

## Herausgeber

Präsident des LG Prof. Dr. Michael Huber  
Prof. Dr. Stephan Lorenz, Mitglied des BayVerfGH  
Prof. Dr. Thomas Rönna  
Präsident des BVerfG Prof. Dr. Andreas Voßkuhle

## Schriftleitung

Rechtsanwalt Dr. David Herbold  
Rechtsanwältin Dr. Urte Hüsche

## AUFSATZ

PROF. DR. MATTHIAS KLATT UND RECHTSANWALT DR. MORITZ MEISTER\*

# Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

## Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus

Vor dem Hintergrund der kaum zu überschätzenden praktischen Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erläutert der Beitrag die fünf Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei liegt ein Schwerpunkt der Darstellung auf der Abwägung. Vorgestellt und anhand neuer Forschungsergebnisse präzisiert wird ein Konzept, mit dessen Hilfe die oft als schwierig wahrgenommene Abwägung rational strukturiert werden kann. Der Aufsatz vermittelt zudem wichtige Grundkenntnisse zur neueren, auch international kontrovers geführten Diskussion um die Verhältnismäßigkeit. Schließlich wird gezeigt, wie das Argument der reduzierten Kontrolldichte einzusetzen ist. Als Beispiel dient u. a. die Entscheidung des BVerfG im Fall *Gustl Mollath*.

### I. Einleitung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört zu den wichtigsten Gegenständen, die Studenten im öffentlichen Recht lernen. Das hat gute Gründe: Auf Grund seiner Verankerung im Rechtsstaatsprinzip<sup>1</sup> und in den Grundrechten<sup>2</sup> strahlt der Grundsatz in sämtliche Rechtsgebiete<sup>3</sup> aus. Daraus folgt seine zentrale Bedeutung auch für die berufliche Tätigkeit von Juristen. Gesteigert wird diese Bedeutung noch dadurch, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu den Exportslagern der deutschen Rechtswissenschaft zählt und einen einzigartigen internationalen Siegeszug hinter sich hat<sup>4</sup>. Er ist in vielen Rechtsordnungen<sup>5</sup> rezipiert worden und gilt auch im Unionsrecht<sup>6</sup> sowie in der EMRK<sup>7</sup>.

\* Der Autor *Klatt* ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentl. Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsphilosophie an d. Universität Hamburg; er vertritt zurzeit den Lehrstuhl von Prof. Dr. *Christoph Möllers* an d. Humboldt-Universität zu Berlin; der Autor *Meister* ist Rechtsanwalt bei Wendelstein LLP in Frankfurt a. M.

1 *BVerfGE* 19, 342 (Rdnr. 17) = *NJW* 1966, 243; grundl. *Hirschberg*, *Der Grds. d. Verhältnismäßigkeit*, 1981; *Grabitz*, *AöR* 98 (1973), 568; *Vofskuhle*, *JuS* 2007, 429; *Michael*, *JuS* 2001, 654 ff., 764 ff. u. 866 ff.

2 *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 5. Aufl. (2006), S. 100 ff.

3 *BVerfGE* 7, 198; 23, 127 (133); Überbl. bei *Grabitz*, *AöR* 98 (1973), 568 (610–616); zum Strafr s. *Weigend*, *Festschr. f. Hirsch*, 1999, S. 917 ff.; krit. *Schlink*, *Abwägung im VerfassungsR*, 1976, S. 17–47.

4 *Klatt/Meister*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (160 f.) m. w. Nachw.; *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3.

5 Für UK etwa gilt dies v. a. seit dem Human Rights Act 1998, s. *Brady*, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act*, 2012.

6 *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, 2013, Rdnrn. 403–406; *Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, S. 136 f.

7 *Rivers*, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 174 (182 ff.).

In den letzten Jahren hat sich vor allem die internationale Diskussion stürmisch entwickelt<sup>8</sup>. Kontext dieser Entwicklung ist die Suche nach transnational gültigen Strukturmerkmalen des öffentlichen Rechts, wie sie insbesondere in der Diskussion um einen „globalen Konstitutionalismus“ geführt wird<sup>9</sup>. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein solches wesentliches Strukturelement.

Der Beitrag rekonstruiert die etablierte Entscheidungspraxis des *BVerfG* im Hinblick auf Verhältnismäßigkeitserwägungen und zeigt damit deren grundlegende Struktur auf. In dem Beitrag wird außerdem dargelegt, welche Besonderheiten bei der Falllösung zu beachten sind. Der Schwerpunkt liegt auf der letzten Prüfungsstufe, der Abwägung, die auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet wird. Die Abwägung wird vielfach als subjektiv geprägte, essayistische und irrationale Methode kritisiert<sup>10</sup> und auch von Studenten häufig so erlebt. Demgegenüber zeigt dieser Beitrag, wie man die Abwägung mit der richtigen Struktur in den Griff bekommen und weitgehend rational gestalten kann.

## II. Grundlagen

Grundrechte sind, wie alle Verfassungsprinzipien, Optimierungsgebote<sup>11</sup>. Sie gebieten, dass ihr Gegenstand unter den gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Umständen möglichst weitgehend realisiert, also optimiert wird. Es soll möglichst viel Meinungsfreiheit, möglichst viel Sozialstaat geben, etc. Die rechtliche Prüfung wird damit zu einer Sache des „Mehr-oder-Weniger“. Die Prüfung von Prinzipien unterscheidet sich daher kategorial von der Prüfung von Regeln, die als Subsumtion eine Sache des „Alles-oder-Nichts“ ist<sup>12</sup>. Aufgabe der Rechtsanwender ist es, das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Realisierung eines Verfassungsprinzips im Einzelfall zu bestimmen.

