. Waldhoff*, Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: *W. Kahl/U. Mager* (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 261 (279 f. und *passim*).

einen Wandel des Rechts zu mehr Nachhaltigkeit wird angesprochen, ist aber nicht der Schwerpunkt dieses Beitrags.

A. Konzeptionelle Vorüberlegungen

Möchte man sich dem Wandel im Recht widmen, so setzt das zunächst eine Klärung wesentlicher Vorfragen voraus: Was ist gemeint, wenn man von „dem Recht“ spricht? Geht es um einen Wandel im Recht selbst oder um einen Wandel in der Rechtsanwendung? Und gibt es überhaupt einen Unterschied in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung? All das sind grundlegende Fragen, deren Beantwortung auch das Verständnis eines Wandels im Recht oder des Rechts (jenseits gesetzgeberischer Aktivitäten) beeinflussen.

Rechtsfindung ist jedenfalls *auch* ein Kurationsprozess des Interpretieren.³ Soweit dürfte man sich noch auf – mittlerweile – recht konsentiertem Boden befinden. Die Kontroverse beginnt in seiner Substanz erst bei der Frage, ob diese subjektive Kreation auf die Rekonstruktion von – unabhängig von der Interpretation existierenden – normativen Gehalten abzielen. In dem Fall wäre das subjektiv Kreative am Maßstab dieses objektiven Sollens zu messen. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass es jenseits der subjektiven Kreation gar nichts gibt, dass also die These eines unabhängig von dem Interpretieren existierenden normativen Gehalts nicht mehr als eine gut gepflegte Illusion ist. Versteht man die (abstrakte) Norm *normstrukturtheoretisch* als Summe ihrer Konkretisierungen,⁴ so ist es mit zunehmendem Abstraktionsgrad unwahrscheinlicher, dass ein entsprechender Konsens (auf Seiten des Gesetzgebers als Kollektivorgan bzw. durch die Mitglieder der Gesellschaft) existiert. Diese normstrukturtheoretische Verbindung scheint auf den ersten Blick nicht zwingend zu sein.

-
- 3 Siehe dazu *M. Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung: Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: C. Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 (63 f.); *ders.*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 126; *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972, S. 32; *I. Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2020, S. 60 ff.; *C. Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay, 2014, S. 62; vgl. auch *J. Hänni*, Juristische Hermeneutik: Die Sinnermittlung der Juristen, in: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, S. 75 (79 ff.).
- 4 Vgl. dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 3), S. 151 ff.; *S. Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (im Erscheinen), Kap. 12 B.V.I.

Man könnte schließlich auch annehmen, dass einer abstrakt-generellen Norm ein Selbststand zukommt. Dadurch ließe sich die abstrakte Norm im Zugriff zunächst von ihrer Konkretisierung lösen. Angesichts des Umstandes, dass das Recht seinem Wesen nach auf die Gestaltung der Lebenswelt ausgerichtet ist⁵ und diese nur in konkreter Anwendung verwirklicht werden kann, ist ein solches Verständnis der abstrakten Norm bereits konzeptionell fragwürdig. Darüber hinaus wird bei der Rechtsanwendung notwendig behauptet, es handele sich bei der konkreten Entscheidung um eine Konkretisierung der Norm.⁶ Das setzt indes zwingend voraus, dass die konkrete Entscheidung auch tatsächlich normativ auf die abstrakte Norm zurückgeführt werden kann. Der Rechtsanwender muss deshalb zumindest implizit behaupten, dass die abstrakte Norm die Konkretisierung bereits in sich trägt – und das führt zurück zu der genannten normstrukturtheoretischen Verbindung. Das ist einer der Gründe für die Skepsis hinsichtlich eines substantiellen Konsenses über die abstrakte Norm. Es wird im Übrigen nicht in Abrede gestellt, dass eine Verständigung gelingen *kann*. Mir geht es lediglich darum, sich von einem Rechtsverständnis zu lösen, welches gelingende Verständigung konzeptionell voraussetzt.

Wenn es richtig ist, dass es nur die subjektive Kreation des Interpreten gibt, dann werden normative Gehalte stets vom Interpreten in Auseinandersetzung mit Normtexten und Akten der Kommunikation über diese Normtexte erzeugt.⁷ Was der Interpret für einen Akt der Kommunikation über den Normtext erachtet, wird zunächst durch seine Kenntnis der

5 Vgl. *W. Brugger*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung, AöR 119 (1994), 1 (6).

6 Vgl. zur Konkretisierung auch *C. Bumke*, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1 (23); *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 3), S. 125 f., 135 ff.

7 Der Streit um die Frage, ob und inwiefern eine sprachliche Bindung möglich ist – dafür beispielsweise *C. Barth*, Sprachliche Bedeutung im juristischen Diskurs, in: *C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest* (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, S. 211 – kann hier nicht ausgebreitet werden. In den im folgenden zitierten Arbeiten kann er jedoch nachgelesen werden. Zur Auseinandersetzung mit Normtexten und Kommunikationsakten über diese Normtexte s. *R. Christensen*, Sprache und Normativität oder wie man eine Fiktion wirklich macht, in: *J. Krüper/H. Merten/M. Morlok* (Hrsg.) An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010, S. 127 (129, 132); *M. Morlok*, Der Text hinter dem Text – Intertextualität im Recht, in: *A. Blankenagel/I. Pernice/H. Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, FS P. Häberle, 2004, S. 93; *ders.*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *B. Ehrenzeller/P. Gomez/M. Kotzur/D. Thüner/K. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 27 (54); *Becker* (Fn. 3), S. 114 ff.

Zusammenhänge und des Rechtssystems sowie durch seine rechtstheoretischen, verfassungsrechtlichen und grundrechtstheoretischen Vorverständnisse beeinflusst. Zu den offensichtlicheren Akten der Kommunikation über einen Normtext gehören Gesetzgebungsmaterialien, Gerichtsentscheidungen, Kommentare, Aufsätze und Monographien. Weniger offensichtliche Akte der Kommunikation sind zum Beispiel Vorträge, mündliche Diskussionen, Blogposts und Zeitungsartikel. An die mündliche Kommunikation denkt man selten, weil eine vertiefte Auseinandersetzung in der Regel eine zeitintensive und gründliche Auseinandersetzung mit verschriftlichten Gedanken auseinandersetzt. Welche Normtexte und welche Kommunikationsakte der Interpret bei der Rechtsfindung berücksichtigt, hängt auch von der Entscheidungssituation und den sozio-psychologischen Bedingungen ab. Entscheidungen werden in sozialen Rollen und unter dem Druck von Erwartungen getroffen – genauer gesagt werden Entscheidungen durch die vom Entscheidungsträger *vermuteten* (also erwarteten) Erwartungen anderer Personen an seine Entscheidungen und durch die von ihm prognostizierten Positionen anderer Akteure beeinflusst.⁸

Der Abschied von einem Rechtsverständnis, welches gelingende Verständigung voraussetzt, führt zur Unhaltbarkeit eines kategorischen Dualismus zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung (und damit auch zwischen Anwendung und Fortbildung des Rechts). Rechtsbindung – im *herkömmlichen* Sinne – ist dann eine Illusion.⁹ An seine Stelle tritt eine Konzeption, bei der es um Rechts-*text*-setzung, subjektive Kreationen und die Anschlussfähigkeit dieser subjektiven Kreationen im rechtsbezogenen Diskurs geht. Die Rechtserzeugung bzw. das Ergebnis der Rechtserzeugung unterliegt der Kontrolle durch andere Interpreten. Der Diskurs ist die Kontrollinstanz.¹⁰ Dem Gesetzgeber kommt nach wie vor eine zentrale Rolle zu, auch wenn die Annahme, er setze „die“ Norm im Sinne eines substantiell gehaltvollen Sollens, nicht aufrechterhalten werden kann.¹¹

8 Zu diesem Phänomen der Erwartungserwartungen s. *N. Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), S. 411 f.

9 Vgl. *Christensen* (Fn. 7), S. 127 (130, 138); *R. Christensen/H. Kudlich, Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 71; *Becker* (Fn. 3), S. 28, 32 ff. Zur Unhaltbarkeit einer Dichotomie zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung siehe auch *Jestaedt, Richterliche Rechtsetzung* (Fn. 3), S. 49.

