

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 299

Abwägung im Verfassungsrecht

Von

Bernhard Schlink



Duncker & Humblot · Berlin

BERNHARD SCHLINK

Abwägung im Verfassungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 299

Abwägung im Verfassungsrecht

Von

Bernhard Schlink



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schlink, Bernhard

Abwägung im Verfassungsrecht. — 1. Aufl. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1976.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 299)
ISBN 3-428-03684-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03684 0

Johann Kaspar Oswald
*** 27. 6. 1875 † 13. 9. 1965**
zum Gedächtnis

Vorwort

Die Abwägung hat im Verfassungsrecht eine Bedeutung gewonnen, hinter der die Bemühungen um ihre methodischen und dogmatischen Bedingungen und Leistungen zurückbleiben. Die vorliegende Arbeit will dazu beitragen, diesem methodischen und dogmatischen Defizit abzuhelpfen.

Sie wurde im Sommer 1974 abgeschlossen und im Sommer 1975 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Sie entwickelt ihren Gegenstand im ersten Teil an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verarbeitet diese, soweit sie bis zum Sommer 1974 ergangen ist. Die bis zum Herbst 1975 ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurden durchgesehen. Eine Korrektur der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse wurde dabei nicht nötig.

Ich danke Herrn Professor Dr. Dr. A. Podlech für die Betreuung der Arbeit und für die Anregungen und Ermutigungen, die ich schon als Student und später als sein Assistent von ihm bekommen habe. Ich danke auch meinen anderen Lehrern des Verfassungsrechts, den Herren Professoren Dr. E. Forsthoff, Dr. Dr. E.-W. Böckenförde und Dr. F. Müller, für die in Heidelberger, Ebracher und Bielefelder Seminaren erhaltene Förderung. Ein Teil der Arbeit entstand, während ich an einem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft getragenen Forschungsprojekt über mathematische Methoden in der Rechtswissenschaft teilnahm. Bei diesem Forschungsprojekt entstand unter der Leitung von Herrn Professor Dr. Dr. A. Podlech und in der Zusammenarbeit mit den anderen Teilnehmern, den Herren W. Popp und J. Harenburg, eine fruchtbare Atmosphäre, die auch der Dissertation zugute kam.

Herrn Ministerialrat a. D. Professor Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Heidelberg, Herbst 1975

B. S.

Inhaltsverzeichnis

0	Einleitung	13
----------	-------------------------	-----------

Erster Teil

ABWÄGUNGSRECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

1	Abwägung in der Wertordnung des Grundgesetzes. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 5 GG	17
1.1	Der Auftakt des Lüth-Urteils. Rangordnung von Grundrechtsgebrauchsqualitäten statt Wertordnung der Grundrechte	17
1.2	Vom Schmid/Spiegel-Beschluß zum Lebach-Urteil. Zwischen Wertung von Grundrechtsgebrauch und Analyse der Konfliktsituation	24
1.3	Vom Spiegel-Urteil zum Soldaten-Beschluß. Zwischen Wertung von Grundrechtsgebrauch und Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs	35
1.4	Wertung von Grundrechtsgebrauch in der Rechtsprechung zu anderen Grundrechten	43
1.5	Zusammenfassung	45
2	Abwägung unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 12 GG	48
2.0	Vorbemerkung	48
2.1	Der Ausgangspunkt des Apotheken-Urteils. Abwägung in der Stufung und Zuordnung von Eingriffsintensität, Regelungsbefugnis und Rang des Gemeinschaftsguts?	49
2.2	Ausbau der Stufenlehre	57
2.3	Von Gütergewichtung und Gütervergleich zur Geeignetheits- und Notwendigkeitsprüfung	59
2.4	Von der eigenständigen zur gesetzgeberorientierten Geeignetheits- und Notwendigkeitsprüfung	64
2.5	Abschied von der Stufenlehre	68
2.6	Abwägung in der Zuordnung von Eingriffsintensität und Prüfungssorgfalt. Aus der Rechtsprechung zu Artikel 2 GG	71
2.7	Problemrest der Geeignetheits- und Notwendigkeitsprüfung: Schutz der Mindestposition	76
2.8	Zusammenfassung	78