Die Verhältnismäßigkeit ist die beste Methode, um Zielkonflikte zwischen gegenläufigen Prinzipien rational aufzulösen. Dabei betreffen die Prüfungsstufen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit die Optimierung in Bezug auf die *tatsächlichen* Umstände des konkreten Falls. Die Prüfungsstufe der Abwägung betrifft dagegen die Optimierung in Bezug auf die *rechtlichen* Umstände des konkreten Falls. Letztere werden durch kollidierende Verfassungsprinzipien definiert. Der Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz erfolgt durch Abwägung.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in fünf Schritten zu prüfen (u. III–VI)<sup>13</sup>. Die ersten beiden Prüfungsschritte der Verhältnismäßigkeit werden hier in einem Gliederungspunkt zusammengefasst (III). Die Prüfungsstruktur ist formal, also inhaltlich neutral, woraus auch ihre universelle Anwendbarkeit folgt. Ihr ist zwingend zu folgen. Nur dann ist eine Bewertung staatlichen Handelns als verhältnismäßig oder unverhältnismäßig *intern* gerechtfertigt.

Von dieser internen Begründungsstruktur ist die sogenannte *externe* Rechtfertigung zu unterscheiden<sup>14</sup>. Bei der externen Rechtfertigung geht es darum, Sätze wie „Das Mittel M1 fördert den beabsichtigten Zweck“ oder „Das Alternativmittel M2 hätte den Zweck stärker gefördert“ zu begründen. Für diese externen Begründungen steht das gesamte

Arsenal an juristischen Argumenten zur Verfügung. Die inhaltliche Güte und Überzeugungskraft dieser Argumente entscheidet darüber, ob eine der internen Struktur folgende Verhältnismäßigkeitsentscheidung auch extern gerechtfertigt ist.

Die Differenzierung zwischen interner und externer Rechtfertigung ist unter anderem im Streit um die Rationalität und Objektivität der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant. Häufig werden die argumentativen Schwierigkeiten und Unsicherheiten, die sich in der externen Rechtfertigung regelmäßig stellen, von Kritikern gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insgesamt ins Feld geführt. Schwächen der externen Argumente können jedoch nicht gegen die interne Struktur an sich sprechen, denn diese ist inhaltlich neutral. Zudem spielt die Unterscheidung dann eine Rolle, wenn es um die gerichtliche Kontrolle einer von einem anderen Organ getroffenen Verhältnismäßigkeitsentscheidung geht. Diese Kontrolle muss die interne Rechtfertigung immer vollständig erfassen. Hat das entscheidende Organ z. B. die Erforderlichkeit gar nicht geprüft, ist die Entscheidung schon intern nicht gerechtfertigt. Bei der Kontrolle der externen Argumentation ist dagegen eine Abstufung der Kontrolldichte nicht nur denkbar, sondern auch in der Praxis häufig anzutreffen.<sup>15</sup>

## III. Legitimer Zweck und legitimes Mittel

### 1. Legitimer Zweck

Die staatliche Stelle, die in Freiheitsrechte eingreift, muss mit dem Eingriff einen legitimen Zweck verfolgen<sup>16</sup>. Die Prüfung besteht aus zwei Schritten: Erstens ist der tatsächlich mit dem Eingriff verfolgte Zweck aus dem Sachverhalt genau zu identifizieren und präzise zu benennen. Zweitens ist eine Bewertung anhand der Frage vorzunehmen, ob dieser Zweck rechtlich zulässig ist. Dabei erfolgt eine isolierte Betrachtung nur des Zwecks selbst; die Zweck-Mittel-Relation spielt hier noch keine Rolle. In Prüfungsarbeiten ist die Legitimität des Zwecks fast immer zu bejahen.

- 8 S. nur die sog. ICon-Kontroverse: *Tsakyrakis*, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 468; *Khosla*, International Journal of Constitutional Law 8 (2010), 298; *Tsakyrakis*, International Journal of Constitutional Law (2010), 307; *Klatt/Meister*, International Journal of Constitutional Law 10 (2012), 687; *Möller*, International Journal of Constitutional Law 10 (2012), 709; aus der neueren monografischen Lit. insb. *Barak*, Proportionality, 2012; *Klatt/Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012; *Brady* (o. Fußn. 5).
- 9 *Klatt/Meister* (o. Fußn. 8), S. 171; *Stone/Sweet/Mathews*, Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008), 72 (160); vgl. auch *Saurer*, Der Staat 51 (2012), 3.
- 10 *Schlink* (o. Fußn. 3), S. 79, 152 f., 214–219; *Habermas*, Between Facts and Norms, 1996, S. 258; *Webber*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 179.
- 11 *Alexy* (o. Fußn. 2), S. 75–77.
- 12 *Alexy*, Ratio Juris 16 (2003), 433; *Stück*, ARSP 84 (1998), 405.
- 13 Zur Funktionsweise der Verhältnismäßigkeit bei Schutzpflichten, also als Untermaßverbot, s. *Klatt*, in: *Klatt*, Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, S. 34; *Michael*, JuS 2001, 764 (765–767). In diesem Beitrag wird nur die Funktion der Verhältnismäßigkeit bei Abwehrrechten betrachtet, also als Übermaßverbot.
- 14 Die wichtige Unterscheidung zw. interner und externer Rechtfertigung wurde bisher nur auf den Justizsyllogismus bezogen, kann jedoch ebenso auf die Abwägung und die Verhältnismäßigkeit insgesamt angewendet werden, s. *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (172–174); erstmalig bereits *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 13 f.
- 15 Zur Abstufung der Kontrolldichte s. u. VII.
- 16 Die Trennung von Zweck und Mittel problematisiert *Schlink* (o. Fußn. 3), S. 203–207.

Es gibt zwei Arten legitimer Zwecke<sup>17</sup>. Bei den sog. *absoluten Gemeinschaftswerten* handelt es sich um Verfassungsprinzipien, die staatlichen Stellen zwingend vorgegeben sind. Der Staat *muss* diese Zwecke verfolgen. So ist ihm zum Beispiel gem. Art. 5 I 1 Var. 1 GG aufgegeben, die Meinungsfreiheit zu schützen. Die sog. *relativen Gemeinschaftswerte* dagegen setzt sich eine staatliche Stelle selbst, z. B. der Gesetzgeber im Rahmen seiner wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit<sup>18</sup>. Voraussetzung dafür ist eine sog. Zwecksetzungskompetenz<sup>19</sup>.