10 Zur Kontrolle über den Diskurs siehe ausführlich *Christensen/Kudlich* (Fn. 9), S. 228; *Becker* (Fn. 3), S. 103, 112 ff.

11 Siehe *S. Behrendt, A Constructivist Discourse Theory of Law, Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (179).

Auf der Basis eines solchen konzeptionellen Verständnisses des Rechts geht es bei der Frage nach einem *Wandel* des Rechts im Grunde um einen Wandel in den Zugängen zum Recht bzw. um Veränderungen in der Interpretation von Rechtstexten. Ein Wandel ließe sich dann bezogen auf jeden Interpreten bzw. jedwede Gruppe von Interpreten untersuchen – für das Rechtssystem ist ein Wandel aber erst interessant, wenn er nicht nur in den Rechtserzeugungsprozessen eines Interpreten stattfindet. Ein Wandel im Recht ist insoweit stets auch ein gesellschaftlicher Transformationsprozess. Aus diesem Grund ist es hinsichtlich des Bestehens von Hemmnissen und Chancen für einen Wandel des Rechts zu mehr Nachhaltigkeit primär von Interesse, welche Interpreten den größten Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse anderer Interpreten haben.

Im Rechtssystem kommt nicht jedem Interpreten die gleiche Bedeutung zu. Die Ansichten eines juristischen Laien haben grundsätzlich wenig Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse professioneller Interpreten. Aus diesem Grund interessiert sich die rechtswissenschaftliche Forschung primär für die *gerichtlichen* und *gesetzgeberischen* Normkreations- und Entscheidungsfindungsprozesse. Neben dem Gesetzgeber sind Gerichte bzw. Richter schlussendlich die im gesellschaftlichen System wichtigsten und wirkmächtigsten Interpreten.¹² Durch neue Normtextsetzungen bzw. durch Reformen an den Rechtstexten kann zwar ein Wandel im System bewirkt werden – weniger offensichtlich ist jedoch, dass ein Wandel auch ohne gesetzgeberisches Eingreifen entstehen kann. Angesichts eines chronisch überforderten Gesetzgebers ist diese Möglichkeit eines subtileren Wandels zu mehr Nachhaltigkeit über einen Wandel in der Interpretation einen genaueren Blick wert. Zugleich zeigt sich anhand der eingenommenen Perspektive, dass der Prozess der Normkreation durch vielfältige Faktoren beeinflusst wird. Bei einer wirksamkeitsorientierten Setzung (oder Änderung) von einfach-rechtlichen Normtexten ist diese Komplexität seitens des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

12 Es versteht sich von selbst, dass es sich dabei um zwei sehr ungleich arbeitende und funktionierende Interpreten handelt.

B. Gerichtliche Entscheidungsfindungsprozesse

I. Ressourcen, Präjudizien und Pfadbildungsprozesse

Jede Entscheidung ist (auch) eine Frage der zur Verfügung stehenden Ressourcen, insbesondere informationeller und zeitlicher Art. Irgendwann muss die Entscheidung getroffen werden. Diese temporale Dimension richterlichen Entscheidens darf bei einer realitätsnahen Deskription der Normerzeugungsprozesse – als Bestandteil dieser Entscheidungsfindungsprozesse – nicht außer Acht gelassen werden. Das Prozessrecht sorgt in der Regel schon für eine gewisse Disziplinierung bei der Frage, wie viel Zeit zur gerichtlichen Entscheidungsfindung zur Verfügung steht¹³ – sehr viel entscheidender dürften aber die sonstigen Verfahren und damit die Arbeitslast des Dezernats insgesamt sein.¹⁴ Unterm Strich bleibt vielfach zu wenig Zeit für die tiefgehende Reflektion der Hintergründe oder für eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen und das ist in dem System auch so angelegt. Das Rechtssystem muss funktionieren. Die Arbeitslast muss bewältigt werden und das bedeutet, dass die zur Verfügung stehende Zeit ökonomisch eingesetzt werden muss. Der Zeitdruck befördert die Anreize, in den bereits geprägten Pfaden zu arbeiten, passende abstrakte „Bausätze“ oder Präjudizien¹⁵ in anderen Entscheidungen zu suchen und mit ihrer

13 Zum Beschleunigungsgrundsatz vgl. exemplarisch *E. Schmidt-Aßmann*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, 97. EL 2022, Art. 19 Abs. 4 Rn. 262 ff. Verankert ist der Beschleunigungsgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, der Garantie effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG und auf europäischer Ebene in Art. 6 I EMRK und Art. 47 II 1 EU-GRCh.

14 Welche zeitlichen Ressourcen bei richterlichen Entscheidungsfindungsprozessen zur Verfügung stehen, lässt sich durch einen Blick in das Personalbedarfsberechnungssystem – kurz: PEBBŞY genannt – ansatzweise erahnen. Auf der Grundlage dieses Systems wird festgelegt, wie viel Zeit für jede einzelne Tätigkeit benötigt wird. Der Personalbedarf wird entsprechend berechnet. Damit geht zwar nicht einher, dass dem Richter die Zeit streng vorgegeben wird, welche er für eine Tätigkeit aufwenden darf – faktisch entsteht aber durchaus ein entsprechender Zeitdruck. Eines der Probleme liegt in der Methode der Berechnung des Zeitaufwandes: Die aufzuwendende Zeit pro Tätigkeit wurde durch die Angaben der Justizkräfte ermittelt. Abgefragt wurde somit der Ist-Zustand und nicht der eigentlich erforderliche zeitliche Aufwand zur angemessenen Bearbeitung der Verfahren. Die einmal festgelegte Vorgabe und die entsprechende Personalplanung wirkt sich naturgemäß auf den für den Richter zur Verfügung stehenden Zeitrahmen aus – dieser muss die Arbeitslast seines Dezernats schließlich im Rahmen der im zur Verfügung stehenden Zeit bewältigen.

15 Siehe dazu *M. Payandeh*, Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: JÖR 68 (2020), S. 1 (7); *A. von Ungern-*

Hilfe den konkreten Fall zu lösen.¹⁶ Das entlastet, bekräftigt zugleich die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und scheint sozialtheoretisch auch unter dem Gesichtspunkt der Erwartungserwartungen (Luhmann)¹⁷ erklärt werden zu können: Wer fremde Erwartungen erwarten kann, kann die Verhaltensabstimmung intern vollziehen. Durch diese Reflexivität¹⁸ wird Aufwand reduziert.

