

Der fundamentalste Einwand *Raabe* ist, das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen stelle eine Divergenzlösung des Problems der gerichtlichen Kontrollkompetenzen dar und sei deshalb mit der Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt nicht vereinbar. Als Divergenzlösung bezeichnet *Raabe* Ansätze, die annehmen, es gebe gerichtlich nicht durchsetzbare Grundrechtsgehalte.<sup>269</sup> Diese nähmen grundrechtlich falsche Entscheidungen in Kauf. Dieser Einwand differenziert jedoch nicht hinreichend zwischen definitiven und prinzipiellen Grundrechtsgehalten. *Raabe* selbst erkennt an, dass prinzipielle Grundrechtsgehalte nicht gerichtlich durchsetzbar sein, sondern nur in Abwägungen berücksichtigt werden müssten.<sup>270</sup> Im Modell konkurrierender Verfassungsinterpretationen steht der definitive Schutzgehalt nun aber erst nach einer Abwägung 2. Stufe unter Berücksichtigung unterschiedlicher Konzeptionen, auch der des Gesetzgebers, fest. Die Auffassung des Gerichts 1. Stufe ergibt lediglich eine prinzipielle grundrechtliche Gewährleistung. Eine Divergenz von geltendem und gerichtlich durchsetzbarem Recht ist nicht gegeben, weil das geltende Recht nicht bereits durch Rechtskonzeptionen 1. Stufe festgelegt wird.

Ein weiterer Einwand lautet, dass nur formelle Prinzipien gegeneinander abgewogen würden und dies dazu führen würde, dass das Abwägungsergebnis stets das gleiche sein müsste.<sup>271</sup> Richtig ist daran, dass die Abgrenzung von Abwägungskompetenzen ein Problem formeller Prinzipien ist. Es sind Kompetenzen festzusetzen, und dies ist - definitionsgemäß - Gegenstand formeller Prinzipien. Dies bedeutet allerdings nicht, dass materielle Prinzipien dabei keine Rolle spielen könnten. Zum einen hängt die Begründung formeller Prinzipien selbst wiederum von materiellen Prinzipien ab. Zum anderen können materielle Prinzipien neben formellen Prinzipien relevant werden. So kann eine hohe Intensität eines Grundrechtseingriffs eine weitergehende verfassungsgerichtliche Kontrolle rechtfertigen. Dies setzt voraus, dass Grundrechtsprinzipien für die Abwägung relevant sind. Aber selbst wenn lediglich formelle Prinzipien abgewogen würden, folgte nicht, dass das Ergebnis stets gleich müsste. Formelle Prinzipien können in verschiedenen Kontexten unterschiedliches Gewicht haben und in unterschiedlichem Grad betroffen sein. So nimmt das Gewicht von Entscheidungen des Gesetzgebers mit der Zeit ab. Rechtsfortbildungen gegenüber alten Gesetzen sind leichter zu rechtfertigen als gegenüber aktuellen. Selbst wenn aber Abwägungen formeller Prinzipien zu einfachen und konstanten Ergebnissen führen sollten, wäre darin kein Nachteil zu sehen. Auch dieser Einwand greift daher nicht durch.

## V. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen

Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen macht eine Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen erforderlich. Das Leitkriterium ist das einer optimalen Zuordnung von Kompetenzen. Dies betrifft Gerichte, aber auch andere Organe des Rechtssystems. Letzt-

269 *Raabe*, a.a.O., 153.

270 *Ebd.*, 159.

271 *Afonso da Silva* 2003, 152f.

lich ist diese Kompetenzabgrenzung ein Teilaspekt eines optimalen Verfassungsdesigns, das den Organen des Rechtssystems Kompetenzen in einer Weise zuordnet, die dem Rechtssystem größtmögliche Legitimität verleiht.

