

MATHIAS HONG

# Abwägungsfeste Rechte

*Jus Publicum*

277

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 277





Mathias Hong

# Abwägungsfeste Rechte

Von Alexys Prinzipien zum Modell  
der Grundsatznormen

Mohr Siebeck

*Matthias Hong*, Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen; 1997 Erste juristische Staatsprüfung; Referendariat in Berlin; 1999 Zweite juristische Staatsprüfung; Promotionsstipendium des Evangelischen Studienwerks Villigst; 2006 Promotion (Bremen); 2005–2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; 2016 Habilitation (Freiburg i.Br.).

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-156626-4 / eISBN 978-3-16-156627-1  
DOI 10.1628/978-3-16-156627-1

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt und von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Diese Untersuchung ist die überarbeitete Fassung eines Teils meiner Habilitationsschrift, die der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Wintersemester 2015/2016 vorgelegen hat. Weitere Teile dieser Habilitationsschrift werden unter den Titeln „Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung“ und „Todesstrafenverbot und Folterverbot – Grundrechtliche Menschenwürdegehalte unter dem Grundgesetz“ veröffentlicht.

Karlsruhe, im Mai 2019

Mathias Hong



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Einleitung .....	1
I. Alexys Einwand gegen absolut geschützte Rechte .....	2
II. Abwägungsfeste Rechte als Ergebnis einer Abwägung von Grundsatznormen .....	5
III. Fünf gute Gründe, sich mit Alexys Prinzipientheorie (weiterhin) auseinanderzusetzen .....	10
IV. Gang der Untersuchung .....	31

### 1. Kapitel

#### Grundeigenschaften von Prinzipien nach Alexy

I. Optimierungscharakter und Kollisionsverhalten .....	35
II. Kollisionsgesetz und Theorie bedingter Vorrangrelationen .....	38
III. Die beiden Abwägungsgesetze und die Gewichtsformel .....	39
IV. Indifferenzkurven – Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution (I) .....	41
V. Abwägung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	42
VI. Alexysche Prinzipien und grundrechtliche Argumentation .....	43

## 2. Kapitel

Die Unschärfeannahme Alexys  
und die prinzipientheoretische Exklusivitätsthese

I. Graduierbare Inhalte auch bei Regeln .....	49
II. Die Alexysche Unschärfe .....	50
III. Die Unschärfebedingung (Einzelfallvorbehalt) zum Kollisionsgesetz .....	53
IV. Unschärfebedingungen zu den beiden Abwägungsgesetzen und zur Gewichtsformel .....	57
V. Die Exklusivitätsthese – Prinzipienabwägung als einzig rationale Form der Entscheidung juristischer Zweifelsfälle .....	58

## 3. Kapitel

Relativierungen der Trennungsthese  
durch Alexy selbst

I. Prinzipienabhängigkeit von Regeln durch Einfügung von Ad-hoc-Ausnahmen .....	63
II. Abwägungsbezogene Tatbestandsmerkmale von Regeln .....	70
III. Grundrechtsnormen mit unklarem ‚Doppelcharakter‘ .....	71
IV. Alles-oder-Nichts-Charakter von Prinzipien durch Formulierung als Regeln mit Ausnahmeklauseln .....	73
V. Optimierungsgebote als Regeln .....	75
VI. Fazit .....	78

## 4. Kapitel

Nichtexistenz und Überflüssigkeit von Prinzipien? –  
Die Alexy-Poscher-Debatte

I. Prinzipientheorie als „Theorie eines Phantoms“? – Die Kritik Ralf Poschers .....	81
II. Der Begriff der Normenkollision und die Unterscheidung	
III. Optimierungsgebote als definitiver Gehalt von Prinzipien – am Beispiel des Lüth-Urteils .....	86

IV. Zum Kollisionsverhalten von Prinzipien und Regeln und zum Verständnis von Ausnahmen von einer Norm: Ein zweiter Blick nach dem Zusammenbruch der norm- strukturellen Trennungsthese .....	91
V. Der klassifikatorische Unterschied zwischen prinzipien- abhängigen und sonstigen Normen – zugleich „Mehr oder Weniger“ und „Alles oder Nichts“ .....	98
VI. Theorie eines Phantoms? – Norminhaltliche statt norm- strukturelle Trennungsthese: Prima-facie-Maximierungsregeln als ‚Prinzipien als solche‘ .....	100
VII. ‚Zu optimierende‘ Gebote? .....	101
VIII. Fazit: Von der normstrukturellen zur norminhaltlichen Trennungsthese .....	102

## 5. Kapitel

### Grundrechte und grundrechtliche Kerngehalte nach Alexy

I. Grundrechte als durch Abwägungen relativierbare Rechte .....	105
II. Entwicklung der Position Alexys zu „absoluten Prinzipien“ .....	111
III. Die Argumentation Alexys gegen absolut geschützte Rechte im Überblick .....	112
IV. Menschenwürde als nur scheinbar absolute Norm .....	113
V. Wesensgehalt .....	118
VI. Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – Epistemische Kernpositionsthese (III): Annäherung an eine absolute Theorie .....	122
VII. Zusammenfassung: Abwägung als zwingender Modus jeder rationalen juristischen Begründung .....	124

## 6. Kapitel

### Kritik der Exklusivitätsthese und der Kernpositionsthese

I. Epistemische Relativität absolut geschützter Rechte .....	125
II. Hinreichende versus absolute Gewissheit über die Ausnahmslosigkeit von Rechten .....	128

III. Zurückweisung der Exklusivitätsthese: Abwägen von Prinzipien und Abwägen von Gründen .....	130
IV. Zurückweisung der Kernpositionsthese als Satz „In dubio pro exceptionem“ .....	132
V. „Distinguishing“ versus „Overruling“ .....	134
VI. Einzelfallinvarianz als eigenständiger Begründungsgegenstand: Die fehlende Abwägungsebene der Alexyschen Theorie .....	136
VII. Exklusivitäts- und Kernpositionsthese bei anderen Prinzipientheoretikern .....	137
VIII. Fazit .....	150

## 7. Kapitel

### Von Alexys Prinzipien zu Grundsatznormen – Kristallisation abwägungsfester Normen in der Abwägung der Gründe

I. Aufspaltung der Prinzipientheorie .....	154
II. Abwägungsfeste Rechte als „Ergebnis einer Abwägung“ .....	159
III. Wie sehen absolut geschützte Rechte aus? – Indifferenzkurven absolut geschützter Rechte .....	162
IV. Inhalt und Definition absolut geschützter Rechte .....	167
V. Drei Formen der Einzelfallprüfung und Einzelfallabhängigkeit ...	173
VI. Definition von abwägungsfesten Begriffen durch graduierbare Merkmale .....	174
VII. Sprachliche Unmöglichkeit abwägungsfester Definitionen aufgrund der Unbestimmtheit graduierbarer Begriffe? – Der Sorites-Fehlschluss .....	179
VIII. Abgrenzung zu Matthias Herdegens Konzept der ‚bilanzierenden Gesamtwürdigung‘ .....	180
Fazit .....	183
Literaturverzeichnis .....	185
Sachregister .....	197

