

Dies führt zu einem Problem in Fällen, in denen Gerichte umstrittene Rechtsfragen entscheiden und dabei nicht mehr als ihre eigene Überzeugung anführen können, dass eine bestimmte Norm als definitiv gültig anzuerkennen sei. Denkbar - und aufgrund der Annahme, das Recht Verbindlichkeit beansprucht, konsequent - wäre es, wenn Gerichte nur solche Normen als Recht anwenden dürften, die als verbindlich begründet werden können. Rechtsanwendung aufgrund autonomer Abwägungsurteile wäre demnach unzulässig. Andererseits beanspruchen individuelle Abwägungsurteile, sofern sie auf Rechtsprinzipien gestützt werden, dass die Anerkennung der in ihnen formulierten Norm rechtlich geboten ist.¹⁵¹ Wenn der Urteilende diesem Gebot folgt, muss er die betreffende Norm als geltendes Recht behaupten. Eine Lösung dieses Dilemmas erlaubt die Unterscheidung von Rechtsgeltungsaussagen und Interpretationen des Rechts. Individuelle rechtliche Urteile können als Interpretationen des Rechts vertreten werden, auch wenn für sie rechtliche Verbindlichkeit nicht beansprucht werden kann.¹⁵²

Jedenfalls räumen Rechtsordnungen tatsächlich Kompetenzen zu gerichtlichen Urteilen aufgrund von Abwägungsentscheidungen mit lediglich normativem Richtigkeitsanspruch ein, ohne dass eine objektive Rechtfertigung gegeben ist. Wenn eine Rechtsordnung solche Urteile zulässt, erkennt sie damit die Kompetenz der Gerichte an, die Verbindlichkeit der betreffenden Norm zu begründen. In diesem Aspekt haben gerichtliche Urteile einen rechtsetzenden Charakter. Gleichwohl beanspruchen ihre Abwägungsentscheidungen, rechtlich begründet zu sein.

III. Der autoritative Charakter des Rechts

Dem Prinzipienmodell entsprechend ist die Geltung von Rechtsnormen vollständig durch Prinzipienabwägungen zu begründen, wobei auch formelle Prinzipien zu berücksichtigen sind. Ein Problem dieser Konzeption ist, wie sie, als Explikation der Struktur autonomen Urteilens, mit dem autoritativen Charakter des Rechts vereinbar ist. Recht besteht wesentlich, wenn auch nicht vollständig, aus autoritativen Entscheidungen und durch sie gesetzten Normen.

Die Frage ist damit, wie die Verbindlichkeit autoritativer Entscheidungen zu begründen ist. Zwei Grundkonzeptionen erscheinen möglich. Nach der einfachen Abwägungskonzeption sind autoritative Entscheidungen verbindlich, weil und soweit die sie stützenden formellen Prinzipien Vorrang gegenüber den kollidierenden Prinzipien erhalten, seien sie formeller oder materieller Natur. Nach einer anderen Konzeption schließt die Existenz einer normativen Autorität es aus, dass Rechtssubjekte selbst ein Urteil über die von der Autorität entschiedene Frage bilden. Autoritative Entscheidungen schließen demnach individuelle Prinzipienabwägungen aus.

151 In diesem Punkt unterscheidet sich die Begründung rechtlicher Abwägungsurteile von der rechtlicher Prinzipien. Individuen können zwar die rechtliche Geltung von Prinzipien fordern, aber keinen Anspruch auf rechtliche Richtigkeit dieser Forderung erheben.

152 Dazu s.u., § 6.

1. Exklusionäre Gründe

Der Ausschluss eigenen Urteilens durch autoritative Entscheidungen ist die Konstruktion von Autorität, die *Joseph Raz* mit der Konzeption exklusionärer Gründe vorgeschlagen hat.¹⁵³ Die Rechtfertigung solcher Autorität ergibt sich *Raz* zufolge im Normalfall daraus, dass die Autorität besser in der Lage ist, über eine bestimmte Frage zu entscheiden, als diejenigen, die an die autoritative Entscheidung gebunden sein sollen.¹⁵⁴ Allerdings sind andere Rechtfertigungen von Autorität möglich. Die Begründung der Autorität des Rechts kann sich *Raz* zufolge nicht allein auf die normale Rechtfertigung stützen.