Wenn man die obergerichtliche Rechtsprechung bzw. die einschlägige Rechtsprechung der nächsthöheren Instanz verarbeitet und entlang der geprägten „Pfade“¹⁹ entscheidet, so reduziert sich das Risiko, dass die Entscheidung in nächster Instanz aufgehoben wird.²⁰ Zwar ist der Richter wegen der in Art. 97 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten richterlichen Unabhängigkeit frei, auch anders zu entscheiden.²¹ Das Streben nach einer einheitlichen Rechtsauslegung/-anwendung entfaltet jedoch einen entsprechenden Entscheidungsdruck. Zugleich kann diese Reflexivität der Erwartung auch in Bezug auf die Beteiligten des Rechtsstreits gewendet werden: So kann die Richterin grundsätzlich erwarten, dass die Beteiligten von ihr erwarten, dass sie sich um eine Entscheidung im Sinne der nächsthöheren Instanz bemüht, um die Parteien in „klaren“ Fällen nicht zur Einlegung eines Rechtsmittels zu zwingen. Sofern das Gericht die Entscheidung in

Sternberg, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1 und – in Bezug auf die Maßstababbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den Umgang mit einmal gebildeten Maßstäben – *A.-B. Kaiser*, Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Masing/M. Jestaedt/O. Jouanjan/D. Capitani (Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, 2020, 1 (6).

16 S. dazu *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung: Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017, S. 122.

17 *Luhmann* (Fn. 8), S. 411 f.

18 *Luhmann* (Fn. 8), S. 412.

19 Zu Pfadbildungsprozessen im Recht siehe exemplarisch *L. Münkler*, Pfadabhängigkeiten im Rechtssystem: Außerrechtliche und rechtliche Faktoren, in: E. Wagner u.a. (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, 2016, S. 49 sowie – insbesondere mit Blick auf einmal getroffene politische Entscheidungen – *J. Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität (2022), S. 58 f. und die noch nicht erschienene Dissertation *N. Schröter*, Pfadabhängigkeiten im Recht.

20 S. dazu *R. Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt, 2. Aufl. 2011, S. 116 ff.; *Payandeh* (Fn. 16), S. 257.

21 Zur Diskussion um die Verbindlichkeit von Präjudizien bzw. die Qualifizierung von Präjudizien als Rechtsquelle s. *Payandeh* (Fn. 16), S. 116 ff. *Payandeh* spricht sich für eine normative Qualität aus, vgl. ebd., S. 256 f.; ebenso v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 15), S. 45 ff.

nächsthöherer Instanz nicht zu antizipieren vermag bzw. sich eine Einschätzung nicht zutraut, dürfte sich die Erwartungserwartung jedenfalls dadurch ausdrücken, dass bei der (streitigen) Entscheidung die Rechtsprechung der Obergerichte und der Gerichte der nächsthöheren Instanz verarbeitet werden. Gerade weil die Rechtserzeugung auch unter Auseinandersetzung mit Kommunikationsakten erfolgt und man typischerweise in Auseinandersetzung mit den einschlägigen Normtexten und Gerichtsentscheidungen sowie den üblichen Kommentaren zu der Überzeugung gelangen kann, das für den Fall relevante Recht erkannt zu haben, sind diese Prozesse mit den gerichtlichen Rechtserzeugungsprozessen verwoben. Dass man auch zu einer *anderen* Ansicht über das Recht kommen kann bzw. dass es in eine andere Richtung deutende weitere Kommunikationsakte oder andere Lesarten der herangezogenen Entscheidungen gibt, stellt die „Korrektheit“ der gerichtlichen Entscheidung nicht in Frage. Eine Entscheidung kann regelmäßig nur methodisch professionell und axiomatisch folgerichtig sein. Das schließt nicht aus, dass die Entscheidung ebenso methodisch professionell und axiomatisch folgerichtig auch anders hätte ausfallen können.²² Das Ausbrechen aus geprägten Pfaden bzw. das Infragestellen höchstrichterlich ausgearbeiteter Präjudizien wird aber als begründungsbedürftiger empfunden²³ und erhöht dadurch den zur Entscheidung zu betreibenden Aufwand. Zunächst setzt das schließlich voraus, dass man zu der Annahme gelangt, dass der geprägte Pfad bzw. das Präjudiz – obwohl es auf den konkreten Fall passt – nicht zu einer vom Interpreten für richtig gehaltenen Rechtsauffassung führt. Das setzt bereits ein entsprechendes Vorverständnis bzw. Vorwissen voraus. Um eine Entscheidung anzufertigen, wird der Richter aber häufig auch darauf angewiesen sein, auf Literatur zugreifen zu können, die seine abweichende Entscheidung stützt. Denn er ist grundsätzlich aus diskursiven Gründen auf die Bekräftigung seiner Position durch Kommunikationsakte anderer Interpreten angewiesen. Das setzt die entsprechenden Ressourcen voraus. Etwas einfacher ist das, wenn und soweit sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch Präjudizien oder Pfade in jene andere Richtung entnehmen lassen.

22 Siehe exemplarisch auch *Becker* (Fn. 3), S. 74, III.

23 Vgl. *Payandeh* (Fn. 16), S. 261 f. mit Verweis auf *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 329.

II. Pfade, Präjudizien und Persönliche Motivationen

Das justizielle System ist auf einen effizienten Einsatz der Ressourcen ausgerichtet. Karriere dürfte nur machen, wer die Verfahrenslast bewältigt und dabei Entscheidungen produziert, die das Gericht gut aussehen lassen – wessen Entscheidungen in nächster Instanz stets aufgehoben werden, der dürfte wohl eher schlechte Karten haben. Und auch wem an einer Karriere in der Justiz nicht gelegen ist, der dürfte dennoch ein Interesse daran haben, sein Dezernat nicht – wie es im Jargon der Justiz heißt – „absaufen“ zu lassen. Auch das befördert den Rekurs auf die in der Rechtsprechung auffindbaren Judizien und geprägten Pfade.

III. Präjudizien und Akzeptanz

Ferner liegt es nahe, dass das Streben nach Akzeptanz der eigenen Entscheidung durch die Parteien und die Gesellschaft sowie das Streben nach der Bestätigung durch andere Personen, insbesondere die Bestätigung durch die nächsthöhere Instanz einen gewissen Einfluss bei der Entscheidungsfindung haben – auch jenseits der Karriererelevanz. Insoweit geht es nicht um eine irgendwie geartete Anbiederung, sondern jedenfalls *auch* um einen Effekt, welcher durch das Recht als diskursiver Praxis und aufgrund der dem Recht immanenten Befriedungsfunktion²⁴ entsteht. Die Akzeptanz der Entscheidung wird (neben den prozessualen Bedingungen ihrer Entstehung)²⁵ auch dadurch beeinflusst, ob und inwiefern sich die Begründung in die Reihe anderer gerichtlicher – insbesondere höchstrichterlicher – Entscheidungen einfügt (sofern die Gerichte als Institutionen grundsätzlich akzeptiert werden).²⁶ Wenn die Entscheidung aus den bereits geprägten Pfaden ausbricht, wird das als inhomogen und inkohärent empfunden,

24 Dass das Recht auch eine Befriedungsfunktion hat, lässt sich auf Basis eines nicht-positivistischen Rechtsverständnisses wegen der Zusammenhänge zu moralischen Vorstellungen der Gerechtigkeit und der Moral relativ überzeugend darstellen. Auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsverständnisses ist diese Funktion erklärungsbedürftiger. Dem kann im Rahmen dieses Beitrags aber nicht nachgegangen werden, da diese Frage den thematischen Zusammenhang verlässt.

