Professor Dr. Dr. h. c. mult. Robert Alexy, Kiel*

Die Gewichtsformel

Es gibt zwei Grundoperationen der Rechtsanwendung: die Subsumtion und die Abwägung. Während die Subsumtion relativ gut erforscht ist, sind bei der Abwägung nach wie vor viele Fragen offen. Dabei geht es um drei Probleme: das der Struktur, das der Rationalität und das der Legitimität. Zwischen diesen Problemen bestehen enge Zusammenhänge. Die Legitimität der Abwägung im Recht hängt von deren Rationalität ab. Je rationaler die Abwägung ist, desto legitimer ist das Abwägen. Über die Rationalität der Abwägung aber entscheidet deren Struktur. Sollte deren Analyse zeigen, dass Abwägen nichts anderes als willkürliches Entscheiden sein kann, wäre mit der Rationalität der Abwägung zugleich deren Legitimität in der Rechtsanwendung, insbesondere in der Verfassungsrechtsprechung, in Frage gestellt. Den Kern des Problems der Abwägung im Recht bildet daher das Problem der Struktur der Abwägung.

I. Die normtheoretische Basis: Regeln und Prinzipien

Das normtheoretische Fundament einerseits der Subsumtion und andererseits der Abwägung bildet die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.[1] Regeln sind Normen, die definitiv etwas gebieten. Sie sind *definitive Gebote*. Die meisten Regeln ordnen etwas für den Fall an, dass bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Sie sind dann bedingte Normen. Regeln können aber auch eine kategorische Form annehmen. Ein Beispiel wäre ein absolutes Folterverbot. Entscheidend ist, dass dann, wenn eine Regel gilt und anwendbar ist, es definitiv geboten ist, genau das zu tun, was sie verlangt. Wird dies getan, ist die Regel erfüllt; wird dies nicht getan, ist die Regel nicht erfüllt. Regeln sind daher Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Demgegenüber sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*. Als solche sind sie dadurch charakterisiert, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Die rechtlichen Möglichkeiten werden außer durch Regeln wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt.

II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Wie Unterscheidungen ganz allgemein, so können auch normtheoretische Unterscheidungen von größerer oder geringerer theoretischer und praktischer Bedeutung sein. Die Bedeutung der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien resultiert daraus, dass der Prinzipiencharakter den wichtigsten Grundsatz des materiellen Verfassungsrechts, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, impliziert, und, umgekehrt, dieser jenen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen drei Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne folgt logisch aus der Prinzipiendefinition, und diese aus jenem.

Prinzipien fordern eine möglichst weitgehende Realisierung sowohl relativ auf die tatsächlichen als auch relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten. Die Teilgrundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit bringen das Gebot der Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten zum Ausdruck.[2] Dabei geht es nicht um Abwägung, sondern um die Vermeidung solcher Grundrechtseingriffe, die ohne Kosten für andere Prinzipien vermeidbar sind,[3] also um Pareto-Optimalität.[4] Bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, der auch als „Grundsatz der Proportionalität" bezeichnet werden kann, geht es demgegenüber um die Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten. Das ist das Feld der Abwägung. Nur diese soll hier interessieren.

Den Kern der Abwägung bildet eine Relation, die sich als „Abwägungsgesetz" bezeichnen und wie folgt formulieren lässt:

> Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.[5]

Das Abwägungsgesetz lässt erkennen, dass die Abwägung sich in drei Teilschritte zerlegen lässt. In einem ersten Schritt ist der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips festzustellen. Dem hat in einem zweiten Schritt sodann die Feststellung der Wich-

---

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Der Artikel wurde erstmals veröffentlicht in der Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hrsg.), 2003, S. 771–792. Die Gedächtnisschrift erschien im De Gruyter Recht Verlag, Berlin.

1 Vgl. hierzu m. w. N. *Robert Alexy,* Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 71 ff.; *ders.,* Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Bernd Schilcher/Peter Koller et al. (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 31 ff.

2 Vgl. hierzu *Laura Clérico,* Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 26 ff.

3 Vgl. hierzu sowie zum Verhältnis zwischen den Grundsätzen der Geeignetheit und Erforderlichkeit einerseits und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne andererseits *Robert Alexy,* A Theory of Constitutional Rights, 2002, Postscript.

4 *Alexy* (Fn. 1), S. 149.

5 Vgl. *Alexy* (Fn. 1), S. 146.

tigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips zu folgen. In einem dritten Schritt ist schließlich festzustellen, ob die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips die Beeinträchtigung oder Nichterfüllung des anderen rechtfertigt. Diese elementare Struktur zeigt, was radikale Abwägungsskeptiker wie etwa *Habermas* und *Schlink* bestreiten müssen, wenn sie behaupten, dass die Abwägung, „weil dafür rationale Maßstäbe fehlen", sich „entweder willkürlich oder unreflektiert nach eingewöhnten Standards und Rangordnungen" vollziehen müsse,[6] oder wenn sie sagen, dass in „den Prüfungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn […] letztlich nur die Subjektivität der Prüfenden zur Geltung" komme und dass die „Wertungs- und Abwägungsoperationen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn […] letztlich nur dezisionistisch zu leisten" seien.[7] Sie müssen bestreiten, dass rationale Urteile über Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade möglich sind. Nun lassen sich aber leicht Beispiele finden, in denen derartige Urteile durchaus getroffen werden können. So ist die Pflicht der Produzenten von Tabakwaren, auf ihren Erzeugnissen Hinweise auf die Gefahren des Rauchens für die Gesundheit anzubringen, ein relativ leichter Eingriff in die Berufsfreiheit. Ein vollständiges Verbot aller Tabakprodukte wäre demgegenüber als schwerer Eingriff einzustufen. Zwischen derartigen leichten und schweren Fällen lassen sich Fälle von mittlerer Eingriffsintensität einordnen. Ein Beispiel wäre das Verbot von Zigarettenautomaten zusammen mit der Beschränkung des Verkaufs von Tabakwaren auf bestimmte Geschäfte. Auf diese Weise entsteht eine Skala mit den Stufen „leicht", „mittel" und „schwer". Das Beispiel zeigt, dass gültige Zuordnungen zu diesen Stufen möglich sind. Man stelle sich nur jemanden vor, der ein vollständiges Verbot aller Tabakprodukte als einen leichten Eingriff in die Berufsfreiheit der Produzenten einstuft und die Pflicht, Warnhinweise auf den Verpackungen anzubringen, demgegenüber als einen schweren Eingriff ansieht. Es wäre nicht leicht, diese Urteile ernst zu nehmen.

Die Möglichkeit der dreistufigen Skalierung besteht auch auf der Seite der gegenläufigen Gründe. Der Grund für die Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen auf Tabakprodukten ist der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren. Das Bundesverfassungsgericht dürfte nicht übertreiben, wenn es in seiner Entscheidung zu den Warnhinweisen als „nach heutigem medizinischen Kenntnisstand gesichert" ansieht, dass Rauchen Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursacht.[8] Das Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe ist daher hoch. Sie wiegen schwer. Steht auf diese Weise erst einmal die Eingriffsintensität als leicht und der Grad der Wichtigkeit des Eingriffsgrundes als hoch fest, so ist das Ergebnis leicht zu erkennen. Der schwer wiegende Eingriffsgrund rechtfertigt den leichten Eingriff. Die Pflicht, Warnhinweise auf Tabakerzeugnissen anzubringen, verletzt daher nicht die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit der Tabakproduzenten. Dieses Ergebnis der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist nicht nur irgendwie plausibel. Angesichts der geringen Intensität des Eingriffs und des hohen Gewichts des Eingriffsgrundes kann man es durchaus mit dem Bundesverfassungsgericht als „offensichtlich" bezeichnen.[9]

Man könnte nun meinen, dass das Beispiel nicht viel sage. Auf der einen Seite gehe es um wirtschaftliche Aktivitäten. Hier seien Skalierungen 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 sei, könne sich eine Einstufung im oberen Bereich der Wichtigkeit auf quantifizierbare Tatsachen stützen. Das lasse sich nicht auf Bereiche übertragen, in denen quantifizierbare Faktoren wie Kosten und Wahrscheinlichkeiten keine oder keine erhebliche Rolle spielten.

