

(2) Die Argumentationsbasis kann durch autoritative Entscheidungen determiniert sein. Notwendig ist allerdings die definitive Verbindlichkeit dieser Entscheidungen. Bei einer nur prinzipiellen Verbindlichkeit wären sie als eine Form der Präjudizienbindung im Rahmen interner Kohärenzforderungen einzuordnen. Definitive Verbindlichkeit erfordert wiederum eine Rechtfertigung aufgrund autonomer Argumentation.

(3) Manche Kriterien theoretischer Rationalität lassen sich in Form von Kohärenzkriterien auf normative Urteile anwenden.<sup>187</sup> Eine Form von theoretischer Kohärenz ergibt sich des weiteren aus der Darstellung der Abwägungsurteile in einem mathematischen Modell.<sup>188</sup> Es ist jedenfalls ein Argument für die Rationalität von Abwägungsurteilen, wenn sie sich in einem mathematischen Modell darstellen lassen und damit Kriterien formaler Kohärenz erfüllen, allerdings ein indirektes, mit dem lediglich der Einwand der Inkohärenz ausgeschlossen werden kann.

Die Unterscheidung von Forderungen interner und externer Kohärenz ist allerdings nicht trennscharf. Manche Forderungen externer Kohärenz lassen sich auch mit solchen interner Kohärenz erfassen. Wird etwa ein Argument ohne eine empirische Basis verwendet, ist dies nicht nur ein Verstoß gegen das Gebot der Supervenienz, sondern führt auch zur Berücksichtigung irrelevanter Argumente in der Abwägung und damit zu einem Verstoß gegen ein Gebot interner Kohärenz. Auch die Relevanz theoretischer Rationalität neben den Forderungen interner Abwägungskohärenz ist jedenfalls nicht offensichtlich.

### *III. Abwägungsregeln*

Die Forderungen interner Kohärenz lassen sich in Form von Abwägungsregeln darstellen. Diese verwenden, wie bereits zur Struktur der Abwägung dargelegt, die Kriterien des abstrakten relativen Gewichts und des Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrades der abzuwägenden Prinzipien. Zentrales Thema der juristischen Abwägung ist zu ermitteln, inwieweit das geltende Recht Abwägungsvorgaben insbesondere hinsichtlich der abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien enthält und welche Vorrangrelationen sich daraus ergeben. Das Ausgangsproblem ist also die Ermittlung objektiv geltender Abwägungsregeln. Autonome Abwägung kommt erst sekundär zur Anwendung. Juristische Abwägung zielt damit auf objektiv rationale, nicht autonome Begründung von Abwägungsurteilen.

Die Grundregeln für Abwägungsurteile sind bereits dargelegt worden. Gefordert ist die Bestimmung einer Vorrangrelation unter kollidierenden Prinzipien oder, allgemein, normativen Argumenten. Vorrang enthält dasjenige Prinzip, das im konkreten Fall das größere Gewicht aufweist. Dieses Urteil hängt wiederum von zwei Faktoren ab, dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien und dem Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrad der betreffenden Prinzipien, der bei der Abwägung auf dem Spiel steht. Es lassen sich eine Reihe von Regeln angeben, die bei dieser Abwägung zu beachten

187 Zu Kohärenz ohne Bezug zur Abwägung Bracker 2000; Hage 2005, 33ff.

188 Vgl. den Versuch der Mathematisierung der Abwägung bei Alexy 2003a.

sind.<sup>189</sup> Sie basieren auf den für die Abwägung allgemein geltenden Kriterien, lassen sich jedoch - eine gewisse Ungenauigkeit in Kauf nehmend - vereinfacht formulieren.

## *1. Abwägungskriterien*

Für den Vorrang eines Prinzips  $P_1$  gegenüber einem kollidierenden Prinzip  $P_2$  in einem konkreten Fall gelten folgende Kriterien:

(AR<sub>1</sub>) Der Zugewinn in der Erfüllung von  $P_1$  muss das Maß der Beeinträchtigung von  $P_2$  rechtfertigen.

Diese Formulierung ist allerdings unvollständig, da es für die Beantwortung der Frage, ob eine Beeinträchtigung eines Prinzips gerechtfertigt ist, auch auf das relative Gewicht der beteiligten Prinzipien ankommt. Dies lässt sich wie folgt ausdrücken:

(AR<sub>2</sub>) Die Wichtigkeit der Erfüllung des Prinzips  $P_1$  im konkreten Fall muss das Maß der Beeinträchtigung des kollidierenden Prinzips  $P_2$  rechtfertigen.

Mit der Bezugnahme auf den konkreten Fall wird das Maß der Erfüllung oder Beeinträchtigung eines Prinzips, das durch eine Abwägungsentscheidung bewirkt wird, als Element des Vorrangkriteriums eingeführt. Die Wichtigkeit der Erfüllung im konkreten Fall ergibt sich dann aus dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien und dem zur Entscheidung stehenden Maß ihrer Erfüllung bzw. Beeinträchtigung. Auch diese Beziehung bringt die Struktur einer Abwägung allerdings nur unvollständig zum Ausdruck. Abwägungen sind dadurch charakterisiert, dass auf beiden Seiten Gewichte und Erfüllungsgrade von Prinzipien zu berücksichtigen sind. Dies kann durch folgende Regel zum Ausdruck gebracht werden:

(AR<sub>3</sub>) Das Gewicht von  $P_1$  im konkreten Fall muss größer sein als das von  $P_2$ .

