

Schriften zur Rechtstheorie

Band 272

„Abwägung“

Herausforderung für
eine Theorie der Praxis

Herausgegeben von
Friedrich Müller
Philippe Mastronardi



Duncker & Humblot · Berlin

MÜLLER/MASTRONARDI (Hrsg.)

„Abwägung“

Schriften zur Rechtstheorie

Band 272

„Abwägung“

Herausforderung für
eine Theorie der Praxis

Herausgegeben von

Friedrich Müller
Philippe Mastronardi



Duncker & Humblot · Berlin

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, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark
Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-14356-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54356-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84356-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

I.

Abwägung ist zentral, da von *Gerechtigkeit* nicht zu trennen. Die Gerechtigkeit fordert uns immer und überfordert uns oft. Die Frage nach ihr ist das Gespenst, das wir nicht loswerden. Auch wenn die zuständigen Instanzen entschieden haben, das Verfahren korrekt war, die Entscheidung plausibel argumentiert ist und sich auf geltende Normtexte beruft, wenn es somit legal zugegangen ist – die Frage: „Aber ist all das auch wirklich gerecht?“ kann und wird dennoch gestellt werden.

So kommen wir mit der Herausforderung dieser Sache niemals zu einem Ende. Immerhin aber kennen wir die Statue der Gerechtigkeit seit der Antike: die schöne Frau mit verbundenen Augen; die Waage erscheint schon im Totengericht des alten Ägypten.

Justitias Gerät ist weder Federwaage noch römische Waage, bei denen es einfach um das Gewicht eines zu wiegenden Gegenstands geht. Es ist eine Balkenwaage, mit zwei Schalen für zwei Objekte, deren Gewicht *gegeneinander* zu bestimmen ist. *Justitia wägt ab*.

Die Juristen wissen, dass solche *Abwägung* nicht erst beim Ergebnis der Entscheidungsarbeit einsetzt. Sie kann in jedem Stadium auftreten: „Güter“, Rechtspositionen, Interessen, geltende Vorschriften, gar „Prinzipien“ werden *abgewogen*, ohne dass hierfür eine verlässliche Methodik bestünde. Aus dem Ergebnis dieses hinter der Augenbinde her tastenden Vorgangs wird alsdann „gefolgert“, „abgeleitet“ – und aus der weiteren Argumentation dann das ausgesondert, vom weiteren Text das abgeschnitten, was als das leichtere Gewicht erschienen sein mag, was als „weniger erheblich“ deklariert wurde. *Abwägung* ist ein unvermeidlicher Tummelplatz für intuitive, fachliche und institutionelle Vorverständnisse – eine weiche Materie mit hartem Ergebnis.

Die ältere Lehre zur *Abwägung* nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erblühte vor allem im Grundrechtsbereich. Sie nannte die Garantie des grundrechtlichen Wesensgehalts in Artikel 19 II GG bloß „relativ“. Im Ergebnis konnten so auf Grund behaupteter Überwertigkeit im Einzelfall Sachgehalt und normative Wirkung eines Grundrechts „restlos“ (P. Häberle) ausgelöscht werden. Die Doktrin war darüber hinaus zu spekulativen Figuren

wie „Vorrang“, „Übergewicht“ „Höherwertigkeit“ oder „Zurücktreten“ verfassungsrechtlich normierter „Rechtsgüter“ getrieben worden; auch zu „Sittengesetz“, „Kunstwert“, „öffentliche Sicherheit“, „Interesse des Verkehrs“ als Höherwertigem, schließlich gar zum „Verfassungsganzen“, zum Grundgesetz als „Wertsystem“. In einem in concreto ungeklärt belassenen Sach-, Begriffs- und Assoziationsfeld wurde und wird „abwägend“ ein Wort gegen das andere gehalten, werden Übergewicht und minderes Gewicht affirmativ versichert statt sorgfältig argumentiert. All das blieb und bleibt nicht nur sträflich vage und unmethodisch. Es entbehrt bereits der normativen Basis im geltenden Recht. Abwägung als formaler Grundsatz kann sich nur auf formale Typik stützen, wo eine solche in bestimmten Fällen gegeben ist (Verfassung > Gesetz, ausdrücklich normierte Vorbehalte, statuierte Vorzugsregeln). Als autoritäre Verfügung über normierte *Inhalte* ist sie mit rechtsstaatlicher Methodik nicht mehr vereinbar. Was sie zu lösen versucht, ist durch rationale Konkurrenz- und Kollisionsmaßstäbe sowie durchgängig mit Hilfe einsichtig strukturierender Bereichsdogmatik besser zu bearbeiten. Nur durch methodisch erfragte und an den Normtexten plausibel orientierte Aussagen hätte der Praxis gezeigt werden können, wie denn die „abzuwägenden“ Größen rational umschrieben und intersubjektiv diskutierbar in ihrem „Gewicht“ abgeschätzt werden könnten. In dem Ausmaß, in dem das unterblieb, wurde und wird Abwägung zum Kompetenz- und Verfahrensproblem: *wer* hat die formale Zuständigkeit, mit den Spielräumen umzugehen, welche die Doktrin nicht zu strukturieren vermochte? Dass sie es nicht konnte, zeigt emblematisch die Formel des Bundesverfassungsgerichts (z.B. E 15, S. 288 ff., 297), es sei „eine wohlverstandene Abwägung“ vorzunehmen.

Abwägung darf rationale Konkretisierung nicht ersetzen wollen, das wurde seit „Normstruktur und Normativität“ (1966) begründet und immer weiter entfaltet. Die nötigen Präzisionen erwiesen sich ohne ein paradigmatisch neues Normverständnis und ohne Einbezug der Normbereichsanalyse als der Sache nach nicht zureichend. Solches Konkretisieren lässt Abwägung dann oft entbehrlich erscheinen. Sollte es im Einzelfall nicht zu vermeiden sein, so ist diese Tatsache klar auszusprechen und sind die noch rationalen von den bereits irrational wertenden Momenten des Entscheids in der Begründung von einander zu sondern. Zudem darf es nur auf verhältnismäßiges Begrenzen und allseitig schonenden Ausgleich hinauslaufen, nicht auf ein pauschales Fallenlassen einer im geltenden Recht gültig normierten Sachposition.

