

tungsgebote begründen, da diese Eigenschaft positiv bewertete Elemente (das Vorliegen einer Meinungsäußerung) wie negativ bewertete Elemente (der beleidigende Charakter) enthält. Sie ist daher normativ ambivalent ist und kann nicht ohne weiteres als positiv bewertet werden.

Ein wichtiges Merkmal von Normkollisionen ist, dass sie nur zwischen Gebotsnormen bestehen können. Eine Erlaubnisnorm - genauer deren Geltung - könnte zwar den Inhalt der normativen Konsequenz bilden, die von einem Prinzip gefordert ist. Das Prinzip selbst muss jedoch die Modalität eines Gebots enthalten, da es andernfalls nicht als normatives Argument für ein bestimmtes Abwägungsergebnis angeführt werden könnte. Erlaubnisse fordern hingegen nicht ein bestimmtes Ergebnis, sondern erklären es lediglich für normativ möglich.

## II. *Optimierung als Abwägungsziel*

Abwägungen unterliegen, wie jede Entscheidung, dem Rationalitätsgebot, die besser begründete Alternative oder allgemeiner, sofern mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, eine bestmögliche Lösung zu wählen.<sup>95</sup> Für Abwägungen gilt spezifischer das Gebot, den Argumenten oder Prinzipien zu folgen, die unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht haben. Das zentrale Problem der Abwägungsbegründung ist zu bestimmen, was unter dem Gewicht von Argumenten zu verstehen ist und wie sich auf dieser Grundlage bestmögliche, d.h. optimale Entscheidungen definieren lassen. Die Antwort darauf ergibt sich aus der Konzeption der Abwägung als Optimierung.<sup>96</sup>

Die Idee der Optimierung ist von verschiedenen Seiten kritisiert worden.<sup>97</sup> Sie erscheint jedoch als Forderung, die bestmögliche Entscheidung (oder eine der bestmöglichen Entscheidungen) zu treffen, kaum angreifbar, sondern vielmehr als Leitidee rationaler Entscheidung überhaupt. Die Kritik an der Optimierungsforderung ist daher unbegründet. Präzisierungsbedürftig können allerdings Gegenstand und Struktur optimierender Entscheidungen sein.

95 Vgl. auch Broome 1991, 11.

96 Vgl. Hurley 1989, 70; Barry 1990, xxxviii; H. Steiner 1994, 164; Sieckmann 1995; Jansen 1998, 112f.

97 Ein anderer Ansatz fordert nicht Optimierung im Sinne der Maximierung der Realisierung von Zielen, sondern von hinreichender Annäherung an das Maximum (satisficing); vgl. Slote 1989, 2ff. Slote möchte mit einem satisficing-Modell eine adäquatere Rekonstruktion der common sense-Moral erreichen. Es ist jedoch fraglich, ob dieser Ansatz in Gegensatz zum Optimierungsgebot im Prinzipienmodell steht. Dies setzt voraus, dass ein begründeter Einwand gegen das Prinzipienmodell vorgebracht wird, der nicht im Prinzipienmodell berücksichtigt werden kann. Es ist nicht gerechtfertigt, bei einer normativen Abwägung ein suboptimales Ergebnis zu wählen, wenn es dafür keinen rechtfertigenden Grund gibt. Gibt es einen solchen Grund, wäre das Entscheidungsproblem wiederum unter Einschluss dieses Grundes zu formulieren und damit ein Optimierungsproblem.

## 1. Elemente der Optimierung

Die Optimierung muss in zwei Hinsichten erfolgen, den tatsächlichen und den rechtlichen<sup>98</sup> oder, allgemeiner, normativen Möglichkeiten.

