

3. Teil: Grundrechte

Grundrechte realisieren menschenrechtliche Prinzipien in Verfassungssystemen. Sie sind entscheidend für die Effizienz der Geltung von Menschenrechten. Die Struktur der Transformation von Menschenrechten in Verfassungsrecht ist allerdings durchaus komplex. Verfassungssysteme besitzen Autonomie gegenüber menschenrechtlichen Forderungen. Daraus resultieren Spielräume bei der Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien.

Ein wichtiges Element des Grundrechtssystems sind exklusionäre Rechte, die den staatlichen Zugriff auf die geschützten Rechte prinzipiell ausschließen. Es wird sich zeigen, dass die Anerkennung exklusionärer Grundrechte eine individualistische Konzeption von Grundrechten voraussetzt. Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte muss somit nicht notwendig zur Anerkennung exklusionärer Grundrechte führen. Es sind jedenfalls begrifflich auch nicht-individualistische Konzeptionen von Grundrechten möglich.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte hängt ferner von institutionellen Rahmenbedingungen ab. Sie setzt die Existenz staatlicher oder anderer politischer Organisationen voraus und muss daher die Kompetenzen dieser Organisationen im Hinblick auf Grundrechtseingriffe regeln. Ein besonderes Kompetenzproblem ist dabei die Konkurrenz zwischen Verfassungsgerichten, denen der Schutz von Grundrechten als zentrale Aufgabe obliegt, und anderen Organen, insbesondere dem Gesetzgeber, die Entscheidungen im Grundrechtsbereich zu treffen haben.

§ 8 Die verfassungsrechtliche Geltung von Grundrechtsprinzipien

I. Grundrechte als Transformation von Menschenrechten

Grundrechte können formal als verfassungsrechtlich garantierte Rechte verstanden werden, aber auch material als Institutionalisierung der Idee der Menschenrechte. Im letzteren Sinne sind Grundrechte verfassungsrechtlich anerkannte Menschenrechte. Grundlage ihrer normativen Geltung sind universelle Menschenrechtsprinzipien.

Grundrechte im materialen Sinn ergeben sich somit aus der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in verfassungsmäßige Rechte.³²⁷ Ihre rechtliche Geltung ist menschenrechtlich geboten. Mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung wird dieses Gebot erfüllt. Demnach sind Grundrechte dadurch definiert, dass sie menschenrechtliche Forderungen erfüllen.³²⁸

(GR) Grundrechte sind Rechte, die aufgrund menschenrechtlicher Prinzipien verfassungsrechtlich gewährleistet werden.

Als verfassungsmäßige Rechte binden sie alle Organe des Rechtssystems, einschließlich der gesetzgebenden Organe. Während Menschenrechte moralisch begründete Forderungen an die Organe der Rechtsordnung (und andere an rechtserzeugenden Prozessen Beteiligte) enthalten, ist Merkmal der Grundrechte ihre umfassende rechtliche Bindungswirkung. Die Verfassungsqualität dieser Grundrechte ergibt sich zunächst daraus, dass ihre rechtliche Anerkennung menschenrechtlich geboten und somit normativ notwendig ist.³²⁹ Werden sie in die Verfassung aufgenommen oder in der

327 Zur Transformationsthese Alexy 1998, 244ff. Eine andere Konzeption vertritt Habermas, der es ablehnt, Grund- oder Menschenrechte aus der Moral zu begründen. Siehe Habermas 1994, 135ff.

328 Dies ist eine materielle Grundrechtskonzeption. Eine formelle Grundrechtskonzeption könnte Grundrechte allein aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung identifizieren. Hier interessiert jedoch nur die materielle Grundrechtskonzeption.

329 Verfassungscharakter wird hier also nicht notwendig mit einem Vorrang gegenüber einfachem Recht verbunden, sondern ergibt sich aus der normativen

Rechtsprechung als verfassungsmäßige Rechte anerkannt, gelten sie auch als positives Verfassungsrecht.

II. Die Institutionalisierungsforderung

Die Idee der Menschenrechte als universell, also in jedem Rechtssystem gültige Rechte fordert, dass jedem moralisch begründeten Menschenrecht ein Grundrecht entspricht. Eine materiale Theorie von Grundrechten muss somit normativ eine Korrespondenz von Grund- und Menschenrechten annehmen (Korrespondenzthese):

- (KT) In jedem verfassungsrechtlichen System soll jedem Menschenrecht prinzipiell ein inhaltsgleiches Grundrecht korrespondieren.

Das Gebot der verfassungsrechtlichen Transformation impliziert die Forderung der Institutionalisierung von Menschenrechten. Es genügt nicht, sie in einen Katalog der Grundrechte aufzunehmen. Es muss auch Institutionen geben, die Grundrechte anwenden und durchsetzen. Die verfassungsrechtliche Geltung von Menschenrechten ist ohne Institutionalisierung nicht vollständig zu realisieren. Dies folgt zum einen aus der Unbestimmtheit von Menschenrechten in ihrem konkreten normativen Gehalt, die autoritative Entscheidungen über ihre Interpretation und Anwendung erforderlich macht, zum anderen aus der Durchsetzungsschwäche von Menschenrechten als rein moralisch begründete Rechte.

Die Korrespondenzthese entspricht der Idee der Menschenrechte, allerdings nicht einem positivistischen Verständnis des Verfassungsrechts. Positivrechtlich kann gefragt werden, ob bestimmte Grundrechtsprinzipien die Geltungskriterien der betreffenden Rechtsordnung erfüllen, ob etwa der Verfassungsgeber diese Prinzipien in die Verfassung aufgenommen hat. Die verfassungsrechtliche Festsetzung wird als alleiniger Geltungsgrund angesehen. Demnach ist eine verfassungsrechtliche Geltung für alle Rechte ausgeschlossen, die nicht verfassungsrechtlich anerkannt werden.³³⁰ Dieses Verfassungsverständnis ist jedoch in normativer Hinsicht zweifelhaft. Es

Bindungswirkung der Verfassungsnormen. Zu dieser Verfassungskonzeption Sieckmann 2007b, 30f.

330 Dies entspricht der Vorstellung eines abschließenden Grundrechtskatalogs oder einer kodifizierten Verfassung.

entspricht insbesondere nicht der Idee menschenrechtlicher Prinzipien, die unabhängig von positiver Setzung von jeder Rechtsordnung zu beachten sind.

So gilt die menschenrechtliche Forderung der Transformation unabhängig von positivrechtlicher Umsetzung. Das positive Verfassungsrecht kann lediglich Festsetzungen treffen, bestimmte menschenrechtliche Forderungen nicht anzuerkennen. Soweit menschenrechtliche Forderungen nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, gelten sie auch verfassungsrechtlich. Da menschenrechtliche Prinzipien unabhängig von positiver Festsetzung prinzipiell verfassungsrechtlich gelten, geht es bei der Gewährleistung von Grundrechten genau genommen darum, welche prinzipiell zu beachtenden Menschenrechte *nicht* verfassungsrechtlich gewährleistet werden sollen. Damit bleibt die Frage, ob und welche Grundrechtsprinzipien notwendigerweise in einer Verfassung enthalten sein müssen.

III. Strukturen der Transformation

1. Verfassungsautonomie

Das Gebot der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte bedeutet nicht, dass diese Prinzipien inhaltsgleich in das Verfassungsrecht übernommen werden müssen. Es kann legitime Gründe geben, warum ein Verfassungssystem manche moralisch begründeten Menschenrechte nicht übernimmt.

So gilt das Prinzip allgemeiner Handlungsfreiheit menschenrechtlich.³³¹ Seine Transformation in geltendes Verfassungsrecht könnte aber aus Gründen von Demokratie und Gewaltenteilung abgelehnt werden, weil dies zu einer Verschiebung von Kompetenzen zugunsten der Gerichte führen würde. Denn mit der Anerkennung eines Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit wird jede staatliche Freiheitsbeeinträchtigung zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung.

Soziale Rechte, etwa auf angemessene Gesundheitsversorgung, Wohnung oder Bildungschancen, sind als prinzipielle Rechte menschenrechtlich begründbar. Es könnten aber Gründe der begrenzten Leistungsfähigkeit des Staates, der Überforderung der Justiz oder der Zuweisung dieser Aufgaben an andere gesellschaftliche Organisationen rechtfertigen, solche

331 S.o., § 6 I 2.1.

Rechte nicht als Grundrechte zu gewährleisten, nicht einmal als lediglich prinzipielle Rechte.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte erfolgt somit als autonome Entscheidung des Verfassungssystems. Als autonome Entscheidung unterliegt sie normativen Bindungen, die sich aus menschenrechtlichen Prinzipien ergeben. Es kann jedoch Gründe gegen eine Transformation geben. Ist dies der Fall, ist in einer Abwägung menschenrechtlicher Prinzipien mit diesen Gegengründen zu bestimmen, was verfassungsrechtlich gelten soll. Diese Abwägung kann der Verfassungsgeber vornehmen, oder sie kann im Rahmen einer Verfassungsinterpretation erfolgen.³³²

Trotz des zunächst lediglich prinzipiellen Charakters des Transformationsgebots ergibt sich jedenfalls die Notwendigkeit der Existenz von Grundrechten im Verfassungsrecht eines jeden Rechtssystems.³³³ Da nicht zu sehen ist, wie ein vollständiger Verzicht auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Menschenrechten gerechtfertigt werden könnte und sich somit kein Abwägungsproblem stellt, gilt diese Existenzforderung strikt und nicht erst als Ergebnis einer Abwägung.³³⁴

Zudem beseitigen Gründe gegen eine inhaltsgleiche Gewährleistung menschenrechtlicher Prinzipien im Verfassungsrecht nicht die prinzipielle Forderung, alle moralisch begründbaren Menschenrechte als Grundrechte verfassungsrechtlich zu garantieren. Damit ist dem Verfassungssystem eine Tendenz in Richtung auf Vervollständigung des Grundrechtssystems vorgegeben.

Andererseits bleiben verfassungsrechtliche Spielräume bei der Gewährleistung von Grundrechten nicht nur bei der Anerkennung menschenrechtlicher Prinzipien als Grundrechte, sondern auch bei der Festlegung, ob Grundrechte als prinzipielle oder als definitive Rechte sowie ob sie in

332 Dabei gibt es nicht nur einen Akt der Transformation im Sinne einer historisch ersten Verfassung, sondern einen fortlaufenden Prozess der Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte. Menschenrechtliche Forderungen sind nicht zeitlich begrenzt. Verfassungsrecht bleibt ständig Gegenstand menschenrechtlicher Forderungen und muss diesen Forderungen gerecht werden. Dies kann Anpassungen des Verfassungsrechts erfordern. Daher lässt sich Verfassungsinterpretation nicht auf die Bestimmung des historischen Willens des Verfassungsgebers oder der historischen Bedeutung des Textes beschränken. Demgegenüber zur Verteidigung des "originalism" Solum, *Originalism or Living Constitution*, in: *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, Issue 6, April 2019, 1243ff.

333 So auch Alexy 2021, 238.

334 Dazu auch s.o., § 5 II 1.

Form exklusionärer oder lediglich einfacher Prinzipien gewährleistet werden sollen, ob - wie in modernen Verfassungen - Grundrechten ein Vorrang im Rechtssystem zukommen soll,³³⁵ welche Einschränkungen von Grundrechten möglich sind, inwieweit diese gerichtlich überprüfbar sind und welche Rechte definitiv gewährleistet werden. Auch Bestimmungen über Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete sind möglich.

2. Prinzipielle und definitive Rechte

Die Transformationsforderung gilt für moralisch definitiv gültige wie für moralisch prinzipiell gültige Rechte. In beiden Fällen hat sie zunächst prinzipiellen Charakter. Es kann institutionelle Gründe geben, die gegen eine Anerkennung als rechtlich geltendes Recht sprechen.

Ein Beispiel für eine moralisch prinzipiell gültige menschenrechtliche Forderung ist die nach dem umfassenden Schutz ungeborenen Lebens gegen Abtreibung. Der Schutz ungeborenen menschlichen Lebens ist eine legitime moralische Forderung. Sie ist allerdings umstritten. Es sieht nicht so aus, dass die Gegenauffassung als fehlerhaft erwiesen werden könnte. Da vernünftiger Streit über den gebotenen Schutz ungeborenen Lebens besteht, kann für dieses Gebot nicht definitive moralische Geltung beansprucht werden. Dennoch ist der Schutz ungeborenen Lebens eine legitime moralische Forderung an Rechtssysteme. Letztere müssen abwägen, wie sie mit dieser moralischen Forderung umgehen.

Ein Beispiel für ein moralisch definitiv gültiges Menschenrecht ist das Gebot, nur verhältnismäßigen Beschränkungen seiner Rechte unterworfen zu werden. Daraus ergibt sich die Forderung an Rechtssysteme, das Verhältnismäßigkeitsgebot verfassungsrechtlich anzuerkennen. Diese ist allerdings zunächst nur prinzipiell gültig. Es kann legitime Gründe geben, das Verhältnismäßigkeitsgebot nicht oder nicht in vollem Umfang als Verfassungsprinzip zu gewährleisten, etwa weil dies zu Verschiebungen im Gefüge der Gewaltenteilung führen würde. So könnte die verfassungsrechtliche Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsgebots abgelehnt werden, weil eine

335 Diese Frage scheint aktuell nicht relevant zu sein und wird hier nicht vertieft. Für die Weimarer Verfassung war ein Vorrang der Grundrechte hingegen nicht anerkannt. Auch das englische Common Law kann als Beispiel dienen, dass individuelle Rechte als rechtlich notwendig anerkannt werden können, ohne ihnen Vorrang gegenüber Gesetzesrecht einzuräumen.

inkompetente oder ideologisierte Justiz dieses nicht korrekt anwenden würde.

Für die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Rechtssysteme macht es zunächst keinen Unterschied, ob sich auf moralischer Ebene bereits definitive Rechte begründen lassen. Ein Unterschied besteht nur insofern, als bei lediglich prinzipiell gültigen Menschenrechten die Transformation in das Rechtssystem auch moralische Abwägungen einschließen muss. Bei definitiv gültigen Menschenrechten geht es hingegen um die Abwägung moralisch definitiv begründeter Forderungen gegen institutionell begründete Einwände.

Die Anerkennung als Ergebnis der Transformation kann wiederum als prinzipiell oder als definitiv gültige Grundrechte erfolgen. In der Regel werden Grundrechte den Charakter prinzipiell gültiger Rechte haben, da nicht alle legitimen Gründe für eine Einschränkung im Voraus berücksichtigt werden können. Möglich ist aber auch, dass ein moralisch prinzipiell gültiges Recht verfassungsrechtlich als definitiv gültiges Grundrecht gewährleistet wird.

So wird sich ein Recht zur Abtreibung moralisch nicht als definitiv gültig begründen lassen. Dennoch kann ein Verfassungssystem ein solches Recht als definitiv gültig anerkennen.

3. Exklusiver Charakter und Vorrang von Grundrechten

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte führt nicht notwendig dazu, diesen Grundrechten Vorrang gegenüber anderen rechtlichen Regelungen zu gewähren. Sie kann sich darauf beschränken, menschenrechtliche Prinzipien rechtlich verbindlich zu machen. Diese können umfassend gegen andere Rechtsprinzipien abzuwägen sein. Das Verfassungsrecht könnte aber auch eine Abwägung nur mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien zulassen und insofern einen Vorrang grundrechtlicher Prinzipien gegen lediglich einfachrechtliche Prinzipien vorsehen. Zudem könnte ein Vorrang für bestimmte definitiv gültige Grundrechtsgehalte festgesetzt werden.

Ein Vorrang für grundrechtliche (und andere verfassungsrechtliche) Prinzipien bedeutet, dass ihnen ein partiell exklusiver Charakter zukommt. Sie stellen zwar, anders als exklusive Menschenrechtsprinzipien, keine generellen Abwägungsverbote dar, beschränken die Abwägung aber auf eine bestimmte Klasse von Gegenargumenten. Prinzipien ohne verfassungsrechtliche Geltung können in Abwägungen mit Grundrechten

nicht berücksichtigt werden. Einfachen, nicht-exklusionären Grundrechtsprinzipien kann Vorrang hingegen nicht zukommen. Denn sie verlangen gerade eine Abwägung mit allen anderen einschlägigen Forderungen. Wenn grundrechtliche Prinzipien als vorrangig behandelt werden, bedeutet dies somit, dass sie als (partiell) exklusionäre Prinzipien verstanden werden. Allerdings wird dies wiederum durch Gesetzesvorbehalte in Grundrechtsbestimmungen durchbrochen. Gesetzesvorbehalte ermächtigen den Gesetzgeber dazu, Grundrechte mit anderen legitimen Forderungen abzuwägen, auch solchen ohne verfassungsrechtliche Qualität. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Vorrang grundrechtlicher Prinzipien mit deren (partiell) exklusionärem Charakter äquivalent ist.

Die Annahme eines exklusionären Charakters - oder Vorrangs - grundrechtlicher Prinzipien ist problematisch, wenn bei einem sehr geringen Grad der Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Prinzips das konkrete Gewicht des Grundrechts als gering anzusehen ist und auf der anderen Seite gewichtige Belange ohne verfassungsrechtliche Qualität stehen. Außerdem könnte die Kumulation mehrerer nicht verfassungsrechtlich anerkannter Prinzipien zu einem Argument von hohem Gewicht führen. Es ist daher fraglich, ob der Ausschluss einer Abwägung grundrechtlicher Prinzipien mit nicht verfassungsrechtlich anerkannten Prinzipien rational gerechtfertigt werden kann.