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. Das Oberlandesgericht Düsseldorf verurteilte die TITANIC auf Klage des Reserveoffiziers hin zu einem Schmerzensgeld in Höhe von 12.000 DM. Die TITANIC erhob Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht nimmt eine „fallbezogene Abwägung"[10] zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit der auf der Seite des Magazins Beteiligten (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Reserveoffiziers (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) vor. Zu diesem Zweck wird die Intensität der Beeinträchtigung dieser Rechte bestimmt und ins Verhältnis gesetzt. Die Verurteilung zu dem Schmerzensgeld wird als „nachhaltiger", also *schwerer* Eingriff in die Meinungsfreiheit eingestuft, auch wenn er nicht durch eine strafgerichtliche, sondern nur durch eine zivilgerichtliche Entscheidung erfolgt ist. Das wird vor allem damit begründet, dass das Schmerzensgeld die künftige Bereitschaft der Betroffenen mindern könnte, ihr Magazin so zu gestalten, wie sie es bislang getan haben.[11] Die Bezeichnung „geb. Mörder" wird sodann in den Kontext der von der TITANIC publizierten Satire gestellt. In ihr werden mehrere Personen auf eine „erkennbar unernste, durch Wortwitze bis hin zu Albernheiten" geprägte Weise als etwas Geborenes bezeichnet, der damalige Bundespräsident Richard von Weizsäcker etwa als „geb. Bürger".[12] Dieser Kontext schließe es aus, in dieser Bezeichnung eine „unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung"

6 *Jürgen Habermas,* Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 315 f.

7 *Bernhard Schlink,* Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457 (462). Vgl. *ders.,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 445 (456, 460 ff.); *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink,* Grundrechte, 17. Aufl. 2001, Rn. 293.

8 BVerfGE 95, 173 (184).

9 BVerfGE 95, 173 (187).

10 BVerfGE 86, 1 (11).

11 BVerfGE 86, 1 (10).

12 BVerfGE 86, 1 (11).

zu sehen.[13] Der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts wird damit allenfalls eine *mittlere,* vielleicht sogar nur eine *geringe* Intensität zugemessen. Dem entspricht eine *mittlere,* vielleicht nur eine *geringe* Wichtigkeit des Schutzes der Persönlichkeit des Reserveoffiziers durch Verhängung eines Schmerzensgeldes. Nach diesen Einstufungen steht der erste Teil der Entscheidung fest. Um die Verurteilung zu dem Schmerzensgeld als einen schweren Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit zu rechtfertigen, müsste die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts, die durch das Schmerzensgeld ausgeglichen werden soll, mindestens ebenfalls schwer sein. Das ist sie nach der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht. Dann aber ist der Eingriff in die Meinungsfreiheit unverhältnismäßig, was bedeutet, dass die Bezeichnung des Reserveoffiziers als „geb. Mörder" nicht mit einem Schmerzensgeld sanktioniert werden durfte.

Anders sollen die Dinge allerdings bei der Bezeichnung des Reserveoffiziers als „Krüppel" liegen. Diese Bezeichnung verletze den Querschnittsgelähmten „*schwer* in seinem Persönlichkeitsrecht".[14] Die Wichtigkeit des Schutzes des Reserveoffiziers durch die Verhängung eines Schmerzensgeldes ist also groß. Dies wird damit begründet, dass die Bezeichnung eines Schwerbehinderten als „Krüppel" heute im Allgemeinen „als Demütigung verstanden" werde und eine „Missachtung" zum Ausdruck bringe. Dem schweren Eingriff in die Meinungsfreiheit steht somit eine hohe Wichtigkeit des Schutzes der Persönlichkeit gegenüber. In dieser Situation kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass „keine Fehlgewichtung zu Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit" zu erkennen sei.[15] Die Verfassungsbeschwerde der TITANIC war deshalb nur insoweit begründet, als das Schmerzensgeld für die Bezeichnung „geb. Mörder" verhängt worden war. Soweit es der Bezeichnung „Krüppel" galt, war sie unbegründet.[16]

Man kann nun darüber streiten, ob die Bezeichnung als „geb. Mörder" tatsächlich nur einen mittleren oder leichten Eingriff darstellt. Hier ist allein von Bedeutung, dass kaum zu bezweifeln ist, dass sowohl die Verhängung des Schmerzensgeldes als auch die Bezeichnung als „Krüppel" das jeweilige Prinzip sehr intensiv beeinträchtigen. Auf der Seite des Schwerbehinderten kann man dies über die Feststellungen des Gerichts hinaus noch weiter qualifizieren. Das Bundesverfassungsgericht stellt treffend fest, dass die Bezeichnung eines Querschnittsgelähmten als „Krüppel" eine Demütigung und Missachtung zum Ausdruck bringt. Eine solche öffentliche Demütigung und Versagung der Achtung trifft die Würde des Angesprochenen. Das ist nicht nur schlicht eine schwere, sondern eine sehr schwere oder außerordentlich schwere Beeinträchtigung. Mit ihr ist der Bereich betreten, in dem Beeinträchtigungen kaum noch durch eine Verstärkung der Gründe für den Eingriff gerechtfertigt werden können. Das entspricht dem Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution.[17] Der TITANIC-Fall ist deshalb nicht nur ein Beispiel dafür, dass Skalierungen, die sich sinnvoll zueinander ins Verhältnis setzen lassen, auch dort möglich sind, wo es um immaterielle Güter wie die Persönlichkeit und die freie Rede geht, sondern auch ein Bespiel dafür, dass in den Grundrechten als Prinzipien Kräfte stecken, welche im Wege der Abwägung Grenzen setzen, die zwar nicht starr und abwägungsfrei erkennbar, wohl aber fest und klar sind.

Die Tabak- und die TITANIC-Entscheidung zeigen, dass jedenfalls in einigen Fällen rationale Urteile über Intensitäts- und Wichtigkeitsgrade möglich sind und dass solche Urteile sich zwecks Begründung eines Ergebnisses ins Verhältnis setzen lassen. Natürlich werden in solchen Urteilen Maßstäbe vorausgesetzt, die nicht schon im Abwägungsgesetz enthalten sind. So stecken in der Feststellung, dass die Verurteilung der TITANIC zu einem Schmerzensgeld ein schwerer Eingriff in die Meinungsfreiheit ist, Annahmen über das, was die Meinungsfreiheit bedeutet und was für sie gefährlich ist. Umgekehrt setzt das Urteil, dass die Bezeichnung als „Krüppel" ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeit ist, Annahmen darüber voraus, was es bedeutet, eine Person zu sein und Würde zu haben. Doch das heißt nicht, dass die Abwägung sich, um *Habermas'* Worte zu verwenden, „entweder willkürlich oder unreflektiert nach eingewöhnten Standards und Rangordnungen"[18] vollzieht. Die den Urteilen über die Eingriffsintensität und den Wichtigkeitsgrad zugrundeliegenden Annahmen sind nicht willkürlich. Es werden Gründe für sie angeführt, die sich hören lassen. Auch dass diese Annahmen vom Bundesverfassungsgericht „unreflektiert nach eingewöhnten Standards und Rangordnungen" getroffen wurden, muss bezweifelt werden. Die Standards entsprechen zwar einer Linie von Präjudizien. Hier von „eingewöhnten Standards" zu sprechen wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn es bei der Entscheidung allein auf die Existenz einer Linie von Präjudizien ankäme und nicht auch auf deren Richtigkeit. Des Weiteren könnte von einer „unreflektierten" Anwendung nur dann die Rede sein, wenn diese Anwendung nicht im Wege der Argumentation stattfände. Denn es sind Argumente, die Reflexion öffentlich zum Ausdruck bringen. An Argumentation aber mangelt es nicht. All dies gilt auch für die Tabak-Entscheidung.