Das normtheoretische Konzept kann Sachstrukturen der gesellschaftlichen Realität als Bestandteile des Normbereichs in seinem Bezug zum Normprogramm ausweisen, sie somit methodisch bearbeitbar machen. Damit wird auch der mehrdeutige Terminus „Wert“ entbehrlich.

Robert Alexy hielt sich dagegen lieber an Werte und an Grundrechte als „Prinzipien“. Es gehe um eine „Rehabilitierung der vielgeschmähten Werttheorie“ des Bundesverfassungsgerichts. Dabei werden ferner eine Rechtsnorm als „semantischer Gegenstand“ und die Semantik als nur logische bestimmt. Somit könnten sie äußerlich, bloß additiv, mit juristischer Argumentation verbunden werden. Das verfehlt aber die Aufgabe der juristischen Methodik als einer Technik begründeter Zurechnung; auch verkürzt es dramatisch die Sicht auf die Norm. Einer der Gründe für diese Schiefelage ist darin zu sehen, dass dort, neben Abenteuerausflügen in die Philosophie als für das Recht begründender Instanz, vom methodologischen Selbstverständnis der juristischen Literatur ausgegangen wird, statt juristische Praxis aus ihrem tatsächlichen Vorgehen zu begreifen und schrittweise zu theoretisieren. Tut man das, so wird es möglich, juristisches Argumentieren *als eine semantische Praxis* integral zu untersuchen.

Dagegen fehlt es der Prinzipienlehre an einer Rechtsnormtheorie und bleibt der unterstellte Begriff der „Sprachregel“ weiterhin platonistisch. Eine dem „Prinzip“ entgegengesetzte „Regel“ kann nämlich nur um den Preis ihrer überholten platonistischen Fassung behauptet werden. Die Regel und die Frage ihrer praktischen Durchsetzbarkeit werden als Teil der *semantischen Praxis* im Sprachspiel *Recht* gar nicht erst erkennbar. Das reißt schmerzhaft Lücken in die Begründung der Falllösung. Diese Lücken sollen dann durch eine vorgeblich objektive Wertordnung ausgefüllt werden. Die Norm sei dabei strikt von ihren Gründen, von den ihre Zurechnung zum geltenden Recht tragenden Argumenten zu trennen. Doch lassen sich in der Entscheidung des Rechtsalltags, weit weg vom Schreibtisch des Theoretikers, solche objektiv vorgegebenen Regeln nicht nachweisen; juristische Textarbeit ist viel komplexer. Daher wird, per Handstreich, der rechtliche Diskurs dem moralischen als dessen bloßer „Sonderfall“ untergeordnet. Der Altpositivismus, der sich in der Vorgehensweise dieser Position letztlich ungestört fortsetzt, soll ausgerechnet durch usurpierendes Moralisieren des Rechts überwunden werden – durch eine „irreführende, weil von Konnotationen des Naturrechts noch nicht gänzlich befreite Subordinierung des Rechts unter die Moral“ (Jürgen Habermas).

Die Prinzipienlehre bleibt nicht nur rechtspositivisch, sondern auch sprachpositivistisch. „Prinzipien“ sind *auch nur Texte*, mit allem, was daraus folgt. Desgleichen sind *nur Texte* die Erläuterungen und Begründungen der bearbeitenden Juristen [der Prinzipienreiter] im konkreten Fall dazu, ob, warum und wie solche Prinzipien einzuführen, gar „anzuwenden“ oder eben auch „abzuwägen“ seien.

Und soweit „Prinzipien“ keine Normtexte sind, sind sie zusätzlich nicht durch Verfahren der Verfassunggebung und/oder der demokratischen Mei-

nungs- und Willensbildung sowie der förmlichen Gesetzgebung hindurch gegangen.

Das gibt ihnen grundsätzlich einen prekären und gegenüber den Verfassungs- und den demokratisch erzeugten Gesetzes-Normtexten einen minderen Status.

Sie sind nur Argumente. Nicht sind sie legitimierende, dem Legalen überlegene „Quellen“ von Recht; sie sind dann sogar nur nicht-normtextgestützte Gesichtspunkte.

Metaphorisch gesagt, erscheinen die Vagheits-Exzesse der älteren Praxis und Lehre als ein Sich-im-Kreis-Drehen, die späteren Anstrengungen der Prinzipienlehre als (rechts- wie sprachtheoretisch) rückwärts drehende Spiralen.

Aus diesen Figuren wie auch aus sonstigen Mäandern der Wissenschafts- und Praxisgeschichte brechen die Beiträge dieses Bandes konstruktiv aus.

II.

Florian Windisch bricht mit der Prinzipienlehre, indem er eine eigene Methodenlehre der Abwägung entwirft. Diese erhebt den Anspruch, Rechtskonflikte, welche aus widersprechenden, aber prima vista je rechtlich geschützten Interessen entstehen, auf rechtsstaatlich transparente Weise zu entscheiden. Die Rationalitätslücke, welche von Robert Alexys Prinzipienlehre nur formal zugedeckt wird, soll geschlossen werden. Urteile, welche einen Interessen- und Normenkonflikt entscheiden müssen, sollen ebenso methodisch stringent angeleitet werden können wie solche, die sich durch Subsumtion eines Falls unter eine Norm darstellen lassen.

Der Autor ortet den Mangel in der herkömmlichen Abwägungslehre bereits in deren positivistischem Normkonzept. Wer davon ausgeht, dass das Gericht bereits vorgegebene Normen „anwendet“, gerät in methodische Schwierigkeiten, wenn er auf einen Normenkonflikt stößt, in welchem er zwei sich widersprechende Normen gleichzeitig anwenden sollte, dies aber aus logischen Gründen nicht kann. Er sieht sich gezwungen, eine der beiden Normen abzuwerten und der anderen einen Vorrang zu verleihen – ohne dafür eine demokratisch-rechtsstaatliche Legitimation zu haben. Von Verfassung und Gesetz gleichrangig gesetzte Normen müssen dann vom Rechtsanwender in eine außerrechtlich geschaffene Hierarchie gebracht werden: eine extrakonstitutionelle Notlösung, die vermeidbar wäre. Vermeidbar ist sie, wenn das Konzept der Strukturierenden Rechtslehre zugrunde gelegt wird.

