

LINO MUNARETTO

# Der Vorbehalt des Möglichen

*Beiträge zu normativen  
Grundlagen der Gesellschaft*

10

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft

Herausgegeben von  
Udo Di Fabio und Frank Schorkopf

10





Lino Munaretto

# Der Vorbehalt des Möglichen

Öffentliches Recht  
in begrenzten Möglichkeitsräumen

Mohr Siebeck

*Lino Munaretto*, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen; 2016 Erstes Juristisches Staatsexamen; Rechtsreferendariat in Frankfurt am Main; 2019 Zweites Juristisches Staatsexamen.  
orcid.org/0000-0003-1929-5550

Gedruckt mit Unterstützung des Forschungskollegs normative Gesellschaftsgrundlagen (FnG), Bonn.

ISBN 978-3-16-161744-7 / eISBN 978-3-16-161745-4

DOI 10.1628/978-3-16-161745-4

ISSN 2569-2003 / eISSN 2625-2406 (Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Das vorliegende Forschungsvorhaben ist in Zeiten globaler Krisen begonnen und abgeschlossen worden. Diese Krisen haben Verteilungsfragen aufgeworfen. Verteilungskonflikte sind jedoch kein Krisenphänomen. Sie waren und sind allgegenwärtig im modernen Leistungsstaat. Der *Vorbehalt des Möglichen* ist eine Antwort des Rechtssystems auf solche Konflikte. Wie eine freiheitlich-demokratische Gesellschaft zukünftig mit der Knappheit der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten umgeht und Verteilungsfragen verhandelt, hängt nicht zuletzt davon ab, wie Juristen den Vorbehalt des Möglichen einsetzen. Diese Arbeit ist der Versuch, aus einem vagen „Schlagwort“ einen aussagekräftigen „Schlüsselbegriff“ zu formen. Sie wurde im März 2022 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Das Mitte 2021 fertiggestellte Manuskript wurde für die Drucklegung überarbeitet und aktualisiert.

Dass es mir „möglich“ war, dieses Forschungsvorhaben in der nun vorgelegten Form abzuschließen, verdanke ich vielen Unterstützern und Begleitern.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Frank Schorkopf, der das Potenzial dieses Forschungsvorhabens früh erkannt und mich darin bestärkt hat, es weiterzuverfolgen. Der akademische Austausch mit ihm sowie seine kritischen Anmerkungen und wertvollen Erfahrungen haben diese Arbeit sehr befruchtet. Dass ich diese Unterstützung trotz der ohnehin bestehenden Distanz zwischen Frankfurt und Göttingen und des Social Distancing während der Pandemie via Videotelefonie und E-Mail-Korrespondenz erfahren durfte, habe ich sehr geschätzt.

Herrn Prof. Dr. Hans Michael Heinig gilt mein Dank für die Übernahme der Mühe des Zweitgutachtens.

Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe *Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft* sowie dem *Forschungskolleg normative Gesellschaftsgrundlagen* für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Großer Dank gebührt auch der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, die mein Forschungsvorhaben über zwei Jahre hinweg gefördert hat.

Meinem Vertrauensdozenten der Stiftung, Herrn Prof. Dr. Albrecht Cordes, danke ich für die Betreuung und die Erstellung eines Zwischengutachtens.

Dank gilt auch meinem früheren Mitbewohner und guten Freund, Philipp Ivo Kratzer, für den regen Gedankenaustausch. Manche Idee wäre nur unvollständig gereift, wenn ich sie nicht in einer liberalen Frankfurter Wohngemeinschaft bei einem Glas Wein oder auf einer Joggingrunde kritisch hätte diskutieren können.

Schließlich möchte ich mich ganz besonders bei meiner Familie bedanken. Bei meinen Eltern für den großartigen Rat und die Unterstützung, auf die ich mich immer verlassen kann. Bei meiner Frau dafür, dass ich sie immer an meiner Seite weiß und ihr Rückhalt mir bis heute für alle Herausforderungen Zuversicht gibt.

Frankfurt, im Juni 2022

*Lino Munaretto*

# Inhaltsübersicht

Einführung in die Untersuchung . . . . .	1
Erstes Kapitel: Vorfragen und Grundlagen . . . . .	27
§ 1 Möglichkeit als Operator . . . . .	27
§ 2 Der Staat und seine Möglichkeiten . . . . .	35
§ 3 Die Möglichkeitsentscheidung . . . . .	40
§ 4 Der Anwendungsbereich des Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	65
Zweites Kapitel: Geltungstheorie . . . . .	83
§ 5 Positivismus: Reines Recht . . . . .	86
§ 6 Orientierung an Realbedingungen . . . . .	94
§ 7 Ideale statt Sachzwänge . . . . .	113
§ 8 Prozedurales Recht . . . . .	118
Drittes Kapitel: Methoden der Normkonkretisierung . . . . .	135
§ 9 Strukturtheorie . . . . .	144
§ 10 Strukturierende Rechtslehre . . . . .	173
§ 11 Abwägung . . . . .	182
§ 12 Übergang zur Gleichheit . . . . .	229
§ 13 Offene Fragen und Zwischenstand . . . . .	239
Viertes Kapitel: Legitimation der Möglichkeitswahl . . . . .	245
§ 14 Legitimation . . . . .	246
§ 15 Legitimationsressourcen . . . . .	254
Fünftes Kapitel: Dogmatik des Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	325
§ 16 Minimal Core Obligations . . . . .	326
§ 17 Der Möglichkeitsvorbehalt als Spielraum . . . . .	351
§ 18 Zwischenstand . . . . .	360

Sechstes Kapitel: Praktische Erprobung: Ein „Grundrecht auf Gesundheit“ unter dem Vorbehalt des Möglichen . . . . .	365
§ 19 Ausgangspunkt und Thesen . . . . .	365
§ 20 Grundlagen des Konflikts . . . . .	376
§ 21 Rechte auf Gesundheit . . . . .	387
§ 22 Teilhabe am Vorhandenen . . . . .	394
§ 23 Ein originäres Leistungsrecht . . . . .	401
§ 24 Umsetzung im geltenden Recht . . . . .	433
§ 25 Ergebnisse der Erprobung . . . . .	469
Schluss . . . . .	473

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Einführung in die Untersuchung . . . . .	1
I. Das Recht und der Möglichkeitshorizont . . . . .	2
II. Verwirrung um einen Begriff . . . . .	4
III. „Dann hört das mit dem Recht auch auf“ . . . . .	6
IV. Der doppelte Vorbehalt . . . . .	12
V. Grenzen der juristischen Methode . . . . .	14
VI. Geltungskraft und Normstruktur . . . . .	17
VII. Wer ist legitimiert zu entscheiden? . . . . .	19
VIII. Methodischer Zugriff . . . . .	22
IX. Anwendungsfelder des Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	24
X. Überblick über das Untersuchungsprogramm . . . . .	25
Erstes Kapitel: Vorfragen und Grundlagen . . . . .	27
§ 1 <i>Möglichkeit als Operator</i> . . . . .	27
I. Rechtssätze und Möglichkeitsaussagen . . . . .	28
II. Unmögliche Rechtsnormen . . . . .	29
III. Formen der Unmöglichkeit . . . . .	30
IV. „Koste es, was es wolle“ – Verdrängte Opportunitätskosten . . . . .	32
V. Zeitdruck und Unmöglichkeit . . . . .	34
§ 2 <i>Der Staat und seine Möglichkeiten</i> . . . . .	35
I. Staatliche Handlungsmittel . . . . .	35
II. Staatliche Funktionsfähigkeit . . . . .	39
§ 3 <i>Die Möglichkeitsentscheidung</i> . . . . .	40
I. Die Möglichkeitswahl aus systemtheoretischer Perspektive . . . . .	41
II. Die Komplexität der Möglichkeitsentscheidung . . . . .	43

III.	Die unterschiedlichen Codes von Politik und Recht . . . . .	45
IV.	Der Möglichkeitsvorbehalt als Schleuse . . . . .	47
V.	Vertiefung: Die Politik und das Mögliche . . . . .	48
	1. Die Verteilung von Ressourcen als politischer Urkonflikt . . . . .	48
	2. Das „Mögliche“ der Politik – Machttechnik, Wissen, Narrativ . . . . .	49
	3. Könnensbewusstsein als Wesen des Politischen . . . . .	53
	4. Annäherung an das Bestmögliche . . . . .	54
VI.	Unmöglichkeit als gemeinsame Erfahrung . . . . .	56
	1. Die Grenzen des „technisch Möglichen“ . . . . .	57
	2. Der Unmöglichkeitseinwand kommt in der Verfassungspolitik an . . . . .	58
	3. Unmöglichkeit sozialer Versprechungen als Lehre aus Weimar . . . . .	59
	4. Die Debatte über „Grundrechte im Leistungsstaat“ . . . . .	60
	5. Die unlösbaren Probleme . . . . .	62
	6. Staatsaufgabenkritik . . . . .	63
	§ 4 <i>Der Anwendungsbereich des Möglichkeitsvorbehalts</i> . . . . .	65
I.	Subjektive Rechte als Auslöser von Rechtskonflikten . . . . .	65
II.	Das komplementäre Ordnungsmodell des subjektiven Rechts . . . . .	68
III.	Gibt es überhaupt kostenneutrale Rechte? . . . . .	70
	1. Positive und negative Rechte . . . . .	70
	2. Kosten alle Rechte etwas? . . . . .	73
IV.	Ausnahmen bestätigen die Regel . . . . .	75
	1. Beispiel 1: Mittelbeschaffung und Opportunitätskosten . . . . .	75
	2. Beispiel 2: Mittelschonung durch Zugangsausschluss . . . . .	77
	3. Stellungnahme . . . . .	77
V.	Keine grundrechtsmonistische Perspektive . . . . .	78
VI.	Die „Welt, wie sie nun einmal ist“ . . . . .	80
VII.	Zusammenfassung und Ausblick . . . . .	81
	Zweites Kapitel: Geltungstheorie . . . . .	83
I.	Impliziert Sollen Können? . . . . .	83
II.	Geltungsbegriffe und Geltungsgründe . . . . .	85
	§ 5 <i>Positivismus: Reines Recht</i> . . . . .	86
I.	Wirksamkeitsminimum als Geltungskriterium . . . . .	86
II.	Der Wert des positivistischen Geltungsmodus . . . . .	88

