

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.

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.

- 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.

183

# 1. *Objektivität aufgrund vernünftiger Konvergenz*

## 1.1. *Relative Gewichte*

Eine objektiv begründete Festlegung relativer Gewichte erfordert, Kriterien für relative Gewichte anzugeben, die unabhängig von der erst zu treffenden Vorrangentscheidung sind. Dafür kommen verschiedene Kriterien in Betracht.

Eine Möglichkeit zur abstrakten Bestimmung des relativen Gewichts ist, die Gewichte von Prinzipien aufgrund der Stärke der sie begründenden Interessen zu bestimmen. So ist der Kündigungsschutz für Kleingartenpächter besonders wichtig, wenn Kleingärten der Sicherung der Ernährung dienen, hingegen weniger wichtig, wenn sie lediglich Freizeit- und Erholungszwecken dienen.<sup>221</sup> Allerdings kann die Stärke von Interessen nicht ausschließlich aufgrund der tatsächlichen Stärke individueller Bedürfnisse bestimmt werden. Auch Interessen unterliegen, soweit sie normative Argumente begründen sollen, Kohärenzforderungen. Es ist z.B. zu fordern, dass Interessen in eine rationale Konzeption eines guten Lebens integriert sind. Sie können einer Überprüfung in einem rationalen Diskurs unterworfen werden. Zudem können mehr oder weniger grobe Schätzungen notwendig sein. Dies kann Bewertungen, auch Abwägungen einschließen. Aber solche Abwägungen sind andere als diejenige, die im konkreten Fall zu entscheiden ist. Die Zuordnung eines relativen Gewichts kann daher, jedenfalls in einigen Fällen und in gewissem Maß, unabhängig von dem zu begründenden Abwägungsurteil vorgenommen werden.

Eine andere Möglichkeit ist, dass ein Prinzip mit weiteren Prinzipien begründet werden kann oder jedenfalls weitere Prinzipien zugleich anwendbar sind, und so eine nähere Bestimmung des Gewichts möglich ist. Das Prinzip der Meinungsfreiheit kann z.B. mit dem Demokratieprinzip begründet werden. Dies kann ein besonders hohes Gewicht der Meinungsfreiheit in der politischen Auseinandersetzung begründen. Die Begründung mit weiteren Prinzipien verschiebt allerdings zunächst lediglich das Begründungsproblem. Jedoch kann das Maß an Stützung durch andere Prinzipien ein abwägungsunabhängiges Kriterium für die Begründung des relativen Gewichts eines Prinzips sein. Wenn ein Prinzip durch relativ viele weitere Prinzipien gestützt wird, die eigenständigen normativen Gehalt haben und deren Gewicht nicht gering ist, ist dies ein Grund dafür, ihm ein relativ hohes Gewicht beizumessen. Allerdings bestimmt dies nicht sein Gewicht gegenüber anderen Prinzipien. So kann das Prinzip des Eigentumsschutzes auf das persönlicher Freiheit, den Schutz des durch eigene Leistung Erworbenen oder seine Bedeutung für die soziale Wohlfahrt gestützt werden. Dies schließt es jedoch nicht aus, Prinzipien, die elementare menschliche Güter wie Leben, Gesundheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit schützen, ein höheres abstraktes Gewicht zuzuordnen.

Ein anderer Ansatz ist, aufgrund von Abwägungsentscheidungen in vergleichbaren Fällen festzustellen, dass bestimmte Prinzipien anderen unter bestimmten Bedingungen vorgehen und damit ein höheres relatives Gewicht haben. Dies ist für rechtliche Abwägungen von großer Bedeutung, weil einerseits in Rechtssystemen eine Vielzahl von Abwä-

221 Vgl. BVerfGE 52, 1 - Kleingartenpacht.

gungsentscheidungen getroffen werden und andererseits Recht auf die Bildung einer verbindlichen Ordnung zielt und deshalb rechtliche Abwägungsentscheidungen versuchen müssen, allgemeine Regeln zu etablieren. Dies erfordert, von gemeinsamen Kriterien auszugehen und nicht ohne Grund von anderen Entscheidungen abzuweichen. Es stellt sich zwar die Frage, ob die vorangegangenen Entscheidungen korrekt sind und ihnen gefolgt werden sollte. Dafür kann es jedoch Gründe geben, etwa die allgemeine Anerkennung ihrer Richtigkeit, den autoritativen Charakter dieser Entscheidungen oder ein Prinzip der Trägheit, frühere Entscheidungen nicht ohne Grund in Frage zu stellen.<sup>222</sup> Solche Gründe müssen zwar u.U. gegen andere abgewogen werden, so dass das Abwägungsproblem zunächst wiederum lediglich verschoben wird. Das neue Problem kann jedoch leichter lösbar sein als das Ausgangsproblem.

