

Allerdings erlauben diese Faktoren keine direkte Ableitung relativer Gewichte, sondern bieten nur Ansatzpunkte für eine rationale Argumentation über deren Bestimmung.

#### *IV. Abwägungsvarianten*

Ein wesentliches Merkmal von Abwägungsproblemen ist, dass sie mit sprachlich formulierten Argumenten umgehen. Daraus folgt, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, das Abwägungsproblem zu formulieren. Zudem können Abwägungskriterien in unterschiedlicher Weise konstruiert werden.

##### *1. Komparative und optimierende Abwägung*

Wie die Parameter des relativen Gewichts und des Erfüllungsgrads in die Abwägung eingehen, hängt von der Fragestellung ab, mit der das Abwägungsproblem formuliert wird. Es sind zwei Varianten der Abwägung zu unterscheiden, eine komparative (vergleichende) und eine optimierende Abwägung. Diese Unterscheidung ergibt sich aus der Anwendung verschiedener, allerdings jeweils auf das Optimierungsmodell bezogener Abwägungskriterien.

Bei der optimierenden Abwägung geht es darum, eine optimale Lösung des Abwägungsproblems zu bestimmen. Sind mehrere Lösungen optimal, ist eine von ihnen zu realisieren. In der obigen Graphik wäre  $Z_4$  optimal. Eine optimierende Abwägung kommt zur Anwendung, wenn auf beiden Seiten der Kollision obligatorische Ziele stehen, die vom Abwägenden so weit wie möglich erfüllt werden sollen, z.B. bei der Kollision von Grundrechten oder Verfassungswerten. Es wäre in diesem Fall fehlerhaft, in der einen oder anderen Richtung den optimalen Bereich zu verfehlen.

Bei der vergleichenden Abwägung geht es darum, welche von zwei Alternativen besser ist. Die bessere Alternative muss nicht unbedingt optimal sein. Es ist aber richtig, oder gerechtfertigt, diese Alternative der anderen vorzuziehen. Es geht insofern um eine relative, komparative Rechtfertigung. Diese Form der Abwägung ist bei der gerichtlichen Kontrolle der Abwägungsentscheidungen anderer Organe anzuwenden, etwa wenn es um die Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Grundrecht aus öffentlichen Interessen geht. Ob ein Eingriff in das Grundrecht gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob der Eingriff mehr Zugewinn für das realisierte Prinzip bringt, als nach dem relativen Gewicht des kollidierenden grundrechtlichen Prinzips gefordert ist. In der graphischen Darstellung ist dies dann der Fall, wenn der Betrag der Steigung der Kurve der Pareto-optimalen Ergebnisse kleiner ist als der der betreffenden Indifferenzkurve. Bildlich gesehen muss der Eingriff zu einem Ergebnis führen, das näher am Optimum liegt als der Ausgangszustand. In der obigen Graphik wäre ein Eingriff, der statt  $Z_1$   $Z_5$  realisiert, in diesem Sinn gerechtfertigt, obgleich  $Z_5$  nicht optimal ist. Ebenso wäre ein Übergang von  $Z_5$  zu  $Z_4$  gerechtfertigt, wobei  $Z_4$  zugleich optimal ist.

Die als Abwägungskriterien aufgestellten Vorrangregeln beziehen sich auf vergleichende Abwägungen. Sie weisen eine Lösung als besser als eine Alternative aus, also als optimal im Rahmen der zur Entscheidung gestellten Alternativen. Für eine optimie-

rende Abwägung wäre notwendig, Kriterien zu formulieren, unter denen eine Lösung mindestens so gut ist wie jede andere Lösung. Zu diesem Zweck sind komparative Vorrangregeln nicht nur auf eine Entscheidungsalternative, sondern auf alle möglichen Lösungsalternativen anzuwenden.<sup>107</sup>

## 2. *Alternative Formulierungen des Abwägungsproblems*

Es sind verschiedene mögliche Formulierungen von Abwägungsproblemen zu unterscheiden. Verschiedene Formulierungen dürfen bei einer rationalen Begründung von Abwägungsurteilen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dementsprechend ergeben sich Möglichkeiten einer rationalen Kontrolle, indem verschiedene Begründungsvarianten verglichen werden und bei Abweichungen Urteile modifiziert werden, um Übereinstimmung herzustellen.