III.	Nachpositivistisches Denken in Offenheitsbereichen des Rechts	90
IV.	Wirklichkeitsbezüglichkeit – Wer wird da widersprechen? . . .	92
	§ 6 <i>Orientierung an Realbedingungen</i> . . . . .	94
I.	Wille als Geltungsgrund . . . . .	95
	1. „Normative Kraft“ und „politisch Unmögliches“ . . . . .	95
	2. Demokratischer Dezisionismus nach Schmitt . . . . .	97
	3. Liberaler politischer Voluntarismus bei Raz und Walzer . . .	98
	4. Zusammenfassung . . . . .	100
II.	Ordnungsdenken . . . . .	100
	1. Schmitt: Möglichkeit des Rechts aus der Ordnungsperspektive . . . . .	101
	2. Ordnungsdenken in der Rechtsprechung . . . . .	102
	3. „Macht auf Zeit“ und „Kein Geben ohne Nehmen“ (P. Kirchhof) . . . . .	103
	4. Sicherheit als Staatszweck und konkrete Ordnungsidee (Isensee) . . . . .	107
	5. Gesamtbilanz . . . . .	109
III.	Die „neue Offenheit“ des Rechts für Realwissen . . . . .	110
IV.	Stellungnahme . . . . .	112
	§ 7 <i>Ideale statt Sachzwänge</i> . . . . .	113
I.	Approximative Erfüllung: Geltung auf zwei Ebenen . . . . .	113
II.	Anerkennung des Annäherungsgedankens im geltenden Recht	116
	1. Annäherung als Regelungstechnik . . . . .	116
	2. Annäherungsgedanke als Auslegungstechnik . . . . .	116
	§ 8 <i>Prozedurales Recht</i> . . . . .	118
I.	Prozeduralisierung als Folge des Knappheitsbewusstseins . . .	119
II.	Varianten des prozeduralen Rechtsparadigmas . . . . .	120
III.	Material-prozedurale Rechtstheorien . . . . .	121
	1. Möglichkeitsvorbehalt als Brückenprinzip . . . . .	122
	2. Möglichkeitsvorbehalt und Vertragsgedanke . . . . .	123
	3. Rational Choice – Der Staat als Homo oeconomicus? . . . .	124
	4. Diskurstheorien . . . . .	126
	a) Der juristische Diskurs als Idealverfahren . . . . .	127
	b) Die zweifelhafte Prozeduralisierung des politischen Diskurses . . . . .	128
IV.	Funktional-prozedurale Rechtstheorien . . . . .	130
V.	Zwischenstand . . . . .	132

Drittes Kapitel: Methoden der Normkonkretisierung . . . . .	135
I.    Möglichkeitsvorbehalt und Methodenwahl . . . . .	136
II.   Möglichkeitsvorbehalt und Maßstabbildung . . . . .	137
1. Reasonableness und Verhältnismäßigkeit . . . . .	137
2. Implikationen der Maßstabwahl für den Möglichkeitsvorbehalt . . . . .	138
3. Die Verteilung der Rechtfertigungslast . . . . .	140
4. Methoden- und Maßstabsunsicherheit in der Praxis . . . . .	141
III.  Zwischenstand . . . . .	144
§ 9 <i>Strukturtheorie</i> . . . . .	144
I.    Das prinzipientheoretische Regel-Prinzipien-Modell . . . . .	144
II.   Die vernachlässigten Regeln . . . . .	147
1. Ausnahmeklauseln als Möglichkeitsvorbehalt von Regeln . . . . .	147
a) Keine Ausnahmeklausel für einfachgesetzliche Pflichten . . . . .	147
b) Ausnahmeklauseln für kontraktualistische Rechtsbeziehungen . . . . .	149
2. Regeln mit unbestimmter Rechtsfolge . . . . .	152
3. Zwischenstand zur Reaktion von Regeln . . . . .	153
III.  Die Haltbarkeit der Optimierungsthese . . . . .	154
1. Die Sorge vor dem „Recht auf alles“ . . . . .	154
2. Minimum statt Maximum? . . . . .	156
3. Verbleibende Kritik und Missverständnisse . . . . .	157
4. Das Für und Wider des Optimierungsgedankens . . . . .	160
IV.  Subdifferenzierung der Prinzipien . . . . .	162
1. Rechtliche Trümpfe und politische Blankokarten . . . . .	162
2. Die autonomiesichernde Funktion subjektiver Rechte . . . . .	164
3. Autonomiefunktionale Eingrenzung des Schutzbereichs . . . . .	167
a) Ist staatliche Hilfe überhaupt optimierungsgeeignet? . . . . .	168
b) Welche staatliche Hilfe ist erforderlich? . . . . .	169
c) Positive Rechte als begründungsbedürftige Rechte . . . . .	170
4. Autonomiefunktionalität und positive Rechte . . . . .	171
§ 10 <i>Strukturierende Rechtslehre</i> . . . . .	173
I.    „Verschränkung“ von Sein und Sollen . . . . .	174
II.   Der staatliche Möglichkeitsraum als Realbereich . . . . .	175
III.  Die Normbereichsanalyse und der Möglichkeitsvorbehalt . . . . .	176
1. Knappheit im Normbereich von Freiheitsrechten . . . . .	176
2. Der Möglichkeitsvorbehalt in der Normbereichsanalyse . . . . .	178

3. Implizite Rationierungen und Political Question Doctrine	180
IV. Stellungnahme	182
§ 11 Abwägung	182
I. Die umgekehrte Zumutbarkeit	183
II. Verhältnismäßigkeit und Inkommensurabilität	184
III. Von Prinzipien zu bedingten Vorrangrelationen	187
1. Eingriff – Beeinträchtigung – Nichterfüllung	187
2. Die komplizierte Suche nach dem legitimen Zweck	188
a) Die Vermeidung von Kosten als legitimer Zweck?	189
b) „Gute Gründe“ für Nicht-Allokationen?	191
c) Entscheidungshorizonte unterschiedlicher Allokationsebenen	193
d) Stellungnahme	195
3. Nicht zu vernachlässigen: Geeignetheit und Erforderlichkeit	197
a) Geeignetheit	197
b) Erforderlichkeit	198
4. Ein wichtiger Zwischenstand	200
IV. Die eigentliche Abwägung	201
1. Demokratische Unwägbarkeiten	202
2. Das prinzipielle Gebot der Steuerschonung	204
3. Finanzielle Leistungsfähigkeit	207
4. Funktionsfähigkeit und Stabilität von Leistungssystemen	208
5. Ökonomische Prinzipien der Kostenvermeidung	211
V. Die letzte Chance der Abwägung	213
1. Die Skalierung der Belange	214
2. Mathematische Formalisierung der Abwägung	215
3. Die Suche nach dem Numeraire	217
a) Numerische Abwägungen in der Entscheidungsherstellung	217
b) Marktpreise als Numeraire	219
c) Autonomie als „common metric“	220
d) Gemeinwohl als verfassungsrechtlicher Numeraire?	222
e) Schätzung oder moralischer Intuitionismus	223
f) Stellungnahme	224
4. Weitere Einwände gegen die Mathematisierung der Abwägung	225
5. Scheinrationale Schablonen	226
6. Verbliebenes Potenzial und Grenzen der juristischen Abwägung	227

§ 12 <i>Übergang zur Gleichheit</i> . . . . .	229
I. Ein Ausweg aus dem Inkommensurabilitätsproblem . . . . .	231
II. Das Recht auf gleiche Teilhabe und seine Kosten . . . . .	233
III. Die verschwiegenen Kosten der Gleichbehandlung . . . . .	236
1. Voraussetzungen der Typisierung . . . . .	237
2. Ein bekanntes Problem: Zurück zur Abwägung? . . . . .	239
§ 13 <i>Offene Fragen und Zwischenstand</i> . . . . .	239
I. Wer trägt eigentlich die argumentativen Lasten? . . . . .	240
II. Modifikation der Rechtfertigungslast . . . . .	241
III. Was von der Abwägung bleibt . . . . .	243
IV. Zwischenstand . . . . .	244
 Viertes Kapitel: Legitimation der Möglichkeitswahl . . . . .	 245
§ 14 <i>Legitimation</i> . . . . .	246
I. Unklare Kompetenzen: Wozu Legitimationstheorie? . . . . .	247
II. Die Konfliktlinie zwischen Recht und Politik . . . . .	249
III. Ansätze für ein Legitimationsmodell . . . . .	253
§ 15 <i>Legitimationsressourcen</i> . . . . .	254
I. Kommunikative Codes und Legitimationsmodi . . . . .	255
II. Die Legitimation der Gerichte . . . . .	257
1. Der Vorwurf vom „Jurisdiktionsstaat“ . . . . .	257
2. Gerichtliche Legitimationsressourcen . . . . .	261
a) „Better placed“ qua Expertise? . . . . .	261
b) Funktionenordnung als Legitimationsursprung . . . . .	262
aa) Funktionszuweisungen durch formelle Verfassungsprinzipien . . . . .	263
bb) Die formelle Einrichtung und die Organstruktur der Gerichte . . . . .	264
cc) Stellungnahme . . . . .	266
c) Das Handlungsnorm-Kontrollnorm-Modell . . . . .	267
d) Verfassungskonsens als soziale Funktion . . . . .	268
aa) Die Unterscheidung der Konsensformen . . . . .	269
bb) Schematisierung der Konfliktstrukturen . . . . .	270
cc) Juristische Konsensherstellung als methodische Überzeugungsaufgabe . . . . .	271
dd) Die Grenzen der methodischen Begründbarkeit . . . . .	273

III.	Die Legitimation des Gesetzgebers . . . . .	275
	1. Die Allgemeinheit als Mitautorenschaft . . . . .	275
	2. Rationalität der Gesetzgebung . . . . .	278
	a) Möglichkeitswahl nach demokratischer Deliberation? . . . . .	278
	b) Die Begründungspflichten des Gesetzgebers . . . . .	281
	c) Widerspruchsfreiheit als passender Maßstab? . . . . .	283
	d) Drohende Frustration und Delegitimierung als Kollateralschaden . . . . .	285
	e) Parteilichkeit als Erwartung des Legitimationssubjekts . . . . .	286
	f) Stellungnahme . . . . .	288
	3. Kontingenzoffenheit und Selbstbestimmung . . . . .	289
	4. Neutralisierung der Inkommensurabilität . . . . .	291
	5. Austragung von Antagonismen in einer „Streitgemeinschaft“ . . . . .	292
	6. Risikoentscheidung durch subjektive Verantwortungsübernahme . . . . .	295
	7. Halten sich Gerichte nur zurück? . . . . .	297
	8. Zusammenfassung . . . . .	298
IV.	Exkurs: Plebiszit über das Mögliche? . . . . .	299
V.	Die Legitimation der Exekutivorgane . . . . .	302
	1. Unterschiedliche Organe – unterschiedliche Legitimation . . . . .	302
	2. Administrative Legitimität gegen demokratische Legalität? . . . . .	304
	a) Konkretes Ordnungsdenken und Möglichkeitsvorbehalt . . . . .	304
	b) Grenzen eines administrativen Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	306
VI.	Zusammenfassung . . . . .	307
VII.	Exkurs: Besonderheiten in Mehrebenensystemen . . . . .	309
	1. Der Möglichkeitsvorbehalt in Mehrebenensystemen . . . . .	309
	2. Das föderale Mehrebenensystem (Bund und Länder) . . . . .	310
	3. Der Möglichkeitsvorbehalt der Europäischen Union . . . . .	311
	a) Der Vorbehalt des intergouvernemental Möglichen . . . . .	311
	b) Tektonische Verschiebungen durch Krisen . . . . .	313
	aa) Der Rollentausch des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	314
	bb) Krisenbedingte Solidaritätspflichten als Political Question der Union? . . . . .	317
	cc) Next Generation EU oder: die normative Kraft des Dauerkrisenmodus? . . . . .	319
	c) Stellungnahme . . . . .	323