In den beschriebenen Fällen wird das Gewicht eines Prinzips nicht erst nachträglich, aufgrund einer bereits getroffenen Abwägung, bestimmt, sondern unabhängig von der zu treffenden Abwägungen aufgrund seiner Beziehungen zu Interessen, anderen Prinzipien und früheren Entscheidungen. Es gibt also Kriterien zu einer Bestimmung des relativen Gewichts eines Prinzips. Sie sind allerdings nicht stets eindeutig oder genau bestimmbar.

Gibt es keine Anhaltspunkte zur Bestimmung des relativen Gewichts eines Prinzips, lässt sich als Auffangregel die Annahme machen, dass die kollidierenden Prinzipien gleiches relatives Gewicht haben.<sup>223</sup> Es entscheidet dann der jeweilige Erfüllungsgrad über die Vorrangfestsetzung. Allerdings stellt diese Regel eine substantielle Festsetzung dar, die bereichsspezifisch gerechtfertigt werden muss. Für die in einer Verfassung gewährleisteten Grundrechte erscheint sie plausibel. In anderen Fällen mag dies nicht der Fall sein.<sup>224</sup>

## 1.2. Erfüllungsgrade

Die Feststellung von Erfüllungsgraden hängt von begrifflichen Analysen des Norminhalts von Prinzipien ab. Sie erfordert einen Vergleich teilweiser und vollständiger Erfüllung. Allerdings kann z.B. bei einer Beschränkung der Handlungsfreiheit zwischen mehr oder weniger wichtigen Handlungsmöglichkeiten unterschieden werden, z.B. Ausreisefreiheit und Freiheit zum Reiten auf Waldwegen.<sup>225</sup> Selbst wenn jemand häufiger von der Freiheit zum Reiten Gebrauch macht als von der Ausreisefreiheit, wird die Versagung letzterer dennoch als weitergehende Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit anzusehen sein. Insofern kann die Bestimmung des Erfüllungsgrades normative Bewertungen erfordern. Jedoch wären diese Bewertungen unabhängig von der zu treffenden Abwägungsentscheidung. Zudem könnte versucht werden, durch eine Unterscheidung verschiedener Prinzipien, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Freiheit zur Persönlichkeitsentfaltung und der Freiheit zur Wahl des Lebensmittelpunkts, zu erreichen, dass die Erfüllungsgrade in Bezug auf jedes der einzelnen Prinzipien von begrifflich-analytischen Kriterien abhängen.

222 Vgl. Alexy 1978, 216f., 353f.

223 Vgl. etwa BVerfGE 35, 202 (225); 69, 315ff. (348f.); Enderlein 1992, 103.

224 Es kann daher Fälle von Inkommensurabilität geben, in denen ein Abwägungsurteil nicht objektiv begründbar ist und es lediglich rational ist, eine Abwägungsentscheidung zu treffen.

225 Vgl. dazu BVerfGE 6, 32 - Elfes und 80, 137 - Reiten im Walde, mit Sondervotum Grimm.

### 1.3. Konkrete relative Gewichte und Erfüllungswerte

Die relativen Gewichte von Prinzipien im konkreten Fall oder die Erfüllungswerte von Abwägungsergebnissen werden durch die relativen Gewichte und Erfüllungsgrade der kollidierenden Prinzipien bestimmt. So können etwa hohes, mittleres und geringes Gewicht sowie hohe, mittlere und niedrige Erfüllungsgrade unterschieden werden. Zur Begründung von Abwägungsurteilen, und damit von Vorrangrelationen, lässt sich eine Zuordnung angeben, die von bestimmten Gewichten der kollidierenden Prinzipien ausgeht und Vorrangrelationen für verschiedene Erfüllungsgrade (und entsprechend verschiedene Beeinträchtigungsgrade) enthält. Bei gleichem abstrakten Gewicht der Prinzipien entscheidet z.B. der Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgrad über die Vorrangrelation. Bei unterschiedlichem abstrakten Gewicht ist ein relativ hoher Erfüllungsgrad des geringer gewichtigen Prinzips erforderlich, um eine mittlere Beeinträchtigung des gewichtigeren Prinzips zu rechtfertigen. Das Schema der Vorrangrelationen kann weiter ausdifferenziert werden, je genauer Wichtigkeits- und Erfüllungsgrade festgestellt werden können. Dies könnte bis hin zu einer Metrisierung gehen. Jedoch ist dies nicht erforderlich. Je genauer sich Wichtigkeits- und Erfüllungsgrade angeben lassen, desto differenzierter kann das System von Vorrangrelationen werden.

