

# »Abwägung« in der Dogmatik der Grund- und Menschenrechte

---

Christian Walter

## Abwägung als grund- und menschenrechtliche Selbstverständlichkeit in der modernen Demokratie

Abwägungen sind aus der modernen Dogmatik der Grund- und Menschenrechte nicht mehr fortzudenken.<sup>1</sup> Das liegt daran, dass es nur ganz wenige grund- oder menschenrechtliche Garantien gibt, die absoluten Schutz genießen, sich also im Falle einer Kollision mit anderen Grund- und Menschenrechten immer durchsetzen. Einen solchen absoluten Schutz vermittelt unter den deutschen Grundrechten nur die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)<sup>2</sup> und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention nur das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 3 EMRK).<sup>3</sup> Wird in diese Rechte eingegriffen, so folgt daraus automatisch auch ihre Verletzung. Eine Rechtfertigung des Eingriffs ist von vorneherein ausgeschlossen. Werden beispielsweise einem wegen Kindesentführung Verdächtigen »Schmerzen angedroht, wie er sie noch nie erlebt hat«, wenn er den Aufenthaltsort des entführten Kindes nicht verrät, dann verletzt dies Art. 3 EMRK auch dann, wenn dies allein mit dem Ziel erfolgt, das Leben des Kindes zu retten, also letztlich in Verfolg eines anderen besonders zentralen Menschenrechts geschieht.<sup>4</sup> Eine Abwägung zwischen den Rechtspositionen

- 
- 1 Nach wie vor grundlegend für das deutsche Verfassungsrecht: Schlink: Abwägung im Verfassungsrecht.
  - 2 Kingreen/Poscher: Grundrechte – Staatsrecht II, Rn. 499 a.E.
  - 3 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 20 Rn. 52ff.
  - 4 EGMR (GK): Urteil vom 1. Juni 2010, Appl. Nr. 22978/05, Rn. 131f. – Gäfgen gg. Deutschland.

findet aber wegen des absoluten Charakters des Verbots von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe gleichwohl nicht statt.

Bei den meisten Grund- und Menschenrechten ist hingegen eine Rechtfertigung von Eingriffen möglich, wenn es um den Schutz anderer wichtiger Rechtsgüter geht. Es kommt dann zu einer Abwägung zwischen sich widersprechenden Rechtspositionen. Nicht selten stehen auf beiden Seiten Grund- und Menschenrechte. Das lässt sich sehr gut anhand der Auseinandersetzungen um die Beschränkungen im Zuge der Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie illustrieren: In den meisten Konstellationen ging es um einen Konflikt zwischen Gesundheitsschutz (zu dessen Zweck die Maßnahmen ergriffen werden) und persönlicher Freiheit (die durch die Maßnahmen beschränkt wird). Solche Konfliktlagen finden sich auch in vielen anderen Konstellationen. Wenn im Zuge der Kriminalitätsbekämpfung Online-Durchsuchungsmöglichkeiten ausgebaut werden sollen, dann verfolgt dies das Ziel »Sicherheit«. Wenn dem aus Datenschutzgründen Grenzen gezogen werden, dann steht dahinter der Schutz privater Freiheit.

Aber auch außerhalb des hier anklingenden großen Zielkonflikts zwischen Freiheit und Sicherheit, gibt es immer wieder Grundrechtskollisionen, die zu einer Abwägung zwingen. So kann sich die Presse bei der Berichterstattung über das Privatleben prominenter Personen auf die Pressefreiheit berufen, die Betroffenen stützen sich dagegen zumeist auf das Privat- und Familienleben, für dessen Schutz der Staat zu sorgen habe. Auch hier kommt es bei jeder Entscheidung über den zulässigen oder unzulässigen Umfang der Berichterstattung zu einer Abwägung von Grundrechtspositionen. Allerdings stehen sich hier nicht Staat und Bürger gegenüber, sondern es stehen auf beiden Seiten Privatrechtssubjekte. Dementsprechend kollidieren hier zwei Freiheitsrechte miteinander. In dem genannten Beispiel geht es um Pressefreiheit gegen Persönlichkeitsschutz, der auch als Freiheitsrecht konzipiert ist, nämlich als Freiheit, unbehelligt zu bleiben.

