

1. Teil: Prinzipienmodell und Autonomie

Ziel dieser Untersuchung ist die systematische Ausarbeitung der Konzeption autonomer Normbegründung¹ im Bereich der Menschenrechte. Autonome Normbegründung bezeichnet die Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente.² Autonomie ist durch diese Entscheidungsstruktur definiert.³ Ein Urteil ist autonom, wenn es als Ergebnis der Abwägung normativer Argumente begründet wird.⁴ Ein Merkmal dieser Abwägung ist, dass ihr Ergebnis nicht vollständig durch gegebene Kriterien determiniert ist. Es bleibt also eine freie Entscheidung des Urteilenden. Zugleich ist dieses Urteil normativ gebunden. Was immer das Ergebnis der Abwägung ist, der Urteilende muss es als durch die stärkeren Argumente geboten vertreten. Diese Bindung ergibt sich aus der Struktur der abzuwägenden normativen Argumente. Sie enthalten Forderungen, bestimmte Normen als Ergebnis einer Abwägung und damit als definitiv gültig anzuerkennen.⁵ Wird eine Norm dementsprechend als gültig anerkannt, muss der Urteilende dies als geboten ansehen.

Die Grundlage autonomer Normbegründung ist, dass autonome Subjekte die Kompetenz besitzen, selbst normative Argumente zu erzeugen. Indem sie bestimmte normative Forderungen stellen, begründen sie die Verpflichtung anderer autonomer Subjekte, sich mit diesen Forderungen auseinanderzusetzen.⁶ Am Anfang der Argumentation steht somit, dass autonome Subjekte normative Forderungen geltend machen. Es geht zunächst also nicht um Erkenntnis gegebener Normen, sondern um konstitutive Begründung von normativen Argumenten. Auch die autonomen Urteile, die aufgrund der Abwägung normativer Argumente gebildet werden, stellen für andere autonome Subjekte zunächst Forderungen dar, bestimmte Normen als definitiv gültig anzuerkennen. Die Autonomie anderer Subjekte impliziert allerdings, dass es keine Kompetenz einzelner

1 Dazu Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, 2012a.

2 Sieckmann 2012a, 13. Siehe auch Sieckmann, *Recht als normatives System*, 2009a, 33.

3 Sieckmann 2012a, 19; 2009a, 28f. S.u., § 1 I 1.

4 Sieckmann 2012a, 34.

5 Sieckmann 2012a, 30. Siehe auch Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, 75; 2009a, 26ff.

6 Sieckmann 2012a, 14, 70; 2009a, 17.

autonomer Subjekte geben kann, definitive Normen festzusetzen, also zu bestimmen, was für alle Betroffenen tatsächlich geboten ist. Normative Forderungen begründen somit keine normativen Tatsachen. Daraus folgt, dass normative Argumente eine andere logische Struktur als normative Aussagen haben müssen.⁷

Im Bereich des Rechts ist die Konzeption autonomer Normbegründung in Form des "Prinzipienmodells" entwickelt worden.⁸ Ausgangspunkt ist die Unterscheidung von Prinzipien als Gründen für Abwägungsurteile und Regeln als Ergebnis von Abwägungen.⁹ Die logische Grundlage dieser Unterscheidung ist die von normativen Argumenten und normativen Aussagen.¹⁰ Die abzuwägenden Prinzipien enthalten normative Argumente. Regeln im Sinne definitiver Normen werden in normativen Aussagen formuliert, die Ergebnis solcher Abwägungen sind. Beide folgen verschiedenen logischen Regeln.¹¹

Im Prinzipienmodell werden also zwei Ebenen unterschieden: Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und definitive Normen als das Ergebnis von Abwägungen. Prinzipien sind normative Argumente, die die Anerkennung bestimmter Normen als definitiv gültig fordern. Definitive Normen werden aufgrund der Abwägung normativer Argumente begründet. Im Recht ist allerdings, anders als in der allgemeinen praktischen Argumentation, keine Kompetenz autonomer Subjekte anzuerkennen, selbst rechtlich gültige Argumente zu erzeugen. Dazu wäre notwendig, dass Rechtsorgane zur Berücksichtigung dieser Argumente verpflichtet wären. Dies ist nicht für jedes autonom begründete Argument anzunehmen. Rechtlich gültig sind nur Argumente, die hinreichend gewichtig zur Begründung rechtlicher Verpflichtungen sind. Solche normativen Argumente sollen als Prinzipien bezeichnet werden.¹²

Die Konzeption autonomer Normbegründung wird im Recht also in Form des Prinzipienmodells angewandt. Thema dieser Studie ist demnach die systematische Entwicklung des Prinzipienmodells im Bereich der Menschenrechte. Ausgehend von der Idee der Autonomie soll eine Theorie

7 Dazu Sieckmann 2009a, 42ff.; 2012a, 35ff; ders., Logik juristischer Argumentation, 2020, 120ff.

8 Sieckmann 2009a, 19ff.

9 Sieckmann 2009a, 41; 1990, 75, im Anschluss an die Terminologie Dworkins, Taking Rights Seriously, 1978, 22ff.

10 Dazu insbesondere Sieckmann 2012a, 43ff.

11 Dazu insbesondere Sieckmann, Logik juristischer Argumentation, 2020, 101ff.

12 Zur terminologischen Abgrenzung von Prinzipien und normativen Argumenten Sieckmann, The Theory of Principles, ARSP-Beiheft 119 (2010), 50, 59ff.

der Menschenrechte und, daran anschließend, der Grundrechte entwickelt werden. Dies ist nicht nur ein theoretisches Anliegen, sondern betrifft die Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaats, wie im Übrigen generell der Organisation politischer Herrschaft. Deren Legitimation und Ausgestaltung sind in einer normativen Theorie zu begründen.

