

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND

Wie funktioniert eine Abwägung von Grundrechten?

Oliver Lepsius

Es gibt keine wichtigeren oder weniger wichtigen Grundrechte; alle haben zueinander denselben Rang. Absolut geschützt und nicht abwägbar ist nur die Menschenwürde, die aber kein einklagbares Grundrecht ist. Leben und Gesundheit haben gegenüber anderen Grundrechten, das mag zunächst überraschen, also keinen normativ privilegierten Status. Sie sind abwägbar, sei es, dass sie im Einzelfall zurücktreten, sei es, dass andere Güter ihnen gegenüber zurücktreten müssen.

„Grundrechtliche Abwägung heißt nicht, sich für ein Grundrecht zu entscheiden.“

Wenn die Verfolgung des einen Grundrechts mit einem anderen Grundrecht kollidiert, etwa Gesundheitsschutz Freiheitseingriffe nach sich zieht, stellt sich eine Entscheidungssituation, die verkürzend als Abwägung bezeichnet wird. Dabei weicht nicht ein Grundrecht dem anderen, sondern seine Wirkung wird nur in dem Umfang beschränkt, der unvermeidlich ist. Jurist_innen nennen das den schonenden Ausgleich oder die praktische Konkordanz. Im konkreten Konflikt werden die relevanten Grundrechte so geordnet, dass sie je für sich noch die maximal denkbare Wirksamkeit entfalten. Bei Abwägung geht es also nicht darum, sich für ein Grundrecht entscheiden zu müssen, sondern um eine multidimensionale Perspektive, in der die Zielverfolgung durch eine begrenzende Kalkulation der damit verbundenen Lasten erweitert wird. Aus einer grundrechtlichen Abwägung folgt also nicht, dass man das eine auf Kosten des anderen tun könne. Man kann

„abwägen“ ob man den Urlaub in den Bergen oder lieber an der See verbringt. Diese Entscheidung geht zu Lasten eines Urlaubsortes aus. Die Abwägung von Grundrechten vermeidet solche Alternativen, weil sonst ein Grundrecht hinter ein anderes zurückträte, was mit ihrer normativen Gleichrangigkeit unvereinbar wäre.

„Je konkreter der Abwägungskontext ist, desto besser gelingt eine Abwägung.“

Wie weit ein Grundrecht zugunsten eines anderen zurücktreten muss, kann nur im Angesicht einer konkreten Handlungsnotwendigkeit gesagt werden. Abstrakte Aussagen wie etwa, die Versammlungsfreiheit habe hinter dem Gesundheitsschutz zurückzutreten, verkennen bereits die Gleichrangigkeit der Schutzgüter. Eine solche Aussage würde nicht abwägen, sondern hierarchisieren. Wer abwägt, also das eine Schutzgut nur soweit zurücktreten lässt, wie es in der konkreten Situation notwendig ist, weiß, dass es keine ein für alle Mal richtige Abwägung geben kann. Abwägungssituationen stellen sich immer wieder neu, weil sich die Grundrechtskonflikte mit Zeitablauf neu und anders stellen werden. Generell wiederkehrende Konflikte können gesetzlich vorstrukturiert werden (Abwägung durch gesetzliche Tatbestände), doch muss zusätzlich für die Entscheidung des Einzelfalls die Feinsteuerung der Abwägung im Angesicht des konkreten Geschehens vorgenommen werden. Deshalb muss ein Gesetz der Vollzugsebene Handlungsspielräume eröffnen (Ermessen, unbestimmte Rechtsbegriffe, Rechtsfolgen). Gebundene

gesetzliche Abwägungsentscheidungen sind nur möglich, wenn es durch die Entscheidung entweder zu keinem Grundrechtskonflikt kommt oder der Grundrechtseingriff immer unerheblich ist gegenüber dem verfolgten Ziel. Letzteres kann aber kaum abstrakt geregelt werden, weil es atypische Situationen geben wird, in denen Abwägungen eben auch Ausnahmen von der Regel erfordern. Lässt das Gesetz diese nicht zu, zwingt es die Vollzugsorgane also zu übergriffigen Entscheidungen, ist das Gesetz als abstrakte Regelung unverhältnismäßig.

„Abwägungsentscheidungen können nur arbeitsteilig zwischen allgemeiner Gesetzgebung und konkretem Verwaltungshandeln getroffen werden.“

Zu Abwägungsentscheidungen kommt es daher auf unterschiedlichen Stufen: bei der Gesetzgebung wie beim vollziehenden Einzelakt, also durch parlamentarisches wie behördliches Handeln. Je besser dem Gesetzgeber die Vorstrukturierung der grundrechtlichen Kollisionslage gelingt, desto leichter ist dann die Einzelfallanwendung des Gesetzes. Nimmt der Gesetzgeber nur eine rudimentäre Abwägung vor (Generalklausel), verlagert er die Abwägung auf die unteren Instanzen. Im Gesetzgebungsverfahren geraten die potentiell konfligierenden grundrechtlichen Belange noch als solche, also in der abstrakten Relevanz in den Blick. Auf den unteren Ebenen sind grundsätzliche Interessenkonflikte seltener präsent; hier geht es um den Einzelfall, so dass nun bei der Abwägung den Umständen und individuellen Besonderheiten Rechnung getragen werden muss. Abwägungsentscheidungen können daher weder allein auf der abstrakten Ebene (Gesetz) noch auf der konkreten Ebene (Verwaltungsakt/Urteil) bewältigt werden, sondern immer nur arbeitsteilig durch beide Ebenen zusammen.