25 Grundlegend N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.

26 Vgl. C. Boulanger, Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts: Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, 2013, S. 67 (72): Die „Darstellung der Urteils-

als Störfaktor für den Versuch, eine einheitliche Rechtsordnung herauszubilden. Ein Verlassen der geprägten Pfade ließe sich sogar als Stressor für Rechtsstaatlichkeit etikettieren, denn Rechtsstaatlichkeit erfordert zumindest ansatzweise Rechtssicherheit und damit auch eine rudimentäre „Vorhersehbarkeit“ gerichtlicher Entscheidungen. Rechtssicherheit gebietet keine Versteinerung, aber doch eine gewisse Kontinuität.²⁷ Pfadbildung und Pfadabhängigkeiten sind – so gesehen – ein Indiz für eine rechtsstaatliche Justiz. Recht ist dann sowohl aus pragmatischen Gründen als auch aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit strukturell konservativ.

IV. Präjudizien und Legitimität?

Die Verknüpfung der Entscheidung mit höchstrichterlicher Rechtsprechung wird auch in Bezug auf den Legitimitätsanspruch diskutiert. *Mehradad Payandeh* führt dazu aus:

„Die Berufung auf Präjudizien entfaltet [...] auch eine legitimierende Wirkung: Ein Gericht, das eine Entscheidung im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung treffen will, muss diese Entscheidung in rechtlicher Hinsicht nicht mehr ausführlich selbst begründen, sondern kann sich auf die entsprechende Rechtsprechung berufen. Das Zitat ersetzt in diesem Fall das Sachargument, eine Technik, die allgemein akzeptiert und in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit und Legitimität kaum angezweifelt wird.“²⁸

Payandeh hat Recht, soweit er die diskursive Relevanz beschreibt: Der Rekurs auf höchstrichterliche Entscheidungen wird als Ersatz für Begründung akzeptiert. Wenn man das jedoch mit Legitimität in eins setzt, dann wird Legitimität durch die Kraft eines *argumentum ad verecundiam* bzw. eines *argumentum ab auctoritate* bewirkt – nicht durch die Validität des Sacharguments. Die Entscheidung zöge ihren Anspruch auf Legitimität aus der Behauptung, die konkrete Entscheidung folge aus dem, was eine Ehrfurcht gebietende Institution gesagt habe. Die Legitimität der eigenen Entscheidung wird jedoch durch die Verknüpfung mit anderen Entscheidungen, auch höchstrichterlichen, nicht beeinflusst. Eine Entscheidung gewinnt nicht an Legitimität, nur weil sie an höchstrichterliche Entscheidungen

gründe [ermöglicht] eine nachträgliche Rationalisierung des Ergebnisses“ (Hervorhebung nicht im Original).

27 Vgl. exemplarisch *Payandeh* (Fn. 16), S. 253 f. m.w.N., 263.

28 *Payandeh* (Fn. 16), S. 13.

anknüpft. Es ist und bleibt die eigene Entscheidung; sie ist vollumfänglich von dem Richter selbst zu verantworten. Ein Rekurs auf höchstrichterliche Rechtsprechung inkorporiert das Argument bzw. die Argumentationslinie nur in die eigene Entscheidung, es ist ein inhaltlicher Anschluss an die Aussage des anderen Gerichts verbunden mit der Behauptung, dass das Gesagte daraus folge. Dementsprechend kann ein Rekurs nur funktionell die Begründungsbedürftigkeit verkürzen, aber keine Legitimität verleihen.²⁹

C. Pfadbildungsprozesse und Wandel zu mehr Nachhaltigkeit

Diese Pfadbildungsprozesse und der Umstand, dass der Rekurs auf andere, insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen zum verfassungsrechtlichen Ideal erhoben wird, *können* ein Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit darstellen. Das wäre der Fall, wenn sie zu einer Konservierung des – nicht nachhaltigen – *status quo* beitragen.

I. Abwehrrechtsorientiertes Grundrechtsverständnis: Konzeptionelle Schwächen im Schutz grundrechtlicher Interessen

Aus der Darlegung zu den gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozessen ergibt sich, dass Axiome, die in bisherigen Entscheidungen etabliert wurden, im System des Rechts bewusst oder unbewusst fortgeführt werden. Die bisherigen Axiome im deutschen Rechtsraum sind infolge der die Rechtsprechung prägenden Leitlinien des Bundesverfassungsgerichts durch ein eher konservatives und abwehrrechtsorientiertes Freiheitsverständnis geprägt – trotz der Fortschritte über objektiv-rechtlich fundierte Grundrechtswirkungen.³⁰ Auf diese Weise erschweren sie einen Wandel zu mehr

29 Aus konzeptionellen Gründen lässt sich es auf der Basis des hier dargelegten Verständnisses auch nicht sinnvoll von einem Legitimitätsanspruch sprechen. Es geht insofern allein um die Zuschreibung eines Anspruchs auf Richtigkeit, siehe *Behrendt* (Fn. 11).

30 In *Behrendt* (Fn. 4) gehe ich auf die vielfältigen Zusammenhänge, die es dabei zu berücksichtigen gilt, ein und beschreibe das durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung etablierte Freiheitsverständnis als nur „*kupierte* reale Freiheit“ (ebd., Kap. 8). Das liegt insbesondere daran, dass sich in der Rechtsprechung ein asymmetrischer Schutz des grundrechtlich geschützten Interesses zeigt. Auf einen solchen asymmetrischen Schutz hatte i.Ü. bereits Dieter Suhr hingewiesen. Zur Asymmetrie siehe auch die Kritik *W. Frenz*, *Klimagrundrecht*, DÖV 2021, 715 (719 f.).

Nachhaltigkeit. In einem abwehrrechtsgeprägten Grundrechtsverständnis ist die Verpflichtung zu jedweden Handeln als solches als Grundrechtseingriff zu begreifen; die gegenläufigen Interessen anderer werden strukturell schlechter geschützt – insbesondere, wenn epistemische Probleme hinzukommen. Auf der Basis dieses Grundrechtsverständnisses kann eine Hinwendung zu mehr Nachhaltigkeit grundsätzlich nur funktionieren, wenn sich die Grundrechtsträger selbst für die nachhaltige Handlungsoption entscheiden. Weitgehend außerhalb des grundrechtlichen Blickfeldes läge die Frage, ob und inwieweit die Entwicklung nachhaltiger Handlungsalternativen und die Vornahme von Maßnahmen zur Eindämmung, Begrenzung und Bekämpfung des Klimawandels auch grundrechtlich geboten sein können. Zu einer grundrechtlichen Frage werden diese Themen regelmäßig erst, soweit mit ihnen abwehrrechtsrelevante Eingriffe verbunden wären. Zwar setzt der abwehrrechtliche Schutz früh an, sodass die Themen letztlich doch einer grundrechtlichen Prüfung zugänglich gemacht werden – aber dann von vorneherein nur im Rahmen des abwehrrechtlichen Narrativs und unter Inkaufnahme der strukturellen Asymmetrie. Das führt unterm Strich zu einem Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit, weil der Fokus auf der Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit im Sinne des – ironischerweise – liberal genannten Freiheitsverständnisses liegt. Staatliches Handeln wird nur als Beeinträchtigung dargestellt, die Förderung grundrechtlich geschützter Interessen gerät schon wegen des abwehrrechtlichen Framings aus dem Blick. Die Rechtfertigungslasten sind einseitig zu Lasten gegenläufiger Interessen verteilt.