## 2. Legitimes Mittel

Auch die Prüfung der Legitimität des Mittels erfolgt isoliert, abstrakt und zweistufig: Das tatsächlich eingesetzte Mittel ist präzise zu benennen und anschließend rechtlich zu bewerten. In Prüfungsarbeiten wird die Legitimität des Mittels in der Regel zu bejahen sein. Dies kann insbesondere unter Hinweis auf eine Ermächtigungsgrundlage erfolgen, deren Rechtsfolge gerade den Einsatz des ergriffenen Mittels grundsätzlich erlaubt<sup>20</sup>. So folgt aus § 15 VersG, dass die Auflösung einer Versammlung als Mittel grundsätzlich legitim ist. Ein Beispiel für ein illegitimes Mittel wäre der gegen Art. 102 GG verstoßende Einsatz der Todesstrafe zur Verfolgung des (legitimen) Zwecks der Reduktion der Kosten im Strafvollzug.

## IV. Geeignetheit

Die bisherigen Schritte haben das Feld für die Prüfung der Geeignetheit vorbereitet. Ein Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der verfolgte Zweck gefördert werden kann<sup>21</sup>. Der Zweck muss durch den Einsatz des Mittels nicht vollständig erreicht werden; ein Fördern genügt<sup>22</sup>. Damit ist auch diese Hürde eher niedrig.

*Beispiel:* Ungeeignet war es zum Beispiel, dass das Jagdgesetz für die Falknerjagd den Nachweis der Fähigkeit des Umgangs mit Schusswaffen vorschrieb. Waffentechnische Kenntnisse sind nämlich für die Ausübung der Beizjagd, die mit Hilfe eines Greifvogels erfolgt, irrelevant und für die Förderung des Zwecks ordnungsgemäßer Jagdausübung daher ungeeignet<sup>23</sup>.

## V. Erforderlichkeit

Anders als bei den bisherigen Prüfungsschritten sind bei der Erforderlichkeit in der Regel etwas umfangreichere Ausführungen ratsam. In Praxis und Prüfung kommen Fälle, in denen die Erforderlichkeit zu verneinen ist, häufiger vor. Ein Mittel ist erforderlich, wenn es kein anderes gleich geeignetes Mittel gibt, das weniger intensiv in das Grundrecht eingreift<sup>24</sup>.

Die Aufgabe der Rechtsanwender besteht darin, alternative Mittel zu suchen, mit denen der Staat den legitimen Zweck auch hätte verfolgen können. Diese Alternativmittel sind rein hypothetischer Natur. Sie wurden vom Staat tatsächlich nicht eingesetzt. Häufig verlangt eine gute Falllösung, mehrere Alternativmittel konkret zu benennen und zu prüfen. Wie die Definition klar vorgibt, hat die Erforderlichkeit zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen. Erstens muss das

tatsächlich eingesetzte Mittel den verfolgten Zweck mindestens in dem Maße fördern, in dem das Alternativmittel den Zweck gefördert hätte. Zweitens darf das tatsächlich eingesetzte Mittel zu einem höchstens gleich intensiven Eingriff in das beeinträchtigte Verfassungsprinzip führen wie der (hypothetische) Einsatz des Alternativmittels. Für die Prüfung der Erforderlichkeit sind also die Auswirkungen des hypothetischen Alternativmittels und des tatsächlich eingesetzten Mittels für die Verfolgung des legitimen Zwecks und für das beeinträchtigte Verfassungsprinzip festzustellen und jeweils zu vergleichen.

Zwischen mehreren gleich geeigneten und gleich beeinträchtigenden Mitteln hat die staatliche Stelle einen sog. Mittelwahlspielraum: Sie kann zwischen diesen Mitteln frei wählen<sup>25</sup>. Im Einzelfall kann die Beurteilung, ob die Voraussetzungen der Erforderlichkeit erfüllt sind, durchaus schwierig sein. Als letzte Entscheidungshilfe bietet sich hier häufig der Hinweis auf den Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum an, wie ihn das *BVerfG* insbesondere dem Gesetzgeber für die Beurteilung unsicherer Tatsachengrundlagen zugesteht<sup>26</sup>.

*Beispiel:* Das Lebensmittelrecht sah ein absolutes Verbot für solche Lebensmittel vor, die nicht aus Schokolade sind, aber vom Verbraucher mit Schokolade verwechselt werden können. Dem Beschwerdeführer wurde daher die Herstellung von Weihnachtsmännern und Osterhasen aus Puffreis untersagt. Der legitime Zweck der Vermeidung der Täuschung der Verbraucher kann jedoch in gleicher Weise auch durch eine Kennzeichnungspflicht erreicht werden. Zudem stellt die Kennzeichnungspflicht im Vergleich zum Verbot eine geringere Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Herstellers dar. Das Verbot war daher nicht erforderlich<sup>27</sup>.

## VI. Abwägung

Die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Abwägung, die auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne oder als Angemessenheit bezeichnet wird. Die Rationalität der Abwägung als Methode ist besonders umstritten<sup>28</sup>.

17 Vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 187.

18 *BVerfGE* 13, 97 (107) = NJW 1961, 2011.

19 Instruktion zur Zwecksetzungskompetenz *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (600–609).

20 Es geht dabei nur darum, die Rechtsfolge als grundsätzlich legitim zu bewerten. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage ist dagegen nicht zu prüfen.

21 *BVerfGE* 96, 10 (23) = NVwZ 1997, 1109; 81, 156 (192) = NZA 1990, 161; vgl. *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 50–56.

22 Zu Problemen der Bestimmung des richtigen Maßes an Geeignetheit *Gerards*, International Journal of Constitutional Law 11 (2013), 466 (474–480).

23 *BVerfGE* 55, 159 (160) = NJW 1981, 673.

24 *BVerfGE* 90, 145 (172) = NJW 1994, 1577; 77, 84 (109) = NJW 1988, 1195 = JuS 1988, 981 (*Sachs*); *Hirschberg* (o. Fußn. 20), S. 56–75.