III. Die triadische Skalierung

Bislang sind nur Beispiele betrachtet worden. Diese haben gezeigt, dass es Fälle gibt, in denen auf rationale Weise mittels einer Abwägung kollidierender Prinzipien ein Ergebnis gewonnen werden kann. Damit ist zwar die These widerlegt, dass das Abwägen wegen des Fehlens rationaler Maßstäbe in allen Fällen alles zulässt, die Struktur der Abwägung ist damit aber noch nicht erfasst. Das bislang Gesagte blieb an die Beispiele gebunden. Um zu einem

13 BVerfGE 86, 1 (12).

14 BVerfGE 86, 1 (13) – Hervorhebung von *R.A.*

15 Ebd.

16 BVerfGE 86, 1 (14).

17 Vgl. *Alexy* (Fn. 1), S. 147.

18 *Habermas* (Fn. 6), S. 315 f.

die Beispiele übersteigenden generellen Urteil über die Möglichkeit rationalen Abwägens zu gelangen, soll nunmehr das hinter den bisher getroffenen Einstufungen stehende System in den Blick genommen werden.

Alle Einstufungen erfolgten in einem dreistufigen oder triadischen Modell. Natürlich ist für das Abwägen die Dreistufigkeit nicht zwingend. Dieses kann beginnen, sobald man zwei Stufen hat, und die Zahl der Stufen ist nach oben hin offen. Das im Folgenden Ausgeführte trifft in der Sache auch dann zu, wenn man die Zahl der Stufen auf zwei senkt oder über drei hinaus hebt. Diese Zahl darf nur nicht, wie noch darzulegen sein wird, zu groß werden. Die Triade hat aber gegenüber solchen Alternativen den Vorteil, dass sie besonders gut der Praxis der juristischen Argumentation entspricht. Zudem lässt sie sich auf eine intuitiv besonders einleuchtende Weise erweitern.

Die drei Stufen lassen sich, wie bereits illustriert, durch die Ausdrücke „leicht", „mittel" und „schwer" kennzeichnen. Es dient der Einfachheit der Darstellung, diese drei Stufen durch die Buchstaben „*l*", „*m*" und „*s*" zu kennzeichnen. „*l*" steht dabei nicht nur für das umgangssprachliche „leicht", sondern auch für Ausdrücke wie „gering" oder „schwach", und „*s*" vertritt neben „schwer" auch Wendungen wie „hoch" oder „stark".

Gegenstand der Bewertung als *l, m* oder *s* sind nach dem Abwägungsgesetz einerseits der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips und andererseits die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen. Auf der ersten Seite steht mit der Kombination von „Nichterfüllung" und „Beeinträchtigung" ein Doppelbegriff. Dieser bringt die Dichotomie von Abwehr und Schutz zum Ausdruck. Wenn es um ein Grundrecht als Abwehrrecht geht, dann stellt sich die zu beurteilende Maßnahme als Eingriff dar. Eingriffe sind Beeinträchtigungen. Statt von dem „Grad der Beeinträchtigung" kann man deshalb auch von der „Intensität des Eingriffs" sprechen, was im Weiteren geschehen soll. Es ist ein Zeichen für die Dehnbarkeit der Sprache, dass man jeden Eingriff zugleich als „Nichterfüllung" bezeichnen kann. Der Ausdruck „Nichterfüllung" wirkt freilich natürlicher, wenn es um Schutzrechte geht, die, anders als Abwehrrechte, kein Unterlassen, sondern ein positives Tun fordern. Auch hier kann man freilich, was wiederum die Flexibilität der Sprache zeigt, von „Beeinträchtigungen" und sogar von „Eingriffen" sprechen. Wenn ein Prinzip Schutz fordert, dieser aber nicht gewährt wird, kann nicht nur von einer „Nichterfüllung" dieses Prinzips, sondern auch von einem „Eingriff" in dieses, und zwar einem „Eingriff durch Nichterfüllung", die Rede sein.

Vor diesem Hintergrund können nunmehr einige Festsetzungen getroffen werden. Verwendet man „P_i" als Variable für das, dessen Verletzung – um wieder die Formulierung des Abwägungsgesetzes zu nehmen – wegen Nichterfüllung oder Beeinträchtigung geprüft wird, so kann man für die Intensität des Eingriffs in P_i „IP_i" notieren. Eingriffe sind immer konkrete Eingriffe. Die Eingriffsintensität ist daher eine konkrete Größe. Als solche unterscheidet sie sich vom abstrakten Gewicht von P_i, das als „GP_i" notiert werden soll. Das abstrakte Gewicht eines Prinzips P_i ist das Gewicht, das P_i relativ auf andere Prinzipien unabhängig von den Umständen irgendwelcher Fälle zukommt. Viele Prinzipien der Verfassung unterscheiden sich nicht in ihrem abstrakten Gewicht. Bei einigen ist dies allerdings anders. So hat das Recht auf Leben ein höheres abstraktes Gewicht als die allgemeine Handlungsfreiheit. Ist das abstrakte Gewicht der kollidierenden Prinzipien gleich, kann dieses aus der Abwägung ausgeblendet werden. Das Abwägungsgesetz nennt als ersten Abwägungsgegenstand nur die Eingriffsintensität. Das zeigt, dass es auf die Situation hin formuliert wurde, in der die abstrakten Gewichte gleich sind, also keine Rolle spielen. Was zu geschehen hat, wenn die abstrakten Gewichte differieren, wird noch darzutun sein. Hier reicht es aus festzustellen, dass es aus Gründen der Klarheit stets wichtig ist, deutlich zu machen, ob jeweils von einer abstrakten oder von einer konkreten Größe die Rede ist. Bei IP_i ist das zwar an sich nicht erforderlich, weil Eingriffsintensitäten notwendig konkret sind. Es schadet aber auch nicht, die Konkretheit von IP_i dadurch explizit zu machen, dass man „C" hinzufügt. „C" bringt die entscheidungsrelevanten Umstände des Falles zum Ausdruck. „C" spielt im Kollisionsgesetz, auf das hier nicht eingegangen werden kann,[19] eine zentrale Rolle. Der erste Gegenstand der Bewertung als *l, m* oder *s,* die Eingriffsintensität, kann daher als „IP_iC" notiert werden.

„IP_iC" bringt drei Aspekte zum Ausdruck. „P_i" steht dafür, dass es um das Prinzip P_i geht, „I" dafür, dass es um die Intensität eines Eingriffs in P_i geht, und „C" dafür, dass es um einen konkreten Fall geht. Es ist der Anschaulichkeit dienlich, diese drei Aspekte in einem komplexen Ausdruck wie „IP_iC" zu repräsentieren. Andererseits geht es um *eine* Größe, die Eingriffsintensität. Das legt es nahe, immer dann, wenn es nicht darauf ankommt, die drei Aspekte hervorzuheben, statt „IP_iC" schlicht „I_i" zu schreiben. I_i unterscheidet sich in nichts von IP_iC. Es gilt also: $I_i = IP_iC$. „I_i" kann als „knappe Fassung" der ausführlichen Fassung „IP_iC" bezeichnet werden.[20] Dass es um die Eingriffsintensität geht, wird durch den Buchstaben „I" zum Ausdruck gebracht, dass es um einen Eingriff in P_i geht, wird daran erkennbar, dass „I" mit dem Index „i" versehen wird, und dass es um eine konkrete Größe geht, versteht sich bei der Eingriffsintensität von selbst.

Entsprechende Notationen empfehlen sich bei dem abstrakten Gewicht. Das abstrakte Gewicht von P_i wurde bereits als „GP_i" notiert. Will man die Abstraktheit explizit machen, so kann man dem in Analogie zu „C" „A" hinzufügen. Die ausführliche Bezeichnung des abstrakten (A) Gewichts (G) von P_i ist dann „GP_iA". Die knappe Fassung nimmt auf entsprechende Weise die Form „G_i" an. Es ist schon erwähnt worden, dass das durch „G_i" oder „GP_iA" ausgedrückte abstrakte Gewicht nur dann eine Rolle in der Abwägung spielt, wenn es sich von dem abstrakten Gewicht des gegenläufigen Prinzips unter-

19 *Alexy* (Fn. 1), S. 83.