Das Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall ergibt sich dabei aus seinem relativen Gewicht und dem zur Entscheidung stehenden Maß seiner Erfüllung.

## *2. Kohärenzforderungen*

Aufgrund der dargestellten Varianten der Konstruktion von Abwägungen ergeben sich eine Reihe von Kohärenzforderungen. Allgemein gilt, dass das Abwägungsergebnis unabhängig sein muss von der Formulierung der Prinzipien und des Abwägungsproblems. Andere, speziellere Kohärenzforderungen bestimmen Vorrangrelationen aufgrund von Vergleichen von Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgraden und relativen Gewichten. Als allgemeine Regeln der juristischen Abwägung können formuliert werden:

189 Zur Ausarbeitung solcher Regeln für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Clérico 2001.

## (1) Gleichbehandlungs- oder Analogieprinzip:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Vorrang zugunsten eines Prinzips angenommen worden, dann muss in einem anderen Fall bei gleichen Erfüllungsgraden und relativen Gewichten dieses Prinzip ebenfalls Vorrang erhalten.

## (2) Argumentum a fortiori:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Vorrang zugunsten eines Prinzips angenommen worden, dann führt eine Änderung in einer dieser Dimensionen zugunsten dieses Prinzips dazu, dass es auch unter den geänderten Umständen Vorrang vor dem kollidierenden Prinzip erhalten muss.

## (3) Differenzierungsgebot:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Gleichgewicht zwischen kollidierenden Prinzipien angenommen worden, dann führt eine Änderung in einer dieser Dimensionen zugunsten eines der kollidierenden Prinzipien zum Vorrang dieses Prinzips.

Zu beachten ist, dass die Annahme eines Gleichgewichts als Grundlage des Differenzierungsgebots ein positives Urteil erfordert, nicht lediglich die Feststellung, dass ein Vorrang für eines der beiden Prinzipien nicht begründbar ist.

### 3. Kohärenz und Formalisierung

Ein Höchstmaß an Kohärenz wäre erreicht, wenn sich Abwägungsurteile in Form eines mathematischen Kalküls darstellen ließen. Eine solche Darstellung bedeutet nicht, dass Abwägungsurteile sich tatsächlich berechnen ließen. Dies erforderte die objektive Bestimmbarkeit der Abwägungsfaktoren, die schon wegen der autonomen Elemente in der Abwägung nicht möglich ist. Es wäre hingegen denkbar, Abwägungen so zu rekonstruieren, dass sie sich aus bestimmten Faktoren nach mathematischen Gesetzmäßigkeiten ergeben. Eine solche Darstellung würde die Kohärenz der Abwägungen garantieren.

#### 3.1. Alexys "Gewichtsformel"

Alexy hat mit seiner "Gewichtsformel"<sup>190</sup> einen Vorschlag zur Präzisierung von Abwägungen vorgelegt, der ein arithmetisches Gesetz für Abwägungen formuliert. Es soll

<sup>190</sup> Die Gewichtsformel stellt Alexy neben das "Kollisionsgesetz" und das "Abwägungsgesetz". Gemeinsam sollen sie die Grundlage seiner Abwägungstheorie bilden. Das Kollisionsgesetz besagt, dass die Bedingungen C, unter denen ein Prinzip einem anderen vorgeht, den Tatbestand einer Regel bilden, die als Ergebnis einer Abwägung festgesetzt wird. Das Abwägungsgesetz besagt in Bezug auf die Kollision zweier Prinzipien, dass, je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung eines Prinzips ist, desto höher ist sein Gewicht.

eine Alternative zur deduktiven Folgerung darstellen.<sup>191</sup> Ähnlich wie die Deduktion die Ableitung eines Ergebnisses aus gegebenen Prämissen erlaubt, soll die Gewichtsformel die Ableitung des Abwägungsergebnisses aus den für die Abwägung relevanten Faktoren ermöglichen. Die Gewichtsformel für die Abwägung zweier Prinzipien lautet:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Dabei stehen

$I_i$  für die Eingriffsintensität des Prinzips  $P_i$  in einem konkreten Fall C,

$G_i$  für das abstrakte Gewicht des Prinzips  $P_i$ ,

$S_i$  für die Sicherheit der empirischen Annahmen für die Bestimmung des Grades der Intensität des Eingriffs.

$P_i$  für das, dessen Verletzung wegen Nichterfüllung oder Beeinträchtigung geprüft wird, also eine Variable für Prinzipien.

$IP_i$  für die Intensität des Eingriffs in  $P_i$ .