Die Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten wird durch das Kriterium der Pareto-Optimalität bestimmt. Pareto-optimal ist ein Zustand, wenn es nicht möglich ist, diesen in einer relevanten Hinsicht (z.B. hinsichtlich der Position eines der Beteiligten) zu verbessern, ohne ihn in einer anderen Hinsicht (der Position eines anderen Beteiligten) zu verschlechtern. Auf Prinzipienkollisionen angewandt, lässt dieses Kriterium nur Ergebnisse zu, die nicht hinsichtlich der Erfüllung eines Prinzips verbessert werden können, ohne die Erfüllung eines anderen Prinzips zu beeinträchtigen.<sup>99</sup> Es gewährleistet faktische Optimalität. Die Forderung der Pareto-Optimalität entspricht im Verfassungsrecht dem Kriterium der Erforderlichkeit eines Eingriffs. Die Erforderlichkeit schließt die Geeignetheit des Eingriffs für die Verwirklichung des Eingriffsziels ein.<sup>100</sup>

Die Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten fordert die Realisierung eines Ergebnisses, das als besser als oder mindestens gleich gut wie andere Abwägungsergebnisse zu bewerten ist. Es geht um normative Optimalität. Die Bewertung von Abwägungsergebnissen ist aufgrund einer Gewichtung der jeweils erreichbaren Erfüllungsgrade der kollidierenden Prinzipien vorzunehmen. Dies wiederum setzt eine Bestimmung des relativen Gewichts der kollidierenden Prinzipien zueinander voraus. Das relative Gewicht ergibt sich aus der Substitutionsrate, die gefordert ist, um einen Verlust an Realisierung des einen Prinzips durch einen Zugewinn hinsichtlich des kollidierenden Prinzips zu rechtfertigen.

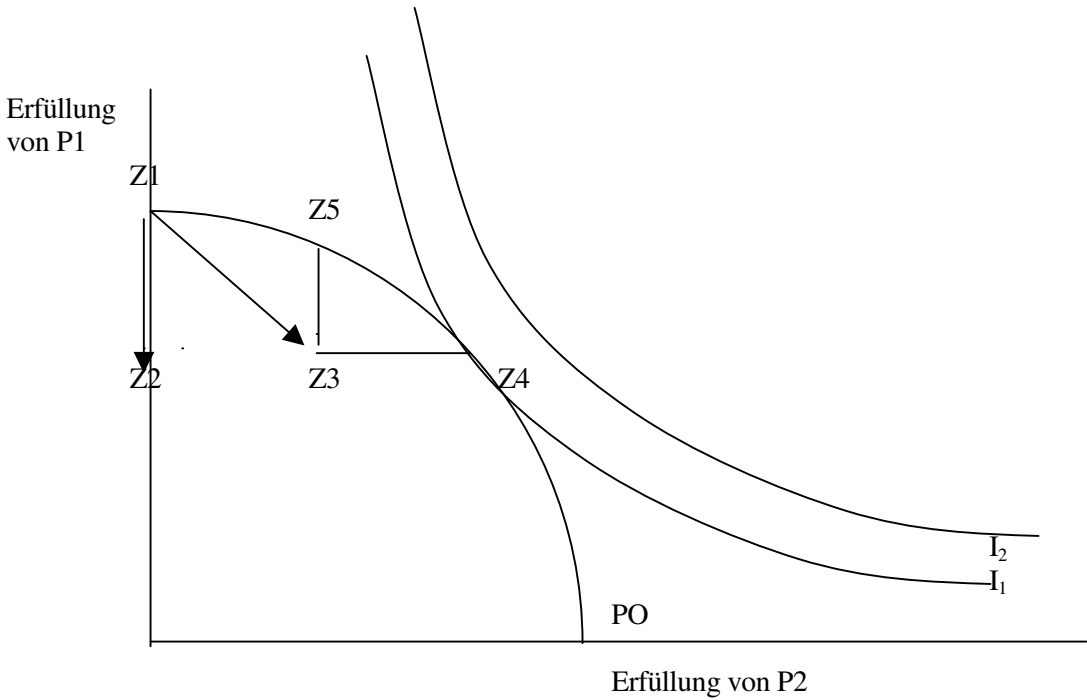
Die Kriterien der optimierenden Abwägung können in ihrem Zusammenhang graphisch dargestellt werden:<sup>101</sup>

98 Alexy 1985, 75. Alexy verwendet allerdings nicht die hier dargestellte Konzeption der Optimierung. Tatsächlich gibt er gar kein Kriterium für Optimalität an. Er verwendet zwar Pareto-Optimalitätskriterium und Indifferenzkurven, jedoch ohne einen Zusammenhang zwischen beiden herzustellen.