25 Zum Mittelwahlspielraum s. *Klatt*, in: *Klatt* (o. Fußn. 13), S. 34 (58 f.); *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, 2002, S. 396.

26 Es handelt sich hier um einen sog. epistemischen Spielraum, s. dazu umfassend *Klatt/Schmidt* (o. Fußn. 14). Vgl. auch unten VI.

27 *BVerfGE* 53, 135 = NJW 1980, 1565.

28 *Schlink* (o. Fußn. 3), S. 79, 152 f., 214–219; *Habermas*, Between facts and norms, 1996, S. 258; *Webber*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), 179. Für eine Diskussion dieser Kritik s. *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (161–162); *Klatt/Meister*, International Journal of Constitutional Law 10 (2012), 687, sowie die Beiträge in *Klatt* (o. Fußn. 13).

## 1. Relevanz in der Fallbearbeitung

Jenseits terminologischer Unterschiede besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Abwägung das Herzstück der Verhältnismäßigkeitsprüfung und im Recht allgegenwärtig ist<sup>29</sup>. In Aufsichtsarbeiten während des Studiums und in den Examina hat die Abwägung eine überragende Bedeutung. Dies gilt nicht nur für grundrechtliche Klausuren (vor allem Verfassungsbeschwerden). Die Abwägung spielt vielmehr auch im gesamten Verwaltungsrecht, insbesondere bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen, eine zentrale Rolle.

Die hohe Bedeutung einer rationalen, gut strukturierten Abwägungsprüfung für die Benotung von Aufsichtsarbeiten erklärt sich daraus, dass gerade die Abwägung hohe Anforderungen an die Kandidaten stellt: Während zum Beispiel im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung von Rechtsbehelfen oft „nur“ die mit Problemen angereicherten Zulässigkeitsvoraussetzungen abzuarbeiten sind, kommt es bei der Abwägung auf eine schlüssige, überzeugende und rationale Argumentation an. Hierfür aber fehlt vielen Bearbeitern die stützende Struktur. Abwägungen werden daher oft als unpräzise und willkürlich wahrgenommen.

Diese Unsicherheiten haben ihren Ursprung in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle nicht in einer mangelnden Prüfungsvorbereitung. Sie beruhen vielmehr darauf, dass Abwägungsentscheidungen tatsächlich nicht nur Studenten und Referendaren, sondern generell allen Rechtsanwendern große argumentative Kompetenz abverlangt. Oftmals sind eine Vielzahl gegenläufiger Verfassungswerte abzuwägen, und meist ist die Abwägung für das Ergebnis der Falllösung die entscheidende Weichenstellung.

## 2. Die Struktur der Abwägung

Überzeugende und konsistente Abwägungen setzen eine logische Struktur voraus. Eine solche Struktur hat *Robert Alexy* im Jahre 1985 in seiner „Theorie der Grundrechte“ vorgelegt, die mittlerweile in sechs Sprachen übersetzt wurde und weltweit führend ist<sup>30</sup>. Diese Struktur kann der Sache nach als eine analytische Rekonstruktion der Entscheidungspraxis des *BVerfG* interpretiert werden: *Alexys* Abwägungstheorie legt offen, was implizit bei der Begründung jeder Abwägungsentscheidung stattfindet.

In den letzten Jahren wurde die Grundstruktur der Abwägung durch aufwendige theoretische Überlegungen unter Zuhilfenahme mathematischer Formeln, welche die logische Struktur des Abwägungsvorgangs unterstreichen, erweitert<sup>31</sup>. Diese Erkenntnisse werden nachfolgend in Form einer Anleitung zur Strukturierung der Abwägungsprüfung aufbereitet, die sowohl für Prüfungsarbeiten als auch für die berufliche Praxis nützlich ist.

### a) Die drei Schritte der Abwägung

Abwägungen sollen sicherstellen, dass die mit einem staatlichen Eingriff einhergehenden Belastungen nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen. Je intensiver der Eingriff in das Grundrecht ist, desto höher sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung des Ein-

griffs. Genauer: Je intensiver der Eingriff in das Grundrecht ist, desto höher sind die Anforderungen an die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks<sup>32</sup>.

Aus dieser Grundidee folgt, dass alle Abwägungen aus drei Prüfungsschritten bestehen. *Erstens* ist die Intensität des Eingriffs im konkreten Fall zu bestimmen. *Zweitens* ist zu erörtern, wie wichtig der mit dem Eingriff verfolgte Zweck im konkreten Fall ist. Und *drittens* muss durch eine Betrachtung des Verhältnisses dieser zwei Einstufungen geprüft werden, ob die Wichtigkeit des Zwecks die Intensität des Eingriffs rechtfertigen kann. Bereits die klare Trennung dieser drei Schritte führt zu einem erheblichen Gewinn an Transparenz und Rationalität. Sie zwingt zur Strukturierung der Argumentation und zur Offenlegung der maßgeblichen Argumente. Insbesondere kann so vermieden werden, dass Argumente, die die Eingriffsintensität betreffen, bei der Wichtigkeit des Zwecks berücksichtigt werden, oder umgekehrt.

### b) Die dreistufige Skala

Für die Einstufung der Intensität des Eingriffs und der Wichtigkeit des Zwecks ist jeweils auf eine dreistufige Skala mit den Stufen *leicht*, *mittel* und *schwer* zurückzugreifen<sup>33</sup>. So stellt etwa das kurze Festhalten einer Person durch einen Polizeibeamten einen *leichten* Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person gem. Art. 2 II GG dar. Eine mehrjährige Freiheitsstrafe wiegt demgegenüber *schwer*. Ebenso ist die Wichtigkeit der verfolgten Zwecke zu beurteilen. Ein Festhalten nur zum Spaß wäre *unwichtig*. Ein Festhalten zum Schutz von Leib und Leben anderer Personen ist dagegen als *sehr wichtig* einzustufen.