Der hier verfolgte analytische Ansatz soll dazu dienen, jedenfalls für einige der Legitimations- und Begründungsprobleme gesicherte Antworten zu geben. Substantielle normative Theorien sind notorisch umstritten, objektive Kriterien, welche der konkurrierenden Meinungen richtig sind, sind häufig nicht ersichtlich.¹³ Es wird daher hier nicht versucht, unmittelbar normative Probleme der Menschenrechte zu behandeln. Vielmehr sollen die Struktur von Normbegründungen analysiert und damit notwendige Bedingungen für die Möglichkeit von Normbegründungen aufgezeigt werden. Eine analytische Theorie der Normbegründung kann allerdings normative Implikationen haben, insofern Normbegründungen bestimmte Anforderungen erfüllen müssen. Dies zeigt normative Gehalte auf, die normative Systeme notwendig enthalten müssen.¹⁴

Das Ziel der Analyse ist somit beschränkt. Es geht um den Zusammenhang von Autonomie und Menschenrechten, nicht eine vollständige Theorie der Menschenrechte. Zunächst soll das Prinzipienmodell in seiner Grundstruktur erläutert werden. In den folgenden Teilen sollen Menschenrechtsprinzipien, Grundrechte sowie die Idee von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht behandelt werden.

13 Zu Problemen von ethischem Skeptizismus und Relativismus Griffin, *On Human Rights*, 2008, 27; Ernst, *Universal human rights and moral diversity*, in: Ernst/Heiling (eds.), *Philosophy of Human Rights*, 2012, 231ff. Ein Versuch, eine substantielle Theorie der Menschenrechte zu entwickeln, findet sich in Griffin 2008, insb. 20ff. zur Abgrenzung gegen strukturelle Konzeptionen von Rechten.

14 Als normative Systeme werden dabei Normensysteme bezeichnet, die nicht nur Normen enthalten, sondern deren Anspruch auf Normativität gerechtfertigt ist. Dazu Sieckmann, *Rechtsphilosophie*, 2018, 1f.

§ 1 Das Prinzipienmodell der Menschenrechte

1. Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats

Die Ideen von Autonomie, Menschenwürde, Menschen- und Grundrechten stellen Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats dar. Die Legitimität politischer Herrschaft erfordert, dass sie Menschenrechten dient¹⁵ und dass Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleistet werden.¹⁶ Autonomie und Menschenwürde bilden wiederum die Grundlage für die Begründung von Menschen- und Grundrechten. Es gibt somit enge begriffliche und begründungstheoretische Zusammenhänge zwischen diesen Ideen. Autonomie wird als Begründung der Menschenwürde¹⁷ sowie als Grundlage universell gültiger Menschenrechte angesehen.¹⁸ Menschenrechte wiederum werden in Form von Grundrechten in Verfassungssystemen institutionalisiert.¹⁹

Die theoretische Fundierung dieses Ideengebäudes ist jedoch keineswegs so klar, wie es die - jedenfalls nach außen hin - verbreitete Anerkennung von Menschenrechten vermuten lässt.²⁰ Der Begriff individueller Autonomie bereitet solche Probleme, dass vorgeschlagen wird, ihn aufzugeben.²¹ Der Zusammenhang von Autonomie und Menschenwürde gerät ins Zwielicht, sobald die Frage nach der Würde menschlicher Wesen gestellt wird,

15 Locke, *Two Treatises of Government*, 1924, Book II, § 95.

16 Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1994, 151.

17 Diesen Zusammenhang stellen etwa Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1968, 434, und Pico della Mirandola, *De hominis dignitate*, 1990, 7, her, jeweils mit unterschiedlichen Konzeptionen von Autonomie und Menschenwürde. Daneben gibt es andere Vorschläge zur Begründung der Menschenwürde. Dazu Menke/Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte*, 2007, 129ff.; Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde*, 2011, 36ff.

18 Nino, *The Ethics of Human Rights*, 1991; Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995a, 148ff.; Sieckmann 2012a, 142ff.

19 Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, 244ff.; Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 1995, 350f.