So würde ein Vorrang der Kunstfreiheit als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrechtsprinzip Einschränkungen aus nicht verfassungsrechtlich begründeten Belangen ausschließen, was bei einem weiten, formalen Kunstbegriff durchaus zu problematischen Ergebnissen führen kann.

Die Anerkennung als grundrechtliches Prinzip ist kein Urteil, das bereits alle relevanten Umstände berücksichtigen müsste. Es bleibt daher ein Begründungsdefizit. Dem lässt sich begegnen, indem der Schutzbereich von Grundrechten so definiert wird, dass geringfügige Beeinträchtigungen ausgeschlossen werden. Aber diese Konstruktion ist jedenfalls nicht einfach und erfordert nähere Bestimmungen, was als geringfügig anzusehen ist. Es sollte daher davon ausgegangen werden, dass der exklusionäre Charakter grundrechtlicher Prinzipien und damit deren Vorrang gegenüber nicht-verfassungsrechtlichen Forderungen nur prinzipiell gültig ist, selbst also wiederum Gegenstand von Abwägungen sein kann.

Diese Probleme bestehen nicht bei definitiv gültigen Grundrechtsgehalten. Definitive Geltung setzt eine Festsetzung auf der Grundlage einer Abwägung voraus, in der alle relevanten Belange berücksichtigt worden sind. Der Vorrang der Verfassung lässt sich daher unproblematisch nur auf definitive Grundrechtsgehalte anwenden.

4. Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete

Verfassungsrecht kann Bestimmungen über Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete enthalten, die von menschenrechtlichen Forderungen abweichen. So kann es Gründe geben, manche Grundrechte nur Staatsbürgern vorzubehalten. Dies gilt insbesondere für politische Rechte oder Rechte in Bezug auf politische Betätigung. Da Staaten eine bestimmte Form der politischen Organisation einer Gesellschaft darstellen, liegt es nahe und ist bereits in der Struktur der Organisation angelegt, bei politischen Rechten zwischen Mitgliedern und Externen zu unterscheiden. Dies bedeutet allerdings eine Einschränkung der menschenrechtlichen Forderungen, die auch Externe an politische Entscheidungen eines Staates stellen können. Grundsätzlich müssen Staaten menschenrechtliche Forderungen aller Menschen berücksichtigen, nicht nur die der eigenen Staatsangehörigen.

Eine Rechtfertigung dieser Einschränkung ist aber möglich, weil und soweit eine politische Organisation der Gesellschaften anders nicht oder nicht in gleicher Weise möglich ist. Die Einschränkung darf aber nicht weitergehen, als für Zwecke der politischen Organisation erforderlich und in der Sache gerechtfertigt. Auch wenn politische Rechte auf Staatsangehörige beschränkt werden, müssen politische Entscheidungen auch menschenrechtliche Forderungen von Nicht-Staatsangehörigen berücksichtigen. Sie ohne Rechtfertigung außer Acht zu lassen, stellt eine Verletzung von Menschenrechten dar.

Auch die Adressaten grundrechtlicher Verpflichtungen können verfassungsrechtlich bestimmt werden. Aus menschenrechtlicher Sicht ist jeder gebunden, der an Normbildungsprozessen beteiligt ist. Dies sind nicht nur staatliche Organe, sondern können auch gesellschaftliche Organisationen und selbst Einzelne sein, die an der Bildung rechtlicher Normen mitwirken. Verfassungsrechtlich kann die Grundrechtsbindung hingegen auf staatliche Organe oder andere Hoheitsträger beschränkt werden.

Dies ist jedoch wiederum eine Einschränkung menschenrechtlicher Prinzipien, die rechtfertigungsbedürftig ist. Sind gesellschaftliche Organisationen in Machtpositionen, die denen staatlicher Organe vergleichbar ist, kann es menschenrechtlich geboten sein, sie auch verfassungsrechtlich an Grundrechte zu binden.

IV. Die Systematik von Grundrechten

Es sind unterschiedliche Systematisierungen von Grundrechten möglich. Wie schon bei den Menschenrechten geht es in dieser Untersuchung um eine Systematisierung, die sich aus der Struktur des Prinzipienmodells ergibt. Da Grundrechte eine Institutionalisierung von Menschenrechten darstellen, folgt die Systematik grundrechtlicher Prinzipien der von Menschenrechten.³³⁶ Soweit kein verfassungsrechtlicher Ausschluss der Geltung menschenrechtlicher Prinzipien erfolgt, begründen Menschenrechte unmittelbar, also ohne weiteren Normsetzungsakt, die verfassungsrechtliche Geltung ihnen korrespondierender Grundrechte. Daher wird das System menschenrechtlicher Prinzipien auch das System der Grundrechte prägen. In jedem legitimen Verfassungssystem wird das Grundrechtssystem den menschenrechtlichen Prinzipien folgen. Demnach wird das Grundrechtssystem enthalten:

- Autonomierechte,
- spezifische Grundrechte, die dem Schutz fundamentaler Interessen dienen, die von autonomen Subjekten geltend gemacht werden,
- Grundrechtsprinzipien, die den Prozess autonomer Normbegründung sowie die Realisierung von Menschenrechten institutionell ermöglichen und gewährleisten.

Im Rahmen dieser Grundunterscheidung ist eine zentrale Frage für den Grundrechtsschutz, welche Einschränkungen Verfassungen gegenüber dem prinzipiell gebotenen Menschenrechtsschutz vornehmen oder zulassen können.

1. Grundrechtliche Gewährleistung von Autonomierechten

Die Einschränkungbarkeit von Autonomierechten ist differenziert zu beurteilen. Zunächst ist zwischen moralischer und persönlicher Autonomie zu unterscheiden.

Zur moralischen Autonomie gehören Rechte, Interessen zu formen, normative Argumente vorzubringen, Abwägungsurteile zu bilden und frei und gleich an Diskursen teilzunehmen. Sie gelten als Bedingung der Möglichkeit, dass eine Normbegründung gelingen kann. Rechte, die moralische Autonomie gewährleisten, können daher nur aus Gründen beschränkt werden, die der Realisierung des Prozesses der Normbegründung

336 S.o., § 6.

selbst dienen. Einschränkungen aus externen Gründen würden das Projekt der Normbegründung und damit die Legitimität des Verfassungssystems untergraben. Je stärker die Einschränkungen, desto schwächer wäre die Legitimität des Systems. Sollten dennoch Einschränkungen notwendig sein (etwa die Einschränkung demokratischer Verfahren in einer Notstandssituation), mag dies pragmatisch zu rechtfertigen sein. Das Verfassungssystem könnte aber dann nicht volle Verbindlichkeit beanspruchen, sondern würde nur aus Klugheitsgründen befolgt werden.

Hinsichtlich der persönlichen Autonomie ist ein Recht, selbstbestimmt zu entscheiden, menschenrechtlich begründet.³³⁷ Dies muss von Verfassungssystemen anerkannt werden. Es lässt sich auch eine allgemeine Handlungsfreiheit als prinzipielles Recht begründen. Als solches kann sie jedoch beschränkt werden, muss insbesondere nicht als gerichtlich durchsetzbares Recht gewährleistet werden und insofern, wenn Rechtsgeltung mit gerichtlicher Durchsetzbarkeit verbunden wird, nicht notwendig verfassungsrechtliche Geltung haben.

Das Prinzip der Gleichheit aller autonomen Subjekte muss ebenfalls als Grundprinzip der politischen Ordnung anerkannt werden. Es liegt nahe anzunehmen, dass es auch als Verfassungsprinzip das politische System bestimmen muss. Wenn im demokratischen System nicht formale Gleichheit aller autonomen Subjekte respektiert wird, untergräbt dies die Legitimität des Verfassungssystems. Subjekte, die nicht formal als gleich behandelt werden, können die Legitimität des Systems mit guten Gründen bestreiten.

2. Grundrechtliche Gewährleistung spezifischer Menschenrechte

Spezifische Menschenrechte haben zunächst prinzipiellen Charakter. Sie enthalten zwar einen Anspruch auf Exklusivität. Dieser Anspruch gilt jedoch wiederum nur prinzipiell. Spezifische Grundrechte können daher Abwägungen unterworfen werden.

Soweit der exklusionäre Charakter prinzipiell besteht, muss allerdings zunächst gerechtfertigt werden, warum ein Eingriff in das betreffende Grundrecht geboten ist. Damit wird der exklusionäre Charakter eingeschränkt. In einem zweiten Schritt erfolgt dann eine Abwägung grundrechtlicher und anderer Prinzipien mit dem Ziel der Optimierung.³³⁸

337 S.o., § 5 I 2.1.

338 S.o., § 5 II 2.

3. Institutionelle Garantien

Institutionelle Garantien haben eine Zwischenstellung zwischen Autonomierechten und spezifischen Menschenrechte. Einerseits gelten sie nicht *a priori*, werden also nicht direkt aus der Struktur autonomer Normbegründung abgeleitet. Vielmehr erfordert ihre Rechtfertigung empirische Annahmen, wie Normbegründungen realisiert oder Menschenrechte gewährleistet werden können. Andererseits hängt ihre Geltung nicht von individuellen Interessen ab. Es sind also nicht Konflikte wie bei spezifischen Menschenrechten zu erwarten. Soweit sie, ähnlich wie Autonomierechte, dem Ziel der Ermöglichung von Normbegründungen dienen, sollten sie nur aus Gründen beschränkt werden können, die sich aus Notwendigkeiten der Normbegründung selbst ergeben. Beschränkungen aus externen Gründen könnten hingegen die moralische Legitimität des Systems untergraben.

Allerdings können reale gesellschaftliche Bedingungen Einschränkungen erfordern. Institutionelle menschenrechtliche Forderungen müssen als moralische Forderungen auf gesellschaftliche Bedingungen bezogen werden. Es ist also - im Unterschied zu Autonomierechten - nicht mit ihrem Charakter unvereinbar, sie mit Rücksicht auf andere Belange, die nicht den Prozess der Normbegründung selbst betreffen, zu beschränken. Insofern können Einschränkungen gegenüber einer vollständigen Umsetzung institutioneller Garantien auch moralisch gerechtfertigt sein und untergraben nicht notwendig den normativen Anspruch des Verfassungssystems auf Verbindlichkeit.

V. Fazit

- (1) Grundrechte sind mit Menschenrechtsprinzipien begründet. Sie sind konstitutionalisierte Menschenrechtsforderungen.
- (2) Menschenrechtsprinzipien gelten verfassungsrechtlich, soweit sie nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, und es besteht ein prinzipielles Gebot, Menschenrechte in positives Verfassungsrecht zu transformieren.
- (3) Das Grundrechtssystem folgt dem der Menschenrechte. Allerdings können Verfassungssysteme aufgrund ihrer Autonomie Differenzierungen vornehmen und auch Lücken gegenüber dem der Menschenrechte aufweisen.

- (4) Solche Abweichungen sind allerdings rechtfertigungsbedürftig. Es besteht daher eine normative Tendenz zur Vervollständigung des Systems der Grundrechte, unabhängig von und möglicherweise gegen positive verfassungsrechtliche Normierungen.
- (5) Die Möglichkeiten der Einschränkungen sind für Autonomierechte, spezifische Menschenrechte und institutionelle Garantien der Realisierung von Menschenrechten differenziert zu beurteilen.

§ 9 Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote

1. Die Idee von Grundrechten als staatlichem Zugriff entzogene Rechte

Die Prinzipientheorie der Grundrechte stellt das Problem der Abwägung in den Vordergrund der Grundrechtstheorie. Prinzipien werden als Abwägungsgründe konzipiert, deren Anwendung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt. Dies erlaubt eine adäquate Rekonstruktion jedenfalls weiter Teile der Grundrechtsdogmatik und Verfassungsrechtsprechung.³³⁹

Ein Problem der Prinzipientheorie ist allerdings, dass sie der Idee von Grundrechten als grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzogene individuelle Rechtssphären³⁴⁰ zuwiderläuft.³⁴¹ Grundrechte als abzuwägende Prinzipien implizieren Abwägungsgebote und verlangen damit staatliche Gestaltung im Bereich der Grundrechte. Sie sind somit gerade nicht staatlichem Zugriff entzogen. Auch die Zuerkennung eines besonders hohen abstrakten Gewichts³⁴² erfasst diese Idee von Grundrechten nicht. Vielmehr entspricht es der Idee von dem staatlichen Zugriff entzogenen Rechtssphären, Grundrechte nicht als Abwägungsgebote, sondern als Ab-

339 Siehe insbesondere Alexy 1985; Borowski 2018.

340 Diese Idee findet sich etwa bei Dworkin 1978, 193 (rights as trumps); Habermas 1994, 315 (Brandmauer); Nozick 1974, 28ff. (side constraints); Tsakyrakis 2009, 468, 470, 473; Greer, The European Convention on Human Rights, 2006, 208; Webber, The Negotiable Constitution, 2009; ders., 2010, 201; Waldron, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, in: OJLS 1993, 30. Dazu auch Klatt/Meister 2013, 67.

341 Dies wird insbesondere in Bezug auf die Abwägungsfähigkeit der Menschenwürdegarantie diskutiert. Dazu insbesondere Alexy 2021, 205ff.; Bäcker, Begrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit, in: Der Staat 55 (2016), 433ff.

342 So Alexy 2015, 497ff.; 2021, 205ff.; Klatt/Meister 2013, 68ff. Alexy versucht, die Funktion von Grundrechten als Grenze staatlicher Gewalt durch eine progressive Interpretation des Abwägungsgesetzes aufrechtzuerhalten. Die Forderung, dass mit der Intensität der Beeinträchtigung die Wichtigkeit der Eingriffsgründe steigen muss, wird so verstanden, dass nicht nur ein proportionaler Anstieg ihrer Wichtigkeit, sondern ein überproportionaler Zuwachs verlangt wird. Siehe Alexy 1985, 147. Dazu Clérico 2001, 167ff. Daher sollen sehr intensive Grundrechtseingriffe nur sehr schwer und extreme Eingriffe praktisch überhaupt nicht zu rechtfertigen sein. Dies soll sich auch aus der Anwendung der "Gewichtsformel" ergeben, Alexy 2015, 508, 511; 2021, 216ff., 218.

wägungsverbote zu konzipieren. Die zugrundeliegende Intuition lässt sich an Beispielen verdeutlichen:

- Lässt sich eine Gefahr für das Leben von Menschen nur durch Maßnahmen beseitigen, die die Tötung anderer Menschen zur Folge haben, ist nicht die Frage, welche Menschenleben das größere Gewicht haben. Würde man diese Frage stellen, wäre kaum zu bestreiten, dass es auf die Zahl der Menschenleben ankommt, auf die verbleibende Lebenserwartung und vielleicht auch auf die Qualität dieser Leben. Aber solche Fragen sind verfehlt. Eine Abwägung von Menschenleben darf grundsätzlich nicht stattfinden.³⁴³
- Der Schutz der Privatsphäre hängt grundsätzlich nicht davon ab, ob ein Eingriff öffentlichen Interessen dient, die als gewichtiger als das private Interesse angesehen werden könnten. Eine Abwägung mit kollidierenden Interessen, etwa an der Kenntnis des Inhalts von Tagebuchaufzeichnungen für einen Strafprozess, soll nicht erfolgen.
- Geht es um die Ausübung von Religions-, Gewissens- oder Meinungsfreiheit, kommt es nicht darauf an, ob diese grundrechtliche Betätigung negative gesellschaftliche Folgen haben könnte, die das Interesse an der Religions-, Gewissensfreiheit oder Meinungsfreiheit überwiegen. Der Sinn von Religions- und Gewissensfreiheit ist vielmehr, solche Erwägungen in staatlichen Entscheidungen nicht zuzulassen.
- Die Garantie von Eigentumsrechten hängt nicht davon ab, ob die gegebene Zuordnung oder Nutzung von Eigentumsrechten die effizienteste im Hinblick auf relevante gesellschaftliche Interessen ist.

Der primäre Sinn von Grundrechten ist demnach, Abwägungen auszuschließen. Demnach sind prinzipielle grundrechtliche Abwägungsverbote anzuerkennen, die staatliche Entscheidungsmöglichkeiten strukturieren und begrenzen. Der Ausschluss von Abwägungen ist allerdings nicht strikt möglich. Abwägungen können auch bei Grundrechten, die prinzipielle Abwägungsverbote enthalten, notwendig sein. Ihre Ausübung kann mit anderen Rechten oder verfassungsrechtlich relevanten Belangen kollidieren. Es kann nicht beansprucht werden, dass die eigene Grundrechtsausübung stets Vorrang vor anderen Belangen haben muss und Abwägungen unzulässig sind. Grundrechtliche Abwägungsverbote müssen daher prinzipiellen Charakter haben. Andererseits gibt es Bereiche, in denen als Ergebnis einer Abwägung ein Abwägungsverbot definitiv anzuerkennen

343 Selbst wenn eine Vorrangentscheidung unausweichlich ist, hat sie nicht nach Gewichtungskriterien zu erfolgen. Die Abwägung muss sich vielmehr am Kriterium vernünftiger Zustimmung autonomer Subjekte orientieren. Dazu s.u. IV.

ist und somit ein abwägungsfester Vorrang eines Grundrechts bestehen kann, soweit sich das Abwägungsverbot für dieses Grundrecht durchsetzt.

II. Die Konstruktion prinzipieller Abwägungsverbote

Abwägungsverbote können, wie andere Normen auch, prinzipiellen oder definitiven Charakter haben. Prinzipielle Abwägungsverbote sind selbst wiederum Gegenstand der Abwägung, können also durch überwiegende Gründe verdrängt werden. Definitive Abwägungsverbote sind das Ergebnis solcher Abwägungen.