Ein solches asymmetrisches Freiheitsverständnis ist blind für den Voraussetzungsreichtum und die inhärent soziale Dimension jeglicher Freiheit. Eben dieser Voraussetzungsreichtum und die strukturell benachteiligten Schutz- und Leistungsdimensionen der Grundrechte sind jedoch für die Implementierung von Nachhaltigkeit zentral. Es muss erkannt – und konsequent umgesetzt – werden, dass die Verwirklichung grundrechtlicher Interessen einer Person sowohl durch aktiv erschwerendes Handeln als auch durch die Nichtvornahme fördernder Maßnahmen beeinträchtigt werden kann. Setzt man hinsichtlich des grundrechtlichen Schutzes beim Interesse an, so wird deutlich, dass die Rechtfertigungsbedürftigkeit strukturell *gleich gelagert* sein muss. Außerdem setzt ein – axiomatischer – Wandel im Recht die Erkenntnis voraus, dass der Schutz grundrechtlicher Interessen eine

dynamische, temporale Dimension hat.³¹ Die Grundrechtstheorie und das Freiheitsverständnis müssen in ihrer temporalen Dimension weiterentwickelt werden. Der liberale Freiheitsbegriff kann das – in seiner aktuellen politischen Lesart – wegen seiner theorieimmanenten Fokussierung auf die Bewahrung des *status quo* nicht leisten. Nebenbei bemerkt: Das könnte der Grund sein, weshalb das Bundesverfassungsgericht einen intertemporalen Freiheitsschutz³² in die Grundrechtsdogmatik einführen musste.

Soweit ein Verhalten, das auf lange Sicht grundrechtlich geschützte Interessen gefährdet oder schädigt, *nicht* als Angriff auf den Achtungsanspruch erfasst wird, lässt sich der Wandel zu mehr Nachhaltigkeit grundrechtlich nur unzureichend verankern. Eine Hinwendung zu mehr Nachhaltigkeit kann nur funktionieren, wenn Handlungen zugunsten künftiger Interessen und künftiger Grundrechtsträger grundrechtlich auch dann obliegen *können*, wenn es zu einem Konflikt mit gegenwärtigen Interessen eines Grundrechtsträgers kommt³³ und wenn der schutz- und leistungsrechtliche Grundrechtsschutz nicht länger nach Maßgabe eines Minimalstandards verstanden wird.³⁴

II. Korrekturen des Grundrechtsverständnisses

Ein Wandel zu mehr Nachhaltigkeit setzt zunächst voraus, dass dieses Defizit eines abwehrrechtsorientierten Grundrechtsverständnisses korrigiert wird. Dem Grundrechtsverständnis müsste also ein komplexeres Freiheitsverständnis unterlegt werden. Es müsste erkannt (und bruchfrei umge-

31 Zu dem Problem und dem Lösungsansatz siehe S. Behrendt, Grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Generationen: Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in der Zeit, in: O. Ammann u.a. (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 2022, S. 259 (*passim*).

32 Siehe BVerfGE 157, 30 (98, 102, 131).

33 Zur Rechtfertigungslast wegen künftiger Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger siehe Behrendt (Fn. 31), S. 266 ff.

34 Zur Kritik an der Schutzpflichtendogmatik des Bundesverfassungsgerichts s. exemplarisch C. Callies, Schutzpflichten, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 22, 24; M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. (2018), *passim*; D. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 148; *ders.*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivraucherproblems, JZ 1980, 166 (167). Zu Schutzpflichten und Spielräumen siehe auch S. Behrendt, Spielräume im Licht der Demokratie und der Gewaltenteilung, N.N. (derzeit in Arbeit).

setzt) werden, dass Rechtfertigungslasten auch in Bezug auf die Betätigung grundrechtlicher Freiheit entstehen, sofern sie mit (künftigen) Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Interessen verbunden sind. Das hat zunächst einmal mit Nachhaltigkeit gar nichts zu tun – es ist eine Korrektur, die im Interesse realer Freiheit, die den Voraussetzungsreichtum jeglicher Interessensrealisierung anerkennt, geboten ist. Auf dem Boden eines entsprechend korrigierten Grundrechtsverständnisses wird die grundrechtliche Relevanz von Handlungsoptionen dann umfassend und ohne strukturelle Verzerrungen sichtbar und ermöglicht einen Diskurs über die Gewichtungen der in Konflikt stehenden Interessen. Das zwingt einen Interpreten nicht zu der Entscheidung, nachhaltige Handlungsoptionen vorzuziehen, aber es macht die Präferenzen des Interpreten immerhin deutlich und demaskiert die Kurzsichtigkeit von unter der Flagge eines liberalen Freiheitsverständnisses vertretenen Positionen. Es führt auch zu der Einsicht, dass die Grundrechte keineswegs ein Hindernis für Nachhaltigkeit darstellen. Kein Interpret ist kraft der Grundrechte gezwungen, egoistischen und schädlichen Interessen des Individuums den Vorzug zu geben. Ein komplexeres, reicheres Freiheitsverständnis macht deutlich, dass eine solche Position mit Blick auf die Gleichrangigkeit aller Grundrechtsträger eine eher schwer zu begründende Zementierung von Macht darstellt. Freiheit und Verantwortung sind zentrale Paradigmen einer auf ein gedeihliches Zusammenleben ausgerichteten Gesellschaft, aber das bedeutet nicht, dass jedwedes Begriffsverständnis diese Funktion gleichermaßen gut erfüllt.

Die Ausführungen haben bislang gezeigt, inwiefern das in der Rechtsprechung dominierende abwehrrechtsorientierte Grundrechtsverständnis (bzw. das diesem zugrundeliegende sogenannte liberale Freiheitsverständnis) künftige Interessen grundrechtlich nur verzerrt und unzureichend schützt. Für den Wandel zu mehr Nachhaltigkeit im Recht ist das vor allem deshalb ein Problem, weil durch die Art und Weise wie judikative Rechtsfindung bzw. Rechtssetzung – tendenziell – funktioniert, Axiome und Narrative kolportiert und weitergetragen werden. Ein Wandel kann angesichts dieser Funktionsweise nicht über Nacht bewirkt werden. Die Entwicklung des Rechts erfolgt weitgehend *top-down*; ein Wandel im Recht setzt insofern einen Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraus. Höchstrichterliche Rechtsprechung ist indes selbst einigermaßen

„methodisch konservativ“³⁵ bzw. selbstreferentiell-autopoietisch³⁶. Die Anknüpfung an vorangegangene Judikate hat auch innerhalb der obersten Gerichte und dem Bundesverfassungsgericht einen äußerst hohen Stellenwert. Im Interesse der Rechtssicherheit werden Axiome und Narrative fortgetragen; anstelle einer Revision der Grundlagen wird eher an die bisherige Dogmatik „angebaut“. Gerade das Fortführen des hergebrachten, in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur etablierten Grundrechtsverständnisses ist aber das Problem. Es hat zwar über die Jahrzehnte hinweg Entwicklungen in die richtige Richtung gegeben, die Judikatur ist aber nach wie vor von einer gewissen Asymmetrie geprägt. Das zeigt sich auch an dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz 2019³⁷, da die Chance zur Korrektur der Schutzpflichtendogmatik ungenutzt blieb. Die erforderliche Hinwendung zu einem realen Freiheitsbegriff und einem strukturell symmetrischen Grundrechtsverständnis dürfte angesichts des damit einhergehenden Paradigmenwechsels kaum sanft möglich sein, sondern müsste wohl einigermaßen klar kommuniziert werden (z.B. durch Anerkennung einer strukturellen Gleichwertigkeit und durch eine klarere Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung der Interessen auf Seiten des Grundrechtsträgers und der „Beeinträchtigung“ bzw. Belastung auf Seiten des Grundrechtsverpflichteten durch die dann aufzuwendenden Ressourcen).