20 Siehe Griffin 2008, 9ff.; Sen, *The Idea of Justice*, 2009, 355.

21 Baumann, *Die Autonomie der Person*, 2001, 11. Lediglich den Begriff politischer Autonomie hält Baumann für sinnvoll.

die nicht die Fähigkeit zu autonomem Handeln besitzen.²² Die Annahme universell gültiger Menschenrechte wird als von westlichem Denken geprägt angegriffen und gerade mit der Idee politischer Selbstbestimmung, also politischer Autonomie, in Frage gestellt.²³ Auch Struktur und Reichweite des Grundrechtsschutzes sind umstritten.²⁴ Der Konflikt zwischen privater und politischer Autonomie, also dem Recht des Individuums, über sein Leben zu bestimmen, und dem der Gemeinschaft, allgemeinverbindliche Regeln festzusetzen, führt zu dem Problem, inwieweit individuelle Rechte beschränkt werden oder umgekehrt Grundrechte demokratisch legitimer öffentlicher Gewalt Grenzen setzen können.²⁵ Die Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle, die solche Grenzen zieht, ist umstritten und wird von manchen Verfassungstheoretikern sehr viel enger gefasst, als es verbreiteter verfassungsrechtlicher Praxis entspricht.²⁶

All dies führt zu dem Schluss, dass die theoretischen Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates keineswegs gesichert sind. Das Grundproblem ist die Idee der Autonomie. An ihr hängt die Begründung der anderen Elemente.

1. Autonomie

Autonomie bedeutet wörtlich genommen Selbstgesetzgebung.²⁷ Autonome Subjekte bestimmen demnach selbst die für sie geltenden Normen.

22 Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes, 2002.

23 Dazu Tugendhat, Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, 54; Honneth, Das Andere der Gerechtigkeit, 2000, 274.

24 Exemplarisch die Diskussion um Grundrechte als Rahmenordnung oder als Grundordnung. Dazu Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61, 2002, 14-15; Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung Demokratie, 2. Aufl., 1992a, 198; ders., Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., 1992b, 86f.

25 Zum Problem z.B. Habermas 1994, 161ff.

26 Siehe Habermas 1994, 292ff.; Nino, The Constitution of Democracy, 1996; Bickel, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 1986; Ackerman, We the People, 1991; Waldron, Law and Disagreement, 1999; ders., The Core of the Case against Judicial Review, in: Yale Law Journal 115 (2006), 1346-1406.

27 Sieckmann, The Concept of Autonomy, in: Gizbert-Studnicki/Stelmach (eds.), Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity, 2007a, 149; 2009a, 96; 2012a, 1.

In diesem Sinn geht es um die Begründung der Geltung von Normen, also um moralische Autonomie. Diese ist von persönlicher Autonomie im Sinne der Selbstbestimmung über das eigene Leben zu unterscheiden.²⁸ Beides sind Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats. Moralische Autonomie ist allerdings die Grundlage für Normbegründungen und damit hier von primärem Interesse.

Gemäß der Idee moralischer Autonomie kann die Geltung von Normen nicht unabhängig von der Zustimmung autonomer Subjekte begründet werden. Es ist nicht möglich, autonome Subjekte durch Normen zu binden, die nicht deren Zustimmung finden könnten.²⁹ Normative Geltung in dem Sinne, dass bestimmte Normen anerkannt, angewandt und befolgt werden sollen, hängt daran, dass autonome Subjekte diese Normen vernünftigerweise anerkennen könnten. Wie genau dieses Kriterium vernünftiger Zustimmung zu verstehen ist, ist präzisierungsbedürftig.³⁰ Jedenfalls aber lässt die Idee moralischer Autonomie Normbegründungen nur auf-

-
- 28 Zur Unterscheidung von Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung Nagl-Docekal, Autonomie zwischen Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung, 2003, 296ff.; Waldron, Moral Autonomy and Personal Autonomy, in: Christman/Anderson (eds.), Autonomy and the Challenges to Liberalism, 2005, 307ff.; Rössler, Autonomie, 2017, 33f. Zu Autonomie als Selbstbestimmung etwa Griffin 2008, 33 (not to be controlled or dominated by someone or something), Rössler 2017, 33. Zur gegenwärtigen philosophischen Diskussion um persönliche Autonomie (personal autonomy) siehe auch Betzler, Einleitung, in: dies. (Hg.), Autonomie der Person, 2013, 13.
- 29 Forst, Die Rechtfertigung der Menschenrechte, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral, 2010, 64, spricht von einem "Recht auf Rechtfertigung" in dem Sinn, nicht Handlungen oder Institutionen unterworfen zu sein, die einem gegenüber nicht angemessen gerechtfertigt werden können. Diese Formulierung nimmt jedoch die Perspektive desjenigen ein, der Eingriffen unterworfen ist. Das Zustimmungserfordernis unterscheidet sich davon in zwei Hinsichten: Die Frage, wie Normen begründet werden können, ist allgemeiner als die der Rechtfertigung von Eingriffen, und das Erfordernis der Zustimmung sieht autonome Subjekte als aktive Teilnehmer, nicht als passive Gewaltunterworfenen. Die Notwendigkeit der Partizipation an normativer Rechtfertigung sieht im Übrigen auch Forst, ebd., 65.
- 30 So kann die erforderliche Art der Zustimmung in verschiedener Weise charakterisiert werden, als tatsächliche Zustimmung oder derart, dass vernünftige Subjekte einem normativen Urteil zustimmen könnten, müssten oder würden. Ferner kann eine Zustimmung aller Beteiligten gefordert werden oder ein schwächeres Kriterium angenommen werden.