### *1. Leitidee: Optimalität des Verfassungssystems*

Das Leitkriterium der Optimalität erfordert zunächst die Angabe der Prinzipien, die für die Abgrenzung von Abwägungskompetenzen relevant sind. Diese lassen sich systematisch aus der Funktion des Rechts, eine verbindliche normative Ordnung der Gesellschaft zu bilden, entwickeln. Verbindlichkeit erfordert eine normative Begründung, und diese wiederum autonome Abwägungen. Eine Rechtsordnung sollte demnach so organisiert sein, dass die für eine autonome Normbegründung notwendigen Operationen in optimaler Weise realisiert werden. Dazu gehören:

- die Ermittlung der relevanten normativen Argumente,
- die Bildung normativer Urteile aufgrund der Abwägung solcher Argumente,
- die intersubjektive Reflektion verschiedener normativer Auffassungen,
- die Feststellung objektiver Geltung von Normen,
- die Beachtung formaler Anforderungen an rationale Normbegründung.

Es scheint, dass Gerichte in erster Linie für die Feststellung objektiver Geltung von Normen sowie die Beachtung von Rationalitätsanforderungen geeignet sind. Das Parlament scheint - jedenfalls der Idee nach - für die Ermittlung von Interessen und normativen Auffassungen, die die für die Abwägung relevanten normativen Argumente konstituieren, geeignet, ebenso für Abwägung und intersubjektive Reflektion verschiedener Argumente und Auffassungen. Dies ist - neben der formellen Legitimation durch Wahlen - eine Grundlage für die demokratische Legitimation parlamentarischer Entscheidungen. Im Verfassungsstaat wird dieses Bild jedoch verändert, weil jedenfalls ein Teil der relevanten normativen Argumente durch verfassungsrechtliche Prinzipien gebildet wird. Dazu gehören insbesondere Grundrechte, die von Gerichten durchzusetzen sind. Damit werden Ermittlung der Argumente, Abwägung und intersubjektive Reflektion zu verfassungsrechtlichen Angelegenheiten. Konsequenz ist die Konkurrenz von Parlamenten und Verfassungsgerichten in diesem Bereich und die Frage, welchem Organ die Letztentscheidungskompetenz zugeordnet werden sollte.

Für die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen ergeben sich damit drei Ansätze:

- die Gewährleistung objektiv rechtmäßiger Entscheidungen,
- die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes,
- die Gewährleistung der Legitimität staatlicher Entscheidungen.

Daneben können weitere Gesichtspunkte formeller und materieller Art relevant sein.

Die Abgrenzung kann nach Sachmaterien erfolgen, aber auch nach dem gebotenen Grad der Toleranz von Gerichten gegenüber Entscheidungen anderer Organe. Ist eine Entscheidungskompetenz z.B. des Gesetzgebers prinzipiell zu respektieren, kann ein Verfassungsgericht darauf beschränkt sein, nur eindeutig fehlerhafte Gesetze aufzuheben oder erst dann einzuschreiten, wenn ein Gesetz erheblich von dem abweicht, was dem Gericht angemessen erscheint. Letzteres lässt sich als Einschränkung der Kontrollintensität be-

zeichnen. Der Grad der Toleranz bzw. der Kontrollintensität kann wiederum von verschiedenen Faktoren abhängen, etwa der Intensität von Grundrechtsbeeinträchtigungen.

## 2. *Das Kriterium der Objektivität*

Das Kriterium objektiv gültiger rechtlicher Urteile erfasst zwei Bereiche: die Bedingungen rationaler Argumentation und die aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gerechtfertigten Normen. In diesen Bereich ist objektive Rechtserkenntnis oder jedenfalls eine objektive Rechtfertigung der Durchsetzung des Rechts möglich. Objektiv bedeutet dabei: von jedem vernünftigen Urteiler anzuerkennen. Eine gerichtliche Entscheidungskompetenz lässt sich in diesem Bereich relativ sicher begründen. Dies ist zum einen der traditionelle Bereich gerichtlicher Tätigkeit mit Anspruch auf Rechtserkenntnis. Zum anderen besteht kein Grund, eine Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers oder anderer Organe in diesen Hinsichten anzunehmen.<sup>272</sup>

Allerdings eröffnet das Kriterium der vernünftigen Konvergenz die Möglichkeit, autonome Urteile entgegen der nach diesem Kriterium objektiv begründeten Auffassung aufrechtzuerhalten. Man könnte daher den Gesetzgeber als politisch autonomes Subjekt ansehen und ihm das Recht einräumen, eine nicht irrationale, aber nicht als allgemeinverbindlich zu rechtfertigende Verfassungsinterpretation zu vertreten. Dieses Recht, das autonomen Individuen zusteht, einem Organ des Rechtssystems zuzugestehen, würde jedoch die Möglichkeit, eine verbindliche verfassungsrechtliche Ordnung zu bilden, in Frage stellen. Organe des Rechtssystems können nicht wie private Individuen agieren, sondern müssen am Ziel, eine verbindliche normative Ordnung herzustellen, mitwirken.

