

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 Maßstabsbildung	137
1. Reasonableness und Verhältnismäßigkeit	137
2. Implikationen der Maßstabswahl 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 optimierungsg geeignet?	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 Umsetzung im geltenden Recht	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 Verzicht 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