### 2.1. *Abwägung von Teilprinzipien*

Es können Erfüllungsgrade von Prinzipien insgesamt oder von in diesen enthaltenen Teilprinzipien betrachtet werden. So kann statt des Prinzips der Meinungsfreiheit insgesamt die Freiheit politischer Äußerungen betrachtet werden, statt des Prinzips des Persönlichkeitsschutzes das auf informationelle Selbstbestimmung, statt des Prinzips des Schutzes der Volksgesundheit insgesamt das des Schutzes vor bestimmten Gesundheitsrisiken. Dasselbe Abwägungsproblem kann also auf unterschiedliche Weisen formuliert werden, ausgehend von umfassenderen Oberprinzipien oder von Teilprinzipien. Unterschiedliche Formulierungen eines Abwägungsproblems sollten jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dem höheren Gewicht des einen Prinzips muss daher ein entsprechend geringerer Beeinträchtigungsgrad entsprechen, so dass das Gewicht des Prinzips im konkreten Fall (sein Erfüllungswert) gleich bleibt.

Geht es etwa um die Frage, ob die Verhängung einer Quarantäne für an einer ansteckenden Krankheit leidende Personen gerechtfertigt ist, hängt das Urteil zum einen davon ab, welches relative Gewicht dem Schutz der Volksgesundheit im Verhältnis zum prinzipiellen Recht auf Freiheit der Person, insbesondere der Bewegungsfreiheit, gegeben wird, und umgekehrt, welches relative Gewicht damit die Freiheit der Person im Verhältnis zum Schutz der Volksgesundheit erhält. Zum anderen kommt es darauf an, in welchem Maß die Volksgesundheit durch die Quarantäne gefördert wird und in welchem Maß die Freiheit der Person durch die Quarantäne beeinträchtigt wird. Geht es um Grippeerkrankungen, ist das im konkreten Fall relevante Teilprinzip des Gesundheits-

107 Dabei sind nicht nur tatsächlich mögliche Maßnahmen zu berücksichtigen. Es könnte sein, dass von einer bestimmten Ausgangssituation aus zunächst ein schlechteres Ergebnis zu wählen ist, das aber in der weiteren Folge bessere Ergebnisse ermöglicht als von der aktuellen Ausgangsposition aus. So führt ein Verbot von Kinderarbeit zunächst zu einer Verschlechterung der Situation von Familien, deren Einkommen von der Arbeit der Kinder abhängt. Das Verbot von Kinderarbeit ermöglicht aber eine bessere Ausbildung der Kinder, was in der Zukunft eine Verbesserung der Lebensbedingungen erlaubt, die bei Zulassung von Kinderarbeit nicht erreicht würde.

schutzes das des Schutzes gegen Grippeerkrankungen. Das Abwägungsergebnis darf nicht davon abhängen, ob das allgemeine Prinzip des Schutzes der Volksgesundheit oder das Teilprinzip gegen Grippeerkrankungen in die Abwägung eingestellt wird.

Dies zeigt zum einen, dass die Anführung überragend wichtiger Prinzipien allein noch keinen besonders gewichtigen Grund begründet.<sup>108</sup> Zum anderen ergibt sich für rationale Abwägungen die Kohärenzforderung, dass das Abwägungsergebnis unabhängig davon sein muss, ob von konkreten Teilprinzipien oder von Oberprinzipien höheren Gewichts, aber geringeren Beeinträchtigungsgrades ausgegangen wird.

## 2.2. *Elementare und komplexe Prinzipien*

Ein Problem für die Begründung von Abwägungsurteilen sind die komplexen begrifflichen Beziehungen zwischen prinzipiell gebotenen Sachverhalten. Diese Beziehungen werfen nicht nur Fragen für die Konstruktion von Abwägungen auf. Wenn verschiedene prinzipiell gebotene Sachverhalte nicht unabhängig voneinander beschrieben und bewertet werden können, lassen sich nicht Erfüllungsgrade, Gewichte und Erfüllungswerte für einzelne, elementare Prinzipien bestimmen, sondern es können nur Prinzipien mit komplexer innerer Struktur betrachtet werden. So kann Meinungsfreiheit in der politischen Auseinandersetzung als Gegenstand eines Prinzips angesehen werden. Es ist fraglich, ob dieses Prinzip durch einzelne voneinander unabhängige Prinzipien, wie die der allgemeinen Meinungsfreiheit, politischer Teilhaberechte und objektiver Demokratieprinzipien, vollständig wiedergegeben werden kann.