Die *Raz'sche* Konzeption exklusionärer Gründe erscheint problematisch, weil zu einer rationalen Entscheidung gehört, alle relevanten Argumente in die Überlegung einzubeziehen.¹⁵⁵ Es können also nicht bestimmte Argumente aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, eine autoritative Entscheidung wegen ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit in Frage zu stellen und sie nicht nur zu kritisieren, sondern ihr die Verbindlichkeit abzusprechen. Ob eine autoritative Entscheidung Verbindlichkeit beanspruchen kann, hängt davon ab, ob die sie stützenden Gründe hinreichend gewichtig sind, um die materiellen Einwände zu überwiegen. Dabei kann durchaus berücksichtigt werden, dass solche Abwägungen nicht in jedem Einzelfall stattfinden sollten, sondern eine generalisierende Betrachtung der Rechtfertigung einer Autorität sinnvoll ist, damit diese ihre ordnende Funktion erfüllen kann. Zu einem Ausschluss des Handelns nach eigener Abwägung kommt es demnach nur dann, wenn sich eine fremde Autorität definitiv rechtfertigen lässt.

Es ist demnach zu unterscheiden zwischen der Ebene der Prinzipien und der definitiver Normen. Auf der Prinzipienebene erfolgt die Begründung von Autorität durch formelle Prinzipien, die neben anderen in Abwägungen zu berücksichtigen sind. Erst auf der Ebene definitiver Normen kann die Existenz autoritativer Entscheidungsbefugnisse das Handeln nach eigenem Urteil ausschließen. Allerdings ist für autoritative Systeme die Existenz exklusionärer Prinzipien charakteristisch, die fordern, auf eigene Abwägung zu verzichten und einer vorgegebenen Entscheidung zu folgen. Solche Prinzipien können definitiv gültige Normen jedoch erst aufgrund einer Abwägung begründen, also eine Abwägung gerade nicht ausschließen.

Gleichwohl führen sie zu einer spezifischen Struktur der Abwägung in autoritativen Systemen. Sind formelle exklusionäre Prinzipien im Spiel, geht es zunächst um die Frage, wer eine Abwägung durchführen soll. Einfache formelle Prinzipien sind hingegen in der Abwägung in der Sachfrage zu berücksichtigen. Sie kommen neben materiellen Prinzipien zur Anwendung.

153 Raz 1979; 17, 22f.; 1986, 37.

154 Raz 1986, 38ff., 53.

155 Zur Kritik an Raz Seoane/Rivas 2005, 145ff. (Seoane); 209ff., 231ff. (Rivas); Bayón 1991, 496ff.

Die Möglichkeit exklusionärer Gründe erfordert weiterhin die Unterscheidung zwischen einfachen und exklusionären formellen Prinzipien. Einfache Prinzipien stellen lediglich in einer Abwägung zu berücksichtigende Forderungen dar. Exklusionäre formelle Prinzipien enthalten die Forderung, eine Entscheidung nicht einer Abwägung zu unterwerfen, enthalten also prinzipielle Abwägungsverbote. Die Geltung der Norm, die in dieser Weise gesetzt ist, soll von Abwägungen unabhängig sein. Definiert man strikte Geltung (VAL_{STR}) einer Norm als abwägungsunabhängige Geltung, dann lassen sich exklusionäre formelle Prinzipien notieren als:

$$...O(POS(N) \rightarrow VAL_{STR}(N)).$$

Exklusionäre formelle Prinzipien führen zu einer strukturierten Abwägung, bei der auf einer ersten Stufe zu prüfen ist, ob eine Abwägung zur Sachfrage stattfinden darf. Setzt sich das exklusionäre Prinzip durch, ist eine Abwägung definitiv verboten. Die durch dieses Prinzip geforderte Norm gilt strikt, ohne einer Abwägung unterworfen zu sein. Erhalten hingegen auf erster Stufe kollidierende Prinzipien den Vorrang, muss die Geltung der Norm durch eine Abwägung der sachlich relevanten Prinzipien begründet werden. Die Abwägung kann die Norm bestätigen, aber auch zu einem anderen Ergebnis führen. Die Funktion exklusionärer formeller Prinzipien ist somit, positivrechtlich festgesetzte Normen prinzipiell gegen erneute Abwägung zu schützen.