Die Intensität des Eingriffs  $IP_i$  wird als eine konkrete Größe verstanden, im Unterschied zum abstrakten Gewicht eines Prinzips. Konkret heißt offenbar, auf die Umstände eines konkreten Fall bezogen. Um die Konkretheit explizit zu machen, fügt Alexy ein "C" als Angabe der entscheidungsrelevanten Umstände des Falls hinzu. Die Intensität des Eingriffs wird damit notiert als  $IP_iC$ . Dies bringe drei Aspekte zum Ausdruck, das Prinzip, die Intensität des Eingriffs und den konkreten Fall.<sup>192</sup> Wenn es nicht darauf ankomme, die drei Aspekte hervorzuheben, könne man für die Eingriffsintensität schlicht schreiben:  $I_i$ . Die Eingriffsintensität wird auch als Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung bezeichnet.<sup>193</sup>

$GP_i$  bezeichne das abstrakte Gewicht von  $P_i$ , d.h. das Gewicht, das  $P_i$  relativ auf andere Prinzipien unabhängig von den Umständen irgendwelcher Fälle zukommt. Um die Abstraktheit explizit zu machen, könne ein "A" hinzugefügt werden:  $GPiA$ . Die knappe Fassung des abstrakten Gewichts laute  $G_i$ .

Die Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips müsse nicht notwendig als eine konkrete Größe aufgefasst werden, in ihr könnten Konkretes und Abstraktes verbunden werden. Sie hänge davon ab, wie intensiv die Beeinträchtigung sei und wie hoch das abstrakte Gewicht des betreffenden Prinzips sei.<sup>194</sup>

Die Produkte  $I_i \cdot G_i$  und  $I_j \cdot G_j$  drücken Alexy zufolge etwas aus, was nicht selten neben oder statt  $G_{i,j}$ ,  $G_i$  und  $G_j$  als Gewicht bezeichnet werde. Dieses Produkt könne "das nichtrelative konkrete Gewicht" oder auch die "Wichtigkeit" von  $P_i$  genannt wer-

tigung des einen Prinzips ist, desto größer die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen Prinzips sein muss (Alexy 2003a, 772).

<sup>191</sup> Alexy 2003b, 448. Die Entgegensetzung zur deduktiven Logik erscheint allerdings nicht passend, weil Arithmetik nicht in Gegensatz zu ihr steht. Vgl. auch die Kritik bei Brožek 2007, 110.

<sup>192</sup> Alexy 2003a, 779.

<sup>193</sup> Ebd., 778.

den. Letzteres sei eleganter, mache es aber erforderlich, strikt zwischen Intensität des Eingriffs und Wichtigkeit zu unterscheiden. Damit ergebe sich die Beziehung

$$W_i = I_i \cdot G_i^{195}$$

Zunächst betrachtet *Alexy* nur die konkrete Wichtigkeit, da das von ihm formulierte Abwägungsgesetz<sup>196</sup> auf die Konstellation gleicher abstrakter Gewichte zugeschnitten sei - eine Aussage, die zweifelhaft erscheint, denn das Abwägungsgesetz lässt sich auch ohne diese Voraussetzung anwenden. Die konkrete Wichtigkeit hänge von den Auswirkungen ab, die die Unterlassung der in  $P_i$  eingreifenden Maßnahme für die Erfüllung des gegenläufigen Prinzips  $P_j$  habe. Der Begriff der konkreten Wichtigkeit sei mit dem der Intensität des Eingriffs identisch.<sup>197</sup> Daher verwendet *Alexy*, abweichend von früheren Arbeiten, für die Notation der konkreten Wichtigkeit ebenfalls das Zeichen für Eingriffsintensität. Die konkrete Wichtigkeit des kollidierenden Prinzips wird also dargestellt als  $IP_j C$  oder kurz  $I_j$ .

Die Bewertung der Eingriffsintensitäten erfolgt mit den Werten leicht, mittel, schwer, die durch l, m und s angegeben werden.<sup>198</sup> *Alexy* meint, dass sich eine Skala der Eingriffsintensitäten vom Standpunkt der Verfassung angeben lasse, die Kommensurabilität stiftet.<sup>199</sup> Dieses triadische Modell könne mit Hilfe von Zahlen illustriert werden.<sup>200</sup> Dies sei mittels arithmetischer oder geometrischer Folgen möglich. Eine besonders einfache arithmetische Folge sei die Folge 1, 2, 3... Auf dieser Grundlage könne das Gewicht eines Prinzips unter den Umständen des zu entscheidenden Falls, sein konkretes Gewicht, ausgedrückt werden als

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

*Alexy* bezeichnet dies als "Differenzformel".<sup>201</sup> Das konkrete Gewicht könne ausführlicher notiert werden als  $GP_{i,j}C$ . Es handele sich um ein relatives Gewicht.

Die arithmetische Darstellung sei gleichwohl inadäquat, weil sie nicht zum Ausdruck bringe, dass Prinzipien bei steigender Eingriffsintensität immer mehr an Kraft gewönnen. Dieser Zusammenhang entspreche dem Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution.<sup>202</sup> Deshalb nimmt *Alexy* eine geometrische Skalierung mit den Werten  $2^0$ ,  $2^1$ ,  $2^2$  (also 1, 2, 4) vor. Dies erlaube es, das konkrete Gewicht durch die obige Quotientenformel zu definieren.