Erforderlich ist dazu der Verzicht auf die Annahme, der in Verfassung und Gesetz vorfindliche, politisch beschlossene Text sei bereits die Norm, welche bloß noch anzuwenden sei. Der Normtext ist bloß der verbindliche Ausgangspunkt, von dem aus mit Blick auf den zu entscheidenden Fall die normorientierten und sachbezogenen Argumente zur Begründung einer Entscheidungsnorm entwickelt werden müssen. Die Strukturierende Rechtslehre hat diese Methodik für jene typischen Fälle, in denen ein Sachverhalt einer Norm zugerechnet werden kann, in differenzierter Weise expliziert. In all jenen Fällen, in denen am Ende des Entscheidungsprozesses eine logische Subsumtion des Falles unter die Entscheidungsnorm möglich ist, schließt sich der Autor dieser Methodik an. Er erweitert das Instrumentarium der Strukturierenden Rechtslehre jedoch für den Bereich der Abwägung.

Wenn die Normen nicht vorgegeben sind, sondern erst im methodisch angeleiteten Prozess der Herstellung einer Entscheidungsnorm geschaffen werden müssen, stellt sich das Abwägungsproblem ganz anders dar als es die Prinzipienlehre von Alexy haben will. Denn dann gibt es keine vorgegebenen, sich widersprechenden Prinzipien, die zueinander in ein gewichtetes Verhältnis zu bringen wären. Der Normenkonflikt ist nicht mehr pauschal vorgegeben, sondern stellt einen differenzierten Schritt innerhalb des Prozesses der Herstellung der Entscheidungsnorm dar. Der Abwägungsprozess lässt sich methodisch strukturieren.

Die wichtigste Abgrenzung zum Abwägen nach Alexy ist, dass dieses von einer Wertungsfrage zu einer Gerechtigkeitsfrage gemacht wird. Die herkömmliche Abwägungslehre versteht Prinzipien als Normen der Wertdimension. Sie will widersprüchliche Werte gewichten – was ohne einen gemeinsamen Nenner, der typischerweise fehlt, nicht zulässig ist. Sie behandelt die Rechtsfrage der Kollision von rechtlich geschützten Interessen als eine Frage von Nutzen und Schaden, ohne diese Frage in den Kontext einer Kollision unter Subjekten als Trägern von Rechten und Pflichten zu stellen. Damit unterschlägt sie den Gerechtigkeitscharakter der Abwägungsfrage. Statt widersprechende Werte zu gewichten, schlägt der Autor nun vor, eine legitime Relation zwischen zwei je durch bestimmte Normen gerechtfertigten Interessen herzustellen. Jedes Interesse soll in dem ihm normativ zukommenden Maß geschützt werden. Dieser Ansatz hat folgende Konsequenzen.

Nicht Prinzipien werden gewichtet, sondern rechtserhebliche Interessen. Die normative Frage, welche den Entscheid anleitet, ist nicht eine Wertfrage (welcher Wert ist höher zu gewichten), sondern eine Frage der gerechten Verteilung von Werten: Werden die Interessen in ihren rechtlich schützenswerten Qualitäten angemessener berücksichtigt, wenn die eine oder wenn die andere Entscheidung getroffen wird? Als Rechtsgrundlage für diese Entscheidung dienen nicht unmittelbar die konfligierenden Prinzipien,

sondern es muss auf ihrer Grundlage erst noch eine Relationsnorm geschaffen werden, welche die Kollision zwischen den beiden *prima vista* legitimen Interessen zu entscheiden gestattet. Die Herstellung dieser Kollisions- oder Relationsnorm aus den einschlägigen Normtexten folgt grundsätzlich den Kriterien der Strukturierenden Rechtslehre. Nur hat die Entscheidungsnorm bei der Abwägung eben den Charakter einer Relationsnorm, also einer Norm, welche die rechtlich angemessene Relation zwischen den konfligierenden Interessen herstellt.

Der Autor gibt für den zu verfolgenden Prozess der Abwägung eine strukturierte Anleitung mit zwei Stufen der Konkretisierung. In der ersten Stufe ist zu bestimmen, auf welche Rechtsgrundlagen sich die konfligierenden Interessen je berufen können. Hier geht es um die Zurechnung eines Sachverhalts zu einer Norm. In der zweiten Stufe geht es dann darum, die Norm zu bestimmen, welche den Konflikt unter den je in der ersten Stufe als schützenswert beurteilten Interessen entscheidet. Hier werden den einzelnen Interessen je ihre Werte zugemessen. Während die Zurechnung von Sachverhalten zu einer Norm der bekannten Methodik entspricht, wird mit der Zumessung vergleichbarer Werte eine neue Dimension des Vorgehens eröffnet: Analog zu Normprogramm und Normbereich soll hier für jedes postulierte Interesse – ausgehend von den einschlägigen Normtexten – je ein Wertprogramm und ein Wertbereich ermittelt werden. Mittels teleologischer Interpretation der kollidierenden Schutznormen wird der Wert oder das Schutzgut ermittelt, auf die sich die konfligierenden Interessen berufen können. Gefragt wird nach den konkreten legitimen Zwecken der jeweiligen Vorschriften. So lässt sich für jedes geltend gemachte Interesse ein eigenes Wertprogramm erstellen, also der rechtsverbindliche Maßstab für die Bewertung des Interesses. Mittels einer Wertbereichsanalyse sind sodann die Wirkungszusammenhänge des Sachbereichs zu ermitteln, die aus der Sicht des Wertprogramms für das jeweilige Interesse relevant sind. Auf diese Weise lässt sich der Normwert bestimmen, d.h. die Frage beantworten, wie wichtig das konkrete Interesse vor dem Horizont von Wertprogramm und Wertbereich erscheint.

