

werden.²⁵⁰ Sie fallen damit prinzipiell in die Entscheidungskompetenz der Gerichte. Wenn alle in den Anwendungsbereich verfassungsrechtlicher Prinzipien fallenden Entscheidungen als Entscheidungen aufgrund Verfassungsrechts anzusehen sind, verfassungsrechtliche Entscheidungen Vorrang vor allen anderen hätten und allein die Auffassung des Verfassungsgerichts für diese Entscheidungen maßgeblich wäre, wird der verbleibende Bereich politischer Entscheidungen stark eingeschränkt. Dies führt zu der Frage, ob unabhängig von der materiellen verfassungsrechtlichen Beurteilung die Kontrollkompetenzen²⁵¹ eines Gerichts beschränkt werden können, um die Gestaltungsfreiheit anderer Organe, insbesondere des einfachen Gesetzgebers, zu sichern.

III. Ansätze zur Begrenzung gerichtlicher Kontrollkompetenzen

Es lassen sich verschiedene Konstruktionen unterscheiden, um gerichtliche Kontrollkompetenzen zu beschränken:

- (1) Die Annahme der Offenheit der Verfassung oder der Rechtsordnung in Kollisionsfällen.

Der Ansatz der Offenheit des Rechts nimmt an, dass die gerichtliche Kontrolle genau so weit reicht, wie rechtliche Kontrollmaßstäbe vorhanden sind. Es gebe jedoch Bereiche, in denen keine rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe existierten. Nun gibt es in einem Rechtssystem, das in großem Umfang Prinzipien enthält, kaum Fälle, in denen keine Rechtsnorm anwendbar ist. Offenheit entsteht vielmehr, weil mehrere kollidierende Prinzipien anwendbar sind, die Rechtsordnung aber keine Vorrangskriterien für einen solchen Konflikt enthält. Aber auch in Fällen, in denen die Anwendung im konkreten Fall nicht durch die geltenden Rechtsnormen determiniert wird, gibt es rechtliche Bindungen der Entscheidung. Zum einen sind formale Rationalitätsanforderungen zu beachten, insbesondere solche korrekter Abwägung. Zum anderen ergeben sich Bindungen aus Rechtsprinzipien. Zudem ergibt sich aus der Struktur normativer Argumente, dass das Ergebnis der Abwägung rechtlicher Prinzipien als rechtlich geboten vertreten werden muss, obgleich diese Entscheidung nicht rechtlich determiniert ist.

Ein Beispiel für die Bestimmung verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen nach dem Kriterium der Offenheit des Rechts ist *Alexys* Annahme, bei Abwägungen seien Patts möglich, bei denen sich weder ein Vorrang des einen noch des anderen kollidierenden Prinzips begründen lasse. Dies stelle einen strukturellen Spielraum dar.²⁵² Es ist allerdings

250 Für empirische Einschätzungen gilt dies allerdings nicht, da diese nicht aufgrund einer Abwägung rechtlicher Prinzipien beurteilt werden. Zum Problem empirischer Einschätzungsspielräume Raabe 1998.

251 Als Entscheidungskompetenz wird hier nicht die Kompetenz des Gerichts zur Entscheidung eines Falles bezeichnet, sondern die Kompetenz, einzelne entscheidungsrelevante Fragen (genauer Abwägungsfragen) nach eigener Überzeugung zu entscheiden. Im Gegensatz dazu steht die Annahme einer Pflicht des Gerichts, die Beurteilung anderer Organe des Rechtssystems, z.B. des Gesetzgebers, für seine Entscheidung zu übernehmen.

252 Alexy 2002, 22.

fraglich, in welchem Umfang solche Patts vorkommen. Je differenzierter Abwägungen durchgeführt werden, desto weniger Fälle exakter Gleichgewichtigkeit der kollidierenden Prinzipien werden sich ergeben. Eine weiteres Problem ist, dass das Vorliegen von Gleichgewichtigkeit wiederum umstritten und rational nicht entscheidbar sein kann. Es trifft aber nicht zu, dass in diesen Fällen keine rechtlichen Maßstäbe existierten. Es geht um Fragen der Möglichkeit der Erkenntnis des Rechts im Fall von Abwägungen und die Auswirkungen von Erkenntnisgrenzen - in der Terminologie *Alexys* "epistemische Spielräume"²⁵³ - auf die richterliche Kontrolle. Der Ansatz der Offenheit löst somit das Problem der Bestimmung gerichtlicher Kontrollkompetenzen nicht, sondern nimmt es nicht wahr.