Die vollständige Quotientenformel enthält neben Eingriffsintensitäten als weitere Elemente die abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien sowie die Sicherheit der empirischen Annahmen. Abstrakte Gewichte sollen ebenso wie Eingriffsintensitäten auf triadische Skalen bezogen werden, die durch geometrische Folgen repräsentiert würden. Bei-

194 Ebd., 779.

195 Ebd., 789.

196 Alexy 1985, 146.

197 Alexy 2003a, 780.

198 Ebd., 781.

199 Ebd., 782.

200 Ebd., 783.

201 Ebd., 784.

202 Ebd., 785.

den komme gleiches Gewicht bei der Bestimmung des durch  $G_{i,j}$  repräsentierten konkreten oder relativen Gewichts zu.<sup>203</sup>

Die Werte für die Sicherheit empirischer Prämissen werden ebenfalls auf geometrischen Skalen angegeben. Die Werte hierfür seien g (gewiss), p (plausibel) und e (evident falsch). Die entsprechenden Zahlenwerte seien  $2^0, 2^{-1}, 2^{-2}$ .

Alexy fügt dem noch zwei erweiterte Gewichtsformeln hinzu, die das Problem der Kollision von nicht nur zwei, sondern von mehreren Prinzipien betreffen. Dies setzte allerdings voraus, dass Prinzipien additiv kumulierbar wären,<sup>204</sup> eine Voraussetzung, die durchaus problematisch ist. Sie erfordert die additive Trennbarkeit der einzelnen Gewichte.<sup>205</sup> Diese wird häufig nicht gegeben sein, weil Prinzipien in Beziehungen zueinander stehen, die sie nicht völlig unabhängig voneinander machen.<sup>206</sup> Dies schließt eine einfache Addition aus. Die Anwendung der erweiterten Gewichtsformeln steht somit vor Problemen, die von Alexy angesprochen, aber nicht gelöst werden.<sup>207</sup>

### 3.2. "Gewichtsformel" und Optimierungsmodell der Abwägung

Gegen die *Alexysche "Gewichtsformel"* sind eine Reihe von Einwänden vorgebracht worden,<sup>208</sup> die sich vor allem gegen die mit ihr angestrebte Mathematisierung der Abwägung richten. Sie können allerdings nicht in Frage stellen, dass eine Präzisierung der Abwägung auch unter Einsatz mathematischer Instrumente wünschenswert wäre und es jedenfalls interessant ist, deren Möglichkeiten auszuloten. Dies erfordert allerdings zunächst Klarheit über das zugrundegelegte Modell der Abwägung. Zu klären ist insbesondere, in welchem Verhältnis die *Alexysche Konzeption* zu dem hier verwendeten Optimierungsmodell der Abwägung steht ab.

In verschiedenen Punkten sind Abweichungen festzustellen:

- Für den Begriff des konkreten relativen Gewichts, der durch die Gewichtsformel bestimmt wird, sei es mittels Subtraktion auf der Basis arithmetischer Skalierung, sei es durch einen Quotienten auf der Basis geometrischer Skalierung, gibt es keine Entsprechung im Optimierungsmodell.
- Andererseits fehlt in der *Alexyschen Konzeption* der Begriff des relativen Gewichts im Sinne der normativen Substitutionsrate für kollidierende Prinzipien, die dem Betrag der Steigung der betreffenden Indifferenzkurve entspricht.
- In der *Alexyschen Konzeption* werden Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrad mit Eingriffsintensität gleichgesetzt, letztere wiederum wird mit der konkreten Wichtigkeit

203 Ebd., 789.

204 Ebd., 792.

205 Vgl. Jansen 1998, 120, zu den Gebotenheitsgraden von Prinzipien.

206 Sieckmann 1995.

207 Carlos Bernal Pulido hat Erweiterungen der Gewichtsformel um weitere Faktoren vorgeschlagen, vgl. Bernal Pulido 2004, 2006a, 2006b. Allerdings ist fraglich, ob es sinnvoll ist, diese mit den für die Abwägung wesentlichen Faktoren von abstraktem Gewicht und Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrad auf eine Stufe zu stellen

208 Kritisch zur Gewichtsformel Atienza 2006, 173; Brožek 2007b; Hofmann 2007; Jestaedt 2007, 266; Moreso 2007, 230ff.; Riehm 2006, 66ff.

eines Prinzips identifiziert.<sup>209</sup> Im Optimierungsmodell werden hingegen Beeinträchtigungs- und Erfüllungsgrad grundsätzlich als deskriptive Begriffe verwendet und von der Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips oder seinem Gewicht im konkreten Fall unterschieden.