Dies führt zur Unterscheidung von stark und schwach autoritativen Entscheidungen. Autoritative Entscheidungen im starken Sinn sind durch exklusionäre formelle Prinzipien geschützt. Beispiele sind gesetzliche Regelungen oder Gerichtsentscheidungen in einem System mit Präjudizienbindung - vorausgesetzt, dass die Gesetzes- oder Präjudizienbindung selbst nicht strikt gilt, sondern abwägungsfähig ist. Lediglich schwach autoritative Entscheidungen sind hingegen nur durch einfache formelle Prinzipien gestützt. Sie verlangen lediglich, dass das Ergebnis einer vorherigen Abwägung als ein Argument in einer erneuten Abwägung zu berücksichtigen ist. Dies ist etwa bei der Begründung einer Präjudizienbindung mit Gleichheits- oder Vertrauensschutzargumenten der Fall.

2.2. Die Begründung formeller Prinzipien

Welches sind die formellen Prinzipien, die die Autorität des Rechts oder die einzelner Rechtsorgane, wie des Gesetzgebers, begründen? Es lassen sich zwei Legitimationsansätze unterscheiden. Zunächst lässt sich begründen, dass es überhaupt eine Rechtsordnung geben muss, etwa zur Gewaltvermeidung und Sicherung elementarer Interessen und Güter der Menschen. Dieser Ansatz rechtfertigt die Existenz irgendeiner Autorität, die die Funktion der Friedenssicherung und Ordnungsbildung erfüllt. Der zweite Ansatz ist der demokratischer Legitimation. Die Legitimation erfolgt, weil bestimmte Entscheidung als Akt politischer Selbstbestimmung angesehen wird. Mit diesem Ansatz wird die

Autorität eines demokratischen Gesetzgebers sowie mittelbar der von ihm eingesetzten Organe begründet.

Eine weitere Frage ist, ob es intrinsische formelle Prinzipien gibt oder ob formelle Prinzipien nur aus materiellen Prinzipien abgeleitet sein können und damit nicht Prinzipien im engeren Sinne sein können, d.h. intrinsisch gültige Prinzipien. Bei den die Autorität des Rechts begründenden Prinzipien ist stets auch eine inhaltliche Begründung gegeben, sei es Friedenssicherung oder die Eigenschaft der Selbstbestimmung. In jedem Fall gibt es eine instrumentelle Rechtfertigung der Autorität in Form eines materiellen Zwecks oder Prinzips, dem deren Existenz dient.

2.3. Formelle Prinzipien und Gesetzesbindung

Man könnte Zweifeln, ob es im Fall von Gesetzen korrekt ist, von einer Geltungsbegründung durch ein formelles Prinzip zu sprechen. Als Prinzip stellte dies einen Grund für Abwägungen dar. Bei der Bindung an Gesetze könnte es sich hingegen um ein striktes, nicht abwägungsfähiges Gebot handeln. Jedoch kann eine strikte Bindung erst anerkannt werden, wenn keine Einwände gegen sie bestehen oder sie aufgrund der Abwägung formeller Prinzipien begründet wird.

