

2 I. Zur Struktur der Abwägung

2 I. I Normkollisionen

Die Grundrechte kommen nicht isoliert zur Geltung. In praktischen Problemkonstellationen pflegen sie sich zu verbinden und können sie kollidieren. Die Grundrechtsausübung des einen tangiert das Grundrecht des anderen, die Interessen der Allgemeinheit – hinter denen oft wiederum fundamentale Rechtsansprüche stehen – stehen der Freiheit des Einzelnen gegenüber und müssen in einen Ausgleich gebracht werden. Das Recht löst die damit verbundenen Schwierigkeiten hauptsächlich mit der Figur der Abwägung. Die Interessen, die im (häufigen) Konfliktfall auseinandertreffen, müssen gegeneinander abgewogen werden¹.

Die Würde liegt nach hier vertretener Auffassung den Menschen- bzw. Grundrechten zugrunde. Diese folgen systematisch aus der Menschenwürde, sie fächern den Grundanspruch, nicht verfügbar zu sein, gleichsam auf. Inhaltlich betrachtet bestimmen die Menschenrechte in Bezug auf einzelne Kontexte, dass der Mensch keinen verfügenden Zugriffen ausgesetzt werden soll. Formal gesehen benennen die Menschen- bzw. Grundrechte Praxen, die nicht angemessen zu begründen sind². Es wäre mit Blick auf diese fundierende Rolle der Menschenwürde fast überraschend, wenn diese nicht auch in Bezug auf die Vorgänge der Abwägung im Fall von Grundrechtskollisionen etwas zu bedeuten hätte. Es besteht die Aussicht, dass die Würde den Vorgang der Abwägung in irgendeiner Weise zu strukturieren oder zu informieren vermag, da sie den gemeinsamen Boden aller Grundrechte bildet.

In diesem Kapitel soll die Möglichkeit einer solchen Strukturierung erörtert werden. Dabei ist vorzuschicken, dass es meines Erachtens kein gleichsam mathematisches Modell gibt, dass die mit den Abwägungsvorgängen verbundenen Fragen lösen könnte. Eine solche Erwartungshaltung dürfte von vornherein fehlgehen. Gleichwohl ist es im Hinblick auf die Bedeutung der Abwägung in der rechtlichen Praxis wichtig, sich dabei um ein möglichst strukturiertes Vorgehen zu bemühen, und sollte daher auch die Rolle der Menschenwürde in diesem Kontext reflektiert werden.

1 Ich stütze mich in diesem Kapitel teilweise auf Engi 2015.

2 Vgl. vorn Kap. 10.

2.1.2 Das Problem der Abwägung

Grundrechte gelten nicht absolut. Sie können eingeschränkt werden und werden dies nicht selten. Dabei sind jedoch gewisse Voraussetzungen zu beachten. Eine der wichtigsten dieser Voraussetzungen besteht darin, dass jede Grundrechtseinschränkung verhältnismäßig zu sein hat. Der in Frage stehende Eingriff muss mithin geeignet sein, das verfolgte öffentliche Interesse zu realisieren, er muss erforderlich sein, und er muss in dem Sinne zumutbar sein, dass der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zum öffentlichen Interesse steht, das ihn inhaltlich begründet³. An dieser Stelle wird die Interessenabwägung aktuell: Die öffentlichen Interessen müssen mit der Intensität der Freiheitsbeschränkung abgewogen werden. Nur wo die öffentlichen Interessen hinreichend gewichtig sind, um den jeweiligen Eingriff zu rechtfertigen, ist die Maßnahme rechtmäßig.

Die Abwägung ist zu einer zentralen Figur der Grundrechtsdogmatik und des Rechts überhaupt geworden, doch: »Was eine Güterabwägung ist, ist alles andere als klar.«⁴ Das Modell ist seit Jahren Gegenstand lebhafter Diskussion und auch vielfacher Kritik⁵. Ein zentrales, letztlich ungelöstes Problem ist die Frage, wie die Abwägung konkret vorstattengehen soll. Es ist nicht klar, inwiefern sich der Abwägungsvorgang rationalisieren und objektivieren lässt⁶. Vielmehr scheint es weitgehend von subjektiven Einstellungen und Wertungen abzuhängen, wie die Abwägung sich vollzieht, und das heißt konkret vor allem: welches Gewicht den einzelnen in Betracht kommenden Interessen beigemessen wird. Selbstverständlich fehlt es nicht an Versuchen, dieses Problem zu lösen und Konzeptionen rationaler Abwägung zu entwickeln⁷. Jedoch konnte sich bisher keines eigentlich durchsetzen.

Neben diesem Grundproblem werden weitere kritische Aspekte geltend gemacht. So geht ein Einwand dahin, dass die Grundrechte aufgrund der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ihren absoluten Sinn verlieren. Im Modus der Abwägung werden sie nach dieser Auffassung relativierbar durch Werte und Prinzipien, die man in einem so offenen Normkomplex wie einer Verfassung in reicher und fast

3 Vgl. vorn Kap. 10.4.

4 Alexy 1995a, 41. Anzumerken ist, dass zwischen Güter-, Interessen- und Wertabwägung oder einfach Abwägung in der Regel kein Unterschied gemacht wird: Camilo de Oliveira 2013, 116.

5 Vgl. z.B. Schlink 1976; Müller 1990; Leisner 1997; Jestaedt 1999; Poscher 2003; Ladeur 2004; Camilo de Oliveira 2013.

6 Zu den methodischen Problemen vgl. Schlink 1976, 127–143 sowie die Hinweise bei E. Hofmann 2007, 3.

7 Vgl. z.B. Alexy 1996, 143–154; ders. 2003; Buchwald 1990, 311–330; Jansen 1997a; ders. 1997b; E. Hofmann 2007, 191–320; Sieckmann 1995; Windisch 2021.

unbeschränkter Zahl findet⁸. Das kann dazu führen, dass Grundrechte ihre unbedingte Geltung gerade gegenüber Ansprüchen verlieren, gegen die sie sich ihrem ursprünglichen Sinn nach gewendet haben. So kann etwa die Gewissensfreiheit eines Mannes, der keinen Wehrdienst leisten möchte, gegen die allgemeinen staatlichen Interessen an der Landesverteidigung abgewogen und diesen gegenüber unter Umständen zurückgestellt werden⁹.

Nach einem weiteren kritischen Argument verlieren die einzelnen Grundrechte, wenn sie die Form abwägungsfähiger Prinzipien annehmen, tendenziell ihre Kontur. Sie werden zum undifferenzierten Ausgangspunkt allgemeiner Überlegungen nach sinnvollen Mitteln und Zielen¹⁰. Der Argumentationsschwerpunkt verlagert sich demnach vom verfassungsrechtlich normierten Grundrecht auf den richterlichen Abwägungsdiskurs. Damit verbindet sich eine demokratiepolitisch problematische Verlagerung von Entscheidungsmacht vom Gesetzgeber auf Gerichte. Diese nehmen die Abwägung vor und definieren im Ergebnis das anwendbare Recht. Insbesondere das Konzept der Schutzpflichten – d.h. von Pflichten des Staates, Grundrechte auch gegenüber Verletzungen durch nichtstaatliche Akteurinnen und Akteure zu schützen – eröffnet ein Potenzial, im Wege gerichtlicher Grundrechtsinterpretation und damit verbundener Abwägungen in gesetzgeberische Kompetenzen einzugreifen¹¹.

21.3 Menschenwürde als Grundlage

Die Menschenwürde verbürgt nach hier vertretener Auffassung, dass jeder Mensch als eigenständige Existenz respektiert wird. Des Näheren bedeutet dies, dass jede Person als vulnerables Wesen geachtet wird. Denn das menschliche Existieren ist durch eine besondere Vulnerabilität und Fragilität gekennzeichnet. Nur wenn diese in alle Überlegungen einbezogen wird, kann der Mensch in einer Weise behandelt werden, die ihm gerecht wird¹².

Werden verschiedene Interessen gegeneinander abgewogen, so müssen diese Aspekte ebenfalls zum Tragen kommen. Denn die Interessenabwägung bei Grundrechtseingriffen basiert auf der Menschenwürde als der fundamentalen Norm, der das ganze Rechtssystem zu genügen hat.

8 Vgl. Camilo de Oliveira 2013, 179–184.

9 Beispiel nach Camilo de Oliveira 2013, 180 f.

10 Camilo de Oliveira 2013, 185–198.

11 Beispielsweise kann der Schutz des Lebens unter dem Aspekt einer grundrechtlich fundierten Schutzpflicht zu eingehenden Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs durch Gerichte führen (vgl. Camilo de Oliveira 2013, 79–89).

12 Vgl. zum Ganzen vorn Teil 1, insb. Kap. 5 und 6.

Typischerweise stehen bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit Grundrechten auf der einen Seite die Interessen einer einzelnen Person oder einzelner Personen, auf der anderen Seite die Interessen der Allgemeinheit. Letztere werden aber nicht in beliebiger Weise berücksichtigt; es muss sich um moralisch relevante Interessen handeln, damit sie im Recht zum Tragen kommen (sog. öffentliche Interessen, z.B. Ruhe, Sicherheit, Gesundheit). Die öffentlichen Interessen sind mehr oder weniger eng wiederum mit individuellen Rechtsschutzansprüchen verbunden. Auch können Grundrechte Dritter direkt einen Grundrechtseingriff rechtfertigen, zum Beispiel wenn eine Demonstration verboten werden muss, um Leib und Leben Dritter zu schützen.

Auf beiden Seiten der Waage stehen Interessen, und die entscheidende Frage ist, wie diese zu gewichten sind. Dazu kann es auch aus Sicht dieser Studie keinen starren Mechanismus geben, aber es lassen sich Fragen formulieren, die beim Abwägungsprozess leitend sein können. Diese Fragen nehmen Bezug auf das Würdeverständnis, das heißt insbesondere auf die Kategorie der Verletzlichkeit. Je näher ein Tun der Verletzlichkeit der betroffenen Personen ist, desto stärker fällt das betreffende Interesse ins Gewicht. Die erste Frage, die den Abwägungsprozess leitet, lautet demnach:

- Wie stark ist die Verletzlichkeit der involvierten Personen betroffen?

Darüber hinaus muss die Grundidee der Würde beachtet werden, dass ein eigenständiger Lebensvollzug respektiert werden soll. Diese Frage ist gegenüber der ersten jedoch systematisch nachrangig, da sie nur das fundamentale Prinzip benennt, aufgrund dessen die individuelle Vulnerabilität besonders zu beachten ist. Lediglich sekundär und besonders dann, wenn die erste Frage keine klaren Antworten erbringt, ist daher die zweite Frage zu stellen:

- Wie stark sind die involvierten Personen in ihrem eigenständigen Lebensvollzug eingeschränkt?

Versuchen wir im Folgenden, dies anhand einiger Beispiele zu verdeutlichen.

21.4 Anwendung auf Beispiele

In den folgenden fiktiven Beispielen konkurrieren Interessen, die vom Recht geschützt sind:

- Gewalttätige Extremisten wollen in einer Stadt eine Demonstration durchführen. Es ist damit zu rechnen, dass es bei dieser Demonstration zu erheblichen Sachbeschädigungen und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch zu Angriffen auf Personen käme. Aufgrund der Gewaltbereitschaft der Demonstrierenden wären dabei schwere Verletzungen wahrscheinlich.
- Eine psychisch kranke Person, die sich in einer Psychiatrischen Klinik aufhält, stellt eine erhebliche Gefahr für sich selbst und andere dar. Es besteht eine hohe Gefahr, dass sie namentlich das Pflegepersonal tätlich angreifen würde. Daher wird die Person im Wege der Zwangsmedikation ruhiggestellt.
- Eine Stadt möchte die alten Häuser der Innenstadt erhalten und verschönern. Daher werden den Hauseigentümerinnen und -eigenthümern in den betreffenden Vierteln strenge Auflagen gemacht. Sie dürfen an den Fassaden keine Änderungen vornehmen. Auch im Inneren der Häuser müssen Wände, Decken, Böden und so weiter im bestehenden Zustand erhalten werden.

In der gebotenen Kürze und Abstraktheit sollen die vorangegangenen Überlegungen auf diese Fälle bezogen werden.

Zum ersten Beispiel: Auf der Seite derjenigen, die von der Demonstration möglicherweise betroffen sind, ist die Verletzlichkeit tangiert, besonders in ihrer physischen Dimension (drohende Körperverletzungen). Auch Sachbeschädigungen können Menschen in ökonomischer und persönlicher Hinsicht erheblich betreffen¹³. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Demonstrierenden. Hier ist die Verletzlichkeit weniger stark berührt, wenngleich die freie Versammlung und Meinungsäußerung auch diese Aspekte tangieren. Insgesamt wiegen die Interessen derjenigen schwerer, die durch mögliche Ausschreitungen bedroht sind. Die Demonstration könnte demnach nur mit Einschränkungen oder gar nicht bewilligt werden.

Zum zweiten Beispiel: Die Verletzlichkeit der Personen, die möglicherweise von der psychisch kranken Person attackiert werden, fällt in diesem Fall stark ins Gewicht. Die Gefährdung, die von der kranken Person ausgeht, ist groß und weist einen direkten Bezug zur körperlichen Verletzlichkeit auf. Auf der anderen Seite bedeutet auch die Zwangsmedikation einen starken Eingriff in die physische Integrität der betroffenen Person. Somit stehen hier auf beiden Seiten die Interessen in einem engen Verhältnis zur Verletzlichkeit. Es kommt daher auf das konkrete Maß der Gefährdung an, die von der psychisch kranken Person ausgeht. Bei sehr hoher Gefährdung Dritter kann die Zwangsmedikation gerechtfertigt sein. Dann sind die Dritten in ihrer Vulnerabilität stärker betroffen als die psychisch kranke Person, der das Medikament verabreicht wird.

13 Zu den Dimensionen der Verletzlichkeit vgl. vorn Ziff. 6.4, 6.5.

Zum dritten Beispiel: Der Wunsch, die Stadt schön zu gestalten und zu erhalten, ist ein Interesse der Allgemeinheit. Aspekte der Vulnerabilität sind damit kaum berührt. Die Einschränkungen ins Eigentum tangieren die Betroffenen ebenfalls nur am Rande in ihrer Verletzbarkeit. Hier treten daher die anderen Aspekte in den Vordergrund, namentlich die Frage nach der existenziellen Entfaltung. Die betroffenen Hauseigentümerinnen und -eigentümer werden darin relativ stark eingeschränkt. Das involvierte Allgemeininteresse ist wenngleich beachtlich, so doch nicht sehr gewichtig, da der freie Lebensvollzug durch die Ästhetik der Stadt nicht wesentlich betroffen ist. Die Einschränkungen müssen in diesem Fall daher gering bleiben und dürfen die Eigentümerinnen und Eigentümer in ihrer Gestaltungsfreiheit nicht völlig blockieren.

Somit können die Aspekte der Vulnerabilität das Gewicht der involvierten Interessen beeinflussen. Wenn Interessen einen direkten Bezug zur psychischen, physischen oder sozialen Verletzlichkeit haben, so steigert sich dadurch ihr Gewicht. Dies bedeutet nicht, dass die Interessenabwägung in quantitative Operationen überführt werden könnte. Es zeigt jedoch an, dass und warum gewisse Interessen ein höheres Gewicht haben als andere.

21.5 Abwägungsresistente Menschenwürde

Die Grundrechte sind abwägbar, keines hat einen prinzipiellen Vorrang vor dem anderen. Gleiches gilt für die Menschenwürde nicht. Sie unterliegt nicht der Abwägung, sondern gilt absolut¹⁴. Allerdings gibt es in jüngerer Zeit verstärkt Diskussionen darüber, ob unter bestimmten Umständen nicht auch die Würde abwägungsfähig sein könnte oder sollte¹⁵. Nach einer in jüngster Zeit teilweise vertretenen Meinung nimmt namentlich das Bundesverfassungsgericht – entgegen seiner eigenen Beurteilungen – durchaus Abwägungen vor, wenn es den inhaltlichen Gehalt der Menschenwürde bestimmt¹⁶.

Aus der Sicht der vorliegenden Deutung kann die Würde nicht gegen andere Rechtsansprüche abgewogen werden. Das ergibt sich aus ihrer systematischen Stellung. Sie liegt den Menschen- beziehungsweise Grundrechten zugrunde. Daher kann die Menschenwürde nicht im Abwägungsvorgang auf die gleiche Stufe mit ihnen gestellt werden. Ein solcher Prozess würde das ganze normative System destabilisieren und gleichsam seiner Grundlage berauben. Die Würde weist mit anderen

14 Vgl. zu dieser vorherrschenden Meinung z.B. H. Dreier 2013a, Rz. 46, 130.

15 Zusammenfassend Baldus 2011.

16 Vgl. z. B. Teifke 2011, 9–32.

Worten keine Gleichrangigkeit, sondern eine normative Vorrangigkeit gegenüber den anderen Grundrechten auf.

Richtig ist, dass der Menschenwürdebegriff semantisch außerordentlich offen und in hohem Maße konkretisierungsbedürftig ist. Jedoch sind die damit verbundenen Interpretationsvorgänge nicht umstandslos einer Figur der »Abwägung« zuzuschlagen. Eben diese Tendenz besteht jedoch in der Literatur, die von der Abwägungsfähigkeit der Menschenwürde ausgeht. So wird etwa aus dem Umstand, dass bei der Bestimmung einer Würdeverletzung den jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen oder den Besonderheiten des jeweiligen Falles Rechnung zu tragen ist, geschlossen, dass hierbei abgewogen werde. Da die Würde einer einfachen Subsumtion nicht zugänglich sei, erweise sie sich als abwägungsfähig¹⁷.

Die Frage nach der Normstruktur der Menschenwürde lässt sich von der Frage nach dem Inhalt dieser Norm kaum trennen. Nur wenn eine Vorstellung darüber besteht, was »Menschenwürde« inhaltlich heißt, lässt sich auch Belastbares darüber sagen, wie die Norm anzuwenden ist. Nach hier vertretener Auffassung ist die Würde von Menschen verletzt, wenn jemand in der Weise zum Objekt degradiert wird, dass Verletzlichkeit und Fragilität des menschlichen Daseins ignoriert werden, und wenn das fragliche Tun nicht vernünftig begründbar ist¹⁸. Diese Bestimmung ist inhaltlich offen und in hohem Maße interpretationsbedürftig. Insbesondere mit dem Begründungserfordernis ist ein Raum der Diskussion eröffnet. Diese Reflexion ist jedoch nicht als eine Abwägung von Interessen zu verstehen.

Es lässt sich ein Bezug zum Thema der religiösen Neutralität des Staates herstellen. Auch dieser Grundsatz des Rechts ist in hohem Maße interpretationsoffen und konkretisierungsbedürftig. Er lässt sich zum Beispiel im Sinne einer Wirkungsneutralität – die Wirkungen des staatlichen Handelns müssen für die einzelnen Religionsgemeinschaften gleich sein – oder als eine Begründungsneutralität – der Staat muss sein Handeln in einer religiös neutralen Weise begründen können – verstehen. Interpretiert man das Neutralitätsgebot im Sinn einer Wirkungsneutralität, so ist es starr und wenig praktikabel. In dieser Form müsste es tatsächlich mit Modellen der Abwägung kombiniert werden, um praktisch anwendbar zu sein. Sinnvoller ist es jedoch, den Neutralitätsgrundsatz im Sinn einer Begründungsneutralität zu verstehen¹⁹. Dann ist die »Abwägung« im Sinn einer Reflexion, die vielfältige Aspekte einbezieht, schon in die inhaltliche Deutung des Begriffs inkludiert. Die Neutralitätspflicht kann unter diesen Prämissen nicht nochmals abgewogen werden, da

17 Vgl. Hain 2006, S. 207, 209; Teifke 2011, insb. 23–25.

18 Vgl. vorn insb. Kap. 9.

19 Vgl. Engi 2017, 123–126 und passim; Huster 2002, 98–101 und passim.

der entsprechende Begründungsvorgang dann gewissermaßen doppelt durchgeführt würde²⁰.

Analog verhält es sich bei der Menschenwürde. Diese ist inhaltlich so offen, dass sich bereits bei der Frage, ob überhaupt die Menschenwürde verletzt ist, alles entscheidet. Das sind Interpretations- und Auslegungsfragen, keine Vorgänge der Interessenabwägung. Nach unserem Verständnis beinhaltet das Würdegebot unter anderem ein Begründungsgebot: Ein Handeln, das möglicherweise gegen die Menschenwürde verstößt, muss angemessen begründbar sein. Somit sind, ähnlich wie bei der Neutralität, all die Aspekte, die für oder gegen die Handlung sprechen, schon bei dieser Bestimmung einzubeziehen. Die Menschenwürde ist in der Tat nicht einfach subsumtionsfähig, aber nicht, weil sie abwägbar wäre, sondern weil sie inhaltlich in hohem Maße komplex ist.

20 Vgl. Huster 2002, 658–661.