20 Die ausführliche Fassung wird in *Robert Alexy,* Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität zu Tokio 17 (2001), S. 77 verwendet.

scheidet. Sind die abstrakten Gewichte auf beiden Seiten gleich, neutralisieren sie sich gegenseitig.

Der zweite Gegenstand der Bewertung als *l, m* oder *s* ist nach der Formulierung des Abwägungsgesetzes die „Wichtigkeit der Erfüllung" des anderen Prinzips. Anders als die Eingriffsintensität muss der Wichtigkeitsgrad nicht notwendig ausschließlich als eine konkrete Größe aufgefasst werden. Man kann einen Begriff der Wichtigkeit bilden, in dem Konkretes und Abstraktes verbunden sind. Wie wichtig die Erfüllung des gegenläufigen Prinzips ist, hinge dann sowohl davon ab, wie intensiv die Beeinträchtigung des gegenläufigen Prinzips wäre, wenn ihm nicht der Vorrang gegeben werden würde, als auch davon, wie hoch sein abstraktes Gewicht ist. Es ist jedoch bereits bemerkt worden, dass daran, dass der erste Halbsatz des Abwägungsgesetzes nur auf die Eingriffsintensität abstellt, zu erkennen ist, dass dieses Gesetz auf diejenige Konstellation zugeschnitten ist, in der die abstrakten Gewichte gleich sind und deshalb keine Rolle spielen. Also liegt es nahe, unter der Wichtigkeit im Sinne der Formulierung des Abwägungsgesetzes zunächst nur die konkrete Wichtigkeit zu verstehen.

Damit läuft alles auf die Frage zu, was die konkrete Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips, von der das Abwägungsgesetz spricht, ist. Da es beim Abwägungsgesetz ausschließlich um die Relation zwischen den beiden kollidierenden Prinzipien geht, kann sie nur von den Auswirkungen abhängen, die die Unterlassung oder der Nichtvollzug der in P_i eingreifenden Maßnahme auf die Erfüllung des gegenläufigen Prinzips, das als „P_j" notiert werden soll, haben würde. Die konkrete Wichtigkeit der Erfüllung von P_j bestimmt sich deshalb nach den Auswirkungen, die die Unterlassung des Eingriffs in P_i für P_j hätte. Das lässt sich anhand des TITANIC-Falls illustrieren. Es soll nur um die Bezeichnung des schwerbehinderten Reserveoffiziers als „Krüppel" gehen. Um die Intensität des Eingriffs in die Meinungsäußerungsfreiheit zu bestimmen, ist schlicht zu fragen, wie intensiv das Verbot dieser Äußerung verbunden mit der Verhängung des Schmerzensgeldes in die Meinungsäußerungsfreiheit eingreift. Das ist das, was die Verfassung diesem Grundrecht zumutet, wenn sie das im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Ausdruck kommende Verbot dieser Äußerung zusammen mit der Verhängung des Schmerzensgeldes erlaubt. Um die Wichtigkeit der Erfüllung des Prinzips des Persönlichkeitsschutzes zu bestimmen, ist nunmehr umgekehrt zu fragen, was die Unterlassung oder der Nichtvollzug des Eingriffs in die Meinungsäußerungsfreiheit, also die Einstufung der Bezeichnung „Krüppel" als erlaubt und damit die Nichtverhängung des Schmerzensgeldes, für den Schutz der Persönlichkeit bedeuten würde. Dabei geht es um nichts anderes als um die Kosten, die dem Persönlichkeitsschutz bei Schonung der Meinungsäußerungsfreiheit entstehen. Die Wichtigkeit des Prinzips des Persönlichkeitsschutzes im TITANIC-Fall ergibt sich also daraus, wie intensiv der Nichtschutz durch Nichteingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit der TITANIC in das Persönlichkeitsrecht des Reserveoffiziers eingreifen würde. Das lässt sich verallgemeinern und in folgenden Satz fassen: Die konkrete Wichtigkeit von P_j bemisst sich danach, wie intensiv der Nichteingriff in P_i in P_j eingreift.

Wieder stellt sich die Frage nach der Notation. Man könnte daran denken, für die Wichtigkeit den Buchstaben „*W*" zu setzen und die konkrete Wichtigkeit des gegenläufigen Prinzips analog zu „IP_iC" durch „WP_jC" zu notieren. Das hätte den Vorteil der Nähe zum gängigen Sprachgebrauch, dem auch die Formulierung des Abwägungsgesetzes folgt.[21] Systematische Erwägungen legen jedoch eine andere Lösung nahe. Der Begriff der konkreten Wichtigkeit von P_j ist, wie dargelegt, mit dem Begriff der Intensität des Eingriffs in P_j durch Unterlassen des Eingriffs in P_i identisch. Es geht um die Intensität eines hypothetischen Eingriffs durch Nichteingriff. Das kommt am klarsten zum Ausdruck, wenn auch auf der Seite des gegenläufigen Prinzips das Zeichen für die Eingriffsintensität, also „*I*" verwendet wird. Das Gegenstück zu „IP_iC" ist also „IP_jC". Wieder kann diese ausführliche Kennzeichnung durch eine knappe ersetzt werden, und zwar durch „I_j". Auch hier gilt: $IP_jC = I_j$. Im Weiteren sollen nur noch die knappen Ausdrücke Verwendung finden.[22]

Die Gegenstände der Bewertung als *l, m* oder *s* stehen damit fest. Bei der Präsentation des Abwägungsgesetzes ist gesagt worden, dass das Abwägungsgesetz die Abwägung in drei Teilschritte zerlegt. Die ersten beiden können in unserem triadischen Modell nunmehr vollzogen werden: die Bewertung von I_i als *l, m* oder *s* und die Bewertung von I_j als *l, m* oder *s*. Zu fragen ist nunmehr, wie der dritte Schritt vollzogen werden kann, in dem die Bewertungen miteinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen.

Es könnte behauptet werden, dass derartige Bewertungen überhaupt nicht ins Verhältnis gesetzt werden können. Das, was kollidiere, sei inkommensurabel.[23] So könnte etwa im Blick auf den TITANIC-Fall geltend gemacht werden, dass die Bezeichnung als „geb. Mörder" und die Verurteilung zu einem Schmerzensgeld von 12.000 DM zwei soziale Tatsachen seien, die weniger gemeinsam hätten als Äpfel und Birnen als natürliche Tatsachen. Das trifft jedoch nicht den entscheidenden Punkt. Es geht nicht um die unmittelbare Vergleichbarkeit irgendwelcher Gegenstände, sondern um die Vergleichbarkeit ihrer Bedeutung für die Verfassung, was freilich mittelbar zu ihrer Vergleichbarkeit führt. Der Begriff der Vergleichbarkeit der Bedeutung für die Verfassung enthält zwei Elemente, die ausreichen, um Kommensurabilität zu stiften. Das erste ist ein einheitlicher Standpunkt: der Standpunkt der Verfassung. Natürlich kann man darüber streiten, was von diesem Standpunkt aus gilt. Das

21 Das ist der Grund, weshalb in früheren Arbeiten beim gegenläufigen Prinzip ein anderer Buchstabe gewählt wurde als bei der Eingriffsintensität; vgl. *Alexy* (Fn. 20), S. 73.

22 Weiter unten wird der Buchstabe „*W*" für eine Größe verwendet werden, die sich aus der konkreten Wichtigkeit im Sinne der Eingriffsintensität (*I*) und dem abstrakten Gewicht (*G*) zusammensetzt.