Die Möglichkeit, dass die Verbindlichkeit eines Gesetzes bestritten wird, kann im Verfassungsstaat nicht vernachlässigt werden. Ein Gesetz würde nur dann strikt gelten, wenn bei Erfüllung sämtlicher formeller Anforderungen sowie Einhaltung definitiver verfassungsrechtlicher Vorgaben das Gesetz stets verbindlich wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn gefordert wird, dass die gesetzliche Regelung auch angemessen oder verhältnismäßig i.e.S. sein muss. Man könnte einwenden, die Verhältnismäßigkeit i.e.S. gehöre zu den definitiven verfassungsrechtlichen Vorgaben, so dass die Voraussetzung der Einhaltung definitiver verfassungsrechtlicher Vorgaben in diesem Fall nicht gegeben sei. Richtig ist, dass die Forderung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. definitive verfassungsrechtliche Geltung besitzt. Sie ist jedoch mit verschiedenen Abwägungsergebnissen vereinbar. Erst aufgrund eines Abwägungsurteils im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt sich, ob die Regelung als verfassungsgemäß oder verfassungswidrig gilt.

Daraus ergibt sich die Möglichkeit, dass ein sämtlichen formellen und definitiven materiellen Vorgaben entsprechendes Gesetz gleichwohl als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig angesehen wird. Also kollidiert eine solche Beurteilung mit der - zumindest impliziten - Einschätzung des Gesetzgebers, der seine Regelung offenbar für verfassungsgemäß hält, jedenfalls offiziell für verfassungsmäßig halten muss.¹⁵⁷ Diese Kollision muss entweder im Sinne des Vorrangs der Beurteilung des Gesetzgebers oder der abweichenden Beurteilung des Rechtsanwenders entschieden werden. In der Regel wird man einen Vorrang der Einschätzung des Gesetzgebers annehmen, jedoch kommt

157 Sollte es an dieser Einschätzung des Gesetzgebers fehlen, liegt allerdings keine Kollision vor. Damit fehlt jedoch ein Grund für den Rechtsanwender, sein eigenes Urteil zugunsten der Einschätzung des

es auf das Ergebnis hier nicht an. Das Vorliegen einer Kollision macht eine Abwägung notwendig, und dies zeigt, dass die Bindung an das Gesetz zunächst nur prinzipiellen Charakter hat. Erst die Vorrangfestsetzung begründet eine definitive Gesetzesbindung.¹⁵⁸

Die Stärke der Gesetzesbindung kann bis hin zu einer praktisch strikten Geltung variieren, je nachdem, welches Maß an Legitimität die gesetzgeberische Entscheidung beanspruchen kann. In einem demokratischen und gewaltenteiligen System werden Gerichte grundsätzlich Entscheidungen des Gesetzgebers respektieren müssen, wenn diese formell und methodisch korrekt sind und nicht definitiven Verfassungsnormen widersprechen und die Divergenz sich lediglich aufgrund einer anderen Gewichtung kollidierender Prinzipien im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. ergibt.

Durch formelle Prinzipien lassen sich somit autoritative Strukturen im Rechtssystem rational rekonstruieren und sowohl Einwänden mangelnder Rationalität gesetzten Rechts als auch mangelnder Stabilität von Rechtsprinzipien Rechnung tragen. Das Prinzipienmodell ist daher durchaus damit vereinbar, dass Rechtssysteme Regeln enthalten, die nicht ständig in Abwägungen neu zu rechtfertigen sind. Es schließt allerdings aus, Rechtsnormen in ihrer Geltung gegen Abwägungen zu immunisieren und sie damit der Notwendigkeit einer rationalen Rechtfertigung zu entziehen.