Sowohl die Einstufung der Intensität des Eingriffs als auch die Bestimmung der Wichtigkeit des verfolgten Zwecks beziehen sich immer (nur) auf den konkreten Fall. Sie setzen Wertentscheidungen und moralische Argumentation voraus. Dies ist der Ort, um die in Sachverhalten von Prüfungsarbeiten regelmäßig eingebauten Argumente ausführlich einzubringen. Ob diese in die formale Abwägungsstruktur eingebrachten Wertentscheidungen und moralischen Argumente inhaltlich überzeugend sind oder nicht, betrifft nicht die interne, sondern die externe Rechtfertigung der Abwägungsentscheidung<sup>34</sup>.

### c) Das Abwägungsergebnis

Sind der Grad der Eingriffsintensität und die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks festgelegt, wird im dritten Schritt untersucht, ob die Wichtigkeit des verfolgten Ziels die Intensität des Eingriffs rechtfertigen kann. Dies ist immer dann einfach, wenn der Grad der Eingriffsintensität und die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks auf der dreistufigen Skala unterschiedlich beurteilt wurden. Ein leichter Eingriff wird zum Beispiel durch mittelgewichtige oder schwerge-

29 Schauer, in: Klatt, Institutionalized Reason, 2012, S. 307–316; Alexy, Ratio Juris 16 (2003), 433 (436).

30 Alexy (o. Fußn. 2).

31 Alexy, in: Jickeli/Kreutz/Reuter, Gedächtnisschr. f. Jürgen Sonnenschein, S. 771 ff.; Klatt/Schmidt (o. Fußn. 14); Klatt/Meister (o. Fußn. 8); zur Bedeutung der Lehre Alexys s. nur Barak (o. Fußn. 8), S. 5.

32 Dies ist das sog. erste Abwägungsgesetz, Alexy (o. Fußn. 2), S. 146.

33 Klatt/Meister (o. Fußn. 8), S. 12 f.

34 Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (172–174).

wichtige Zwecke, ein mittelschwerer Eingriff durch schwerwichtigere Zwecke gerechtfertigt. Ist die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks dagegen auf der dreistufigen Skala niedriger als die Eingriffsintensität, ist der Eingriff nicht gerechtfertigt.

Spannend sind diejenigen Situationen, in denen Eingriffsintensität und Wichtigkeit des verfolgten Zwecks auf derselben Stufe eingeordnet werden. Dies sind die Konstellationen *leicht/leicht*, *mittel/mittel* und *schwer/schwer*. In diesen Fällen besteht eine Pattsituation, die zu einem Spielraum des Gesetzgebers führt<sup>35</sup>. Das *BVerfG* zieht sich dann aus der Kontrolle zurück und kann einen Verfassungsverstoß nicht feststellen.

### 3. Neue Entwicklungen

Bereits das bisher aufgezeigte Rüstzeug erlaubt es, eine Abwägungsentscheidung zu strukturieren und zu präzisieren, denn es zwingt zur Offenlegung und Ordnung der für die Entscheidung maßgeblichen Argumente. Wie neue Forschungsergebnisse belegen, kann die Grundstruktur der Abwägung weiter verfeinert werden, um zusätzliche Besonderheiten des jeweiligen Falles zu erfassen<sup>36</sup>. Dies soll hier aus Gründen der Vereinfachung nicht vertieft werden. Die Grundidee dieser Erweiterungen ist jedoch schnell zu erfassen und für die konkrete Falllösung äußerst hilfreich. Es geht insbesondere um zwei Aspekte, die bei jeder Abwägung relevant sein können: das abstrakte Gewicht der kollidierenden Prinzipien und die Erkenntnisunsicherheit der in der Abwägung verwendeten Prämissen.

Das Ziel einer möglichst rationalen Abwägung kann es erfordern, den kollidierenden Prinzipien abstrakte Gewichte zuzuordnen<sup>37</sup>. Sinnvoll ist dies vor allem dann, wenn die abstrakten Gewichte divergieren. Das abstrakte Gewicht ist die Bedeutung, die einem Prinzip unabhängig von dem konkreten Fall zukommt<sup>38</sup>. Je höher das abstrakte Gewicht ist, desto eher wird sich das Prinzip in der Abwägung gegen ein kollidierendes Prinzip durchsetzen<sup>39</sup>. Grundrechten kann zum Beispiel ein höheres abstraktes Gewicht als nicht grundrechtlichen Prinzipien zugeordnet werden. Innerhalb der Grundrechte wiederum könnte der Menschenwürde ein höheres abstraktes Gewicht zugeordnet werden als der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG.

Differenziert man auf diese Weise zwischen den abstrakten Gewichten, ergibt sich folgender Effekt: Prinzipien mit einem höheren abstrakten Gewicht erhalten eine Art Abwägungsvorsprung oder *Prima-facie*-Vorrang gegenüber abstrakt weniger gewichtigen Prinzipien. Eine *definitive* Vorentscheidung für das Ergebnis der Abwägung liegt darin zwar nicht, denn die Abwägung hängt dann ja noch von den Gewichten der Prinzipien im konkreten Fall ab<sup>40</sup>. Die Differenzierung der abstrakten Gewichte führt aber zu einer Verteilung von Rechtfertigungs- und Argumentationslasten<sup>41</sup>. Für die Falllösung bedeutet dies, dass sich ein Verfassungsprinzip gegen ein abstrakt gewichtigeres Prinzip tendenziell nur mit einem erhöhten argumentativen Aufwand, bezogen auf die Intensität des Eingriffs im konkreten Fall, durchsetzen kann. Der Abwägungsvorsprung des abstrakt wichtigeren Prinzips müsste zum Beispiel mit besonderem argumentativem Aufwand wettgemacht werden, wenn das allgemeine Freiheits-

recht in einer Abwägung gegen die Menschenwürde bestehen wollte<sup>42</sup>.