- Das Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall wird im Optimierungsmodell als Funktion von Erfüllungsgrad und relativem abstrakten Gewicht des Prinzips definiert. Aufgrund der jeweiligen Gewichte im konkreten Fall (und entsprechend den Erfüllungswerten verschiedener Abwägungsergebnisse hinsichtlich der jeweiligen Prinzipien) wird das Vorrangverhältnis der kollidierenden Prinzipien bestimmt. In der *Alexyschen* Konzeption spielt der Begriff des Gewichts eines Prinzips im konkreten Fall hingegen keine Rolle. Er wird nur der Abgrenzung halber erwähnt. Zudem charakterisiert *Alexy* es als ein nicht-relatives konkretes Gewicht.
- Das abstrakte Gewicht eines Prinzips definiert *Alexy* als vollkommen unabhängig von irgendeinem Fall.<sup>210</sup> Im Optimierungsmodell ist es hingegen lediglich unabhängig von dem zu entscheidenden Fall zu bestimmen, bleibt aber ein relatives in dem Sinne, dass es in Bezug auf eine Kollision von Prinzipien zu bestimmen ist.
- *Alexy* berücksichtigt explizit die Sicherheit empirischer Annahmen als Abwägungsfaktor.<sup>211</sup> Im Optimierungsmodell wäre dieser Faktor in der Bestimmung von Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgraden zu berücksichtigen.<sup>212</sup>

Grundsätzliche Unterschiede bestehen demnach hinsichtlich des Begriff des konkreten relativen Gewichts, hinsichtlich der Begriffe von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden, Eingriffsintensitäten und abstrakten Gewichten von Prinzipien sowie des aufgrund dieser Faktoren definierten relativen Gewichts kollidierender Prinzipien im konkreten Fall. Ein weiterer Unterschied ist die Einführung einer geometrischen Skalierung für Eingriffsintensitäten, abstrakte Gewichte und Sicherheiten empirischer Annahmen. *Alexy* vertritt demnach eine andere Konzeption der Abwägung als die des Optimierungsmodells. Die Frage ist, ob sie haltbar ist.

### 3.3. Der Begriff des konkreten Gewichts

*Alexy* verwendet einen Begriff des konkreten relativen Gewichts von Prinzipien, der im Optimierungsmodell nicht vorkommt. Andererseits verwendet er nicht den im Optimierungsmodell grundlegenden Begriff des relativen Gewichts von Prinzipien im Sinne der normativen Substitutionsrate der Erfüllung kollidierender Prinzipien.

*Alexy* definiert das konkrete relative Gewicht zweier Prinzipien als Funktion der Eingriffsintensitäten, abstrakten Gewichten und Sicherheit der empirischen Annahmen hinsichtlich der kollidierenden Prinzipien, sei es mittels einer Differenzformel, sei es mit der Quotientformel. Abgesehen vom Faktor der Sicherheit der empirischen Annahmen, scheint

209 *Alexy* 2003a, 778, 780.

210 Ebd., 778.

211 Ebd., 789.

212 Die Sicherheit der empirischen Annahmen kann in den Faktor des Erfüllungsgrades integriert werden, indem dieser als Grad der erwarteten Erfüllung verstanden wird.

eine Parallele zu bestehen in der Bildung des Produkts aus Eingriffsintensitäten I und abstrakten Gewichten G von Prinzipien. Während jedoch dieses Produkt im Optimierungsmodell das relative Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall definieren müsste und die Relation der jeweiligen Gewichte im konkreten Fall die Vorrangrelation zwischen den kollidierenden Prinzipien bestimmte, gibt es *Alexy* zufolge das nicht-relative konkrete Gewicht der Prinzipien an. Im Gegensatz dazu definiert er das konkrete relative Gewicht der Prinzipien aufgrund der Differenz oder des Quotienten dieser Produkte, wobei er auf die abweichende Verwendung des Begriffs des Gewichts oder der Wichtigkeit von Prinzipien hinweist. Er führt also einen anderen Begriffs des konkreten relativen Gewichts ein. Im Optimierungsmodell wäre dieser Begriff durch eine Relation zwischen relativen Gewichten im konkreten Fall zu definieren, also durch eine doppelte Relativität.

Da der *Alexysche* Begriff des konkreten relativen Gewichts nicht nur eine klassifikatorische Vorrangrelation definiert, sondern Graduierungen zulässt, kann das relative Gewicht des einen Prinzips gegenüber dem anderen verschieden groß sein. Ein hohes relatives Gewicht des einen Prinzips würde im *Alexyschen* Sinne besagen, dass es das andere im konkreten Fall weit überwiegt. Es liegt nahe, diese Konzeption als die eines "relativen Übergewichts" eines Prinzips gegenüber einem anderen in einem konkreten Fall zu charakterisieren.

Die Konzeption eines relativen Übergewichts eines Prinzips spielt im Optimierungsmodell keine Rolle, weil und soweit es bei der Abwägung nur darum geht, den Vorrang unter kollidierenden Prinzipien in einem bestimmten Fall zu bestimmen. Wie stark das vorgehende Prinzip überwiegt, ist im Ergebnis unerheblich. Es gibt allerdings Zusammenhänge, in denen diese Konzeption fruchtbare sein könnte. Sie könnte zur Rekonstruktion der Idee eines "Abwägungsmaßes"<sup>213</sup> dienen, d.h. der Forderung nicht nur eines höheren Gewichts, sondern eines erheblich höheren Gewichts, um den Vorrang eines Prinzips gegenüber einem anderen zu begründen. Ein wichtiger Anwendungsfall könnte die Differenzierung verschiedener Intensitäten gerichtlicher Kontrolle sein. Auch für das Kriterium der Stärke rationaler Akzeptanz<sup>214</sup> kann relevant sein, wie stark die Priorität ist, die verschiedene in ihren Abwägungsurteilen divergierende Beteiligte ihrer jeweiligen Position zuschreiben.