2.4. Der Vorrang der Verfassung

Formelle Prinzipien beziehen sich stets auf bereits getroffene Entscheidungen, sei es über Vorrangbeziehungen, über die abstrakten Gewichte von Prinzipien oder die Geltung von Prinzipien. Stets ist die Existenz irgendeiner Festsetzung notwendig. Daraus ergibt sich ein Problem bei der Abwägung verfassungsrechtlicher mit nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien. Bedeutet die positivrechtliche Anerkennung eines Prinzips nicht zugleich eine Gewichtung oder Vorrangfestsetzung, begründet der verfassungsrechtliche Charakter eines Prinzips nicht notwendig einen absoluten Vorrang dieses Prinzips gegenüber nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien. Es kann also zu Kollisionen verfassungsrechtlicher mit nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien kommen, z.B. hinsichtlich Wirtschaftsfreiheit und Verbraucherschutz oder, nach der früheren Fassung des Grundgesetzes, zwischen Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz im Fall von Tierversuchen. Auf materieller Ebene kommt dem verfassungsrechtlichen Prinzip in einer solchen Kollision nicht automatisch Vorrang zu, sondern der Vorrang ist nach dem Gewicht der kollidierenden Prinzipien im konkreten Fall zu entscheiden. Der Verfassungscharakter eines Prinzips könnte diese Entscheidung nur beeinflussen, wenn die Verfassung tatsächlich eine Festsetzung hinsichtlich des Vorrangs enthielte, was jedoch - in der Regel - nicht der Fall ist.

Gesetzgebers zurückzustellen. In diesem Fall liegt erst recht keine definitive Geltung des Gesetzes vor.

158 Das Prinzipienmodell schließt also keineswegs eine definitive Gesetzesbindung aus. Diese muss allerdings aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden.

Der Verfassungscharakter eines Prinzips könnte allerdings als exklusionäres formelles Prinzip interpretiert werden, in dem Sinne, dass eine Abwägung nur mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien zulässig ist. Dies ist jedoch nur haltbar, wenn die Verfassung alle wichtigen Prinzipien enthält oder jedenfalls alle für wichtig gehaltenen Prinzipien in sie hinein interpretiert werden. Andernfalls würde es zu Schieflagen bei der Verfassungsinterpretation kommen, weil wichtige, aber nicht verfassungsrechtlich anerkannte Belange in der Kollision mit Verfassungsprinzipien vollständig verdrängt würden. Dies wird zu einem gravierenden Problem, wenn der Anwendungsbereich von Verfassungsprinzipien extensiv interpretiert wird und diese zudem teleologisch verstanden werden, so dass alles, was das Verfassungsprinzip fördert, prinzipiell geboten ist.

Die Annahme, Verfassungsprinzipien dürften nur mit Verfassungsprinzipien abgewogen werden, ist daher zweifelhaft. Der Vorrang der Verfassung kann sich nur auf in der Verfassung enthaltene Festsetzungen beziehen, also auf Geltung (im Sinne der Bestimmung der für die Abwägung relevanten Prinzipien), Gewichtung und Vorrang von Prinzipien. Innerhalb einer erst noch durchzuführenden Abwägung ist der Verfassungsrang eines der kollidierenden Prinzipien hingegen ohne Belang. Es kommt allein darauf an, dass die kollidierenden Prinzipien sämtlich in der Abwägung zu berücksichtigen sind.

Dies führt zu einer Abweichung vom herkömmlichen Verständnis des Vorrangs der Verfassung. Wird die Verfassung als Prinzipienmodell interpretiert, dann erscheint es notwendig, den Vorrang der Verfassung nur auf in der Verfassung getroffene Festsetzungen zu beziehen, aber nicht innerhalb von Abwägungen einen Vorrang verfassungsrechtlicher vor nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien anzunehmen. Ferner erscheint es nicht sinnvoll, die Menge abwägungsrelevanter Prinzipien auf Verfassungsprinzipien zu beschränken. Rechtsprinzipien sind in verfassungsrechtlichen Fragen relevant, auch wenn sie nicht explizit als Verfassungsprinzipien deklariert sind. Die Verfassung ist somit als offen gegenüber materiell begründeten Rechtsprinzipien anzusehen. Erst wenn die Verfassung Prinzipien ausschließt, dürfen diese nicht in Abwägungen mit verfassungsrechtlichen Prinzipien verwendet werden.¹⁵⁹

Die Bedeutung des Vorrangs der Verfassung innerhalb des reinen Prinzipienmodells (also nicht in Bezug auf in der Verfassung enthaltene Festsetzungen) verändert sich damit zu einem Vorrang der Entscheidung der Verfassungsgerichte vor den Entscheidungen anderer Organe, soweit Verfassungsprinzipien involviert sind. Diese Konsequenz ist allerdings problematisch. Sie macht es notwendig, eine Theorie richterlicher Kontrollkompetenzen zu entwickeln.¹⁶⁰

159 Dies entspricht dem Verhältnis von positivem Recht zu Prinzipien der Moral. Letztere können in rechtlichen Entscheidungen angewandt werden, solange ihre Berücksichtigung nicht legitimerweise vom positiven Recht ausgeschlossen wird.