Erst nach dieser Wertzumessung ist die von Alexy pauschal verwendete Gewichtsformel aussagekräftig. Das rechtlich differenzierte Gewicht der konfligierenden Interessen ist gewiss nach Beeinträchtigungsintensität und Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung zu differenzieren. Den entgegenstehenden Interessen darf aber erst im Lichte der ihnen zurechenbaren Wertprogramme und Wertbereiche sowie der differenzierten relativen Beeinträchtigung ein Gewicht zugemessen werden. Daraus folgt dann der logische Schluss der Abwägung – analog der Subsumtion, nur wird hier statt unter eine positive Norm unter eine Relationsnorm subsumiert.

Grundlegend für die neue Methodik ist denn auch die Unterscheidung von zwei Typen von Normen. Der Autor unterscheidet zwei Normstrukturen: die positive Anordnung und die relative Anordnung. Genauer handelt es sich um unterschiedliche Elemente im Normprogramm einer Vorschrift. Die positive Anordnung verlangt die Zurechnung eines bestimmten Sachverhalts zur entsprechenden Norm, also die Subsumtion. Die relative Anordnung hingegen verlangt die Herstellung einer intersubjektiven Relation, also ein gerechtes Verhältnis zwischen zwei legitimen Positionen. Typische Beispiele relativer Normen sind die Rechtsgleichheit oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Während die positive Anordnung auf generell-abstrakter Ebene bereits eine Entscheidung der Frage nach der richtigen Wertzumessung, also die Abwägung zwischen allenfalls entgegenstehenden Interessen, legislativ vorgenommen hat, ist diese Abwägung bei den relativen Anordnungen noch von der Rechtsanwendung vorzunehmen. Diese hat dort, wo die Zurechnung eines Falles zu einer positiven Anordnung nicht abschließend möglich ist, die relative Dimension des Falles zu konkretisieren. Hier muss durch Zumessung von Normwerten und durch Wertvergleich jene relative Kollisionsnorm hergestellt werden, welche die Verteilung von Nutzen und Schaden vornimmt.

In der vom Autor vorgeschlagenen Methodik sind Prinzipien ebenso rechtsverbindlich wie positive Normen; sie enthalten bloß mehr relative Normprogrammelemente als jene. Die Abwägung (oder Zumessung), die sie erfordern, untersteht aber in gleicher Weise dem Legalitätsprinzip wie die Subsumtion (oder Zurechnung). Prinzipien sind auch nicht abstrakter als andere Normen. Sie erfordern bloß jene zweite Stufe der Konkretisierung, welche die Frage der richtigen Verteilung der konfligierenden Werte durch Herstellen einer Entscheidungsnorm in der Form einer Relationsnorm beantwortet. Die vorgeschlagene Methodik gestattet, relative Anordnungen ebenso rechtsstaatlich konform zu konkretisieren wie positive. Sie entzieht damit der herkömmlichen Abwägungslehre die Legitimation. Es ist nicht mehr nötig, Subsumtion und Abwägung voneinander zu trennen und daher nicht mehr zulässig, Abwägungsfragen von der Bindung an rechtsstaatlich-demokratische Normen zu lösen und einer ungebundenen Topik zu öffnen. Letztlich geht es beim Streit um die Abwägung um eine Frage der Gewaltenteilung: Wann und wie weit ist es zulässig, die Gerichte zu ermächtigen, selbst Normen zu setzen? Wenn es gelingt, Abwägung methodisch sauber zu strukturieren, wird sie zu einer normalen Form von Normkonkretisierung. Die Konstruktion eines „Sonderfalls“ Abwägung erweist sich als illegal.

Das wäre an sich Aussage genug. Der Autor begnügt sich allerdings nicht mit der theoretischen Grundlegung seines Ansatzes. Er zeigt auch auf, welche dogmatischen Konsequenzen dieser für den Grundsatz der Verhältnis-

mäßigkeit und für weitere Anwendungsfälle hat. Die Prüfung des öffentlichen Interesses wird zu einer qualifizierten Überprüfung der Teleologie der gesetzlichen Grundlage, in deren Rahmen auch die Frage der Geeignetheit zu beantworten ist. Ob eine Maßnahme geeignet ist, den qualifizierten Zweck der gesetzlichen Norm zu erfüllen, ist im Rahmen der Normbereichsanalyse einer Konkretisierung erster Stufe (der Zurechnung der Maßnahme zum qualifizierten Zweck der positiven Anordnung) zu prüfen. Die Fragen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn hingegen fallen in die Konkretisierung zweiter Stufe und erfordern eine vergleichende Wertzumessung. Sie verschmelzen aber nicht. Die Erforderlichkeit ist eine Frage des intra-parteilichen Vergleichs. Die Frage, ob eine weniger eingreifende Maßnahme den Zweck der Norm noch erfüllen kann (also der Überschuss-Test), ist je innerhalb der Gruppe der von der Maßnahme Belasteten bzw. Begünstigten zu prüfen. Bei den einen geht es um den Vergleich der Eingriffsintensität, bei den andern um den gleichen Grad der Zweckerfüllung. Erst die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn bringt demgegenüber den interparteilichen Vergleich. Hier gilt es, etwa im Grundrechtsfall, die Beeinträchtigung der von der Maßnahme betroffenen Person mit der Beeinträchtigung anderer Personen zu vergleichen, die durch die Grundrechtsausübung gefährdet oder gestört werden (z. B. geht es bei der Video-Überwachung um den Konflikt zwischen dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Passanten und dem Interesse Dritter an Schutzmaßnahmen vor Gewaltverbrechen im öffentlichen Raum). Beide Beeinträchtigungen sind nach Maßgabe der für sie erarbeiteten Wertprogramme zu gewichten und mit der gegenüberstehenden Beeinträchtigung zu vergleichen, wobei die Wertbereichsanalysen, insbesondere die Tiefe und Wahrscheinlichkeit der beiden Beeinträchtigungen, die Entscheidung maßgeblich prägen werden.