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Einleitung .....	1
I. Alexys Einwand gegen absolut geschützte Rechte .....	2
II. Abwägungsfeste Rechte als Ergebnis einer Abwägung von Grundsatznormen .....	5
III. Fünf gute Gründe, sich mit Alexys Prinzipientheorie (weiterhin) auseinanderzusetzen .....	10
1. Justitias Waage – Abwägen als Grundzug juristischer Argumentation .....	11
2. Nachhaltiger Einfluss auf die deutsche Diskussion – drei Formen der Reaktion auf Alexy .....	15
a) Reduzierung des materiellen Gehalts der Menschenwürde (Enders, Hain) .....	17
b) Abwägbarkeit des Höchststrangigen (Herdegen, Teifke, Wittreck) .....	19
c) Kombination von Reduzierung und Öffnung für Abwägungen (Goos) .....	20
d) Fazit: Wirkungsvolle Unterhöhlung der Fundamente der herrschenden Lehre durch Alexy .....	21
3. Prophet im eigenen Lande – Die internationale Bedeutung Alexys .....	22
4. Analyse der weltweiten gerichtlichen Praxis der Abwägung .....	23
5. Normative Berechtigung der Praxis der Einzelfallabwägung .....	27
IV. Gang der Untersuchung .....	31

## 1. Kapitel

## Grundeigenschaften von Prinzipien nach Alexy

I. Optimierungscharakter und Kollisionsverhalten .....	35
II. Kollisionsgesetz und Theorie bedingter Vorrangrelationen .....	38
III. Die beiden Abwägungsgesetze und die Gewichtsformel .....	39
IV. Indifferenzkurven – Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution (I) .....	41
V. Abwägung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	42
VI. Alexysche Prinzipien und grundrechtliche Argumentation .....	43
1. Geltung von Prinzipien – Prinzipien und Gründe .....	43
2. Grundrechtsbestimmungen, Grundrechtsnormen, Grundrechtspositionen .....	44
3. Grundrechtliche Argumentation – Sonderfallthese und Diskurstheorie .....	45

## 2. Kapitel

Die Unschärfeannahme Alexys  
und die prinzipientheoretische Exklusivitätsthese

I. Graduierbare Inhalte auch bei Regeln .....	49
II. Die Alexysche Unschärfe .....	50
III. Die Unschärfebedingung (Einzelfallvorbehalt) zum Kollisionsgesetz .....	53
1. Die zwei Varianten des Einzelfallvorbehalts (Ceteris-paribus- oder Ausnahmeklausel) .....	53
2. Allgemeine Formulierung der Unschärfebedingung .....	54
3. Die Vorrangrelationen im Lebach-Urteil als Beispiel .....	55
4. Begrenzung der konkretisierenden Rolle gerichtlicher Präjudizien durch die Unschärfebedingung .....	56
IV. Unschärfebedingungen zu den beiden Abwägungsgesetzen und zur Gewichtsformel .....	57
V. Die Exklusivitätsthese – Prinzipienabwägung als einzig rationale Form der Entscheidung juristischer Zweifelsfälle .....	58
1. ‚Kommen Zweifel auf, so ist eine Abwägung unausweichlich.‘ ...	59
2. Prinzipienabwägung oder Intuitionismus als abschließende Alternativen .....	60

3. Begrenzung des Festsetzungsgehaltes von Regeln auf eindeutig  
aus dem Wortlaut folgende Fälle ..... 61

### 3. Kapitel

## Relativierungen der Trennungsthese durch Alexy selbst

- I. Prinzipienabhängigkeit von Regeln durch Einfügung  
von Ad-hoc-Ausnahmen ..... 63
1. Prinzipienbegriff bei Dworkin und Alexy –  
Nichtaufzählbarkeit von Gegenbeispielen für Prinzipien ..... 64
  2. Unterscheidung von Prinzipien und Regeln nach ihrem  
definitiven Charakter – Ad hoc-Ausnahmen als Grund  
auch gegen dieses Unterscheidungskriterium ..... 66
  3. Ausnahmeverbote und ‚strikt geltende‘ Regeln ..... 68
- II. Abwägungsbezogene Tatbestandsmerkmale von Regeln ..... 70
1. Abwägungsbezogener Einzelfallvorbehalt – positive Ceteris-  
paribus-Klausel oder negative Ausnahmeklausel ..... 70
  2. Abwägungsbezogene Ergebnisbegriffe ..... 71
- III. Grundrechtsnormen mit unklarem ‚Doppelcharakter‘ ..... 71
- IV. Alles-oder-Nichts-Charakter von Prinzipien durch Formulierung  
als Regeln mit Ausnahmeklauseln ..... 73
- V. Optimierungsgebote als Regeln ..... 75
1. Regelstruktur von Optimierungsgeboten ..... 75
  2. Optimierungs- oder Maximierungsregeln in der Theorie  
der Grundrechte ..... 75
  3. ‚Prinzipien als solche‘ als Prima-facie-Gebote  
( ‚ideales Sollen‘ oder ‚zu optimierende Gebote‘ ) ..... 77
- VI. Fazit ..... 78

### 4. Kapitel

## Nichtexistenz und Überflüssigkeit von Prinzipien? – Die Alexy-Poscher-Debatte

- I. Prinzipientheorie als „Theorie eines Phantoms“? –  
Die Kritik Ralf Poschers ..... 81
- II. Der Begriff der Normenkollision und die Unterscheidung  
von prima facie und definitiv geltenden Normen ..... 83

1. Drei-Normen-Modell der Kollision .....	83
2. Prima-facie-Normen als bloße Normvorstufen (Klement)? .....	85
III. Optimierungsgebote als definitiver Gehalt von Prinzipien – am Beispiel des Lüth-Urteils .....	86
1. Abstrakte definitive Rechte .....	87
2. Konkret-individuelle definitive Rechte – reine Fallvorschriften .	87
3. Fallbezogene definitive Rechte .....	89
4. Alexysche Prinzipien als Normen mit definitiver Festlegung auf einen minimalen definitiven Gehalt .....	90
IV. Zum Kollisionsverhalten von Prinzipien und Regeln und zum Verständnis von Ausnahmen von einer Norm: Ein zweiter Blick nach dem Zusammenbruch der norm- strukturellen Trennungsthese .....	91
1. Partielle Gültigkeitslücken von Prinzipien nach Kollisionen ....	92
2. Unversehrtheit von Prinzipien in neuen Kollisionen für alle praktischen Zwecke .....	94
3. Prima-facie-Geltung von Regeln nach Einfügung einer Ausnahmeklausel .....	94
4. Prima-facie-Normen und die hinter ihnen stehenden Argumente .....	97
V. Der klassifikatorische Unterschied zwischen prinzipien- abhängigen und sonstigen Normen – zugleich „Mehr oder Weniger“ und „Alles oder Nichts“ .....	98
VI. Theorie eines Phantoms? – Norminhaltliche statt norm- strukturelle Trennungsthese: Prima-facie-Maximierungsregeln als ‚Prinzipien als solche‘ .....	100
VII. ‚Zu optimierende‘ Gebote? .....	101
VIII. Fazit: Von der normstrukturellen zur norminhaltlichen Trennungsthese .....	102