3	Abwägung vor der Grenze des grundrechtlichen Wesensgehalts. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 14 GG	80
3.0	Vorbemerkung	80
3.1	Das Urteil zum hamburgischen Deichordnungsgesetz. Abwägung zum Schutz der Mindestposition in der Dogmatik des Artikel 14 GG	81
3.2	Weitere Rechtsprechung zu Artikel 14 GG und nähere Bestimmung der Mindestposition	90
3.3	Zusammenfassung	95
4	Abwägung außerhalb des Bereichs der Freiheitsrechte. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Rechtssicherheit	97
4.0	Vorbemerkung	97
4.1	Das Reden des Bundesverfassungsgerichts von Widerstreit und Spannung: Begründungersatz, Begründungsornament oder Exposition einer Dogmatik des Gebots der Rechtssicherheit?	97
4.2	Entwicklung der Rechtsprechung zur Verfassungswidrigkeit rückwirkender Gesetze	106
4.3	Widersprüche der Rechtsprechung und Problematik eines über das Strafrecht hinausgehenden Rückwirkungsverbots	111
4.4	Abwägung als Geeignetheits- und Notwendigkeitsprüfung sowie als Mindestpositionsbeachtung auch beim Gebot der Rechtssicherheit ..	117
4.5	Zusammenfassung	125

Zweiter Teil

METHODE UND DOGMATIK DER ABWÄGUNG

5	Auf der Suche nach der Methode der Abwägung. Konzepte und Positionen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum	127
5.0	Vorbemerkung	127
5.1	Das Konzept des Abwägungsenthusiasmus	128
5.2	Die Positionen der Abwägungsskepsis und das Scheitern des Konzepts des Abwägungsenthusiasmus	134
5.3	Das Programm der Abwägungspragmatik	143
5.4	Zusammenfassung	152
6	Auf der Suche nach der Methode der Abwägung. Problemhorizont der Wohlfahrtsökonomik und der Spieltheorie	154
6.0	Vorbemerkung	154
6.1	Die Verwandtschaft zwischen den Verteilungsproblemen der Wohlfahrtsökonomik und den Abwägungsproblemen des Verfassungsrechts	155
6.2	Ermittlung optimaler Verteilungen über ordinale Präferenzen, kardinale Präferenzen und Indifferenzen	158

6.3	Ermittlung symmetrischer Konfliktlösungen in der Spieltheorie	172
6.4	Der indifferenzialistische Ansatz und das Kriterium der PARETO-Optimalität im Verfassungsrecht	178
6.5	Die Vorgegebenheit von Verteilungsalternativen in Wohlfahrts-ökonomik und Spieltheorie und die Suche nach Regelungsalternativen im Verfassungsrecht	182
6.6	Asymmetrische und symmetrische PARETO-Optimierung im Verfassungsrecht	188
6.7	Zusammenfassung	190
7	Methode der Abwägung als Dogmatik der Grundrechte	192
7.0	Vorbemerkung	192
7.1	Dogmatik der Grundrechte als Abwägungsvorbehalte und Argumentationslastregeln	192
7.2	Differenzierungen der Grundrechtsdogmatik. Verschiedene Normbereiche, Zweckverbote und Definitionsverbote bei verschiedenen Grundrechten	199
7.3	Argumentation um Zwecke und Mittel	203
7.4	Argumentation um Geeignetheit und Notwendigkeit	207
7.5	Bedeutung des Abwägungsmodells für Konflikte zwischen Bürgern, für das besondere Gewaltverhältnis und für die Probleme des Sozialstaats	214
7.6	Schlußbemerkung	219
	Literaturverzeichnis	221
	Entscheidungsverzeichnis	227
	Sachverzeichnis	229

0 Einleitung

Das BVerfG hat die Abwägung nicht erfunden. Aber erst das BVerfG hat versucht, in dem Begriff der Abwägung, der zunächst nur eine methodische und dogmatische Verlegenheit bezeichnet, einen Schlüssel zur Methode und Dogmatik des Verfassungsrechts zu finden. Überlegungen zur Bedeutung und zur Geltung eines Abwägungsgebots im Verfassungsrecht haben daher in der Rechtsprechung des BVerfG ihr primäres Material.

Die Arbeit beginnt mit einer Durchsicht dieser Rechtsprechung. Was expliziert das BVerfG als die Methode der Abwägung? Was formuliert es als deren verfassungsrechtsdogmatischen Ertrag? Was betreibt es unter dem Begriff der Abwägung tatsächlich? Der letzten Frage gilt das eigentliche Interesse. Beim BVerfG ist oft ein Mißverhältnis zwischen anspruchsvollen aber folgenlosen Abwägungstheoremen und anspruchloser dafür folgenreicher Abwägungspraxis festzustellen. Vielleicht weil sie für die Abwägungspraxis nicht wirklich verbindlich geworden ist, wurde die Abwägungstheorie vom BVerfG nicht in der Stimmigkeit und Geschlossenheit entwickelt, die das Interesse an Relevanz hinter dem an Kompetenz zurücktreten lassen könnte. Wenig stimmig ist schon die bundesverfassungsgerichtliche Terminologie, die zwischen den Begriffen des Interesses, des Guts und des Werts und zwischen Werte-, Güter- und Interessenabwägung nicht unterscheidet¹. Wenig geschlossen ist auch die verfassungsrechtliche Fundierung, die das BVerfG dem Abwägungsgebot gibt. Oft sieht das BVerfG den Grund der Abwägung im Rechtsstaatsprinzip², manchmal im Sozialstaats-