Ein Rationalitätsgewinn tritt auch ein, wenn die Erkenntnisunsicherheit der für die Einstufung der Gewichte verwendeten Prämissen beachtet wird; denn die Anforderungen an die Sicherheit der Prämissen, die einem Eingriff zu Grunde liegen, steigen mit der Intensität des Eingriffs<sup>43</sup>. Intensive Eingriffe können nur gerechtfertigt werden, wenn der Sachverhalt, auf Grund dessen der Eingriff erfolgt, hinreichend sicher feststeht. Diese Argumentationsfigur sollte bei Abwägungsentscheidungen Berücksichtigung finden, sofern dies im konkreten Fall als relevant erscheint. Wichtig ist diese Argumentation typischerweise bei Prognoseentscheidungen zur Abwehr künftiger Risiken, etwa im Bereich des Umweltrechts oder des Gentechnikrechts.

### 4. Beispiel: Der Fall Mollath

Die Anwendung der oben beschriebenen Prüfungsschritte und Argumentationsmuster soll anhand des Beschlusses des *BVerfG* im Fall *Gustl Mollath* erläutert werden<sup>44</sup>.

*Sachverhalt:* Herr Mollath war vor dem LG angeklagt und 2006 wegen nicht auszuschließender Schuldunfähigkeit bei Begehung der Taten freigesprochen worden. Mit dem Freispruch ordnete das LG gem. § 63 StGB die Unterbringung von Herrn Mollath in einem psychiatrischen Krankenhaus an. Im Laufe der Jahre ordneten die Fachgerichte die Fortdauer dieser Unterbringung an. Hiergegen richtete sich die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde des Herrn Mollath.

Tragender Grund für die Entscheidung des *BVerfG*, die Verfassungswidrigkeit der Fortdauer der Unterbringung festzustellen, war der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das *BVerfG* betont zunächst die Notwendigkeit der Abwägung: „(43)... Das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des betroffenen Einzelnen und dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen verlangt nach rechtem und vertretbarem Ausgleich“. Zudem führt das *Gericht* aus, bei der Unterbringung handele es sich um einen „(36) ... tiefgreifenden Eingriff in das Grundrecht des Beschwerdeführers auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG“. Es bewertet die Intensität des Eingriffs auf der dreistufigen Skala also als *schwer*. In diesem Zusammenhang stellt das *BVerfG* außerdem auf das hohe abstrakte Gewicht des Freiheitsgrundrechts gem. Art. 2 II 2 GG ab, dem es unabhängig vom konkreten

35 Klatt/Meister (o. Fußn. 8), S. 13; grundlegend Alexy, in: Alexy (o. Fußn. 24), S. 388 (394–414).

36 S. dazu die Beiträge in Klatt (o. Fußn. 13).

37 Dies meint wohl Michael mit seinem ersten Schritt, s. Michael, JuS 2001, 654 (659).

38 Hierzu und zum Folgenden Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (165–167).

39 Dies ist das sog. zweite Vorranggesetz, vgl. Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (166).

40 Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159 (166).

41 Zutreffend Michael, JuS 2001, 654 (659).

42 Zur Abwägung der Menschenwürde ausführlich Klatt/Meister (o. Fußn. 8), S. 29–42, 66–68; Teifke, Das Prinzip Menschenwürde, 2011.

43 Ausführlich dazu Klatt/Schmidt (o. Fußn. 14); Klatt/Schmidt, in: Klatt (o. Fußn. 13), S. 105.

44 *BVerfG*, NJW 2013, 3228.

Fall „(38) ... einen hohen Rang unter den Grundrechten“ einräumt. Weiterhin betont das *Gericht*, eine lange Unterbringung gehe mit einem „gewichtiger werdenden Freiheitsanspruch“ einher: „(47)... Je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs“.

Mit der Einstufung der Eingriffsintensität als schwer und mit der Betonung des hohen abstrakten Gewichts des Freiheitsgrundrechts war die Messlatte für eine mögliche Rechtfertigung des Eingriffs hoch gelegt. Im zweiten Schritt der Abwägung war nun die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks zu prüfen. Da der Eingriff auf der obersten Stufe der dreistufigen Skala erfolgte (*schwer*), konnte nur eine ebenfalls auf dieser Stufe stehende Wichtigkeit des verfolgten Zwecks den Eingriff rechtfertigen. In den Worten des *Gerichts*: Es sind „besonders gewichtige Gründe“ erforderlich. Diese sieht das *BVerfG* im „Schutz der Allgemeinheit“, der im Strafrecht und Strafverfahrensrecht zum Ausdruck komme<sup>45</sup>.

Sowohl die Eingriffsintensität als auch die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks wurden also auf der höchsten Stufe der dreistufigen Skala eingeordnet. Somit bestand eigentlich eine Pattsituation. Die Folge wäre gewesen, dass eine Verfassungswidrigkeit wegen eines Spielraums der Fachgerichte nicht hätte festgestellt werden können.

Jedoch zog das *BVerfG* ergänzend den Aspekt der Erkenntnisunsicherheit der Prämissen des Eingriffs heran: Die freiheits-sichernde Funktion des Art. 2 II GG verlange, „(40) ... dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen ... und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben“, und zwar im Sinne des „(42) ... Gebots der bestmöglichen Sachverhaltsaufklärung“. Genau hieran habe es den Beschlüssen der Fachgerichte jedoch gefehlt. Eine konkrete Prognose der Gefährlichkeit des Herrn *Mollath* sei nicht erfolgt, und entlastende Umstände hätten keine Berücksichtigung bei der Entscheidung gefunden<sup>46</sup>. Berücksichtigt man diese im konkreten Fall bestehenden Erkenntnisunsicherheiten zu Lasten des Gewichts des legitimen Zwecks, wird Letzteres abgewertet. Weil zugleich die Erkenntnisunsicherheit des Gewichts der Beeinträchtigung des Freiheitsgrundrechts denkbar hoch ist, setzt sich in der Abwägung im Ergebnis doch das Freiheitsgrundrecht durch. Die Sicherheit der Prämissen ist hier, wie schon in der Luft-sicherheitsgesetz-Entscheidung<sup>47</sup>, das entscheidende Zünglein an der Waage.