## 5. Kapitel

### Grundrechte und grundrechtliche Kerngehalte nach Alexy

I. Grundrechte als durch Abwägungen relativierbare Rechte .....	105
1. Grundrechtsnormen mit Doppelcharakter und Doppel- charakter von Grundrechtsbestimmungen .....	105
2. Prinzipiencharakter der Wortlautbindung .....	106

3. Weite Schutzbereichsbestimmung .....	107
4. Relativierbarkeit durch Abwägung aufgrund von Schrankenregelungen .....	108
II. Entwicklung der Position Alexys zu „absoluten Prinzipien“ .....	111
III. Die Argumentation Alexys gegen absolut geschützte Rechte im Überblick .....	112
IV. Menschenwürde als nur scheinbar absolute Norm .....	113
1. Menschenwürde-Regel und Menschenwürde-Prinzip als abwägungsbezogene Regeln .....	114
2. Scheinbare Absolutheit durch hohe Sicherheit: Die epistemische Kernpositionsthese (I) .....	116
3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	117
V. Wesensgehalt .....	118
1. Epistemische Kernpositionsthese (II) .....	118
2. ‚Normale‘ und ‚extremste‘ Umstände .....	119
3. Alexy zum Folterverbot .....	120
4. Analytischer Schwerpunkt und Hobbesianische Unterströmungen der Alexyschen Prinzipientheorie .....	121
VI. Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – Epistemische Kernpositionsthese (III): Annäherung an eine absolute Theorie .....	122
VII. Zusammenfassung: Abwägung als zwingender Modus jeder rationalen juristischen Begründung .....	124

## 6. Kapitel

### Kritik der Exklusivitätsthese und der Kernpositionsthese

I. Epistemische Relativität absolut geschützter Rechte .....	125
1. Allgemeiner Irrtumsvorbehalt – Anwendungs- und Begründungsdiskurs .....	125
2. Epistemische Relativität absolut geschützter Rechte – Keine methodischen, philosophischen oder theologischen Absolutheitsansprüche .....	126
II. Hinreichende versus absolute Gewissheit über die Ausnahmslosigkeit von Rechten .....	128
III. Zurückweisung der Exklusivitätsthese: Abwägen von Prinzipien und Abwägen von Gründen .....	130

IV. Zurückweisung der Kernpositionsthese als Satz „In dubio pro exceptionem“ .....	132
V. „Distinguishing“ versus „Overruling“ .....	134
1. Aktivierung des allgemeinen Irrtumsvorbehalts als Overruling: Ausnahmen bei einem bislang für absolut geschützt gehaltenen Recht .....	134
2. Anwendung des Alexyschen Abwägungsvorbehalts als bloßes Distinguishing .....	135
VI. Einzelfallinvarianz als eigenständiger Begründungsgegenstand: Die fehlende Abwägungsebene der Alexyschen Theorie .....	136
VII. Exklusivitäts- und Kernpositionsthese bei anderen Prinzipientheoretikern .....	137
1. Marius Raabe .....	138
2. Martin Borowski .....	139
3. Nils Teifke .....	142
4. Matthias Klatt und Moritz Meister .....	146
5. Matthias Klatt und Johannes Schmidt .....	147
6. Nils Jansen .....	148
VIII. Fazit .....	150

## 7. Kapitel

### Von Alexys Prinzipien zu Grundsatznormen – Kristallisation abwägungsfester Normen in der Abwägung der Gründe

I. Aufspaltung der Prinzipientheorie .....	154
1. Der fortbestehende genuine Anwendungsbereich der Prinzipientheorie .....	154
2. Grundsatznorm: Oberbegriff für abwägungsfeste Normen, Alexysche Prinzipien und Kombinationen beider .....	154
3. Jenseits der Alexyschen Unschärfe: Kollisionsgesetz, Abwägungsgesetze und Gewichtsformel für Grundsatz- normen (ohne Unschärfebedingung und mit Aushärtungsklausel) .....	157
II. Abwägungsfeste Rechte als „Ergebnis einer Abwägung“ .....	159
1. Abwägungsfeste Rechte können kein Ergebnis einer Abwägung im Sinne Alexys sein .....	159
2. Abwägungsfeste Rechte können jedoch das Ergebnis einer Abwägung von Grundsatznormen sein .....	161

III. Wie sehen absolut geschützte Rechte aus? –	
Indifferenzkurven absolut geschützter Rechte .....	162
1. Indifferenzkurven relativer Normen .....	162
2. Indifferenzkurven im Kernbereich absolut geltender Grundsatznormen – Zur Frage eines unendlichen Gewichts in der Abwägung .....	164
IV. Inhalt und Definition absolut geschützter Rechte .....	167
1. Definitiver Gehalt: mehr als fallbezogene Festlegungen .....	167
2. Kollisionsverhalten: kategorischer Vorrang vor Alexyschen Prinzipien .....	167
3. Definition absolut geschützter oder abwägungsfester Rechte ...	168
4. Leges-speciales-Charakter – innentheoretische Konstruktion ..	169
5. Innentheoretische Rechte und Kollisionen .....	170
6. Gründe und Gegengründe bei Kollisionen mit absolut geschützten Rechten .....	171
7. Gründe für die Einzelfallinvarianz eines Rechts – formelle Grundsätze .....	171
V. Drei Formen der Einzelfallprüfung und Einzelfallabhängigkeit ...	173
1. Prinzipienbezogene Einzelfallabwägung .....	173
2. Infragestellung der Absolutheit im Einzelfall .....	173
3. Tatsachenprüfung im Einzelfall .....	174
VI. Definition von abwägungsfesten Begriffen durch graduierbare Merkmale .....	174
1. Definition von Eingriffsschwellen durch graduierbare Merkmale – Mindestanforderungen bei Gefahrenschwellen und die „fünf Techniken“ im Nordirland-Urteil des EGMR von 1978 als Beispiele .....	176
2. Familienähnlichkeiten, Stereotypen, Prototypen .....	178
VII. Sprachliche Unmöglichkeit abwägungsfester Definitionen aufgrund der Unbestimmtheit graduierbarer Begriffe? – Der Sorites-Fehlschluss .....	179
VIII. Abgrenzung zu Matthias Herdegens Konzept der ‚bilanzierenden Gesamtwürdigung‘ .....	180
Fazit .....	183
Literaturverzeichnis .....	185
Sachregister .....	197



## Einleitung

Kann es absolut geschützte Normen geben, also Normen, die beanspruchen, nicht durch Abwägungen gegen gegenläufige Normen oder Belange relativierbar zu sein?

Die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes verstand, wie andernorts gezeigt, die Achtungspflicht für die Menschenwürde und einen abwehrrechtlichen Menschenwürdekern aller Grundrechte als abwägungsfest,<sup>1</sup> zu dem etwa auch das Verbot der Todesstrafe und das Folterverbot zählen sollten.<sup>2</sup> Selbst wenn die verfassungsgebende Gewalt das aber so gewollt haben sollte: Lässt sich eine solche Absicht rechtstheoretisch überhaupt verwirklichen?

