

*Leitsätze des 2. Referenten über:*

**Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips**

---

**I. Begriff und Methode: Was ist und was leistet eine rechtswissenschaftliche Performanzanalyse?**

*1. Leistungsfähigkeit von Rechtsprinzipien*

- (1) In einem rechtsnormativen Sinne bezieht sich die Leistungsfähigkeit eines Rechtsprinzips auf dessen Potential, bei korrekter Anwendung bestimmte Funktionen im Recht zu erfüllen sowie zur sachgerechten Lösung rechtlicher Probleme beizutragen. Darin erschöpft sich der Begriff aber nicht.
- (2) Stärker als andere Analysekatoren weist der Leistungsfähigkeitsbegriff einen Bezug zur Empirie auf: Leistungsfähigkeit bezieht sich auf die tatsächliche Wirksamkeit und Operabilität. Die Frage nach der Leistungsfähigkeit von Rechtsprinzipien zielt somit auf eine Vermessung der Spannung zwischen Normativität und Empirie, zwischen Anspruch und Wirklichkeit (Bewährung).
- (3) Die Frage nach der Leistungsfähigkeit eines Rechtsprinzips legt eine empirisch-normative Performanzanalyse nahe, bei welcher empirische Rechtsforschung und Rechtsdogmatik arbeitsteilig vorgehen.
- (4) Die Leistungsfähigkeit ist ein Wertungsbegriff, der zwar auf empirische Grundlagen verweist, aber nicht direkt messbar ist. Die Leistungsfähigkeit eines Rechtsprinzips zeigt sich in seiner Wirksamkeit und Operabilität in der Rechtspraxis. Wirksamkeit bedeutet, dass das Prinzip tatsächlich einen Unterschied in der Praxis macht und die erwarteten Leistungen (graduell) erbringt. Operabilität bezieht sich darauf, wie gut das Prinzip anwendbar ist, einschließlich der Handhabbarkeit, erwartungstreuen Anwendung und der Flexibilität in der Rechtsanwendung.
- (5) Aufgrund seiner zentralen Rolle im Verfassungsrecht und der in der Rechtswissenschaft geführten kontroversen Diskussion über seine Leistungsfähigkeit eignet sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip besonders für eine Performanzanalyse. Es handelt sich um ein hochrangiges Prinzip, mit welchem sich vielfältige und komplexe Rationalisierungserwartungen verbinden.

- (6) Die Rechtswissenschaft kritisiert im Wesentlichen Inkonsistenzen, Unvorhersehbarkeit und die Gefahr subjektiver Einflüsse bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Es wird insbesondere argumentiert, dass die Abwägung unvergleichbarer Güter oft ohne klaren verfassungsrechtlichen Maßstab erfolgt, was Raum für subjektive Präferenzen schafft.

## 2. *Methodische Vorüberlegungen*

- (7) Die dogmatische Rechtswissenschaft verfügt nicht über geeignete Methoden zur Überprüfung der empirischen Dimension der Leistungsfähigkeit von Rechtsprinzipien.
- (8) Hier kann die empirische Rechtsforschung ansetzen. Sowohl mittels quantitativ-empirischer wie auch mittels qualitativ-empirischer Methoden können Daten erhoben und analysiert werden, die Aufschluss über die tatsächliche Wirkung und Operabilität des Prinzips geben. Dies ermöglicht eine evidenzbasierte Bewertung seiner Leistungsfähigkeit in der Rechtspraxis.
- (9) Der empirische Untersuchungsgang, dem auch eine empirisch-normative Performanzanalyse folgt, beinhaltet die Formulierung einer empiriebezogenen Forschungsfrage, die Abstützung in einer Theorie der Realwirkungen von Rechtsprinzipien, eine auf dieser Basis erfolgende Formulierung von Hypothesen, die Klärung des Forschungsdesigns, die Datenerhebung und -auswertung sowie die Berichterstattung.