### 3.4. Eingriffsintensitäten und abstrakte Gewichte

Ein zweites Problem ist die Definition von Eingriffsintensität I, abstraktem Gewicht G und Wichtigkeit der Erfüllung, oder konkreter Wichtigkeit, W von Prinzipien. Konkrete Wichtigkeit ist offenbar eine allein von den jeweiligen Eingriffsintensitäten abhängende Größe, während Wichtigkeit der Erfüllung insofern allgemeiner ist, als für sie neben den Eingriffsintensitäten auch die abstrakten Gewichte von Prinzipien relevant sein können. In diesem Punkt scheint die *Alexysche* Konzeption dem Optimierungsmodell zu entsprechen, da die Wichtigkeit eines Prinzips  $W_i$  in Abhängigkeit von Eingriffsintensität und abstraktem

213 Riehm 2006, 30, 81, 103.

214 Dazu Sieckmann 2003.

Gewicht bestimmt wird.<sup>215</sup> Eingriffsintensität könnte somit als Grad der Erfüllung oder Beeinträchtigung, abstraktes Gewicht als abstraktes relatives Gewicht verstanden werden.

In der *Alexyschen* Konzeption ist die Eingriffsintensität aber keineswegs mit dem Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrad im Sinne des Optimierungsmodells gleichzusetzen. Letztere sind grundsätzlich empirisch-analytisch zu bestimmen, aufgrund eines Vergleichs verschiedener Situationen. Beispiele sind die Beeinträchtigung des Eigentums durch mehr oder weniger hohe Steuern oder die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit durch mehr oder weniger weitreichende Verbote im Straßenverkehr. Allerdings hängt die Bestimmung von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden von der Definition des Schutzzguts ab, die wiederum evaluative oder normative Stellungnahmen erfordern kann. So setzen Urteile über die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts eine Bestimmung voraus, was als Persönlichkeitsrecht geschützt wird und für wie wichtig die einzelnen Elemente gehalten werden. Die Bestimmung von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden kann daher normative Urteile erfordern. Dies ist jedoch nicht begrifflich notwendig. Die Eingriffsintensität enthält hingegen begrifflich notwendig eine evaluative Komponente, da sie mit der konkreten Wichtigkeit eines Prinzips gleichgesetzt wird,<sup>216</sup> jedenfalls in dem Fall gleicher abstrakter Gewichte der kollidierenden Prinzipien. Die Eingriffsintensität gibt die konkrete Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips an. Sie ist nicht deskriptiv zu verstehen, sondern nur evaluativ zu bestimmen.

Die Gleichsetzung von Eingriffsintensität und konkreter Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips zeigt, dass die *Alexysche* Eingriffsintensität die Stelle dessen einnimmt, das in Optimierungsmodell als relatives Gewicht im konkreten Fall bezeichnet wird. Die Differenz oder das Verhältnis der Eingriffsintensitäten wiederum bestimmt Alexy zufolge das konkrete relative Gewicht der abzuwägenden Prinzipien. Das konkrete relative Gewicht kann in diesem Sinne somit nicht einen Faktor zur Bestimmung der Vorrangrelation darstellen, sondern es wird gleichzeitig mit dieser bestimmt. Dementsprechend setzt die Verwendung der Eingriffsintensität als Kriterium voraus, dass bereits eine Vorrangrelation zwischen Prinzipien bestimmt worden ist.

Dies führt zu der Frage, wie die Eingriffsintensität im *Alexyschen* Modell zu bestimmen ist. Wird sie mit der konkreten Wichtigkeit eines Prinzips gleichgesetzt, könnte sie als Funktion von Beeinträchtigungsgrad und abstraktem Gewicht interpretiert werden. Dies führte jedoch zu einer doppelten Berücksichtigung des Faktors des abstrakten Gewichts. Sind die abstrakten Gewichte gleich, spielt dies keine Rolle, da sie gegeneinander gekürzt werden können und in der Gewichtsformel nicht ausgewiesen werden müssen. Sind sie jedoch nicht gleich, müssen sie in die Gewichtsformel aufgenommen werden. Wenn aber die Eingriffsintensität bereits evaluativen Gehalt hat, dann führt die Ergänzung der Formel um abstrakte Gewichte zu einer doppelten Berücksichtigung abstrakter Gewichte.