Ist es nicht möglich, einzelne Sachverhalte unabhängig voneinander zu beschreiben und zu bewerten, erscheint es unvermeidbar, aber auch möglich, komplexe Prinzipien zu betrachten. Denn normative Urteile betreffen häufig komplexe Merkmale, die zwar weiter analysiert werden können, aber nicht müssen. Urteile über richtige Bewertungen lassen sich auch in Bezug auf solche komplexen Merkmale bilden und begründen.

Allerdings sollte auch in Fällen komplexer Prinzipien versucht werden, unabhängige Beschreibungen der prinzipiell gebotenen Sachverhalte zu geben. Die Möglichkeit verschiedener Beschreibungen von Sachverhalten eröffnet die Chance, durch die Wahl einer mehr oder weniger weitgehenden begrifflichen Analyse die Kohärenz verschiedener Bewertungen zu überprüfen und eine Grundlage für die Begründung eines Abwägungsurteils zu finden.

108 Fehlerhaft daher BVerfGE 103, 172, 193 - Altersgrenze für kassenärztliche Zulassung: "Die öffentlichen Belange verlieren nicht an Gewicht, wenn sie sich nur in einer Vielzahl kleinerer Schritte realisieren lassen." "Jeder einzelne Schritt ... ist von erheblicher Bedeutung, auch wenn eine einzelne Maßnahme immer nur einen Teilbetrag zur Verwirklichung des Gesamtziels leisten kann." Dies erkennt die Struktur rationaler Abwägung. Wird ein gewichtiges Ziel durch eine Maßnahme nur in geringem Maß erfüllt, hat es im konkreten Fall auch nur ein diesem geringen Maß entsprechendes Gewicht.

### 2.3. Vollständig und unvollständig autonome Abwägung

Vollständig autonome Abwägungen bestimmen sämtliche abwägungsrelevanten Faktoren nach eigenem Urteil. Unvollständig autonome Abwägungen übernehmen bestimmte Abwägungselemente aus anderen Entscheidungen. Sie setzen bestimmte Abwägungsurteile oder jedenfalls einzelne abwägungsrelevante Faktoren als zutreffend oder verbindlich voraus, z.B. Aussagen zum relativen Gewicht von Prinzipien in einer vorangegangenen Entscheidung. Ausgehend von diesen Annahmen gelangen sie zu einem Abwägungsurteil, für das Richtigkeit beansprucht wird wie für ein vollständig autonomes Urteil. Im Grenzfall kann ein vollständiges, unmittelbar auf den zu entscheidenden Fall anwendbares Abwägungsurteil übernommen werden. Im Rahmen einer autonomen Normbegründung bleibt allerdings auch in diesem Fall als letzte eigene Abwägung die Entscheidung, diesem Urteil zu folgen. Auch unvollständig autonome Abwägungsurteile sind daher mit einem absoluten Richtigkeitsanspruch (im dargelegten Sinne) verbunden, nicht nur mit einem systemrelativen. Aus Gründen der Kohärenz dürfen sie jedenfalls nicht in Widerspruch zu einer vollständig autonomen Abwägung stehen. Dies ist von besonderer Bedeutung für juristische Abwägungen, da Rechtsordnungen darauf zielen, verbindliche Regelungen zu treffen, und damit autonomes Entscheiden beschränken, ohne allerdings Autonomie zu eliminieren. Juristische müssen mit autonomen Abwägungen vereinbar sein.

### 3. *Grade der Gebundenheit von Abwägungen*

Hinsichtlich der in die Abwägung einzustellenden Argumente lassen sich vollständig, teilweise oder nicht gebundene Abwägungen unterscheiden.