¹ Zum Beleg mögen das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198), das mit dem Lüth-Urteil gleichzeitig verkündete Wahlplakate-Urteil (BVerfGE 7, 230), der Befähigungsnachweis-Beschluß (BVerfGE 13, 97) und das Urteil zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (BVerfGE 21, 245) dienen. Im Lüth-Urteil spricht das BVerfG von einer „Güterabwägung“, die beim Grundrecht der freien Meinungsäußerung erforderlich sei (210), von der Vornahme der Abwägung innerhalb der „Wertordnung“ der Grundrechte (215) und im Wahlplakate-Urteil von einer „Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen“, die nach den Erkenntnissen des Lüth-Urteils beim Grundrecht der freien Meinungsäußerung stattfinden müsse (234). Im Befähigungsnachweis-Beschluß ist synonym von „Gemeinschaftswert“, „Gemeinschaftsgut“ und „Gemeinschaftsinteresse“ die Rede (107), im Urteil zum Arbeitsvermittlungsmonopol von „Gemeinschaftsgut“ und „Gemeinschaftswert“ (251 f.).

² Vgl. etwa die folgenden Entscheidungen, in denen das BVerfG das Abwägungsgebot dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuordnet, einem Kernstück des Rechtsstaatsprinzips: BVerfGE 19, 342 (349) („... Grundsatz

prinzip³, manchmal einfach in der Spannung zwischen Interessen, Gütern oder Werten⁴, und einmal sieht es das Abwägungsgebot sogar in Nähe zum Demokratieprinzip⁵. Schließlich wird auch die Aufgabe der Abwägung vom BVerfG wenig differenziert hier dem Gesetzgeber und dort dem Richter zugewiesen⁶.

Der Arbeit geht es mit ihrem Interesse an dem, was das BVerfG unter dem Begriff der Abwägung tatsächlich betreibt, nicht um die Ergebnisse der Entscheidungen, sondern um deren Begründungen und um die Rekonstruktion dessen, was in den Entscheidungsbegründungen als Methode der Abwägung tragend geworden ist. Das bringt eine Schwierigkeit mit sich: Die Entscheidungsbegründungen des BVerfG müssen inhaltlich diskutiert werden, können aber inhaltlich nicht erschöpfend diskutiert werden. Ihre Argumente müssen kritisch durchgesehen werden, können aber nicht umfassend kritisiert werden. Diskussionen und Kritik müßten, sollten sie umfassend sein, in Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Schrifttum geschehen. Aber neben der vollständigen Erfassung der Abwägungsrechtsprechung

der Verhältnismäßigkeit ... Bei der ihm hiernach obliegenden Abwägung hat der Richter ...“); 24, 119 (146) („... die durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ohnehin gebotene Abwägung ...“); 30, 292 (315) („... strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ... Danach sind der geschützte Freiheitsbereich des Einzelnen, die vom Gesetzgeber im Interesse der Allgemeinheit verfolgten Zwecke und die zu deren Erreichung eingesetzten Mittel ... gegeneinander abzuwägen ...“).

³ Vgl. BVerfGE 16, 286 (304) („Eine Regelung, die ... die Interessen aller Beteiligten sorgfältig gegeneinander abwägt, verstößt nicht gegen das Sozialstaatsprinzip.“); BVerfGE 1, 97 (105) („... Verwirklichung des Sozialstaates ... verpflichtet, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen ... zu bemühen ...“); vgl. auch BVerfGE 27, 253 (283).

⁴ Vgl. das Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (220) („Da im Zusammenleben in einer großen Gemeinschaft sich notwendig ständig Interessen- und Rechtskollisionen zwischen den einzelnen ergeben, hat im sozialen Bereich ständig ein Ausgleich und eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte nach dem Grade ihrer Schutzwürdigkeit stattzufinden.“), und die in seiner Tradition stehende Rechtsprechung (dazu unten Abschnitt 1); vgl. ferner BVerfGE 15, 313 (319) („Tritt dieser Grundsatz [Prinzip der Rechtssicherheit] mit dem Gebot der Gerechtigkeit im Einzelfalle ... in Widerstreit, so ist es Sache des Gesetzgebers, das Gewicht, das ihnen in dem zu regelnden Falle zukommt, abzuwägen und zu entscheiden, welchem der beiden Prinzipien der Vorzug gegeben werden soll.“) und die übrige Rechtsprechung zum Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit (dazu unten Abschnitt 4).