## 3. *Gedanken zu einer Theorie der Realwirkungen von Rechtsprinzipien*

- (10) Die Performanzanalyse setzt eine – im Wesentlichen erst noch zu entwickelnde – Theorie der Realwirkungen von Rechtsprinzipien voraus.
- (11) Eine solche Theorie muss erklären können, welche verhaltensbezogenen, sozialen, institutionellen oder rechtsdatenbezogenen Wirkungen von der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu erwarten, wie diese zu erklären und zu gewichten sind.
- (12) Rechtsdogmatik ist insbesondere bei der Formulierung der erwarteten Leistungen, von empirisch testbaren Hypothesen und der Interpretation der empirischen Ergebnisse relevant.

## II. Wirksamkeit: Wie lässt sich die Wirksamkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips empirisch erfassen?

- (13) Eine zentrale Erwartung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip besteht in bestimmten, auf die Strukturierung von Abwägungen bezogenen Rationalisierungsleistungen.
- (14) Dabei wird von einem rechtswissenschaftlichen Rationalitätskonzept ausgegangen, welches idealtypisch zwischen der formalen, der materiellen und der prozeduralen Rationalität unterscheidet.

### 1. Rationalisierung der Rechtsentscheidung

- (15) Eine erste Rationalisierungsleistung wird vom Verhältnismäßigkeitsprinzip in Bezug auf die rechtliche Entscheidung erwartet. Dies bezieht sich auf die Eingrenzung des Entscheidungsspielraums der Rechtsakteure und der Wirkung als *Debiasing*-Instrument, welches extra-legale Faktoren minimiert.
- (16) Erste experimentelle Studien zeigen, dass extra-legale Faktoren Abwägungsentscheidungen beeinflussen können. Rechtsakteure tendieren dazu, Entscheidungen zu treffen, die mit ihren eigenen Überzeugungen übereinstimmen, selbst wenn sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip formal anwenden. Infolgedessen ist die Fähigkeit des Prinzips, subjektive Verzerrungen zu neutralisieren (*Debiasing*-Wirkung), möglicherweise geringer als angenommen.
- (17) Bislang fehlt es aber an empirischen Studien, welche die *Debiasing*-Wirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips systematisch untersuchen. Künftige Studien sollten hierfür die Wirksamkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der individuellen Entscheidung von Richter\*innen und Amtswalter\*innen unter möglichst realen Bedingungen testen.

### 2. Rationalisierung der Rechtsargumentation

- (18) Eine zweite vom Verhältnismäßigkeitsprinzip erwartete Rationalisierungsleistung betrifft die Rationalisierung der (verschriftlichten) rechtlichen Argumentation (z.B. in Gerichtsurteilen, Verwaltungsakten, Gesetzesmaterialien). Die schematische Verhältnismäßigkeitsprüfung zwingt die Rechtsakteure dazu, bestimmte Wertentscheidungen oder Interessenabwägungen in strukturierter Weise offenzulegen. Die Rationalisierungsleistung ist umso größer, je mehr die Verwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dazu führt, dass implizite Argumente explizit gemacht werden können.
- (19) Die Rationalisierung rechtlicher Argumentation durch Verhältnismäßigkeitsabwägungen lässt sich im Rahmen einer empirischen Performanzanalyse nur in geringem Maße untersuchen; erforderlich ist eine einzelfallbezogene, normative Bewertung nach rechtsdogmatischen oder rechtsethischen Kriterien.

### *3. Rationalisierung der Rechtsetzung*

- (20) Als dritte Rationalisierungsleistung werden vom Verhältnismäßigkeitsprinzip Rationalitätsgewinne in der Rechtsetzung erwartet. Inwiefern die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Rechtsetzungsprozessen einen Beitrag zu formaler und materieller Rationalität leistet, kann empirisch nicht weiter ausgeleuchtet werden, sondern erfordert eine normative Bewertung.
- (21) Eine empirisch-normative Performanzanalyse kann sich aber mit dem Zugewinn an prozeduraler Rationalität durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips befassen.
- (22) Die prozedurale Rationalitätsleistung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Rechtsetzung besteht in der Institutionalisierung einer „Kultur der Rechtfertigung“. Diese lässt sich empirisch durch die Erhebung von Bezugnahmen auf Verhältnismäßigkeit (bzw. Verhältnismäßigkeitsprache) in Gesetzgebungsvorhaben sowie durch die Analyse institutioneller Entscheidungsspielräume untersuchen.