160 Dazu s.u., § 8.

IV. Intrasytemische und intersystemische Relationen im Recht

Die Struktur des Prinzipienmodells hat Konsequenzen für die innerhalb und zwischen Rechtssystemen zu findenden Strukturen. Zentrale Punkte sind die Beziehungen zwischen Teilsystemen innerhalb einer Rechtsordnung sowie die Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssystemen. Als verschiedene Rechtssysteme sind dabei nicht nur verschiedene Rechtsordnungen, sondern auch unterschiedliche Interpretationen des Rechts verschiedener Rechtsanwendungsorgane zu behandeln.

1. Relationen zwischen Teilsystemen des Rechts

Das Prinzipienmodell konzipiert das Recht als System aus Abwägungsprozeduren mit den in ihnen zu berücksichtigenden Abwägungsgründen und -ergebnissen, die in verschiedener Weise aufeinander bezogen sind. Prozeduren können an die Ergebnisse anderer Prozeduren mehr oder weniger strikt gebunden sein oder aber frei sein, die Ergebnisse anderer Prozeduren zu berücksichtigen.

Den Standardfall der Bindung an andere Prozeduren bildet der Stufenbau der Rechtsordnung, der im Kern eine Rangordnung zwischen Verfassung, Parlamentsgesetzen und Verordnungen herstellt. Die Verfassung geht den Parlamentsgesetzen vor, die parlamentarische Gesetzgebung ist also an die Ergebnisse des Prozesses der Verfassungsgebung gebunden. Parlamentsgesetze wiederum gehen den von der Exekutive erlassenen Verordnungen vor, die Exekutive ist also beim Erlass der Verordnungen an die Ergebnisse der parlamentarischen Gesetzgebung gebunden. Es besteht somit eine Hierarchie zwischen verschiedenen Rechtserzeugungsprozeduren sowie den Ergebnissen dieser Prozeduren. Für die Frage der Rangordnung ist es dabei ohne Bedeutung, dass die Ermächtigung zur Gesetzgebung durch eine Norm der jeweils höheren Stufe erteilt worden ist, also die Verfassung das Parlament und Parlamentsgesetze die Exekutive zur Normsetzung ermächtigen und damit Derogationszusammenhang und Delegationszusammenhang zusammenfallen. Die Struktur der Rangordnung wäre die gleiche, wenn etwa die Ermächtigung zur Verordnungsgebung direkt auf die Verfassung oder auf natürliche Autonomierechte gestützt würde.

Im Standardmodell einer staatlichen Rechtsordnung wird angenommen, dass die Normen der jeweils höheren Stufe strikten Vorrang gegenüber den Normen einer niedrigeren Stufe haben. Im Prinzipienmodell ist diese Annahme nicht notwendig. Die Bindung an Normen einer Prozedur höherer Stufe kann prinzipieller Natur und damit abwägungsfähig sein. Es ist theoretisch denkbar, dass eine Rechtsordnung etwa Verfassungsmodifikationen durch einfache Gesetze - unter bestimmten Bedingungen - zulässt.¹⁶¹ Tatsächlich dürfte es in der Rechtspraxis durchaus vorkommen, dass einfache Gesetzgebung zu einer Modifikation geltenden Verfassungsrechts führt. Dieses Phäno-

161 Dies ist nicht nur eine theoretische Möglichkeit. Sieht man das Common Law als Verfassung an, kann diese durch einfache Parlamentsgesetze verändert werden.