Geht es z.B. um die Zulässigkeit eines Aufrufs, einen bestimmten Film nicht zu besuchen und in das Kinoprogramm aufzunehmen, weil der Regisseur des Films "Nazifilm-Regisseur Nr. 1" und "einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis" war,<sup>226</sup> kollidieren die Prinzipien der Meinungsfreiheit einerseits, des Persönlichkeitsschutzes und der freien wirtschaftlichen Betätigung andererseits.

- Das Gewicht der Meinungsfreiheit ist hoch. Es ist besonders hoch bei Auseinandersetzungen in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage, aufgrund der Bedeutung einer freien öffentlichen Meinungsbildung für die Demokratie.<sup>227</sup> Zusätzliches Gewicht hat es in einem Fall, in dem die Äußerung von jemandem getan wird, der eine besondere persönliche Beziehung zum Gegenstand der Äußerung hat.<sup>228</sup>

- Persönlichkeitsrecht und Wirtschaftsfreiheit haben als grundrechtlich geschützte Interessen ebenfalls hohes Gewicht, in erster Linie allerdings das Persönlichkeitsrecht.

- Die Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch eine Untersagung der Äußerung weist keine Besonderheiten gegenüber anderen Fällen des Verbots einer Meinungsäußerung auf. Verbote sind schwere Beschränkungen. Allerdings sind stärkere Eingriffe, z.B. strafrechtliche Sanktionen, möglich.

- Die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrecht und Berufsfreiheit bei Zulassung der Meinungsäußerung ist gegenüber einer gewöhnlichen Meinungsäußerung gesteigert, da die Äußerung von einem Senatsdirektor, also einer einflussreichen Amtsperson, kommt, die Äußerung öffentlich erfolgte und mit einem Boykottaufruf verbunden war. Der Grad der Beeinträchtigung wird andererseits dadurch gemindert, dass der Betroffene selbst öffent-

226 BVerfGE 7, 198 - Lüth.

227 BVerfGE 7, 208, 212.

228 BVerfGE 7, 218.

lich erwidern konnte<sup>229</sup> und der Boykottaufruf kaum über das in der Äußerung enthaltene Werturteil hinausging.<sup>230</sup>

Betrachtet man relative Gewichte und Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade in diesem Fall, dann stehen ein besonders hohes Gewicht der Meinungsfreiheit bei mittlerem Beeinträchtigungsgrad einem hohen Gewicht von persönlichen und beruflichen Interessen bei einem jedenfalls nicht erheblich erhöhten Beeinträchtigungsgrad gegenüber. Daraus ergibt sich, dass der Meinungsfreiheit in diesem Fall der Vorrang gebührt.<sup>231</sup>

Es lassen sich demnach Kriterien angeben, die es erlauben, Abwägungsurteile anders als mit einer reinen Intuition zu begründen. Allerdings sind diese Kriterien nicht frei von normativen Bewertungen. Diese Bewertungen sind jedoch nicht mit dem zu entscheidenden Abwägungsproblem identisch und auch nicht notwendig problematisch. Sie können daher als Grundlage einer rationalen Begründung von Abwägungsurteilen dienen. Es gibt zwar keine Garantie dafür, dass diese Kriterien zu einer vernünftigen Konvergenz der Urteilenden über das Ergebnis führen. Die verfassungsrechtliche Abwägung im Fall Lüth dürfte aber ein Beispiel sein, dass diejenigen, die sich um sorgfältige und korrekte Abwägung der Prinzipien des Grundgesetzes und der auf ihm basierenden demokratischen Verfassungsordnung bemühen, zu gemeinsamen Ergebnissen kommen können.

## 2. *Objektivität im Sinne der Kritisierbarkeit von Abwägungsurteilen*

Abwägungsurteile sind zwar nicht durch entscheidungsdefinite kognitive Kriterien vorgegeben, unterliegen jedoch rational überprüfbaren Anforderungen, die sie kritisierbar machen. Diese Anforderungen sind zum einen positive Abwägungsvorgaben hinsichtlich der abzuwägenden Prinzipien sowie deren Gewichtung, zum anderen formale Bedingungen rationaler Abwägung.