Abwägung ist dabei kein Vorgang, der auf eine Entscheidung im Sinne einer Alternativität (Freiheit *oder* Sicherheit; Pressefreiheit *oder* Persönlichkeitsschutz) gerichtet ist, sondern es handelt sich um einen durch die jeweiligen Grundrechte normativ vorstrukturierten Prozess, der darauf abzielt, möglichst viel von den kollidierenden Rechtspositionen zu erhalten. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur haben

sich dafür in Deutschland die Begriffe der »praktischen Konkordanz«<sup>5</sup> und des »schonenden Ausgleichs«<sup>6</sup> etabliert. Im internationalen Menschenrechtsschutz spricht man vom »balancing«.<sup>7</sup> Wenn und weil durch die Abwägung also erreicht werden soll, dass in der konkreten Situation möglichst viel von allen betroffenen Rechtspositionen erhalten bleibt, handelt es sich um einen Vorgang der zentral durch die konkreten Umstände der jeweiligen Situation determiniert wird. Abstrakte Aussagen im Sinne eines generellen Vorrangs bestimmter Rechtsgüter lassen sich nicht machen. Abwägung heißt also immer Entscheidung anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles. Dies bedeutet notwendig, dass die am Ende maßgebliche Abwägung einzel-fallbezogen getroffen werden muss. Sie erfolgt deshalb in aller Regel durch Behörden und Gerichte, nicht durch den Gesetzgeber und erst recht nicht unmittelbar durch die Verfassung oder internationale Menschenrechtsgarantien. Das Zusammenspiel der unterschiedlichen Normebenen (Gesetz, Verfassung, internationaler Menschenrechtsvertrag) und Akteure (innerstaatliche Behörden und Fachgerichte, Verfassungsgerichtsbarkeit, internationale Gerichtsbarkeit) ist dabei allerdings komplex und durchaus auch spannungsgeladen.

### **Vorstrukturierung des Abwägungsprozesses: Zur Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers**

Zunächst kommt dem Gesetzgeber eine wichtige Rolle für die Vorstrukturierung des Abwägungsvorgangs zu. Schon die liberale Grundrechtstradition verlangte für Eingriffe in Freiheit und Eigentum eine gesetzliche Grundlage. Das setzt sich im internationalen Menschenrechtsschutz fort, wo beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in den allermeisten Beschränkungsklauseln eine gesetzliche Grundlage für die Rechtfertigung von Eingriffen in die geschützten menschenrechtlichen Positionen verlangt.<sup>8</sup>

5 Begriffsprägend Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72.

6 Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht, S. 125ff.

7 Statt anderer: Grabenwarter/Pabel: Europäische Menschenrechtskonvention, § 18 Rn. 16ff.

8 Das kommt in der Wendung »prescribed by law« zum Ausdruck, siehe beispielsweise für Eingriffe in das Recht auf Privatleben Art. 8 Abs. 2 EMRK oder in die Meinungsäußerungsfreiheit Art. 10 Abs. 2 EMRK.

Das Bundesverfassungsgericht hat der Entscheidung durch den Gesetzgeber mit der sog. »Wesentlichkeitstheorie«<sup>9</sup> zusätzliches Gewicht verschafft. Ihren Ursprung hat die Wesentlichkeitstheorie zwar bei der Delegation von Entscheidungsbefugnissen auf die Exekutive als Verordnungsgeber. Dort besagt sie, dass der Gesetzgeber im Delegationsakt verpflichtet ist, »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.«<sup>9</sup> Dass sich hieraus aber schon beim Normerlass eine Verpflichtung zur Abwägung zwischen verschiedenen Grundrechtspositionen ergibt, ist in der ersten Entscheidung zum Kopftuch einer Lehrerin besonders gut deutlich geworden, in der der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die allgemeinen beamtenrechtlichen Regeln angesichts des mit einem Kopftuch-Verbot verbundenen, besonders intensiven Eingriffs in die Religionsfreiheit betroffener Lehrerinnen für unzureichend hielt:

»Für die Beurteilung der tatsächlichen Entwicklungen, von der abhängt, ob gegenläufige Grundrechtspositionen von Schülern und Eltern oder andere Werte von Verfassungsrang eine Regelung rechtfertigen, die Lehrkräfte aller Bekenntnisse zu äußerster Zurückhaltung in der Verwendung von Kennzeichen mit religiösem Bezug verpflichten, verfügt nur der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative, die Behörden und Gerichte nicht für sich in Anspruch nehmen können.«<sup>10</sup>

Die Grenzen einer solchen Vorstrukturierung der Abwägung durch den Gesetzgeber zeigt die zweite Kopftuch-Entscheidung, mit der das Bundesverfassungsgericht – nunmehr dessen Erster Senat – es als unverhältnismäßig ansah, wenn äußere Zeichen religiöser Zugehörigkeit (wie das Kopftuch) schon abstrakt als Gefährdung des Schulfriedens eingestuft wurden. Ein Verbot komme vielmehr nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Schulfriedens vorlägen.<sup>11</sup> Der Erste Senat deutete dann zwar an, dass solche konkreten Situationen auch vom Gesetzgeber umschrieben werden können. Dies dürfte aber vor allem dazu gedient haben, ein Abweichen von den tragenden Gründen der Entscheidung des Zweiten Senats und die dann erforderliche Befassung des Plenums (vgl. § 16 BVerfGG) zu vermei-

9 Z.B. BVerfGE 88, 103 (116) – Streikeinsatz von Beamten.

10 BVerfGE 108, 282 (310f.) – Kopftuch I.

11 BVerfGE 138, 296 (341, Rn. 113ff.) – Kopftuch II.

den.<sup>12</sup> Im Ergebnis läuft die Forderung nach dem Nachweis einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens darauf hinaus, dass Verbotsentscheidungen in der Rechtspraxis durch Behörden im konkreten Einzelfall getroffen und gegebenenfalls anschließend anhand dieser konkreten Umstände gerichtlich überprüft werden müssen. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber damit zwar die Möglichkeit, mit abstrakt-generellen Vorgaben im Gesetz, den Abwägungsprozess in dem Sinne vorzustrukturieren, dass er für die Gewichtung bestimmte Akzente setzt. Die Vorstrukturierung darf aber nicht so weit reichen und so intensiv sein, dass eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht mehr stattfindet.

## Weitreichende verfassungsgerichtliche Kontrolle der Abwägung in Deutschland

Die Grundrechte binden aber nicht nur den Gesetzgeber, wenn er in Freiheit und Eigentum eingreift, sondern sie entfalten nach der berühmten Lüth-Formel des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958 eine sog. »Ausstrahlungswirkung« in alle Bereiche der Rechtsordnung.<sup>13</sup> Dies bedeutet, dass sämtliche Behörden und Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Grundrechte zu beachten haben. Das mag auf den ersten Blick wie eine Selbstverständlichkeit anmuten. Wieso sollte eine solche Bindung nicht bestehen? Tatsächlich hat es aber weitreichende Folgen für das Verhältnis von (Verfassungs-)Recht und Politik sowie von (Verfassungs-)Gerichtbarkeit und parlamentarischer Entscheidung. Maßgeblich hierfür ist das Verständnis der Grundrechte als Entscheidung der Verfassung für bestimmte materielle Werte, die in der gesamten Rechtsordnung Beachtung finden müssten.<sup>14</sup> Um die systemprägende Kraft dieser Rechtsprechung richtig verstehen zu können, muss man zwei weitere Weichenstellungen mit in den Blick nehmen, die das Bundesverfassungsgericht ebenfalls schon in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre vorgenommen hat.

