

“EIN NICHTPOSITIVISTISCHER GRUNDRECHTSBEGRIFF. ZUM VERHÄLTNIS VON PRINZIPIENTHEORIE, GRUNDRECHTEN UND MORAL”

Prof. Dr. Robert Alexy
Professor für Rechtsphilosophie,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

I. UNTERMORALISIERUNG UND ÜBERMORALISIERUNG

Einer der zahlreichen Einwände, die gegen die Prinzipientheorie erhoben worden sind, lautet, daß die Prinzipientheorie das Verhältnis von Grundrechten und Moral oder von juristischer und moralischer Argumentation falsch bestimmt. Dieser Einwand der falschen Verhältnisbestimmung taucht in zwei extrem unterschiedlichen Varianten auf. Die erste Variante macht geltend, daß die Prinzipientheorie zu wenig Moral enthält, die zweite, daß sie zu viel Moral einschließt. Die erste Variante kann man als „Einwand der Untermoralisierung“, die zweite als „Einwand der Übermoralisierung“ bezeichnen.

Ein Vertreter des Einwandes der Untermoralisierung ist Kai Möller.¹ Möller argumentiert „that, rather than balancing the two competing principles, we must make a moral argument as to which one takes priority“.² Diese Notwendigkeit der moralischen Argumentation soll „a blow to Alexy’s approach“ sein, „which focuses on balancing straightaway“.³ In seinem Buch „The Global Model of Constitutional Rights“ kennzeichnet er seine Theorie als einen „*substantive moral approach*“, der als solcher „can be contrasted with a formal theory such as Robert Alexy’s... theory of rights as principles or optimization requirements“.⁴ Kurzum, die Prinzipientheorie soll bloß formal sein, weil sie keinen substantiellen moralischen Gehalt hat. Der Einwand der Übermoralisierung behauptet das genaue Gegenteil. Eine Vertreterin dieses Einwandes ist Birgit Reese. In ihrem 2013 erschienenen Buch „Die Verfassung des Grundgesetzes“ stellt sie treffend fest, „dass die Prinzipientheorie eingebettet ist in eine

¹ Vgl. ferner Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, in: International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 474: “totally extraneous to any moral reasoning”.

² Kai Möller, Balancing and the structure of constitutional rights, in: International Journal of Constitutional Law 5 (2007), 460.

³ Ebd.

⁴ Kai Möller, The Global Model of Constitutional Rights, Oxford 2012, 1-2.

prozedurale Moralphilosophie und einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff, dass sie also hinausläuft auf eine Verbindung zwischen Recht und Moral“.⁵ Dies aber führe zu unerträglichen Gefährdungen der „Normativität der Verfassung“,⁶ der „Rationalität von Entscheidungen“⁷ und der Demokratie.⁸

Oft ist es so, daß von zwei entgegengesetzten Thesen eine richtig und eine falsch ist. Hier aber hat es darum zu gehen, ob sowohl die These der Untermoralisierung als auch die der Übermoralisierung falsch ist. Dies ist der Fall, wenn es der Prinzipientheorie gelingt, Grundrechte und Moral in ein richtiges Verhältnis zu setzen. Diese These, die als „These der adäquaten Moralisierung“ bezeichnet werden kann **und eine nichtpositivistische Konzeption der Grundrechte zum Ausdruck bringt**, soll hier vertreten werden. Auf dem Weg zu ihrer Begründung sollen zunächst einige Grundelemente der Prinzipientheorie vorgestellt werden. In einem zweiten Schritt wird die Natur der Grundrechte in den Blick genommen. Dem folgt als dritter und letzter Schritt eine Analyse der grundrechtlichen Argumentation.

II. GRUNDELEMENTE DER PRINZIPIENTHEORIE

1. Regeln und Prinzipien

Die Basis der Prinzipientheorie ist die normtheoretische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.⁹ Regeln sind Normen, die definitiv etwas verlangen. Sie sind *definitive Gebote*. Die Form ihrer Anwendung ist die Subsumtion. Prinzipien sind demgegenüber *Optimierungsgebote*. Als solche verlangen sie, „daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“.¹⁰ Die rechtlichen Möglichkeiten werden, sieht man von Regeln ab, wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Aus diesem Grund enthalten Prinzipien, jeweils für sich genommen, stets nur ein Prima-facie-Gebot. Die Bestimmung des gebotenen Maßes der Erfüllung des einen Prinzips relativ auf die Anforderungen anderer Prinzipien erfordert

⁵ Birgit Reese, Die Verfassung des Grundgesetzes, Berlin 2013, 115.

⁶ Ebd., 15.

⁷ Ebd., 138.

⁸ Ebd., 250.

⁹ Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2011, 75-77.

¹⁰ Ebd., 75.

eine Abwägung. Die Abwägung ist deshalb die spezifische Anwendungsform von Prinzipien.

2. Verhältnismäßigkeit

Die Charakter der Prinzipien als Optimierungsgebote führt unmittelbar zu einer notwendigen Verbindung von Prinzip und Verhältnismäßigkeit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der in den letzten Jahrzehnten immer mehr internationale Anerkennung in der Praxis und der Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit gefunden hat,¹¹ besteht aus drei Untergrundsätzen: den Grundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Alle drei Untergrundsätze sind Ausdruck der Idee der Optimierung. Der Prinzipiencharakter impliziert deshalb den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser jenen.

a) *Geeignetheit*

Die Grundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit beziehen sich auf die Optimierung relativ auf die faktischen oder tatsächlichen Möglichkeiten. Wenn ein Mittel M , das eingesetzt wird, um das Prinzip P_1 zu fördern, hierfür ungeeignet ist, aber die Realisierung des Prinzips P_2 einschränkt, dann besteht die faktische oder tatsächliche Möglichkeit, auf M zu verzichten, ohne daß Kosten für P_1 oder P_2 entstehen. Die Optimierung von P_1 und P_2 *zusammengenommen* verbietet deshalb den Einsatz von M .

b) *Erforderlichkeit*

Ähnlich, wenn auch komplizierter, liegen die Dinge beim Grundsatz der Erforderlichkeit. Wenn es neben dem Mittel M_1 noch ein Mittel M_2 gibt, das P_1 in etwa gleich gut fördert, in P_2 aber weniger intensiv eingreift, dann verbietet die Optimierung von P_1 und P_2 *zusammengenommen* den Einsatz des intensiver in P_2 eingreifenden, für P_1 aber nicht erforderlichen Mittels M_1 . Sowohl bei der Geeignetheit als auch bei der Erforderlichkeit geht es darum, daß eine Position verbessert werden kann, ohne daß dadurch Nachteile für eine andere

¹¹ Vgl. etwa David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford 2004; Alec Stone Sweet/Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72-164; Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012.

entstehen, sich also Kosten vermeiden lassen, ohne daß an anderer Stelle neue entstehen. Beide Grundsätze sind deshalb Ausdruck der Idee der Pareto-Optimalität.

c) *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*

Bei der Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten geht es um vermeidbare Kosten. Kosten sind jedoch unvermeidbar, wenn Prinzipien kollidieren. Dann wird eine Abwägung notwendig. Die Abwägung ist der Gegenstand des dritten Untergrundsatzes des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Dieser Grundsatz bringt zum Ausdruck, was Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten bedeutet. Er ist mit einer Regel identisch, die als „Abwägungsgesetz“ bezeichnet werden kann.¹² Sie lautet:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Das Abwägungsgesetz schließt, unter anderem, einen intensiven Eingriff in das Prinzip P_1 , der nur durch eine geringe Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips P_2 gerechtfertigt wird, aus. Unter diesen Umständen einen Eingriff zuzulassen, würde keine Optimierung von P_1 *zusammen mit* P_2 sein.

3. Gewichtsformel

Das Abwägungsgesetz findet sich, in unterschiedlichen Formulierungen, nahezu überall in der Verfassungsrechtsprechung. Es drückt die Essenz der Abwägung aus und ist von großer praktischer Bedeutung. Wenn man eine präzise und vollständige Analyse der Struktur der Abwägung erhalten will, muß das Abwägungsgesetz freilich weiter ausgearbeitet werden. Das Ergebnis einer solchen weiteren Abwägung ist die Gewichtsformel.¹³ Sie lautet wie folgt:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

¹² Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 9), 146.

¹³ Robert Alexy, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreuz/Dieter Reuter (Hg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, 790.

„ $G_{i,j}$ “ steht für das konkrete Gewicht des Prinzips P_i relativ auf das kollidierende Prinzip P_j . Die Gewichtsformel definiert dieses konkrete Gewicht als den Quotienten von drei Faktoren auf jeder Seite der Abwägung. Von besonderer Bedeutung sind I_i und I_j . „ I_i “ steht für die Intensität des Eingriffs in P_i . „ I_j “ repräsentiert die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips. Auch I_j läßt sich als Eingriffsintensität verstehen, und zwar als die Intensität des Eingriffs in P_j durch Nichteingriff in P_i . „ G_i “ und „ G_j “ stehen für die abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien P_i und P_j . Wenn die abstrakten Gewichte gleich sind, was bei Grundrechtskollisionen oft der Fall ist, können G_i und G_j weggekürzt werden. „ S_i “ und „ S_j “ stehen für zwei Faktoren, die in der jüngeren Grundrechtsdiskussion eine immer größere Bedeutung bekommen haben. Sie beziehen sich auf die Sicherheit der empirischen und normativen Annahmen darüber, wie intensiv der Eingriff in P_i ist und wie intensiv in P_j eingegriffen werden würde, wenn der Eingriff in P_i unterbliebe. Hierbei handelt es sich nicht um einen auf die Sache bezogenen, also nicht um einen ontischen Faktor, sondern um eine auf die Erkenntnis bezogene, also um eine epistemische Größe. Darüber hinaus kann die Sicherheit der normativen Annahmen auch auf die Einstufung der abstrakten Gewichte, also auch auf G_i und G_j , bezogen werden.

Eine Formel wie die Gewichtsformel, die einen Quotienten von zwei Produkten zum Ausdruck bringt, ist nur dann sinnvoll, wenn alle Faktoren durch Zahlen repräsentiert werden können. Das ist das Problem der Graduierung oder Skalierung. Ich habe an anderer Stelle¹⁴ eine diskrete, also nichtkontinuierliche, triadische Skala vorgeschlagen, die mit geometrischen Folgen arbeitet. Diese Skala ordnet der Eingriffsintensität und dem abstrakten Gewicht die Werte „leicht“, „mittel“ und „schwer“ zu und drückt diese durch die Zahlen 2^0 , 2^1 und 2^2 , also durch 1, 2 und 4, aus. Was die epistemische Seite, also S_i und S_j betrifft, so läßt sich mit den Stufen „sicher“, „plausibel“ und „nicht evident falsch“ arbeiten, denen die Werte 2^0 , 2^{-1} und 2^{-2} , also 1, $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$, zuzuordnen sind.¹⁵ Mit diesen Triaden lassen sich die meisten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erfassen. Wenn sie nicht ausreichen, also feiner skaliert werden muß, können sie zu doppeltriadischen Skalen erweitert werden.¹⁶

¹⁴ Ebd., 783-791.

¹⁵ Ebd., 789-790.

¹⁶ Ebd., 786-787.

Jestaedt hat gegen die Gewichtsformel eingewandt, daß sie „ein Maß an Anwendungsgenauigkeit und Anwendungssicherheit verspricht, welches sie bei weitem nicht einzulösen imstande ist.“¹⁷ Ihre „behauptete oder doch zumindest insinuierte Exaktheit“ entpuppe sich bei näherem Hinsehen „als bloße Schein-Exaktheit als methodologische Chimäre“.¹⁸ Tsakyrakis spricht von „the myth of mathematical precision“. Dieser Mythos müsse, wenn es um „judicial reasoning“ gehe, verworfen werden.¹⁹ Und Somek, um noch eine dritte Stimme anzuführen, wendet ein, daß das Abwägungsmodell der Prinzipientheorie „über eine analytisch behutsame *Formalisierung des moralischen Intuitionismus* nicht“ hinausgehe.²⁰ Diese Einwände laufen darauf hinaus, daß die Gewichtsformel Ansprüche erhebe, die sie nicht erfüllen könne. Um zu prüfen, ob dies zutrifft und was die Gewichtsformel für das Verhältnis von Grundrechten und Moral bedeutet, ist zunächst zu fragen, was Grundrechte sind.

III. DIE DOPPELNATUR DER GRUNDRECHTE

1. Positivistische und nichtpositivistische Grundrechtskonzeptionen

Es gibt zwei fundamental verschiedene Auffassungen über die Natur der Grundrechte: eine positivistische und eine nichtpositivistische. Nach beiden sind die Grundrechte positives Recht. Der Unterschied besteht darin, daß die Grundrechte nach der positivistischen Auffassung nur positives Recht sind, während nach der nichtpositivistischen Auffassung die Positivität nur die eine Seite der Grundrechte ist, nämlich ihre reale oder faktische Seite. Darüber hinaus besitzen die Grundrechte nach der nichtpositivistischen Konzeption auch eine ideale oder kritische Dimension. Der Grund dafür ist, daß Grundrechte, wie das Recht ganz allgemein,²¹ notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erheben. Dieser Anspruch auf Richtigkeit führt zu einer notwendigen Verbindung von

¹⁷ Matthias Jestaedt, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Otto Depenheuer/Markus Heinzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, 265.

¹⁸ Ebd., 267.

¹⁹ Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights? (Fn. 2), 472.

²⁰ Alexander Somek, Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M. 2006, 135.

²¹ Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Aufl., Freiburg/München 2011, 64-70.

Grund- und Menschenrechten, und in genau dieser Verbindung besteht die Doppelnatur der Grundrechte.²²

2. Menschenrechte als moralische Rechte

Menschenrechte sind durch fünf Merkmale definiert. Sie sind, erstens, moralische, zweitens, universelle, drittens, fundamentale und, viertens, abstrakte Rechte, die, fünftens, was die moralische Geltung betrifft, Vorrang vor allen anderen Normen haben. Hier ist nur die erste dieser fünf Eigenschaften von Interesse: der moralische Charakter der Menschenrechte.

Der moralische Charakter der Menschenrechte besteht darin, daß den Menschenrechten als moralischen Rechten nur moralische Geltung zukommt. Ein Recht gilt moralisch, wenn es begründbar ist. Rechte existieren, wenn sie gelten. Die Existenz der Menschenrechte hängt daher von ihrer Begründbarkeit ab und von sonst nichts.²³ Was begründbar ist, ist richtig. Das bedeutet, daß sich der Anspruch der positivrechtlichen Grundrechtskataloge auf Richtigkeit notwendig auf Menschenrechte als richtiges Recht bezieht. Damit ist die reale Dimension der Grundrechte notwendig mit einer idealen Dimension verbunden.

Natürlich kann zur moralischen Geltung der Menschenrechte eine positivrechtliche hinzutreten. Beispiele dafür bieten nicht nur Grundrechtskataloge in Verfassungen, sondern auch internationale und supranationale Menschenrechtspakte und -konventionen. Doch solche Positivierungen sind niemals endgültige Antworten. Sie stellen Versuche dar, dem, was allein wegen seiner Richtigkeit gilt, eine durch positives Recht gesicherte Gestalt zu geben.

²² Eine zweite Argumentationslinie ist, daß Grundrechte Rechte sind, die in der Absicht in die Verfassung aufgenommen worden sind, Menschenrechte zu positivieren. Vgl. hierzu Robert Alexy, Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: Utz Schliesky/Christian Ernst/Sönke E. Schulz (Hg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, 12-13.

²³ Robert Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), 16.

3. Drei Einwände gegen die Doppelnaturthese

a) Anspruch auf Richtigkeit

Gegen die These von der Doppelnatur der Grundrechte lassen sich drei Einwände erheben. Der erste bestreitet, daß das Recht notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt. Ich habe versucht, diesen Einwand mit dem Argument auszuräumen, daß das explizite Verneinen dieses Anspruchs zu einem Widerspruch führt.²⁴ Doch das kann hier nicht erörtert werden.²⁵

b) Die Existenz der Menschenrechte

Der zweite Einwand bestreitet die Existenz der Menschenrechte. Es sei nicht möglich, die Menschenrechte zu begründen. Man könne zwar an sie glauben und sich zu ihnen bekennen, und das führe, wenn viele dies tun, in der Tat zu einer gewissen sozialen Geltung, aber eine solche soziale Geltung sei keine Begründung, auch wenn sie mit sozialem Druck verbunden ist. Die bloße Tatsache, daß auch Ideologien, Illusionen und Irrtümer soziale Geltung erlangen können, zeige, daß soziale Geltung nicht mit Begründung oder Richtigkeit gleichzusetzen ist.

Dem Einwand der Nichtexistenz wegen Nichtbegründbarkeit kann nur mit einer Begründung der Menschenrechte entgegengetreten werden. Die vielfältigen Ansätze zur Begründung der Menschenrechte lassen sich in acht Gruppen einteilen: in religiöse, biologische, intuitionistische, konsensuelle, instrumentelle, kulturelle, explikative und existenzielle Begründungen.²⁶ Hier will ich mich auf die These beschränken, daß eine explikativ-existenzielle Begründung möglich

²⁴ Alexy (Fn. 21), 65-70.

²⁵ Vgl. hierzu Eugenio Bulygin, Alexy und das Richtigkeitsargument, in: Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger/Georg Henrik von Wright/Dieter Wyduckel (Hg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz, Berlin 1993, 19-24; Robert Alexy, Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments, in: Ernesto Garzón Valdés/Werner Krawietz/Georg Henrik von Wright/Ruth Zimmerling (Hg.), Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Berlin 1997, 235-250; Eugenio Bulygin, Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality, in: Ratio Juris 13 (2000), 133-137; Robert Alexy, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, in: Ratio Juris 13 (2000), 138-147; Eugenio Bulygin, Alexy Between Positivism and Non-positivism, in: Jordi Ferrer Beltrán/José Juan Moreso/Diego M. Papayannis (Hg.), Neutrality and Theory of Law, Dordrecht 2013, 49-59; Robert Alexy, Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin: in: Jordi Ferrer Beltrán/José Juan Moreso/Diego M. Papayannis (Hg.), Neutrality and Theory of Law, Dordrecht 2013, 225-238.

²⁶ Robert Alexy, The Existence of Human Rights, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 136 (2013), 13-18.

ist. Der explikative Teil dieser Begründung besteht in einer Analyse der diskursiven Praxis, die eine Praxis des Behauptens, des Fragens und des Anführens von Gründen ist. Diese Praxis setzt notwendig Regeln und Prinzipien voraus, die die Ideen der Freiheit und Gleichheit der Diskursteilnehmer zum Ausdruck bringen.²⁷ Das explikative Argument führt freilich nur zur Freiheit und Gleichheit als Fähigkeit oder Möglichkeit. Es bedarf deshalb der Ergänzung durch ein Interesse, von dieser Fähigkeit Gebrauch zu machen. Dies Interesse ist das Interesse an Richtigkeit. An dieser Stelle kommt das existenzielle Argument ins Spiel. Es geht bei ihm nicht um irgendeine Entscheidung, sondern um die Bestätigung einer dem Menschen notwendig zukommenden Fähigkeit, die seine ideale Dimension definiert, und als solche, wie Kant es formuliert, unsere „höchste Bestimmung“²⁸ ist. Diese Begründung wirft ohne Zweifel viele Fragen auf. Hier muß diese knappe Skizze ausreichen.²⁹

c) Die Positivität der Grundrechte

Hier soll der dritte Einwand im Vordergrund stehen. Er macht geltend, daß die Hinzufügung einer idealen Dimension zur realen Dimension der Grundrechte deren Positivität zerstöre. Die Positivität der Grundrechte aber sei notwendige Bedingung der Institutionalisierung und damit der Realisierung der Menschenrechte und sei deshalb ein mit den Menschenrechten verbundenes Postulat. Die Verknüpfung von Grund- und Menschenrechten widerspräche insofern wesentlichen Forderungen der Menschenrechte.

Dieser Einwand ist ein zentraler Punkt der These von der Übermoralisierung. Er träge zu, wenn die Verknüpfung von Grund- und Menschenrechten tatsächlich die Positivität der Grundrechte zerstören würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Doppelnaturthese beschränkt sich nicht auf die Forderung, daß in der grundrechtlichen Argumentation sowohl die reale als auch die ideale Dimension ernst genommen wird. Sie verlangt darüber hinaus, daß der positiven oder autoritativen Dimension der Grundrechte prima facie der Vorrang eingeräumt

²⁷ Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik? (Fn. 23), 20.

²⁸ Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Kant's gesammelte Schriften, Bd. V, hg. v. d. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1913, 87.

²⁹ Eingehender Alexy, The Existence of Human Rights (Fn. 26), 15-18.

wird.³⁰ Vom Standpunkt der Übermoralisierungsthese ist hiergegen der Einwand erhoben worden, daß ein Prima-facie-Vorrang nicht ausschließt, „daß sich die Prinzipienebene stets gegenüber den Regeln des einfachen Rechts und auch des Verfassungsrechts durchsetzt“.³¹

Dem ist entgegenzuhalten, daß ein Prima-facie-Vorrang ein echter Vorrang ist, der ausschließt, daß das Ideale sich „stets“³² gegen das Reale durchsetzt. Ein Prima-facie-Vorrang des Realen oder Positivierten bedeutet eine Argumentationslast für jede Abweichung von dem, was positivrechtlich festgesetzt wurde. Es reicht nicht aus, materielle oder substantielle Gründe anzuführen, die schwerer wiegen als die Gründe, die für die positivrechtliche Festsetzung sprechen. Es muß darüber hinaus auch das formelle Prinzip der Autorität der Verfassung zurückgedrängt werden. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen dies nicht möglich ist. Beispiele sind die Abschaffung der Todesstrafe in Art. 102 GG und das Folterverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG. Auf der anderen Seite gibt es durchaus Fälle, in denen die Richtigkeit der grundrechtlichen Entscheidung von einem Verfassungsgericht fordern kann, daß es über den Wortlaut der Verfassung hinausgeht oder sogar gegen ihn entscheidet. Ein Beispiel für ersteres bietet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2009 zugunsten eines Rechts auf das Existenzminimum,³³ ein Beispiel für letzteres die Entschei1

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nach nicht einschränkbarer Freiheit der Berufswahl.³⁴ Es ist freilich einzuräumen, daß ein rationaler Gebrauch von Prima-facie-Vorrängen rationale Argumentation voraussetzt. Wer irgendwelchen von ihm als moralisch angesehenen Rechten, Werten oder Gütern ins Unendliche gehende Gewichte zumißt, kann gegenläufige Rechte, Werte oder Güter ebenso wie das formelle Prinzip der Autorität der Verfassung schnell zurückdrängen. Das führt zu der Frage, ob rationale von nichtrationalen Abwägungen unterschieden werden können. Mit dieser Frage kommt die Gewichtsformel erneut in den Blick.

³⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 9), 121-122; vgl. ferner Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, 305.

³¹ Reese, Die Verfassung des Grundgesetzes (Fn. 5), 252; vgl. ferner 108.

³² Ebd.

³³ BVerfGE 125, 175.

³⁴ BVerfGE 7, 377; vgl. hierzu Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 9), 122.

IV. GEWICHTSFORMEL UND ARGUMENTATION

Wenn die Grundrechte notwendig mit Moral in Gestalt von Menschenrechten verbunden sind, dann muß diese Verbindung auch bei der Abwägung von Bedeutung sein. Diese Bedeutung ergibt sich daraus, daß erstens die Gewichtsformel eine Form der grundrechtlichen und damit ganz allgemein der juristischen Argumentation ist und zweitens die juristische Argumentation einen Sonderfall³⁵ der allgemeinen praktischen und damit auch der moralischen Argumentation darstellt.

1. Kalkulation und Argumentation

Wenn man die Gewichtsformel isoliert betrachtet, dann kann in der Tat leicht der Eindruck entstehen, daß mit ihr Argumentation durch Kalkulation ersetzt werden solle. Wenn die Eingriffsintensitäten erst einmal als leicht, mittel oder schwer identifiziert sind, können in die Formel die entsprechenden Zahlen eingesetzt werden, und wenn derartiges auch bei den abstrakten Gewichten und der epistemischen Sicherheit erfolgt ist, ist alles weitere in der Tat nur noch eine Sache einer zudem recht einfachen Rechnung. Wenn diese Sichtweise richtig wäre, träfe der Einwand der Untermoralisierung zu.

Diese Sichtweise ist jedoch falsch, weil sie unvollständig ist. Die in die Variablen der Gewichtsformel einzusetzenden Zahlen stehen für Einstufungen, die einer Begründung bedürftig sind, die die Gewichtsformel selbst nicht leisten kann. Man nehme etwa einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit (P_j), der dem Schutz des Persönlichkeitsrechts (P_j) dient. Wenn der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit als schwer eingesetzt wird, I_j also den Wert 4 erhält, dann steht die Zahl 4 für nichts anderes als für den Satz: „Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit ist schwer“. Entsprechendes gilt, wenn das Gewicht des Persönlichkeitsrechts als leicht eingestuft wird. Die Zahl 1 steht dann für den Satz: „Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch Nichtgewährung von Schutz wäre leicht“. Der entscheidende Punkt ist nun, daß derartige Sätze, wie Sätze oder Behauptungen ganz allgemein, einer Begründung bedürftig sind. Die Frage lautet, ob sie der Begründung fähig sind.

³⁵ Vgl. hierzu Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, (Fn. 30), 261-272.

2. Die Argumentationsthese

Poscher ist, wie Somek,³⁶ der Auffassung, daß die Prinzipienabwägung „auf nicht weiter aufklärbaren Intuitionen über das relative Gewicht der abzuwägenden Prinzipien“³⁷ beruhe. Dem ist die These entgegenzusetzen, daß die Einstufungen auf rationale Argumente gestützt werden können. Dem Intuitionismusargument ist damit – ebenso wie dem Schlinkschen Dezisionismus-³⁸ und dem Habermasschen Willkürargument³⁹ – die Argumentationsthese entgegenzustellen.

Die Argumentationsthese macht geltend, daß sich Sätze über Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade rational begründen lassen. Ein Beispiel bietet der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997 über die Pflicht der Produzenten von Tabakwaren, auf ihren Erzeugnissen Hinweise auf die Gefahren des Rauchens für die Gesundheit anzubringen.⁴⁰ Das ist ein leichter Eingriff in die Berufsfreiheit. Ein vollständiges Verbot aller Tabakwaren wäre demgegenüber als schwerer Eingriff einzustufen. Zwischen derartigen leichten und schweren Fällen lassen sich Fälle von mittlerer Eingriffsintensität einordnen. Ein Beispiel dafür wäre das Verbot von Zigarettenautomaten zusammen mit der Beschränkung des Verkaufs von Tabakwaren auf bestimmte Geschäfte. Wenn es wahr wäre, daß die Abwägung, wie Poscher behauptet, „auf nicht weiter aufklärbaren Intuitionen“⁴¹ beruht, dann stünde es jedem Verfassungsinterpreten unter Berufung auf seine Intuitionen frei zu sagen, daß die Warnhinweispflicht ein schwerer und das vollständige Tabakverbot ein leichter Eingriff in die Berufsfreiheit der Produzenten von Tabakwaren ist. Man hätte schon Mühe, dies überhaupt ernst zu nehmen. Auf jeden Fall aber wären für die Falschheit dieser Einstufungen leicht schlagende Argumente anzuführen. Steht aber erst einmal fest, daß, wie im Tabakfall, die Eingriffsintensität leicht und die Wichtigkeit des Schutzes der

³⁶ Somek, *Rechtliches Wissen* (Fn. 21), 135.

³⁷ Ralf Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*, in: Jan-R. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, 76.

³⁸ Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in: *EuGRZ* 11 (1984), 462.

³⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, 315-316.

⁴⁰ BVerfGE 95, 173.

⁴¹ Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*, 76.

Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren hoch ist,⁴² so ist das Ergebnis leicht zu erkennen. Der schwer wiegende Eingriffsgrund rechtfertigt den leichten Eingriff.

Dem könnte entgegengehalten werden, daß das Beispiel nicht viel sage. Auf der einen Seite gehe es um wirtschaftliche Aktivitäten. Hier seien Einstufungen leicht möglich, weil ihnen letztlich Kostenüberlegungen zugrundelägen. Auf der anderen Seite gehe es um Leben und Tod. Wenn sich durch empirische Untersuchungen belegen lasse, daß die Gefahr hier einigermaßen groß ist, könne sich eine Einstufung im oberen Bereich der Wichtigkeit auf quantifizierbare Tatsachen stützen. Das lasse sich nicht auf Fälle übertragen, in den quantifizierbare Faktoren wie Kosten und Wahrscheinlichkeiten keine oder keine erhebliche Rolle spielen.

Um diesen Einwand zu entkräften sei ein Fall betrachtet, in dem es um die klassische Kollision zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht geht. Das verbreitete Satiremagazin TITANIC hatte einen querschnittsgelähmten Reserveoffizier, der erfolgreich seine Einberufung zu einer Wehrübung betrieben hatte, erst als „geb. Mörder“ und in einer späteren Ausgabe dann als „Krüppel“ bezeichnet. Ein Zivilgericht hat die TITANIC auf Klage des Reserveoffiziers hin zu einem Schmerzensgeld von 12.000 DM verurteilt. Die TITANIC erhob hiergegen Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht nimmt eine „fallbezogene Abwägung“⁴³ zwischen der Meinungsfreiheit der TITANIC und dem Persönlichkeitsrecht des Reserveoffiziers vor. Die Verurteilung zu dem Schmerzensgeld wird als „nachhaltige[r]“,⁴⁴ also schwerer Eingriff in die Meinungsfreiheit eingestuft. Diese Einstufung wird nicht bloß behauptet, sondern auch begründet. Die Begründung besteht vor allem darin, daß das Schmerzensgeld „in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern könne[n], von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen“.⁴⁵ Das ist ein Argument und damit alles andere als ein bloßer Ausdruck einer Intuition oder Dezsion. Die Bezeichnung „geb. Mörder“ wird sodann in den Kontext der von der TITANIC publizierte Satire gestellt.

⁴² BVerfGE 95, 173 (183-187).

⁴³ BVerfGE 86, 1 (11).

⁴⁴ BVerfGE 86, 1 (10).

⁴⁵ Ebd.

Dieser sei durch „Wortwitze bis hin zu Albernheiten“⁴⁶ gekennzeichnet. Deshalb sei der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts allenfalls eine mittlere, vielleicht nur eine geringe Intensität zuzumessen. Anders sollen die Dinge bei der Bezeichnung des Reserveoffiziers als „Krüppel“ liegen. Die Beeinträchtigung wird hier als „schwer“⁴⁷ eingestuft. Die Bezeichnung eines Behinderten als „Krüppel“ sei eine „Demütigung“, die den Behinderten zu einem „minderwertigen Menschen“⁴⁸ herabstufte und „dessen Mißachtung zum Ausdruck“⁴⁹ bringe. Auch diese beiden Einstufungen beruhen auf Argumenten. Von besonderer Bedeutung ist dabei, daß die Argumente, vor allem die für die Einstufung der Bezeichnung als „Krüppel“, einen moralischen Charakter haben. Das zeigt, daß die Untermoralisierungsthese falsch ist. Die Anwendung der Gewichtsformel setzt im TITANIC-Fall moralische Argumente voraus. Zugleich wird deutlich, daß auch die Übermoralisierungsthese nicht zutrifft. Die Argumente im TITANIC-Fall können als rational eingestuft werden. Die Verwendung rationaler moralischer Argumente aber bedeutet keine Minderung, sondern eine Steigerung der Rationalität des Rechts. Der Einwand, daß in Abwägungen immer alles möglich ist, kann somit durch die Einbettung der Gewichtsformel in eine Theorie der rationalen Argumentation ausgeräumt werden.

3. Vernünftige Nichtübereinstimmung

Ein Abwägungsskeptiker könnte einräumen, daß es zwar möglich sei, in den beiden betrachteten Fällen Einstufungen der Eingriffsintensität zu begründen, aber doch darauf bestehen, daß es Fälle gebe, in denen unterschiedliche Einstufungen gleich gut begründet werden können, was bedeute, daß keine von ihnen begründbar sei. Als Beispiel könnte der Skeptiker die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung aus dem Jahre 2006 anführen. In dieser Entscheidung ging es um die Verfassungsbeschwerde eines marokkanischen Staatsangehörigen, der in Deutschland studierte, gegen die Anordnung einer Rasterfahndung. Diese Anordnung verpflichtete Einwohnermeldeämter, das Ausländerzentralregister und Universitäten, Daten von männlichen Personen zwischen 18 und 40 Jahren, unter anderem über

⁴⁶ BVerfGE 86, 1 (11).

⁴⁷ BVerfGE 86, 1 (13).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd.

deren Glauben, deren Geburtsland, und deren Studienfach, an die Polizei zu übermitteln. Diese Daten wurden zu dem Zweck, potentielle islamistische Terroristen zu identifizieren, elektronisch verarbeitet. Die Mehrheit der Mitglieder des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nahm ein Eingriff „von erheblichem Gewicht“,⁵⁰ also einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung an. Zu dessen Rechtfertigung würde zwar eine konkrete Gefahr ausreichen, nicht aber eine „allgemeine Bedrohungslage“, also eine generelle oder abstrakte Gefahr, „wie sie spätestens seit dem 11. September 2001“ bestehe.⁵¹ Eine konkrete Gefahr aber konnte nicht dargelegt werden. Die Verfassungsbeschwerde hatte deshalb Erfolg. Ganz anders ist die Einstufung in der abweichenden Meinung der Richterin Haas. Nach ihr geht es um einen Eingriff „von geringem Gewicht“, der „im Interesse der Allgemeinheit ... hinzunehmen“ ist.⁵² Die Verfassungsbeschwerde wäre danach nicht begründet gewesen.

Hier sind nur zwei Punkte von Interesse. Der erste ist, daß beide Seiten ihre Einstufungen mit zahlreichen Argumenten begründen. Die Argumentation der Mehrheit für die Einstufung des Eingriffs als schwer umfaßt elf Seiten,⁵³ die der Richterin Haas für dessen Einstufung als leicht geht über vier Seiten.⁵⁴ Das zeigt, daß Abwägung nicht eine Angelegenheit bloßer Einstufung ist, sondern wesentlich eine Sache der Argumentation. Wenn rationale juristische Argumentation möglich ist, ist deshalb auch rationales Abwägen möglich.

Der zweite Punkt ist, daß der Rasterfahndungsfall selbst dann, wenn beide Seiten sich auf Gründe stützen können, von denen schwer gesagt werden kann, welche besser sind, keinen Einwand gegen die Abwägung begründet. Hierfür gibt es zwei Gründe. Der erste ist, daß es viele Fälle gibt, in denen nur ein Ergebnis der Abwägung argumentativ oder diskursiv möglich ist. Das Ergebnis ist in diesem Fall argumentativ oder diskursiv notwendig. Der abstrakten diskursiven Notwendigkeit,⁵⁵ die etwa den Menschenrechten als

⁵⁰ BVerfGE 115, 320 (348).

⁵¹ **BVerfGE 115, 320 (364).**

⁵² BVerfGE 115, 320 (379).

⁵³ BVerfGE 115, 320 (347-357).

⁵⁴ BVerfGE 115, 320 (371-374)

⁵⁵ Zu den Begriffen der diskursiven Notwendigkeit, Unmöglichkeit und Möglichkeit vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 256.

abstrakten Rechten und dem Demokratieprinzip zukommt, ist deshalb eine konkrete diskursive Notwendigkeit an die Seite zu stellen, die etwa dann vorliegt, wenn ein Eingriff nur als schwer und die ihn rechtfertigenden Gründe nur als leicht eingestuft werden können.⁵⁶ Es gibt also auch im Bereich der Abwägung Gewißheiten.

Der zweite Grund ist, daß es überall im Recht die Möglichkeit der vernünftigen Nichtübereinstimmung⁵⁷ gibt. Im Feld der Abwägung liegt vernünftige Nichtübereinstimmung vor, wenn unterschiedliche Einstufungen sich mit rationalen Argumenten rechtfertigen lassen, also diskursiv möglich sind. Entscheidend ist dabei, daß der Anspruch auf Richtigkeit mit der Anerkennung der Vernünftigkeit der Nichtübereinstimmung nicht aufgegeben wird. Die Richtigkeit als regulative Idee führt dazu, daß die faktisch bestehende und, wie in der Rasterfahndungsentscheidung, durch die Mehrheitsregel institutionell gelöste Nichtübereinstimmung für zukünftige Argumentationen offen bleibt. Das ist die ideale Dimension der juristischen Argumentation.

⁵⁶ Vgl. hierzu Virgílio Afonso da Silva, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, in: Oxford Journal of Legal Studies 31 (2011), 291.

⁵⁷ Vgl. hierzu John Rawls, Political Liberalism, New York 1993, 55: „reasonable disagreement“.