Schließlich weist der Autor auf die Entwicklungsfähigkeit seines Konzepts hin: Über den Bereich der Eingriffsverwaltung hinaus, zu dem die von ihm ausgewählten Beispiele aus dem Grundrechtsbereich und der Verhältnismäßigkeitsfrage gehören, sollte sich die neue Methodik auch im Bereich der Leistungsverwaltung bewähren können. Dort handelt es sich bei der Abwägung freilich nicht um Kollisionskonflikte, sondern um Distributionskonflikte, also um die Verteilung gleicher Chancen der Teilhabe an öffentlichen Leistungen. Auch hier fordert die Gleichberechtigung, dass eine Relationsnorm konstruiert werde, welche die Normenkollision unter mehreren unterstützungswürdigen Interessen regelt. Auch im Distributionskonflikt ist durch vergleichende Wertzumessung eine Relationsnorm zu entwickeln, welche die Frage der richtigen Verteilung beantwortet.

Insgesamt erweist sich im Beitrag von Florian Windisch die Einheit von Methodik und Verfassungsrecht: Methodenlehre ist nicht bloß juristische

Kunstlehre, sondern konkretisierte Verfassung des demokratischen Rechtsstaats. Der Pluralismus der Grundsätze, der jede freiheitliche Rechtsordnung prägt, muss sich in der konkreten Einzelentscheidung spiegeln können. Dies erfordert die Erarbeitung einer Relationsnorm, welche die Grundsätze in gerechter Weise auf den Fall hin konkretisiert. Die herkömmliche Abwägungsdogmatik hingegen nimmt eine Komplexitätsreduktion vor, welche die normativ angelegte Spannung unter gleichwertigen Normen auf eine lineare Ableitung aus einer künstlichen Vorrangregel verkürzt. Sie verletzt damit die Verfassung. Nicht die Normen sind zu gewichten, sondern die Interessen. Abwägung ist eine Gerechtigkeitsfrage.

III.

Friedemann Vogel und Ralph Christensen begründen ihre Kritik an der Prinzipienlehre von Robert Alexy mit einer linguistischen Argumentation. Die Unterscheidung von „Regel“ und „Prinzip“ in der herkömmlichen Abwägungslehre setzt voraus, dass es Regeln gebe, welche jeder Semantik vorgegeben seien. Nur dann kann es Normen geben, welche nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können – im Gegensatz zu Prinzipien, welche abstufbar und abwägbar sind. Dieser Regelbegriff setzt ein Sprachverständnis voraus, nach welchem Sprache eine Summe von vorgegebenen Regeln bildet, die beim Sprechen nur angewendet werden müssen. Rechtsregeln sind nach diesem Verständnis klar definierte Ordnungen, während Prinzipien nur Optimierungsgebote darstellen, denen der Mangel der Vagheit anhaftet.

Tatsächlich, so die beiden Autoren, muss man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche die Sprache steuern, verabschieden. Um Regeln zu verstehen, muss man schon sprechen können. Sie sind also nachträglich. Sie werden durch Kommunikation erst hergestellt. Und dabei sind Mehrdeutigkeit und Vagheit Formen der Beschreibung von Konfliktkonstellationen im semantischen Streit. Damit gibt es keinen Dualismus von Regel und Prinzip. Vagheit ist kein „Defekt“ der Sprache, sondern ein Element des konstruktiven Prozesses, in dem Bedeutung erst hergestellt wird – ein zentraler Faktor aller menschlichen Kommunikation. Sie gehört damit auch zur Konstruktion von Rechtsnormen – welche die beiden Autoren ebenso wie der erste Autor dieses Bandes im Sinne der Strukturierenden Rechtslehre verstehen.

Mit dem Zusammenbruch des Dualismus von Regel und Prinzip entfällt auch die Unterscheidung von Subsumtion und „Abwägung“ im Sinne der Prinzipienlehre Alexys. Das Thema wird ersetzt durch die Frage des Umgangs mit sprachlicher Vagheit. Statt diese durch „Abwägung“ von Prinzi-

pien zu reduzieren, bietet sich für die beiden Autoren eine empirische Methode zur Aufdeckung und argumentativen Verwendung von sprachlichen Vagheits-Indikatoren an: die juristische Korpuspragmatik – die computergestützte diskurslinguistische Analyse von sprachlichen Mustern.

Mit den Mitteln der Korpuslinguistik kann man die Bedeutung eines Wortes untersuchen, indem man die Wörter betrachtet, die in der Umgebung dieses Wortes auftauchen. Ebenso betrachtet man die Umgebung der Wörter, die in der Umgebung aufgetaucht sind. So ergeben sich allmählich Strukturen. Der Sinn eines Wortes ergibt sich so aus dem es umgebenden Kontext. Natürlich kann man die Umgebung nie abschließend beschreiben. Der totale Kontext ist nicht verfügbar. Aber man kann die Umgebung eines Wortes relativ zu einem bestimmten Korpus beschreiben, etwa das Wort „Menschenwürde“ im Korpus der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen. Dann kann man damit die Umgebung des Wortes „Menschenwürde“ in einem Medienkorpus vergleichen. Wir finden dabei niemals *die* Bedeutung heraus, aber doch sehr viele Bedeutungen, die man jetzt auf guter Grundlage diskutieren kann.

Rein empirisch kann man die Bedeutung eines Textes gewiss nicht sinnvoll beschreiben. Die Datenmasse einer linguistischen Korpusanalyse kann ohne gute Vorbereitung jede Frage erschlagen. Es bedarf also für sinnvolle Analysen einer strukturierenden Vorbereitung. Die in den Kontexten gefundenen Belege für eine bestimmte Lesart müssen argumentativ bewertet werden. Die normative Dimension der Sprache wird damit nicht gelehnet.