99 Pareto-Optimalität wird gewöhnlich in Bezug auf die Position verschiedener Beteiligter formuliert: Ein Zustand ist pareto-optimal, wenn es nicht möglich ist, einen der Beteiligten besser zu stellen, ohne mindestens einen anderen Beteiligten schlechter zu stellen. Vgl. Barry 1990, 49f. An die Stelle der Position der Beteiligten tritt hier die Erfüllung von Prinzipien.

100 Vgl. Schlink 1976, 171ff.; Alexy 1985, 100.

101 Vgl. Hurley 1989, 70; H. Steiner 1994, 164; Jansen 1998, 112f.



Die nach außen gekrümmte, konkave Kurve (PO) stellt die tatsächlichen Möglichkeiten für die Realisierung von  $P_1$  und  $P_2$  dar. Sie drückt aus, dass, je weiter  $P_2$  erfüllt wird, desto weniger  $P_1$  erfüllt werden kann, und umgekehrt. Im Beispiel: Je mehr Meinungsfreiheit für beleidigende Äußerungen zugelassen wird, je weniger an Persönlichkeitsschutz wird realisiert. Umgekehrt, je mehr Persönlichkeitsschutz gegenüber beleidigenden Äußerungen gewährt wird, desto geringer ist das Maß der Meinungsfreiheit.

Die Darstellung der Kurve ist, abgesehen von ihrem fallenden Verlauf, weitgehend beliebig. Das Schema dient nur der Illustration und bildet keine realen Verhältnisse ab. So könnten die tatsächlichen Möglichkeiten statt durch eine Kurve auch durch eine Gerade dargestellt werden. Statt einer durchgezogenen, kontinuierlichen Linie wäre auch eine Darstellung durch einzelne, diskrete Punkte möglich. Letzteres ist allerdings nicht nur eine Frage der Darstellung, sondern hängt davon ab, welche Zustände tatsächlich realisierbar sind.

## 2. Faktische Optimalität

Das Kriterium der Pareto-Optimalität schließt in der Graphik die Lösungen  $Z_2$  und  $Z_3$  aus.  $Z_2$  wäre nicht geeignet,  $Z_3$  nicht erforderlich.  $Z_2$  könnte etwa für eine Regelung stehen, die eine Zwangsabgabe der publizistisch Tätigen zur Finanzierung von Schadenersatzansprü-

chen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Meinungsäußerungen vorsehen würde. Eine solche Regelung würde die Meinungsfreiheit beschränken, ohne Beleidigungen zu verhindern.  $Z_3$  könnte etwa eine Regelung repräsentieren, die Äußerungen über im öffentlichen Leben stehende Personen verbietet. Damit würden zwar jedenfalls ein Teilbereich beleidigender Äußerungen verboten, aber auch solche, die keinen beleidigenden Charakter haben und deren Verbot daher den Persönlichkeitsschutz nicht fördert. Es gibt daher eine Alternative (in der Graphik  $Z_5$ ), die die Meinungsfreiheit weniger einschränkt, aber für die Realisierung des Persönlichkeitsschutzes gleich wirksam ist.  $Z_5$  gibt, ebenso wie die Punkte  $Z_1$  und  $Z_4$ , eine Pareto-optimale Lösung an.

### 3. Relative Gewichtungen

Relative Gewichte kollidierender Prinzipien werden durch Indifferenzkurven dargestellt, in der Graphik die nach innen gekrümmten, konvexen Kurven ( $I_1$ ,  $I_2$ ). Indifferenzkurven sind Kurven, die als gleich gut bewertete Zustände miteinander verbinden, also Zustände, zwischen denen der Urteilende indifferent ist. Zustände sind mögliche Abwägungsergebnisse. Sie sind durch Kombinationen der in ihnen realisierten Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade der kollidierenden Prinzipien zu charakterisieren. In einer Indifferenzkurve wird also aufgetragen, welche Grade der Erfüllung (oder Beeinträchtigung) der kollidierenden Prinzipien als gleich gut bewertet werden. Die Indifferenzkurven geben damit an, welches Maß der Erfüllung des einen Prinzips erforderlich ist, um ein bestimmtes Maß an Beeinträchtigung des anderen Prinzips zu rechtfertigen. Dabei werden nicht nur tatsächlich mögliche Kombinationen von Erfüllungsgraden betrachtet, sondern vorstellbare Kombinationen. Z.B. kann ein hoher Grad der Erfüllung des Prinzips der Meinungsfreiheit bei einem geringen Grad der Realisierung des Ehrschutzes, ein niedriger Erfüllungsgrad der Meinungsfreiheit bei einem hohen Erfüllungsgrad des Ehrschutzes oder ein mittlerer Erfüllungsgrad für beide Prinzipien für gleich gut gehalten werden.