Fünftes Kapitel: Dogmatik des Möglichkeitsvorbehalts . . .	325
§ 16 <i>Minimal Core Obligations</i> . . . . .	326
I. Mindestposition und Möglichkeitsvorbehalt . . . . .	327
II. Minimal core obligations als ein Compossible set of rights . . .	330
III. Standpunkt und Richtmaß . . . . .	332
IV. Ein Grundgerüst der Mindestpositionsbestimmung . . . . .	333
1. Noch einmal: Durch Abwägung zu Minimalpositionen? . .	333
2. Abwägungsargumente als Wegweiser . . . . .	334
3. Typisierende Positionsgewichtung innerhalb des Normbereichs . . . . .	336
4. Differenzierung nach Rollenschutz und Besitzstandsschutz	338
5. Ein Minimum an Vertrauen . . . . .	340
6. Faktische Basisgleichheit als Mindestposition? . . . . .	342
a) Autonomieessenzielle Gleichheit . . . . .	342
b) Formaler Gleichheit eine Chance geben . . . . .	344
7. Prozedurale Mindestanforderungen . . . . .	346
8. Annäherungsvorstellung und Mindestposition . . . . .	349
§ 17 <i>Der Möglichkeitsvorbehalt als Spielraum</i> . . . . .	351
I. Spielräume und Selbstbestimmungsmodi . . . . .	352
II. Spielraum und Argumentationslast . . . . .	353
III. Die „Spielräume“ des Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	354
1. Ebene 1: Die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit . . . . .	355
2. Ebene 2: Der strukturelle Entscheidungsspielraum . . . . .	358
§ 18 <i>Zwischenstand</i> . . . . .	360
Sechstes Kapitel: Praktische Erprobung: Ein „Grundrecht auf Gesundheit“ unter dem Vorbehalt des Möglichen . . . .	365
§ 19 <i>Ausgangspunkt und Thesen</i> . . . . .	365
I. Tragik, Trümpfe und Diskurse . . . . .	366
II. Unpassendes Leitbild: Ist der Staat ein guter Samariter? . . . .	369
III. Deontologische vs. konsequentialistische Ethik . . . . .	370
1. Falsche Schablonen . . . . .	371
2. Notwendige Konzessionen und mangelhafte Richtigkeitsansprüche . . . . .	372
3. Warum Grundrechte keine eindeutigen Weichensteller sind	373

IV.	Fünf Thesen zu einem Recht auf Gesundheit . . . . .	374
V.	Gesundheitsschutz im Zeichen von Pandemie und Klimawandel . . . . .	375
§ 20	<i>Grundlagen des Konflikts</i> . . . . .	376
I.	Ressourcenallokation im Gesundheitswesen . . . . .	377
II.	Der tragische Einzelfall – Wie Mikro Makro beeinflusst . . . . .	378
III.	Symbolische Motive als Rechtsmaßstab . . . . .	379
IV.	Wie umgehen mit Knappheit? . . . . .	380
	1. Rationierung und Priorisierung . . . . .	381
	2. Rationierung und Rationalisierung . . . . .	382
	3. Implizite oder explizite Rationierung . . . . .	383
V.	Rechtlich Gebotenes und politisch Gewolltes . . . . .	385
§ 21	<i>Rechte auf Gesundheit</i> . . . . .	387
I.	Eine kurze Geschichte des Rechts auf Gesundheit . . . . .	387
II.	Fortschreitende Subjektivierung und Kritik der Rechte . . . . .	389
III.	Die Schwierigkeit der Regelfindung im Gesundheitsrecht . . . . .	390
IV.	Typen eines Grundrechts auf Gesundheitsleistungen . . . . .	393
§ 22	<i>Teilhabe am Vorhandenen</i> . . . . .	394
I.	Zulässige und unzulässige Unterscheidungen . . . . .	395
II.	Anpassung des Kontrollmaßstabs an die Allokationsebene . . . . .	398
	1. Teilhabe in der Makroallokation von Gesamtbudgets . . . . .	398
	2. Teilhabe in der Mikroallokation individualisierter Kapazitäten . . . . .	399
§ 23	<i>Ein originäres Leistungsrecht</i> . . . . .	401
I.	Schritt 1: Schutzbereichsdefinition . . . . .	402
	1. Die negative und die positive Seite des Schutzbereichs . . . . .	402
	2. Welche Gesundheit schützen? . . . . .	403
	3. Vorsorgen oder behandeln – Prevention vs. Treatment . . . . .	404
	4. Nachweis der Geeignetheit der beanspruchten Hilfe . . . . .	406
	5. Selbsthilfe und Eigenverantwortung als Schutzbereichsgrenze? . . . . .	407
	6. Normbereichstypen eines Grundrechts auf Gesundheit . . . . .	409
	7. Zwischenstand . . . . .	410
II.	Schritt 2: Rechtfertigung der Nicht-Leistung . . . . .	410
	1. Kostenersparnis als legitimer Zweck . . . . .	410
	2. Geeignetheit . . . . .	411
	3. Erforderlichkeit . . . . .	412

4. Und noch einmal: Warum nicht abwägen? . . . . .	413
a) Abwägungsaversion aus den falschen Gründen . . . . .	413
b) Verknüpfungskapazitäten am Ende . . . . .	414
5. Nachvollziehbare Abwägung als Verfahrensgarantie . . . . .	415
6. Zwischenstand . . . . .	417
III. Schritt 3: Mindestpositionsbestimmung . . . . .	418
1. Annäherung an den Kern . . . . .	418
a) Minimaler Output: Lebensrettung, Lebensjahre, Lebensqualität . . . . .	419
b) Gesundheit als Bedingung und Resultat eines autonomen Lebens . . . . .	421
c) Vorbehalte und Skepsis . . . . .	422
d) Ressourcenverteilung als Autonomiekonflikt . . . . .	423
2. Verschiedene Dimensionen einer Mindestposition . . . . .	424
a) Staatliche Basisvorsorge als institutionelles Minimum . . . . .	425
b) Prozedurales Minimum . . . . .	427
aa) Ein Mindestmaß demokratischer Legitimation . . . . .	427
bb) Die Sehnsucht nach dem zwangslosen Konsens . . . . .	429
cc) Minimalrechte auf Verfahren . . . . .	431
IV. Stellungnahme . . . . .	432
§ 24 <i>Umsetzung im geltenden Recht</i> . . . . .	433
I. Universelles Völkerrecht . . . . .	433
II. Regionales Völkerrecht (EMRK, ESC) . . . . .	436
III. Recht der Europäischen Union . . . . .	439
IV. Nationale Verfassungen und Grundrechte . . . . .	441
1. Europäische Verfassungen . . . . .	441
a) Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht . . . . .	443
aa) Schutz von Gesundheit und Leben als objektivrechtliche Pflicht . . . . .	443
bb) Reziprozität von Beitrag und Leistung als falsches Ordnungsprinzip . . . . .	444
cc) Vergessene Opportunitätskosten: Die Verzichte anderer Versicherter . . . . .	446
dd) Lebensschutz: Koste es was es wolle? . . . . .	447
ee) Kontrastfolie: Der Sentges-Beschluss des EGMR . . . . .	448
b) Der Court of Appeal . . . . .	450
aa) Die Entscheidung, nicht zu entscheiden . . . . .	450
bb) Prozeduralisierung des Verfahrens . . . . .	452
cc) Stellungnahme . . . . .	454

c) Das Schweizer Bundesgericht und das Myozyme-Urteil	454
d) Stellungnahme . . . . .	455
2. Südafrika: Wenn Rationierung nicht zu verdecken ist . . . . .	458
a) Soobramoney v Minister of Health . . . . .	458
b) Treatment Action Campaign No. 2 . . . . .	460
c) Würdigung und Einordnung . . . . .	461
3. Kanada: Gleichheit als zentraler Kontrollmaßstab . . . . .	462
a) Eldrige v. British-Columbia . . . . .	463
b) Auton v. British-Columbia . . . . .	465
c) Quantitative Rechtsprechungsanalyse (Hester Lessard) . . . . .	467
4. Negativbeispiel: Brasilien . . . . .	468
§ 25 Ergebnisse der Erprobung . . . . .	469
Schluss . . . . .	473
I.    Rechtsgeltung in begrenzten Möglichkeitsräumen . . . . .	474
II.   Die Grenzen der juristischen Methode . . . . .	477
III.  Der Vorbehalt des auch anders Möglichen . . . . .	480
1. Kein absoluter Primat der Politik . . . . .	480
2. Der Vorbehalt des Möglichen als Kontingenzmarker . . . . .	482
IV.  Dogmatische Herausforderungen: Mindestpositionsbestimmung und Prozeduralisierung . . . . .	485
V.    Ausblick: Die Zukunft des Möglichkeitsvorbehalts . . . . .	487
1. Nutzen und Potenzial der Befunde für Wissenschaft und Praxis . . . . .	487
2. Wiederentdeckte Knappheit . . . . .	488
3. Kein verfassungsrechtlicher Nachhaltigkeitsimperativ . . . . .	490
VI.  Der Vorbehalt des Möglichen und die Grenzen des Rechts . . . . .	491
Literaturverzeichnis . . . . .	493
Sach- und Personenregister . . . . .	541



## Abkürzungsverzeichnis

A.C.	Appeal Cases (Official Law Report)
AbR	Archiv für bürgerliches Recht
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
Am J Comp Law	The American Journal of Comparative Law
Am J Public Health	American Journal of Public Health
Am Sociol Rev	American Sociological Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
Bd.	Band
BerVerf	Verfassung von Berlin
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BMJ	British Medical Journal
Braz. J. Pub. Pol'y	Brazilian Journal of Public Policy
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichtes
BVerfGK	Sammlung der Kammerentscheidungen des Bundesver- fassungsgerichtes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichtes
BW-Verf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
C. Cost.	Corte Costituzionale (Verfassungsgericht Italien)
Camb Q Healthc Ethics	Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics
Camb. Law J.	The Cambridge Law Journal
Can J Law Jurisprud	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cato J.	Cato Journal

CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights (dt.: Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte)
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. J. Transnat'l L	Columbia Journal of Transnational Law
Cons. Stato	Consiglio di Stato (Staatsrat Italien)
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJSS	European Journal of Social Security
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
ESCR	Europäischer Ausschuss für Sozialrechte/European Committee of Social Rights
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur Law J.	European Law Journal
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GuS	Gesundheits- und Sozialpolitik
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
H.d.V.	Hervorhebung des Verfassers
Harv. Hum. Rights J.	Harvard Human Rights Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HB	Handbuch
HdBVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Health Econ Policy Law	Health Economics, Policy and Law
Health Hum Rights	Health and Human Rights
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hum. Rights Law Rev.	Human Rights Law Review
Hum. Rights Q.	Human Rights Quarterly
HVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
HWPph	Historisches Wörterbuch der Philosophie
ICON	International Journal of Constitutional Law
ILC	International Law Commission