23 Vgl. hierzu *Thomas Alexander Aleinikoff,* Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale Law Journal 96 (1987), 943 (972 ff.).

geschieht ununterbrochen. Doch es ist immer ein Streit darum, was von Verfassungs wegen richtig ist. Inkommensurabilität entsteht freilich sofort, wenn der einheitliche Standpunkt aufgegeben wird. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der eine Verfassungsinterpret zum anderen sagte, dass von seinem Standpunkt aus das eine gelte, von dem des anderen aus das Entgegengesetzte, jeder also von seinem Standpunkt aus recht habe und nicht nur nicht irren, sondern auch nicht kritisiert werden könne, weil es einen einheitlichen oder gemeinsamen Standpunkt, von dem aus sich etwas als falsch erweisen könnte, weder gebe noch geben könne. Ein über leere Rhetorik hinausreichender und in diesem Sinne rationaler Diskurs über die richtige Lösung wäre dann unmöglich. Nun gilt freilich auch das Umgekehrte. Wenn ein rationaler Diskurs über das, was von Verfassungs wegen gilt, möglich ist, dann ist ein einheitlicher Standpunkt möglich. Dieser entsteht, sobald ein rationaler Diskurs beginnt, der sich von der regulativen Idee des von Verfassungs wegen Richtigen leiten lässt. Wer die Möglichkeit von Bewertungen an der Unmöglichkeit eines einheitlichen Standpunkts scheitern lassen will, muss deshalb die Unmöglichkeit eines rationalen Diskurses über Bewertungen im Rahmen der Verfassungsinterpretation behaupten. Diese Behauptung soll bestritten werden, auch wenn ihre Widerlegung hier nicht ausgeführt werden kann.[24] Das zweite kommensurabilitätsstiftende Element ist eine wie auch immer beschaffene Skala, die die Stufen für die Bewertung der grundrechtlichen Verluste und Gewinne liefert. Die triadische Skala *l, m, s* ist hierfür ein Beispiel. Ihr Einsatz vom einheitlichen Standpunkt der Verfassung aus schafft Kommensurabilität.

Ist erst einmal Kommensurabilität durch Standpunkt und Skala gestiftet, so erweist sich die Frage, wie der dritte Schritt der Abwägung zu vollziehen ist, als einfach. Es gibt drei Konstellationen, in denen der Eingriff in P_i intensiver ist als der in P_j:

(1) $I_i : s, I_j : l$
(2) $I_i : s, I_j : m$
(3) $I_i : m, I_j : l$

In diesen Fällen geht $P_i\, P_j$ vor. Es gilt, ganz im Sinne des bereits erwähnten Kollisionsgesetzes, die bedingte Präferenzrelation $(P_i \mathbf{P} P_j)\ C$.[25] Den drei Fällen des Vorranges von P_i entsprechen drei Fälle des Vorranges von P_j:

(4) $I_i : l, I_j : s$
(5) $I_i : m, I_j : s$
(6) $I_i : l, I_j : m$

In diesen Fällen gilt $(P_j \mathbf{P} P_i)\ C$. Zu diesen sechs Fällen, die sich aufgrund der triadischen Skalierung entscheiden lassen, kommen drei Pattfälle:

(7) $I_i : l, I_j : l$
(8) $I_i : m, I_j : m$
(9) $I_i : s, I_j : s$

Im Pattfalle legt die Abwägung kein Ergebnis fest. Der Fall liegt in einem Abwägungsspielraum, und zwar in einem strukturellen Abwägungsspielraum. Dieser Abwägungsspielraum ist für die Abgrenzung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts einerseits und des Gesetzgebers und der Fachgerichte andererseits von größter Bedeutung, was hier allerdings nicht weiter verfolgt werden kann.[26]

Die drei Stufen des triadischen Modells bilden eine Skala, die Einstufungen zu systematisieren versucht, welche sich sowohl in der alltäglichen Praxis als auch in der juristischen Argumentation finden. Eine solche Dreistufigkeit ist weit von einer Metrisierung der Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade durch eine Kardinalskala, die über ein Kontinuum von 0–1 verläuft, entfernt, und sie muss dies auch sein, weil sich die Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade nicht mittels einer solchen Skala metrisieren lassen.[27] Es ist zwar nicht selten möglich, eine verfeinerte Triade – in Frage kommt, wie noch zu zeigen sein wird, vor allem eine Doppeltriade – zum Einsatz zu bringen, doch das hat Grenzen. Oft bereitet schon die Einstufung als leicht, mittel oder schwer Probleme. Manchmal kann man gerade noch zwischen leicht und schwer unterscheiden, und in einigen Fällen scheint selbst das unmöglich zu sein.[28] Juristische Skalierungen können daher nur mit relativ groben Schwellen arbeiten, und das nicht einmal in allen Fällen. Es ist letztlich die Natur des Verfassungsrechts, die der Feinheit der Skalierung Grenzen setzt und vollends Skalierungen infinitesimaler Art ausschließt.[29] Verrechenbare Messungen mit Hilfe des Kontinuums von Punkten zwischen 0 und 1 kommen daher nicht in Frage.[30] Was allerdings möglich ist, ist eine Illustration der hinter dem triadischen Modell stehenden Struktur mit Hilfe von Zahlen.

IV. Die Formel

Es bieten sich zwei grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten an, I_i und I_j ins Verhältnis zu setzen. Die erste wählt, wer mit arithmetischen, die zweite, wer mit geometrischen Folgen arbeitet. Es gibt viele Möglichkeiten, die Trias *l, m, s* als arithmetische Folge darzustellen. Eine besonders einfache ist die Folge 1, 2, 3. Mit ihrer Hilfe kann man eine Formel aufstellen, die das Gewicht eines Prinzips unter den Umständen des zu entscheidenden Falles, kurz, sein konkretes Gewicht, wie folgt ausdrückt:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

24 Vgl. hierzu *Robert Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation, 4. Aufl. 2001, S. 53 ff.

25 *Alexy* (Fn. 1), S. 83.

26 Vgl. dazu *Robert Alexy,* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 ff.

27 *Alexy* (Fn. 1), S. 142.

28 Mit dieser Unmöglichkeit verschwindet jeder Unterschied der Eingriffsintensitäten. Eine auf sie gestützte Abwägung kann nicht mehr erfolgen. Die Skala *l, s* ist die Minimalskala.

29 Vgl. *Alexy* (Fn. 26), VVDStRL 61 (2002), 7 (25 f.).

30 Nicht ausgeschlossen ist freilich die Verwendung solcher Skalen in idealen Modellen, die darstellen, was wäre, wenn eine infinitesimale Skalierung im Recht möglich wäre; vgl. hierzu *Nils Jansen,* Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 36 (1997), 27 (29 ff.).

Diese Formel soll als „Differenzformel“ bezeichnet werden.[31]

Das einzige bislang noch nicht eingeführte Zeichen in der Differenzformel ist „$G_{i,j}$“. „$G_{i,j}$“ darf nicht mit „G_i“ verwechselt werden. „G_i“ steht, wie schon ausgeführt, für das abstrakte Gewicht von P_i. Die ausführliche Notation, „GP_iA“, bringt dies klar zum Ausdruck. „$G_{i,j}$“ steht demgegenüber für das konkrete Gewicht von P_i, also für das Gewicht von P_i unter den Umständen des zu entscheidenden Falles. In der ausführlichen Notation liest sich das wie folgt: „$GP_{i,j}C$“.[32]

Die Differenzformel lässt erkennen, dass das konkrete Gewicht eines Prinzips ein relatives Gewicht ist. Sie tut dies dadurch, dass sie das konkrete Gewicht als Differenz zwischen der Intensität des Eingriffs in dieses Prinzip (P_i) und der konkreten Wichtigkeit des gegenläufigen Prinzips (P_j) bestimmt, wobei letztere in der Intensität des hypothetischen Eingriffs in P_j durch Unterlassung des Eingriffs, also durch Nichteingriff, in P_i besteht. Diese Relativität wird durch „$G_{i,j}$“ zum Ausdruck gebracht. Das konkrete Gewicht von P_i ist das konkrete Gewicht von P_i relativ auf P_j.