Robert Alexy hat die rationale Begründbarkeit absoluter Rechte ganz grundsätzlich mit dem Argument bestritten, dass in Zweifelsfällen stets Grund und Gegengrund gegeneinander abgewogen werden müssen.<sup>3</sup> Weil solche Rechte schon aus norm- und begründungstheoretischen Gründen ausgeschlossen seien, soll es ihm zufolge im Streit um absolut geschützte Rechte also auf rechtsdogmatische Argumente gar nicht mehr ankommen können. Mit anderen Worten: Mag der Verfassungsgeber es auch noch so sehr gewollt haben, er konnte schon deshalb keine absolut geschützten Rechte normieren, weil es solche Rechte – solange denn der Anspruch auf rationale Argumentation nicht aufgegeben werden soll – gar nicht geben kann.

Die vorliegende Untersuchung verteidigt die norm- und begründungstheoretische Möglichkeit absoluter Rechte gegen diese Grundlagenkritik Alexys. Sie setzt sich dazu mit seiner Prinzipientheorie der Grundrechte ausführlich auseinander. Sie verwirft diese Theorie keineswegs als solche, sondern schlägt vor, sie zu einem Modell der Grundsatznormen fortzuentwickeln, in dem sich das Abwägen von Gründen und die Abwägungsfestigkeit von Normen mit-

---

<sup>1</sup> *Mathias Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung, 2019.

<sup>2</sup> *Ders.*, Todesstrafenverbot und Folterverbot – Grundrechtliche Menschenwürdegehalte unter dem Grundgesetz, 2019.

<sup>3</sup> Vgl. zunächst nur *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 113 f., unter Verweis auf die „norm- und begründungstheoretischen Einsichten der Prinzipientheorie“; *ders.*, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, in: AöR 140 (2015), S. 497 (512 f.) (die „nicht abwägenden Alternativen“ zur Abwägung der Menschenwürdegarantie seien letztlich auf „ein Bekenntnis zur Irrationalität“ verwiesen“).

einander vereinbaren lassen. Sie antwortet also auf Alexys Einwand mit einem Versöhnungsangebot: Absolut geschützte Rechte und das Abwägen von Gründen schließen einander, recht besehen, keineswegs aus.

Rechte können hinterfragbar sein und sich der Abwägung gegen Gegengründe stellen, aber *zugleich* beanspruchen, einer solchen Abwägung in allen Anwendungsfällen standzuhalten und deshalb absolut geschützt zu sein. Sie können dann durch Abwägung schlicht „nicht überwunden werden“.<sup>4</sup> Man muss nicht annehmen, dass solche Rechte gar nicht gegen Gegengründe abgewogen werden können – entscheidend ist, dass sie in einer solchen Abwägung jedenfalls stets den Vorrang behalten: Sie gelten dann „abwägungsfest“.<sup>5</sup>

Alexys Prinzipienmodell lässt sich deshalb – freilich nur mit entscheidenden Korrekturen – zu einem Modell der Grundsatznormen weiterentwickeln, nach dem sich in der Abwägung der Gründe auch abwägungsfeste Norminhalte aushärten können. Das Modell der Grundsatznormen erkennt an, dass in Zweifelsfällen stets Gründe abgewogen werden müssen, hält aber trotzdem daran fest, dass Normen gleichwohl beanspruchen können, in allen ihren Anwendungsfällen mit hinreichender Sicherheit definitiv zu gelten.

## I. Alexys Einwand gegen absolut geschützte Rechte

Für das Projekt, absolut geschützte grundrechtliche Kerngehalte zu ermitteln, fehlt es nicht an verfassungsjuristischen Sympathiebekundungen. Allein, der Glaube daran, dass es methodisch durchführbar ist und praktisch durchgehalten werden kann, ist schon seit geraumer Zeit nicht mehr sonderlich ausgeprägt. So stellte etwa die Richterin des Bundesverfassungsgerichts Osterloh schon zum fünfzigsten Jahrestag des Grundgesetzes 1999 fest, die bisherige Kritik an der Abwägung im Verfassungsrecht sei vor allem deshalb „praktisch folgenlos“ geblieben, weil es an Alternativen fehle: „Ein Modell etwa, nach dem sich

<sup>4</sup> Vgl. (zum Planungsrecht) BVerwGE 71, 163 (163 [Ls.], 165) – *Planungsleitsätze* (1985) (163 [Ls.]: „Vorschriften, die bei der öffentlichen Planung strikte Beachtung verlangen und deswegen nicht durch planerische Abwägung überwunden werden können“).

<sup>5</sup> Vgl. auch bereits *Mathias Hong*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Eine verfassungsjuristische Betrachtung, in: Gerhard Beerstermüller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter – Der Rechtsstaat im Zwielficht?, 2006, S. 24 (34). Für den Begriff der Abwägungsfestigkeit vgl. etwa auch *Winfried Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozeß, in: Arthur Kaufmann/Ernst J. Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 183 (197–199, 201, 203). Für den Gedanken „eines ‚ausnahmefesten‘ Grundrechtsminimums“ im Kontext der von ihm de constitutione ferenda vorgeschlagenen Notstandsregelungen s. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, in: Hans J. Vogel/Helmut Simon/Adalbert Podlech (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen – Festschrift für Martin Hirsch, 1981, S. 259 (270) (Hervorh. hinzugef.).

Prüfungsmaßstäbe orientieren könnten an ‚absoluten‘ grundrechtlichen [...] [G]ehalten [...], die ohne entsprechende Abwägung formuliert wären, hat bisher niemand überzeugend entwerfen können.“<sup>6</sup> Diese Untersuchung hofft, ein solches Modell vorstellen zu können. Wenn es tragfähig sein soll, führt allerdings kein Weg an einer intensiven Auseinandersetzung mit Alexys Prinzipientheorie vorbei.

Für den schweren Stand, den absolute Kernbereichstheorien heute haben, sind nicht zuletzt jene Einwände mitverantwortlich, die Alexy in seiner Habilitationsschrift, der 1985 veröffentlichten „Theorie der Grundrechte“, dagegen erhoben hat.<sup>7</sup> Es sind Einwände, wie sie sich grundsätzlicher kaum denken lassen. Alexy beansprucht mit seiner „primär analytisch“<sup>8</sup> argumentierenden Prinzipientheorie, die Frage nach der Möglichkeit abwägungsfester Norminhalte einer allgemeingültigen Antwort zuzuführen. Er geht zwar von einer „empirisch-analytischen“ Untersuchung der ‚Struktur‘ der Grundrechtsnormen aus, deren „wichtigster Stoff [...] die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ ist.<sup>9</sup> Er verbindet jedoch die so gewonnene „Strukturtheorie der Grundrechte“<sup>10</sup> mit „normativ-analytischen“ Thesen zur „richtigen grundrechtlichen Entscheidung“ und zur „rationalen grundrechtlichen Begründung“.<sup>11</sup>

Mit seiner begründungstheoretischen Argumentation will Alexy letztlich zeigen, dass die Prinzipienstruktur der Grundrechte nicht nur die Rechtsprechung tatsächlich prägt, sondern auch die einzig vernünftige „Normstruktur“ ist, weil nur sie den Anforderungen an eine rationale juristische Begründung genügen kann. Nach Alexy kann es eine Normanwendung ohne Einzelfallabwägung nur in eindeutigen Fällen geben. Sobald hingegen Zweifel auftauchen und geklärt werden müssen, wird das „Spiel von Grund und Gegengrund“<sup>12</sup> und damit – ihm zufolge – eine Prinzipienabwägung unausweichlich.