ILC-Artikel	ILC-Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
ILCYB	Yearbook of the International Law Commission
Int J Health Serv	International Journal of Health Services
Int'l Fin. L. Rev.	International Financial Law Review
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
J Law Med Ethics	Journal of Law, Medicine & Ethics
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior & Organization
J. Health Econ.	Journal of Health Economics
J. Hum. Rts.	Journal of Human Rights
JBCA	Journal of Benefit-Cost Analysis
JCMS	Journal of Common Market Studies
JJS	Journal for Juridical Science
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	JuristenZeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench Division
KassKomm	Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht
KJ	Kritische Justiz
Law & Contemp. Prob.	Law and Contemporary Problems
Law Ethics Hum. Rights	Law & Ethics of Human Rights
Leg. Issues Econ. Integr.	Legal Issues of Economic Integration
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift) mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	
Med. L. Rev.	Medical Law Review
MedR	Medizinrecht
Mich. L. Rev	Michigan Law Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
Morb Mortal Wkly Rep	Morbidity and Mortality Weekly Report
MV Verf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
MWG	Max-Weber-Gesamtausgabe
N Engl J Med	New England Journal of Medicine
Nat Clim Chang	Nature Climate Change
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nord. J. Hum. Rights	Nordic Journal of International Law
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Ottawa Law Rev.	Ottawa Law Review
OVG	Oberverwaltungsgericht
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
P.L.	Public Law (Zeitschrift)
PCA	Permanent Court of Arbitration
Philos. Rev.	The Philosophical Review
Proc Aristot Soc	Proceedings of the Aristotelian Society

Proc Aristot Soc Suppl Vol	Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division
Rev. dr. publ.	Revue du droit public
Rev. Environ. Econ. Policy	Review of Environmental Economics and Policy
Rev. fr. dr. const.	Revue française de droit constitutionnel
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIL	Revista de informação Legislativa
Rn.	Randnummer
S. Afr. J. on Hum. Rts.	South African Journal on Human Rights
S.C.L.R.	The Supreme Court Law Review
SA Verf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
SGB	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB V	Sozialgesetzbuch: Fünftes Buch
SGB VIII	Sozialgesetzbuch: Achtes Buch
SRa	Sozialrecht aktuell
StGH	Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SYBIL	Spanish Yearbook of International Law
Tex L Rev	Texas Law Review
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.N. Doc.	United Nations Document
Univ Tor Law J	The University of Toronto Law Journal
Urt.	Urteil
VerfassungsR-HdB	Handbuch des Verfassungsrechts
VerfBlog	Verfassungsblog
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VIZ	Zeitschrift für Vermögens-, und Immobilienrecht
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
W.L.R.	Weekly Law Reports
Web JCLI	Web Journal of Current Legal Issues
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Yale J. Int. Law	The Yale Journal of International Law
Yale J. L. & Human.	Yale Journal of Law & the Humanities

Yale L.J.	The Yale Law Journal
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
Yearb. Eur. Law	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZEE	Zeitschrift für Evangelische Ethik
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



## Einführung in die Untersuchung

*Der Staat soll, aber er kann nicht. Das Recht verpflichtet ihn, aber ein Handeln ist ihm unmöglich.* Das ist die denkbar kürzeste Beschreibung des Konflikts, der dieser Untersuchung ihren Anlass gibt. Die Klage über den Staat, der seine Pflichten nicht mehr erfüllen kann, darf sich wiederkehrender Konjunktur sicher sein. Selbst das Bundesverfassungsgericht scheut sich nicht, von einem „Versagen des Staates“ zu sprechen, wenn staatliche Einrichtungen ihre Verpflichtungen nicht mehr zu erfüllen vermögen.<sup>1</sup> Die plakative Bezeichnung als *Failed State* oder „überforderter“ Staat<sup>2</sup> ist Spiegel eines permanenten Legitimationsbedarfs, den der moderne Staat bewältigen muss.

Denn derjenige Staat, der die Macht und Fähigkeit verliert, seine Pflichten zu erfüllen, kann nicht lange überdauern. Für Thomas Hobbes' *Leviathan* ist das Ende der Bindung an den Herrschaftsvertrag erreicht, wenn der Staat die Bürger nicht mehr „schützen kann“.<sup>3</sup> Für unsere Zeit prognostiziert Juan J. Linz, dass dem demokratischen Staat die ernsthaftesten Krisen bevorstünden, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung „unmöglich wird“.<sup>4</sup> Unmöglichkeit ist aber kein bloßes Krisenphänomen. Das international dominante Modell des Vorsorgestaates<sup>5</sup>, der sich maßgeblich dadurch legitimiert, dass er sein Sicherheitsversprechen einlöst, stößt zwangsläufig an die Grenzen staatlicher Handlungsfähigkeit.<sup>6</sup> Die Globalisierung stellt diese Herausforderung unter neue Vorzeichen. Der „entgrenzte Staat“ droht ein Staat der unbegrenzten Verantwortung zu werden, dessen Möglichkeiten begrenzt bleiben.<sup>7</sup> Er sieht seine Ressourcen schwinden,

---

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2006, 668 (671).

<sup>2</sup> Herzog, Der überforderte Staat, S. 15 ff.; Ellwein, Der überforderte Staat; Hoffmann-Riem, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11 (12); Di Fabio, Das Recht offener Staaten, S. 111; Scholz, Vom überforderten zum schlankeren Staat, S. 203 ff.

<sup>3</sup> Hobbes, *Leviathan*, S. 171 (H.d.V.); Isensee, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, S. 33 (40).

<sup>4</sup> Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes*, S. 54 („becomes impossible“).

<sup>5</sup> Zu dessen Genese: Ewald, *Der Vorsorgestaat*.

<sup>6</sup> G.-P. Callies, *Prozedurales Recht*, S. 73.

<sup>7</sup> Roßnagel, *Das Neue regeln, bevor es Wirklichkeit geworden ist*, S. 193 (204); Grabenwarter, *Der entgrenzte Staat und die Menschenrechte*, S. 90 (92).

während seine Verantwortung wächst.<sup>8</sup> Was aber folgt aus dieser Diagnose für das öffentliche Recht? Wird der Staat im Falle von Unmöglichkeit frei von seinen Pflichten? Gilt ein *impossibilium nulla obligatio est* auch für Leistungsansprüche gegen den Staat?

### I. Das Recht und der Möglichkeitshorizont

Während des Verfassens dieser Arbeit hat eine Pandemie Staaten weltweit zu äußersten Anstrengungen veranlasst, um die Gesundheit ihrer Bürger zu schützen. Der Aufruf „Flatten the curve“ bleibt Ausdruck eines plötzlichen Bewusstwerdens der begrenzten Kapazitäten öffentlicher Leistungssysteme. Der „Möglichkeitshorizont“<sup>9</sup> wurde binnen Wochen real und zu dem Fixpunkt staatlichen Handelns. Verfassungsrechtlich entspricht diesem Fixpunkt die grundrechtliche Pflicht des Staates, sich schützend vor das Leben zu stellen. Auch um dieser Pflicht nachzukommen, unternahmen Staaten Maßnahmen, welche die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Gesundheitssysteme wahren sollten. Die Erwartung, die Probleme der Pandemie zu lösen, kaprizierte sich auf die bereits verabschiedeten Nationalstaaten, deren Strategien in Rankings verglichen werden.<sup>10</sup> Die herbeigesehnte Übernahme der nationalstaatlichen Verantwortung durch inter- und supranationale Organisationen (WHO, EU u. a.) lässt vorläufig auf sich warten. Die Europäische Union trat erst mit Verzögerung auf den Plan und fungiert primär als Instrument, um die stark betroffenen Mitgliedsstaaten finanziell aufzufangen. Nach zähen Verhandlungen um den *Recovery Plan* einigte man sich schließlich auf das politisch und finanziell Mögliche: eine Summe von 750 Milliarden Euro.<sup>11</sup> Beim gemeinsam koordinierten Einkauf von Impfstoffen, der zum Schutz von Leben am effektivsten hätte beitragen können, zeigte sich, dass die supranationale Organisation nicht imstande war, *mehr möglich zu machen* als unabhängige kleine Nationalstaaten wie das Vereinigte Königreich und Israel. Doch selbst die erfolgreichsten Staaten mussten daran scheitern, *jedes* Leben zu retten, weil jedes Mehr an Schutz nur unter hohem Kostenaufwand und unter Inkaufnahme weitreichender Freiheitsverzichtes zu erreichen war. Ein Hinweis darauf, dass deshalb auch das Rechtsgut Leben unter dem „Vorbehalt des Möglichen“ stünde, erfolgte in

<sup>8</sup> *Supiot*, Grandeur et misère de l'État social, S. 42 („[...] il voit ses ressources s'effriter en même temps que ses charges augmenter.“).

<sup>9</sup> Vgl. für diesen Begriff: *Luhmann*, Soziale Systeme 15 (2009), S. 3 (21).

<sup>10</sup> Vgl. *Schorkopf*, Der Europäische Weg, S. 149.

<sup>11</sup> Zu den rechtlichen Folgefragen: *Schorkopf*, NJW 2020, S. 3085 ff.

der Debatte erwartungsgemäß früh.<sup>12</sup> Im Nachgang der unmittelbaren Pandemiebekämpfung dürfte der Vorbehalt des Möglichen auch relevant werden, um die Verantwortung der Staaten für die Bewältigung der wirtschaftlichen und sozialen Folgen zu begrenzen. Die notwendige rechtliche Anerkennung hat der Vorbehalt des Möglichen bereits in vergangenen Krisen erhalten.<sup>13</sup>

Dennoch bleibt der aufgezeigte Metakonflikt zwischen rechtlichem Sollen und faktischem Können zeitlos. Seine Relevanz ist durch die akute Verengung des Möglichkeitsraums nur noch einmal verschärft worden. Unmöglichkeit tritt nicht erst ein, wenn die absolute Nulllinie staatlicher Handlungsfähigkeit erreicht ist. Unmöglichkeit ist auch im vermeintlich „immer erfüllungsfähig[en]“<sup>14</sup> oder „unendlich reichen“<sup>15</sup> Staat keine Ausnahmeerscheinung. Der Polizeischutz einer Versammlung,<sup>16</sup> die Kapazitäten der klinischen Geburtshilfe,<sup>17</sup> lebenswichtige Medikamente,<sup>18</sup> Betreuungsplätze in Kindertagesstätten<sup>19</sup> und Studienplätze in Universitäten<sup>20</sup> sind knappe Güter, die sich auch in „Normallagen“ nicht *ad hoc* auf Wunsch bereitstellen lassen.

Staatliche Organe müssen sich wie alle Entscheidungsträger aufgrund von Knappheit permanent an „Möglichkeiten“ orientieren, sind zur Auswahl gezwungen und müssen „Schranken der Kompossibilität“ erkennen.<sup>21</sup> Das öffentliche Recht bewertet die Entscheidungen: Darf ein staatlicher Akteur seine Pflichten suspendieren, wenn ihm seine Pflichterfüllung unmöglich wird? Bleibt er jenseits des Möglichkeitshorizontes verpflichtet? Gilt zumindest das Bestmögliche, das *Näher-beim-Recht*, solange das Ideale unerreichbar ist? Der Vorbehalt des Möglichen gibt allen diesen Fragen eine begriffliche Klammer und verspricht Antworten. Bislang ist jener Vorbehalt

<sup>12</sup> Siehe die Bemerkung von *K. Günther*, in: Die ZEIT Nr. 20 v. 07.05.2020, S. 43 (44): „Das [Recht auf Leben] steht jedoch unter dem Vorbehalt des Möglichen; keine Gesellschaft kann alle ihre Ressourcen in das Gesundheitssystem stecken.“ Vgl. auch: *Isensee*, Virokratie, in: FAZ, v. 4.6.2020, S. 7.