Das Neue an der Korpuslinguistik ist, dass man mit dem Computer in der Sprachwissenschaft empirisch arbeiten kann. Die Kookkurrenzanalyse sucht nach Ausdrücken, die in einem bestimmten Kontextintervall statistisch signifikant häufig zusammen mit dem Ausdruck auftreten, dessen Bedeutung verstanden werden soll. Sie geht davon aus, dass die Bedeutung eines Wortes durch die Wendungen bestimmt wird, die in seiner Umgebung erscheinen. Dies kann man heute, bezogen auf Textkorpora, mit dem Computer auswerten. Aber natürlich gibt es auch hier Grenzen. Denn es wird schnell ein Komplexitätsniveau erreicht, das zwar dem holistischen Charakter der Sprache besser gerecht wird, aber praktisch nicht mehr abgearbeitet werden kann. Wenn man in einer Liste von Kollokationen die neu hinzukommenden Wörter mit ihren Kollokationen auswerten würde, würde sich dadurch die Zahl der Wörter des jeweiligen Wortfeldes exponentiell erhöhen, aber es würde auch die Häufigkeit des gemeinsamen Auftretens von Wörtern signifikanter werden. Die Unterstützung durch zunehmend intelligenter werdende Suchmechanismen und wörterbuchgestützte Informationsretrieval wird der Linguistik nützen. Aber die maschinelle Auswertung von Quellenkorpora kann niemals die Quellenexegese durch Fachwissenschaftler

ersetzen. Im Zentrum dieser Arbeit wird immer die textsemantische und hermeneutische Kompetenz eines Individuums stehen. Der Informationszuwachs, den die neuen Medien liefern, wäre ohne diese Kompetenz eine bloße Addition und würde nicht zu einem Erkenntniszuwachs führen. Das Wissen bedarf einer qualitativen Vernetzung, die in sich geordnet und strukturiert ist. Technische Informationszugänge liefern keine Semantik oder interpretiertes Wissen, nur tote Mengen von Zeichen. Es gibt also tatsächlich ein Risiko der neuen Medien, nämlich dass mit Hilfe von Textmassen ausladend wenig gesagt wird und dabei die entscheidende Leistung der Verarbeitung von Informationen vergessen wird. Aber dieses Risiko bestand schon bei allen Medienrevolutionen und bisher ist es immer nach einiger Zeit gelungen, die Chancen des neuen Mediums zu nutzen. Man kann auf der Grundlage von Korpora und genauerer Analysen die Vielfalt und Vernetztheit der jeweiligen Sprache besser sichtbar machen.

Früher war man bei der Analyse der Sprache auf Introspektion angewiesen und es gab als Grundlage für die Sprachbeschreibung nur wenige Gebrauchsbeispiele. Heute wird über den Computer eine große Zahl von Gebrauchsbeispielen erfasst. Damit sieht man viel deutlicher, was tatsächlich in der Sprache geschieht. Auch in der Sprache des Rechts. Tatsächlich beschreiben Juristen Begriffe, indem sie die Worte betrachten, die in ihrer Umgebung auftreten. Beim Begriff „Versammlung“ sind dies etwa Personenmehrheit, kommunikativer Zweck usw. Diese Beschreibungen werden aufgenommen und eventuell fallbezogen weiterentwickelt. Allerdings sind Juristen bei diesen Beschreibungen häufig zu stark von Einzelfällen beeindruckt und vergessen den Zusammenhang. Das ist die Gefahr des Impressionismus. Die Korpuslinguistik kann durch methodisch geleitete Suchanfragen diesen Impressionismus korrigieren. Damit wird der tatsächliche Zusammenhang juristischer Debatten ohne voreilige Parteinahme sichtbar. Die eigentliche Stellungnahme, ob diese Weiterentwicklung wünschenswert ist oder nicht, wird damit nicht vorabentschieden. Aber niemand kann dann noch behaupten, er sei die herrschende Meinung, oder den Gerichten eine Meinung unterstellen, die sie gar nicht vertreten. Die leicht zugänglichen Instrumente der Korpusanalyse verschaffen der juristischen Diskussion also eine sicherere Grundlage. Der normative Geltungsanspruch von Wertungen aus Gerechtigkeit, Rechtsidee usw. wird ergänzt durch die empirische Messung seiner faktischen Geltung in der juristischen Diskussion. Auch die Korpuslinguistik kann natürlich die Begriffe des Rechts nicht definieren. Aber sie führt zu einer besseren Grundlage für vorläufige Umschreibungen der gesetzlichen Begriffe, die dann am Fall zu diskutieren sind.

Die Methoden der Korpuslinguistik explizieren dabei nur in systematischer Weise, was Juristen schon immer getan haben. Aber sie verschaffen der Einschätzung juristischen Handelns eine empirische Grundlage in der

Sprache. Korpuslinguistik mag in einigen Jahren, wie heute schon in den USA, Teil der Entscheidungsarbeit von Gerichten in Europa sein. Diese Entwicklung führt nicht dazu, dass wir den Gesetzespositivismus durch einen Richterpositivismus ersetzen. Das Recht ist weder im Gesetz, noch in der Wissenschaft oder bei den Gerichten vorgegeben. Es muss immer diskutiert werden. Aber diese Diskussion hat Anschlusszwänge in dem, was wir bisher schon für Recht gehalten haben. Diese Anschlusszwänge macht die Korpuslinguistik sichtbar.