Setzt man die Zahlen 1, 2 und 3 in die Differenzformel ein, so erhält man Ergebnisse, die auf den ersten Blick einleuchten. Es sollen wieder die oben bereits präsentierten neun möglichen Konstellationen des triadischen Modells betrachtet werden. In den ersten drei Konstellationen, in denen P_i P_j vorgeht – sie werden jetzt vereinfacht dargestellt –, erhält $G_{i,j}$ die folgenden positiven Werte:

(1) $s, l = 3 - 1 = 2$
(2) $s, m = 3 - 2 = 1$
(3) $m, l = 2 - 1 = 1$

In den Fällen des Vorrangs von P_j erhält $G_{i,j}$ negative Werte:

(4) $l, s = 1 - 3 = -2$
(5) $m, s = 2 - 3 = -1$
(6) $l, m = 1 - 2 = -1$

In allen drei Pattfällen ist das konkrete, also relative Gewicht von P_i 0:

(7) $l, l = 1 - 1 = 0$
(8) $m, m = 2 - 2 = 0$
(9) $s, s = 3 - 3 = 0$

Diese Illustration der Relationen im triadischen Modell mit Hilfe von Zahlen hat die Vorteile der Einfachheit und der hohen intuitiven Plausibilität. Vor allem wird trefflich zum Ausdruck gebracht, dass der Pattfall dadurch definiert ist, dass kein Prinzip beim Gleichstand irgendeine, sei es eine negative oder eine positive Kraft auf das andere Prinzip auszuüben vermag. Dennoch wird eine für Prinzipien zentrale Eigenschaft durch die Differenzformel nicht erfasst. Das wird deutlich, wenn man die Illustration des triadischen Modells durch eine arithmetische mit der durch eine geometrische Folge vergleicht.

Relativ einfach und zugleich höchst instruktiv ist es, als geometrische Folge die Werte 2^0, 2^1 und 2^2, also 1, 2 und 4 zu nehmen. Diese Folge unterscheidet sich von der arithmetischen wesentlich dadurch, dass die Abstände zwischen den Stufen nicht jeweils gleich sind, sondern zunehmen. Dadurch kann die Tatsache dargestellt werden, dass Prinzipien bei steigender Eingriffsintensität immer mehr an Kraft gewinnen, was dem Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution entspricht.[33]

Der geometrische Charakter der Skalierung erlaubt es, das konkrete Gewicht von P_i nicht durch eine Differenz-, sondern durch eine Quotientformel zu definieren. Sie lautet:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Diese Formel bildet den Kern einer umfassenderen Formel, die als „Gewichtsformel“ bezeichnet werden soll. In ihrer vollständigen Fassung enthält die Gewichtsformel neben den Eingriffsintensitäten die abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien und die Grade der Sicherheit der empirischen Annahmen über die Realisierung und die Nichtrealisierung der kollidierenden Prinzipien durch die in Frage stehende Maßnahme. Das bedeutet, dass bei einer Kollision von zwei Prinzipien das konkrete oder relative Gewicht jedes der beiden Prinzipien von drei Faktorenpaaren, also insgesamt sechs Faktoren abhängt. Diese müssen allerdings nur dann angeführt werden, wenn die jeweiligen Faktorenpaare ungleich sind. Sind sie gleich, neutralisieren sie sich gegenseitig. Die eben präsentierte Formel kann deshalb so gedeutet werden, dass die abstrakten Gewichte und die Sicherheitsgrade wegen ihrer jeweiligen Gleichheit weggekürzt wurden. Die auf die Eingriffsintensitäten beschränkte Formel ist dann keine andere Formel als die vollständige Formel, sondern dieselbe nach Durchführung der Kürzung. Das ist gemeint, wenn die Quotientformel im Weiteren als „Gewichtsformel“ bezeichnet wird.

Auch bei der aus drei Faktorenpaaren bestehenden vollständigen Fassung geht es um die Kollision von nur zwei Prinzipien. Die Komplexität nimmt zu, wenn mehr als zwei Prinzipien ins Spiel kommen. Man kann versuchen, dies in einer Formel zu erfassen, die über die im Blick auf zwei Prinzipien vollständige Formel hinausgeht. Diese Formel wird statt schlicht als „Gewichtsformel“ als „erweiterte Gewichtsformel“ bezeichnet werden. Doch bevor überhaupt irgendeine Ergänzung der einfachen, ausschließlich auf Eingriffsintensitäten abstellenden Gewichtsformel vorgenommen wird, ist diese erst einmal genauer in den Blick zu nehmen.

Die Gewichtsformel ist nur dann akzeptabel, wenn die Werte, die $G_{i,j}$ in den verschiedenen Konstellationen erhält, das Abwägen adäquat rekonstruieren. Es sei zu-

31 Zur Darstellung des Verhältnisses der Gewichte von Werten oder Prinzipien mit Hilfe der Subtraktion wie auch der Addition vgl. *Heinrich Hubmann,* Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 26 f., 162 ff.

32 Die Differenzformel nimmt in der ausführlichen Notation daher die folgende Gestalt an:
$GP_{i,j}C = IP_iC - IP_jC$.

33 Vgl. *Alexy* (Fn. 1), S. 147.

nächst die einfache triadische Skalierung betrachtet. In den Fällen, in denen P_i P_j vorgeht, erhält $G_{i,j}$ einen Wert, der größer ist als 1:

(1) *s, l* = 4 / 1 = 4
(2) *s, m* = 4 / 2 = 2
(3) *m, l* = 2 / 1 = 2

Beim Vorrang von P_j fällt das konkrete Gewicht von P_i unter 1:

(4) *l, s* = 1 / 4 = 1/4
(5) *m, s* = 2 / 4 = 1/2
(6) *l, m* = 1 / 2 = 1/2

Auch hier ist in allen Pattfällen der Wert gleich, diesmal jeweils 1:

(7) *l, l* = 1 / 1 = 1
(8) *m, m* = 2 / 2 = 1
(9) *s, s* = 4 / 4 = 1

Auf den ersten Blick scheint dies gegenüber der arithmetischen Folge kaum Vorteile zu haben. Die großen Abstände (*s, l*; *l, s*) haben gegenüber den kleinen (*s, m*; *m, l*; *m, s*; *l, m*) jeweils einen doppelten oder halben Wert. Man könnte sogar meinen, dass die 0 das Patt besser illustriere als die 1.

Das Bild ändert sich jedoch, wenn man das triadische Modell zu einem doppeltriadischen erweitert. Die arithmetische Folge wächst dann zu der Folge 1–9, die geometrische zu der Folge 2^0–2^8. Diese Folgen bringen jeweils die Werte *ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm* und *ss* zum Ausdruck, wobei etwa *ll* für einen leichten leichten, also einen sehr leichten, *ss* für einen schweren schweren, also einen sehr schweren, und *ml* für einen leichten mittleren, also für einen gerade eben schon mittleren Eingriff steht. Der Unterschied zwischen der Differenz- und der Quotientformel wird deutlich, wenn man die Fälle der geringsten und der höchsten Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Grundrecht vergleicht. Der am wenigsten gerechtfertigte Eingriff wird im doppeltriadischen Modell durch die Kombination *ss, ll* repräsentiert. Man nehme an, ein sehr schwerer Eingriff (*ss*), etwa eine siebenjährige Freiheitsstrafe, werde durch einen Grund von im Vergleich dazu sehr geringem Gewicht (*ll*), etwa das Fallenlassen einer Zigarettenkippe auf den Fußweg, gerechtfertigt. Die Differenzformel führt auf der Basis der Werte 9 (*ss*) und 1 (*ll*) zu einem konkreten Gewicht der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG von 8. Die Quotientformel lässt demgegenüber das konkrete Gewicht auf der Basis der Werte 2^8 (*ss*) und 2^0 (*ll*) bei dieser im doppeltriadischen Modell extremsten Konstellation eines ungerechtfertigten Grundrechtseingriffs auf 256 anschwellen.[34] Die höchste Rechtfertigung eines Eingriffs stellt sich – umgekehrt – durch *ll, ss* dar. Nach der Differenzformel bedeutet dies –8, nach der Quotientformel 1/256 oder 0,00390625. Die Werte in den extremen Konstellationen tendieren bei der Quotientformel zu Null und ins Unendliche. Das entspricht der Vorstellung, dass es so etwas wie grenzenloses Unrecht gibt. Natürlich können solche Tendenzen auch mittels der Differenzformel dargestellt werden. Man muss die Skala, auf die sie anwendbar ist, nur in Richtung auf Null und Unendlich hin strecken. Doch damit wird bereits die Differenzskala als solche kompliziert. Die einfache Folge 1, 2, 3 gibt *l, m, s* auf eine Weise wieder, die die grobe Struktur unserer Fähigkeit, Eingriffe nach ihrer Intensität zu skalieren, klar spiegelt. Das gilt auch für die Darstellung der Doppeltriade durch die Folge 1–9. Ob derartige Entsprechungen auch dann noch bestünden, wenn die Folge nach Null und Unendlich hin gestreckt würde, ist demgegenüber fraglich. Die geometrische Folge steht nicht vor diesen Problemen. Sie passt sowohl zu den triadischen Strukturen als auch zu der steigenden Widerstandskraft der Rechte bei steigender Eingriffsintensität.