⁵ Vgl. die in Zitaten der letzten beiden Anmerkungen deutliche Nähe zwischen Interessenausgleich und Interessenabwägung und die Passagen des Urteils zur Verfassungswidrigkeit der KPD, in denen das BVerfG zur freiheitlichen Demokratie ausführt, daß und wie diese „in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller“ wirke (BVerfGE 5, 85 [198]).

⁶ Entscheidungen des BVerfG, in denen dieses die Aufgabe der Abwägung dem Richter zuweist und richterliche Entscheidungen entsprechend überprüft, werden besonders im Abschnitt 1 der Arbeit erörtert. Abwägung als Aufgabe des Gesetzgebers ist Gegenstand besonders der Abschnitte 2 bis 4.

des BVerfG⁷ wäre nur noch eine unbefriedigend selektive Auseinandersetzung mit dem einschlägigen Schrifttum zu leisten. Auf diese verzichtet daher die Arbeit in ihrem ersten Teil ganz. Sie versucht hier, die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG immanent darzustellen, die Kritik aus der Entwicklung und deren Widersprüchen zu gewinnen und die Diskussion der Entscheidungsbegründungen so weit zu führen, daß entweder die Folgerichtigkeit des Begründungsgangs und der Abwägungsschritte sichtbar oder der Grund der mangelnden Folgerichtigkeit erkennbar wird.

Die Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Schrifttum eröffnet den zweiten Teil der Arbeit. Nicht so, daß nun die Rechtsprechung des BVerfG etwa zu Art. 5 mit dem Schrifttum zu Art. 5 konfrontiert würde. Vielmehr werden vor dem Hintergrund des Abwägungsmodells, das im ersten Teil als die Rechtsprechung des BVerfG tragend Gestalt gewinnt, die abwägungsmethodischen Positionen des Schrifttums vorgestellt und diskutiert. Die Methodendiskussion zur Abwägung führt dann vom Bereich der Rechtswissenschaft in den der Wohlfahrtsökonomik und der Spieltheorie. In diesem Bereich werden den rechtswissenschaftlichen Abwägungsproblemen verwandte Probleme methodisch genauer diskutiert, und aus den erfolgreichen ebenso wie aus den gescheiterten Problemlösungsversuchen läßt sich für die Frage, was im Recht als Abwägung methodisch befriedigend betrieben werden kann, profitieren.

Das Modell der Abwägung, das in Durchsicht der Rechtsprechung und in Antwort auf diese Frage entsteht, wird im Fazit in den Entwurf einer Grundrechtsdogmatik umgesetzt. Ob es richtig ist, dabei noch von Abwägung zu reden, mag bezweifelt werden. Mit dem Gewichten und Vergleichen von öffentlichen und privaten Werten, Gütern oder Interessen, das oft mit Abwägung gemeint ist, hat das gewonnene Abwägungsmodell nichts zu tun. Es konvergiert mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, und wo es sich vom Gebot der Verhältnismäßigkeit

⁷ Zunächst war es die Absicht, als Abwägungsrechtsprechung einfach die Entscheidungen der von den Mitgliedern des BVerfG herausgegebenen Entscheidungssammlung zum Material der Arbeit zu nehmen, in deren Gründen die Worte „Abwägung“ und „abwägen“ oder Wortverbindungen mit „Abwägung“ und „abwägen“ vorkommen. Da diese Worte in den Stichwortverzeichnissen der Entscheidungssammlung nur selten ausgewiesen sind, wurde die Durchsicht aller Entscheidungen der Entscheidungssammlung notwendig. Dabei bot es sich an, auch solche Entscheidungen zu erfassen, in denen die Worte „Abwägung“ und „abwägen“ zwar nicht fallen, die aber wegen ihres Gegenstandes und dessen Behandlung in die Linie der Rechtsprechung gehören, die das BVerfG selbst durch häufige Verwendung der Worte „Abwägung“ und „abwägen“ als Abwägungsrechtsprechung zu erkennen gibt. Im ersten Teil der Arbeit kommen nun die Rechtsprechungstraditionen des BVerfG, in denen dieses besonders häufig abwägt, auch insoweit zur Darstellung, als von „Abwägung“ oder „abwägen“ nicht die Rede ist.