## 5. Die drei Probleme der Abwägung

Die hier dargestellte Abwägungslehre wird sowohl in der deutschen Staatsrechtslehre als auch in der internationalen Debatte heftig kritisiert. Aus zahlreichen diskussionswürdigen Punkten werden im Folgenden drei neuere Argumente von Abwägungsgegnern herausgegriffen, die zentrales Grundlagenwissen zur Abwägung darstellen. Alle drei Einwände sind jedoch widerlegbar.

### a) Das Vorrangproblem

Mitunter wird kritisiert, Abwägungen schwächen die normative Kraft der Grundrechte. Verfassungsrechtlich garan-

tierte Grundrechte würden gleichrangig mit nicht verfassungsrechtlich verankerten Interessen abgewogen. Daher könnten sie diesen nicht verfassungsrechtlich garantierten Interessen unterliegen. Hierdurch würden die Vorrangstellung der Grundrechte, deren normative Kraft und damit effektiver Grundrechtsschutz insgesamt beseitigt<sup>48</sup>.

Diese Kritik trifft einen berechtigten Punkt. Kollidierten Grundrechte in der Abwägung ohne jede Vorrangstellung mit anderen Interessen, so könnten Grundrechte stets relativ einfach durch andere Interessen verdrängt werden und so in der Tat an Wirkkraft verlieren. Dieser Gefahr kann jedoch durch die Differenzierung der abstrakten Gewichte begegnet werden. Grundrechten kann gegenüber nicht grundrechtlichen Prinzipien ein höheres abstraktes Gewicht und damit ein *Prima-facie*-Vorrang im Sinne eines Abwägungsvorsprungs zugeordnet werden. Je höher dieses zugeordnete Gewicht ist, desto eher kann sich das Grundrecht in einer Abwägung gegen ein gegenläufiges Prinzip durchsetzen. Durch diesen Effekt wird die Wirkkraft der Grundrechte in der Abwägung geschützt, ohne dass ein definitiver Vorrang der Grundrechte gegenüber anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien und damit ein System quasi-absoluter Grundrechte konstatiert werden muss<sup>49</sup>. Der *Prima-facie*-Vorrang der Grundrechte bietet einen effektiven Grundrechtsschutz.

### b) Das Objektivitätsproblem

Kritisiert wird außerdem, die Abwägung erwecke den trügerischen Anschein, objektiv, neutral und frei von Wertungen und moralischen Argumenten zu sein. Tatsächlich aber enthielten Abwägungen typischerweise schwierige moralische Probleme. Diese würden verschleiert<sup>50</sup>.

Dieser Kritik ist zuzugeben, dass Abwägungen ohne Wertungen und moralische Argumente nicht auskommen. Bei der externen Rechtfertigung kommen zwangsläufig Wertungen und moralische Argumente zum Tragen. Die Bewertungen von Eingriffsintensitäten und Gewichten können nicht ohne moralische Erwägungen vorgenommen werden. Allerdings kann keine Rede davon sein, dass die Abwägung dies verschleierte. Vielmehr macht sie durch die Unterscheidung von interner und externer Rechtfertigung gerade diejenigen Prämissen, die extern gerechtfertigt werden müssen, besonders transparent<sup>51</sup>. Die Abwägung ist nur insoweit neutral, als ihre formale Struktur reicht. Diese Struktur muss notwendigerweise mit moralisch geprägten, wert- und gewichtsbezogenen Argumenten gefüllt werden<sup>52</sup>. Es ist gerade der Vorteil der Abwägung, dass sie diese Argumente offenlegt und so größere Transparenz,

45 Zu diesem Abschn. insg. *BVerfG*, NJW 2013, 3228 (Rdnr. 39).

46 *BVerfG*, NJW 2013, 3228 (Rdnrn. 50 ff.).

47 Vgl. *BVerfGE* 115, 118 (156 f.) = NJW 2006, 751 (m. Anm. *Schenke*, NJW 2006, 736) = JuS 2006, 448 (*Sachs*); dazu ausf. *Klatt/Schmidt* (o. Fußn. 14), S. 33–37.

48 *Tsakyarakis*, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 468; *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 71.

49 *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (164–167).

50 *Tsakyarakis*, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 468 (474–475); *ders.*, International Journal of Constitutional Law 8 (2010), 307 (308).

51 *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (173).

52 *Klatt/Meister*, Der Staat 51 (2012), 159 (174).

Nachvollziehbarkeit und Rationalität verfassungsrechtlicher Prüfung ermöglicht.

### c) Das Äpfel-und-Birnen-Problem

Viele meinen, die Abwägung scheitere am „Äpfel-und-Birnen-Problem“. Verfassungsprinzipien seien häufig unvergleichbar, insbesondere nicht auf einer gemeinsamen Skala messbar<sup>53</sup>. Dieses Problem der sog. Inkommensurabilität ist – auch international – einer der wichtigsten Einwände gegen die Abwägung<sup>54</sup>.

Der Einwand macht auf eine Schwierigkeit aufmerksam, die sich in der Rechtspraxis häufig stellt. In komplexen Fällen erfordert die Bewertung auf der dreistufigen Skala eine elaborierte Argumentation, die sicherlich diskutiert und kritisiert werden kann. Diese Schwierigkeiten stellen aber kein Argument gegen die Abwägung dar. Sie sind vielmehr gerade umgekehrt der Grund dafür, eine Bewertung der Prinzipien im Rahmen der Abwägung vorzunehmen<sup>55</sup>.

Zwar setzt die Abwägung in der Tat voraus, die dreistufige Skala auf beide kollidierenden Prinzipien anzuwenden. Für den Vergleich der Prinzipien genügt jedoch eine ordinale Skala, d. h. eine Skala, die die oben erwähnten drei Stufen *leicht*, *mittel* und *schwer* verwendet und dadurch Relationen zwischen den Eingriffsintensitäten und Wichtigkeiten festhält, diese also zueinander in Beziehung setzt. Eine kardinale Skala, also eine Skala, die jedem einzelnen Aspekt einen mathematisch präzisen Punktwert zuweist und dadurch eine vollständige Kommensurabilität herstellen würde, ist für den Vergleich der Prinzipien gar nicht erforderlich<sup>56</sup>.