<sup>13</sup> EGMR, Urt. v. 1.9.2015 – App. no. 13341/14, Rn. 44 – *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*.

<sup>14</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II, S. 231.

<sup>15</sup> *W. Leisner*, DÖV 2012, S. 533 (534).

<sup>16</sup> BVerfG NJW 2001, 2069 (2072).

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/1924.

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/13807.

<sup>19</sup> OVG Bautzen, Besch. v. 16.6.2017 – 5 L 47/17; VG Frankfurt am Main, Besch. v. 29.8.2013 – 7 L 2889/13.F; hierzu: *K.-G. Mayer*, VerwArch 2013, S. 344 ff.

<sup>20</sup> Nach wie vor Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen: BVerfGE 33, 303; BVerfGE 43, 291; BVerfGE 147, 253.

<sup>21</sup> Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme 15 (2009), S. 3 (10f.).

ein skizzenhaftes Konzept, keine fertige Heuristik, sondern ein Schlagwort. Seine zunehmende Verbreitung in der internationalen Verfassungsrechtsprechung macht eine eingehende und theoretisch fundierte Befassung überfällig.

## II. Verwirrung um einen Begriff

Dem Möglichkeitsvorbehalt werden viele Bedeutungen zugeschrieben. Vieles davon bleibt diffus, im Stil prosaisch oder an einem staatsphilosophischen Interesse orientiert.<sup>22</sup> Rückgriffe auf latinisierte Phrasen und kontextfremde Rechtsgrundsätze zeugen eher von der Fragilität des theoretischen Fundaments, als dass sie zum Verständnis des geltenden Rechts beitragen würden.<sup>23</sup> Unsicherheit und Unbehagen im Umgang mit dem Vorbehaltstypus bleiben zurück. Manch skeptischer Autor meint gar, es mangle dem Vorbehalt des Möglichen an einer „Stütze im positiven Verfassungsrecht“,<sup>24</sup> so als müssten alle Verfassungsgrundsätze unmittelbar aus dem Verfassungstext ablesbar sein, um rechtlich anerkannt zu werden. Wird ein „übergreifender“<sup>25</sup>, ein „relativierender“<sup>26</sup> oder ein „genereller“<sup>27</sup> Vorbehalt zu einer Gefahr, weil er das Recht in fast allen Bereichen an seinen Wirklichkeitsbezug erinnert? Auch diejenigen, die den Vorbehalt dem Grunde nach anerkennen wollen, warnen vor einer „billige[n] Ausrede“.<sup>28</sup>

Die Befürchtung, es bei dem Vorbehalt des Möglichen mit einer „generellen Begrenzung staatlicher Aufgabenerfüllung“<sup>29</sup> zu tun zu haben, hemmt offenbar manchen Autor, sich an einer *generellen* Lösung des Problems überhaupt zu versuchen. Die zwingende Befassung mit dem Konflikt wird dadurch nur vertagt. Die Unsicherheit bei der Verwendung des Begriffs zeigt sich auch an der Häufigkeit, mit welcher der Vorbehalt des Möglichen als bloßes Schlagwort in die Debatte eingeworfen wird, ohne dass sich seinen Voraussetzungen und Implikationen im Anschluss inhaltlich gestellt würde. Verunklart wird das Debattenbild durch eine Sprachverwirrung, an der sich auch das Bundesverfassungsgericht beteiligt, wenn es den Grenzen

<sup>22</sup> Beispielhaft: W. Leisner, *Der gütige Staat*, S. 82 ff.; Isensee, ZRph 2017, S. 17 (37).

<sup>23</sup> Häufig rezitiert ist der Digesten-Satz des römischen Privatrechts *impossibile nulla obligatio est* (Digesta 50, 17, frag. 185). Ebenso der Kant-Ausspruch *ultra posse nemo obligatur*: Kant, *Zum ewigen Frieden*, in: Werke XI, S. 195 (229).

<sup>24</sup> Pieroth, *Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule*, S. 209.

<sup>25</sup> Wischmeyer, *Die Kosten der Freiheit*, S. 26.

<sup>26</sup> Kingreen/Poscher, *Staatsrecht II*, Rn. 160.

<sup>27</sup> BVerfGE 105, 73 (132).

<sup>28</sup> G. Cremer, *Deutschland ist gerechter, als wir meinen*, S. 158.

<sup>29</sup> Hoffmann-Riem, DÖV 1997, S. 433 (437).

des Möglichen in variierenden Formeln Anerkennung verleiht, ohne eine bewusste Differenzierung erkennen zu lassen. Der explizite „Vorbehalt des Möglichen“ begrenze individuelle Leistungsansprüche auf das, „was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann“.<sup>30</sup> Hierneben bieten die Entscheidungssammlungen des Gerichts einen reichen Thesaurus weiterer Formulierungen an, welche Vergleichbares ausdrücken. Dort heißt es über die Reichweite staatlicher Verpflichtungen: „nach Maßgabe des Möglichen“<sup>31</sup>, „im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren“<sup>32</sup>, „im Rahmen des Möglichen“<sup>33</sup>, „im Rahmen des technisch Möglichen“<sup>34</sup>, „im Rahmen des Zumutbaren“<sup>35</sup>, „in den Grenzen des der staatlichen Gemeinschaft Zumutbaren“<sup>36</sup>, „nach Maßgabe dessen [...] was unter Berücksichtigung der übrigen Lasten und der finanziellen Bedürfnisse für bevorstehende Aufgaben möglich ist“<sup>37</sup>, „im Maße des rechtlich und tatsächlich Möglichen und Verantwortbaren“<sup>38</sup>, „angesichts der nicht in unbegrenzter Höhe zur Verfügung stehenden Mittel“<sup>39</sup>, „nicht unter Kapazitätsvorbehalt“<sup>40</sup>, „Vorbehalt der tatsächlichen Verfügbarkeit solcher Kräfte“<sup>41</sup>. Die uneinheitliche Terminologie legt zumindest nahe, dass die Lösung des Konflikts nicht einfach ist, sondern komplizierte Antworten zu erwarten sind. Sollte man aufgrund des Umstands, dass eine Dogmatik „ungeklärt“ ist,<sup>42</sup> sie als „reichlich verwirrend“<sup>43</sup> empfunden wird oder ihre Umsetzung sich gar für manchen „im Nebel“ verliert,<sup>44</sup> jeden Versuch der Klärung aufgeben? Lohnt es zumindest, den Begriff zu verwerfen, weil dieser „unglücklich ge-

---

<sup>30</sup> Zuerst in: BVerfGE 33, 303; siehe auch: BVerfGE 43, 291 (314); BVerfGE 75, 40 (68); BVerfGE 82, 60 (82); BVerfGE 87, 1 (34 f.); BVerfGE 97, 332 (349); BVerfGE 103, 242 (259); BVerfGE 112, 50 (66); BVerfGE 96, 288 (305 f.); BVerfGE 106, 166 (177 f.).

<sup>31</sup> BVerfGE 15, 126 (146).

<sup>32</sup> BVerfGE 35, 79 (123).

<sup>33</sup> BVerfGE 1, 117 (133).

<sup>34</sup> BVerfGE 16, 130 (140).

<sup>35</sup> BVerfGE 36, 264 (275); BVerfGE 40, 276 (284); BVerfGE 48, 127 (156).

<sup>36</sup> BVerfGE 102, 254 (302).

<sup>37</sup> BVerfGE 84, 90 (125).

<sup>38</sup> BVerfGE 88, 203 (259).

<sup>39</sup> BVerfGE 27, 253 (285).

<sup>40</sup> BVerfGE 140, 65 (2401).

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2001, 1411 (1412); BVerfG NJW 2001, 2069 (2072); BVerfG NVwZ 2006, 1049 (1050).

<sup>42</sup> *Wismeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 45.

<sup>43</sup> *Komorowski*, Der Beitrag der Europäischen Sozialcharta zur europäischen Wertegemeinschaft, S. 99 (137).

<sup>44</sup> *Gröpl*, AöR 133 (2008), S. 1 (24).

wählt“ und bisher „nicht annähernd komplex und variabel“ genug ist?<sup>45</sup> Tatsächlich erweckt der Vorbehalt des Möglichen in seiner praktischen Anwendung durch Gerichte zu häufig den Eindruck einer „unbehelflich[en] Verlegenheitsoperation“,<sup>46</sup> durch die Rücksichtnahmen des Rechtssystems auf politische und ökonomische Folgen sowie die Begrenztheit systemeigener Legitimationsressourcen nur unzureichend verschleiert werden. Ist der Vorbehalt des Möglichen deshalb nicht viel mehr als „eine sehr vage, bestenfalls formale, heuristische Formel“, deren dogmatische Leistung nicht über eine bloße „Argumentationsfigur“ hinauszureichen vermag?<sup>47</sup> Für „juridische Resignation“ besteht kein Anlass.<sup>48</sup> Mag der Vorbehalt des Möglichen bis jetzt tatsächlich eine „leere Formel“ sein, so fordert dieser Befund nicht zur Verwerfung, sondern zu ihrer Ausfüllung auf.

### III. „Dann hört das mit dem Recht auch auf“

Bemerkenswert ist, dass die Literatur den „Vorbehalt“ als begriffliche Klammer verwendet und ihn auch zur Besprechung solcher Entscheidungen einsetzt, welche ihn nicht ausdrücklich in ihren Gründen aufführen.<sup>49</sup> Er ist damit zum zentralen dogmatischen Ankerplatz für die Kategorie des „Möglichen“ im öffentlichen Recht geworden. Dass ihm in einer neueren Auflage des *Handbuchs des Staatsrechts* ein eigenes Kapitel gewidmet worden ist,<sup>50</sup> einzelne Monographien ihn im Titel<sup>51</sup> oder Untertitel<sup>52</sup> führen und fast kein Werk mit Bezug zu staatlichen Leistungspflichten ohne eine Überschrift „Vorbehalt des Möglichen“ auskommt, spricht für eine zunehmende Kanonisierung des Begriffs. Seine Migration in andere Jurisdiktionen und seine Rezeption in internationalen wissenschaftlichen Beiträgen<sup>53</sup> deuten an, dass

<sup>45</sup> So: *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 45 f.

<sup>46</sup> *Bethge*, § 31, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfG, Rn. 256.

<sup>47</sup> *Kratzmann*, Verschuldungsverbot und Grundrechtsinterpretation, S. 131 f. Für die Auffassung, der Vorbehalt des Möglichen sei nur ein „Argument“ vgl. *Luthe*, Optimierende Sozialgestaltung, S. 389 („relativ blasse Argumentationsfigur“); *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, S. 119 („Argumentationsfigur“ ohne „inhaltliche Aussage“); *Harms*, Verfassungsrecht in Umbruchsituationen, S. 193 („Zumutbarkeitsargument“).