Heidelberg und Luzern, im Januar 2014

*Friedrich Müller (I.) und
Philippe Mastronardi (II. und III.)*

Inhaltsverzeichnis

„Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion

Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre

Florian Windisch 19

I.	Rechtsanwendung als Rechtsnormkonstruktion.	19
II.	Das Problem der „Abwägung“	23
	1. Erste Annäherung.	23
	2. Oberflächliche Problemanalysen und unterkomplexe Lösungen.	27
	a) Pauschale Dezision	27
	b) Formale Replikation	30
	3. Vertiefende Problemanalyse in strukturierender Perspektive	38
	a) Positive und relative Normprogrammelemente.	40
	b) Konkretisierung erster und zweiter Stufe.	45
III.	„Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion.	47
	1. Vom Interessenkonflikt zum Rechtskonflikt	48
	2. Relationierung der Rechtspositionen	52
	3. Wertprogrammgesteuerte Wertzumessung	54
	a) Erstellung von Wertprogramm und Wertbereich.	54
	b) Bestimmung der Normwerte in doppelter Bewertung.	61
	4. Die Abwägung als Epilog	64
	5. Zusammenfassung	65
IV.	Dogmatische Konsequenzen am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	66
V.	Die Strukturierende Rechtslehre und die Abwägung: Zur Anschlussfähigkeit des Konzepts	71
	1. Die Abwägung in der Strukturierenden Rechtslehre bisher	72
	2. Stellung zur vorgeschlagenen Weiterentwicklung	77
VI.	Jenseits des Kollisions-Konflikts: Zur Entwicklungsfähigkeit des Konzepts	80
VII.	Juristische Methodik im demokratischen Rechtsstaat	85

Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen

Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung

Friedemann Vogel und Ralph Christensen

87

I.	Was heißt Abwägung?	87
	1. Konduktives Argument	87
	2. Abwägung von Prinzipien	90
	3. Abwägung als lokale Ausarbeitung der Semantik	91
II.	Theorie der Abwägung: Von der Gesetzessemantik zu den Rechtsprinzipien	92
	1. Der platonistische Regelbegriff der Juristensemantik	93
	a) Die gesetzessystematische Semantik	93
	b) Der Rückzug von der Semantik zu den Rechtsprinzipien	94
	c) Mit Vagheit von der Sprache zum Rechtsbegriff	96
	2. Der Prinzipienbegriff	98
	a) Die Regelaversität	99
	b) Die Beziehung zur Moral	101
	c) Die Flucht in die Ideale scheitert	102
	3. Die produktive Rolle der Vagheit	104
	a) Vagheit als zentrale Eigenschaft sprachlicher Äußerungen	104
	b) Vagheit als Topos	111
	c) Vagheit als kommunikativer Alltag	113
III.	Empirie juristischer Korpuspragmatik: Die Praxis der Gerichte aus rechts- linguistischer Perspektive	114
	1. Juristische Korpuspragmatik am Beispiel der MENSCHENWÜRDE ...	114
	a) Recht als Text	114
	b) (Musterhafte) Rechtssprache als Sedimente juristischer Dogmatik. ...	115
	c) Dogmatische Spuren zur „Menschenwürde“ in der Rechtssprache. ...	117
	2. Der Frage „Abwägung“ vor Gericht korpuslinguistisch gefolgt	120
	a) Philosophische Prinzipienlehre	120
	b) Konduktives Argument	122
	c) „Abwägung“ als Kern- und Randbereich	122
	3. „Abwägung“ als Prüfung ‚der‘ Verhältnismäßigkeit	122
IV.	Zur Theorie der Praxis gerichtlicher Abwägung	124
	1. Wie wägen Gerichte ab?	124
	2. Wie vollzieht sich die lokale Ausarbeitung der Semantik?	125
	3. Die Verkettung von Präjudizien	126
V.	Fazit, oder: Was bleibt, ist semantische Elaboration im Einzelfall	129

„Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion

Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre

Florian Windisch

Die Abwägung dominiert das methodische Selbstverständnis von Juristinnen und Juristen wohl ebenso wie, etwa im öffentlichen Recht, die Verhältnismäßigkeit, das Willkürverbot oder die Baubewilligung das dogmatische. Weiß man nicht mehr weiter, so meint man in aller Regel, an den Punkt gelangt zu sein, wo abzuwägen sei. Dabei greift die methodische Dominanz auf die Dogmatik über. Jeder interessantere Fall einer Baubewilligung oder des Willkürverbots, so scheint es, läuft am Ende auf eine Abwägung hinaus. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt gar als das Paradebeispiel der Abwägung. Diese Omnipräsenz sogar in den dogmatischen All-Stars kontrastiert allerdings mit dem theoretischen Know-how, mit welchem die Abwägung praktisch werden soll. Wer abwägt, tut oft nicht mehr, als ein theoretisches Loch mit etwas Füllmaterial zu stopfen, von dem man eigentlich nicht genau weiß, woraus es besteht.

Mit Theorie hat das nicht mehr viel zu tun. Erst recht nicht mit einer, die der Praxis dienen soll. Mit den nachfolgenden Überlegungen wird daher der Versuch unternommen, die Abwägung (oder was dafür gehalten wird) vor dem Zielhorizont einer nachvollziehbaren rechtsgebundenen Methodik zu strukturieren. Diese Aufgabe strebt nach mehr als einer theoretischen Therapie. Es geht um nichts weniger als den Anforderungen von Demokratie und Rechtsstaat, an denen sich die abwägenden Juristinnen und Juristen doch orientieren sollten, Genüge zu tun. Um hierfür von Beginn an auf die richtige Spur zu kommen, beginnt der Weg bei der allgemein gestellten Frage nach den Grundvoraussetzungen einer aussichtsreichen juristischen Methodik. Von dort aus kann das Problem der Abwägung dann schrittweise angegangen, strukturiert und weitergedacht werden. Im Ergebnis resultiert ein Vorschlag, die „Abwägung“ auf der Grundlage der normentheoretischen Voraussetzungen der Strukturierenden Rechtslehre als Relationsnorm-Konstruktion zu begreifen.