„Es ist wichtig, dass Grundrechtskonflikte durch Gesetze vorstrukturiert werden.“

Die untere Ebene kann im Angesicht der Umstände des Einzelfalls besser abwägen, wenn die obere den grundsätzlichen Konflikt der Rechtsgüter schon vorstrukturiert hat (zumal, wenn es sich um multipolare Konflikte handelt, in denen nicht nur zwei, sondern zahlreiche Belange in Einklang zu bringen sind).

Schaltet man zwischen Gesetz und Einzelakt als weitere Rechtsnorm noch eine Verordnung dazwischen, wie etwa beim Infektionsschutzgesetz, kompliziert dies den Abwägungsvorgang. Mit Verordnungen kann nämlich in der Regel keine zusätzliche Abwägungsleistung erbracht werden. Was das Gesetz nicht schon abwägend vorstrukturiert hat, kann die Verordnung nicht mehr nachtragen, weil der Verordnungsgeber nicht mehr die Möglichkeit hat, die Vielzahl der konfligierenden Belange überhaupt zu erkennen, geschweige denn abzuwägen. So ist etwa ein Gesundheitsminister, der Verordnungen erlässt, gar nicht in der Lage, mit den Mitteln seines Ministeriums die für eine Abwägung relevanten Belange zu identifizieren (etwa Bildung, Kinderpsychologie, Geschlechterverhältnisse, Sozialverhältnisse, Kultur, Wirtschaft etc.). Das Gesundheitsministerium ist für Gesundheit zuständig, nicht aber für die anderen Themenfelder. Wie sollte ein Gesundheitsminister dann in der Lage sein, sie unter- und gegeneinander abzuwägen? Deshalb ist es wichtig, dass Grundrechtskonflikte durch Gesetze vorstrukturiert werden – also nicht einfach an die Exekutive weitergereicht werden – und dass zugleich Spielraum für die Entscheidung nach praktischer Konkordanz und schonendem Ausgleich im Einzelfall besteht. Am schlechtesten für die Abwägung ist ein Modell, bei dem der Gesetzgeber der Abwägung durch eine Generalklausel ausweicht, sie der Sache nach also an die Regierung weiterreicht, und diese dann Verordnungen erlässt, die keinen Vollzugsspielraum mehr lassen. In einem solchen Fall wird „oben“ nicht abgewogen, „unten“ darf nicht mehr abgewogen werden und „in der Mitte“, bei der Verordnungsgebung, kann der Sache nach nicht abgewogen werden.

„Abwägung vergleicht und bewertet die unvermeidlichen Schäden.“

Für die Abwägung ist es außerdem notwendig, möglichst genau zu wissen, welcher Schaden für welches Ziel dadurch abgewendet werden soll, dass in ein anderes Grundrecht eingegriffen wird und dort ein Schaden entsteht. Abwägung vergleicht und bewertet die unvermeidlichen Schäden. Dafür sind die Ziele genau zu spezifizieren. Dazu wird in einem weiteren Beitrag Stellung genommen am Beispiel der Frage, wie Lebens- und Gesundheitsschutz abgewogen werden können.

April 2021

*Prof. Dr. Oliver Lepsius ist Inhaber des Lehrstuhls für
Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.*

DEMOKRATIE IM AUSNAHMEZUSTAND. WIE VERÄNDERT DIE CORONAKRISE RECHT, POLITIK UND GESELLSCHAFT?

Die Corona-Pandemie markiert die entscheidendste Krise der demokratischen Staaten und Gesellschaften seit dem Zweiten Weltkrieg. Von erheblichen Grundrechtseingriffen über die strapazierte Funktionsfähigkeit der politischen Institutionen bis hin zu immensen wirtschaftlichen und sozialen Folgeschäden stellt sie unser Gemeinwesen auf eine vorher nicht gekannte Probe. Gleichzeitig macht die Krise bestehende, längerfristige Herausforderungen des demokratischen Systems mit besonderer Deutlichkeit sichtbar. Daraus ergeben sich vielfältige demokratierelevante Fragen an die Wissenschaft, die wir in der neuen E-Paperreihe diskutieren wollen.

Alle bisher erschienen Beiträge sind [hier](#) abrufbar.

Kontakt: Alina Fuchs, Friedrich-Ebert-Stiftung, alina.fuchs@fes.de

Die in dieser Publikation zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind nicht notwendigerweise die der Friedrich-Ebert-Stiftung.