Eine weitere Frage ist, ob das abstrakte Gewicht eines Prinzips ein relatives oder ein absolutes Gewicht ist, und in welchem Sinne dies zu verstehen ist. Im Optimie-

215 Alexy 2003a, 788.

216 Ebd., 779f.

rungsmodeLL wird das Gewicht von Prinzipien als relativ in dem Sinne definiert, dass es nur in Bezug auf das Verhältnis kollidierender Prinzipien (oder jedenfalls mit Bezug auf Prinzipienkollisionen) zu bestimmen ist. In diesem Bezug liegt ein wesentlicher Vorteil des Optimierungsmodells, da es eine rationale Rekonstruktion des Begriffs des Gewichts von Prinzipien aufgrund der in Abwägungen erkennbaren Gewichtungen erlaubt. Wird das abstrakte Gewicht hingegen als ein absolutes Gewicht verstanden, dann ist dessen Begründung wie auch dessen begründungstheoretische Funktion unklar. Absolute Gewichte sind nicht auf Prinzipienkollisionen bezogen, sondern werden Prinzipien unabhängig von Kollisionsfällen zugeschrieben. Solche Zuschreibungen sind zwar als generalisierende Aussagen über relative Gewichte möglich, haben wegen des generalisierenden Charakters aber nur prima facie-Charakter und begründen damit lediglich Vermutungen über das richtige Abwägungsergebnis. Dies ist eine andere Art der Begründung als die einer Abwägung.

Alexy verwendet allerdings den Begriff des relativen Gewichts offenbar in einem anderen Sinne, nämlich als eine zweistellige, auf zwei Prinzipien bezogene Relation. Absolute Gewichte sind demnach einstellige Prädikate, die auf nur ein Prinzip bezogen sind. Diese Verwendungsweise zeigt sich auch an der Bezeichnung der Wichtigkeit eines Prinzips im konkreten Fall (dargestellt als das Produkt aus I und G) als nicht relatives Gewicht. Da das abstrakte Gewicht von Prinzipien relativ auf kollidierende Prinzipien definiert wird, muss auch das Produkt von abstraktem Gewicht und Eingriffsintensität in diesem Sinne relativen Charakter haben. Es wird jedoch von Alexy als nicht relatives konkretes Gewicht bezeichnet. Dies zeigt, dass er einen anderen Begriff der Relativität des Gewichts von Prinzipien verwendet. Dies ist offenbar, allerdings ohne explizite Definition, der Bezug des relativen Gewichts auf nicht nur eines, sondern beide der kollidierenden Prinzipien.

In diesem Punkt stellt sich ein weiteres Problem. Das abstrakte Gewicht ist Alexy zufolge ein relatives Gewicht, jedoch eines, das unabhängig von irgendwelchen Fällen bestimmt wird.<sup>217</sup> Damit handelt es sich um ein absolutes Gewicht im Sinne des Optimierungsmodells. Es ist gerade das Merkmal des relativen Gewichts im Sinne des Optimierungsmodells, dass das Gewicht nur in Bezug auf einen Kollisionsfall bestimmt werden kann. Im Optimierungsmodell wird das abstrakte Gewicht als unabhängig von der Entscheidung des konkreten Abwägungsproblems charakterisiert, bleibt aber von Umständen abhängig, die für die Bestimmung des abstrakten Gewichts relevant sind, wie der Stärke zugrunde liegender Interessen, der Stützung durch weitere Prinzipien, der Gewichtung in anderen Fällen. Wird jeder Fallbezug ausgeschlossen, kann es sich nicht um ein relatives Gewicht in diesem Sinn handeln.

### 3.5. Die geometrische Skalierung

Ein wichtiger und origineller Punkt in der Konzeption Alexys ist die Repräsentation von Eingriffsintensitäten, abstrakten Gewichten und Sicherheiten empirischer Annahmen durch

217 Ebd., 778.

geometrische Reihen. Als Basis für die Zahlenwerte für die Intensität der Beeinträchtigung und die Wichtigkeit von Prinzipien dient eine Trias  $2^0$ ,  $2^1$  und  $2^2$ . Dies führt dazu, dass das konkrete Gewicht eines Prinzips mit abnehmendem Erfüllungsgrad überproportional ansteigt.

Ob diese Annahme eines überproportionalen Anstiegs adäquat ist, ist allerdings fraglich. *Alexy* verwendet sie als Begründung dafür, dass Grundrechte bei Abwägungen nicht völlig verdrängt werden können. *Jansen* sieht in ihr einen Ansatz zur Interpretation der Wesensgehaltsgarantie im Rahmen eines Abwägungsmodells.<sup>218</sup> Diese Ansätze sind jedoch auf Grundrechte bezogen und können nicht ein allgemeines Merkmal rationaler Abwägung begründen.

Ein weiteres Problem für die Überproportionalitätsthese ist eine Mehrdeutigkeit im Begriff des Erfüllungsgrades. Dieser kann punktuell - als Maß der Erfüllung eines Prinzips - oder veränderungsbezogen - als Maß der Erfüllung oder Beeinträchtigung eines Prinzips durch eine bestimmte Maßnahme - verstanden werden.<sup>219</sup> Die *Alexysche* Konzeption muss die punktuelle Interpretation zugrunde legen. Denn bei einer veränderungsbezogenen Bestimmung des Erfüllungsgrades würden alle Maßnahmen, gleich welche Auswirkung sie haben, die zu einem bestimmten punktuellen Erfüllungsgrad des Prinzips führen, entsprechend diesem Erfüllungsgrad bewertet. Ist z.B. das Prinzip der Berufsfreiheit bereits durch zahlreiche Einschränkungen zugunsten des Gesundheitsschutzes geprägt, also in geringem Maße erfüllt, würde jede weitere Beschränkung, so gering sie auch sei, als erhebliche Beeinträchtigung des Prinzips der Berufsfreiheit gewertet. Für sie gälten die gleichen Anforderungen wie für eine Maßnahme, die von einem zunächst relativ hohen Grad der Realisierung der Berufsfreiheit zu einer weitgehenden Einschränkung führt. Dies kann aber nicht richtig sein.