1. Die Struktur von Abwägungsverboten

Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote haben als Inhalt die Forderung, dass die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen nicht zum Gegenstand einer Abwägung gemacht werden dürfen. Ihr Inhalt lässt sich demnach wie folgt beschreiben:

- (1) Das Recht auf X soll prinzipiell nicht gegen andere Rechte, Prinzipien oder sonstige Belange abgewogen werden.
- (2) Staatliche Organe sollen prinzipiell nicht die Kompetenz haben, das Recht auf X zum Gegenstand einer Abwägung mit anderen Belangen zu machen.

Da die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen stets Abwägungen erfordert und ohne solche Abwägungen unzulässig sind, implizieren prinzipielle Abwägungsverbote auch prinzipielle Eingriffsverbote sowie das prinzipielle Fehlen von Eingriffskompetenzen:

- (3) In das Recht auf X soll prinzipiell nicht eingegriffen werden.
- (4) Staatliche Organe sollen prinzipiell nicht die Kompetenz haben, in das Recht auf X einzugreifen.

Das Fehlen einer Kompetenz zu Eingriffen in eine Rechtsposition kann auch als Immunität dieser Rechtsposition gegenüber dem betreffenden Organ oder Rechtssubjekt bezeichnet werden.³⁴⁴ Prinzipielle Abwägungsverbote implizieren somit die prinzipielle Immunität der durch sie geschützten Rechtspositionen gegenüber staatlichen Eingriffen.

Die Abwägung grundrechtlicher Abwägungsverbote kann zu definitiven Abwägungsverboten führen oder aber eine Abwägung des betreffenden

344 Zur Immunität von Rechten Hohfeld 1923, Alexy 1985, 219 (Nicht-Subjektion).

Grundrechts - in seiner Dimension als abzuwägendes Prinzip - mit kollidierenden Belangen zulassen. Das Abwägungsergebnis wird von bestimmten Bedingungen abhängen. Grundrechte werden auch als prinzipielle Abwägungsverbote somit keinen absoluten Charakter haben, sondern unter bestimmten Bedingungen Abwägungen unterworfen werden können. Es wird aber keine generelle Erlaubnis oder Ermächtigung des Staates bestehen, Grundrechte gegen andere Belange abzuwägen.³⁴⁵

Ist eine Abwägung zulässig, ist in einer zweiten Abwägung zu bestimmen, ob es eine hinreichende Rechtfertigung für die Nichterfüllung des fraglichen grundrechtlichen Prinzips gibt. Die Frage der Abwägung 1. Stufe - der materiellen oder substantiellen Abwägung - ist von der vorausgehenden Abwägung 2. Stufe - der über die Zulässigkeit der Abwägung 1. Stufe - zu unterscheiden. So kann ein definitives Abwägungsverbot angenommen werden, obwohl Eingriffsgründe vorliegen, die bei einer Abwägung 1. Stufe einen Eingriff rechtfertigen würden.

- Bei der Frage, ob der Abschuss eines von Terroristen entführten Zivilflugzeugs unter Inkaufnahme des Todes der Passagiere erlaubt sein kann, um eine größere Zahl von Menschenleben zu retten, wird man bei einer Abwägung von Leben gegen Leben (Abwägung 1. Stufe) nicht unbedingt zu einem Verbot des Abschusses gelangen. Wird dies gleichwohl strikt ausgeschlossen, lässt sich der Grund darin sehen, dass staatliche Organe eine solche Abwägung nicht vornehmen dürfen. Es besteht demnach ein prinzipielles Abwägungsverbot, das sich im Ergebnis durchsetzt und Abwägungen von Menschenleben definitiv verbietet (Ergebnis der Abwägung 2. Stufe).
- Geht es um die Verwertung eines Tagebuchs in einem Strafprozess, um einen Serienmörder überführen zu können, wird man angesichts der substantiellen Frage durchaus der Ansicht sein können, dass der Schutz des Lebens wichtiger ist als die Respektierung der Intimsphäre

345 In diesem Punkt unterscheidet sich die Konzeption von Grundrechten als prinzipielle Abwägungsverbote von der Konzeption der Grundrechte als Optimierungsgebote. Dazu s.o., § 2 I. Prinzipien im Sinne von Optimierungsgeboten implizieren nicht Abwägungsverbote, sondern verlangen Abwägungen. Optimierung erfordert Abwägung. Abwägung setzt wiederum die Kompetenz voraus, über den definitiven Umfang von Rechtspositionen zu bestimmen. Denn Gegenstand der Abwägung ist, was definitiv gelten soll. Grundrechte im Sinne von Optimierungsgeboten können daher nicht gegenüber staatlichen Entscheidungen immun sein, und zwar auch nicht prinzipiell immun. Es ist gerade umgekehrt geboten abzuwägen und damit Entscheidungen im Anwendungsbereich des Grundrechts zu treffen.

des potentiellen Mörders (Abwägung 1. Stufe). Das Verwertungsverbot ergibt sich damit nicht aus einer einfachen Abwägung, sondern dem Verbot einer Abwägung (aufgrund einer Abwägung 2. Stufe).

- Bei der Ausübung von Religions-, Gewissens-, oder Meinungsfreiheit ist nicht danach zu fragen, ob die Möglichkeit zur Grundrechtsausübung wichtiger ist als die durch sie beeinträchtigten Interessen (Abwägung 1. Stufe), sondern es geht zunächst darum, dass der Staat nicht über den Wert oder Nutzen dieser grundrechtlichen Betätigungen bestimmen soll (Abwägung 2. Stufe).
- Beim Schutz der Nutzungsfreiheit des Eigentümers geht es nicht darum, ob die vom Eigentümer gewählte Nutzung den größten Nutzen erbringt oder eine andere Nutzung, eventuell durch einen anderen Eigentümer, wertvoller wäre (Abwägung 1. Stufe). Es geht darum, dass der Staat grundsätzlich nicht zu fragen hat, welchen Nutzen die vom Eigentümer gewählte Nutzung hat (Abwägung 2. Stufe).

In vielen Fällen erscheint somit ein einfaches Abwägungsmodell, in dem Grundrechte lediglich Optimierungsgebote und keine prinzipiellen Abwägungsverbote enthalten, nicht passend. Der Grundrechtsschutz lässt sich in diesen Fällen vielmehr durch prinzipielle Abwägungsverbote konstruieren, die unter bestimmten Bedingungen zu definitiven Abwägungsverboten führen.³⁴⁶

2. Struktur der Grundrechtsprüfung

Die Einführung prinzipieller Abwägungsverbote führt zu einer spezifischen Struktur der Grundrechtsprüfung. Im einfachen Abwägungsmodell geht es darum, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt und eine hinreichende

346 Auf diese Weise lässt sich auch ein spezifischer abwehrrechtlicher Grundrechtsschutz konzipieren. Ein Eingriff in ein Abwehrrecht bedeutet, die grundsätzliche Immunität des Grundrechts zu durchbrechen. Die bloße Nichterfüllung prinzipieller grundrechtlicher Forderungen kann hingegen - in Abgrenzung zu Eingriffen im engeren Sinn - als Beeinträchtigung bezeichnet werden, die Bestimmung des definitiven Gehalts prinzipiell gewährleisterter Rechte als Ausgestaltung dieser Rechte. Abwehrrechte im engeren Sinne sind demnach prinzipiell immune Rechte. Rechte, die lediglich durch prinzipielle Gebote, diese Rechte nicht zu beeinträchtigen, geschützt sind, können hingegen als Abwehrrechte im weiteren Sinn bezeichnet werden. Siehe auch Sieckmann 1998, 29, zur Selbständigkeit von Eigentumsrechten. Letztere folgt aus der prinzipiellen Immunität von Eigentumsrechten.

verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs gegeben ist. Das Prüfungsschema lautet im Ansatz:

- (I) Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts.
 - Definition des Schutzbereichs.
 - Feststellung einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs
 - (II) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung.
- Bei grundrechtlichen Abwägungsverböten geht es hingegen um die Frage, ob ein solches Verbot besteht und ob hinreichende Gründe vorliegen, dieses Verbot zu durchbrechen. Das Prüfungsschema enthält demnach folgende Aspekte:
- (I) Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts.
 - Definition des Schutzbereichs.
 - Begründung eines prinzipiellen Abwägungsverbots für dieses Grundrecht.
 - Feststellung eines Eingriffs.
 - (II) Rechtfertigung der Durchbrechung dieses Abwägungsverbots.
 - (III) Sofern die Rechtfertigung gelingt: Prüfung, ob hinreichend gewichtige Gründe für den Eingriff vorliegen (im Sinne des einfachen Abwägungsmodells).

Der dritte Punkt - die Abwägung aller relevanten Belange - ist für die Konzeption prinzipieller Abwägungsverböten allerdings nicht notwendig. Der Grundrechtsschutz durch Abwägungsverböten könnte ohne diese Abwägung konstruiert werden. Damit würde jedoch ein wesentlicher Aspekt des Grundrechtsschutzes vernachlässigt. Grundrechte schützen Interessen, die als besonders wichtig erscheinen, so wichtig, dass ihre Anerkennung jedenfalls politischen Mehrheitsentscheidungen entzogen werden sollte. Die substantielle Wichtigkeit von Grundrechten ist aber der Ansatz des Abwägungsmodells. Ein vollständiger Grundrechtsschutz erfordert die Berücksichtigung der substantiellen Wichtigkeit von Grundrechten und damit die Anwendung des einfachen Abwägungsmodells neben dem prinzipieller Abwägungsverböten.

Das Modell prinzipieller Abwägungsverböten wird hier also nicht dem einfachen Abwägungsmodell gegenübergestellt, sondern als Erweiterung und Vervollständigung des Grundrechtsschutzes verstanden. Es führt zwei zusätzliche Elemente des Grundrechtsschutzes ein:

- die Begründung prinzipieller Abwägungsverböten sowie
 - die Frage nach der Rechtfertigung der Durchbrechung solcher Verböten.
- Für die Struktur der Grundrechtsprüfung ergibt sich daraus eine Doppelung der Abwägung. Bei Grundrechten als prinzipiellen Abwägungsverböten ist zunächst zu fragen, ob hinreichende Gründe für eine Durchbre-

chung des Abwägungsverbots vorliegen, sodann, ob die Eingriffsgründe hinreichend gewichtig sind, die Beeinträchtigung des Schutzguts zu rechtfertigen. Beide Abwägungen können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Es kann

- die Abwägung (die Durchbrechung des Abwägungsverbots) und ihr Ergebnis (die substantielle Grundrechtsbeeinträchtigung) gerechtfertigt sein;
- die Abwägung gerechtfertigt sein, aber ihr Ergebnis (die Grundrechtsbeeinträchtigung) nicht;
- die Abwägung nicht gerechtfertigt sein, obwohl, wenn sie zulässig wäre, das Ergebnis (die Grundrechtsbeeinträchtigung) substantiell zu rechtfertigen wäre;
- Abwägung und Ergebnis nicht gerechtfertigt sein.

Eine weitere Konsequenz ist, dass ein Eingriff in ein Grundrecht als prinzipielles Abwägungsverbot bereits vorliegt, wenn eine Ermächtigung zu einem solchen Eingriff begründet wird. Im einfachen Prinzipienmodell könnte hingegen argumentiert werden, die bloße Ermächtigung zu einem Eingriff sei noch kein Eingriff.³⁴⁷ Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote sind hingegen prinzipiell immun gegenüber staatlichen Regelungen. Die bloße Ermächtigung zu Eingriffen schränkt diese Immunität ein und stellt damit bereits einen Grundrechtseingriff dar.³⁴⁸

III. Die Begründung prinzipieller Abwägungsverbote

Prinzipielle Abwägungsverbote folgen bereits aus der Struktur von Geltungsgeboten. Allerdings ergibt sich daraus lediglich ein Argument, ein prinzipielles Abwägungsverbot anzuerkennen. Dieses Argument würde zur verfassungsrechtlichen Geltung eines prinzipiellen Abwägungsverbots führen, wenn es keine Gegenargumente gäbe. Jedoch kollidiert die Annahme prinzipieller Abwägungsverbote mit dem Demokratieprinzip. Die Kompetenz zu autoritativer Rechtsetzung ist mit der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers begründet. Diese schließt die Kompetenz zur umfassenden Abwägung aller relevanten Belange ein. Einfache Grundrechtsprinzipien, die im politischen Prozess abzuwägen und in definitiv

347 So in der Tat Alexy 1985, 255.

348 Wenn Lerche 1999, 106, das Ermächtigungsgesetz als "eingreifende Norm" bezeichnet, könnte dies mit der Konzeption von Grundrechten als prinzipielle Eingriffsverbote erklärt werden.

gültige Rechtsnormen umzusetzen sind, sind ohne Weiteres mit dem demokratischen Modell vereinbar. Die Annahme prinzipiell immuner Rechte, die politischen Entscheidungen entzogen sein sollen, schränkt das demokratische Modell hingegen ein.

Grundrechte im Sinne prinzipieller Abwägungsverbote sind demnach nur dann anzuerkennen, wenn die aus ihnen folgende Einschränkung demokratisch legitimierter Kompetenzen gerechtfertigt werden kann. Gezeigt werden muss, dass eine Entscheidung nicht nach der Wichtigkeit der im Konflikt stehenden Belange im konkreten Fall entschieden werden soll, sondern ein Recht als grundsätzlich immun gegenüber staatlichem Eingriff angesehen werden soll. Es sind verschiedene Argumentationslinien möglich:

- die Anerkennung prinzipieller Immunität von Grundrechten als Bedingung der Zustimmungsfähigkeit der Rechtsordnung (Grundrechte als Legitimitätsbedingung);
- die Anerkennung prinzipieller Immunität von Grundrechten, weil dies insgesamt zum größten Nutzen der Gesellschaft führt (nicht-individualistische, regelutilitaristische Grundrechtsbegründung).

1. Immune Grundrechte als Legitimitätsbedingung

Der Ansatz, die prinzipielle Immunität von Grundrechten als Bedingung der Legitimität autoritativer Rechtsetzung sowie der staatlichen Ordnung insgesamt anzusehen, kann wiederum auf verschiedene Argumentationen zurückgreifen.

Zunächst ist zwischen normativen Argumenten für die prinzipielle Immunität von Grundrechten und der definitiven Anerkennung ihrer prinzipiellen Immunität zu unterscheiden. Persönliche Autonomie fordert generell, dass Individuen selbst über ihr Leben bestimmen und staatliche Organe keine Kompetenzen haben sollen, über die individuelle Lebensgestaltung zu entscheiden. Jedes Freiheitsrecht fordert somit prinzipielle Immunität. Jedoch ist dies zunächst lediglich ein Argument und begründet noch nicht die definitive Anerkennung einer prinzipiellen Immunität von Freiheitsrechten. Diese würde sich erst ergeben, wenn die Forderung nach prinzipieller Immunität im Ergebnis definitiv anerkannt werden müsste. Dies kann aus zwei Argumentationen folgen.

Erstens könnte verneint werden, dass eine autoritative Rechtsetzung in bestimmten Bereichen notwendig ist. Dies kann jedenfalls für Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Intim- und Privatsphäre sowie für

Rechte, deren Ausübung sich innerhalb dieser Sphären hält, angenommen werden. So besteht kein Grund für Regelungen über die Bildung religiöser Überzeugungen oder persönlicher Meinungen sowie über künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeiten oder über die Berufswahl, sofern diese keine Auswirkungen auf andere haben. Eine Anerkennung prinzipieller Immunität erscheint daher notwendig bei Grundrechten, die die Integrität der Person und ihre Intim- oder Privatsphäre schützen. Auch bei anderen Grundrechten ist zunächst zu fragen, ob die Grundrechtsausübung zu Beeinträchtigungen anderer Belange führen kann.

Zweitens könnten zwar Einwirkungen auf andere gegeben oder nicht auszuschließen sein, das grundrechtliche Interesse an Freiheit von staatlicher Einwirkung aber die Belange überwiegen, die für eine staatliche Eingriffsmöglichkeit sprechen. So betrifft die Berufswahl in erster Linie die eigene Person, kann allerdings Auswirkungen auf andere haben. Entscheidet sich ein begnadeter Mediziner etwa dazu, Schafe zu hüten, wäre dies ein Verlust für die Gesellschaft. Dennoch verlangt der Respekt vor der persönlichen Autonomie, dem Einzelnen die Freiheit zu einer solchen Entscheidung zu lassen. Autonome Subjekte werden diese Entscheidung nicht staatlichen Organen überlassen. Die Freiheit der Berufswahl darf daher grundsätzlich nicht Gegenstand staatlicher Abwägung sein. Gleiches gilt für persönliche Meinungen, wissenschaftliche Erkenntnisse oder religiöse Überzeugungen, selbst wenn diese Auswirkungen auf andere haben. Autonome Subjekte würden ihren Anspruch auf Autonomie aufgeben, wenn sie in diesen Bereichen ihre eigene Beurteilung derjenigen staatlicher Organe oder anderer Rechtssubjekte unterordnen würden.

Umgekehrt wird für grundrechtliche Freiheiten, deren Wahrnehmung zu erheblichen Beeinträchtigungen anderer Belange führen kann, eine prinzipielle Immunität gegenüber Abwägungen nicht anzuerkennen sein. Auch wenn etwa die verfassungsrechtliche Anerkennung einer allgemeinen Handlungsfreiheit prinzipiell geboten ist und ein Freiheitsrecht prinzipiell die Forderung impliziert, dass es nicht Abwägungen unterworfen werden soll, kann diese Forderung verfassungsrechtlich nicht anerkannt werden, wenn - wie bei der allgemeinen Handlungsfreiheit - nicht bekannt ist, in welcher Weise diese Freiheit ausgeübt werden soll und welche Beeinträchtigungen daraus resultieren.