Der (angesprochene) Klima-Beschluss ist in Anbetracht der Entwicklung eines intertemporalen Freiheitsschutzes³⁸ und einer eingriffsähnlichen Vorwirkung³⁹ ein gutes Beispiel für dieses „Weiterbauen“ bzw. das Anknüpfen an Bestehendes. Das *theoretisch-konzeptionelle* Problem wird auf der *dogmatischen* Ebene gelöst. Ein solches Vorgehen hat den Vorteil einer vielleicht größeren Anschlussfähigkeit, weil das Konzept nicht als Ganzes verstanden werden muss und man der Entscheidung auch aus Sicht unterschiedlicher theoretischer Zugriffe auf das Verfassungsrecht in vielerlei

35 Das zeigt sich besonders gut an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. A. Kulick/J.Vasel, Das konservative Gericht: Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 14, 43 ff.

36 R. Rogowski, Constitutional courts as autopoietic organisations, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts: Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, 2013, S. 123 (127 ff.).

37 BVerfGE 157, 30.

38 BVerfGE 157, 30 (98, 102, 131).

39 BVerfGE 157, 30 (130 ff.).

Hinsicht zustimmen kann. *Zugleich* wird ein intellektueller Zugriff auf die Entscheidung und ihre Konsequenzen aber auch erschwert, weil die konkret-problemorientierte Lösung nicht den Anspruch erhebt, eine ganzheitlich-stimmige Erklärung anzubieten. Dem Leser wird der Blick für die ggfs. stattfindenden tieferen Umwälzungen versperrt. Das Gericht verschafft sich durch dieses tentative, vorsichtige Weiterentwickeln aber die Möglichkeit, in späteren Entscheidungen den Gedanken subtil zu betonen oder abzuschwächen. Taktisch ermöglicht diese Praxis dem Gericht, eine hohe Konsistenz und Kohärenz in den Entscheidungen zu erreichen *und* flexibel zu bleiben. Die bundesverfassungsgerichtliche Begründungsmethode hat deshalb zweifellos gute Gründe. Dennoch sollte die zuvor angesprochene Revision erfolgen – zumal eine Hinwendung zu einem symmetrischen Grundrechtsschutz ohnehin nicht damit verbunden wäre, dass das Gericht seine Methode aufgeben müsste. Die aktuellen und bevorstehenden gesamtgesellschaftlichen Probleme (ich denke hier insbesondere an die Umwälzungen durch die Digitalisierung und den Klimawandel) werfen grund- und verfassungsrechtliche Fragen auf, die mit der dominierenden Lesart eines liberalen Freiheitsverständnisses schlicht nicht konsequent lösbar sind. Das zu zeigen, ist indes nicht Gegenstand dieses Beitrags und muss einem späteren vorbehalten bleiben. Daher muss ich es hier bei der Hypothese belassen, dass jene dominierende Lesart im Sinne einer Betonung der abwehrrechtlichen Dimension dazu neigt, Autonomie und Selbstbestimmung zu unterkomplex zu verstehen und die temporale Dimension des Grundrechtsschutzes konzeptionell zu vernachlässigen. Die liberale Theorie ist zweifellos historisch verdienstvoll⁴⁰ und hat durchaus richtige und wichtige Erkenntnisse für das Grundrechtsverständnis geleistet. Dennoch muss das liberale Grundrechtsverständnis heutiger Gestalt eben auch unter Berücksichtigung der Differenzierungen und Entwicklungen im grundrechtsbezogenen Diskurs⁴¹ gesehen werden und hier lassen sich konzeptionelle Schwächen durchaus ausmachen.

40 Die Entdeckung der Grund- und Menschenrechte wird in die Tradition des Liberalismus gestellt, vgl. exemplarisch *E. Schmidt-Jortzig*, Grundrechte und Liberalismus, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Europa*, Bd. I, 2006, § 10 Rn. 1 ff.; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 15 ff.

41 Siehe beispielsweise zum Zusammenhang mit dem Freiheitsbegriff *Poscher* (Fn. 40), S. 107 ff. Zum mehrpoligen Grundrechtsverhältnis und zum mehrdimensionalen Grundrechtsverständnis s. exemplarisch *M. Wrase*, Zwischen Norm und sozialer

Nicht zu leugnen ist, dass der Klimabeschluss einen erheblichen Einfluss im Dienst der Nachhaltigkeit entfaltet.⁴² Insofern kann man die Entscheidung vielleicht auch als einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer umfassenderen Revision betrachten. Denn der Effekt müsste theoretisch zwar bei einer grundlegenden Revision größer sein, aber ein zu rascher, grundlegender Wandel kann auch die Akzeptanz der Entscheidung gefährden.

D. Wege zu mehr Nachhaltigkeit

I. Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Soweit sich das justizielle System *top-down* entwickelt, wäre also eine ausdrückliche Selbstkorrektur des Bundesverfassungsgerichts wünschenswert. In dem Fall würden die Pfadbildungsprozesse durch die klar kommunizierte Aufgabe eines asymmetrischen Schutzes grundrechtlicher Interessen und die Etablierung eines (die temporale Dimension berücksichtigenden) symmetrischen Freiheitsverständnisses einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit befördern. Die Schädigung eines grundrechtlich geschützten Interesses durch die Betätigung eines anderen wird sichtbar(er). Zugleich wird es leichter, unterschiedliche Verhaltensoptionen hinsichtlich der Interessenswahrnehmung überhaupt wahrzunehmen. Für die Politik würde die grundrechtliche Relevanz von gesetzgeberischem und faktischem Handeln erkennbarer. Wegen der grundrechtlichen Bezüge würde deutlich werden, dass der Staat in der Pflicht ist, gegenüber der Gesellschaft die Notwendigkeit eines gesamtgesellschaftlichen, raschen Wandels im Dienst substantieller Nachhaltigkeit klar zu kommunizieren und entsprechend zu handeln (z.B. durch Investitionen, die auf eine nachhaltige Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Interessen abzielen). Zudem dürfte deutlich werden, dass die Beibehaltung des *status quo* strukturell nicht rechtfertigungsbedürftiger ist als der Wandel zu nachhaltigeren Optionen.

Wirklichkeit: Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, 2016, S. 319, 327 ff.

42 Vgl. M. Burgi, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401; F. Fellenberg, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand, NVwZ 2022, 913 (915 ff.); M.-J. Seibert, Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 2021, 1141.

II. Wandel in der Interpretation

Ein Wandel im Recht kann in gewissen Grenzen durch ein *Bewusstsein* für die grundrechtstheoretische bzw. freiheitsrechtliche Färbung in den Leitlinien der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bewirkt werden. Das setzt allerdings die entsprechende Kenntnis auf Seiten der Interpreten und ein Bewusstsein dafür, dass jeder Interpret die volle Verantwortung für die eigene Entscheidung trägt, voraus. Ein sanfter Appell dahingehend, dass eine rechtsstaatliche Justiz auch erfordert, dass fehlerhafte Entwicklungen korrigiert werden, wäre beispielsweise möglich. Sinnvoll wäre es auch, das Bewusstsein dafür zu stärken, dass der Effizienzgewinn eines Rekurses auf höchstrichterliche Rechtsprechung nicht von der Verantwortung für die eigene Entscheidung entlastet. Man sollte sich aber nicht der Illusion hingeben, dass ein solcher Appell bzw. eine solche „Mahnung“ faktisch nennenswerte Auswirkungen haben wird. Einem *argumentum ab auctoritate* kommt jedenfalls in der deutschen Praxis faktisch eine hohe diskursive Kraft zu. Das erschwert das Herausbilden einer eigenverantwortlichen Entscheidung wegen des erhöhten Grades eines Fremdeinflusses auf den konkreten Entscheidungsfindungsprozess.⁴³ Zugleich sind traditionellere Ansätze aus der Rechtstheorie bemüht, das interpretierende Subjekt in den Hintergrund treten zu lassen und entlässt den Interpreten damit weitgehend aus der Verantwortung. Selbst wenn das Bewusstsein für eben jene Verantwortung gestärkt wird, muss sich der Interpret aber darüber hinaus auch der grundrechtstheoretischen bzw. freiheitsrechtlichen Färbung in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Kontingenz dieser Linie gewahr sein. Das ist – auch unter Juristen – alles andere als selbstverständlich. Die Erkenntnis einer Verantwortung für die eigene Entscheidung ist dementsprechend erschwert. Ein Appell kann ferner die psycho-soziologischen Mechanismen im System nicht neutralisieren: Die Erwartung, dass die Gerichte der Linie der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung folgen werden, dürfte dazu führen, dass man sich dennoch an eben jenen Präjudizien orientiert. Das bleibt nicht ganz aus. Faktisch ist dieser Weg zur Bestärkung eines Wandels zu mehr Nachhaltigkeit daher ebenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten belastet.