Im Bereich objektiv gültiger Normen ist somit eine Entscheidungskompetenz der Gerichte anzunehmen. Einen entgegengesetzten, relativ eindeutig zu beurteilenden Bereich bilden Abwägungsentscheidungen, die von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber in einem funktionierenden demokratischen System korrekt begründet worden sind und gegen die lediglich eine abweichende Wertung des Gerichts angeführt werden kann. In solchen Fällen bedürfte es einer besonderen Rechtfertigung, eine Entscheidungskompetenz des Gerichts anzunehmen. Der bloße verfassungsrechtliche Charakter einer Abwägung rechtfertigt also in einem funktionierenden demokratischen System nicht ohne weiteres eine Entscheidungskompetenz der Gerichte über die betreffende Abwägungsfrage.<sup>273</sup>

Soll im Bereich konkurrierender, aber jeweils vertretbarer Abwägung eine Entscheidungskompetenz der Gerichte angenommen, kommt eine Begründung mit dem Kriterium der intersubjektiven Reflexion in Betracht. Ein Argument für eine Letztentscheidungskompetenz der Gerichte wäre, wenn sie besser als politische Prozeduren geeignet wären, eine Abwägung kollidierender politischer Konzeptionen vorzunehmen. Allerdings könnte ein parlamentarisches Modell der Forderung intersubjektiver Reflexion verschiedener politischer Auffassungen besser entsprechen. Dies erforderte, dass der parlamentarische

272 Vorausgesetzt ist dabei, dass die objektive Gültigkeit der Normen begründet werden kann, anhand derer ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt werden soll.

273 Vgl. auch Michael 2000, 283.

Prozess auf dieses Ziel hin angelegt ist und nicht in der bloßen Durchsetzung von Mehrheiten besteht. Das Kriterium der intersubjektiven Reflexion führt somit nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Seine Anwendung hängt von den Gegebenheiten des politischen Systems einschließlich des Gerichtssystems ab.

Die Möglichkeit objektiver Beurteilung ist nicht nur ein Kriterium für die Begründung gerichtlicher Kontrolle, sondern auch relevant für die Frage, welche Entscheidungsmöglichkeiten Gerichte haben sollten. So rechtfertigt eine negative Kontrolle von Abwägungsentscheidungen die Aufhebung fehlerhafter Entscheidungen, aber nicht eine eigene Entscheidung des Gerichts.

### 3. *Optimierung des Grundrechtsschutzes*

Eine Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Schutz von Grundrechten. Dementsprechend gibt es im Bereich von Grundrechten jedenfalls ein gewichtiges Argument dafür, die Kompetenz zu letztverbindlichen Abwägungsurteilen Verfassungsgerichten zuzuordnen. Allerdings begegnet dieser Ansatz Vorbehalten.

Der Ansatz ist plausibel, wenn Grundrechte als Rechte verstanden werden, die prinzipiell der Einflussnahme des Staates entzogen sein sollen. Kommt es doch zu staatlichen Eingriffen, gibt es Anlass, diese Eingriffe auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung hin zu überprüfen. Es gibt jedoch grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheiten, die konflikträchtig sind, etwa die Berufsausübungsfreiheit, die Nutzung von Eigentum oder die allgemeine Handlungsfreiheit. Sie führen zwar nicht stets zu Konflikten mit anderen Rechten oder Gütern. Es wird jedoch Fälle geben, in denen ihre Ausübung andere beeinträchtigt. Damit wird eine gesetzliche Abgrenzung der verschiedenen Interessen notwendig. In solchen Fällen ist nicht klar, dass Gerichte die Kompetenz zu letztverbindlicher Beurteilung haben sollten. Der Gesetzgeber greift nicht in einen ihm prinzipiell vorenthaltenen Bereich ein, sondern erfüllt die ihm obliegende Aufgabe, allgemeinverbindliche Regelungen zu setzen. Wenn er dies ohne Fehler tut, sollten Gerichte dies akzeptieren.