Alexy geht damit von einer These aus, die hier als seine „Exklusivitätsthese“ bezeichnet werden soll: Nur eine Prinzipienabwägung kann in Zweifelsfällen – exklusiv – eine rationale juristische Begründung sicherstellen.<sup>13</sup> Die Unmöglichkeit absolut geschützter Rechte folgt danach, wie etwa auch Martin Borowski in engem Anschluss an Alexy argumentiert, letztlich aus nichts Geringerem

---

<sup>6</sup> *Lerke Osterloh*, Die Verfassung der Freiheit, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung – die Verfassung vor der Zukunft*, 1999, S. 79 (4).

<sup>7</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*; bekräftigend: *ders.*, *Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit*, in: *AöR* 140 (2015), S. 497 ff.

<sup>8</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 32.

<sup>9</sup> *Ibid.*, S. 32.

<sup>10</sup> *Ibid.*, S. 32.

<sup>11</sup> *Ibid.*, S. 32.

<sup>12</sup> *Ibid.*, S. 289 f.

<sup>13</sup> S. näher unten S. 58 ff.

als aus dem „Gebot der rationalen Begründung rechtlicher Entscheidungen“ selbst.<sup>14</sup>

Abwägungsfeste Norminhalte sind danach keineswegs nur im Verfassungsrecht ausgeschlossen, sondern ganz generell in allen Rechtsgebieten. Abwägungsfestigkeit ist in Zweifelsfällen begründungstheoretisch *stets* unmöglich.

Für Alexy sind absolut geschützte Rechte auf eine irrationale Leugnung der Fehlbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnis angewiesen. Sie sind unfähig, den graduellen und abwägenden Charakter juristischer Argumentation, das Spiel von Grund und Gegengrund, in den stets unausweichlichen Zweifelsfällen angemessen methodisch nachzubilden. Juristische Argumentation und das Abwägen von Prinzipien sind für Alexy so eng miteinander verbunden, dass eine *Begründung* abwägungsfester Normgehalte geradezu zu einem Widerspruch in sich wird, zur *contradictio in adjecto*.

Nur grundrechtliche Rechte, die für eine Einzelfallabwägung mit gegenläufigen Prinzipiennormen zugänglich bleiben, genügen dem für die Wissenschaft schlechthin konstitutiven Rationalitätspostulat. Auch für die Menschenwürde kann danach nichts anderes gelten: Trotz des Eindrucks der Absolutheit, den sie auf den ersten Blick erweckt, lässt sich nach Alexy auch sie im Zweifel nur durch Abwägungen im Einzelfall konkretisieren.<sup>15</sup>

Im Kern ist dieser grundlegende Einwand Alexys bislang, soweit ersichtlich, unbeantwortet geblieben. Etliche verfassungsrechtliche Qualifikationsschriften der letzten Jahrzehnte weichen ihm entweder aus – oder aber sie schließen sich Alexy an.<sup>16</sup>

Ein gutes Stück weit gibt auch diese Untersuchung Alexy Recht. Sein Einwand bezieht seine berechtigte Kraft daraus, dass die allgemeine Einsicht in den abwägenden Charakter der juristischen Argumentation in Zweifelsfragen schlicht und einfach zutrifft. Das Prinzipienmodell Alexys bildet *insoweit* lediglich die methodische Binse ab, dass es in juristischen Zweifelsfällen keine intersubjektiv zwingenden Argumente gibt, sondern die Richtigkeit der Antwort eine Frage der Gewichtung, des „Mehr oder Weniger“ ist.

Alexys Prinzipientheorie, die er in enger Anlehnung an Ronald Dworkin entwickelt hat und deren Kern das „Kollisionsgesetz“ und die beiden „Abwägungsgesetze“ bilden, fordert insoweit individuelle Gewichtungskonsistenz ein und zeigt, worüber gestritten werden muss. Soweit sie auf dieser allgemeinen begründungstheoretischen Einsicht beruht, ist der anhaltende und hartnäckige Widerstand zwecklos, der in der deutschsprachigen Staatsrechtslehre vielfach

---

<sup>14</sup> *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien – Die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, 1. Aufl., 1998, S. 221. Zur Position Borowskis näher unten S. 139 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 95 ff., sowie näher unten S. 112 ff.

<sup>16</sup> Siehe näher unten S. 15 ff.

dagegen geübt wird. Nicht nur der internationale Erfolg des Abwägungsgedankens<sup>17</sup> und – in seinem Gefolge – auch der Alexyschen Prinzipientheorie sollte den Kritikern Alexys insoweit zu denken geben.<sup>18</sup>

Diese Untersuchung schließt sich also keineswegs den Positionen einer grundlegenden Abwägungsskepsis an.<sup>19</sup> Auch in streitigen Abwägungsfragen kann die Hoffnung auf eine bessere Antwort gerechtfertigt sein. Sicherlich eröffnen der graduelle Charakter der Abwägung und die unausweichlichen epistemischen Unsicherheiten Argumentationsspielräume, die auch zu anderen Zwecken als dazu genutzt werden können, die methodisch zutreffende Antwort zu suchen. Soweit die Skepsis gegenüber der Abwägung sich aus der Sorge vor einem solchen Missbrauch der Abwägung speist, ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Abwägung „als methodischer Schleier für verfassungsgerichtlichen Aktivismus eher ungeeignet ist“ und es zudem neben den methodischen Bindungen institutionelle Sicherungen gibt, die dazu beitragen, dass Grundrechtsgerichte von der Abwägung empirisch einen eher zurückhaltenden Gebrauch machen.<sup>20</sup>

## II. Abwägungsfeste Rechte als Ergebnis einer Abwägung von Grundsatznormen

Das Problem der Alexyschen Prinzipientheorie besteht nicht in dem Abwägungsgedanken selbst, sondern darin, dass Alexy es bei der allgemeinen Einsicht in den Zusammenhang von Abwägen und Begründen nicht bewenden lässt. Er leitet daraus vielmehr die inhaltliche Schlussfolgerung ab, es könne keinerlei Norminhalte geben, die einer solchen Abwägung in jedem Einzelfall im Ergebnis standhalten.<sup>21</sup> Das begründungstheoretische Argument trägt jedoch eine inhaltliche Stellungnahme von so atemberaubender inhaltlicher Reichweite

<sup>17</sup> Siehe unten S. 22, 23 ff.

<sup>18</sup> Zu fünf guten Gründen, sich mit Alexys Theorie näher auseinanderzusetzen, unten S. 10 ff.