Tatsächlich muss jeder vernünftig Urteilende derartige Austauschverhältnisse zwischen den kollidierenden Gütern festlegen. Es hängt von seinem autonomen Urteil ab, welche Zustände er als gleich gut bewertet. Notwendig ist allerdings, dass die Indifferenzkurven einen fallenden Verlauf haben. Wäre dies nicht der Fall, würde eine Einbuße an einem Gut ohne eine Kompensation und damit ohne eine Rechtfertigung hingenommen. Dies wäre jedoch damit unvereinbar, dass die Realisierung der fraglichen Güter prinzipiell geboten ist und daher nicht beliebig ist.

Da verschiedene Abwägungsergebnisse unterschiedlich bewertet werden, lassen sich verschiedene Indifferenzkurven bilden. Es wird mehrere übereinanderliegende (parallel verlaufende) Indifferenzkurven geben, je nach dem, welcher Grad an Erfüllung der betreffenden Prinzipien betrachtet wird. Es kann nach den zugrunde gelegten tatsächlichen Gegebenheiten möglich sein, dass die kollidierenden Prinzipien in einem relativ hohen Maß erfüllt werden. Es kann aber auch angenommen werden, dass sie jeweils nur in geringem Grad erfüllbar sind. Für unterschiedliche Rahmenbedingungen ergeben sich so unterschiedliche Indifferenzkurven. Diese stellen jeweils die normativen Möglichkeiten relativ

auf die vorausgesetzten tatsächlichen Umstände dar. Je höher eine Indifferenzkurve liegt, desto besser werden die durch sie repräsentierten Zustände bewertet.

Der Verlauf einer Indifferenzkurve (genauer die Steigung an der jeweiligen Stelle der Kurve) gibt das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien zueinander an. Das relative Gewicht der Prinzipien gibt an, welcher Grad an Erfüllung des einen Prinzips erforderlich ist, um einen bestimmten Grad an Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des kollidierenden Prinzips zu rechtfertigen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Darstellung der Indifferenzkurven, wie die der Pareto-optimalen Zustände, willkürlich gewählt ist, abgesehen von ihrer negativen Steigung, d.h. ihrem Verlauf von links oben nach rechts unten, und ihrem parallelen Verlauf, d.h. verschiedene Indifferenzkurven berühren oder schneiden sich nicht. Die graphische Darstellung hat also keinerlei Aussagegehalt über das tatsächliche relative Gewicht kollidierender Prinzipien. Dieses bedarf vielmehr einer unabhängigen Begründung. Zudem wird der Einfachheit halber unterstellt, dass beliebige Abwägungsergebnisse möglich sind, insbesondere die Erfüllung von Prinzipien beliebig graduierbar ist. Reale Abwägungsergebnisse sind hingegen häufig derart, dass nur bestimmte Abwägungsergebnisse möglich sind, die als einzelne, diskrete Punkte in das Schema einzutragen wären.

Aus dem relativen Gewicht eines Prinzips und dem Maß seiner Realisierung in Folge einer bestimmten Entscheidung ergibt sich das Gewicht dieses Prinzips im konkreten Fall. Dieses kann auch als sein konkretes relatives Gewicht oder die Wichtigkeit seiner Erfüllung im konkreten Fall bezeichnet werden.