(2) Die Grenzen der Rechtserkenntnis

Dem traditionellen Anspruch gerichtlicher Entscheidungen, sich auf Rechtserkenntnis zu gründen, entspricht es, die Grenzen gerichtlicher Kontrollkompetenzen dort zu ziehen, wo eine Erkenntnis des Rechts nicht möglich ist. Erkenntnispielräume kommen nach diesem Ansatz in vollem Umfang den kontrollierten Organen zugute. Im Abwägungsmodell hat dies allerdings gravierende Auswirkungen, denn Abwägungsurteile sind keine Erkenntnisakte. Sie unterliegen zwar formalen Anforderungen rationaler Normbegründung, sind in der Substanz aber Akte normativer Festsetzung. Es wäre dennoch missverständlich zu sagen, Abwägungsurteile seien nicht rational begründbar. Ein korrekt gebildetes Abwägungsurteil ist so rational begründet wie möglich. Das Problem ist, dass keine hinreichenden kognitiven Kriterien für die Lösung von Abwägungsproblemen zur Verfügung stehen, die die Entscheidung determinieren könnten. Die Beschränkung richterlicher Kontrolle auf das, was als Rechtserkenntnis begründbar ist, würde eine substantielle Abwägungskontrolle in weitem Umfang ausschließen.²⁵⁴ Dem stehen zwei Einwände gegenüber:

- die Alternative des Kriteriums vernünftiger Konvergenz als Maßstab objektiver Begründbarkeit an Stelle der Forderung von Rechtserkenntnis;
- die positiven Effekte einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle für das Rechtssystem, die andere Legitimationsquellen für gerichtliche Entscheidungen als die der Rechtserkenntnis eröffnen können.

Es ist jedenfalls nicht zwingend, anzunehmen, dass gerichtliche Kontrolle nur auf der Grundlage objektiver Rechtserkenntnis gerechtfertigt werden kann.

(3) Das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung.

Eine Möglichkeit, den Konflikt mit anderen Organen zu vermeiden, ist eine richterliche Selbstbeschränkung. Gerichte sollen demnach unter bestimmten Voraussetzungen davon absehen, ihre Kompetenzen auszuüben. Diese Position ist jedoch unbefriedigend,

253 Alexy 2002, 16.

254 Dafür Buchwald 1996, 338f.; Pache 2001, 497ff.; Hain 1999, 156f.

da sie es in das Ermessen von Gerichten stellt, das geltende Recht anzuwenden.²⁵⁵ Das Gebot, dass Gerichte das geltende Recht anwenden sollen, sollte aber als Grundannahme eines Rechtssystems akzeptiert werden.

- (4) Die Kompetenz des einfachen Gesetzgebers zur Verfassungsänderung oder die anderer Organe des Rechtssystems zur Änderung des einfachen Rechts.

Kompetenzen anderer Organe könnten vor gerichtlichen Entscheidungen geschützt werden, indem jenen eine Kompetenz zur Rechtsänderung zugesprochen wird. Mit einem einfachen Gesetz, das der Verfassung widerspricht, müsste dann die verfassungsrechtliche Lage geändert werden. Gerichte müssten dann gemäß dieser geänderten Rechtslage entscheiden. Auch diese Konzeption erscheint jedoch nicht akzeptabel. Sie ist mit der Bindung an die Verfassung und dem Vorrang der Verfassung vor einfachem Recht unvereinbar.

- (5) Die Einordnung von verfassungsrechtlichen Entscheidungen der Gerichte als einfachrechtliche Entscheidungen.

Rainer Wahl hat die These vertreten, Entscheidungen eines Gerichts hätten, selbst wenn sie auf Verfassungsrecht gestützt würden, nur einfachrechtlichen Rang, da sie nicht aus der Verfassung ableitbar seien.²⁵⁶ Diese These betrifft allerdings nur die Verfassungskonkretisierung durch einfache Gerichte, nicht Entscheidungen von Verfassungsgerichten. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Gericht diese Argumentation übernehmen kann. Denn aus der Sicht des Gerichts ist sein Urteil verfassungsrechtlich geboten. Das Urteil ergibt sich zwar erst aufgrund einer Vorrangentscheidung des Gerichts, aber das Gericht kann seine Entscheidung selbst nicht als Grund für sein Urteil anführen. Vielmehr muss das Gericht seine Entscheidung als durch die Verfassung geboten vertreten. Damit muss es auch für seine Entscheidung den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetz beanspruchen. Das Argument, die Entscheidung des Gerichts habe selbst nur einfachrechtlichen Charakter, kann vom Gericht in seiner Entscheidung nicht berücksichtigt werden.