43 Da indes keine Entscheidung wirklich autark bzw. selbstbestimmt getroffen werden kann, stellen sich insofern auch schwierige Fragen der Selbst- und Fremdbestimmung.

III. Wandel durch Gesetzgebung

Bislang wurde noch nicht thematisiert, welche Rolle dem *Gesetzgeber* bei einem Wandel im Recht zu mehr Nachhaltigkeit zukommt. Auch wenn man sich von der Annahme verabschiedet, dass die Norm vom Gesetzgeber gesetzt wird, ist die Rolle des Gesetzgebers für die Entwicklung des Rechts zentral: Er erlässt schließlich die Gesetzestexte, anhand derer die Interpreten normative Gehalte kreieren.⁴⁴ Zugleich werden den gesetzgeberischen Kommunikationsakten über die Normtexte (also den Gesetzgebungsmaterialien) grundsätzlich eine besondere Bedeutung für die Auslegung und Interpretation zugeschrieben.⁴⁵ Der Gesetzgeber hat deshalb einen erheblichen Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse innerhalb der Rechtsgemeinschaft: Er kann einen Wandel hin zu mehr Nachhaltigkeit beschleunigen und erleichtern oder ihn verlangsamen und erschweren.

IV. Wahrnehmung der eigenen Verantwortung des Interpreten, ineinandergreifende Maßnahmen und Wechselbeziehungen zwischen den Akteuren

Da die Auffassung verbreitet ist, dass Nachhaltigkeitsbelange erst und nur dann zu berücksichtigen seien, wenn der Gesetzgeber dies kommuniziert, ist die Rolle des Gesetzgebers faktisch noch bedeutsamer als der konzeptionelle Hintergrund eigentlich hergibt. Dass diese Ansicht zumindest unterkomplex ist, folgt daraus, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts berücksichtigt werden müssen und die Nachhaltigkeit der Handlungsoptionen die Gewichtungentscheidungen beeinflussen. Das Erkennen und Berücksichtigen dieser Faktoren wird durch erhebliche epistemische Unsicherheiten über die mittel- und langfristigen Konsequenzen der Handlungsoptionen erschwert – zumal die künftigen Konsequenzen primär als gesamtgesellschaftliches Problem gerahmt werden. Diese diffuse künftige Betroffenheit aller schwächt die

44 Dazu siehe Behrendt (Fn. 11), S. 178, 189.

45 Welche Rolle die Gesetzgebungsmaterialien bei der Rechtsfindung spielen (darf), wird in der Literatur mit Blick auf das Ziel der Auslegung kontrovers diskutiert, vgl. exemplarisch M. Sehl, Was will der Gesetzgeber? Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, 2019; T. Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers: Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, 2017; T. Wischmeyer, Der »Wille des Gesetzgebers« Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, 957.

Dramatik, da der angerichtete Schaden weniger greifbar ist und regelmäßig nicht durch das Handeln des Einzelnen isoliert bewirkt wird. Die Verantwortlichkeit des Einzelnen diffundiert im Kollektiv. Zugleich ist bei der Bemessung der individuellen Verantwortung auch zu berücksichtigen, dass er im Rahmen seiner Möglichkeiten über die Wahrnehmung seiner Interessen entscheiden muss und nachhaltige Handlungsoptionen häufig ressourcenintensiv sind. Das beeinflusst auch die Abwägungsentscheidungen und damit die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit *prima facie* bestehende Verpflichtungen zum Ergreifen nachhaltiger Verhaltensorptionen definitive Geltung erlangen. Dem Gesetzgeber bzw. der Regierung obliegt es deshalb, die Rahmenbedingungen zu schaffen, die es dem Einzelnen ermöglichen, sich ohne größeren zeitlichen und finanziellen Aufwand nachhaltig zu verhalten. Diese Rahmenbedingungen haben sowohl eine faktische als auch eine rechtliche Dimension. Erst wenn der *tatsächliche* Lebenssachverhalt entsprechend geformt ist, können *rechtlich* auch entsprechende definitive Verhaltenspflichten entstehen. Die reale und die normative Ebene sind eng miteinander verwoben.

Das Herstellen dieser Rahmenbedingungen hat auch etwas mit der Kommunikation eines Wandels zu mehr Nachhaltigkeit im gesamten System des Rechts zu tun, denn der rechtliche Steuerungsanspruch entfaltet sich erst durch eine gewisse Kalkulierbarkeit hoheitlicher Machtausübung. Der Umstand, dass sich jedenfalls *prima facie* bestehende nachhaltige Verhaltenspflichten aus den Grundrechten bzw. aus dem Verfassungsrecht ableiten lassen,⁴⁶ bedarf einer Aktualisierung in der Rechtsanwendung durch entsprechende Autoritäten. Erst dadurch werden jene Pflichten im gesamtgesellschaftlichen Diskurs sichtbar(er) – die vom Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts deutlich ausgehende Signalwirkung war und ist insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Wer annimmt, dass die Gerichte bei Abwägungen nachhaltigen Verhaltensorptionen den Vorzug geben, wird das bei potentiell konfliktträchtigen Situationen berücksichtigen.

Dennoch wird das allein nicht reichen, um einen gesamtgesellschaftlichen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit zu bewirken und sich in der „Bewältigung“ der Klimakatastrophe besser aufzustellen. Mit Reaktanz ist ebenso zu rechnen wie mit dem Umstand, dass das Ergreifen der nachhaltigen

46 Zum konzeptionellen Hintergrund vgl. das grundrechtstheoretische Modell in *Behrendt* (Fn. 4), Teil 4.

Verhaltensoption dem Individuum längst nicht immer möglich oder zumutbar ist. Unter den aktuellen Bedingungen sind wir gesamtgesellschaftlich in vielen Bereichen jedenfalls noch weit davon entfernt, bei einer Abwägung zu – durchsetzbar – definitiven Verhaltenspflichten im Dienst der Nachhaltigkeit zu gelangen. Daher obliegt es dem Gesetzgeber bzw. der Regierung außerdem, anderweitige Mechanismen durch legislatives oder faktisches (exekutives) Handeln zu fördern, die die Realisierung der (durch das schädliche Verhalten geschaffenen) Gefahren verhindern.⁴⁷ Ein Beispiel wäre die Entwicklung emissionsbindender Strukturen bzw. Stoffe. Da der Klimawandel weit fortgeschritten ist, muss das *kumulativ* erfolgen. Das ist keine einfache Aufgabe, aber sie ist zentral für die Bewältigung der ökologischen Krise, die – ungelöst – zu einer globalen sozialen und ökonomischen Krise werden wird. Die Gesetzgebung muss deshalb auch mit anderen Mitteln der Gesellschaftsteuerung kombiniert werden, z.B. der Finanzierung von Innovationen im Bereich der Nachhaltigkeit (Biotechnik, Biochemie etc.), der Förderung der Entwicklung von nachhaltigen Strukturen bei der Stadtentwicklung und von künstlich intelligenten Lösungen im Bereich der Bekämpfung des Klimawandels, einem entsprechenden außenpolitischen Wirken, der Förderung von sozio-psychologischer Forschung zur Verminderung reaktanten Verhaltens. Gesetzgebung muss auch auf diese Dinge ausgerichtet und durch das Verhalten der Hoheitsträger entsprechend ergänzt werden.