Die erste Weichenstellung liegt im Verständnis des in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrechts als allgemeiner Handlungs-

12 Dazu etwa Hong: Ein Gericht oder zwei Gerichte? S. 409ff. Heinig: Von tragenden Gründen und abstrakter Gefahr.

13 BVerfGE 7, 198 (207) – Lüth.

14 BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

freiheit. Diese angesichts des Wortlauts (»Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.«) keineswegs zwingende Auslegung führt dazu, dass selbst dann wenn für ein bestimmtes Verhalten – im konkreten Fall der Wunsch, zum Zwecke der Ausreise einen Pass zu erhalten – kein spezielles Grundrecht einschlägig ist, trotzdem grundrechtlicher Schutz besteht.<sup>15</sup> Damit wird jede staatliche Beschränkung individueller Freiheit grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig und durch das Instrument der Verfassungsbeschwerde prozessual vor dem Bundesverfassungsgericht überprüfbar.

Das allein hätte wohl noch nicht den Siegeszug des Konzepts der Abwägung bewirkt. Als wesentlicher weiterer Faktor trat hinzu, dass das Bundesverfassungsgericht das weite Verständnis des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeiner Handlungsfreiheit mit einem ebenfalls weiten Verständnis der Schranke »verfassungsmäßige Ordnung« verknüpfte. Unter dieser könne nur »die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung sein muß.« Erneut mutet die Aussage selbstverständlich an: Wie anders sollte eine Rechtsordnung verstanden werden, die auf der Idee einer Verfassung als höherrangigem Recht beruht? Die Konsequenz ist deshalb so weitreichend, weil das Verfassungsgericht zugleich für sich beansprucht hat, bei Gelegenheit der Untersuchung einer Grundrechtsverletzung inzident mit zu prüfen, ob denn das beschränkende Gesetz selbst verfassungskonform – also formell und materiell verfassungsmäßig – ist.<sup>16</sup> Da nun aber bei der Auslegung eines grundrechtsbeschränkenden Gesetzes die in den von diesem Gesetz beschränkten Grundrechten enthaltenen wesentlichen Wertungen zu berücksichtigen sind, kommt es zu einer Abwägung zwischen dem vom Gesetzgeber mit seinem Gesetz verfolgten Ziel einerseits und der mit ihm einhergehenden Grundrechtsbeschränkung andererseits. Diese Abwägung vorzunehmen, ist nicht nur eine zentrale Aufgabe des Gesetzgebers, sondern die von ihm vorgenommene Abwägung unterliegt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im Rahmen der Verfassungsbeschwerde. Die geschilderte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat also die Verfassungsbeschwerde zu einer inzidenten Normenkontrolle ausgebaut: Jede Person kann

---

15 BVerfGE 6, 32 (36f.) – Elfes.

16 BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes.

das Gericht mit der Behauptung anrufen, die hinter einer gesetzlichen Regelung stehende Abwägung trage der Bedeutung des von ihr eingeschränkten Grundrechts nur unzureichend Rechnung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es die Kombination aus dem Jedermann-Verfahren der Verfassungsbeschwerde mit einem materiellen Verständnis der Grundrechte als die gesamte Rechtsordnung prägend ist, welche die Abwägung zur zentralen Figur der Grundrechtsdogmatik macht. Zugleich unterwirft das Gericht nicht nur die Einzelfallentscheidung durch Behörden und Gerichte seiner verfassungsrechtlichen Kontrolle, sondern inzident auch die Vorstrukturierung der Abwägung durch die gesetzlichen Vorgaben selbst.

### **Reduzierte Kontrolle der Abwägung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte**

Prinzipiell lässt sich die gerade beschriebene dogmatische Begründung der Abwägung ohne Weiteres auch auf den Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes übertragen. Auch dort steht vielfach ein für jedermann zugängliches Individualbeschwerdeverfahren zur Verfügung. Unter der EMRK ist es beispielsweise seit 1998 für alle Vertragsparteien vorgeschrieben. Für andere Verträge gilt es nur optional und oft sind auch die dann ergehenden Entscheidungen nicht verbindlich.<sup>17</sup> Beschränkt man aber den Vergleich auf das besonders weit ausgebaut System der EMRK und die Kontrollbefugnisse des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dann lassen sich durchaus Parallelen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ziehen. Ein wichtiger Unterschied besteht allerdings darin, dass die EMRK kein Menschenrecht garantiert, das sich als allgemeine Handlungsfreiheit verstehen ließe. Zwar hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, der die Achtung des »Privatlebens« schützt, weit ausgedehnt. An die allgemeine Handlungsfreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reicht diese Auslegung aber dennoch nicht heran.