Prinzipien können also verglichen werden, auch wenn sie inkommensurabel sind<sup>57</sup>. Insgesamt ist daher das Äpfel-und-Birnen-Problem kein Hindernis für Abwägungen, sondern vielmehr deren Ausgangspunkt. Es ist gerade die von der Verfassung gestellte Aufgabe der Rechtsanwender, durch eine Abwägung auch in schwierigen Fällen die Vergleichbarkeit allererst herzustellen<sup>58</sup>.

## VII. Das Jokerargument der Kontrolldichte

Von besonderer Bedeutung für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist eine differenzierende Handhabung der Kontrolldichte<sup>59</sup>. Je nach dem im konkreten Fall bestehenden spezifischen Kontrollverhältnis sind die Argumente der handelnden staatlichen Stelle unterschiedlich streng zu überprüfen. In Prüfungsarbeiten kann die Kontrolldichte als „Jokerargument“ eingesetzt werden. Dabei ist es wichtig, nicht mit der Tür ins Haus zu fallen, sondern Erwägungen zur Kontrolldichte erst im Anschluss an eine sorgfältige Diskussion der im Sachverhalt enthaltenen Argumente ins Spiel zu bringen. Theoretisch ist es möglich, die Kontrolldichte auf allen fünf Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu problematisieren. In der Praxis bietet es sich an, vor allem bei der Erforderlichkeit und bei der Abwägung darauf einzugehen.

Etabliert ist eine Differenzierung aus drei verschiedenen Kontrollintensitäten. Bei einer *intensivierten inhaltlichen Kontrol-*

le prüft das BVerfG selbst Fehler der Fachgerichte bei der Feststellung des Sachverhalts und bei der Auslegung des einfachen Rechts eigenständig und im Einzelnen nach<sup>60</sup>. Von mittlerer Intensität ist die *Vertretbarkeitskontrolle*<sup>61</sup>. Eine nur leichte Überprüfung findet bei der bloßen *Evidenzkontrolle* statt<sup>62</sup>. Die Wahl einer bestimmten Kontrollintensität ist im konkreten Fall zu begründen. Hierbei kann etwa auf die Kriterien der Intensität des Grundrechtseingriffs<sup>63</sup> oder der epistemischen Unsicherheit bei Prognoseentscheidungen<sup>64</sup> abgestellt werden.

## VIII. Schlussbemerkung

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt für die Fallbearbeitung im gesamten öffentlichen Recht eine kaum zu überschätzende Bedeutung zu. Er ist in fünf Schritten zu prüfen. Ein Beurteilungsspielraum der handelnden staatlichen Stelle kann sich aus der Anwendung einer reduzierten Kontrollintensität ergeben. Der Einsatz dieses „Jokerarguments“ sollte erst nach sorgfältiger Diskussion anderer Argumente, also jeweils erst am Schluss der Ausführungen zu dem jeweiligen Prüfungsschritt, erfolgen. Die Abwägung kann mit Hilfe der drei Schritte und der dreistufigen Skala rational strukturiert werden. Dabei ist in Einzelfällen ergänzend auf die abstrakten Gewichte und die Sicherheit der Prämissen abzustellen.

In dem sich derzeit entwickelnden Diskurs über einen globalen Konstitutionalismus nimmt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine herausgehobene Stellung ein<sup>65</sup>. Er bietet sich als Kernelement einer die einzelnen Rechtsordnungen transzendierenden Wissenschaft vom öffentlichen Recht besonders an. Daher ist die Verhältnismäßigkeit wie nur wenige Gegenstände des deutschen öffentlichen Rechts sogar geeignet, auf internationale Berufstätigkeiten vorzubereiten<sup>66</sup>. Wer sich also mit der Verhältnismäßigkeit und dem Abwägungsvorgang intensiv auseinandersetzt, wird nicht nur in der Klausur, sondern ebenso im späteren Berufsleben belohnt werden.

53 Finnis, in: George, Natural Law Theory, 1992, S. 134 (146, 151); Aleinikoff, Yale Law Journal 96 (1987), 943 (972 ff.); Zucca, Constitutional Dilemmas, 2007, S. 55–60, 85 f.

54 Tsakyrakis, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 468 (471); dagegen Klatt/Meister, International Journal of Constitutional Law 10 (2012), 687.

55 In diesem Sinne auch Afonso da Silva, in: Klatt (o. Fußn. 13), S. 236 (246).

56 Umfassend dazu Klatt/Meister (o. Fußn. 8), S. 58–66.

57 Afonso da Silva, in: Klatt (o. Fußn. 13), S. 236 (269 f.).

58 Millgram, in: Chang, Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason, 1997, S. 151.

59 Voßkuhle, JuS 2007, 429 (430 f.).

60 BVerfGE 82, 43 (Rdnr. 27) = NJW 1990, 1980; 60, 79 (Rdnr. 42) = NJW 1982, 1379; 42, 163 (169) = NJW 1976, 1680.

61 BVerfGE 57, 139 (Rdnr. 75) = NJW 1981, 2107; 30, 250 (263) = NJW 1971, 1603; 25, 1 (12 f., 17) = NJW 1969, 499.

62 BVerfGE 125, 175 (Rdnr. 141) = NJW 2010, 505 = JuS 2010, 844 (Ru-land); 40, 196 (223) = NJW 1976, 179; 36, 1 (17) = NJW 1973, 1539.

63 BVerfGE 61, 1 (Rdnr. 10) = NJW 1983, 1415, m. Anm. v. der Decken, NJW 1983, 1400.

64 BVerfGE 50, 290 (Rdnr. 110) = NJW 1979, 699.

65 Klatt/Meister (o. Fußn. 8), S. 171; Beatty, The Ultimate Rule of Law, 2004, S. 162; Schlink, in: Rosenfeld/Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, S. 718 (736); Barak (o. Fußn. 8).

66 Auf derartige hochrelevante Strukturelemente sollte sich das juristische Studium – bei gleichzeitiger Entlastung von Detailwissen – wesentlich stärker als bisher konzentrieren; s. auch Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 8, 60–62.