Die Forderung der Optimierung des Grundrechtsschutzes kann zudem gegen eine gerichtliche Kontrollkompetenz sprechen. So verwendet das Bundesverwaltungsgericht das Argument der Optimierung des Grundrechtsschutzes, um Beurteilungsspielräume der Exekutive zu rechtfertigen.

Das Bundesverwaltungsgericht verwendet diesen Ansatz bei der Begründung von Beurteilungsspielräumen bei der Indizierung jugendgefährdender Schriften. Die Abwägungsentscheidung über die widerstreitenden Belange der Presse- und Kunstfreiheit einerseits, des Jugendschutzes andererseits sei vom Gesetzgeber der Bundesprüfstelle zugewiesen. Das Gericht habe diese Entscheidung nur zu kontrollieren.<sup>274</sup> Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet allerdings zwischen der Prüfung der Voraussetzungen der Abwägung und der eigentlichen Abwägungsentscheidung. Die Voraussetzungen der Abwägung sollen, anders als die Abwägung selbst, vom Gericht vollständig überprüfbar sein: "Was zur Herstellung praktischer Konkordanz in die jeweilige

Waagschale zu werfen ist, unterliegt uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle".<sup>275</sup> Für die Kontrolle der eigentlichen Abwägung wird demgegenüber eine kompetenzielle Beschränkung für die gerichtliche Überprüfung angenommen. Der Grund für die Anerkennung sei, dass Entscheidungen, die die Presse- und Kunstfreiheit betreffen, "möglichst in einer gewissen Staatsferne und aufgrund einer pluralistischen Meinungsbildung ergehen sollen".<sup>276</sup> Durch die Zusammensetzung der Bundesprüfstelle werde ein "Element der 'Selbstverwaltung' geschaffen, das die Kunstfreiheit in einem rechtlich nur schwer fassbaren und daher besonders sensiblen Bereich optimiert".<sup>277</sup>

Ein Beurteilungsspielraum wird also mit der Forderung der Grundrechtsoptimierung begründet. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums soll eine Optimierung der Kunstfreiheit darstellen und eine entsprechende Beschränkung der gerichtlichen Kontrollkompetenz verfassungsrechtlich rechtfertigen. Nach dem Optimierungsansatz können auch andere Verfassungsprinzipien zur Begründung eines Beurteilungsspielraums führen. Dies können, je nach Fallgestaltung, Grundrechtsprinzipien oder auch objektive Verfassungsprinzipien sein. Jedes verfassungsrechtliche Prinzip ist zu berücksichtigen, aus dem sich rechtliche Folgerungen hinsichtlich der Anerkennung eines exekutiven Beurteilungsspielraums ergeben.

Eine entsprechende Argumentation ist für die Abgrenzung verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen gegenüber dem Gesetzgeber möglich. Prinzipiell ist die vollständige gerichtliche Kontrolle der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesetzgeber geboten. Dies wird in der Regel zu einer Optimierung des Grundrechtsschutzes wie der effektiven Durchsetzung der Verfassung insgesamt führen. In einzelnen Bereichen kann jedoch der Gesetzgeber besser als ein Verfassungsgericht in der Lage sein, die verfassungsrechtlichen Anforderungen umzusetzen. Dies kann etwa bei komplexen Problemlagen der Fall sein, die ein Gericht nicht in Form von Urteilen regeln kann. Allerdings wird auch in solchen Fällen nicht jede verfassungsgerichtliche Kontrolle auszuschließen sein, sondern lediglich die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Anforderungen dem Gesetzgeber überlassen werden können. Zu beachten ist zudem, dass eine gerichtliche Kontrolle unter Umständen für den demokratischen Prozess oder allgemeiner die Verwirklichung von Demokratie förderlich sein kann. Dies ist ein Thema der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität staatlichen Handelns sowie der dazu autorisierten Organe.