Unabhängig davon ist aber auch beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in den letzten Jahren immer deutlicher geworden, dass die mit der Grundrechtsprüfung verbundene gerichtliche Kontrolle von Abwägungsvorgängen zum Teil intensiv in innerstaatliche politische Debatten eingreift.

---

17 Das ist etwa die Rechtslage in Bezug auf den Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (vgl. Art. 5 Abs. 4 ZP IPbPR).

Während das Bundesverfassungsgericht den damit verbundenen Problemen vor allem durch funktional am Grundsatz der Gewaltenteilung orientierten Abgrenzungen zwischen Aufgaben der Legislative und der Judikative zu begegnen versucht,<sup>18</sup> treten im internationalen Kontext Argumente der Abwägungsebene stärker in den Vordergrund. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Instrument der »margin of appreciation« entwickelt, mit dem deutlich werden soll, dass bestimmte Fragen gerade im Bereich der Abwägung besser auf der Ebene der Mitgliedstaaten entschieden werden können und sollten. Es handelt sich damit letztlich um ein Instrument zur Zurücknahme der Kontrolldichte, das der Gerichtshof dann besonders großzügig handhabt, wenn die betreffenden Fragen unter den verschiedenen Mitgliedstaaten des Europarats sehr unterschiedlich gehandhabt werden oder besonders sensible ethische oder moralische Angelegenheiten betroffen sind. Auch bei der Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialpolitik kommt eine auf diese Art und Weise zurückgenommene Kontrolle zur Anwendung.<sup>19</sup>

## Fazit

Das Konzept der »Abwägung« ist für die Dogmatik des Grund- und Menschenrechtsschutzes zentral und an ihm sollte auch festgehalten werden. Es ist in besonderer Weise in der Lage, den Ausgleich widerstreitender Interessen als zentrales Ziel zu formulieren, alle staatlichen Entscheidungsträger auf dieses Ziel zu verpflichten, und den öffentlichen Diskurs entsprechend zu strukturieren und zu rationalisieren. Unterschiede zeigen sich vor allem bei der Frage, wer verbindlich über das Abwägungsergebnis entscheidet. Die Entwicklung unter dem Grundgesetz ist insoweit von einer starken Fokussierung auf das Bundesverfassungsgericht und damit einer maßgeblichen Prägung nicht nur des Abwägungsvorgangs, sondern auch der Abwägungsergebnisse durch die Gerichtsbarkeit gekennzeichnet. Die Verfassungstraditionen anderer Länder belassen insoweit der Exekutive und vor allem der Legislative größere Spielräume. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte trägt solchen Unterschieden vor allem durch eine Zurücknahme seiner Kontrolldichte Rechnung.

18 Statt anderer zur Diskussion über das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Legislative unter dem Grundgesetz: Walter: Art. 93, Rn. 100ff.

19 Vgl. dazu Grabenwarter/Pabel: Europäische Menschenrechtskonvention, § 18 Rn. 20f.

An der zentralen Bedeutung des Konzepts als solchem ändern derartige Unterschiede aber nichts.

## Literatur

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021.
- Heinig, Hans Michael: »Von tragenden Gründen und abstrakter Gefahr«, in: Verfblog, vom 31.03.2015, siehe <https://verfassungsblog.de/von-tragenden-gruenden-und-abstrakter-gefahr/>
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Hong, Mathias: »Ein Gericht oder zwei Gerichte? Der Kopftuch-Beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz ›stare decisis‹«, in: Der Staat 54, Nr. 3 (2015), S. 409–434.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: Grundrechte – Staatsrecht II, 37. Aufl., Heidelberg 2021.
- Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961.
- Schlink, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Walter, Christian: »Art. 93«, in: Günther Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 80. Lieferung, München 2017.