grund der Urteile autonomer Subjekte zu. Jeder andere Begründungsansatz ist aus Sicht derjenigen, die sich als autonom verstehen, unhaltbar.³¹

Die Konzeption von Autonomie als Selbstgesetzgebung ist allerdings nicht einfach zu verstehen.³² Wie ist Verbindlichkeit von Normen möglich, wenn die Normadressaten selbst über deren Geltung entscheiden? Wie können autonome Subjekte in ihrer Entscheidung über Normen frei sein, aber zugleich durch die von ihnen selbst bestimmten Normen gebunden sein?

Eine verbreitete Interpretation definiert Autonomie als Fähigkeit, das moralische Gesetz zu erkennen und danach zu handeln.³³ Mit der Erkennbarkeit des moralischen Gesetzes wird dessen Existenz jedoch vorausgesetzt. In einer realistischen Version wird ihm eine vom menschlichen Denken unabhängige Existenz zugeschrieben. Es existiert unabhängig davon, ob es von jemandem anerkannt wird. In einer konstruktivistischen Version wird die Notwendigkeit seiner Anerkennung im Rahmen bestimmter intellektueller Aktivitäten angenommen. In jedem Fall ist die Geltung des moralischen Gesetzes nicht Gegenstand autonomer Entscheidung. Diese Konzeptionen lassen sich nicht sinnvoll als Selbstgesetzgebung auffassen. Nimmt man die Idee von Autonomie als Selbstgesetzgebung ernst, muss die Geltung von Normen von der Anerkennung durch autonome Subjekte abhängen. Autonomie setzt damit eine Wahlmöglichkeit voraus. Wird die Existenz bestimmter Normen vorausgesetzt, besteht insofern gerade keine Autonomie.

Die Grundannahme der Konzeption individueller Selbstgesetzgebung ist somit, dass die Geltung von Normen von den Urteilen autonomer Subjekte abhängen muss. Dies führt zur Konzeption von Autonomie als Entscheidungsstruktur, der zufolge die Geltung einer Norm aufgrund der Abwägung normativer Argumente bestimmt wird.

So kann fraglich sein, ob es erlaubt sein sollte, aus politischen Motiven zum Boykott des Geschäfts einer Person aufzurufen. Prinzipiell ergibt sich

31 Eine nicht-autonome Normbegründung, etwa durch Verweis auf eine gegebene natürliche oder göttliche Ordnung, ist ausgeschlossen, weil es keine rationale Grundlage für derartige Annahmen gibt. Es gibt also keinen Grund, warum autonome Subjekte solche Normen als gültig akzeptieren müssten.

32 Zu diesem Problem etwa Sieckmann 2007a, 150ff. Zur philosophischen Diskussion Khurana, Paradoxien der Autonomie. Zur Einleitung, in: Khurana/Menke (Hg.), Paradoxien der Autonomie, 2. Aufl. 2019, 7ff., sowie die weiteren Beiträge dort. Diese Diskussion hat allerdings keinen Bezug zur hier verfolgten Konzeption von Autonomie als Abwägung normativer Argumente.

33 Dazu Baumann 2001, 154.

aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit die Forderung, dass dies erlaubt sein sollte. Andererseits könnte der Boykottaufruf die Lebensgrundlage der betroffenen Person zerstören. Die Entscheidung hängt von einer Abwägung von Meinungsfreiheit und wirtschaftlichen Interessen ab. Diese Abwägung muss die relativen Gewichte der konfligierenden Prinzipien im konkreten Fall berücksichtigen. Für sie sind verschiedene Umstände, wie etwa die Art der Motive und die zu erwartenden Wirkungen des Boykottaufrufs, von Bedeutung. Eine rationale Argumentation über das Ergebnis ist damit möglich, es wird aber Fälle geben, in denen die Argumente nicht ausreichen, das objektiv richtige, von jedem vernünftig Urteilenden zu akzeptierende Ergebnis zu bestimmen.

Autonomie besteht in einer Situation, in der ein Urteil aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu treffen ist. Autonom ist jeder, der mit einer solchen Entscheidungsstruktur konfrontiert ist. Davon zu unterscheiden ist die Fähigkeit, eine autonome Entscheidung zu treffen. Jemand hat also Autonomie auch, wenn er nicht in der Lage ist, autonom zu urteilen. Dies ist wichtig, weil damit die Begründung von Autonomierechten nicht von der Fähigkeit zu autonomem Urteilen abhängt.

Autonomie als Entscheidungsstruktur ist auch vom Recht, autonome Entscheidungen zu treffen, zu unterscheiden. Für autonome Individuen ergibt sich dieses Recht allerdings als notwendige Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen.³⁴ Dennoch ist die Konfrontation mit einem Konflikt normativer Argumente, der durch eine autonome Abwägung zu entscheiden ist, von einer normativen Position in Form eines Rechts, eine solche Entscheidung zu treffen, zu unterscheiden.