Neben Freiheitsrechten können auch positive Rechte, etwa auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, mit prinzipiellen Abwägungsverböten verbunden sein. Dem Gesetzgeber kann also grundsätzlich verboten sein, die Erfüllung dieser Rechte von Abwägungen mit anderen Belangen abhängig zu machen. In diesem Fall setzt die Begründung prinzi-

pieller Immunität allerdings stets bereits Abwägungen voraus, kann also nicht lediglich mit dem Fehlen der Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung begründet werden.

Allgemein sind verfassungsrechtlich als abwägungsresistente Rechte, die nicht unbeschränkt Abwägungen unterworfen werden dürfen, diejenigen Rechte anzuerkennen, deren Beeinträchtigung eine solche Intensität erreichen kann, dass sie die Akzeptanz der Verbindlichkeit rechtlicher Normen in Frage stellen kann. Jedes Interesse, das eine hinreichend gewichtige Form persönlicher Freiheit darstellt, kann demnach grundrechtlichen Schutz in Form eines prinzipiellen Abwägungsverbots beanspruchen. Hinreichend gewichtig ist es, wenn seine Verdrängung durch andere Belange die Akzeptabilität einer verbindlichen Regelung in Frage stellen würde. Wann dies anzunehmen ist, hängt wiederum von Abwägungen ab, in denen individuelle Interessen sowie Gründe für die Anerkennung der Verbindlichkeit des Rechts zu berücksichtigen sind. Soweit solche Abwägungen im Ergebnis offen sind, hängt es von verfassungsrechtlichen Festsetzungen ab, ob Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote anerkannt werden.

2. Nicht-individualistische Begründung der Immunität von Grundrechten

Ein nicht-individualistischer Ansatz nimmt an, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen die Anerkennung grundsätzlich immuner individueller Rechtssphären verlangt. Die Freiheit von staatlicher Einflussnahme ist nicht nur eine Forderung autonomer Subjekte, sondern eine Voraussetzung für ein optimales Funktionieren bestimmter gesellschaftlicher Bereiche.

So ist ein freier Prozess der Meinungsbildung eine Voraussetzung für das Funktionieren des demokratischen Systems. Wissenschaftliche Erkenntnis wird am besten nach eigenen Gesetzmäßigkeiten und nicht nach staatlichen Vorgaben gewonnen. Das Wirtschaftssystem funktioniert am besten, wenn grundsätzlich ökonomische Entscheidungen Privaten überlassen und Eigentumsrechte privaten Rechtssubjekten zur freien Nutzung übertragen werden.

Es gibt also durchaus auch nicht-individualistische Begründungen für die Anerkennung prinzipiell immuner Grundrechte. Wiederum sind für diese Argumentationen Abwägungen erforderlich, ob prinzipiell immune Rechte anerkannt werden sollten. Dies ist wiederum eine Frage der Gestaltung des Verfassungsrechts.

IV. Die Rechtfertigung der Durchbrechung prinzipieller Abwägungsverbote

Es lässt sich somit aufgrund verschiedener Ansätze die prinzipielle Immunität jedenfalls einiger Grundrechte gegenüber staatlichen Entscheidungen begründen. Aus dem prinzipiellen Charakter grundrechtlicher Immunität folgt, dass deren Einschränkung aufgrund einer Abwägung jedenfalls theoretisch möglich ist. Eine solche Abwägung unterscheidet sich jedoch von der substantiellen Abwägung mit Blick auf die Umstände des konkreten Falls. Auf der Seite des Grundrechts geht es nicht darum, wie stark es im konkreten Fall betroffen ist, sondern um die Beeinträchtigung durch Anerkennung einer Eingriffskompetenz bestimmten Umfangs.

- Bei der Abwägung des Lebens der Flugzeuginsassen gegen eine möglicherweise zu rettende größere Zahl von Menschenleben geht es nicht darum, ob das Leben der Flugzeuginsassen ohnehin mit hoher Wahrscheinlichkeit in kurzer Zeit beendet sein wird, sondern es geht darum, welche Beeinträchtigung eine Ermächtigung des Staates zu derartigen Eingriffen für den Lebensschutz bedeutet.
- Bei der Verwertung eines Tagebuchs geht es nicht darum, inwieweit jemand sich dadurch beeinträchtigt sieht, dass bestimmte Geheimnisse aus seinem Intimleben bekannt werden. Diese Beeinträchtigung mag im konkreten Fall gering sein. Es geht um die Beeinträchtigung, die aus der in Frage stehenden Ermächtigung zu solchen Eingriffen resultieren kann.
- Bei dem Schutz von Religions- und Gewissensfreiheit geht es nicht darum, ob die individuellen Belange gewichtiger sind als die der Gesellschaft, sondern darum, ob eine staatliche Kontrolle von Glaubens- und Gewissensfragen als akzeptabel angesehen werden kann.
- Bei der Abwägung von Meinungs- oder Pressefreiheit gegen andere Belange, wie Persönlichkeitsrechte, geht es nicht darum, wie stark sich die Untersagung einer bestimmten Äußerung oder Veröffentlichung auf die Meinungs- oder Pressefreiheit auswirkt, sondern darum, wie stark die Beeinträchtigung wäre, wenn staatliche Stellen derartige Abwägungen vornähmen.
- Beim Schutz der Eigentumsfreiheit geht es nicht darum, wie stark Eigentümer getroffen würden, wenn sie etwa zu einer wirtschaftlich effizienteren Nutzung ihres Eigentums verpflichtet würden. Diese Beeinträchtigung kann gering sein oder gar fehlen, wenn die erzwungene Nutzung den Eigentümer sogar besserstellt. Zu fragen ist vielmehr, wie stark die Beeinträchtigung einzelner Eigentumsrechte wie auch der

Eigentumsordnung insgesamt wäre, wenn derartige staatliche Eingriffe zulässig wären.

Von der Struktur der Abwägung abgesehen, ist ein anderer, zentraler Unterschied die Bestimmung, welches Gewicht prinzipiell immunen Grundrechten abstrakt, also ohne Berücksichtigung des Grades ihrer Beeinträchtigung, zugeschrieben werden soll. Bei einer substantiellen Abwägung könnte man sich an der Stärke der beeinträchtigten Interessen orientieren. Bei der Abwägung prinzipieller Immunität ist dies nicht ohne weiteres möglich. Es geht vielmehr um die Zustimmungsfähigkeit bestimmter Eingriffskompetenzen oder um Fragen des gesamtgesellschaftlichen Nutzens aus der Anerkennung bestimmter dem staatlichen Eingriff entzogener Grundrechtssphären.

Die Frage nach der Zustimmungsfähigkeit erfordert eine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen autonome Subjekte bereit wären, staatliche Eingriffskompetenzen in bestimmten Bereichen zu akzeptieren, und zwar unabhängig davon, ob diese Eingriffe im konkreten Fall zu einem nach Abwägung aller Umstände besseren Ergebnis führten. Das Problem ist, dass es für die erforderliche Gewichtung prinzipieller Immunität an konkreten Maßstäben fehlt. Es geht vielmehr darum, welches Gewicht dem Grundrechtsschutz als solchem gegeben wird, also um einen Eigenwert von Grundrechten, der sich nicht auf eine bloße Interessenabwägung zurückführen lässt. Es geht vielmehr darum, einen Schutz fundamentaler individueller Interessen auch gegenüber einem als optimal angesehenen Ergebnis einer Interessenabwägung zu gewährleisten, also eine grundsätzlich individualistisch ausgerichtete Gesellschaftskonzeption.

Die Gewichtung des Grundrechtsschutzes ist ein Akt normativer Selbstbestimmung einer Gesellschaft. Nach einer Unrechtserfahrung mit einem diktatorischen Regime kann eine Gesellschaft äußerst sensibel reagieren und Grundrechten einen hohen Eigenwert zuschreiben. Es ist aber auch möglich, dass eine Gesellschaft keinen Grund sieht, Grundrechten einen solchen Eigenwert zuzuschreiben, sondern von politischen und rechtlichen Organen verlangt, nach optimalen Lösungen unter Abwägung aller relevanten Belange zu streben.

Der Eigenwert von Grundrechten muss nicht für alle Grundrechte der gleiche sein, sondern kann und wird differieren. Er kann auch vom jeweiligen Kontext abhängen. So kann das Gewicht des Eigentumsschutzes davon abhängen, in welchem Maß die Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung von privaten Eigentumsrechten abhängt. Entscheidend ist, dass es nicht um das substantielle Gewicht des Grundrechts im konkreten

Fall geht, also um das mit ihm geschützte individuelle Interesse, sondern um das Gewicht des Grundrechts als solchem.

Auf der Seite der Eingriffsgründe ist, wie bei substantiellen Abwägungen auch, zu fragen, welches Gewicht die zur Rechtfertigung der Eingriffskompetenz dienenden Gründe haben. Dieses Gewicht hängt wiederum vom abstrakten Gewicht der Ziele oder Prinzipien, die mit dem Eingriff verfolgt werden, sowie von dem Maß ab, in dem die Anerkennung der Eingriffskompetenz zur Realisierung dieser Ziele oder Prinzipien beiträgt. Dabei wird zu unterscheiden sein, ob eine Eingriffskompetenz in einem Einzelfall³⁴⁹ oder für einen weiteren Anwendungsbereich gerechtfertigt werden soll.

So kann bei der Frage der Zulässigkeit der Verwertung eines Tagebuchs in einem Strafprozess die Abwägung auf den Einzelfall beschränkt werden. Es geht dann darum, wie hoch der Schutz der Intimsphäre vor staatlichem Zugriff gewichtet wird und wie wichtig die Verwertung der Aufzeichnungen für den Schutz vor Straftaten ist. Das Gewicht der Intimsphäre ist dabei nicht lediglich das individuelle Interesse an ihr, sondern der Wert, der dem Grundrecht auf Schutz dieser Sphäre beigemessen wird. Würde es lediglich um das geschützte Interesse gehen, wäre schwer einzusehen, warum dessen Beeinträchtigung gewichtiger sein sollte als der Schutz von Menschenleben.

Gegenstand der Abwägung kann aber auch eine über den Einzelfall hinausgehende Eingriffskompetenz sein, etwa unter der Bedingung, dass es um eine besonders schwere Straftat geht und bereits gewichtige Indizien auf den Verdächtigen deuten. Es geht dann um die Begründung einer Regel mit allgemein gefassten Voraussetzungen. Je weiter ihr Anwendungsbereich, desto schwerer ist der Eingriff und dementsprechend desto schwieriger ihre Rechtfertigung in der Abwägung.

V. Fazit

- (1) Das Modell der Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote rekonstruiert die zentrale Idee von Grundrechten, individuelle

349 Auch eine auf einen Einzelfall beschränkte Entscheidung muss allerdings für alle Fälle gelten, die die gleichen relevanten Merkmale aufweisen. Der Unterschied zu einer Entscheidung für einen eng begrenzten Bereich ist, dass die relevanten Merkmale nicht explizit ausgewiesen werden, sondern erst in späteren Verfahren zu bestimmen sind.

Rechtssphären dem staatlichen Zugriff zu entziehen. Ob und welche Grundrechte in einem verfassungsrechtlichen System in diesem Sinne zu verstehen sind, ist allerdings eine Frage des positiven Rechts und seiner Interpretation.

- (2) Die Konstruktion als prinzipielle Abwägungsverbote entspricht grundsätzlich dem Charakter von Freiheitsrechten. Allerdings ergibt sich zunächst nur die prinzipielle Forderung nach Anerkennung einer prinzipiellen Immunität dieser Rechte.
- (3) Eine definitive Anerkennung prinzipieller Immunität erscheint notwendig insbesondere bei Grundrechten, die die Integrität der Person und ihre Intim- oder Privatsphäre schützen.
- (4) Auch positive Rechte, etwa auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, können mit prinzipiellen Abwägungsverböten verbunden sein.
- (5) Der Grundrechtsschutz folgt dem einfachen Abwägungsmodell bei Grundrechten, deren Ausübung regelmäßig in Konflikt mit anderen Interessen geraten kann, ohne dass eine Entscheidung dieses Konflikts vorgegeben wäre. In diesen Fällen erscheint die Annahme prinzipieller Abwägungsverböte nicht adäquat.
- (6) Das einfache Abwägungsmodell findet subsidiär auf alle Grundrechte Anwendung. Es kann neben dem Grundrechtsschutz durch prinzipielle Abwägungsverböte zur Anwendung kommen, nämlich dann, wenn das prinzipielle Abwägungsverbot durch hinreichend gewichtige Gegengründe verdrängt wird und so die Abwägung grundrechtlicher Interessen mit den Eingriffsgründen eröffnet wird.
- (7) Insofern bildet das Abwägungsmodell der Grundrechte mit der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den Mindeststandard des Grundrechtsschutzes.

§ 10 Grundrechte und Gesetzgebung

Grundrechte als Institutionalisierung von Menschenrechten setzen die Existenz von Institutionen voraus, die verbindliche Regelungen treffen können. Diese Institutionen sind in erster Linie, dem Verständnis von Grundrechten als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte entsprechend, staatliche Organisationen.³⁵⁰ Grundrechte erfordern somit die Existenz von staatlichen Institutionen mit legislativen Kompetenzen. Andererseits sind sowohl die Existenz dieser Institutionen wie auch deren Kompetenzen zu autoritativer Normsetzung problematisch im Hinblick auf die Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien. Der universelle Geltungsanspruch dieser Prinzipien kollidiert mit den begrenzten Zuständigkeitsbereichen staatlicher Organisationen. Legislative Kompetenzen dienen zudem mindestens ebenso sehr der Beschränkung wie der Realisierung menschenrechtlicher Forderungen.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte wirft demnach jedenfalls zwei Probleme auf: die Einrichtung staatlicher Organisationen und die legislativen Kompetenzen innerhalb dieser Organisationen.

I. Menschenrechte und staatliche Organisationen

Staaten sind durch territorial abgegrenzte Hoheitsgewalt charakterisiert. Sie beanspruchen äußere wie innere Souveränität und damit das Recht, auf ihrem Territorium selbst die für erforderlich gehaltenen Regelungen zu treffen.³⁵¹ Staaten sind daher in ihrem Hoheitsbereich für die Realisierung von Grundrechten verantwortlich. Sie müssen Grundrechte gewährleisten, dürfen nicht ohne hinreichende Rechtfertigung in sie eingreifen und müssen auch die erforderlichen Voraussetzungen für die Realisierung grundrechtlich geschützter Interessen schaffen. Diese Pflichten sind jedoch grundsätzlich auf ihren Hoheitsbereich beschränkt. Für die Anerkennung

350 Jedoch können auch supranationale oder internationale Organisationen menschenrechtliche Prinzipien in positives Recht umsetzen.

351 Zum Souveränitätsbegriff Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 127ff.

und Einhaltung von Grundrechten in anderen Staaten sind sie nicht verantwortlich. Wenn sie über die Gewährleistung von Menschenrechten in anderen Staaten bestimmen wollten, käme es zudem zu einem Konflikt mit deren Autonomie, die im Prinzip staatlicher Souveränität und dem Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten³⁵² ihren Ausdruck findet.

Die territoriale Abgrenzung staatlicher Verantwortlichkeit steht jedoch in Konflikt mit dem Gebot der Realisierung menschenrechtlicher Prinzipien.³⁵³ Menschenrechtliche Forderungen richten sich nicht nur an den Staat, in dessen Gebiet die betreffenden Menschen leben, sondern grundsätzlich an alle Hoheitsträger, die zur rechtlichen Realisierung dieser Prinzipien beitragen können. Der Adressatenkreis menschenrechtlicher Forderungen ist demnach prinzipiell universell und nicht auf ein Staatsgebiet begrenzt. Die Einrichtung staatlicher Organisationen steht auch insofern in Konflikt mit dem universellen Geltungsanspruch menschenrechtlicher Prinzipien, als staatliche Organisationen bestimmte Rechte auf Staatsangehörige beschränken und primär die Interessen ihrer eigenen Staatsangehörigen wahrnehmen. Die territoriale Abgrenzung staatlicher Organisationen sowie die Abgrenzung nach Staatsangehörigkeiten bedeuten somit eine Einschränkung in der Erfüllung menschenrechtlicher Prinzipien.

Es gibt allerdings Gründe für die territoriale und personelle Abgrenzung staatlicher Hoheitsgewalten. Sie vermeidet Konflikte zwischen konkurrierenden Herrschaftsansprüchen und fördert damit ein friedliches Zusammenleben. Auch erlaubt sie eine klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, was die Verwirklichung menschenrechtlicher Ansprüche fördert. Zudem ist der Zusammenschluss von Menschen in Staaten auch Ausdruck politischer Selbstbestimmung und hat damit selbst wiederum eine Legitimation in menschenrechtlichen Prinzipien. Es ist daher grundsätzlich gerechtfertigt, das Gebot der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien auf den abgegrenzten Verantwortungsbereich des jeweiligen Staates zu beschränken. Menschenrechtliche Prinzipien sind somit in den Verfassungssystemen der einzelnen Staaten umzusetzen. Ihr Geltungsanspruch wird dadurch aber auch auf die jeweiligen Verfassungssysteme begrenzt.³⁵⁴

352 Dazu UN-Charta Art. 2 Ziff. 7.

353 Siehe zum Problem auch Martinsen, Grenzen der Menschenrechte, 2019, in Bezug auf politische Partizipation.

354 Wenn bestimmte Menschenrechte verfassungsrechtlich nur für Staatsangehörige gewährleistet werden, bedeutet dies somit nicht, dass diese Rechte aus der Staatsangehörigkeit abgeleitet wären. Die Kritik von Martinsen 2014, 14, trifft diese Konzeption daher nicht.