- (6) Eine Begrenzung der Kontrollkompetenzen der Gerichte aufgrund funktionell-rechtlicher Gesichtspunkte.²⁵⁷

Diese können in Form formeller Prinzipien zur Geltung gebracht werden, die die Beachtung bestimmter autoritativer Entscheidungen fordern, z.B. der des Gesetzgebers, durch andere Rechtsorgane. Will ein Gericht von einer solchen Entscheidungen abweichen, sind nicht nur materielle Prinzipien gegeneinander abzuwägen, sondern die materiellen Gründe

255 Ein Beispiel für die Kritik richterlicher Selbstbeschränkung mit dem Argument, das Gericht hätte die verfassungsrechtliche Streitfrage selbst entscheiden müssen und nicht an den Gesetzgeber verweisen dürfen, ist die Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 108, 282.

256 Wahl 1996, 649f.

257 Schuppert 1980; Zimmer 1979.

gegen das Gesetz müssen gegen die dieses rechtfertigenden materiellen und formellen Prinzipien abgewogen werden. Eine Abweichung von der Entscheidung des Gesetzgebers erfordert also nicht nur ein Übergewicht hinsichtlich der materiellen Prinzipien, sondern Gründe, die die materiellen und formellen Prinzipien überwiegen, die die autoritative Entscheidung stützen.

Das Problem dieser Konzeption ist, dass von dem verfassungsrechtlich gebotenen Abwägungsergebnis abgewichen wird. Kommt die Abwägung materieller verfassungsrechtlicher Prinzipien zu einem bestimmten Ergebnis, müsste dieses auch für den Gesetzgeber oder andere Rechtsorgane verbindlich sein. Wie kann ein formelles Prinzip den Gesetzgeber von dieser Verfassungsbindung freistellen? Aufgrund des Vorrangs der Verfassung kann ein Gericht eine Norm nicht bestehen lassen, wenn es zu der Überzeugung kommt, dass sie erkennbar verfassungswidrig ist. Die Beschränkung von gerichtlichen Entscheidungskompetenzen kann daher nicht rein funktionell-rechtlich begründet werden,²⁵⁸ sondern muss zugleich am Begriff des Verfassungsrechts ansetzen.

IV. Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen

Das Problem, rechtlich gebundenen Organen Entscheidungsspielräume einzuräumen, ist, dass ein Gericht, das zu einer bestimmten rechtlichen Beurteilung gelangt, folgern muss, dass die rechtliche Bindung des kontrollierten Organs an die vom Gericht bestimmte Norm besteht. Es gilt z.B. aus Sicht eines Verfassungsgerichts:

- (1) Die Verfassung enthält die Regelung N.
- (2) Der Gesetzgeber ist an die Verfassung gebunden.
- (3) Also ist der Gesetzgeber an N gebunden.

Diese Folgerung lässt sich vermeiden, indem zwischen objektiv geltendem Verfassungsrecht und konkurrierenden Interpretationen des Verfassungsrechts unterschieden wird. Die Bindung des Gesetzgebers kann dann wie folgt formuliert werden:

- (2') Der Gesetzgeber ist an die objektiv gültigen Verfassungsnormen gebunden.

Dies können in der Verfassung enthaltene Regelungen, vom Gesetzgeber zu berücksichtigende Verfassungsprinzipien oder Verfassungsinterpretationen sein, deren objektive Gültigkeit aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gezeigt werden kann. Verfassungsinterpretationen, die nicht als objektiv gültig begründet werden können, sind hingegen nicht bindend. Weichen die Verfassungsinterpretation von Gericht und Gesetzgeber voneinander ab, entsteht ein Konflikt divergierender Rechtsauffassungen. Es ist dann aufgrund einer Abwägung zu bestimmen, wessen Rechtsauffassung maßgeblich sein soll, wie also die Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen verteilt werden sollen. Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen nimmt also an, dass im Fall unterschiedlicher Auffassungen über das geltende Recht verschiedene grundsätzlich gleichgeordnete Abwägungskompetenzen kollidieren und die Abgrenzung dieser Kompetenz nach Optimierungsgesichtspunkten erfolgt.

258 So auch Alexy 1985, 497.