Allerdings bestehen auch innerhalb der Gesetzgebungsprozesse Hemmnisse für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit, denn auch hier wirken Beharrungskräfte und ein struktureller Konservatismus, welcher einen Wandel erheblich bremst. Das scheint zunächst mit dem Selbstverständnis der Politik und den Interessen der einzelnen Akteure bei der Wahrnehmung ihrer Rolle zu tun zu haben: Zwar ist der Mandatsträger nach dem Bild des Grundgesetzes der Kollektiv- bzw. Gesamtrepräsentation verpflichtet,⁴⁸

47 Zum Instrumentenmix zwecks Steuerung s. *M. Fehling*, Die verfassungsrechtliche Direktionskraft bei der Transformationssteuerung: Determinanten für einen Instrumentenmix am Beispiel der Verkehrswende, AöR 147 (2022), 191. Mit einer Fokussierung auf das Verwaltungshandeln *L. Michael*, Formen- und Instrumentenmix in: *A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, Bd. II, § 40.

48 *H. Butzer*, in: *v. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK-GG, 52. Ed. 2022, Art. 38 Rn. 120 f.; *K. F. Gärditz*, Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen, in: *S. Baer/O. Lepsius/C. Schönberger/C. Waldhoff/C. Walter* (Hrsg.), JÖR 64, 2016, S. 1 (2) m.w.N.

die politische Realität scheint aber zumindest in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu zu stehen. Es wäre naiv, die sozio-psychologischen Dynamiken politischer Prozesse und das Interesse des Mandatsträgers am Machterhalt zu leugnen oder das Orientierungspotential des hehren Ideals (Gesamtrepräsentation) zu überhöhen.⁴⁹ Wegen der Legislaturperioden liegt jedenfalls auch ein Blick auf der nächsten Wahl und dem vermuteten Wählerwillen. Eine weitsichtige Führung der Gesellschaft wird nur insofern durch das System abgesichert als die Wählerschaft Weitsicht erwartet und belohnt.⁵⁰ Soweit die Politik sich primär am vermeintlichen Wählerwillen orientiert, wirken sich dementsprechend kognitive Verzerrungen in der Wählerschaft auf die Politik aus. Dieser Effekt scheint sich durch die – mit der Herausarbeitung des vermeintlichen Wählerwillens einhergehenden – erheblichen Reduzierung von Komplexität zu verstärken. Vielleicht sind wir zwar mittlerweile auf dem Weg, dass selbst eine sich am vermeintlichen Wählerwillen orientierende Politik die Bedeutung von *wirklicher* Nachhaltigkeit erkennt – dennoch dürfte es nicht schaden, auf die Hemmnisse für eben jene Erkenntnis hinzuweisen.⁵¹

E. Fazit

Was bedarf es also für die Beschleunigung eines Wandels im Recht hin zu mehr Nachhaltigkeit? Eine einfache Antwort auf diese Frage gibt es nicht, dazu ist die Thematik zu komplex. Es wäre m.E. wichtig, den Grundrechten ein komplexeres, gehaltvolleres Freiheitsverständnis zu unterlegen. Erst dann lässt sich die Komplexität des Konflikts sich gegenüberstehen-

49 Siehe dazu Gärditz (Fn. 48): „Mit der Verpflichtung auf das Gemeinwohl, die Proprium des Amtsprinzips sein soll, wird [...] auf ein Abstraktum verwiesen, das in einem demokratischen Rechtsstaat mit offen-pluralistischen Verfahren der Rechtsetzung weder stabile noch vorrechtliche Koordinate sein kann.“

50 Selbstverständlich gibt es auch Politiker, die sich davon lösen, und bestrebt sind, die eigentliche Aufgabe der Politik – die Gesellschaft langfristig (und damit über die Legislaturperiode hinaus) gut aufzustellen – verantwortlich wahrzunehmen. Wie das gelingen kann und welcher Weg am besten ist, birgt ohnehin genug Stoff für Differenzen. Eine völlige Lösung von der gesellschaftlichen Stimmungslage dürfte jedoch selten gelingen und ist auch nicht ratsam, weil die Führung der Gesellschaft auch eine kommunikative Einbindung erfordert.

51 Zwischen der Finalisierung des Manuskripts und der Rückgabe der Druckfahnen gab es außerdem gesellschaftliche und politische Entwicklungen, die doch erheblichen Zweifel daran nähern, dass wir uns tatsächlich auf diesem Weg befinden.

der Interessen überhaupt verzerrungsfrei grundrechtlich abbilden. Als Nebeneffekt können die Grundrechte den Wandel zu mehr Nachhaltigkeit beschleunigen, soweit die konkrete Rechtsanwendung einer grundrechtsgeleiteten Interpretation offensteht.⁵² Die einfachen Gesetzestexte machen das nicht immer einfach. Da jede Auffassung über das rechtlich Gesollte sich an den Gesetzestexten und den Kommunikationsakten über jene messen lassen muss, hat ein verändertes Freiheits- und Grundrechtsverständnis selbstverständlich Grenzen. In diesem Beitrag ging es mir zunächst nur darum, den Konnex zwischen Pfadbildungsprozessen und etablierten Axiomen herauszuarbeiten und auf die sich daraus ergebende Probleme für einen raschen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit hinzuweisen. Erst das ermöglicht einen freien Blick auf das Potential der Grundrechte für mehr Nachhaltigkeit in der Rechtsanwendung. Ein Wandel im System ist – jenseits der Nutzung von *top-down*-Effekten durch Änderungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden: Diese haben zunächst mit dem Verständnis der Grundlagen des Rechts und der Komplexität und Vielfalt der rechtstheoretischen Zugänge zu tun, hängen aber auch mit dem Umstand zusammen, dass das etablierte Grundlagenverständnis konservierend wirkt. Schlussendlich ist wohl vor allem eines klar: Es liegt viel Arbeit vor uns.

52 Eine andere Sicht auf (Grund- bzw. Verfassungs-)Theorie und ihre Relevanz für die Bewältigung der Krise des Anthropozäns zeigt sich bei J. Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung (2020). Er sieht gerade in der Zuspitzung, die die klassischen Grundrechtstheorien kennzeichnet, ein Potential für die Bewältigung des Wandels, weil es die Sicht für das Denken in alternativen verfassungstheoretischen Zuspitzungen ermöglicht. In meinem Ansatz wird die Zuspitzung erst durch den Interpreten geleistet. Das grundrechtstheoretische Modell, für das ich argumentiere, ist nur ein Meta-Modell – es enthält die materielle Zuspitzung noch nicht. Als Interpret bezieht man jedoch Stellung und *insofern* ist meine Argumentation für das Lesen der Verfassung als reduktionsfreie Implementierung des realen Freiheitsbegriffs eine Partizipation im Diskurs über die vorzugswürdige Theorie. Die Zuspitzung meines Ansatzes läge allerdings in einer strukturellen Gleichrangigkeit.