Positive Abwägungsvorgaben finden sich etwa in verfassungsrechtlichen Prinzipien, z.B. Eigentumsschutz und Besteuerungskompetenz des Gesetzgebers, die die abzuwägenden Belange bestimmen. Die verfassungsrechtliche Abwägung unterscheidet sich damit von rein subjektiven Präferenzen oder von politischen Abwägungen zwischen Zielen, die vom Abwägenden selbst gewählt wurden. Die abzuwägenden Belange sind jedenfalls teilweise von der Verfassung vorgegeben. Sie sind interpretativ aufgrund von Verfassungsbestimmungen zu ermitteln, seien es als Verfassungswerte, seien es andere verfassungsrechtlich relevanten Belange, wie die Ziele des Gesetzgebers beim Erlass einfachgesetzlicher Regelungen. Auch hinsichtlich der Gewichtung kann es Vorgaben insbesondere aus positivrechtlichen Festsetzungen<sup>232</sup> oder Präjudizien geben. Dies führt in den Bereich der Verfassungsinterpretation.

Ein zweiter Aspekt, der eine partielle kognitive Objektivität von Abwägungen begründet, ist die Kritisierbarkeit von Abwägungen aufgrund der Verletzung formaler Bedingungen rationaler Abwägung, etwa durch Nichtberücksichtigung relevanter Belange oder

229 BVerfGE 7, 219.

230 BVerfGE 7, 218.

231 Dies wird bestritten von Burchardt 2004, 83, allerdings ohne Argumente.

fehlerhafte empirische Prämissen,<sup>233</sup> die nicht erforderliche Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen oder willkürliche, d.h. ohne sachlichen Grund differenzierende Gewichtungen. Solche Bedingungen ergeben sich aus Rationalitätskriterien, deren Anwendung selbst keine Abwägung erfordert und die deshalb nicht dem Einwand subjektiver Dezision ausgesetzt sind. Abwägungen können insofern nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Diese objektive Kritisierbarkeit von Abwägungen genügt jedoch nicht, Abwägungsurteile positiv zu rechtfertigen. Das Problem der Abwägung ist gerade, dass verschiedene Ergebnisse mit den Kriterien korrekter Abwägung vereinbar sind.

### 3. Normative Objektivität

Was ist nun, wenn die dargelegten Aspekte der Objektivität nicht greifen, also keine Gewichtungsvorgaben bestehen, verschiedene formal korrekte Abwägungsentscheidungen möglich sind und keine vernünftige Konvergenz zustande kommt? Eine weitere Form der Objektivität gerichtlicher Urteile ergibt sich aus der normativen Notwendigkeit, eine rechtliche Entscheidung zu treffen.

Der Urteilende kann das Ergebnis einer Abwägung von Grundrechten nicht als seine persönliche Entscheidung darstellen, sondern muss es als rechtlich geboten behaupten. Dies soll als normative Objektivität bezeichnet werden. Das Abwägungsurteil ist aus der Sicht des Urteilenden insofern unabhängig von seinen persönlichen Präferenzen, als es von ihm als geboten, also als normativ notwendig, vertreten werden muss. Damit wird nicht bestritten, dass richterliche Urteile die Rechtslage verändern und Normen festsetzen, die ohne diese Entscheidung im Rechtssystem so nicht existierten. Aber ein Gericht darf den Umstand, dass seine Entscheidung die Rechtslage verändert, nicht in der Begründung seiner Entscheidung verwenden, darf sich also nicht als Normsetzer gerieren.<sup>234</sup> Diese These der normativen Objektivität von Abwägungsurteilen zielt nicht darauf, den subjektiven Charakter von Abwägungen zu bestreiten, sondern auf die darauf gestützte Konsequenz, Gerichte dürften solche Entscheidungen nicht treffen. Wenn Abwägungsurteile rechtlich notwendig sind, dann müssen Gerichte solche Urteile treffen, unabhängig von ihrer objektiven Begründbarkeit. Dieses Argument stützt sich auf zwei Prämissen:

Erstens muss ein Gericht, wenn es aufgrund seiner verfassungsrechtlicher Prinzipien zu dem Ergebnis kommt, eine bestimmter Regelung sei nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt, diese für verfassungswidrig halten. Gelangt ein Gericht aufgrund seiner Gewichtung von Eigentumsschutz<sup>235</sup> und Besteuerungsinteressen zu dem Urteil, dass für ein bestimmtes Maß der Besteuerung keine hinreichend gewichtigen Gründe bestehen, muss es

232 Vgl. die Argumentation in BVerfGE 93, 121 (137f.).

233 Zu solchen aus der Ermessensfehlerlehre bekannten Anforderungen Alexy 1986, 701ff.; ferner Schilcher 2000, 177; Koch 2000, 256; Rivers 2007.