I. Rechtsanwendung als Rechtsnormkonstruktion

Das Verständnis von Rechtsanwendung, welches jedenfalls ihre Praxis nach wie vor dominiert, ist eben dasjenige einer Rechts„anwendung“: Man unterstellt, dass das Recht im Normalfall schon da sei und nur noch aufgedeckt und zum Einsatz gebracht werden müsse. Sicherlich sieht man, dass diese Detektivarbeit nicht immer einfach ist, die Sprache der anzuwendenden Rechtsnormen sei oft mehrdeutig und vage. Aber dafür gebe es doch die bekannten juristischen Auslegungshilfen, mit welchen die passende Bedeutung der Rechtsnorm schon freigelegt werde. Für schwierige Fälle, für Fälle, in denen das Recht keine Lösung bereithalte, weil echte Gesetzeslücken bestünden, enthalte das Methoden-Set neben den klassischen Kanones der Auslegung auch noch rechtspolitische, ethische und Praktikabilitätsstandards. Gerade hier sei die Abwägung auch stets mit im Spiel. Eine erfolgsversprechende Strategie ist freilich immer auch, das Auslegungsergebnis an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu orientieren. Und das System ist geschlossen.

Mit dieser Grundauffassung von Rechtsanwendung macht man es sich allerdings etwas leicht. Indem man den Normalfall der Rechtsanwendung bloß als Aktualisierung eines bereits Vorgegebenen definiert, identifiziert man das juristische Kerngeschäft mit einer Bahnwärter-Tätigkeit: Man stellt ein paar Weichen und gibt das Signal für die Durchfahrt. Dieses Bild setzt jedoch einen funktionierenden Fahrplan voraus, den es im Recht nicht gibt. Tatsächlich kann sich die Sprache des Rechts nicht einmal auf ein bestehendes Schienennetz verlassen. Entsprechend fragwürdig sind demnach auch die Strategien für den Umgang mit Abweichungen von dieser Grundvorstellung. Das Hauptproblem daran ist, dass der durchwegs produktive Charakter der Rechtsarbeit verkannt wird, der Juristinnen und Juristen von Bahnwärtlern zu Gleisarbeitern macht. Um dies sehen zu können, bedarf es jedoch einer tiefer gehenden, kritisch-analytischen Reflexion juristischer Praxis, welche sich nicht die möglichst bequeme Passfähigkeit mit der herrschenden Praxis zum Ziel setzt, sondern welche die Praxis ungeachtet ihrer Tendenzen gerade deswegen möglichst realistisch untersucht, um ihr Orientierungshilfe geben und sie wo nötig kritisieren zu können.

Für diese Art theoretischer Praxis-Reflexion setzt sich die von Friedrich Müller begründete Strukturierende Rechtslehre¹ ein. Es ist ihr Verdienst, die

¹ Namensgebend *Friedrich Müller*, Strukturierende Rechtslehre, Berlin ²1994, 1. Aufl. 1984; aufbauend auf *ders.*, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966. Vgl. heute v.a. *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Berlin ¹⁰2009. Eingehender zum ganzen Theoriezusammenhang m.w.H. *Florian Windisch*, Jurisprudenz und Ethik, Berlin 2010, S. 32–88, insb. S. 33–75.

juristisch operable Begründung dafür geliefert zu haben, weshalb Rechtsanwendung nicht ein quasi-automatischer Vorgang ist, sondern zu verantwortendes tätiges Handeln. Sie hat außerdem den Zusammenhang zwischen geltendem Recht und Wirklichkeit auf nachvollziehbare Weise einsichtig gemacht und das konkretisierende „Hin- und Herwandern zwischen Sachverhalt und Norm“² präzisierend analysiert und es einer praktikablen juristischen Methodik zugeführt, welche den Anforderungen von Demokratie und Rechtsstaat gerecht wird³. Nach dem Verständnis der Strukturierenden Rechtslehre bedeutet das Auf-den-Begriff-Bringen juristischer Praxis nicht die affirmative Wiedergabe selbstgefälligen Tuns und herrschender Meinungen, sondern die *kritische*, auch selbstkritische Aufschlüsselung des juristischen Urteilens.⁴ Die Strukturierende Rechtslehre will den juristischen Rechtserzeugungsprozess auf realistische, aber verallgemeinerungsfähige Weise⁵ kontrollierbar und arbeitsfähig⁶ machen. In diesem, anspruchsvollen Sinn des Wortes geht es ihr darum, die juristische Argumentation zu strukturieren⁷.

Das Konzept strukturierter Argumentation, das hier anklingt, impliziert zweierlei: Zum einen geht es davon aus, dass der Fall nicht vorentschieden ist (*lex ante casum*), sondern die Entscheidung im konkreten Fall erst kreiert wird (*lex in casu*). Rechtsanwendung ist also genau genommen nicht Anwendung, sondern produktive Rechtserzeugung. Rechtsanwendung ist Normkonstruktion.⁸ Rechtslinguistisch gewendet: Die Semantik des Rechts

² Bei Karl Engisch genau: „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“: *Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg ³1963, S. 15. Dazu *Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre*, Berlin ²1994, S. 335 f., m. w. H.

³ *Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik*, Bd. I, Berlin ¹⁰2009, S. 550 f., Rz. 538. Zur theoriemethodischen Rückbindung der juristischen Methodik an normative Verfassungsvorgaben und deren Verteidigung *Florian Windisch, Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 2010, S. 68–71, m. w. H.

⁴ *Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik*, Bd. I, Berlin ¹⁰2009, S. 549–551, Rz. 536–538. Zur Abgrenzung der Strukturierenden Rechtslehre allerdings zum kritischen Rationalismus als wissenschaftstheoretischer Gesamtrahmen ebd., S. 566–573, Rz. 566–578.

⁵ *Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre*, Berlin ²1994, S. 386 u. ö.

⁶ *Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre*, Berlin ²1994, S. 313 u. ö.

⁷ *Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre*, Berlin ²1994, S. 313/431 f.; *Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik*, Bd. I, Berlin ¹⁰2009, S. 556–561, Rz. 548–555, ebd., S. 556, Rz. 548, auch die Auszeichnung als „technischen Term“. Zum Struktur-Begriff der Strukturierenden Rechtslehre allgemein *Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre*, Berlin ²1994, S. 250. Der hier gemeinte Begriff von Strukturierung steht somit in einer Linie mit dem in dieser Studie verwendeten Begriff der Verfassung; dazu sogleich Kapitel II. 1., insb. Fn. 19.

⁸ *Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik*, Bd. I (¹⁰2009), S. 259–284, insb. S. 275–284.