<sup>48</sup> *Isensee*, Grenzen, S. 166 f.

<sup>49</sup> Vgl. für einen weitverstandenen Möglichkeitsvorbehalt: *P. Kirchhof*, Art. 3 Abs. 1, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rn. 244 (Fn. 3); *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, S. 12 ff.

<sup>50</sup> *Deppenheuer*, § 269, in: Isensee/Kirchhof, P., HStR XII.

<sup>51</sup> *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen.

<sup>52</sup> *Kratzmann*, Verschuldungsverbot und Grundrechtsinterpretation.

<sup>53</sup> Vgl. für Beiträge aus Frankreich: *Roman*, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel N° 45 (2014), S. 63 (67); *Roman*, RIDC 61 (2009), S. 285 (305) („clause du pos-

hier das Potenzial für ein dogmatisches Konzept liegt, dem es nur an Kontur fehlt. Die *Migrationsroute*, die der Begriff genommen zu haben scheint, verläuft von Deutschland über Brasilien<sup>54</sup> und Portugal („reserva do possível“)<sup>55</sup> nach Straßburg. Seine Ankunft in der Rechtsprechung des EGMR („proviso of the possible“)<sup>56</sup> ist jedoch bislang auf vergleichsweise geringe Beachtung gestoßen – sieht man von einigen Erwähnungen in der Debatte über die Auswirkungen europäischer Austeritätspolitik auf Leistungsgrundrechte ab.<sup>57</sup>

sible“); *Fercot*, *Revue internationale de droit comparé* 63 (2011), S. 225 (234) („réservation du possible“); *Ribes*, *Cahier du Conseil Constitutionnel* 2008, S. 104 ff.; Italien („riserva del possibile“): *Baldassarre*, *Diritti sociali*, in: Istituto dell’Enciclopedia Italiana, *Enc. giur.* Vol. XI, S. 30; *Morbidelli*, *Costituzioni e costituzionalismo*, S. 117 (167 ff.); *Sandri*, *Il Vorbehalt des Möglichen nella Giurisprudenza della Corti Tedesche*, S. 483 ff.; *Luciani*, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, S. 1673 ff.; *Ursi*, *Istituzioni del Federalismo* No. 3–4 (2018), S. 839 (846); Spanien („reserva de lo posible“): *Rodríguez Bereijo*, *Gasto Público, Estado social y Estabilidad Presupuestaria*, S. 121 (125); *Rodríguez Bereijo*, *Los „silencios“ (art. 2) y „la reserva de lo posible“ (art. 135) en la Constitución Española*, S. 837 ff.; *Delgado del Rincón*, *El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica*, S. 43 (51 ff.); *De Asís*, *Anales de Derecho y Discapacidad* No. 1 (2016), S. 51 (64 f.); Griechenland (επιφύλαξη του εφικτού): *Yannakopoulos*, *Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου* [Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2015, S. 417 ff.; China: *Zhang*, *J. Hum. Rts.* 18 (2019), S. 613 (626); Südkorea: *Cha*, *Law and Development Review* 12 (2019), S. 819 (820); siehe auch: *Pisillo Mazzeschi*, *Responsabilité de l’État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme*, S. 187 (295 f., 478).

<sup>54</sup> Supremo Tribunal Federal, *Informativo des Richters de Mello v. 29.4.2004 – n° 345/2004*; Supremo Tribunal Federal, *Urt. v. 3.2.2006 – RE 410.715–AgR/SP*; Supremo Tribunal Federal, *Urt. v. 12.5.2016 – RE 956475/RJ*; *Barroso*, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*, S. 159 (177); *Barroso*, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, S. 105; *Krell*, *RIL* 36 (1999), S. 239 (246); *Barcellos*, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, S. 274 ff.; *Sarlet*, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, S. 293 ff.; *Silva*, *Direitos Fundamentais*, S. 205; *Perlingeiro*, *NLUO Law Journal* 2 (2015), S. 20 ff.; *Marino*, *Braz. J. Pub. Pol’y* 5 (2015), S. 171 ff.

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional (Portugal), *Urt. v. 13.12.1995 – No. 731/95*; Tribunal Constitucional (Portugal), *Urt. v. 12.10.2004 – No. 599/04*; Tribunal Constitucional (Portugal), *Urt. v. 19.12.2013 – No. 862/2013*; Tribunal Constitucional (Portugal), *Urt. v. 14.8.2014 – No. 575/2014*; *Andrade*, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, S. 191; *Canotilho*, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, S. 481; *Canotilho/Moreira*, *Fundamentos da Constituição*, S. 130 f.; *Reis Novais*, *Direitos Sociais*, S. 89 ff.; *Reis Novais*, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, S. 170.

<sup>56</sup> EGMR, *Urt. v. 1.9.2015 – App. no. 13341/14, Rn. 44 – Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*.

<sup>57</sup> *Kagiarios*, *European Public Law* 25 (2019), S. 535 (541); *Gambino u. a.*, *Social Rights and the Economic and Financial Crisis*, S. 195 (207, 225); *Delzangles*, *The negotiating function of the European Court of Human Rights*, S. 259 (266 f., 270); siehe auch: *Merloni/Pioggia*, *Introduction*, S. 1 (20).

Die Zuschreibungen an den Begriff deuten Grundsätzliches an, verharren aber bislang zu oft im Stadium vager Denkanstöße. Die monographischen Beiträge von Mehde und Wischmeyer ebenso wie die Dissertation von Anna Leisner-Egensperger und Depenheuers Handbuchbeitrag bilden Ausnahmen, die hervorzuheben sind. Mehdes und Wischmeyers Arbeiten ist zuzuhalten, dass sie den Vorbehalt des Möglichen in vielen Fallkonstellationen sichtbar machen, in denen er von anderen Autoren übersehen wird.<sup>58</sup> Sie belegen damit die generelle und eigenständige Bedeutung des Konflikts. Der Kürze der Arbeiten ist es geschuldet, dass die wertvollen dogmatischen Vorschläge im Stadium von Gedankenanstößen stehen bleiben. Wischmeyer weist etwa darauf hin, dass es dann, wenn Rechte etwas *kosten*, anspruchsvoll wird, über freie Abwägungen eindeutige Lösungen zu entwickeln. Er schlägt vor, sich auf eine Mindestpositionsbestimmung zu konzentrieren.<sup>59</sup> Damit weist er einen vielversprechenden Weg. Leisner-Egensperger<sup>60</sup> prüft in ihrer Arbeit, ob die Grenze der *finanziellen* Leistungsfähigkeit einen Einwand im Sinne eines Leistungsverweigerungsrechts darstellt, den der Staat gegen konkrete Geldzahlungsansprüche erheben könnte. Die Arbeit bleibt eng an eine Debatte gekoppelt, die im Zuge der Wiedervereinigung über das Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz (EALG) geführt wurde. Im Rahmen dieser Debatte war von einigen Autoren eine sogenannte *exceptio pecuniam non habendi* vorgeschlagen worden, die Entschädigungsansprüche nach Maßgabe der staatlichen Leistungsfähigkeit beschränken solle.<sup>61</sup> Ein Verdienst der Arbeit ist, dass sie die Anwendbarkeit eines „Vorbehalts der Leistungsfähigkeit“ für unterschiedliche öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse von der abstrakten Grundrechtsnorm bis zum konkretisierten Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger durchspielt und so zu differenzierten Antworten kommt.<sup>62</sup> Für eine grundsätzliche Erkenntnis fehlt es allen drei Arbeiten an der theoretischen Fundierung und einer konsequenten Lösung von der vorgefundenen Dogmatik und Kasuistik.

Depenheuers Beitrag entspricht ganz dem Anspruch „enzyklopädischer Vollständigkeit“<sup>63</sup> des *Handbuchs des Staatsrechts*, sodass die Tragweite des Möglichkeitsvorbehalts grundsätzlicher gewürdigt wird. Depenheuer nennt

---

<sup>58</sup> Mehde, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, S. 12 ff.; Wischmeyer, Die Kosten der Freiheit, S. 8 ff.

<sup>59</sup> Wischmeyer, Die Kosten der Freiheit, S. 48.

<sup>60</sup> A. Leisner, Die Leistungsfähigkeit des Staates.

<sup>61</sup> Erstmals: W. Leisner, NJW 1995, S. 1513 ff. (ablehnend); siehe aber: Schwarz, DÖV 2000, S. 721 ff.; Redeker, VIZ 2001, S. 177 (179).

<sup>62</sup> A. Leisner, Die Leistungsfähigkeit des Staates, S. 22 ff.

<sup>63</sup> Möllers, Der vermisste Leviathan, S. 64.

den Vorbehalt eine „Maxime“, die ein „normatives Grenzphänomen zwischen Recht und Wirklichkeit“ beschreibe.<sup>64</sup> Dem Format bleibt dann aber auch geschuldet, dass vielversprechende methodische Ansätze ebenso skizzenhaft bleiben wie in den vorgenannten Monographien. Einzugehen sein wird etwa noch auf den Vorschlag Depenheuers, den Vorbehalt des Möglichen in der „Kunst der Verfassungsauslegung“ aufgehen zu lassen. Dies könne im Wege der Normbereichsanalyse gelingen, wie sie von Friedrich Müller konzipiert worden ist.<sup>65</sup> Wie weite Teile des Handbuchs leidet der Beitrag aber auch unter dem Mangel einer „interdisziplinären oder rechtsvergleichenden Perspektive“.<sup>66</sup> Der Beitrag bleibt typisch für die Konzeption des Handbuchs, das sich auf dem überkommenen Sonderweg einer deutschen Staatsrechtswissenschaft bewegt, welche den *Staat* als Ordnung und Einheit begreift, dessen Zwecke und Aufgabe Verfassung und Recht vorausliegen.<sup>67</sup> Auch im Werk der Herausgeber, Josef Isensee und Paul Kirchhof, nimmt der Vorbehalt des Möglichen eine zentrale und wiederkehrende Rolle ein. Damit bleibt vieles, was über den Vorbehalt des Möglichen geschrieben worden ist, von einem Vorverständnis „gerahmt“, das bei näherem Hinsehen eine starke Nähe zum *konkreten Ordnungsdenken* aufweist.<sup>68</sup> Dieses Rechtsverständnis kapriziert sich auf den vermeintlich drohenden Ordnungsverlust („Chaos“) und zieht im Zweifel die Bewahrung der staatlichen Ordnung der Bewahrung des Rechts vor. Typisch für diesen gedanklichen Horizont wähen Kirchhof und Isensee den Staat durch internationale Herausforderungen wie die Staatsschuldenkrise<sup>69</sup> oder die Migrationskrise<sup>70</sup> permanent vor *unmögliche* Aufgaben gestellt. Der Staat als eigenständige, dem Recht vorausliegende Ordnung und Wert an sich soll hiernach vor einem drohenden „Fiat justitia, pereat mundus“ bewahrt werden.<sup>71</sup> Ein Vorbehalt des Möglichen fungiert unter diesen Prämissen eher als überstrapa-

<sup>64</sup> Depenheuer, § 269, in: Isensee/Kirchhof, P., HStR XII, Rn. 7.