Bei einer vollständig gebundenen Abwägung sind die zu berücksichtigenden Argumente dem Entscheidenden sämtlich vorgegeben. So ist bei der Einschränkung von unbeschränkt gewährleisteten Grundrechten aufgrund anderer Verfassungswerte durch die Verfassung vorgegeben, welche Argumente in die Abwägung des Gesetzgebers einzustellen sind. Es besteht keine Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, sie außer Acht zu lassen oder weitere, politische Ziele bei der Abwägung zu berücksichtigen. Bei einer Einschränkung eines Grundrechts aufgrund eines Gesetzesvorbehalts kann der Gesetzgeber hingegen verfassungsrechtlich nicht gebotene, politische Zielsetzungen verfolgen. Schließlich können legislative Abwägungen rein politischer Natur sein, ohne dass abzuwägende Argumente verfassungsrechtlich vorgegeben wären.

Auch individuelle Entscheidungen können vollständig, teilweise und nicht gebunden sein. So können kollidierende moralische Forderungen abzuwägen sein, etwa die eigenen Kinder zu fördern oder Geld für Kinder der Dritten Welt zu spenden. Es können moralische Argumente mit nicht-moralischen kollidieren, etwa bei der Alternative, Geld zu spenden oder mit dem Geld eine Kinokarte zu kaufen. Es können ferner rein pragmatische, nicht-moralische Fragen zu entscheiden sein, etwa ob man ins Kino geht oder lieber zu Hause bleibt.

Vollständig gebundene Entscheidungen für ein Kollektiv (eine Rechtsgemeinschaft) können als juristische (rechtliche) bezeichnet werden, solche für das Handeln

einzelner Personen als moralische. Nicht gebundene Entscheidungen sind nicht-normative, aber praktische Entscheidungen. Sie können als politisch oder als pragmatisch bezeichnet werden. Teilweise gebundene Entscheidungen sind hingegen normative Entscheidungen, da die teilweise Bindung durch vorgegebene Argumente dazu führt, dass das Ergebnis der Entscheidung normativen Charakter haben muss. Entweder setzt sich das zu berücksichtigende Gebot durch, oder es muss gerechtfertigt werden, warum ihm nicht gefolgt wird. Normative Entscheidungen umfassen somit moralische, rechtliche und sonstige normativ gebundene Entscheidungen. Entsprechend der obigen Differenzierung, ob Entscheidungen für Individuen oder für ein Kollektiv getroffen werden, können einerseits moralische, normative und pragmatische Entscheidungen unterschieden werden, andererseits juristische, normative und rein politische. Diese Varianten lassen sich wie folgt darstellen:

| Argumentationsbasis  | Charakter der Entscheidung: |             |
|----------------------|-----------------------------|-------------|
|                      | kollektiv                   | individuell |
| vollständig gebunden | juristisch                  | moralisch   |
| teilweise gebunden   | normativ                    | normativ    |
| nicht gebunden       | politisch                   | pragmatisch |

Ein anderer Punkt Unterschied in der Gebundenheit betrifft das Abwägungsergebnis. Bei einer normativen Abwägung muss das Abwägungsergebnis eine Norm mit generellem Charakter sein, nicht lediglich eine Einzelfallentscheidung. Darauf ist bei der Diskussion möglicher Abwägungsergebnisse zurückzukommen.

### V. Abwägungsergebnisse

Als Ergebnis einer Abwägung ist eine Vorrangrelation  $PRIOR(P_i,P_j)$  zwischen den kollidierenden Prinzipien festzusetzen, aus der sich ergibt, unter welchen Bedingungen das eine Prinzip hinsichtlich der fraglichen Rechtsfolge (R) Vorrang vor dem anderen Prinzip hat. Die Rechtsfolge im Beispiel der Kollision von Meinungsfreiheit und Schutz der persönlichen Ehre ist die Erlaubnis der zu beurteilenden Handlung. Der Bezug auf die Rechtsfolge ist notwendig, weil und soweit Prinzipien verschiedene Folgerungen implizieren können und daraus, dass ein Prinzip einem anderen in einer bestimmten Kollision vorgeht, nicht folgt, dass damit alle seine normativen Folgerungen gelten. Der Vorrang kann den gesamten Bereich der Kollision der abzuwägenden Prinzipien umfassen oder durch weitere Bedingungen beschränkt sein. Das Abwägungsurteil könnte auch nur für den entschiedenen, partikularen Fall gelten. Es sind also drei Möglichkeiten zu unterscheiden: