

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1241

Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik

Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis
im demokratischen Rechtsstaat

Von

Renata Camilo de Oliveira



Duncker & Humblot · Berlin

RENATA CAMILO DE OLIVEIRA

Zur Kritik der Abwägung
in der Grundrechtsdogmatik

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1241

Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik

Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis
im demokratischen Rechtsstaat

Von

Renata Camilo de Oliveira



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2012/2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14088-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54088-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84088-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Patrice

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Sie wurde im September 2012 abgeschlossen.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernhard Schlink, der die Entwicklung der Arbeit durch seine stete Diskussionsbereitschaft und wertvollen Anregungen maßgeblich gefördert hat. Herrn Prof. Dr. Volker Neumann danke ich herzlich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens.

Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Stephan Kirste, der noch im Rahmen eines LL.M-Studiums meine ersten Schritte im deutschen Verfassungsrecht hervorragend betreut hat. Für die sprachliche Hilfe und Korrektur danke ich Cornelia Pardeike und Daniel Schneider. Der Konrad-Adenauer-Stiftung verdanke ich die finanzielle Förderung.

Meinen Eltern, Celina und Antônio, sowie meinen Schwestern, Claudia und Mariana, möchte ich an dieser Stelle für ihre ständige Unterstützung und den Rückhalt, den sie mir immer geben, herzlich danken. Meinem Mann, Patrice Schmidt, danke ich für seine Liebe und humorvolle Unterstützung, mit der er mich durch die Höhen und Tiefen der Promotionszeit begleitet hat. Ihm ist die Arbeit gewidmet.

Berlin, im Januar 2013

Renata Camilo de Oliveira

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Gegenstand der Untersuchung	15
II. Gang der Untersuchung	17
B. Rechtsparadigmen, Grundrechtsverständnisse und Gewaltenteilungsgrundsatz .	22
I. Der Begriff des Paradigmas und seine Anwendung auf das Recht	23
II. Der liberale Rechtsstaat, Abwehrfunktion und Rechtsformalismus	24
1. Der Minimalstaat und das bürgerlich-liberale Grundrechtsverständnis	25
2. Das klassische Gewaltenteilungsschema und die Judikative als „bouche de la loi“	28
III. Der Sozialstaat, funktionaler Grundrechtspluralismus und Erweiterung des richterlichen Entscheidungsspielraums	30
1. Materialisierung des Rechtsstaates und Wandel des Grundrechtsverständnisses: Der objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte	30
2. Machtzuwachs für die Justiz und Komplexitätsgewinn aus der Perspektive des interpretativen Handelns	36
3. Kelsens Interpretationstheorie und das Scheitern der reinen Rechtslehre: Neue Wege im Umgang mit der Rechtsunbestimmtheit	41
IV. Auf dem Weg zum demokratischen Rechtsstaat: Verfassungstheoretische Grundlagen	43
1. Zur Rehabilitierung des Abwehrrechts: Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft und die Freiheitsbegriffe	44
2. Grundrechte und Demokratie: Bemerkungen zur Rolle der Gesetzgebung und Rechtsprechung nach der Diskurstheorie von Habermas	52

C. Konturen der verfassungsgerichtlichen Abwägungs- und Wertordnungsrechtssprechung im Grundrechtsbereich	58
I. Drittwirkung und die Grundrechte in der Wertordnung des GG und unter dem Abwägungsgebot	61
1. Lüth-Urteil (1958)	61
2. Anmerkung und Weiterentwicklung: Abwägungs- und Drittwirkungsrechtssprechung	64
II. Kollidierende Verfassungsgüter als immanente Grundrechtsschranken	70
1. Dienstpflichtverweigerung (1970) und Kriegsdienstverweigerung II (1985) .	71
a) Dienstpflichtverweigerung	71
b) Kriegsdienstverweigerung II	72
2. Anmerkung und Weiterentwicklung: Umgang mit vorbehaltlosen Grundrechten	74
III. Grundrechtliche Schutzpflicht und Untermaßverbot	79
1. Schwangerschaftsabbruch I (1975) und II (1993)	79
a) Schwangerschaftsabbruch I	79
b) Schwangerschaftsabbruch II	81
2. Anmerkung und Weiterentwicklung: Schutzfunktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle ihrer Wahrnehmung	84
IV. IT-Grundrecht und die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	89
1. Online-Durchsuchung (2008)	89
2. Anmerkung: Verhältnismäßigkeit, Schutzpflicht und Wesensgehaltsgarantie .	94
V. Exkurs über die Rezeption des Abwägungsdenkens im brasilianischen Verfassungsrecht	97
1. Oberstes Bundesgericht: Zuständigkeiten, Wendung zum Aktivismus und Übernahme der Abwägungsdogmatik	97
2. Das Argumentieren mit der Abwägungsmethode am Beispiel einiger Entscheidungen	104
a) HC 82424 – Judendiskriminierung und Rassismusverbot: Zu Grenzen der Meinungsfreiheit	106

b) Inq 2424 – Unverletzlichkeit der Wohnung: Die Relativierung der Grundrechtsgarantie 110

c) STA-AgR 175 – Recht auf Gesundheit: Von mangelnder Wirksamkeit zu überhöhter Juridifizierung 111

D. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Abwägung in der Grundrechtsdogmatik ... 116

I. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Verknüpfung mit der Güterabwägung, Entstehung und Grundlage 116

II. Anwendungsbereiche: Übermaßverbot, Untermaßverbot und Schranke der Gleichheitssätze 118

III. Abwehrrecht und die „triadische Struktur“ der Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen 121

 1. Der grundrechtliche Schutzbereich, der Eingriff und die Schranke 122

 2. Die Schranken der Einschränkbarkeit (sog. Schranken-Schranken) 126

IV. Übermaßverbot und seine drei Teilgrundsätze 128

 1. Geeignetheit: Zweck-Mittel-Relation 129

 2. Erforderlichkeit: Mittel-Mittel-Relation 130

 3. Proportionalität und die Abwägungsmethode 132

V. Schutzpflicht und Untermaßverbot: Zwischen Bindung und Gestaltungsspielraum 136

 1. Schutzpflicht: Herleitung, Anwendungsbereich und Umfang 136

 2. Vom Übermaß- zum Untermaßverbot? 140

E. Theoretische Fundierungen der Abwägung und des wertorientierten Grundrechtsverständnisses 144

I. Integrationslehre von Rudolf Smend und die Grundrechte als ein Wertsystem ... 146

II. Institutionelles Grundrechtsverständnis von Peter Häberle und die immanenten Grundrechtsgrenzen 151

III. Prinzipientheorie der Grundrechte von Robert Alexy 156

 1. Strukturelle Unterscheidung von Regeln und Prinzipien 156

2. Auflösung der Regelkonflikte bzw. der Prinzipienkollisionen und das Kollisionsgesetz	158
3. Werttheorie der Grundrechte, Abwägungsgesetz und Rationalität der Abwägung	162
4. Der juristische Diskurs als Sonderfall des moralischen Diskurses	165
5. Kritische Bemerkungen	169
F. Kritik an der Abwägung und dem objektiv-rechtlichen Grundrechtsverständnis	173
I. Kollidierende Verfassungsgüter als verfassungsimmanente Grundrechtsschranken	173
1. Erzeugung von Kollisionen und das tendenziell uferlose Feld kollidierender Verfassungsgüter	174
2. Relativierung der Grundrechtsgarantie	179
3. Entdifferenzierung der verschiedenen Freiheitsrechte und ihrer Schrankenregelungen	185
II. Axiologisches Verständnis der Verfassung und Grundrechte als objektiv-rechtliche Prinzipien	186
1. Entdifferenzierung von Rechtsnormen, Zielsetzungen und Wertorientierungen und Relativierung der normativen Wirkkraft der Grundrechte	187
2. Funktionaler Pluralismus, Schutzpflicht und Verkürzung des Abwehrrechts .	192
3. Das Verfassungsgericht als Ideologiekritiker des Gesetzgebers und Hüter der gesellschaftlichen Werte	198
III. Methodologische Einwände: Rationalitätseinbußen der Rechtsanwendung und Dezisionismus	205
1. Der Mangel an rechtlichem Maßstab für die Abwägung	205
2. Vom Übermaß- zum Untermaßverbot?	210
3. Der naive Glaube an die Methode und die Tendenz zum Begründungsdefizit	213
IV. Konstitutionalisierungstendenz und Verschiebung der Gewichte zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit	217
1. Abbau der Rechtsordnung und Erweiterung des richterlichen Entscheidungsspielraums	218

2. Vom Rechtsstaat zum Verfassungsjurisdiktionsstaat? 223

G. Alternative Ansätze gegenüber dem Abwägungsmodell 232

I. Dogmatik der Einzelgrundrechte und Ausbau des Abwehrrechts 232

1. Grundrechte als subjektive Freiheitsrechte und Gewährleistungsinhalt einzelner Grundrechte nach Ernst-Wolfgang Böckenförde 233

2. Die sachlich-normative Reichweite der einzelnen Grundrechte als Grenzbestimmung und der Beitrag der Normbereichsanalyse von Friedrich Müller .. 237

3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i. V. m. den verschiedenen Dogmatiken der Einzelgrundrechte nach Bernhard Schlink 243

4. Die Reflexivität des Abwehrrechts in mehrpoligen Rechtsverhältnissen nach Ralf Poscher 249

II. Rechtssicherheit und Richtigkeit: Zur Rehabilitierung der prinzipienorientierten Rechtsinterpretation 255

1. Die Integrität als Prinzipienkohärenz und die konstruktive Interpretation von Ronald Dworkin 256

2. Die Differenzierung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs und das Kohärenzmodell von Klaus Günther 265

III. Kritische Analyse und Anhaltspunkte für die Weiterentwicklung 271

H. Grundzüge einer zum Abwägungsdenken alternativen Grundrechtsdogmatik .. 281

I. Liberales und deontologisches Grundrechtsverständnis, Neutralitätsgebot und positive Freiheitsvorstellungen 283

II. Sorgfältige Schutzbereichsbestimmung der Spezialgrundrechte 292

1. Schutzbereichsbestimmung durch den Zusammenhang von Sachbereich und Normprogramm: Zwischen Richtigkeit und Rechtssicherheit 294

2. Auffanggrundrecht: Subsidiärer Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit .. 306

3. Zu den Einwänden gegen eine präzise Schutzbereichsbestimmung: Verkürzung des Grundrechtsschutzes, Verschiebung des Problems und Irrationalität 307

III. Grundrechtsbindung im Gefüge der Gewalten und Rechtfertigungsanforderungen 313

1. Grundrechtseingriff und positivrechtliche Ausgestaltung der Gesetzesvorbehalte 313

2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsbindung des Gesetzgebers und der Rechtsanwendungsorgane	317
3. Weitere Kontrollinstrumentarien: Bemerkungen zur Wesensgehaltsgarantie ..	325
IV. Dreiecksverhältnisse, Abwehrrecht und Leistungspflicht	330
1. Abwehrrechtliche Erfassung der Dreiecksverhältnisse	331
2. Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung von Leistungspflichten	335
J. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	342
I. Zusammenfassung	342
II. Schlussbetrachtung	360
Literaturverzeichnis	365
Register	375

A. Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Grundrechte werden in der gegenwärtigen Dogmatik zunehmend als abwägungsbedürftige Prinzipien betrachtet. Dies gilt nicht nur für die Grundrechte als objektive Wertentscheidungen, sondern auch für die Grundrechte als Abwehrrechte, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch dem Abwägungsgebot unterzogen werden. In dieser Entwicklung sowie überhaupt in der Doppelgestalt der Grundrechte liegen zentrale und mehrheitlich noch nicht zufriedenstellend beantwortete Fragen des Verfassungsrechts, wie z. B. nach den Maßstäben für das Gewichten und Abwägen, dem Verhältnis zwischen subjektiv-rechtlichem und objektiv-rechtlichem Grundrechtsgehalt, dem Inhalt und Umfang von Leistungspflichten, der Gefahr einer Konstitutionalisierungstendenz, der wachsenden Einbindung des Gesetzgebers oder den Möglichkeiten der Kategorien des Eingriffs, der Abwehr und der Schranke, die erweiterten Grundrechtsfunktionen zu bewältigen. In diesem Zusammenhang verfolgt die Arbeit allerdings mit Fragestellungen, die lediglich Bezug auf das Abwägungskonzept und das damit verbundene Kollisionsdenken nehmen, eine beschränkte Zielsetzung. Die Ergebnisse hinsichtlich des Grundrechtsverständnisses und der Interpretation des Gewaltenteilungsgrundsatzes können jedoch zur Lösung anderer grundrechtsdogmatischer Kontroversen beitragen.

Die Diskussion über die Güterabwägung hat trotz ihrer beachtlichen Dauer und sehr intensiver Bemühungen keineswegs zu einer Einigung geführt. Vielmehr belegen die Meilensteine der Diskussion, dass ein rationaler, nachvollziehbarer Umgang mit der Abwägungstechnik nach wie vor eine zentrale Schwierigkeit des Verfassungsrechts ist.¹ Gleichwohl versuchen das BVerfG und die h. L. in dem Begriff der Abwägung, der zunächst nur eine methodische und dogmatische Verlegenheit bezeichnet, einen Schlüssel zur Methode und Dogmatik des Verfassungsrechts zu finden.² Das Abwägungsmodell hat in diesem Sinne die Probleme der

¹ Die Existenz verschiedenster Thesen über das Abwägungsgebot bestätigt diese Beobachtung. Vgl. etwa *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976); *Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts (1979); *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981); *Müller*, Die Positivität der Grundrechte (1990); *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994); *Stern*, StR III/2, § 84 (1994), S. 814 ff.; *Ossenbühl*, in: Abwägung im Recht (1996), S. 25; *Leisner*, Der Abwägungsstaat (1997); *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik (2004).

² *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 13.

sog. Grundrechtskollisionen, der Operationalisierung und Abstimmung verschiedener Grundrechtsdimensionen, der Schranken vorbehaltloser Grundrechte sowie der Spezifizierung der jeweils besonderen Grundrechtsschranken scheinbar gelöst. Es erscheint als eine Art „Allheilmittel“ für sämtliche Schwierigkeiten der Grundrechtsdogmatik, gehört inzwischen zum Standardrepertoire des Grundrechtsdenkens, und der h. M. zufolge lassen sich Prinzipienkollisionen nicht anders auflösen als durch Abwägung der kollidierenden Güter.³ Im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt es sogar weltweit als „Exportschlager“ und wird dabei nicht selten in sehr unkritischer und unreflektierter Weise rezipiert, was hier exemplarisch durch einen Bezug auf die Übernahme in Brasilien gezeigt wird.⁴ Ob das Abwägungsmodell die Anforderungen an eine rationale Begründung erfüllt und eine adäquate Garantie der Grundrechte fördert, ist aber fraglich.

Zwar ist die Kritik am Abwägungs-, Prinzipien- und Wertedenken sowie an den sich daraus für die Rolle der Verfassungsgerichte ergebenden Folgen fast ebenso alt wie dieses Denken selbst,⁵ durchsetzen konnte sie sich aber bislang nicht. Vielmehr hat der Widerstand gegen den Wandel – möglicherweise aufgrund der festen Etablierung dieses Modells – sogar nachgelassen. Die Rechtsprechung zu den Grundrechten und deren Dogmatik sind in der Tat so sehr vom Abwägungskonzept dominiert worden, dass dogmatische Alternativen kaum mehr Konturen gewinnen und Resonanz finden. Die Güterabwägung sei ein notwendiges Übel.⁶ Gegen diese Tendenz wendet sich die vorliegende Untersuchung und zielt darauf ab, aus verschiedenen Gesichtspunkten eine Kritik an der Abwägung im Grundrechtsbereich und an ihren theoretischen Grundlagen zu entfalten sowie auch die bisherigen Lösungsversuche aufzugreifen und zu einem eigenen Konzept fortzuentwickeln.

³ Vgl. etwa *Stern*, StR III/2, § 84, S. 816; *ders.*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 1, 17; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120, 290 und passim; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 175 ff.; *Wendt*, AöR 104/1979, 414, 455; *Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts, S. 253; *Barroso*, Interpretação e aplicação da Constituição, S. 352; *Mendes*, Direitos fundamentais, S. 20, 79 ff.; *Guerra Filho*, in: Leituras complementares de Direito Constitucional, S. 87, 91; *Barcellos*, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, S. 31 ff., 68 ff.

⁴ Im Zentrum der Untersuchung stehen freilich die deutsche Dogmatik und Rechtsprechung. Am Rande werden allerdings auch Bemerkungen über die Rezeption in Brasilien gemacht. Dieser Bezug soll nicht nur die Relevanz des Themas für die brasilianische Grundrechtsdogmatik darstellen, sondern insbesondere auch zeigen, dass die Anwendung der Abwägung in einer anderen verfassungsrechtlichen Kultur ähnliche oder noch ernstere Probleme als in Deutschland aufwerfen kann.

⁵ s. etwa *Forsthoff*, in: FS Carl Schmitt, S. 35 ff.; *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1532 ff.; *ders.*, Der Staat 42/2003, 165, 190; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht; *ders.*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 445, 460 ff.; *Müller*, Die Positivität der Grundrechte; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 310 ff.; *Leisner*, Der Abwägungsstaat; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 49 ff., 241 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 75 ff., 94 ff.; *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik.

⁶ *Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts, S. 253.

Die Kritik am herrschenden Abwägungsmodell und an der ihm zugrunde liegenden Wert- und Prinzipientheorie wird in Auseinandersetzung sowohl mit der Rechtsprechung als auch mit der Literatur und insbesondere im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen demokratischem Gesetzgeber und Judikative geführt. Die Rechtsprechung ist an „Gesetz und Recht“ gebunden und unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Gewaltenteilung stehen gesetzgeberische Kompetenzen den Organen der Rechtsanwendung nicht zur Verfügung. Die Legitimität des geltenden Rechts, von der jeder Anspruch auf Rationalität der Rechtsprechung abhängt, setzt die Bewahrung des Gesetzgebungsprozesses voraus.⁷ Auf der Grundlage dieser Prämisse wird eine kritische Analyse des Abwägungsdenkens und somit der Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsrechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat mit dem Zweck durchgeführt, zu einem rechtsstaatlich adäquaten Verständnis der Grundrechte und des Gewaltenteilungsgrundsatzes beizutragen. Hierbei strebt die Arbeit insbesondere an, die Grundrechte als subjektive Rechte des Einzelnen wieder verstärkt in den Vordergrund der Grundrechtsdogmatik zu rücken und zugleich die Eigenständigkeit des Gesetzgebers gegenüber dem Verfassungsgericht wieder beschreibbar zu machen.

II. Gang der Untersuchung

Die häufige Anwendung der Abwägung im Verfassungsrecht ist auf einen Wandel des Grundrechtsverständnisses und eine Funktionserweiterung der Justiz zurückzuführen, die sich aus der Entwicklung des liberalen Rechtsstaates zum Sozialstaat ergeben haben. Darüber hinaus ist die Stellung des Richters bei der Grundrechtsanwendung im demokratischen Rechtsstaat ein wesentliches Thema, das mit der extensiven Abwägungsrechtsprechung verstärkt aufgeworfen wurde. Die Untersuchung setzt das Bestehen eines Unterschieds zwischen den Prinzipien des Rechtsstaates und deren paradigmatischen Lesarten voraus. Die in dieser Arbeit vorgenommene Anwendung des Paradigmenbegriffs auf das Recht bezweckt daher, so weit wie möglich diejenigen Vorverständnisse herauszuarbeiten, welche in Bezug zur Interpretation der Grundrechte und des Gewaltenteilungsgrundsatzes stehen.⁸ Das Rechtsparadigma besagt, wie im Rahmen eines Sozialmodells die Grundrechte und die Prinzipien des Rechtsstaates zu verstehen und zu verwirklichen sind.⁹ Das bedeutet nichts anderes, als dass die Grundrechtsanwendung „- bewusst oder un-

⁷ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 292; *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 445, 462.

⁸ Das Vorhaben ist darüber hinaus, „ein undogmatisches Analysieren von Dogmatik“ durchzuführen. *Luhmann*, in: Ausdifferenzierung des Rechts, S. 308, 316.

⁹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 238, 308.