<sup>65</sup> Depenheuer, § 269, in: Isensee/Kirchhof, P., HStR XII, Rn. 29 f., 72 f.; bezieht sich u. a. auf: F. Müller/Christensen, Juristische Methodik I, S. 28 ff.

<sup>66</sup> Möllers, Der vermisste Leviathan, S. 65.

<sup>67</sup> Zentralbegriffe sind jener der „Staatsaufgaben“ und jener der „Verfassungsvoraussetzungen“. Vgl. für Kritik am Handbuch: Möllers, Der vermisste Leviathan, S. 63 ff.

<sup>68</sup> Hierzu grundlegend: C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 11 ff.; Böckenförde, Eintrag „Ordnungsdenken, konkretes“, in: Ritter/Gründer, HWPh, Bd. 6.

<sup>69</sup> P. Kirchhof, Deutschland im Schuldensog, S. 48.

<sup>70</sup> Isensee, Grenzen, S. 214 ff.

<sup>71</sup> Depenheuer, § 269, in: Isensee/Kirchhof, P., HStR XII, Rn. 68; Isensee, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, S. 33 (45); Isensee, Menschenwürde, S. 233 (243); siehe auch: Larenz, Richtiges Recht, S. 164.

ziertes Schreckbild und nicht als nuancierte dogmatische Konzeption. Das dadurch entstandene *Framing* beschränkt das Potenzial des Vorbehalts des Möglichen merklich und trägt zu seiner konzeptionellen Unterversorgung bei. Die gedankliche Annäherung an den Möglichkeitsvorbehalt *vom Ausnahmezustand her*<sup>72</sup> übersieht, dass Weitungen und Verengungen des staatlichen Möglichkeitsraums sich nicht binär als Ausnahme und Normallage voneinander trennen lassen, sondern in ein fließendes Kontinuum einzuordnen sind.

Was im Übrigen zum Vorbehalt des Möglichen gesagt wird, trägt noch stärker den Charakter von Randnotizen und Gedankenanstößen, die ebenfalls zu einer weiteren Ausarbeitung auffordern. Hier können nur diejenigen Ansätze gewürdigt werden, die für die weitergehende Untersuchung Erkenntnisse versprechen: Erhart Denninger ordnet den Vorbehalt etwa als „Schlüsselbegriff“ des ungeschriebenen Verfassungsrechts ein, der die Beziehung zwischen individuellen und kollektiven Leistungsbedürfnissen ausartiere.<sup>73</sup> Jürgen Habermas bezeichnet den Vorbehalt als einen „funktionalen Imperativ“.<sup>74</sup> Walter Leisner nennt den Vorbehalt eine „rechtliche Grundnorm heutiger Staatlichkeit“, die eine „volle Verrechtlichung des Sozialstaats“ verhindere. Der Vorbehalt des Möglichen sei insofern vor allem als „Politikvorbehalt“ zu verstehen, der staatliche Leistungen in Abhängigkeit von realen Sachzwängen und politischen Entscheidungen stelle.<sup>75</sup> Friedrich Müller nennt seinen „Vorbehalt der Finanzierbarkeit durch die öffentliche Hand“ einen die Wirksamkeit der Verfassungsordnung „hemmenden Faktor“ und „Element der Geltungsstruktur des positiven Rechts“.<sup>76</sup>

Auch Richter des Bundesverfassungsgerichts haben den Möglichkeitsvorbehalt in Publikationen immer wieder erwähnt und vereinzelt sogar zum zentralen Gegenstand von Beiträgen gemacht. Dabei wurden unterschiedliche Akzente gesetzt. Für Reinhard Gaier ist der Vorbehalt des Möglichen vor allem Ausdruck „richterlicher Selbstbeschränkung“.<sup>77</sup> Jutta Limbach

<sup>72</sup> *Isensee*, On the Validity of Law with Respect to the Exceptional Case, S. 11 ff.; *Isensee*, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, S. 33 ff.; *Deppenheuer*, § 269, in: *Isensee/Kirchhof*, P., HStR XII, Rn. 58.

<sup>73</sup> *Denninger*, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: FS Wassermann, S. 279 (283, 292).

<sup>74</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 562.

<sup>75</sup> *W. Leisner*, Der gütige Staat, S. 82 ff.; *W. Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 53 („Vorbehalt der Mittel“).

<sup>76</sup> *F. Müller*, Juristische Methodik und politisches System, S. 101; *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, S. 171.

<sup>77</sup> *Gaier*, Der Vorbehalt des Möglichen als Gebot richterlicher Selbstbeschränkung, in: FS Bryde, S. 367 ff.

# Sach- und Personenregister

Kursiv gesetzte Zahlen verweisen auf Hauptfundstellen.

- Abwägung (*balancing*)
  - Allgemeines 14 ff., 136 ff., 182 ff., 239 ff.
  - Grundrecht auf Gesundheit 413 ff.
  - Mindestpositionsbestimmung durch ~ 333 ff.
- Albert, Hans* 31 Fn. 20, 56 Fn. 139, 84, 122 f.
- Alexy, Robert*
  - Abwägung 182 ff.
  - Diskurstheorie, juristische 126 ff.
  - Geltungstheorie 114 f.
  - Optimierungsthese 154 ff.
  - Regel-Prinzipien-Modell 144 ff.
- Allokation, von Ressourcen/Allokationsebenen 191 ff., 228, 235, 248 f., 308, 348 f., 358
  - im Gesundheitssystem 377 ff., 398 ff., 436, 470
- Annäherungstheorie/Annäherungsgedanke 13, 55 f., 113 ff., 349 f.
- Argumentationslast, *siehe* Rechtfertigungslast
- Asylrecht, *siehe* Migration
- Ausnahmestand 10, 108, 375
- Austeritätspolitik (*austerity measures*) 7
- Autonomie
  - individuelle und kollektive ~ als Legitimationsmodi 253 f., 307
  - Autonomiefunktionalität 164 ff., 342 f., 422 ff.
- Begründungspflicht (*duty to give reasons*)
  - des Gesetzgebers 281 ff.
  - *siehe auch* Rechtfertigungslast
- Benchmarks/Indikatoren 347 f., 412 f.
- Berufsfreiheit 140 f., 333 ff., 355
- Bildung, Recht auf 335 ff., 355, 485 f.
- Brasilien 7 Fn. 54, 468 f.
- Brexit 300
- Budgetautonomie 202 ff., 248, 264, 301
- BVerfG
  - Nikolaus-Beschluss 419, 428, 444 ff., 455 ff.
  - *Numerus Clausus* 248, 257, 347, 355 ff.
  - PSPP-Urteil 106, 315 ff.
- Corona-Pandemie 2 f., 209, 319 ff., 375 f., 395 ff.
- Covid-19, *siehe* Corona-Pandemie
- Cranston, Michael* 71
- Demokratieprinzip 195 f., 202 ff., 263 f., 315 ff., 334
- Demokratiethorie
  - Agonale 292 ff.
  - Deliberative 278 ff.
- Denninger, Erhard* 10
- Dezisionismus 97 f., 243, 292 ff.
- Diskriminierungsverbote, *siehe* Gleichheit
- Diskurstheorie 126 ff., 278 ff.
- Dworkin, Ronald* 91 f., 162 f., 272 Fn. 102
- Effizienz, *siehe* Pareto-Effizienz
- EGMR
  - *Da Silva Carvalho Rico* 24 f., 143, 261, 329, 359, 449, 488
  - *Osman* 24, 143, 184, 270
  - *Pentiacova* 33, 436 f., 449
  - *Sentges* 167, 448 ff.

- Eingriff/Grundrechtseingriff  
 – Eingriff-Schranken-Modell 139  
 – Kosten des ~ in Abwehrrechte 75 ff.  
 – Unterlassen als ~ 187 ff.
- EMRK, *siehe* EGMR
- Erforderlichkeit (*necessity*) 198 ff., 355 ff., 412 f.
- Europäische Union  
 – Europäische Zentralbank (EZB) 314 ff.  
 – Next Generation EU (NGEU) 319 ff.
- Europäische Sozialcharta (ESC) 438 f.
- Existenzminimum 46, 129, 152 f.
- Familienförderung 79
- Finanzausgleich  
 – Bund-Länder-~ 79, 250 Fn. 21, 310 f.  
 – Kommunal-~ 79, 305 f.
- Frankreich 42 Fn. 42, 58, 388, 441
- Freiheitsfunktionalität, *siehe* Autonomie
- Fuller, Lon* 228, 270
- Funktionsfähigkeit  
 – Begriff der ~ 13, 30, 39 f., 125  
 – ~ als Abwägungsgesichtspunkt 194, 208 ff.  
 – ~ der Verwaltung 303 ff.  
 – ~ des Gesundheitssystems 374, 447
- Geeignetheit (*suitability*) 197, 355 f., 411 f.
- Geldpolitik 314 ff.
- Geltung, juristische (Rechtsgeltung) 83 ff.
- Gemeinwohl 222 f.
- Gesundheit, Recht auf (*right to health*) 365 ff.  
 – Geschichte 387 ff.  
 – Mindestposition 418 ff.  
 – Prozeduralisierung 427 ff., 452 ff.  
 – Schutzbereich 402 ff.  
 – Brasilien 468 f.  
 – Deutschland 443 ff.  
 – EMRK 436 ff., 448 ff.  
 – EU 439 ff.  
 – Frankreich 388, 441 f.  
 – Großbritannien 415 ff., 450 ff.  
 – IPwskR 433 ff.  
 – Italien 441 ff.  
 – Kanada 462 ff.  
 – Schweiz 454 ff.  
 – Südafrika 458 ff.
- Gewährleistungsstaat 64
- Gleichheit/Gleichheitssatz 229 ff.  
 – Materielle vs. formale Gleichheit 342 ff.  
 – Kosten der Gleichheit 74, 233 ff.
- Grimm, Dieter* 138 Fn. 12, 183 Fn. 215
- Großbritannien 300, 415 ff., 450 ff.  
 – *Ex Parte B* 294, 450 ff.
- Grundfreiheiten, europäische 440
- Häberle, Peter* 15, 61
- Habermas, Jürgen* 10, 278 f.
- Haftbedingungen 172 f., 193, 209, 234, 339, 358 f.
- Handlungsnorm/Kontrollnorm 218, 267 f.
- Hart, H.L.A.* 86 ff.
- Hobbes, Thomas* 1, 48 f., 108 f., 155
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* 11, 110 f.
- Impfstoff 395 ff.
- Impossibilium nulla obligatio est 4  
 Fn. 23, 61, 155
- Inkommensurabilität (*incommensurability*) 184 ff., 213 f., 231 ff., 291
- IPwskR 24, 72, 116, 156 f. 350, 433 ff.
- Isensee, Josef* 9 f., 107 ff.
- Israel 142 f., 223, 470
- Italien 7 Fn. 53, 142, 250 f., 441 ff.
- Jellinek, Georg* 95 f.
- Judicial Self-Restraint 297 f.
- Jurisdiktionsstaat (*Gouvernement des juges*) 257 ff.
- Justizgewährungsanspruch 193, 209, 358 f.
- Kanada 462 ff.  
 – *Auton* 465 ff.  
 – *Eldrige* 463 ff.
- Kant, Immanuel* 55, 84 f., 371 f.
- Kapazitätserschöpfungsgebot 199 f., 356 ff., 432, 438
- Kelsen, Hans* 86 ff.
- Kernbereich, *siehe* Mindestposition
- Kirchhof, Paul* 11, 60, 64, 103 ff., 183
- Kita-Platz, Recht auf einen 79, 147  
 Fn. 55, 148 f.
- Klimaschutz 67, 106, 376, 403, 490