<sup>19</sup> Siehe auch unten S. 27 ff.

<sup>20</sup> *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle – Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015, S. 6 (Zitat), 9, 269 ff. Vgl. auch die ausf. Untersuchungen zur Abwägungskontrolle des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht, das südafrikanische Verfassungsgericht und den kanadischen Supreme Court *ibid.*, S. 136 ff., 221 ff., 247 ff.

<sup>21</sup> Vgl. die treffende Diagnose bei *Jochen v. Bernstorff*, Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag, in: JZ 2013, S. 905 (914): „Das Problem ist nicht das in der Tat wohl unumgänglich abwägende juristische Denken als solches, sondern der Verlust von regelhaft konkretisierten Grenzen bei besonders intensiven Eingriffen in Grund- und Menschenrechte. Unter dem Primat einer unbegrenzten Einzelfallabwägung hat nichts Regelhaftes Bestand.“

nicht. Warum sollte es nicht ebenso auch Norminhalte geben können, bei denen die Abwägung der Gründe ergibt, dass sie der Abwägung gegen gegenläufige Belange mit hinreichender Sicherheit in allen Fällen im Ergebnis standhalten?

Der Grundgedanke, dass es gerade das Ergebnis einer Abwägung sein kann, Einzelfallabwägungen auszuschließen, lässt sich zu Recht immer häufiger antreffen, und zwar sowohl in der deutschsprachigen<sup>22</sup> als auch in der internationalen Diskussion.<sup>23</sup> Er liegt namentlich auch schon dem Soldaten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, das den absoluten Vorrang der Menschenwürde als kategorische Vorentscheidung einer Kollision und Abwägung

<sup>22</sup> Vgl. den Gedanken des normativ fixierten Abwägungsergebnisses etwa schon bei *Gertrude Lübke-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht – Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 11 (1980), S. 110 (115 f.); insoweit zust. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht – Eine Erwiderung, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 11 (1980), S. 591 (592) („[...] ist diese Abwägung bereits durch den Gesetzgeber [...] geleistet“; „Für eine nochmalige Rechtsgüter-Abwägung [...] ist bei diesen in sich bereits abgewogenen Regelungen daher kein Raum.“); *Wolfram Höfling/Steffen Augsburg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, in: *JZ* 2005, S. 1080 (1084 mit Fn. 60) („diese Güterabwägung hat das Grundgesetz bereits vorgenommen“); *Dieter Grimm*, Die Würde des Menschen ist unantastbar, 2010, S. 17 („wie eine vorweggenommene Abwägung, die die Abwägung im konkreten Fall überflüssig macht“); s. auch LG Frankfurt, *NJW* 2005, 692 (694) („Das strikte Verbot [...] ist bereits das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen. Diese wurde bei Errichtung des Grundgesetzes vorgenommen.“; s. aber auch die Relativierung, *ibid.*, S. 695 [keine Entscheidungserheblichkeit]); vgl. ferner zu den Quoren für parlamentarische Minderheitenrechte als abschließende Konkretisierungen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der effektiven Opposition: *BVerfGE* 141, 25 (67) – *Oppositionsrechte* (2016) („die vom Verfassungsgeber und vom verfassungsändernden Gesetzgeber gewollte Konkretisierung des Grundsatzes“). Vgl. auch *Hong*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, in: *Beestermöller/Brunkhorst* (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*, S. 24 (34, 166 [Fn. 51]). In diese Richtung insoweit ferner *Christoph Enders*, *Der Staat in Not – Terrorismusbekämpfung an den Grenzen des Rechtsstaats*, in: *DÖV* 2007, S. 1039 (1041) (zu Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) („Die Verfassung hat die mögliche Interessenkollision [...] keineswegs übersehen, sie hat sie vielmehr eindeutig entschieden.“). Zur Abgrenzung von Herdegens Konzept einer ‚bilanzierenden Gesamtwürdigung‘ siehe näher unten S. 180 ff.

<sup>23</sup> Vgl. etwa die Aussagen des U. S. Supreme Court in: *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570, 634–635 (2008) (s. oben Fn. 86, S. 25); *United States v. Stevens*, 559 U. S. 460, 470 (2010): „The First Amendment’s guarantee of free speech does not extend only to categories of speech that survive an ad hoc balancing of relative social costs and benefits. The First Amendment itself reflects a judgment by the American people that the benefits of its restrictions on the Government outweigh the costs. Our Constitution forecloses any attempt to revise that judgment simply on the basis that some speech is not worth it.“ (Hervorh. hinzugef.). Siehe auch bereits die Erwägungen bei *Charles L. Black*, Mr. Justice Black, the Supreme Court, and Bill of Rights (1961), in: *ders.*, *The Occasions of Justice – Essays mostly on Law*, 1963, S. 89 (101): „If we believe that crucially important decisions were fixedly made by the adoption of the Bill of Rights, then it is highly misleading to speak of the Court’s task in this field as merely one of ‚balancing interests‘; for the outcome of the balancing process must be taken already to have been settled, in vast and important areas.“ (Hervorh. hinzugef.).

mit der Meinungsfreiheit konzipiert.<sup>24</sup> Nicht stets wird dabei jedoch gesehen, dass es sich bei einer Abwägung, deren Ergebnis eine abwägungsfeste Norm sein soll, gerade nicht um eine Prinzipienabwägung im Sinne Alexys gehandelt haben kann.

Alexys Prinzipien zeichnen sich durch eine spezifische inhaltliche Nachgiebigkeit im Einzelfall aus, die hier als „Alexysche Unschärfe“ bezeichnet werden soll.<sup>25</sup> Als Normen, die voraussetzungsgemäß eine solche Unschärfe aufweisen, haben Alexys Prinzipien zwar keine eigenständige „Normstruktur“,<sup>26</sup> wohl aber einen spezifischen Inhalt, anhand dessen sie sich trennscharf und klassifikatorisch von Regeln mit weniger nachgiebigem Inhalt unterscheiden lassen.<sup>27</sup> Anders als Alexy annimmt, ergibt sich jedoch eine solche Unschärfe nicht allein schon aus der Notwendigkeit, in Zweifelsfällen Gründe und Gegengründe abzuwägen. Wenn mit hinreichender Sicherheit die überwiegenden Gründe dagegen sprechen, dass eine Norm im Ergebnis durch Abwägungen relativierbar ist, dann ist sie im Gegenteil inhaltlich als abwägungsfest zu bewerten. Abwägungsfestigkeit und Einzelfallinvarianz einer Norm bilden einen selbständigen Gegenstand der Begründung. Führt die allgemeine Abwägung der Gründe zur Festlegung auf die Abwägungsfestigkeit einer Norm, ist diese Norm deshalb gerade nicht mehr als ein Prinzip im Sinne Alexys zu klassifizieren.