Dennoch hat diese Rechtfertigung Grenzen. Die Rechtfertigung ergibt sich vor allem aus der Notwendigkeit, Konflikte zwischen Staaten so weit wie möglich zu vermeiden, und reicht nur soweit, wie diese Notwendigkeit besteht. Dies ist ein Kerngedanke der Verhältnismäßigkeit. Die Notwendigkeit territorialer Abgrenzung von Hoheitsgewalten ist somit keine Rechtfertigung dafür, menschenrechtliche Interessen derjenigen, die nicht dem betreffenden Staat angehören oder auf dessen Territorium leben, zu ignorieren. Zwar gehört zur territorialen Abgrenzung wie auch zur Einrichtung von Staatsangehörigkeiten, dass bestimmte Rechte den Staatsangehörigen oder Einwohnern vorbehalten sind und Staaten in erster Linie für das Wohl der eigenen Bevölkerung verantwortlich sind. Eine Rechtfertigung, die Interessen der Menschen in anderen Ländern zu ignorieren, folgt daraus jedoch nicht. Erst recht gilt dies für die Interessen derjenigen, die in einem Staat leben, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen.

Es ist demnach festzuhalten, dass menschenrechtliche Forderungen von Staaten auch dann zu berücksichtigen sind, wenn diese nicht die jeweiligen Staatsangehörigen oder Einwohner betreffen.³⁵⁵

II. Legislative Kompetenzen und Grundrechtsgehalte

Die Institutionalisierung von Grundrechten erfordert nicht nur die Existenz von (staatlichen) Rechtssystemen, sondern auch Gesetze, und damit die Existenz legislativer Kompetenzen. Diese schließen die Kompetenz zur Verfassungsgebung und Verfassungsänderung wie auch die zu einfacher Gesetzgebung auf der Grundlage der Verfassung ein. Die Kompetenz zur Verfassungsgebung ist durch menschenrechtliche Prinzipien gebunden. Grundrechte sind das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Transformation menschenrechtlicher Prinzipien. Insoweit besteht kein Konflikt von Grundrechten mit menschenrechtlichen Prinzipien. Das Verhältnis von Grundrechten zu einfacher Gesetzgebung ist hingegen durchaus komplex.³⁵⁶

355 Wie dies geschehen sollte, ist eine normative Frage. Dazu Martinsen 2014, 195ff.

356 Zu diesem Thema auch Borowski, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 99ff.

1. Grundrechte und Gesetz

Grundrechte setzen einerseits dem einfachen Gesetzgeber Grenzen. Andererseits dient Gesetzgebung der Realisierung von Grundrechten.³⁵⁷ Der Gesetzgeber ist Adressat der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus Grundrechten ergeben, und damit zur Realisierung grundrechtlicher Forderungen verpflichtet. Dies verlangt auch die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien, sei es bei der Frage, ob prinzipiell immune Grundrechte Abwägungen zulassen, sei es in Form optimierender Abwägung. Legislative Entscheidungen sind damit an Prinzipien gebunden und aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht im Ergebnis beliebig und rein politisch, sondern Anwendung geltenden Verfassungsrechts.

Der Gesetzgeber muss somit grundrechtliche Prinzipien umsetzen. Dabei sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: natürliche Freiheiten, die ohne gesetzliche Regelung in Anspruch genommen werden können (residuale Grundrechte), prinzipiell gewährleistete Grundrechte, die erst aufgrund einer weiteren rechtlichen Regelung in Anspruch genommen werden können,³⁵⁸ und regulierungsresistente Grundrechte, die nicht nur ohne gesetzliche Regelung in Anspruch genommen werden können, sondern auch prinzipiell immune Rechte darstellen, die gesetzliche Regelungen grundsätzlich ausschließen.

2. Residuale Grundrechte

Residuale Rechte sind solche, die bestehen, solange sie nicht gesetzlich beschränkt oder entzogen werden. Natürliche Freiheiten (Handlungsfrei-

357 Die beiden Aspekte der Grenzziehung und der Zielvorgabe werden in verschiedenen Modellen der Grundrechtsinterpretation hervorgehoben: Grundrechte als Rahmenordnung und Grundrechte als Grundordnung. Dazu Alexy 2002b, 390; Afonso da Silva, Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2009, 217ff.; Poscher 2003, 82; Habermas 1994, 315; Šušnjar 2010, 77.

358 Dabei muss es sich nicht notwendig um eine Ausgestaltung von Grundrechten im Sinne von Cornils, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2005, 14, handeln. Es muss sich nicht notwendig um grundrechtlich gebotene oder spezifisch grundrechtlich erlaubte Regelungen handeln. Auch die grundrechtsbeschränkende Festlegung des definitiven Gewährleistungsgehalts bei lediglich prinzipiell geltenden Grundrechten stellt eine solche Regelung dar. Es geht also nicht um einen Gegensatz zur Schrankengesetzgebung, wie bei Gellermann 2000, 33ff.

heiten, Rechte zu etwas³⁵⁹) bilden den Gegenstand solcher residualen Grundrechte. Gleiches gilt für *prima facie*-Rechte mit positivem Gehalt (Ansprüche, Rechte auf etwas³⁶⁰). Als *prima facie*-Rechte sind sie als Regel anerkannt, können aber Ausnahmen haben. Sie bestehen, solange sie nicht gesetzlich beschränkt werden.

Residuale Rechte sind von prinzipiell gültigen Rechten zu unterscheiden. Die Anwendbarkeit prinzipieller Rechte wird von gesetzlichen Regelungen nicht aufgehoben. Ihre normativen Konsequenzen können zwar durch gesetzliche Regelung verdrängt werden. Das prinzipielle Recht als solches bleibt jedoch bestehen und bildet einen ständigen Gegengrund gegenüber dem Gesetz. Ein residuales Recht hat hingegen keine Widerstandskraft gegenüber rechtlichen Beschränkungen.

3. Grundrechte als Prinzipien

Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien bildet den Kern eines substantiellen Grundrechtsschutzes. Sie können in Konflikt mit kollidierenden normativen Forderungen stehen und implizieren dann Abwägungsgebote, die fordern, die betreffenden Grundrechte in möglichst hohem Maß zu realisieren. Die damit gebotene Abwägung muss darauf zielen, eine optimale Lösung des Konflikts zu finden. Das grundrechtlich definitiv Gebotene hängt vom Ergebnis dieser Abwägung ab.

Eine Konsequenz aus diesem Abwägungsmodell ist, dass prinzipiell geschützte Grundrechte zunächst lediglich einen Anspruch auf korrekte Abwägung enthalten und zu einem substantiellen Anspruch, den Grundrechtsgehalt zu realisieren, erst führen, wenn eine rechtliche Regelung hinsichtlich ihres definitiven Anwendungsbereichs getroffen wird. Grundrechtsausübung erfordert also rechtliche Regelungen. Solche rechtlichen Regelungen müssen allerdings nicht notwendig durch Gesetz getroffen werden. Auch richterliche Entscheidungen können die erforderlichen definitiven Festsetzungen enthalten. Ferner kommen exekutive Regelungen oder Gewohnheitsrecht in Betracht. Inwieweit gesetzliche Regelungen erforderlich sind, hängt von der Reichweite eines Vorbehalts des Gesetzes ab.

Ein bekanntes Beispiel für gesetzesabhängige Grundrechte ist die Garantie von Eigentumsrechten. Auch wenn Eigentumsrechte durch einzelne

359 Alexy 1985, 194.

360 Alexy 1985, 171.

Akte erworben oder übertragen werden, existieren sie aufgrund rechtlicher Regelungen und sind damit gesetzesabhängig. Aber ganz generell sind prinzipielle Rechte in ihrer Realisierung von rechtlichen Regelungen abhängig. Erst wenn prinzipiell gewährleistete Grundrechte zugleich als residuale Rechte interpretiert werden, ist ein Grundrechtsschutz auch ohne rechtliche Regelung gegeben.

4. Prinzipiell immune Grundrechte

Auch wenn der definitive Schutz prinzipiell geschützter Grundrechte gesetzliche Regelungen voraussetzt, ist ein Grundrechtsschutz nicht nur in Form einfacher Abwägung möglich. Eine Rechtsordnung kann vielmehr subjektive Rechte gegenüber dem objektiven Recht verselbständigen und sie als prinzipiell immun behandeln.³⁶¹

Prinzipiell immune Rechte sind durch das grundsätzliche Fehlen einer Kompetenz des Gesetzgebers zu Eingriffen in dieses Recht charakterisiert. Sie sind prinzipiell nicht der legislativen Kompetenz zu Eingriffen unterworfen. Weil und soweit Grundrechte lediglich prinzipiell und nicht absolut gelten, kann diese Immunität jedoch eingeschränkt werden. Es ist dafür eine Rechtfertigung erforderlich, die die Kompetenz des Gesetzgebers zu einem Grundrechtseingriff begründet.

Verfassungsrechtlich sind prinzipiell immune Rechte durch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt oder das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts geschützt. Bei einem einfachen Gesetzesvorbehalt dürfte der Gesetzgeber hingegen aus beliebigen Gründen eingreifen. Wird demgegenüber aufgrund eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts eine besondere Rechtfertigung für einen Eingriff verlangt, bedeutet dies eine Einschränkung der Eingriffskompetenz des Gesetzgebers. Das Grundrecht ist partiell prinzipiell immun. Wenn kein Gesetzesvorbehalt besteht, ist das Grundrecht umfassend prinzipiell immun.

Der Schutz prinzipiell immuner Rechte kann unterschiedlich weit gehen. Bei uneingeschränkt prinzipiell immunen Grundrechten sind Einschränkungen generell ausgeschlossen. Ein Eingriff kann nur aufgrund gleichrangiger Belange, also kollidierender Grundrechte oder anderer Ver-

361 Zur prinzipiellen Immunität von Rechten s.o., § 9. Immunität einer Rechtsposition impliziert das Fehlen einer Kompetenz eines anderen zur Änderung dieser Position und das Fehlen einer Subjektion des Rechtsträgers unter die Kompetenz eines anderen.

fassungsnormen, gerechtfertigt werden. Eine partielle prinzipielle Immunität gilt hingegen nur unter bestimmten Voraussetzungen oder gegenüber bestimmten Arten von Eingriffen.³⁶²

So lässt sich Art. 14 GG in dem Sinn interpretieren, dass Eigentumsrechte gegenüber Enteignungen prinzipiell immun sind, nicht aber gegenüber Inhalts- und Schrankenbestimmungen.³⁶³ Art. 12 I GG lässt sich so verstehen, dass die Freiheit der Berufswahl prinzipiell immun ist, nicht aber die Freiheit der Berufsausübung.³⁶⁴

III. Legislative Bindungen und Spielräume

Wenn eine legislative Kompetenz zu Grundrechtseingriffen grundsätzlich gegeben ist, ist eine weitere Frage, wie weit diese reicht. Fraglich ist also, in welchem Umfang der Gesetzgeber Regelungen im Bereich von Grundrechten treffen kann und damit aufgrund der Abwägung grundrechtlicher Prinzipien den definitiven Geltungsbereich von Grundrechten bestimmen kann. Zu klären ist damit die Konstruktion der Bindung des Gesetzgebers durch grundrechtliche Prinzipien und um die dem Gesetzgeber verbleibenden Spielräume.

1. Strukturelle, epistemische und normative Spielräume

Der Begriff des "Spielraums" ist mehrdeutig. Alexy unterscheidet strukturelle und epistemische Spielräume. Strukturelle Spielräume sind durch die Offenheit der Verfassung definiert. In sie falle alles, was verfassungs-

362 Prinzipielle Immunität findet somit verfassungsrechtlich ihren Ausdruck im Fehlen eines Gesetzesvorbehalts oder in qualifizierten Gesetzesvorbehalten. Jedoch muss nicht jeder qualifizierte Gesetzesvorbehalt mit der Annahme eines prinzipiell immunen Rechts verbunden sein. Es kann andere Gründe für ihn geben. Um ein prinzipiell immunes Recht handelt es sich nur dann, wenn eine Eingriffskompetenz des Gesetzgebers zum Schutz des betreffenden fundamentalen Interesses soweit wie möglich ausgeschlossen sein soll.

363 Dazu Sieckmann 1998, 75ff., 244ff.

364 Dies wird durch den Wortlaut des Art. 12 I GG nahegelegt. Das BVerfG hat allerdings Berufsfreiheit als einheitlichen Schutzbereich interpretiert und die Eingriffsermächtigung des Art. 12 I 2 GG auf Berufswahl wie auf Berufsausübung bezogen.

rechtlich weder geboten noch verboten ist und somit freigestellt sei.³⁶⁵ Epistemische Spielräume sollen sich hingegen nicht aus der Offenheit der Verfassung ergeben, sondern aus den Grenzen der Fähigkeit zu erkennen, was die Verfassung gebiete, verbiete oder freistelle.³⁶⁶

Diese Unterscheidung erfordert zunächst eine Präzisierung. Während es bei strukturellen Spielräumen darum geht, dass verschiedene *Handlungen* (etwas zu tun oder nicht zu tun) deontisch möglich sind, geht es bei epistemischen Spielräumen darum, dass verschiedene *Urteile* (etwas für wahr zu halten oder nicht) epistemisch möglich sind. Es handelt sich also um verschiedene Gegenstände, nicht um dieselbe Art von Spielraum, der einerseits deontisch, andererseits epistemisch qualifiziert würde.

Ein einheitlicher Begriff des Spielraums ließe sich hingegen aus der Perspektive gerichtlicher Kontrolle einführen. Ein Spielraum liegt dann vor, wenn vom Gericht verschiedene legislative Entscheidungen (Erlass oder Nicht-Erlass einer Regelung) als verfassungsgemäß anerkannt werden müssen. Die Notwendigkeit, verschiedene legislative Entscheidung als verfassungsgemäß anzuerkennen, kann einerseits strukturell, andererseits epistemisch begründet werden. Bei einem strukturellen Spielraum sind verfassungsrechtlich verschiedene Entscheidungen erlaubt, bei einem epistemischen Spielraum kann das Gericht nicht erkennen, dass eine bestimmte Entscheidung verfassungswidrig wäre, und muss sie deshalb als verfassungsgemäß beurteilen.

Aus der Perspektive gerichtlicher Kontrolle wäre allerdings eine dritte Art von Spielraum möglich, ein normativer Spielraum, der sich daraus ergibt, dass es einem Gericht geboten ist, eine Entscheidung des Gesetzgebers (wie auch ihr Unterlassen) als verfassungsgemäß zu qualifizieren. Es könnte eine Autorität des Gesetzgebers anzuerkennen sein, eine verbindliche Entscheidung zu treffen, ohne dass aus Sicht des Gerichts ein struktureller oder epistemischer Spielraum gegeben ist. Dies zeigt sich in Fällen, in denen ein Verfassungsgericht nur offensichtliche Verstöße gegen die Verfassung kontrolliert. Dies impliziert, dass es Verfassungsverletzungen gibt, die zwar erkennbar, aber nicht offensichtlich sind und daher vom Gericht hinzunehmen sind. Dies lässt sich nicht epistemisch, sondern nur normativ begründen.

365 Alexy 1985, 423; 2002a, 16; siehe auch Alexy 2002b, 310, 393, 394f. Ferner Borowski 2018, 175, 177; Klatt/Schmidt, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, 5.

366 Alexy 2002a, 16, 27.

Ein anderer Ansatz für eine normative Begründung eines legislativen Spielraums ist das Argument, dass es bei autonomen Abwägungsurteilen nicht um Erkenntnis, sondern um normative Festsetzung geht.³⁶⁷ Die Festsetzung des relativen Gewichts kollidierender Prinzipien ist ein normatives Urteil, keine Erkenntnis. Denn autonome Abwägungen sind gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht aus vorgegebenen Kriterien ableitbar sind. Der Urteilende würde also sein Urteil nicht als Erkenntnis, sondern als rational begründete Festsetzung verstehen. Auch dies führt zur Notwendigkeit, normativ begründete Spielräume anzuerkennen.

Festzuhalten ist somit, dass aus Sicht des Rechtsanwenders neben strukturell und epistemisch begründeten Spielräumen auch normativ begründete legislative Spielräume möglich sind.

2. Strukturen legislativer Bindungen

Im Folgenden geht es darum, in welcher Weise grundrechtliche Prinzipien die Entscheidungen des Gesetzgebers bestimmen. Es geht also um die Perspektive des Gesetzgebers, nicht der gerichtlichen Kontrolle. Eine Bestimmung legislativer Entscheidungen durch grundrechtliche Prinzipien setzt deren Anwendbarkeit voraus. Es geht also um durch grundrechtliche Prinzipien gebundene Entscheidungen des Gesetzgebers.

Leitprinzip der Interpretation legislativer Bindungen ist das Gebot einer optimalen Realisierung grundrechtlicher Prinzipien. Dies erfordert die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien mit kollidierenden Forderungen. Ist das Ergebnis dieser Abwägung eindeutig, ist es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich geboten, dem zu folgen. Das Ergebnis einer Abwägung kann jedoch in verschiedenen Hinsichten offen sein. Die Offenheit der Abwägung kann dazu führen, dass die verfassungsrechtliche Situation, also das, was verfassungsrechtlich geboten, verboten oder erlaubt ist, nicht eindeutig beurteilt werden kann (Beurteilungsspielraum). Sie kann auch dazu führen, dass verschiedene Entscheidungen verfassungskonform sind (Entscheidungsspielraum).

367 Es reicht daher nicht, empirische und normative epistemische Spielräume danach zu unterscheiden, ob empirische oder normative Prämissen in Frage stehen, so Alexy 2002b, 414; Klatt/Schmidt 2010, 5. Zwar können epistemische Spielräume in Bezug auf normative Prämissen gegeben sein, die Festsetzung der Vorrangrelation ist jedoch kein Akt der Erkenntnis.

Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume sind zu unterscheiden. Ein Beurteilungsspielraum führt nicht notwendig zu einem Entscheidungsspielraum. Auch bei Unsicherheit der verfassungsrechtlichen Beurteilung kann eine einzige Entscheidung verfassungsrechtlich geboten und richtig sein. Zu klären sind damit die Arten von Beurteilungsspielräumen und die Frage, inwieweit diese zu legislativen Entscheidungsspielräumen führen.

2.1. Beurteilungsspielräume

Beurteilungsspielräume ergeben sich, wenn das Ergebnis einer Abwägung nicht eindeutig bestimmt ist und daher verschiedene Urteile gleichermaßen möglich erscheinen. Dies kann aus verschiedenen Gründen der Fall sein.

Zunächst könnte es an Kriterien fehlen, die das Ergebnis bestimmen. Dies betrifft die Struktur des Rechtssystems. Man könnte wiederum von einem strukturellen Spielraum sprechen.³⁶⁸ Jedoch ist fraglich, ob das Fehlen von Beurteilungskriterien zu einem Beurteilungsspielraum führt. Konsequenz ist zunächst, dass kein begründetes Urteil möglich ist. Daraus folgt nicht, dass verschiedene Urteile gleichermaßen richtig sind.

Zudem ist das Problem der Abwägung nicht, dass Beurteilungskriterien fehlen, sondern dass Kriterien in Konflikt stehen, die verschiedene Ergebnisse fordern. Es fehlt also nicht an Kriterien für das Abwägungsergebnis, es fehlt allerdings ein Kriterium, einen Vorrang unter ihnen zu bestimmen, und damit ein Kriterium für die Bestimmung einer definitiv gültigen Norm. Dies berechtigt allerdings wiederum nicht dazu, ein normatives Urteil zu treffen, dass verschiedene Urteile gleichermaßen erlaubt sind. Es ist vielmehr ein normatives Urteil notwendig, wie in dieser Situation zu urteilen ist.

Wie zu urteilen ist, wird durch die Struktur der Abwägung bestimmt. Im Konflikt verschiedener Forderungen ist eine Vorrangentscheidung erforderlich, auch wenn diese nicht durch vorgegebene Kriterien bestimmt ist. Dabei sind verschiedene Arten von Beurteilungsspielräumen zu unterscheiden. Zunächst kann es sein, dass aus Sicht des Urteilenden (etwa des Gesetzgebers) verschiedene Urteile gleichermaßen möglich sind (subjektiver Beurteilungsspielraum), oder es können verschiedene Urteilende in

368 Allerdings bezieht sich dieser nicht auf die Handlungsebene, also darauf, was geboten, verboten oder erlaubt ist, sondern auf die Ebene der Abwägungsurteile.

vertretbarer Weise zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen (objektiver Beurteilungsspielraum). Es ist weiter zu unterscheiden, ob ein richtiges Ergebnis existiert, aber nicht erkennbar ist (epistemischer Beurteilungsspielraum), oder ob das Ergebnis erst aufgrund der abzuwägenden Argumente durch den Urteilenden zu bestimmen ist (normativer Beurteilungsspielraum).³⁶⁹

Da Abwägungsurteile autonome Urteile sind, gilt für sie, dass ein normativer objektiver Beurteilungsspielraum im Hinblick auf das Ergebnis der Abwägung besteht. Der Urteilende bestimmt das Ergebnis selbst, es ist nicht durch ein Beurteilungskriterium vollständig vorgegeben. Es geht also auch nicht um die Möglichkeit, das richtige Ergebnis zu erkennen. Die Offenheit des Abwägungsergebnisses besteht aus objektiver Perspektive. Der Urteilende selbst hält sein Urteil aufgrund der Struktur normativer Argumente notwendigerweise für geboten und in diesem Sinn für richtig. Subjektiv besteht demnach kein Beurteilungsspielraum. Ausnahmsweise kann allerdings eine Pattsituation bestehen, bei der der Urteilende verschiedene Ergebnisse für gleich gut begründet hält. Kommt jemand allerdings zu einem Ergebnis, muss er dieses subjektiv für richtig halten. Allerdings kann der Urteilende zugleich eine objektive Perspektive einnehmen und insofern feststellen, dass ein anderes Urteil objektiv möglich wäre.

Der normative Beurteilungsspielraum des Urteilenden besteht selbst dann, wenn alle Abwägungsfaktoren und deren Voraussetzungen bestimmt sind. Die Gewichtung der kollidierenden Argumente ist letztlich vom Urteil des Abwägenden abhängig. Wäre auch dies vorgegeben, läge keine autonome Abwägung vor.

Festzuhalten ist, dass die verfassungsrechtliche Lage im Hinblick auf das Ergebnis grundrechtlicher Abwägungen unbestimmt sein kann, der Urteilende aber gleichwohl sein Abwägungsurteil als geboten vertreten muss. Es gibt also objektive Beurteilungsspielräume, während der Urteilende selbst sein Urteil für verfassungsrechtlich geboten halten muss.

369 Zudem können Beurteilungsspielräume nicht nur im Hinblick auf das Ergebnis der Abwägung bestehen, sondern in Bezug auf einzelne Abwägungsfaktoren oder deren Voraussetzungen. Es sind dann wiederum verschiedene Arten von Beurteilungsspielräumen zu unterscheiden.

2.2. Entscheidungsspielräume

Ein Entscheidungsspielraum besteht, wenn in einer Situation verschiedene gegensätzliche Entscheidungen gleichermaßen erlaubt sind. Ein legislativer Entscheidungsspielraum besteht im Grundrechtsbereich, wenn sowohl eine eingreifende Regelung als auch das Unterlassen einer solchen Regelung grundrechtskonform sind.

Abwägungsurteile sind objektiv mit normativen Entscheidungsspielräumen verbunden. Solche Spielräume hat auch der Gesetzgeber bei der Anwendung grundrechtlicher Prinzipien. Die Existenz objektiver legislativer Entscheidungsspielräume könnte zu der Annahme führen, dass Gerichte verpflichtet seien, diese anzuerkennen. Gerichte dürften Entscheidungen des Gesetzgebers folglich nur dann aufheben, wenn diese als objektiv falsch erwiesen werden können. Dies entspricht jedoch nicht der Praxis der Gerichte in modernen Verfassungsstaaten. Gerichte entscheiden nach ihrem eigenen Urteil über das verfassungsrechtlich Gebotene. Die Frage, ob dieses Urteil objektiv begründbar ist, wird in Gerichtsentscheidungen generell nicht behandelt. Es gibt zwar Forderungen, dass Gerichte legislative Entscheidungen nur aufheben dürften, wenn dies objektiv begründbar wäre.³⁷⁰ Diese Forderungen bestimmen jedoch nicht die Verfassungspraxis.

Wenn demnach Gerichte wie Gesetzgeber ihre Entscheidungen auf lediglich subjektiv begründete normative Auffassungen stützen dürfen, ist die Möglichkeit von Konflikten eröffnet. Sollen Gerichte verpflichtet sein, legislative Entscheidungen zu respektieren, lässt sich dies wiederum nur normativ begründen. Der Spielraum des verfassungsrechtlich Zulässigen wird gegenüber möglicherweise abweichenden Auffassungen von Gerichten dadurch begründet, dass Gerichte verpflichtet sind, Entscheidungen des Gesetzgebers unter bestimmten Voraussetzungen zu respektieren und von einer Beurteilung nach eigener Auffassung abzusehen. Generell ergeben sich solche normativen Spielräume aus Geboten, Entscheidungen anderer Organe zu respektieren. Solche Gebote sind der Inhalt formeller Prinzipien.³⁷¹

Der Gesetzgeber kann etwa annehmen, es gebe Gesundheitsgefahren, die ein Verbot des Drogenkonsums rechtfertigen. Ein Verfassungsgericht

370 Siehe etwa Schlink 1976, 190.

371 Zu formellen Prinzipien s.u., § 11 III. Siehe auch Sieckmann 1990, 147ff.; 2009a, 137ff., 193ff.; 2018a, 196ff.

kann verpflichtet sein, dies zu respektieren, wenn es die Auffassung des Gesetzgebers nicht eindeutig als falsch erweisen kann.

Allerdings ist ein Gericht auch verpflichtet, nach eigener Überzeugung zu entscheiden. Es besteht ein Konflikt zwischen dem Gebot, ein eigenes Urteil zu treffen, und formellen Prinzipien, die fordern, Entscheidungen bestimmter anderer Organe zu respektieren. Die Entscheidung dieses Konflikts bestimmt, welche normativen Spielräume bei der Abwägung anzuerkennen sind.

IV. Fazit

- (1) Menschenrechtliche Prinzipien sind nicht nur an den jeweils territorial für die betreffenden Menschen zuständigen Staat adressiert, sondern sind prinzipiell für alle Menschen von allen staatlichen Organisationen zu berücksichtigen. Differenzierungen in den staatlichen Verantwortlichkeiten können aber gerechtfertigt werden.
- (2) Es sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: residuale, prinzipielle und prinzipiell immune Gehalte.
- (3) Aus Sicht des Rechtsanwenders können legislative Entscheidungsspielräume strukturell, epistemisch oder normativ begründet sein.
- (4) Hinsichtlich der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sind Beurteilungsspielräume und Entscheidungsspielräume zu unterscheiden.
- (5) Eine normative Begründung legislativer Spielräume erfolgt aufgrund formeller Prinzipien.

§ 11 Gerichtlicher Rechtsschutz

Ein wirksamer Schutz von Menschenrechten erfordert nicht nur deren verfassungsrechtliche Institutionalisierung als Grundrechte, sondern auch gerichtlichen Rechtsschutz für sie. Insbesondere die Entwicklung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist zentral für den Schutz von Grund- und Menschenrechten. Sie wirft aber zugleich Probleme hinsichtlich Demokratieprinzip und Gewaltenteilung auf. Im Folgenden soll es darum gehen, auf der Grundlage der Konzeption autonomer Normbegründung Strukturen eines Rechtsschutzes für Menschen- und Grundrechte aufzuzeigen, die die Entscheidungskompetenzen verschiedener beteiligter Rechtsorgane, insbesondere Verfassungsgerichte und Gesetzgeber, berücksichtigt. Es geht also nicht um Analyse oder Argumentation im Rahmen geltenden Verfassungsrechts, sondern um ein der Idee autonomer Akteure angemessenes Verfassungsdesign.

I. Autonomie in Rechtsschutzsystemen

Merkmal autonomer Argumentation ist, dass normative Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente gebildet und mit Anspruch auf Richtigkeit vertreten werden, auch wenn sie nicht objektiv begründbar sind.³⁷² Autonome Akteure sind berechtigt, solche Urteile zu bilden und entsprechende Forderungen an andere zu stellen, diese Urteile in ihren Argumentationen zu berücksichtigen. Diese Grundstruktur autonomer Argumentation betrifft nicht nur autonome Individuen, sondern auch Organe in Verfassungssystemen, die mit normativen Konflikten konfrontiert sind.

Folglich sind Gerichte wie auch andere Organe von Verfassungssystemen, die verfassungsrechtliche Prinzipien anzuwenden haben, prinzipiell berechtigt, normative Urteile aufgrund der Abwägung dieser Prinzipien zu treffen, auch wenn diese nicht objektiv gerechtfertigt sind und vernünftiger Streit über sie möglich ist. Gerichte sollen dies zudem tun, um eine möglichst weitgehende Realisierung der verfassungsrechtlichen Prinzipien zu erreichen.

372 Dies folgt aus der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote. S.o., § 2 II 2. Siehe auch Sieckmann 2020, 118.

Diese Berechtigung zu normativem Urteilen ist zunächst nicht an eine Zuständigkeitsordnung gebunden. Jeder Akteur, der mit verfassungsrechtlichen Fragen konfrontiert ist, ist berechtigt, dazu Stellung zu nehmen, und sollte dies auch tun, um den normativen Gehalt verfassungsrechtlicher Prinzipien wirksam werden zu lassen.³⁷³ Allerdings ist eine Zuständigkeitsordnung, die bestimmten Organen bestimmte Aufgaben zuweist, im Hinblick auf das Ziel einer möglichst umfassenden Realisierung verfassungsrechtlicher Prinzipien vorteilhaft und damit im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung zu rechtfertigen. Sie ist aber nicht Ausgangspunkt der Argumentation, sondern muss selbst argumentativ begründet werden.

Die Berechtigung, normative Abwägungsurteile bilden, auch wenn diese nicht objektiv begründbar sind, führt zu einem Kompetenzproblem. Gerichtliche Urteile, die Gesetze aufgrund grundrechtlicher Abwägung für verfassungswidrig erklären, beanspruchen Vorrang gegenüber den gesetzlichen Regelungen und der Beurteilung des Gesetzgebers, die diesen Regelungen zugrunde liegt. Wenn jedoch dieser Vorrang nicht objektiv begründet ist in dem Sinn, dass jeder vernünftig Urteilende zum gleichen Ergebnis kommen müsste, dann ist fraglich, warum der Gesetzgeber Urteilen von Gerichten untergeordnet sein soll, zumal er eine stärkere demokratische Legitimation als ein Gericht besitzt.

Eine Reaktion auf diesen Konflikt zwischen gerichtlichen und legislativen Beurteilungen ist die Beschränkung der Intensität oder Reichweite richterlicher Kontrolle durch Anerkennung von Einschätzungs- oder Entscheidungsspielräumen des Gesetzgebers sowie durch Differenzierungen im Kontrollmaßstab.³⁷⁴ So werden etwa nur evidente oder offensichtliche Verstöße beanstandet,³⁷⁵ es werden Regelungen akzeptiert, die vertretbar erscheinen,³⁷⁶ oder nur Regelungen beanstandet, die erheblich hinter dem verfassungsrechtlich Gebotenen zurückbleiben.³⁷⁷ Dies impliziert, dass das

373 Dies kann jeder Bürger sein, in der Richtung von Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297-305.

374 Zu dieser Problematik aus jüngerer Zeit Azevedo Palo, Grundrechte, Spielräume, Kompetenzen, 2019; Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014; Portocarrero Quispe, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, 2014.

375 So BVerfGE 154, 17, Rn. 110 - PSPP-Programm.

376 So BVerfGE 50, 290, 333 - Mitbestimmung.

377 So BVerfGE 157, 30 - Klimaschutz, Rn. 152: "Das Bundesverfassungsgericht stellt die Verletzung einer Schutzpflicht dann fest, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen

Gericht nicht nach dem entscheidet, was nach eigener Rechtsauffassung verfassungsrechtlich geboten wäre.

Beschränkungen richterlicher Kontrolle sind jedoch wiederum problematisch nicht nur im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes, sondern auch mit Blick auf die Rechtsbindung sowie die Unabhängigkeit der Gerichte. Wird richterliche Kontrolle beschränkt, wenden Gerichte das geltende Recht nicht so an, wie sie es nach eigener Überzeugung tun sollten. Die Bindung der Gerichte an das geltende Recht zusammen mit ihrer Unabhängigkeit verlangt aber gerade, dass sie so entscheiden, wie es nach ihrem Urteil dem geltenden Recht entspricht.³⁷⁸

Wegen des Konflikts mit der ebenfalls anzuerkennenden demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ist jedoch die uneingeschränkte Anwendung des geltenden Rechts nach der eigenen Überzeugung der Gerichte keine akzeptable Lösung. Es ist also eine Konstruktion erforderlich, die in diesem Konflikt von Kompetenzen und staatsorganisatorischen Prinzipien eine angemessene Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen erlaubt.

Im Folgenden soll es darum gehen, wie Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen von Verfassungsgerichten und anderen Organen, insbesondere dem Gesetzgeber, gegeneinander abgegrenzt werden können. Eine Konstruktion, die dies ermöglichen soll, ist die Konzeption formeller Prinzipien,³⁷⁹ die von Verfassungsgerichten fordern, prinzipiell die Entscheidungskompetenzen des parlamentarischen Gesetzgebers zu respektie-

und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.."

378 Dazu auch Sieckmann, Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung, in: *Der Staat* 41 (2002), 385ff.

379 Siehe dazu die Beiträge von Borowski, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, und Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, beide in Clérico/Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien, Argumentation*, 2009, sowie von Borowski, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, 2017; ders., *The Structure of Formal Principles*, in: *ARSP Beiheft* 119 (2010), 19ff.; und von Borowski, Formelle Prinzipien und die Gewichtsformel, sowie Portocarrero Quispe, *Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien*, in: Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013. Ferner umfassend Portocarrero Quispe, *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, 2014; Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, 2014; Azevedo Palu, *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, 2019; Gorzoni, *Der "margin of appreciation" beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, 2019.

ren.³⁸⁰ Dies kann wiederum nicht voraussetzungslos und absolut gelten. Es sind also Abwägungen formeller Prinzipien erforderlich, deren Struktur wiederum eigene Probleme aufwirft.

II. Die Konzeption formeller Prinzipien

Die Dichotomie formell/materiell ist notorisch mehrdeutig. Dementsprechend sind auch für die Konzeption formeller Prinzipien verschiedene Deutungen möglich.

Formelle Prinzipien können zunächst dadurch charakterisiert werden, dass sie die Ergebnisse früherer Normerzeugungs- oder Normerkenntnisverfahren verbindlich machen.³⁸¹ Solche Ergebnisse können nicht nur eine Entscheidung insgesamt, sondern auch einzelne Aspekte solcher Entscheidungen sein.³⁸²

Der Bezug auf frühere Verfahren ist allerdings zu eng. Formelle Prinzipien können auch begründen, dass erst noch zu treffende Entscheidungen für andere Organe verbindlich sein sollen. Bei dieser Interpretation begründen formelle Prinzipien nicht die Bindung an getroffene Entscheidungen, sondern die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen und damit die Bindung an künftige Entscheidungen.