#### 4. *Normative Optimalität*

Mit Hilfe der Kurve Pareto-optimaler Zustände und der Indifferenzkurven lässt sich erläutern, was eine optimale Lösung eines Abwägungsproblems ist.<sup>102</sup> Optimale Lösungen sind genau diejenigen Punkte, in denen sich die Kurve Pareto-optimaler Zustände mit der am höchsten liegenden und tatsächlich erreichbaren Indifferenzkurve ( $I_1$ ) berührt. Beide Kurven haben in diesem Punkt oder Bereich die gleiche Steigung. Der Punkt, in dem sich in der Graphik die beiden Kurven berühren, ist der Punkt  $Z_4$ . Die Punkte höher liegender Indifferenzkurven sind tatsächlich nicht realisierbar. Zu den durch tiefer liegende Indifferenzkurven angegebenen Ergebnisse gibt es (mindestens) eine bessere und zugleich realisierbare Alternative auf einer höher liegenden Indifferenzkurve. So sind  $Z_1$  und  $Z_5$  zwar Pareto-optimal, werden aber als schlechter bewertet als  $Z_4$ . Damit ist  $Z_4$  optimal.

Optimale Ergebnisse sind demnach dadurch gekennzeichnet, dass das Verhältnis von tatsächlich realisierbarem Zugewinn für ein Prinzip zu dem Verlust an Erfüllung des kollidierenden Prinzips gleich dem Verhältnis ist, das nach der durch die maßgebliche Indifferenzkurve ausgedrückten Gewichtung der kollidierenden Prinzipien gefordert

102 Zu beachten ist, dass das hier dargestellte Modell der Optimierung sich von Alexys Konzeption der Abwägung unterscheidet und mit seiner "Gewichtsformel" nicht vereinbar ist. Dazu s.u., § 7, III. 3.

ist. Letztere gibt das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien  $P_1$  und  $P_2$  an. Es soll als  $WR(P_1, P_2)$  notiert werden. Das relative Gewicht eines Prinzips  $P_1$  im Verhältnis zu einem kollidierenden Prinzip  $P_2$  ergibt sich aus dem Maß des Zugewinns in der Erfüllung von  $P_2$ , das notwendig ist, um ein bestimmtes Maß an Beeinträchtigung von  $P_1$  zu rechtfertigen. Dieses Verhältnis wird dargestellt durch den Verlauf der Indifferenzkurve. Je stärker die Kurve fällt, desto geringer das relative Gewicht von  $P_1$  zu  $P_2$ , je flacher sie verläuft, desto höher das relative Gewicht von  $P_1$  zu  $P_2$ . Wird dies durch Zahlenwerte ausgedrückt, ergibt sich das relative Gewicht von  $P_1$  zu  $P_2$  aus der Negation des reziproken Werts der Steigung  $ST_{I,FF}$  der betreffenden Indifferenzkurve  $I$  in einem bestimmten, den Grad der Erfüllung (fulfilment) der Prinzipien markierenden Punkt  $FF$ , ist also  $-1/ST_{I,FF}$ . Das relative Gewicht von  $P_2$  zu  $P_1$  ist der reziproke Wert, also  $-ST_{I,FF}$ .

Optimalität von Abwägungsergebnissen lässt sich in verschiedener Weise definieren:

( $D_{Op1}$ ) Optimal ist ein Abwägungsergebnis, wenn das mit ihm realisierte Verhältnis der Grade der Erfüllung der kollidierenden Prinzipien gleich dem gemäß dem relativen Gewicht der Prinzipien geforderten Verhältnis der Erfüllungsgrade ist.

Eine andere Definition knüpft an das konkrete Gewicht der kollidierenden Prinzipien an:

( $D_{Op2}$ ) Optimal ist ein Abwägungsergebnis, wenn die kollidierenden Prinzipien in Bezug auf dieses Ergebnis das gleiche konkrete relative Gewicht haben.

Neben der Definition von Optimalität kann auch angegeben werden, was unter einem Gebot der Optimierung zu verstehen ist. Dies kann zum einen absolut, zum anderen relativ auf bestimmte zur Entscheidung stehende Alternativen verstanden werden. Ein Gebot der Optimierung im absoluten Sinn fordert die Realisierung eines optimalen Abwägungsergebnisses. Dies kann als optimierende Abwägung bezeichnet werden. Ein Gebot der Optimierung im relativen Sinn fordert die Wahl der besseren (oder besten) der zur Entscheidung stehenden Alternativen. Dies ist diejenige, für die das Prinzip mit dem größeren relativen Gewicht im konkreten Fall spricht. Diese Forderung gilt für komparative Abwägungen.<sup>103</sup>