#### 4. Voraussetzungen der Legitimität staatlichen Handelns

Der Gesichtspunkt demokratischer Legitimität spricht zwar grundsätzlich eher für eine Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers. Jedoch hat demokratische Legitimität Voraussetzungen, die gerichtlich kontrolliert werden sollten.<sup>278</sup>

274 BVerwGE 91, 213 (216).

275 BVerwGE 91, 215.

276 BVerwGE 91, 217, unter Verweis auf BVerfGE 83, 150.

277 BVerwGE 91, 217 (222).

278 Zu unterschiedlichen Varianten dieser Konzeption von Grundrechten vgl. Habermas 1994, 151ff.; Sieckmann 1995b, 164ff.

Zunächst kann die Anerkennung von Grundrechten als Voraussetzung der Legitimität des politischen Systems angesehen werden.<sup>279</sup> Allerdings folgt aus der Anerkennung von Grundrechten nicht notwendig die einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Erst zusammen mit dem Argument des effektiven Grundrechtsschutzes ergibt sich ein Argument für diese Kontrolle.

Die Forderung der Kontrolle von Legitimitätsvoraussetzungen führt zu spezifischen Rechtfertigungen der gerichtlichen Kontrolle der Gewährleistung politischer Rechte, insbesondere Beteiligungs- und Wahlrechte. Er lässt sich aber auch auf weitere Rechte anwenden, die nicht im engeren Sinne politische Rechte sind, die aber gleichwohl Elemente eines funktionierenden demokratischen Prozesses bilden. Zu diesen Voraussetzungen gehören die Berücksichtigung der Interessen aller und das Fehlen von Diskriminierungen. Aber auch soziale Rechte, wie der Zugang zu Bildungseinrichtungen und zu den Mitteln, die für ein gesellschaftlich integriertes Leben notwendig sind, können nach diesem Kriterium Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle sein. Ferner können Institutionen mit großem Einfluss auf das gesellschaftliche Leben und die Politik Machtfaktoren sein, deren Auswirkungen auf den politischen Prozess einer Kontrolle bedarf. Der Ansatz der Kontrolle der Legitimationsvoraussetzungen des politischen Systems hat daher zwar eine spezifische Perspektive, erlaubt aber durchaus, weitgehende gerichtliche Kontrollkompetenzen zu rechtfertigen.

## VI. Fazit

- (1) Bei der Diskussion von Beschränkungen gerichtlicher Kontrolle ist zwischen Fragen der Kontrollkompetenz, des Kontrollmaßstabs und der Kontrollintensität zu unterscheiden.
- (2) Eine Beschränkung des Kontrollmaßstabs würde, soweit Grundrechte Kontrollmaßstab sind, die partielle Aufhebung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit dieser Grundrechte bedeuten und ist praktisch nicht zu rechtfertigen.
- (3) Die Kontrollintensität ist ein Problem der faktischen Möglichkeiten gerichtlicher Kontrolle sowie der angemessenen Verteilung beschränkter institutioneller Ressourcen.
- (4) Abwägungskompetenzen verschiedener Organe sind der Ansatzpunkt für die Lösung von Konflikten verschiedener Entscheidungsträger im Rechtssystem, insbesondere Verfassungsgerichten und Gesetzgeber.
- (5) Es ist zwischen positiver und negativer Kontrolle von Abwägungsentscheidungen zu unterscheiden.
- (6) Hinsichtlich positiver Abwägungsurteile sind verschiedene Abwägungskompetenzen an konkurrierende Organe zuzuordnen. So lässt sich begründen, dass grundsätzlich Gerichte Abwägungsprobleme im Anwendungsbereich subjektiver Rechte aufgrund eigener Wertung entscheiden müssen. Auch wenn Objektivitätskriterien nicht greifen, muss das Abwägungsurteil notwendigerweise als verfassungsrechtlich begründet behauptet werden.
- (7) Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen. Verfassungsinterpretationen des einfachen Gesetzgebers

279 Vgl. auch Habermas 1994, 155.