Aber auch der Bezug auf die Bindungswirkung von Entscheidungen erfasst nicht das gesamte Spektrum formeller Prinzipien. Von der Bindungswirkung zu unterscheiden ist die Entscheidungsbefugnis, also die Frage, welches Organ über eine bestimmte Frage entscheiden darf. Welche Bindungen sich daraus für andere Organe ergeben, ist mit der Entscheidungsbefugnis noch nicht festgelegt. Eine zulässige Entscheidung kann für andere Organe unverbindlich sein, eine unzulässige Entscheidung gleichwohl verbindlich.

380 Zum gebotenen Respekt für Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers Alexy 1985, 120; Sieckmann 1990, 148; Raabe 1998, 209.

381 Siehe Sieckmann 1990, 147; Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, 2003, 145.

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

In einer systematischen Einteilung lassen sich materielle Prinzipien als Forderungen verstehen, wie geurteilt werden soll. Formelle Prinzipien können demgegenüber Fragen der Zuständigkeit oder der Bindungswirkung für Abwägungsurteile betreffen. Bei der Zuständigkeit geht es darum, wer Abwägungsurteile treffen darf, also die Frage der Entscheidungsbefugnis,³⁸³ bei der Bindungswirkung darum, welche normativen Konsequenzen sich aus einem Abwägungsurteil ergeben, sowie um die Frage nach einer Kompetenz, die Rechtslage zu bestimmen oder zu beeinflussen.

Demnach lassen sich drei Arten formeller Prinzipien unterscheiden:

- Bestimmungen über die Entscheidungsbefugnis,
- Bestimmungen über Bindungswirkung,
- Bestimmungen über Entscheidungskompetenzen.

Bestimmungen über die Entscheidungsbefugnis besagen, wer über bestimmte Gegenstände urteilen darf oder nicht darf. Sie können ferner mit einer Pflicht zur Entscheidung verbunden sein. Beschränkungen gerichtlicher Kontrollbefugnisse können als Verbot interpretiert werden, nicht über bestimmte rechtliche Fragen zu urteilen. Möglich erscheint auch eine Erlaubnis, dass Gerichte über bestimmte Fragen nicht entscheiden. Dies wäre eine Konzeption richterlicher Selbstbeschränkung.³⁸⁴

Bestimmungen über die Bindungswirkung eines Urteils legen fest, ob und welche normativen Konsequenzen sich aus ihm für andere Urteile oder Entscheidungen ergeben. So können Urteile strikt verbindlich sein. Sie können aber auch lediglich *prima facie* gelten und Ausnahmen zulassen, wenn sich diese begründen lassen. In beiden Fällen kann von autoritativen Festsetzungen gesprochen werden, da die Bindungswirkung der Urteile nicht von ihrer inhaltlichen Richtigkeit abhängt. Es ist aber auch möglich, dass normative Urteile andere lediglich dazu verpflichten, sich mit diesen Urteilen auseinanderzusetzen, dass sie also normative Argumente ohne autoritativen Charakter begründen. Letzteres ist der Charakter normativer Urteile in der Konzeption autonomer Normbegründung.

383 Als formelle Aspekte können neben der Zuständigkeit auch Fragen von Verfahren und Form eingeordnet werden. Allerdings geht es bei ihnen wiederum um Fragen, was in einer Abwägungsprozedur getan werden soll, also um materielle Fragen in Bezug auf eine Prozedur. Sie sollen hier nicht in der Konzeption formeller Prinzipien erfasst werden.

384 Allerdings ist fraglich, ob sich ein formelles Prinzip, das Gerichten die Entscheidung überlässt, ob sie eine Frage entscheiden oder nicht, als solches begründbar ist oder sich dies erst aus einer Abwägung einer prinzipiellen Entscheidungspflicht der Gerichte mit kollidierenden Prinzipien ergeben kann.

Die Konzeption autonomer Normbegründung zeigt zudem, dass eine Bindungswirkung auch ohne eine Regelung von Entscheidungsbefugnissen möglich ist. Denn jedes autonome Subjekt ist befugt, Abwägungsurteile zu bilden. Seine Urteile begründen wiederum normative Argumente, die von anderen autonomen Subjekten zu berücksichtigen sind.³⁸⁵

Die begriffliche Unterscheidung von Entscheidungsbefugnis und Bindungswirkung einer Entscheidung erlaubt nun, Entscheidungskompetenzen als Verbindung dieser beiden Elemente zu definieren. Bestimmungen über Entscheidungskompetenzen ordnen somit Entscheidungsbefugnisse zu und definieren die Bindungswirkung der betreffenden Entscheidungen. Formelle Prinzipien im engeren Sinn können dann als Zuordnung von Entscheidungskompetenzen definiert werden. Begrifflich sind auch formelle Prinzipien im weiteren Sinn möglich, die lediglich Entscheidungsbefugnisse ohne normative Konsequenzen festlegen oder lediglich normative Konsequenzen festlegen, ohne Entscheidungsbefugnisse zuzuordnen. Allerdings dürfte dies in Rechtssystemen praktisch kaum vorkommen.

Formelle Prinzipien im engeren Sinn ordnen demnach Kompetenzen zu und fordern Respekt für die aufgrund dieser Kompetenzen getroffenen Entscheidungen anderer Akteure. Die Existenz solcher Prinzipien begründet rechtliche Strukturen.³⁸⁶ Akteure, denen normative Kompetenzen zugeschrieben werden, werden damit zu Organen des Rechtssystems. Aus solchen Kompetenzen ergibt sich auch der autoritative Charakter des Rechts. Aufgrund dieser Kompetenzen erlassene Normen sind unabhängig von deren inhaltlicher Richtigkeit verbindlich und damit autoritativ gesetzt. Formelle Prinzipien begründen damit den autoritativen Charakter des Rechts.³⁸⁷

Eine zentrale Funktion formeller Prinzipien i.e.S. ist somit die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen. Die Zuschreibung normativer Kompetenzen ist wiederum in verschiedenen Konstellationen möglich. Entscheidungsbefugnisse können eindeutig abgegrenzt sein, so dass über denselben Gegenstand nur ein Organ entscheiden kann, oder sie können

385 Ein anderes Beispiel, in dem Bindungswirkung nicht mit Entscheidungsbefugnis verbunden sein muss, ist das Prinzip der Rechtssicherheit, das fordern kann, einmal getroffenen Entscheidungen zu folgen. Dies setzt nicht voraus, dass eine Entscheidungsbefugnis zu der Entscheidung bestand, deren Verbindlichkeit begründet wird.

386 Dies bestätigt die These Harts, dass die Einführung sekundärer Regeln über Erzeugung, Änderung und Anwendung von Normen Rechtssysteme von Moral abgrenzt. Siehe Hart 1994.

387 Sieckmann 2009a, 137.

sich überschneiden. In letzterem Fall sind Konflikte verschiedener Entscheidungen möglich, und es kann sich die Frage stellen, wie solche Konflikte zu lösen sind.

Das Problem gerichtlicher Kontrollkompetenzen lässt sich nun als eines der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen beschreiben. Es entsteht nur deshalb, weil ein Konflikt von Forderungen besteht, verschiedenen Organen die Kompetenz zur verbindlichen Entscheidung bestimmter Fragen zuzuordnen. Das Problem ist damit eines des Konflikts von formellen Prinzipien, und zwar von formellen Prinzipien im engeren Sinn.

Welche Urteils- und Entscheidungskompetenzen von Gerichten und Gesetzgeber bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen anzuerkennen sind, ist somit aufgrund von Abwägungen formeller Prinzipien zu bestimmen. Die Struktur dieser Abwägung ist allerdings umstritten.³⁸⁸ Es werden einstufige Modelle vertreten, bei denen - im Sinne eines "Kombinations-" oder "Aggregationsmodells" - formelle und materielle Prinzipien gemeinsam in eine Abwägung einbezogen werden,³⁸⁹ aber auch zweistufige Modelle, die zwischen der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien unterscheiden, was als "Trennungsmodell"³⁹⁰ bezeichnet werden kann.

Ein zentraler Einwand gegen das "Kombinationsmodell" ist, dass eine Abwägung formeller gegen materielle Prinzipien, in welcher Kombination auch immer, nicht möglich ist, weil beide auf verschiedene Gegenstände bezogen sind: formelle Prinzipien auf die Zuordnung von Kompetenzen, materielle Prinzipien auf die Anerkennung der Geltung bestimmter Normen. Geht es um die Zuordnung von Kompetenzen, ist die Abwägung als eine von formellen Prinzipien zu konzipieren. Materielle Prinzipien sind an dieser Abwägung jedenfalls nicht direkt beteiligt, da die in ihnen geforderte Rechtsfolge (die Anerkennung der Geltung einer Norm) nicht zum Gegenstand der Abwägung (die Zuordnung von Kompetenzen) passt.³⁹¹

388 Dazu Klatt 2014, 177ff.

389 Genauer werden nach dieser Konzeption materielle Prinzipien gegen eine Kombination von materiellen und formellen Prinzipien abgewogen, Borowski 2017, 452; auch noch Alexy 2002b, 423 (law of combination).

390 Ausdruck von Borowski 2017, 455.

391 Diese Unterscheidung der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien wird nicht dadurch relativiert, dass materielle Aspekte bei der Gewichtung formeller Prinzipien eine Rolle spielen. Die Relevanz eines Aspekts bei der Bestimmung von Abwägungsfaktoren bedeutet nicht, dass es sich um ein an der Abwägung beteiligtes Prinzip handelte. Anders Borowski 2009, 115; Azevedo Palu 2019, 318, 320; Gorzoni 2019, 283.

Sie könnten nur mittelbar insofern eine Rolle spielen, wie sie die formellen Prinzipien, die die Zuordnung von Kompetenzen fordern, stützen.³⁹² Sie sind aber nicht unmittelbar Gründe für die zu treffende Vorrangfestsetzung.³⁹³

Es bleibt allerdings die Frage, ob die Abwägung formeller Prinzipien nicht ergebnisäquivalent durch eine von materiellen Prinzipien ersetzt werden könnte, statt über Entscheidungskompetenzen also über eine materielle Rechtsfrage zu urteilen wäre.³⁹⁴ Neben die materiellen Argumente würden formelle Prinzipien treten, die Respekt für bestimmte Entscheidungen, etwa des Gesetzgebers, forderten. Bei dieser Argumentation wird jedoch vorausgesetzt, dass eine Kompetenz des Gesetzgebers für die Entscheidung, deren Berücksichtigung gefordert wird, tatsächlich besteht. Wenn hingegen die Anerkennung dieser Kompetenz in Frage steht, muss zunächst begründet werden, warum diese Kompetenz definitiv anzuerkennen ist. Erst wenn diese Frage geklärt ist, kann ein formelles Prinzip ein Argument für die Respektierung der betreffenden legislativen Entscheidung darstellen. Führt die Abwägung formeller Prinzipien zu dem Ergebnis, dass eine Kompetenz des Gesetzgebers zu einer bestimmten Entscheidung definitiv nicht anzuerkennen ist, kann diese Entscheidung keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage haben. Das "Kombinationsmodell" ist daher nicht anwendbar, soweit die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen fraglich ist. Dies ist aber das Problem bei der Abgrenzung gerichtlicher Kontrollkompetenzen und legislativer Entscheidungskompetenzen.

Festzuhalten ist somit, dass zwischen der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien zu unterscheiden ist.³⁹⁵ Dies führt zu einer zweistu-

392 Wenn ein Gericht etwa eine Grundrechtsverletzung prüft, ist das Argument für seine Entscheidungskompetenz um so stärker, je intensiver der Grundrechtseingriff ist.

393 Vertreter des Kombinationsmodells behaupten zwar, dass eine andere Konstruktion möglich sei, es ist jedoch nicht ersichtlich, wie diese aussehen soll. Siehe Borowski 2017; 2009, 116f. Fn 72 (ergebnisäquivalente Konstruktion); Azevedo Palu 2019; Gorzoni 2019, 282f.; Portocarrero 2014, 188.

394 So die Frage von Borowski 2009, 117 Fn 72. In dieser Richtung bereits Raabe 1998, 241. Dazu Gorzoni 2019, 159.

395 Dem ist schließlich auch Alexy mit seinem "epistemischen Modell" formeller Prinzipien gefolgt, Alexy 2014, 511ff. Die Alexysche Konstruktion ist allerdings bereits eingehend widerlegt worden. Siehe insbesondere Borowski 2017, 457ff. Von Einwänden im Detail abgesehen, ist sie mit der Alexyschen "Gewichtsformel" verbunden und bereits deshalb zu verwerfen. Zur Kritik der "Gewichtsformel" Sieckmann 2012b; 2018a, 173ff.

figen Konstruktion, bei der formelle gegen formelle Prinzipien abgewogen werden, aber die Entscheidungen, deren Anerkennung durch die formellen Prinzipien gefordert wird, wiederum aufgrund der Abwägung materieller Prinzipien begründet werden.³⁹⁶

Die Struktur der Abwägung über Entscheidungskompetenzen ist damit symmetrisch: Auf beiden Seiten stehen formelle Prinzipien. Die Beteiligung formeller Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung ist erforderlich, weil die zur Entscheidung stehende Frage die der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen ist.³⁹⁷ Ein Prinzip, das eine bestimmte Kompetenzzuordnung gebietet, ist aber definitionsgemäß ein formelles Prinzip. Demnach sind zwei Stufen der Abwägung zu unterscheiden:

- (1) die Abwägung materieller Prinzipien, bei der es um die Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung geht und die – im Fall des Konflikts verschiedener Organe – zur Entwicklung verschiedener konkurrierender Rechtskonzeptionen, d.h. Interpretationen des Rechts, führt; und
- (2) die Abwägung der formellen Prinzipien hinsichtlich der Zuordnung von Kompetenzen, darüber zu bestimmen, welcher der konkurrierenden Konzeptionen gefolgt werden soll.³⁹⁸

Bei der Begrenzung von Kontrollkompetenzen geht es allerdings nicht lediglich um die Abwägung von Kompetenzen, sondern auch darum, dass von diesen Kompetenzen in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die den rechtlichen Bindungen der beteiligten Organe gerecht wird. Ein formelles

396 Eine andere Variante einer zweistufigen Abwägung stellt das von Klatt vertretene "Zweiebenenmodell" dar, Klatt 2014, 191ff. Es ähnelt der hier vertretenen Konzeption konkurrierender Verfassungskonzeptionen (s.u.), lässt aber offen, wie die Ebene formeller Prinzipien mit der materiell-rechtlichen Ebene verbunden werden kann. Im Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen wird diese Verbindung prozedural hergestellt, indem formelle Prinzipien nur solche Entscheidungen stützen, die als Abwägung materieller verfassungsrechtlicher Prinzipien begründet werden.

397 Eine andere Frage ist, inwiefern das Gewicht formeller Prinzipien von materiellen Faktoren abhängt. Dies können einzelne Abwägungsfaktoren, etwa die Intensität eines Grundrechtseingriffs, oder das Gewicht von Grundrechten im konkreten Fall sein. Es können aber auch die Qualität der Begründung von Entscheidungen, deren Beachtung formelle Prinzipien fordern, oder die Begründung formeller Prinzipien aufgrund materieller Prinzipien relevant sein.

398 Diese Abwägung kann in zwei Weisen konstruiert werden: in Bezug auf die Prinzipien oder auf die geforderten Ergebnisse. Dazu Sieckmann 2012a, 89. Die Charakterisierung als konkurrierende Rechtskonzeptionen folgt der zweiten Variante. Zugleich besteht aber auch ein Konflikt der formellen Prinzipien, die Beachtung dieser Auffassungen fordern.

Prinzip, das Respekt für jede beliebige Entscheidung des Gesetzgebers forderte, ist in einem Verfassungsstaat nicht möglich.³⁹⁹ Entscheidungen des an die Verfassung gebundenen Gesetzgebers können nur dann Respektierung durch die Gerichte beanspruchen, wenn sie vertretbare Interpretationen der Verfassung darzustellen. Dies führt zum Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen.

III. Das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen

1. Grundstruktur

Das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen nimmt an, dass im Fall unterschiedlicher Auffassungen über das geltende Recht verschiedene grundsätzlich gleichgeordnete Abwägungskompetenzen kollidieren und die Abgrenzung dieser Kompetenzen nach Optimierungsgesichtspunkten erfolgt.⁴⁰⁰ Es erreicht eine Begrenzung der gerichtlichen Kompetenzen, indem auch die kontrollierte Entscheidung als rechtliche Entscheidung angesehen wird, die die gleichen Maßstäbe anzuwenden hat wie das kontrollierende Gericht. Damit stehen sich prinzipiell zwei Kompetenzen zu solchen rechtlichen Entscheidungen gegenüber, die des erstentscheidenden Organs und die des kontrollierenden Gerichts. In dieser symmetrischen Ausgangssituation ist es nicht selbstverständlich, dass allein Gerichte die letztverbindliche Entscheidung zu treffen haben. Die Überzeugung eines Gerichts, was das richtige Ergebnis der Abwägung ist, ist nicht gleichbedeutend mit dem, was rechtlich gilt. Es handelt sich um eine Konzeption des Rechts eines Urteilenden, die mit divergierenden Konzeptionen von anderen Urteilenden kollidieren kann. Das definitive Ergebnis der Interpretation des Rechts ist damit offen. Dies ermöglicht die Anwendung formeller Prinzipien, aufgrund derer die definitiven Abwägungskompetenzen bestimmt werden.