In diesem – entscheidenden – Punkt muss Alexys Prinzipienmodell deshalb korrigiert werden. Es muss um die Möglichkeit ergänzt werden, dass in der Abwägung der Gründe abwägungsfeste Norminhalte aushärten oder „kristallisieren“.<sup>28</sup> Der Schlüssel dazu besteht darin, sorgfältig zwischen dem Abwägen der Gründe und dem Abwägen von Prinzipiennormen im Sinne Alexys zu unter-

<sup>24</sup> BVerfGE 93, 266 (293) – *Soldaten* (1995); s. näher *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 3. Kap., VIII.3.b).

<sup>25</sup> Siehe unten S. 50 ff.

<sup>26</sup> So bereits *Aulis Aarnio*, Taking Rules Seriously, in: Werner Maihofer/Gerhard Sprenger (Hrsg.), *Law and the States in Modern Times*, 1990, S. 180 (187) („[T]he optimization obligation is also a *rule* that cannot be applied ‚more or less‘. *Either one does or one does not optimize*. [...] [T]he principles must be brought together in the optimum manner, and only in the optimum manner.“); Hervorh. hinzugef.; *Jan-Reinard Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 65 („Optimierungsgebote sind demnach Regeln“), 67 (Optimierungsgebote sind „nicht abwägungsfähig [...], da sie strikt gelten und definitiv erfüllbar sind.“); s. auch *ders.*, Modelle des Eigentumsschutzes – Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, 1998, S. 43; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1. Aufl., S. 77; *Laura Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 20 f.

<sup>27</sup> Zum klassifikatorischen Charakter des Unterschiedes s. näher unten S. 98 ff.

<sup>28</sup> Zu Kerngehalten als „kristallisierte[n] Güterabwägungen“ auch *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, 2001, S. 74–93, der jedoch die Absolutheit dieser Kerngehalte relativiert, indem er von unlösbaren Konflikten zwischen ihnen ausgeht, s. dazu näher *Hong*, Todesstrafenverbot und Folterverbot, 2. Kap., I.3.e).

scheiden. Das allgemeine Abwägen von Gründen und abwägungsfeste Rechte schließen einander nicht aus.<sup>29</sup>

Eine Norm oder ein Recht kann sich der Abwägung von Grund und Gegenstand stellen, aber beanspruchen, dieser Abwägung in jedem Anwendungsfall standzuhalten. Ein abwägungsfestes Recht kann in dem schwachen Sinne ‚abwägungsoffen‘ oder der Abwägung ‚zugänglich‘ sein, dass es in der Abwägung der Gründe jederzeit Rechenschaft ablegen kann – ohne damit zugleich den Anspruch aufzugeben, in dieser Abwägung mit hinreichender Sicherheit stets die Oberhand zu behalten – ohne also in dem starken Sinne ‚abwägungsoffen‘ zu sein, dass es in einer solchen Abwägung relativierbar (abwägungsunbeständig) ist.

Führt das Abwägen der Gründe zu der Festlegung, dass eine Norm in diesem Sinne abwägungsfest gilt, dann bildet diese Festlegung einen entscheidenden epistemischen Umschlagspunkt, den das Modell Alexys nicht korrekt abbildet: Wer nach einer solchen Festlegung den allgemeinen Irrtumsvorbehalt, der für alle Normbehauptungen gilt, aktivieren will, muss einen Irrtum eingestehen und seine bisherige Einschätzung korrigieren („Overruling“). Bei Alexys Prinzipien bestätigt hingegen ein im Einzelfall abweichendes Ergebnis lediglich, dass es von Anfang an richtig war, einen Abwägungsvorbehalt vorzusehen („Distinguishing“).<sup>30</sup>

Ich denke, dass dahinter letztlich eine grundlegende methodische Frage steht, die keineswegs nur die juristische oder philosophische Diskussion um absolut geschützte Rechte betrifft, sondern die in allen Wissenschaftsbereichen auftauchen kann: Wie lassen sich angesichts der stets gebotenen Abwägung aller Gründe überhaupt noch feste Grenzziehungen wissenschaftlich begründen? Jede wissenschaftliche Behauptung kann sich als falsch erweisen, jede Überzeugung ist eine Frage des Grades, der Gewichtung mehr oder weniger starker Gründe. Heißt das aber, dass sich zwischen zwei Konzepten, mathematisch gesprochen, keine diskreten Übergänge mehr begründen lassen, sondern immer nur ein Kontinuum bestehen kann? Nein, wenn erkannt wird, dass es sich bei der Frage der Grenzziehung um eine eigenständige Frage handelt, bei deren Beantwortung die überwiegenden Gründe dafür sprechen können, sich vorbehaltlich der Erkenntnis, sich geirrt zu haben, auf eine feste Grenzziehung festzulegen.<sup>31</sup> Nur weil wir stets alle Gründe abwägen müssen, müssen nicht alle Abgrenzungen ins Fließen geraten.

---

<sup>29</sup> Vgl. für einen rechtsphilosophischen Ansatz, der Abwägung und deontologisch begründete abwägungsfeste Rechte als vereinbar ansieht, auch: *Mattias Kumm/Alec D. Walen, Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing*, in: Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Webber, Grégoire C. N. (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law – Rights, Justification, Reasoning*, 2014, S. 67 ff.

<sup>30</sup> Näher dazu unten S. 134 ff.

<sup>31</sup> Vgl. mit einer strukturell ähnlichen Zugangsweise zu der Frage, ob es in einem be-

Für einen absoluten Schutz muss es richtigerweise schon ausreichen, wenn die Gründe für ihn mit hinreichender Sicherheit die Gegengründe überwiegen. Mit dem generellen Abwägungsvorbehalt baut Alexy in den Prinzipienbegriff hingegen eine unwiderlegliche Vermutung zugunsten von Ausnahmen ein, einen Satz ‚in dubio pro exceptionem‘, der selbst bei noch so hoher Sicherheit über einen Vorrang im Kernbereich einen absoluten Schutz ausschließt.<sup>32</sup> Er unterwirft damit die Behauptung absolut geschützter Rechte unüberwindlich hohen epistemischen Anforderungen, ohne dass dafür eine Rechtfertigung ersichtlich wäre.

Dem Abwägungsmodell Alexys fehlt damit paradoxerweise eine entscheidende Ebene der Abwägung: Zum Abwägen von juristischen Gründen im Allgemeinen können gerade auch solche Gründe gehören, die für einen kategorischen, abwägungsfesten Norminhalt sprechen. Wenn das Abwägen von Gründen zugleich als Abwägen von Normen verstanden werden soll, dann bedarf es daher einer eigenen Ebene von Normen, die anders als die Alexyschen Prinzipiennormen keine Vorabfestlegung gegen abwägungsfeste Inhalte enthalten. Solche Normen sollen hier, um eine Verwechslung mit dem Prinzipienbegriff Alexys zu vermeiden, als *Grundsatznormen* oder *Grundsätze* bezeichnet werden. Zwar könnte auch der Prinzipienbegriff selbst entsprechend korrigiert werden. Dagegen sprechen jedoch die ohnehin schon verwirrende Vielfalt der Prinzipiendefinitionen und die weite Verbreitung gerade des Alexyschen Prinzipienbegriffs.