Zudem passt die Anwendung geometrischer Reihen auf abstrakte Gewichte in dem von *Alexy* definierten Sinn nicht, weil die Begründung für das überproportionale Anwachsen des Gewichts der Grad der Beeinträchtigung ist. Das abstrakte Gewicht soll aber ohne jeden Bezug auf die Umstände irgendwelcher Fälle sein. Damit gibt es keinen Grund, ein überproportionales Wachsen anzunehmen.

Ferner ist fraglich, welche Bedeutung die Größe der Zahlenwerte für die Abwägung hat. Wenn es nur um die Bildung einer Vorrangrelation geht, erscheint die Verwendung von Exponenten nicht notwendig. Zudem werden sowohl die Werte für Eingriffsintensitäten als auch für abstrakte Gewichte wie für Sicherheiten empirischer Annahmen exponentiell dargestellt. Jeder Zuwachs in einer Dimension um eine Einheit wird daher durch jede Minderung in einer anderen Dimension um eine Einheit kompensiert. Damit genügte für die Darstellung der Abwägung aber eine Einordnung der Entscheidungssituationen in Klassen von Wichtigkeits-, Beeinträchtigungs- und Sicherheitsgraden.<sup>220</sup>

218 Jansen 1997, 27ff.

219 S.o., § 3, III. 1.

220 Dies gilt allerdings nicht für die Behandlung von Kollisionen von mehr als zwei Prinzipien entsprechend der erweiterten Gewichtsformel.

Allerdings nimmt Alexy an, aus dem Verhältnis der Zahlenwerte lasse sich entnehmen, dass bei einer Verfeinerung der Skala z.B. zu neun Stufen von  $2^0$  bis  $2^8$  das konkrete Gewicht eines Prinzips sehr stark steige, wenn ein leichter Eingriff in ein Prinzip mit einem hohen Grad der Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips zusammentreffe. Dies gehe bis ins Unendliche hinein. Dem solle die Rede vom "grenzenlosen Unrecht" entsprechen. Diese Rede hätte jedoch nur dann einen Sinn, wenn man die Werte für das konkrete Gewicht auf einer Skala reeller Zahlen abbilden könnte, die die Größe von Unrecht angeben. Für eine derartige Interpretation gibt es jedoch keine Grundlage.

Es ist somit festzustellen, dass die *Alexysche "Gewichtsformel"* keine plausible Alternative zum Optimierungsmodell der Abwägung bietet. Dennoch ist dieser Versuch einer mathematischen Präzisierung der Abwägung interessant und kann durchaus als wegweisend für die weitere Analyse von Abwägungen gelten.

#### *IV. Die Entscheidbarkeit juristischer Abwägungen*

Ob nicht nur eine Komparation verschiedener Entscheidungsalternativen, sondern eine rationale Begründung eines bestimmten Abwägungsurteils gelingt, hängt davon ab, ob Erfüllungsgrade und Gewichte objektiv bestimmt werden können, auch für die sich aus ihnen ergebenden normativen Konsequenzen, d.h. ob sich Gewichte, Erfüllungsgrade und konkrete relative Gewichte oder Erfüllungswerte unabhängig von einem Abwägungsurteil und nicht erst als Rationalisierung intuitiv getroffener Abwägungsurteile ermitteln lassen.

Für die Frage der Entscheidbarkeit ist wichtig, welcher Maßstab zugrunde gelegt wird. In Betracht kommen

- objektive Gültigkeit, d.h. jeder vernünftig Urteilende muss zu einem bestimmten Urteil kommen,
- vernünftige Konvergenz, d.h. aufgrund autonomer Argumentation und intersubjektiver Reflektion bildet sich eine stabile und unumkehrbar erscheinende Tendenz zu einem bestimmten Ergebnis heraus,
- ein normativer Richtigkeitsanspruch aufgrund autonomer Argumentation und intersubjektiver Reflektion.

In letzterem Sinne sind alle Abwägungsfragen entscheidbar, auch wenn einzelne Beurteiler in manchen Fragen zu keinem Ergebnis kommen werden. Andererseits ist die Forderung objektiver Gültigkeit zu stark. Sie lässt sich im Bereich normativer Argumentation in substantiellen Fragen in der Regel nicht erreichen, auch nicht im Bereich des Rechts. Wenn nach der Entscheidbarkeit juristischer Abwägungen gefragt wird, dann ist damit sinnvollerweise gemeint, ob über solche Fragen vernünftige Konvergenz erreicht werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Entscheidungskriterien voraus, die zwar nicht bestimmte Ergebnisse zwingend festlegen, aber doch zu stabilen Akzeptanzen führen können. Daneben bestehen allerdings objektiv gültige formale Anforderungen an korrekte Abwägungsurteile sowie der Anspruch des Abwägenden auf normative Notwendigkeit seiner durch Prinzipien begründeten Entscheidung.