Ein Verfassungsgericht könnte demnach aufgrund eines formellen Prinzips verpflichtet sein, nicht ohne weiteres nach seinem eigenen Abwägungsurteil über die verfassungsrechtlich zulässige Regelung zu entscheiden, sondern nur unter bestimmten, näher zu definierenden Voraussetzungen. Die gesetzlichen Regelungen sind dabei als Ausdruck der ver-

399 Siehe auch Sieckmann 2018a, 197.

400 Zum Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen Sieckmann 1990, 162ff.; 2009b, 57ff.; 2018a, 202.

fassungsrechtlichen Abwägungsurteile des einfachen Gesetzgebers anzusehen, die Respektierung durch das Verfassungsgericht fordern. Inwieweit diese Forderung definitive Geltung beanspruchen kann, lässt sich allerdings erst aufgrund einer Abwägung der für und gegen die jeweiligen Abwägungskompetenzen sprechenden Prinzipien beurteilen. Voraussetzung ist, dass die Verfassungskonzeption der kontrollierten Instanz nicht als fehlerhaft erwiesen werden kann, sondern als vertretbar anzusehen ist. In diesem Fall ist es eine offene Frage, ob ein kontrollierendes Organ seine Verfassungsinterpretation an die Stelle der des kontrollierten Organs setzen darf.

2. Grundprinzipien der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen

Das Leitkriterium für die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen ist das einer optimalen Zuordnung von Kompetenzen.⁴⁰¹ Die Optimalität der Kompetenzzuordnung ist wiederum im Hinblick auf verfassungsrechtliche Prinzipien zu beurteilen, die bestimmte Kompetenzzuordnungen fordern. Für die Anerkennung verfassungsgerichtlicher Entscheidungskompetenzen können eine Reihe fundamentaler Prinzipien angeführt werden.

Relevant ist zunächst die Möglichkeit objektiver Urteilsbildung und damit der Grad, in dem der Anspruch auf rechtliche Richtigkeit, der mit dem verfassungsrechtlichen Urteil erhoben wird, gewährleistet werden kann.⁴⁰² Das Kriterium der objektiven Gültigkeit rechtlicher Urteile umfasst zwei Bereiche: die Bedingungen rationaler Argumentation und diejenigen Normen, die aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gerechtfertigt werden.⁴⁰³ In diesen Bereichen ist objektive Rechtserkenntnis oder jedenfalls eine objektive Rechtfertigung der Durchsetzung des Rechts möglich. Eine gerichtliche Entscheidungskompetenz lässt sich in diesem Bereich sicher begründen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der traditionelle Anspruch auf Rechtserkenntnis, der mit Gerichtsurteilen erhoben wird, hier gerechtfertigt ist. Zum anderen besteht kein Grund, eine Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers oder anderer Organe in diesen Hinsichten anzunehmen.

Ferner ist das Ziel der Optimierung des Grundrechtsschutzes zu beachten. Eine Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Schutz von

401 Dazu bereits Sieckmann 2009a, 209ff.; 2018a, 136ff.

402 Zum Anspruch auf Richtigkeit Sieckmann 2007c; 2018a, 7, 132, 223.

403 Dazu Sieckmann 2018a, 183ff.

Grundrechten. Dementsprechend gibt es im Bereich von Grundrechten jedenfalls ein gewichtiges Argument dafür, die Kompetenz zu letztverbindlichen Abwägungsurteilen Verfassungsgerichten zuzuordnen. Dieses Argument ist umso stärker, je wichtiger die betroffenen Grundrechte im konkreten Fall sind.

Zu beachten ist schließlich, 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. Der Gesichtspunkt demokratischer Legitimität spricht zwar grundsätzlich eher für eine Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers. Jedoch hat demokratische Legitimität Voraussetzungen, die gerichtlich kontrolliert werden sollten.⁴⁰⁴

Die Aspekte der Richtigkeitsgewähr, des Schutzes fundamentaler Rechte und der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen demokratischer Legitimität bilden einen argumentativen Ansatz, der durch detailliertere Argumente auszufüllen ist. Die Stärke dieser Argumente ist nicht stets gleich, sondern vom Gegenstand der Entscheidung sowie von deren Kontext abhängig. Auf der anderen Seite müssen Gegenargumente berücksichtigt werden, etwa die stärkere demokratische Legitimation des Gesetzgebers im Vergleich zu der von Verfassungsgerichten. Auch diese Argumente variieren in ihrer Stärke je nach Entscheidungsgegenstand und -kontext. Ferner können weitere Argumente von Bedeutung sein. Alle diese Argumente sind in einer komplexen Theorie verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen zu berücksichtigen.

Bemerkenswert ist, dass die Argumente, die für eine bestimmte Zuordnung von Kontrollkompetenzen geltend gemacht werden können, selbst wiederum materiellen Charakter haben. Entscheidungskompetenzen sind kein Selbstzweck, sondern müssen aufgrund anderer Argumente begründet werden. Diese bringen wiederum insbesondere fundamentale menschliche Interessen zur Geltung. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen ist letztlich somit in eine materiale Verfassungstheorie einzubinden.⁴⁰⁵

404 Zu unterschiedlichen Varianten dieser Konzeption von Grundrechten vgl. Habermas 1994, 151ff.; Sieckmann, Abwägung von Rechten, in: ARSP 81 (1995b), 164ff.

405 Es lässt sich zudem bezweifeln, ob es überhaupt rein formelle Rechtsprinzipien geben kann, die nicht wiederum mit materiellen Argumenten begründet werden müssen. Das einzige rein formelle Prinzip scheint das moralischer Autonomie zu sein. Autonome Subjekte können normative Argumente vorbringen,

3. Gewichtungskriterien

Die fundamentalen Prinzipien zur Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen sowie deren Implikationen sind in einer Abwägung im konkreten Fall zu gewichten. Da formelle Prinzipien wiederum in materiellen Prinzipien begründet sind, die Einordnung als formelles Prinzipien somit lediglich eine bestimmte Funktion dieser Prinzipien zum Ausdruck bringt, folgt deren Abwägung den allgemeinen Kriterien für die Abwägung von Prinzipien. Die relevanten Faktoren sind also die Beeinträchtigungs- bzw. Erfüllungsgrade sowie die abstrakten relativen Gewichte der kollidierenden Prinzipien hinsichtlich der zur Entscheidung stehenden Zuordnung von Kompetenzen.

Die Anwendung der Kriterien des Grades der Beeinträchtigung bzw. Erfüllung und des abstrakten Gewichts der kollidierenden Prinzipien stößt bei formellen Prinzipien allerdings auf Probleme.⁴⁰⁶ Letztlich hängt die Gewichtung formeller Prinzipien davon ab, wie politische Autonomie in einem demokratischen System realisiert werden sollte, und damit von einer materialen Theorie des demokratischen Verfassungsstaats. Eine isolierte Abwägung formeller Prinzipien kann es demnach nicht geben.⁴⁰⁷

4. Differenzierung nach der Struktur des Grundrechtsschutzes

Bei aller Komplexität der Thematik verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen erscheint ein Punkt bemerkenswert, der an die Struktur fundamentaler Rechte als prinzipielle Abwägungsverbote anknüpft. Die Unterscheidung prinzipiell exklusionärer Grundrechtsgehalte und einfacher Grundrechtsprinzipien legt eine Differenzierung in legislative und judikative Aufgaben nahe. Der Gesetzgeber hat primär die Aufgabe der Abwä-

ohne dafür eine weitere materielle Rechtfertigung geben zu müssen. Ihre Kompetenz als autonome Subjekte, selbst normative Argumente geltend zu machen, genügt, sofern als Legitimitätsbedingung die gleiche Autonomie anderer autonomer Subjekte beachtet wird. Demnach muss sich letztlich rechtliche Geltung aufgrund der moralischen Autonomie der Rechtssubjekte begründen lassen. Damit ist auch die Bestimmung gerichtlicher Entscheidungskompetenzen sowie insgesamt der gerichtliche Rechtsschutz für fundamentale Rechte im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung zu entwickeln.

⁴⁰⁶ Dazu Sieckmann 2018a, 208.

⁴⁰⁷ Unzutreffend Portocarrero Quispe 2013, 233, der einen Rückgriff auf materielle Kriterien ausschließt

gung grundrechtlicher und anderer Prinzipien. Gerichte haben primär die Aufgabe zu prüfen, ob ein Eingriff in exklusionäre Grundrechtsgehalte verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Diese Differenzierung negiert nicht, dass Gesetzgeber wie Gerichte beide Aufgaben zu erfüllen haben. Die These ist vielmehr, dass der Gesetzgeber besser für umfassende Abwägungen geeignet ist als für die Prüfung, ob der prinzipiell exklusionäre Grundrechtsschutz eines jeden Grundrechtsträgers gewahrt ist. Gerichte hingegen sind besser geeignet, eine Abwägung im Verhältnis der spezifisch grundrechtlich geschützten Interessen des Einzelnen gegenüber Staat und Gesellschaft vorzunehmen, als umfassende Abwägungen aller relevanten Aspekte vorzunehmen. In Bezug auf umfassende, optimierende Abwägungen käme ihnen lediglich die Aufgabe einer Fehlerkontrolle zu.

Eine Konsequenz dieses Ansatzes ist, dass die Diskussion, in welchen Bereichen Gerichte eine intensive Kontrolle legislativer Abwägungen durchführen sollten, als Frage danach zu fassen ist, welche Grundrechtsgehalte als prinzipiell exklusionär gelten sollen. Allerdings sind auch im Bereich prinzipiell exklusionärer Grundrechtsgehalte Abstufungen in der Kontrollintensität möglich, etwa nach der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der in Frage stehenden grundrechtlichen Interessen. Die Differenzierung spezifisch grundrechtlicher Abwägung und umfassender, optimierender Abwägung führt jedoch einen neuen Aspekt in die Diskussion ein, der präzisere Kriterien für die Bestimmung gerichtlicher Kontrollkompetenzen ermöglichen könnte.

IV. Konkurrenz von Rechtsschutzsystemen

Konflikte treten auch zwischen verschiedenen Systemen des Schutzes von Grund- und Menschenrechten auf. So können Verfassungsgerichte, Europäischer Gerichtshof und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte unterschiedliche Auffassungen zur selben Rechtsfrage entwickeln und u.U. im selben Fall unterschiedlich entscheiden. Es liegt nahe, auf diese Konstellation das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen anzuwenden. Die Urteils- und Entscheidungskompetenzen der konkurrierenden Gerichte wären jeweils aufgrund formeller Prinzipien zu begründen, und eine Abwägung formeller Prinzipien müsste bestimmen, welchem Gericht für bestimmte Sachverhalte die Kompetenz zu verbindlicher Entscheidung zustehen soll.

Die Übertragung des Modells konkurrierender Verfassungskonzeptionen auf die Konkurrenz von Gerichten stößt jedoch auf Probleme. Zwar

lassen sich Menschen- und Grundrechtssysteme wie die der Europäischen Union oder der Europäischen Menschenrechtskonvention im weiteren Sinn als Verfassungsrecht qualifizieren, auch wenn sie nicht Teil einer Verfassung im Sinne der normativen Grundordnung eines demokratischen Verfassungsstaats sind. Ein Problem ist jedoch, dass die konkurrierenden Gerichte verschiedene Normen anwenden. Die Europäischen Gerichte wenden nicht nationale Verfassungsnormen an, Verfassungsgerichte nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, europäische Menschen- oder Grundrechtsnormen.⁴⁰⁸ Zwar können sie zur selben Frage unterschiedliche Rechtsauffassungen entwickeln, und ihre Entscheidungen können im Einzelfall in Konflikt geraten. Die normative Grundlage ihrer Entscheidungen ist jedoch verschieden. Sie urteilen nicht über denselben Gegenstand. Lediglich im Ergebnis können ihre Entscheidungen im Konflikt stehen. Insofern unterscheidet sich die Konstellation von dem Konflikt von Verfassungsgericht und Gesetzgeber, bei dem beide dieselben Verfassungsnormen anzuwenden haben.

Wenn aber der Gegenstand der Urteile nicht identisch ist, lässt sich der Konflikt nicht als Problem der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen konstruieren. Die Kompetenz der Gerichte, aufgrund der Normen ihres jeweiligen Schutzsystems zu urteilen, steht außer Frage. Das Problem ist vielmehr, inwieweit Gerichte die Rechtspositionen anderer Gerichte bei ihren Entscheidungen berücksichtigen können, sollen oder müssen.

Die Berücksichtigung fremder Entscheidungen kann wiederum auf formeller wie auf materieller Ebene erfolgen.⁴⁰⁹

408 Das BVerfG nimmt allerdings unter bestimmten Voraussetzungen an, dass es die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Grundrechte-Charta durch deutsche Stellen überprüfen müsse, wenn der betreffende Rechtsbereich vollständig durch EU-Recht vereinheitlicht ist, BVerfGE 152, 216 - Recht auf Vergessen II. Unter dieser Annahme entscheiden BVerfG und EuGH über dieselbe Materie. Der Kompetenzkonflikt ist allerdings durch EU-Recht zugunsten des EuGH entschieden. Das BVerfG erkennt dies grundsätzlich an, behält sich aber eine ultra-vires-Kontrolle vor, BVerfGE 154, 17 - PSPP-Programm. In diesem Punkt stellt sich die Frage der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen aufgrund der Abwägung formeller Prinzipien.

409 Klatt sieht hingegen die Verschiedenheit der materiellen Rechtsfragen als Argument dafür an, dass nur eine Abwägung formeller Prinzipien im Mehrebenensystem möglich sei. Klatt 2014, 205f. Die Annahme, unterschiedliche materielle Prinzipien würden eine Abwägung auf materieller Ebene ausschließen, trifft jedoch nicht zu. Vielmehr sind alle Prinzipien, auch die anderer Systeme, zu berücksichtigen. Das Abwägungsproblem wird damit komplexer, aber eine materielle Abwägung ist möglich.

Auf formeller Ebene könnte ein Gericht seine Prüfungskompetenz beschränken und damit einen Vorrang des anderen Rechtsschutzsystems anerkennen.⁴¹⁰ Es geht zwar dabei nicht um die Zuordnung einer Entscheidungskompetenz an die eine oder andere Instanz. Es bleibt aber eine Frage des Umfangs der Entscheidungskompetenz eines Gerichts.

Auf materieller Ebene könnten Entscheidungen eines anderen Rechtsschutzsystems die eigene Entscheidung eines Gerichts beeinflussen. Die Interpretation des eigenen Verfassungsrechts wird dann um Argumente aus einem anderen Rechtsschutzsystem ergänzt.⁴¹¹ Es wird von einer materiellen Frage ausgegangen, wie ein bestimmter Sachverhalt entschieden werden soll. Die Antwort auf diese Frage kann nicht nur den Argumenten des eigenen Rechtsschutzsystems folgen, sondern die Auffassungen von Gerichten anderer Systeme berücksichtigen.

Der materielle Ansatz führt zu einem Modell, in dem bei der Abwägung materieller Prinzipien formelle Prinzipien zu berücksichtigen sind, allerdings lediglich in dem Sinn des Gebots, fremde Entscheidungen zu berücksichtigen, nicht im Sinne einer Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen. Im Verhältnis konkurrierender oberster Gerichte kommt keinem dieser Gerichte die Kompetenz zu autoritativer Rechtsetzung gegenüber den anderen Gerichten zu. Formelle Prinzipien können aber in einem schwächeren Sinn die Berücksichtigung der Auffassungen oder Entscheidungen anderer Gerichte fordern.

Die Berücksichtigung der Auffassungen und Entscheidungen oberster Gerichte anderer Systeme lässt sich in einem Modell konkurrierender normativer Systeme darstellen.⁴¹² Der Rechtsanwender unterliegt in diesem Modell den Forderungen verschiedener Systeme. Diese Forderungen werden von jedem System autonom begründet und können sich auch an andere Systeme richten. Inwieweit sie berücksichtigt werden, ist allerdings in dem jeweils anderen System zu entscheiden. Ein Rechtssystem kann die Berücksichtigung von Forderungen fremder Systeme ausschließen. Es kann aber auch offen gegenüber diesen Forderungen sein, also eine Kooperation verschiedener Systeme bei der Urteilsfindung zulassen.

410 Dies ist der Ansatz in BVerfGE 73, 339 - Solange II.

411 Dies ist der Ansatz einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation des Grundgesetzes. Siehe etwa BVerfGE 111, 307, 323ff.

412 Zu diesem Modell Sieckmann 2009a, 148f.; 2012a, 205f.; 2018a, 77ff.

V. Fazit

- (1) Abwägungskompetenzen verschiedener Organe sind der Ansatzpunkt für die Lösung von Konflikten verschiedener Entscheidungsträger im Rechtssystem, insbesondere Verfassungsgerichten und Gesetzgeber.
- (2) Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen. Vertretbare Verfassungsinterpretationen des einfachen Gesetzgebers sind prinzipiell von den Gerichten bei ihren Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen.
- (3) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen erfolgt in einem Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen, in dem formelle Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung stehen.
- (4) Die Abwägung orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts.
- (5) Gerichtliche Kontrollkompetenzen lassen sich ferner danach differenzieren, ob prinzipiell exklusionäre Grundrechtsgehalte oder lediglich einfache Grundrechtsprinzipien in Frage stehen.
- (6) Im Konflikt zwischen obersten Gerichten verschiedener Rechtssysteme geht es nicht um die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen, sondern um die materielle Frage, inwieweit Auffassungen und Entscheidungen fremder Rechtssysteme im eigenen System berücksichtigt werden sollen.