Es ist bereits bemerkt worden, dass in Abwägungen nicht nur die Eingriffsintensitäten, sondern auch die abstrakten Gewichte eine Rolle spielen können. Diese Möglichkeit wird real, wenn sie sich unterscheiden. Sind die abstrakten Gewichte gleich, neutralisieren sie sich. Haben sie demgegenüber unterschiedliche Gewichte, können sie die Waage zum Ausschlag bringen.

Im Verhältnis der Eingriffsintensitäten (I_i, I_j) und der abstrakten Gewichte (G_i, G_j) gibt es drei Grundkonstellationen. In der ersten sind die abstrakten Gewichte unterschiedlich, die Eingriffsintensitäten aber gleich. In dieser Konstellation neutralisieren sich die Eingriffsintensitäten. Es kommt allein auf die abstrakten Gewichte an. Diese Konstellation ist das Gegenstück zu der – wesentlich häufigeren und damit praktisch weitaus bedeutsameren – zweiten Grundkonstellation, in der die abstrakten Gewichte gleich, die Eingriffsintensitäten aber verschieden sind. In der dritten Grundkonstellation sind demgegenüber sowohl die abstrakten Gewichte als auch die Eingriffsintensitäten unterschiedlich. Es kommt dann auf alle vier Werte an. Diese Zusammenhänge lassen sich durch folgende erweiterte Variante der Gewichtsformel ausdrücken:

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

Wenn diese Formel zutrifft, dann kann auf ihrer Basis eine weitere begriffliche Klärung vorgenommen werden. Die Produkte $I_i \cdot G_i$ und $I_j \cdot G_j$ drücken etwas aus, was nicht selten neben oder statt $G_{i,j}$ und G_i oder G_j als „Gewicht" bezeichnet wird. Der Ausdruck „Gewicht" gerät so in eine Dreideutigkeit. Mehrdeutigkeiten schaden nichts, wenn der Kontext jeweils klar zu entscheiden erlaubt, was gemeint ist. Letzteres ist in der Diskussion über die Abwägung nicht stets der Fall. Deshalb sind terminologische Festlegungen erforderlich. Es bieten sich zwei Möglich-

34 Man könnte auf noch extremere Fälle hinweisen, etwa auf eine lebenslange Freiheitsstrafe für ein Räuspern in einer Vorlesung. Dieser Fall ist in der Tat extremer als der der Zigarettenkippe. Das doppeltriadische Modell ist jedoch nicht in der Lage, diesen Unterschied in der Extremität zu erfassen. Dazu müsste es im Extrembereich weiter differenzieren. Eine solche weitere Differenzierung erscheint durchaus möglich. Sie wäre ein Versuch, die Idee abzubilden, dass zu den Grenzen hin unser Diskriminationsvermögen steigt, während es zur Mitte hin abnimmt. Doch das kann hier nicht weiter verfolgt werden.

keiten an. Man kann das Produkt $I_i \cdot G_i$ sowohl das „nichtrelative konkrete Gewicht" als auch die „Wichtigkeit" von P_i nennen. Ersteres ist umständlich, aber klar. Es stellt das nichtrelative konkrete Gewicht ($I_i \cdot G_i$) deutlich zwischen das relative konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) und das abstrakte Gewicht (G_i). Die Bezeichnung als „Wichtigkeit" ist demgegenüber eleganter und durchaus dem Sprachgebrauch nahe. Man sollte der Klarheit halber dann aber darauf verzichten, ohne Erläuterung I_j als „Wichtigkeit" zu bezeichnen, wie es in der oben vorgestellten Formulierung des Abwägungsgesetzes geschieht, wenn man sie so liest, dass sie sich nicht explizit auf abstrakte Gewichte bezieht, weil diese sich wegen Gewichtsgleichheit neutralisieren. Wählt man diesen Weg, so kann man das nichtrelative konkrete Gewicht wie folgt als Wichtigkeit (W_i, W_j) definieren:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$
$$W_j = I_j \cdot G_j$$

Auf diese Weise kann die Dreideutigkeit des Ausdrucks „Gewicht" vollständig aufgelöst werden.

Es empfiehlt sich, auch G_i und G_j auf triadische Skalen zu beziehen, die durch geometrische Folgen repräsentiert werden. Damit gilt alles zu den Werten von I_i und I_j Gesagte auch für die von G_i und G_j. Das ist nicht selbstverständlich, sondern Ausdruck der Annahme, dass dem abstrakten Gewicht und der Eingriffsintensität ein – dieser schillernde Begriff kommt nunmehr auf der Metaebene in Gebrauch – gleiches Gewicht bei der Bestimmung des durch $G_{i,j}$ repräsentierten konkreten oder relativen Gewichts zukommt. Diese Gleichgewichtigkeitsannahme erlaubt vollständige Kompensationen. Ein leichter (l) Eingriff (I_i) in ein Prinzip mit hohem (s) abstrakten Gewicht (G_i) hat die gleiche Wichtigkeit (W_i) wie ein bei seiner Unterlassung vorliegender schwerer (s) Eingriff (I_j) in ein Prinzip von geringem (l) abstrakten Gewicht (G_j). Es entsteht so ein Patt.

Auch das dritte Variablenpaar der vollständigen Gewichtsformel ist schon erwähnt worden. Es steht für den Grad der Sicherheit der empirischen Annahmen darüber, was die jeweils zu beurteilende Maßnahme für die Nichtrealisierung des einen und die Realisierung des anderen Prinzips bedeutet. Das Bundesverfassungsgericht hat im Mitbestimmungsurteil treffend festgestellt, dass bei den empirischen Prognosen, die der Gesetzgeber seinen Einschätzungen der Verhältnismäßigkeit zugrunde legt, weder stets Gewissheit zu fordern noch Ungewissheit beliebig zuzulassen sei.[35] Unter den Kriterien, nach denen das gebotene Maß der Gewissheit zu bestimmen ist, steht das der durch Eingriffsintensität und abstraktes Gewicht definierten Wichtigkeit des Grundrechts im konkreten Fall im Zentrum. Vor diesem Hintergrund lässt sich in Parallele zu dem oben vorgestellten Abwägungsgesetz ein epistemisches Abwägungsgesetz formulieren. Es lautet:

> Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.

Dieses zweite Abwägungsgesetz trägt das Prädikat „epistemisch", weil es nicht auf die materielle Wichtigkeit der den Eingriff tragenden Gründe abstellt, sondern auf deren epistemische Qualität. Das erste Abwägungsgesetz, das, wie dargelegt, den dritten Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes definiert, kann, wenn man den Unterschied zu seinem epistemischen Gegenstück zum Ausdruck bringen will, als „materielles Abwägungsgesetz" bezeichnet werden.