Alexys Abwägungsmodell ist also um eine Ebene der Abwägung von Grundsatznormen zu ergänzen, die Prinzipien in seinem Sinne sein können, es aber nicht müssen. Die Abwägung von Grundsatznormen kann vielmehr auch zu weniger nachgiebigen Norminhalten führen. Das Abwägen der Gründe kann bei ihnen zur Kristallisation abwägungsfester Norminhalte führen (These der Aushärtung abwägungsfester Normen in der Abwägung von Grundsatznormen).

Die „Gesetze“, die Alexy für die Prinzipienabwägung entwickelt, also sein Kollisionsgesetz und die beiden Abwägungsgesetze, sind auf die Kollision und Abwägung solcher Grundsatznormen nur mit einer entscheidenden Korrektur anwendbar, nämlich ohne die Vorabfestlegung auf die Alexysche Unschärfe, die Alexy ihnen implizit beigibt.<sup>33</sup> Die bedingten Vorrangnormen, die aus der Abwägung von Grundsatznormen hervorgehen und deren Kollision auflösen, können – anders als nach Alexy – auch abschließenden Charakter haben. Sie

---

stimmten Kontext hinreichend begründet sein kann, auf das Fragen nach weiteren Gründen zu verzichten, und dem Vorschlag einer pragmatistischen Fortentwicklung entsprechender Ansätze in Kants Metaphysik: *Markus Willaschek*, Bedingtes Vertrauen – Auf dem Weg zu einer pragmatistischen Transformation der Metaphysik, in: Martin Hartmann/Jasper Liptow/Markus Willaschek (Hrsg.), *Die Gegenwart des Pragmatismus*, 2013, S. 97 ff.

<sup>32</sup> Man kann deshalb von einer „epistemischen“ Kernpositionsthese Alexys sprechen; s. unten S. 112 f., 116 f., 118–124, 132 f.

<sup>33</sup> Zur modifizierten Fassung der drei Gesetze siehe näher unten S. 157 ff.

konkretisieren dann die Grundsatznormen insoweit als *leges speciales* abschließend. Sie sind durch abwägungsfeste Kriterien definiert und daher abwägungsfrei anwendbar.<sup>34</sup>

Als Grundsatznormen können unter dem Grundgesetz beispielsweise die grundrechtlichen Abwehrrechte und Schutzpflichten verstanden werden. Für sich betrachtet verlangen sie, dass ein bestimmtes Maß an abwehrrechtlicher Freiheit oder an staatlichem Schutz gewährleistet wird. Sie sind in bestimmten Bereichen als Alexysche Prinzipien zu klassifizieren, in anderen Bereichen wird ihre Kollision jedoch durch abwägungsfeste Vorrangbedingungen mit abschließendem Anspruch entschieden. Die konkretere Vorrangrelation konkretisiert in solchen Fällen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als abschließende *lex specialis*. Sie kann nicht durch eine Abwägung im Einzelfall relativiert werden, sondern gilt abwägungsfest.

Ein auf diese Weise weiterentwickeltes Abwägungsmodell baut auf Alexys Erkenntnissen über den abwägenden Charakter juristischer Argumentation auf, ohne deshalb gleich allen Norminhalten die Alexysche Unschärfe zu unterstellen. Es bietet so selbst den Ausgangspunkt für eine Begründung abwägungsfester Rechte. Das allgemeine „Spiel von Grund und Gegengrund“<sup>35</sup> steht, anders als Alexy annimmt, einer Kristallisation oder Aushärtung abwägungsfester Normen keineswegs im Wege. Alexy selbst ging in seinem frühen Aufsatz „Zum Begriff des Rechtsprinzips“ noch von der Existenz „absoluter Prinzipien“ aus.<sup>36</sup> Diese Untersuchung greift daher in gewissem Sinne einen Faden auf, den Alexy damals noch verfolgte, jedoch später wieder fallen ließ.

### III. Fünf gute Gründe, sich mit Alexys Prinzipientheorie (weiterhin) auseinanderzusetzen

Vor allem den zahlreichen Kritikern Alexys, denen seine Prinzipientheorie und der Abwägungsgedanke schon ganz generell suspekt sind, mag eine solche Weiterentwicklung seiner Prinzipientheorie freilich als pure Zeitverschwendung erscheinen: Ist die Behauptung, es könne auf Streitige dogmatische Interpretationsfragen gar nicht mehr ankommen, weil Abwägungen und Ausnahmen immer schon aus rechtstheoretischen Gründen zwingend seien, nicht ganz offenkundig absurd? Ist Alexys Einwand gegen absolute Rechte nicht geradezu widerlegungsunwürdig?

<sup>34</sup> Alexy schließt eine Abwägungsfestigkeit bedingter Vorrangregeln gerade aus, vgl. dazu näher unten S. 50 ff.

<sup>35</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 289 f.

<sup>36</sup> *Ders.*, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (1979), in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, S. 177 (198 f.); vgl. dazu näher unten S. 111 ff.

## Sachregister

- absolute Rechte *siehe* abwägungsfeste Rechte
- abwägungsfeste Rechte *siehe* fallbezogene Normen
  - als Ergebnis einer Abwägung von Grundsatznormen 5, 52, 145, 159, 161
  - Definition 168
  - Indifferenzkurve einer Grundsatznorm (Grafik 2 und 3) 165, 166
  - kein unendliches Gewicht nötig 166
  - Kollisionsverhalten 167
  - und Einzelfallprüfung 173
- Abwägungsgesetze und Gewichtsformel
  - Alexysche 39
  - Alexysche (mit Unschärfebedingung) 57
  - für Grundsatznormen (ohne Unschärfebedingung und mit Aushärtungsklausel) 157
- Alexysche Unschärfe (von Prinzipien) 50, 102, 123, 130, 133, 153, 159, 167, 173
  
- Beweisbarkeitsthese *siehe* Eindeutigkeitsthese
  
- Distinguishing versus Overruling 134, 173
  
- Eingriffsschwellen 176
- Exklusivitätsthese (Alexys) 3, 32, 58, 69, 106, 107, 117
  - Zurückweisung 125
- Exklusivitätsthese (bei anderen Prinzipientheoretikern als Alexy) 137
  
- fixation thesis *siehe* Originalism
  
- Folter (bei Alexy) 120
- Folterverbot *siehe* Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG)
  
- Indifferenzkurven *siehe* abwägungsfeste Rechte
- innentheoretische Rechte (nach Borowski) 169
  - und Kollisionen 170
  
- Kernpositionsthese (Alexys) 112, 116, 118, 122
  - Zurückweisung 132
- Kernpositionsthese (bei anderen Prinzipientheoretikern als Alexy) 137
- Kollisionsgesetz
  - für Grundsatznormen (ohne Unschärfebedingung und mit Aushärtungsklausel) 157
  
- Menschenwürde (bei Alexy) 113
  
- Optimierungsgebote 35
  - Regelcharakter 75
  
- Prinzipientheorie (Alexysche)
  - keine Theorie ohne Gegenstand (Poschers Einwand) 100
  
- Sorites-Paradox 179
  
- Trennungsthese
  - norminhaltliche (statt normstruktureller) 102
- Typusdenken 174