Autonomie als Entscheidungsstruktur kann nicht nur für autonome Individuen, sondern auch für andere Akteure bestehen, etwa Gerichte oder auch Rechtssysteme insgesamt. Bei institutionellen Akteuren ist allerdings nicht selbstverständlich, dass sie das Recht zu autonomer Entscheidung haben. Dies hängt davon ab, welche Entscheidungskompetenzen ihnen rechtlich zugeordnet werden.

34 Dieses Recht ist unabhängig davon, ob Individuen ein Interesse an Autonomie haben. Jedes normative System muss dieses Recht anerkennen, um seinen Anspruch auf Normativität begründen zu können. Zudem werden Subjekte, die sich als autonom verstehen, auch ein Interesse an Autonomie haben. Daraus ergibt sich eine weitere, sekundäre Begründung.

Festzuhalten ist somit als Definition von Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung:

- (A) Autonomie ist gegeben, wenn eine Entscheidung aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu treffen ist.

Normative Argumente enthalten Forderungen der Anerkennung bestimmter Normen als definitiv gültig. Es handelt sich nicht um normative Aussagen, die die Geltung bestimmter Normen als Tatsache behaupten.³⁵ Normative Argumente sind gültig, weil und soweit sie von autonomen Individuen in legitimer Weise geltend gemacht werden. Dies schließt eine normative Kompetenz zur Begründung der Geltung von Normen ein.

Als Ergebnis der Abwägung normativer Argumente werden Abwägungsurteile formuliert, die beanspruchen, definitiv gültige Normen zu bestimmen. Allerdings haben Abwägungsurteile gegenüber anderen autonomen Individuen wiederum den Status normativer Argumente, sind also lediglich Forderungen, die definitive Geltung der betreffenden Norm anzuerkennen.

Die Geltung von normativen Argumenten ergibt sich aus der Ausübung von autonomen Kompetenzen, nicht als Erkenntnis vorgegebener Normen. Autonome Subjekte machen somit normative Argumente in ganz wörtlichem Sinn geltend, sofern sie entsprechende Forderungen vorbringen und dabei bestimmte Legitimitätsbedingungen einhalten. Legitimitätsbedingung ist, dass die geltend gemachten Forderungen zustimmungsfähig sind, die Geltung der betreffenden Normen also von jedem autonomen Subjekt anerkannt werden könnte.³⁶

Eine andere Frage ist die der Begründung verbindlicher, objektiv gültiger Normen. Da autonome Individuen nicht für andere Subjekte verbindliche Normen festsetzen können, kann die Begründung verbindlicher Normen nur Ergebnis eines diskursiven Prozesses sein, der intersubjektive Reflexion verschiedener normativer Forderungen oder Urteile einschließt.

35 Insofern unterscheidet sich die Konzeption normativer Argumente von der Konzeption von Argumenten als Mengen von Prämissen und Schlussfolgerungen, wie sie in Logik und Argumentationstheorie zugrunde gelegt wird. Dazu Sieckmann 2020, 102.

36 Dies wäre etwa nicht der Fall, wenn jemand die Autonomie anderer nicht respektiert. So liegt bei Mord, Raub oder Vergewaltigung begrifflich notwendig die Verletzung der Interessen anderer Individuen vor. Eine Forderung, dies tun zu dürfen, wäre nicht zustimmungsfähig und könnte daher kein gültiges Argument konstituieren.

In diesem Prozess werden Forderungen in Form normativer Argumente vorgebracht, die mit gegenläufigen Argumenten abzuwägen sind. Dies führt zunächst zu individuellen normativen Urteilen autonomer Subjekte über das, was sie für geboten halten. Verbindlichkeit von Normen lässt sich begründen, wenn sich in einer Frage, in der eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig ist, eine Konvergenz autonom Urteilender auf der Grundlage rationaler Argumentation und intersubjektiver Reflexion ergibt. Dies begründet zwar nicht die objektive Gültigkeit der Norm selbst, wohl aber die Legitimität, die durch vernünftige Konvergenz gestützte Norm als verbindlich zu behaupten und durchzusetzen.³⁷

Die Konzeption der Abwägung normativer Argumente beansprucht, die Struktur autonomer Normbegründung zu erfassen. Ein Abwägungsurteil ist einerseits frei in dem Sinne, dass es nicht aus vorgegebenen Kriterien abgeleitet werden kann. Es ist aber zugleich die Festlegung einer Norm, die jedenfalls der Urteilende selbst für gültig hält, weil - nach seinem Urteil - ihre Anerkennung und Geltung durch die stärkeren Gründe geboten ist. Der Urteilende sieht sich also als normativ gebunden. Wie auch immer er entscheiden mag, er muss sein Urteil als durch die stärkeren Gründe geboten ansehen. Darin kommt die Idee der moralischen Autonomie zum Ausdruck, zugleich gesetzgebend und durch die selbstgesetzten Normen gebunden zu sein.³⁸ Die Struktur der Abwägung normativer Argumente ist damit die Struktur autonomen Urteilens.

Auf der Grundlage dieser Konzeption autonomer Normbegründung lassen sich die Notwendigkeit von Recht wie auch die von Menschen- und Grundrechten begründen. Autonome Subjekte haben zwar das Recht, normative Forderungen zu stellen. Ob und inwieweit diese im Konflikt mit anderen Forderungen realisiert werden können, lässt sich aber nur durch für die Beteiligten verbindliche Regelungen bestimmen, erfordert also Rechtsnormen. Die Anerkennung von Recht als verbindlicher Normenordnung ist also notwendig, um Interessenkonflikte zu lösen, aber auch, um die Ungewissheit hinsichtlich der rein moralischen Begründung von Normen zu kompensieren sowie die Einhaltung verbindlicher Normen zu sichern.³⁹ Vernünftige Subjekte müssen daher die Notwendigkeit

37 Sieckmann 2007a, 164f.; 2012a, 118ff. Dazu s.u., § 2 II 4.

38 Diese Konzeption autonomer Abwägung entspricht lediglich der Formulierung nach, aber nicht in der Sache der Kantischen Konzeption von Autonomie. Dazu Sieckmann 2007a, 152.

39 Zur Begründung der Notwendigkeit des Rechts Koller, Einführung in die Theorie des Rechts, 1997, 54ff.

des Rechts als autoritative Ordnung akzeptieren. Damit wird Rechtsetzung ohne Zustimmung der Normadressaten möglich.

Autonome Normbegründung erfordert auch die Anerkennung von Menschenrechten. Autonome Subjekte werden Normen nicht zustimmen, wenn nicht zumindest prinzipielle Rechte auf die Respektierung der von ihnen als fundamental angesehenen Interessen anerkannt werden. Zudem wäre es unvernünftig, eine Autorität des Rechts unbeschränkt zu akzeptieren.⁴⁰ Politische Herrschaft kann missbraucht werden und die Interessen Einzelner oder von nicht durchsetzungsfähigen Gruppen vernachlässigen. Prinzipien von Autonomie, Demokratie und Menschenrechten müssen aber beachtet werden, um die Zustimmungsfähigkeit des Rechts zu sichern. Dies erfordert die Anerkennung von Menschenrechten nicht nur in Form moralisch begründeter Forderungen an Rechtssysteme, sondern auch als notwendig rechtlich gültige Prinzipien.

2. Menschenrechte

Die Konzeption autonomer Normbegründung führt somit zur Notwendigkeit, Menschenrechte anzuerkennen. Menschenrechte sind moralische, d.h. aufgrund ihres Inhalts und unabhängig von positiver Setzung geltende Rechte.⁴¹ Sie sollen jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehen.⁴² Sie gelten somit für jede Rechtsordnung und beeinflussen Struktur

40 Insofern sind zwei Begründungslinien zu unterscheiden. Die direkte moralische Begründung von Menschenrechtsprinzipien zeigt, dass diese Prinzipien als moralische Forderungen von jedem Rechtssystem zu beachten sind. Die indirekte Begründung als Voraussetzung der Anerkennung legitimer Autorität des Rechts zeigt, dass Menschenrechtsprinzipien notwendig rechtlich gelten, also jedem Rechtssystem immanent sind. Beide Begründungslinien können sich auch im Ergebnis unterscheiden. Nicht jedes moralisch begründete Menschenrechtsprinzip ist notwendig auch Voraussetzung legitimer Autorität des Rechts. Wird die Autorität des Rechts mit seiner Funktion begründet, Frieden und Sicherheit zu gewährleisten, kann dies als Rechtfertigung genügen, auch wenn manche moralisch begründeten Prinzipien verletzt werden.

41 Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Aarnio et al. (eds.), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, 1997; ders., 1998, 249. Dazu auch unten, § 4.

42 Zu dieser Idee von Menschenrechten siehe Griffin 2008, 13, 16; Sen 2009, 355; Waldron, Rights and Human Rights, in: *Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge Encyclopedia, 2020, 159; Gosepath, Der Sinn der Menschenrechte nach 1945, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, 2010, 21.

und Inhalt des gesamten Rechts auf nationaler, supranationaler wie internationaler Ebene.⁴³ Idee und Konzeption von Menschenrechten sowie ihre Konsequenzen für Rechtsgeltung und Rechtsanwendung sind jedoch keineswegs geklärt.

- Die Idee universeller Menschenrechte steht zunächst vor dem allgemeinen Problem der Normbegründung: Wie lässt sich die Verbindlichkeit von Normen (einschließlich von Rechten) gegenüber autonomen Subjekten begründen, die selbst darüber bestimmen können, welche Normen sie für richtig halten?
- Der Anspruch auf universelle Geltung von Menschenrechten trifft auf den Einwand der Relativität von Normbegründungen. Autonome Individuen können zu divergierenden normativen Urteilen gelangen, Gruppen oder Gesellschaften verschiedene Normen- und Wertesysteme entwickeln.
- Es ist fraglich, wie allein aufgrund des Menschseins Rechte begründet werden können. Eine biologische Eigenschaft hat als solche keine normativen Konsequenzen.
- Der Universalitätsanspruch von Menschenrechten steht in Gegensatz zum kontingenten und partikularen Charakter von positiven Rechtssystemen. Stellen Menschenrechte universell gültige, notwendige Inhalte jedes Rechtssystems dar, oder können sie als universelle Rechte nur moralischen, nicht rechtlichen Charakter haben?
- Konzeptionen von Menschenrechten als unantastbare Mindestgarantien stehen Interpretationen als weitgefaste und abwägungsbedürftige Menschenrechtsprinzipien gegenüber.