### **III. Operabilität: Wie lässt sich die Operabilität des Verhältnismäßigkeitsprinzips empirisch erfassen?**

- (23) Als zweite Dimension der Leistungsfähigkeit wird die Operabilität des Verhältnismäßigkeitsprinzips betrachtet, die sich weiter ausdifferenzieren lässt in die Kriterien der Handhabbarkeit, der erwartungstreuen Anwendung sowie der Flexibilität.

#### *1. Handhabbarkeit*

- (24) Die Handhabbarkeit, d.h. wie einfach sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip anwenden lässt, kann empirisch durch Beobachtungsstudien zur Aufhebung von Verhältnismäßigkeitsentscheidungen durch höhere Instanzen sowie durch Befragungen von Rechtsakteuren untersucht werden.

#### *2. Erwartungstreue Anwendung*

- (25) Das Kriterium der erwartungstreuen Anwendung betrifft die „lehrbuchmäßige“ Umsetzung des Prinzips. Vorhandene empirische Studien zeigen, dass eine erwartungstreue Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips oft nicht erfolgt: Einige Teilelemente wie die Angemessenheitsprüfung wurden in der Vergangenheit betont, während andere wie die Geeignetheitsprüfung oft vernachlässigt oder übersprungen wurden.

### 3. Flexibilität

- (26) Dieses Kriterium bezieht sich darauf, wie flexibel das Prinzip auf unterschiedliche rechtliche Kontexte übertragen werden kann, und dennoch sachgerechte Entscheidungen ermöglicht. Die Flexibilität im Sinne einer zielorientierten Kontextanpassung des Verhältnismäßigkeitsprinzips lässt sich ermessen, indem man empirisch-explorativ die Verschiedenheit der Anwendungskontexte erhebt. Interessant wären insbesondere Erhebungen zu den Anwendungskontexten jenseits des Verfassungs- und Verwaltungsrechts.
- (27) Ob die Anwendung des Prinzips in diesen Kontexten zu sachgerechten Entscheidungen führt, ist wiederum nur rechtsnormativ überprüfbar. Auch die Frage, wann die empirisch beobachtbare Flexibilität in eine Konturlosigkeit übergeht, erschließt sich nur in einer rechtsnormativen Betrachtung.

### **IV. Schluss: Was folgt aus einer Performanzanalyse des Verhältnismäßigkeitsprinzips?**

- (28) Die vorhandenen Untersuchungen deuten darauf hin, dass die Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch verschiedene Faktoren begrenzt ist. Ideologische Präferenzen und Inkonsistenzen in der Anwendung beeinträchtigen seine Wirksamkeit und Operabilität. Es gibt daher Hinweise, dass das Prinzip nicht immer das erwartete Maß an Steuerungskraft und Rationalisierung erreicht.
- (29) Insbesondere Untersuchungen unter realen Bedingungen und mit Beteiligung von Richterinnen und Richtern sowie Verwaltungsbeamtinnen und -beamten könnten weiteren Aufschluss liefern. Nur durch weitere empirische Forschung kann die Leistungsfähigkeit des Prinzips evidenzbasiert eingeschätzt werden.
- (30) Die Erkenntnisse einer empirisch-normativen Performanzanalyse können dazu beitragen, die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu verbessern, insbesondere indem sie eine transparentere, problembewusstere Rechtsanwendung fördert.
- (31) Eine empirisch-normative Performanzanalyse hilft, Anspruch und Wirklichkeit des Rechts besser zu vermitteln.