- Kommunikation, *siehe auch* Prozeduralisierung
- Kompetenzen 247 ff.
- Komplementarität 68 f., 106, 205, 445
- Komplexität 16 f., 43 f., 186  
– *siehe auch* Polyzentrität
- Kompossibilität/Inkompossibilität 31 ff., 71, 330 f., 350
- Kontingenz  
– Begriff 32  
– ~ politischer Entscheidungen 45 f., 289 ff.  
– Der Vorbehalt des auch anders Möglichen 17, 298, 480 ff.
- Kontrollnorm, *siehe* Handlungsnorm
- Kosten  
– Kostenbegriff 30 Fn. 19  
– ~ der Rechte 70 ff., 233 ff.  
– Kosten-Nutzen-Analyse 15, 124 ff., 396 f., 415 f.  
– Kostenprognosen 355  
– Kostenvermeidung als legitimer Zweck 20, 140, 189 ff., 410 f.  
– Opportunitätskosten 16, 32 f., 126, 373, 446  
– Verwaltungskosten/Prozesskosten 236, 394 f., 400
- Krise 1, 9, 54, 151312 ff.
- Kritischer Rationalismus 122
- Legitimation  
– Begriff 246 f.  
– der EU 311 ff.  
– der Gerichte 257 ff.  
– des Gesetzgebers 275 ff.  
– der Regierung 302 f.  
– der Verwaltung 303 f.  
– Legitimationsressourcen 254 ff.  
– Legitimationsmodell 253 f.
- Leistungsgrundrecht, *siehe* Positive Rechte
- Luhmann, Niklas* 41 ff., 68 f., 110
- Margin of Appreciation, *siehe* Spielräume
- Maximum Available Resources Doctrine (MAR) 24, 156 f., 434
- Methode, juristische 135 ff.
- Migration 77 f., 198, 317 ff.
- Mindestposition (*minimal core obligation*) 156 f., 242 f., 245, 325 ff., 418 ff.
- Minimalrechte, *siehe* Mindestposition
- Möllers, Christoph* 253 Fn. 32
- Müller, Friedrich* 173 ff.
- Nachhaltigkeit (*sustainability*) 11, 106 f., 212, 490
- Nachpositivismus 28, 90 f.
- National Health Service (NHS), *siehe auch* QALYs 415 ff., 450 ff.
- Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 110 f.
- Normbereichsanalyse 175 ff.
- Numeraire/numerische Verfahren 217 ff.
- Numerus Clausus, *siehe* BVerfG
- Obergrenze 105 ff., 207, 490
- Opportunitätskosten, *siehe* Kosten
- Optimierungsgebote/Optimierungsthese 154 ff.
- Ordnungsdanken, konkretes 100 ff.
- Pareto-Effizienz 198 ff., 382, 412
- Platon* 40 Fn. 58, 54 f.
- Plebiszit 299 ff.
- Political Question Doctrine 13 f., 181, 250 ff., 317 ff.
- Politik  
– Kontingenz des Politischen, *siehe* Kontingenz  
– ~ als Könnens-Bewusstsein 53 f.  
– Politische Zielsetzungen (*policies*) 162 ff.  
– Recht und ~ 41 ff., 249 ff., 480 f.  
– Unmöglichkeit in der Politik 48 ff.
- Notstand  
– Polizeilicher ~ 266  
– Verwaltungsnotstand 107 f., 306 f.  
– Völkerrechtliche Notstandseinrede 149 f.
- Polyzentrität (*polycentricity*) 228 f., 270 f.  
– *siehe auch* Komplexität
- Portugal 7 Fn. 55, 351 Fn. 72, 441 f.
- Positive Rechte (*positive rights*)  
– Frage der Anerkennung 60 f., 71 f.  
– Abgrenzung von negativen Rechten 70 ff.

- Positivismus 86 ff.  
 Prinzipientheorie, *siehe auch* Abwägung  
   u. *Alexy, Robert*  
   – Gewichtsformel 201, 215, 226  
   – Optimierungsthese 154 ff.  
   – Prinzipien 18 f., 114 f., 145 ff.  
   – Regel-Prinzipien-Modell 91 f., 144 ff.  
   – Regeln 18 f., 147 ff.  
   – Vorrangrelationen 187  
 Priorisierung 381 f.  
   – *siehe auch* Rationierung  
 Prozeduralisierung  
   – Prozedurale Rechtstheorien 118 ff.  
   – ~ von Leistungsrechten 119 f., 283 ff.,  
   346 ff., 363, 427 ff.  
   – *siehe auch* Diskurstheorie  
 PSPP, *siehe* BVerfG
- QALYs (*quality-adjusted life-years*)  
 415 ff.
- Radbruch, Gustav* 55 f., 89, 94, 114 f.  
 Rangordnung 214 ff., 225 ff.  
 Rationalität  
   – der Gesetzgebung/Politik 278 ff., 289  
   – der juristischen Abwägung 196, 243  
   – des Rechts 289  
   – Rational Choice 124 ff., 187  
 Rationierung 381 f.  
   – *siehe auch* Priorisierung  
*Raz, Joseph* 98 f., 185 f., 289 Fn. 168  
 Reasonableness 137 ff., 332, 345, 464, 478  
 Recht auf alles 119 f., 154 ff.  
 Rechtfertigungslast 140 f., 188, 240 ff.,  
 346 f., 486  
 Rechtspositivismus, *siehe* Positivismus  
 Rechtsrealismus 92 ff.  
 Reflexives Recht 130 f.  
 Ressourcenbegriff 30  
 Reziprozität 68 f., 106, 444 ff.  
*Rorty, Richard* 293 f.  
 Rückschrittsverbot/Regressions-  
 verbot 64, 148, 306, 340 f.
- Schlink, Bernhard* 200, 338 f.  
*Schmitt, Carl*  
   – Antagonismen, politische 292 ff.  
   – Dezisionismus 97 f.
- Konkretes Ordnungsdenken 101 f.,  
   304 f.  
   – Kritik am Wertedenken 216  
   – Soziale Rechte 59 f.  
   – Unmittelbare Demokratie/Plebiszit  
   300  
 Schuldenbremse/Schuldenobergrenze  
 105 f., 207, 490  
 Schweiz 142, 299, 331, 454 ff.  
 Selbstbestimmung, *siehe* Autonomie  
 Selbsthilfe, Vorrang der 169 ff., 362, 407 f.  
 Skalierung, *siehe* Rangordnung  
 Sollen impliziert Können (*Ought Implies  
 Can*) 56, 84, 122  
 Soziale Grundrechte 60 f., 70  
 Soziale Wirksamkeit von Recht 94 f.  
 Sozialrecht, einfachgesetzliches 148 f.,  
 391 f., 444  
 Sparsamkeitsprinzip 196, 211 f.  
 Spielräume  
   – Allgemeines 242 f., 246, 251, 323 ff.,  
   351 ff.  
   – Epistemische Beurteilungsspiel-  
   räume 355 ff.  
   – Margin of Appreciation Doctrine 261,  
   270, 351, 359, 434, 436 ff.  
   – Strukturelle Entscheidungsspiel-  
   räume 358 ff.  
 Staatsaufgaben/Aufgabenkritik 63 ff., 110,  
 130, 161 f.  
 Staatsverschuldung/Staatsschulden 104 f.,  
 150 f., 311 ff.  
*Steiner, Hillel* 71, 330 Fn. 11  
 Steuer  
   – Gebot der Steuerschonung 204 ff.  
   – Verfassungswidrige Steuergesetze  
   (Annäherungsprinzip) 75 f., 117  
 Strukturierende Rechtslehre 173 ff.  
 Strukturtheorie/Normstruktur-  
 theorie 144 ff.  
 Studienplatz, *siehe* Berufsfreiheit  
 Subjektives Recht 21, 65 ff., 164 ff., 389 f.  
 Südafrika  
   – *Grootboom* 141 ff., 344 ff., 478  
   – Recht auf Gesundheit 458 ff.  
   – *Soobramoney* 458 ff.  
   – *TAC No. 2* 460 ff.  
 Systemtheorie 41 ff.

- Teilhaberecht, derivatives, *siehe* Gleichheit  
*Teubner, Günther, siehe* Reflexives Recht  
 Typisierung 236 ff., 339 f., 399 ff.
- Unmöglichkeit  
 – Begriff der ~ 27 ff.  
 – absolute vs. relative ~ 31  
 – objektive vs. subjektive ~ 30  
 – vorübergehende/temporäre ~ 34  
 – kognitive ~ 38  
 – politische 42, 95 f., 100  
 – im Verwaltungsrecht 152  
 – im Völkerrecht 116 f., 149 f.  
 – im Zivilrecht 150 f.
- Untersuchungshaft, *siehe* Haftbedingungen
- Vereinigte Staaten/U.S. Supreme Court  
 – Equal Protection Clause 231 Fn. 420  
 – Kosten-Nutzen-Analysen 124, 198  
 – *Plyler v. Doe* 198  
 – Political Question Doctrine 250  
 – Positive Rights 172 Fn. 171, 198
- Verhältnismäßigkeit (*proportionality*)  
 – Allgemeines 137 ff., 187 ff.  
 – ~ im engeren Sinne (*proportionality stricto sensu*) 201 ff., 415
- *siehe auch* Abwägung  
 – *siehe auch* Eingriff  
 – *siehe auch* Erforderlichkeit  
 – *siehe auch* Geeignetheit  
 – verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung 326, 362  
 Versammlungsfreiheit 69, 220, 234, 259, 336 f., 356  
 Vertragstheorie/Kontraktualismus 123 f., 149 f.  
 Vertrauensschutz 148, 340 f., 452 f.  
 Völkerrecht  
 – IPwskR 70, 156 f., 328, 433 ff.  
 – Notstandseinrede 149 f.  
 – *siehe auch* Unmöglichkeit im ~  
 Volksabstimmung, *siehe* Plebiszit  
*Vofskuhle, Andreas* 11, 110, 129, 284
- Walzer, Michael* 98 ff.
- Wille, demokratischer/Voluntarismus 95 ff., 289 ff.
- Wirklichkeitsbezug des Rechts 92 ff.
- Wirtschaftlichkeitsprinzip 169, 211 ff., 391, 444
- Wissen/kognitive Ressourcen 38, 107, 261, 295,
- Zweck, legitimer 188 ff., 410