Zentrales Problem der Theorie der Menschenrechte ist dabei deren Begründung.⁴⁴ Auf dieser Grundlage sind die übrigen Fragen zu beantworten. Die Begründung von Menschenrechten muss aus der Idee der Autonomie entwickelt werden.⁴⁵ Dieser Ansatz führt auf verschiedene Begründungslinien. Sie ergeben sich aus der Unterscheidung von *a priori*- und *a posteriori*-Begründungen sowie von individualistischen und institutionalistischen Argumentationen.

43 Daraus folgt nicht, dass die einzige Funktion von Menschenrechten ist, die Gestaltung des Rechts zu bestimmen. Siehe auch Sen 2009, 365f. Der Bezug auf das Recht unterscheidet sie jedoch von anderen moralischen Rechten und begründet die besondere Relevanz von Menschenrechten.

44 Siehe auch Griffin 2008, 14: "nearly criterionless".

45 Dazu s.u., § 4.

Zunächst erfordert autonome Normbegründung die Anerkennung bestimmter Rechte als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung. Dies führt zur Anerkennung bestimmter Rechte, die *a priori*-gültig sind, weil sie unabhängig von Informationen über spezifische Interessen und Forderungen von Menschen begründet werden können. Die Begründung dieser Rechte ergibt sich bereits aus der Struktur von autonomer Normbegründung.

Zweitens machen autonome Subjekte Forderungen geltend, die, sofern sie die Respektierung fundamentaler Interessen verlangen,⁴⁶ die Anerkennung bestimmter Menschenrechte notwendig machen. Damit werden *a posteriori*-Rechte begründet. Allerdings haben diese Rechte zunächst lediglich prinzipiellen Charakter. Sie können mit gegenläufigen Forderungen kollidieren und erfordern Abwägungen. Inwieweit bestimmte Rechte definitiv anerkannt werden können, lässt sich erst als Ergebnis dieser Abwägungen feststellen.

Eine dritte Begründungslinie verweist auf die Anerkennung bestimmter Rechte als empirisch notwendige Voraussetzung für die Realisierung von Normbegründungen. Bei ihnen geht es nicht um die individuelle Perspektive, welche Rechte anerkannt werden müssen, um die Zustimmung autonomer Individuen erreichen zu können. Vielmehr geht es um die Frage, welche institutionellen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit Normbegründungen gelingen könnten. So ist die Leistungsfähigkeit eines allgemeinen praktischen Diskurses begrenzt. Normbegründungsdiskurse erfordern Institutionalisierungen, um ihr Ziel der Normbegründung erreichen zu können.⁴⁷ Der demokratische Verfassungsstaat und in ihm insbesondere die Anerkennung von Grundrechten sind in diesem Sinn reale Voraussetzungen der Möglichkeit von Normbegründungen.

46 Nicht jede individuelle Forderung hat demnach menschenrechtliche Qualität. Als fundamental werden hier nur solche Interessen bezeichnet, die notwendig von Rechtssystemen als prinzipiell gültig anerkannt werden müssen. Welche dies sind, hängt wiederum jedenfalls auch von der Beurteilung durch die betroffenen Individuen ab. Fundamentale Interessen müssen ihnen so wichtig sein, dass deren Nichtberücksichtigung die Legitimität des Rechtssystems in Frage stellen könnte. Zur Fundamentalität von Menschenrechten s.u., § 5 III.

47 Siehe auch Alexy 1995, 164.

3. Grundrechte

Grundrechte bedeuten den Übergang von moralisch begründeten Menschenrechten zu verfassungsrechtlich geltenden Rechten.⁴⁸ Grundrechte sind verfassungsrechtliche Gewährleistungen individueller Rechte. Im materiellen Sinn sind sie verfassungsrechtliche Gewährleistungen menschenrechtlicher Gehalte.⁴⁹ Sie sind in modernen Verfassungssystemen nicht mehr nur politische Proklamationen und Programmsätze, sondern menschenrechtlich gebotene Bestandteile des geltenden, grundsätzlich auch gerichtlich durchsetzbaren Rechts. Wiederum wirft die Konzeption von Grundrechten eine Reihe von Fragen auf:

- In welchem Verhältnis stehen Grundrechte zu Menschenrechten? Geben Grundrechte lediglich vorpositiv existierende Menschenrechte wieder? Können grundrechtliche Gewährleistungen universell gültige menschenrechtliche Forderungen modifizieren, und wenn ja, inwieweit? Oder existieren Grundrechte als positivrechtliche Garantien unabhängig von Menschenrechten als moralischen Rechten?
- In welchem Verhältnis stehen nationale, supranationale und internationale Systeme von Grund- oder Menschenrechtsgewährleistungen?