Auch beim epistemischen Abwägungsgesetz empfiehlt sich eine triadische Skalierung. Das Bundesverfassungsgericht hat im Mitbestimmungsurteil drei Stufen der Kontrollintensität unterschieden: die einer „intensivierten inhaltlichen Kontrolle", die einer „Vertretbarkeitskontrolle" und die einer „Evidenzkontrolle".[36] Dem entsprechen die drei epistemischen Stufen gewiss oder sicher (g), vertretbar oder plausibel (p) und nicht evident falsch (e). Für die Sicherheit der empirischen Annahmen darüber, was die jeweilige Maßnahme für die Nichtrealisierung von P_i und die Realisierung von P_j im konkreten Fall bedeutet, kann „S_i" und „S_j" oder, in der ausführlichen Fassung, „SP_iC" und „SP_jC" notiert werden. Um zum Ausdruck zu bringen, dass sowohl die Abwehr- als auch die Angriffskraft mit zunehmender Ungewissheit der die jeweilige Seite stützenden Prämissen sinkt, ist g mit 2^0, p mit 2^{-1} und e mit 2^{-2} zu bewerten. Natürlich ist auch hier eine Verfeinerung der Triade, etwa zu einer Doppeltriade, möglich. Die vollständige Gewichtsformel nimmt damit folgende Form an:[37]

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

Zur Illustration dieser Formel seien zwei Konstellationen betrachtet. In beiden sollen die abstrakten Gewichte (G_i, G_j) gleich sein, was die Sache vereinfacht. Im ersten Fall geht es auf beiden Seiten um einen schweren (s) Eingriff, der bei Durchführung der Maßnahme bei P_i und bei ihrer Unterlassung bei P_j einträte. Der schwere Eingriff in P_i wäre allerdings sicher (g), der in P_j lässt sich demgegenüber nur vertretbar (p) annehmen. $G_{i,j}$ bestimmt sich dann wie folgt:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 1 / 2} = 2$$

P_i geht damit vor.

Auch in der zweiten Konstellation soll der Eingriff in P_i sicher (g) sein und die Schädigung von P_j, die bei einem Unterlassen des Eingriffs in P_i einträte, nur vertretbar (p) angenommen werden können. Eine solche Verteilung von Werten auf das für die epistemische Sicherheit zuständige Variablenpaar S_i, S_j ist im Cannabisbeschluss zu fin-

35 BVerfGE 50, 290 (332).

36 BVerfGE 50, 290 (333).

37 Ihre ausführliche Fassung lautet: $GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{IP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$

den.[38] Wenn das Bundesverfassungsgericht vor diesem Hintergrund die Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabisprodukten für verhältnismäßig erklärt, dann lässt die Ungleichheit der Werte von S_i und S_j Schlüsse auf eine ungleiche Verteilung der Werte auf I_i und I_j oder G_i und G_j zu. Es ist hier nicht der Raum, die unterscheidungsreiche Argumentation des Gerichts im Einzelnen zu verfolgen. Es soll nur bemerkt werden, dass eine Möglichkeit der Kompensation der nur mittleren empirischen Sicherheit der die Strafbarkeit tragenden empirischen Prämissen in der Annahme eines Eingriffs nur mittlerer Intensität in die Rechte der mit Cannabisprodukten Umgehenden bei höchster Bedeutung der Verhinderung der mit Cannabisprodukten verbundenen Gefahren besteht. Es käme dann zu folgendem Wert von $G_{i,j}$:

$$G_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 1$$

Damit läge ein Patt vor, was bedeutet, daß ein strafbewehrtes Verbot des Umgangs mit Cannabisprodukten in den Spielraum des Gesetzgebers fiele.

V. Die erweiterte Formel

Bislang ging es stets nur um Kollisionen zwischen zwei Prinzipien. Diese können durch die Gewichtsformel vollständig erfasst werden. Häufig sind aber – auf einer oder auf beiden Seiten – mehrere Prinzipien im Spiel. Da auch in solchen Fällen insgesamt nur eine Entscheidung getroffen werden kann, müssen alle einschlägigen Prinzipien auf irgendeine Weise miteinander ins Verhältnis gesetzt werden. Die Frage ist, ob dies durch den Einbau kumulativer Effekte in die Gewichtsformel geschehen kann. Die einfachste Version wäre eine schlichte additive Kumulation. Hier soll nur die Schrankenseite betrachtet werden.[39] Lässt man hier die additive Kumulation zu, so erhält man folgende Formel:

$$G_{i,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \ldots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Diese Formel kann als „erweiterte Gewichtsformel“ bezeichnet werden.

Sieht man von der allgemeinen argumentationstheoretischen Frage ab, ob sich die Kumulation von Argumenten als Addition darstellen lässt, so liegt das Hauptproblem der erweiterten Gewichtsformel in der Frage, was additiv kumulierbar ist. Die Richtung, in die die Antwort auf diese Frage zu gehen hat, ist leicht zu erkennen. Die kumulierten Prinzipien dürfen sich nicht substantiell überschneiden. Ihre zu optimierenden Gegenstände müssen materiell verschieden sein. Es gilt also die Regel, dass Heterogenität Bedingung der additiven Kumulation ist. Manchmal ist diese Regel einfach anzuwenden. So kann die allgemeine Handlungsfreiheit im Allgemeinen leicht als schon in den speziellen Grundrechten enthalten identifiziert werden. Umgekehrt sind gut Fälle vorstellbar, in denen sich ein Eingriff auf mehrere Prinzipien stützen kann, die sich nicht überschneiden. Das liegt etwa dann nahe, wenn ein Prinzip kollektive Güter und ein anderes individuelle Rechte zum Gegenstand hat. Doch hat selbst hier Vorsicht zu walten. Angesichts der komplexen Relation[40] zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern ist stets die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass substantielle Überschneidungen bestehen. Die bloße Tatsache, dass es einerseits individuelle Rechte und andererseits kollektive Güter sind, die zusammentreten, garantiert als solche nicht schon Heterogenität.

Die Sache wäre einfach, wenn Heterogenität eine Alles-oder-Nichts-Angelegenheit wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Prinzipien können sich mehr oder weniger substantiell überschneiden. All dies ist freilich überhaupt kein Grund dafür, nicht mit der Analyse der relativ einfachen Relationen zu beginnen, die bei der Kollision von zwei Prinzipien zu beobachten sind, und darüber hinaus auch kein guter Grund dafür, von dieser Analyse aus nicht Schritte in die komplexeren Regionen der Kollisionen von Prinzipienbündeln zu unternehmen.

38 BVerfGE 90, 145 (182): „Auch auf der Grundlage des heutigen Erkenntnisstandes, wie er sich aus den oben […] bezeichneten Quellen zu Genüge entnehmen lässt, ist die Auffassung des Gesetzgebers *vertretbar,* ihm stehe zur Erreichung der gesetzlichen Ziele kein gleich wirksames, aber weniger eingreifendes Mittel als die Strafandrohung zur Verfügung“ (Hervorhebung von *R. A.*).

39 Nimmt man auch die Seite des Grundrechts in den Blick, dessen Verletzung geprüft wird (P_i), so führt die Kumulation unausweichlich zum Grundrechtsholismus. P_i wären alle Grundrechte zur Seite zu stellen, die durch das, was in P_i eingreift, ebenfalls negativ betroffen sind. Das traditionelle Schema, nach dem jeweils ein Eingriff in ein Grundrecht zu prüfen ist, löste sich auf. Am radikalsten wäre diese Auflösung, wenn man die Möglichkeit der Kumulation auf alle sonstigen Verfassungsprinzipien erstreckte. Alle gegen die zu prüfende Maßnahme sprechenden Prinzipien träten dann gemeinsam gegen alle für sie sprechenden Prinzipien an. Das Grundrecht, dessen Verletzung geprüft wird, wäre dann kein Einzelkämpfer mehr, sondern nur noch der Anführer einer mehr oder weniger umfangreichen Truppe. Das konkrete Gewicht des Grundrechts, dessen Verletzung geprüft wird, wäre das konkrete Gewicht dieses Prinzips *im Gesamtsystem* der Verfassung. Dieses lässt sich durch die folgende Formel darstellen:

$$G_{i-m,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \ldots I_m \cdot G_m \cdot S_m}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \ldots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Diese Formel soll „vollständige erweiterte Gewichtsformel“ genannt werden.

40 Vgl. *Robert Alexy,* Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: *ders.,* Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 232 ff.