Die Darstellung von Abwägungsproblemen mittels Pareto-Optimalitäts- und Indifferenzkurven und die daraus folgende Definition optimaler Abwägungsergebnisse dient dazu, die für Abwägungen notwendigen gedanklichen Operationen zu verdeutlichen und gewisse strukturelle Zusammenhänge und Einschränkungen darzustellen. Abwägungsprobleme lassen sich allerdings nicht immer in dieser Weise darstellen. Eine zahlenmäßige Bestimmung eines relativen Gewichts der Prinzipien, wie sie nach dem graphischen Modell möglich wäre, hat bei realen Abwägungsproblemen häufig keinen Sinn. Dennoch wird deutlich, welche Faktoren für die Begründung eines Abwägungsurteils

103 Zur Entscheidung optimierender und komparativer Abwägung s.u., IV. 3.

relevant sind. Für die Bestimmung, ob ein Resultat optimal ist, kommt es auf zwei Parameter an, das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien und den Grad der Erfüllung der kollidierenden Prinzipien bei den zu bewertenden Entscheidungsalternativen. Diese bestimmen die relevanten Abwägungskriterien.

### *III. Abwägungskriterien*

Der Vorrang zwischen kollidierenden Prinzipien wird danach bestimmt, welches Prinzip das größere Gewicht im konkreten Fall hat. Unter Gewicht ist das relative Gewicht der Prinzipien zu verstehen, das sich, wie oben dargestellt, daraus ergibt, wie viel an Realisierung des einen Prinzips zugunsten eines bestimmten Maßes der Realisierung des anderen Prinzips aufgegeben werden soll oder, anders formuliert, wie viel Zugewinn in der Erfüllung des einen Prinzips notwendig ist, um ein bestimmtes Maß der Beeinträchtigung des anderen Prinzips zu rechtfertigen.

#### *1. Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade*

Der Erfüllungsgrad gibt an, in welchem Grad ein Abwägungsergebnis zur Erfüllung dieses Prinzips beiträgt. Abwägungsergebnis ist die Geltung einer bestimmten Norm oder eine bestimmte Entscheidung. Der Beeinträchtigungsgrad ist umgekehrt der Grad, in dem das Abwägungsergebnis zur Nichterfüllung des Prinzips führt. Wichtig ist, dass es sich um eine zweistellige Relation handelt: der Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrad ist ein Wert für die Realisierung eines Prinzips durch eine bestimmte Maßnahme. Dies kann als

##### *(1) $FF(P_i, N)$*

notiert werden. Alternativ könnte der Erfüllungsgrad punktuell verstanden werden, als Maß der Erfüllung eines Prinzips  $FF(P_i)$ . Bei der Abwägung geht es jedoch um die Beurteilung bestimmter Maßnahmen, die die Realisierung eines Prinzips fördern oder beeinträchtigen. Dies lässt sich nicht durch die Angabe des Grades der Erfüllung eines Prinzips angeben, sondern nur als Differenz in der Erfüllung eines Prinzips als Folge einer Entscheidung oder Maßnahme.

Die Bestimmung des (relativen) Erfüllungsgrads kann in zwei Weisen erfolgen: durch Vergleich des durch eine Maßnahme realisierten Maßes der Erfüllung zu einer vollständigen Erfüllung eines Prinzips oder durch Vergleich der Erfüllungsgrade, die verschiedene Maßnahmen erreichen.

Ersteres ist bei Prinzipien mit quantifizierbaren und begrenzten Inhalten möglich. Sieht man z.B. Steuern auf Vermögen oder Einkommen als Eingriff in das Eigentum an, lässt sich der Grad der Beeinträchtigung und damit - umgekehrt - der der Erfüllung des Prinzips des Eigentumsschutzes für die betreffenden Eigentumsrechte entsprechend dem Prozentsatz der Besteuerung angeben. Schwierig ist es allerdings, eine solche Bewertung für das Prinzip des Eigentumsschutzes insgesamt vorzunehmen. Weitere Probleme stellen sich, wenn der Inhalt des Prinzips nicht quantifizierbar ist, wie etwa bei Freiheitsrechten