234 Ein Gericht darf also den Gehalt seines Urteil (seine illokutionäre Rolle) nicht durch eine Formulierung beschreiben wie "Hiermit wird folgende Rechtsnorm erlassen: ...". Ein anderes, von dem hier behandelten zu unterscheidendes Problem ist, ob das Gericht Wirkungen seiner Entscheidung z.B. unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes berücksichtigen darf.

235 Vorausgesetzt wird dabei, dass Steuern einen Eingriff in das Eigentum darstellen. Wird dies verneint, wäre ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit anzunehmen.



diese Besteuerung als verfassungswidrig ansehen. Denn eine solche Besteuerung beeinträchtigt das Eigentum ohne eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung und verstößt damit gegen den verfassungsrechtlich gebotenen Eigentumsschutz.

Zweitens ist ein Abwägungsurteil im Fall eines Prinzipienkonflikts unausweichlich. Es lässt sich nicht mit dem Hinweis auf den subjektiven Charakter der Gewichtung verlangen, dass ein Gericht sich einer Gewichtung enthalten müsse. So wäre es im Beispiel der Besteuerung von Vermögenserträgen mit der Eigentumsgarantie sicher unvereinbar, sämtliche Vermögenserträge durch Besteuerung zu entziehen. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der Eigentumsgarantie sicher nicht ein Verbot der Besteuerung von Vermögenserträgen. Damit muss sich an irgendeinem Punkt oder in irgendeinem Bereich das Vorrangverhältnis zwischen Eigentumsschutz und Besteuerungsinteresse umkehren. Die Grenze mag umstritten sein; dass es eine Grenze gibt, kann nicht bezweifelt werden. Es kann also nicht angenommen werden, dass es überhaupt keine rechtlichen Kriterien für die Festsetzung einer Besteuerungsgrenze gebe. Damit muss das Gericht eine Vorrangentscheidung treffen. Der Umstand, dass diese Vorrangentscheidung umstritten ist, kann nicht dazu führen, dass der Urteilende selbst sein verfassungsrechtliches Urteil nicht als das verfassungsrechtlich richtige Urteil vertritt. Konsequenz daraus ist, dass es einem mit der Verfassungsinterpretation befassten Gerichten möglich ist, grundrechtliche Garantiegehalte im Abwägungsmodell zu begründen, und zwar auch im Fall einer offenen, nicht durch Gewichtungsvorgaben gebundenen Abwägung. Lediglich die Verbindlichkeit des Urteils wird autoritativ, aufgrund der Entscheidungskompetenz des Gerichts, begründet. Inhaltlich beansprucht das Urteil, aufgrund geltenden Rechts begründet zu sein.

## V. *Abwägung als Interpretation*

Abwägungen können im Rahmen von Interpretationsproblemen auftreten, es können sich aber auch im Rahmen der Abwägung Probleme der Interpretation von Vorrangregeln stellen. Die zweite Variante ergibt sich daraus, dass praktische Entscheidungen auf Vorgaben aus früheren Entscheidungen gestützt werden können. Sind diese Entscheidungen verbindlich, muss die Abwägung diese Vorgaben berücksichtigen. Es geht dann nicht um die erstmalige Begründung einer Vorrangrelation, sondern darum, was aus vorhandenen Vorrangregelungen und Gewichtungen folgt oder begründet werden kann.

Bei der Anwendung etablierter Vorrangregeln handelt es sich der Struktur nach um ein Interpretationsproblem. Es geht um die Bestimmung des Inhalts eines Netzes von Vorrangregeln. Wenn Abwägungsergebnisse festgelegt worden sind, stellen sich weitere Entscheidungsprobleme zunächst als Interpretationsprobleme dar. Ein Merkmal dieser Interpretation ist, dass sie nicht zu Festsetzungen führen kann, die unabhängig von anerkannten Abwägungsergebnissen sind.

Die Konzeption der Abwägung als Interpretation bezieht sich auf die Interpretation vorhandener Regeln. Für sie gelten spezifische Rationalitätsanforderungen.

- (1) Wenn bestehende Regeln interpretiert werden, muss dies so geschehen, dass das Ergebnis auch mittels einer originären, nicht an Regeln gebundenen Abwägung be-