48 Daneben sind Positivierungen von Menschenrechten ohne Verfassungsqualität möglich, etwa in internationalen Verträgen oder einfachen Gesetzen. Dies wirft die Frage auf, wie rechtliche Regelungen von Menschenrechten ohne Verfassungsqualität einzuordnen sind. Werden Menschenrechte als moralische Rechte bezeichnet, scheint es sich bei positivrechtlichen Gewährleistungen nicht um Menschenrechte zu handeln. Borowski schlägt deshalb vor, im internationalen Recht gewährleistete Menschenrechte als "internationale Grundrechte" zu bezeichnen (Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, 87). Dies trifft einen richtigen Punkt, ist jedoch problematisch, weil internationale Regelungen, anders als Grundrechte, nicht notwendigerweise Verfassungsqualität besitzen. Zudem löst die Bezeichnung als "internationale Grundrechte" nicht das parallele Problem einfachrechtlicher Gewährleistungen von Menschenrechten. Die analoge Bezeichnung als "einfachrechtliche Grundrechte" erscheint unpassend. Im Rahmen einer materiellen Konzeption von Grundrechten wäre dies zwar möglich, würde aber ein charakteristisches Merkmal von Grundrechten nicht erfassen. Grundrechte haben im Rechtssystem eine besondere Qualität, die sich in ihrem Verfassungsrang zeigt. Die Institutionalisierung von Menschenrechten in Form von Grundrechten ist daher als verfassungsrechtliche Gewährleistung zu verstehen, nicht als jede beliebige Form rechtlicher Positivierung. Daneben kann es andere Formen der Positivierung geben.

49 Grundrechte im formellen Sinn sind hingegen lediglich durch ihre verfassungsrechtliche Positivierung charakterisiert, unabhängig von ihrer materiellen Begründung.

- Bilden Grundrechte ein System definitiv gültiger und unmittelbar anwendbarer Normen oder haben sie den Charakter abwägungsfähiger und -bedürftiger Prinzipien? Sofern letzteres angenommen wird, wie weit reichen solche Prinzipien? Und inwieweit lassen sich gerichtliche Entscheidungen auf die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien stützen?
- Führt der Grundrechtsschutz durch Gerichte zu illegitimen Eingriffen in Kompetenzen anderer Organe, insbesondere des Gesetzgebers? Inwieweit ist verfassungsgerichtliche Kontrolle grund- oder menschenrechtlicher Gewährleistungen vereinbar mit Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung?

Diese Fragen sind Gegenstand der folgenden Analysen von Menschen- und Grundrechten und ihrem Zusammenhang mit der Idee der Autonomie.

4. Demokratie

Ein Aspekt, der in dieser Arbeit im Hintergrund bleibt, aber dennoch erwähnt werden sollte, ist die Notwendigkeit, Menschenrechte nicht nur in Form von Grundrechten zu institutionalisieren, sondern auch in einem demokratischen System. Demokratie ist die Institutionalisierung individueller Autonomie in einem politischen System. Autonome politische Entscheidungen beanspruchen Verbindlichkeit für eine politische Gemeinschaft. In aller Regel kommen sie nicht aufgrund informeller Diskurse zustande, sondern erfordern die Organisation von Verfahren und Entscheidungen sowie die Sicherung ihrer Implementierung in einem politischen System.⁵⁰ Demokratie bedeutet die Organisation dieses Systems nach Prinzipien, die die Autonomie der beteiligten Subjekte zur Geltung bringen.

Dies hat wiederum verschiedene Aspekte. Insbesondere lassen sich formelle und materielle Konzeptionen von Demokratie unterscheiden. Nach einer formellen Konzeption wird demokratische Legitimation allein durch Verfahren, wie Wahlen und Abstimmungen, vermittelt. Es ist dementsprechend das Ziel der Politik, eine Mehrheit zu erhalten und auf dieser Basis frei entscheiden zu können. Maßstab ist demnach nicht die sachliche Angemessenheit der politischen Entscheidungen, sondern inwieweit

50 Dazu Alexy 1995a, 163.

politische Entscheidungen eine Mehrheit finden.⁵¹ Nach einer materiellen Konzeption der Demokratie muss es Ziel demokratischer Entscheidungen sein, eine für alle Bürger vernünftigerweise akzeptable Lösung zu finden. Damit sind sachliche Richtigkeit oder Akzeptabilität politischer Entscheidungen Maßstab ihrer Legitimität. Gefordert ist die angemessene Berücksichtigung aller relevanten Interessen und Forderungen in deliberativen Prozessen. Rationale Abwägung ist ein zentrales Element der materiellen Konzeption von Demokratie. Die Forderung rationaler Abwägung markiert den Übergang von einer formellen zu einer materiellen Konzeption der Demokratie.⁵²

Die materielle Konzeption der Demokratie erscheint notwendig für eine adäquate Konzeption demokratischer Legitimation. Sie bietet eine bessere theoretische Grundlage für die Legitimation öffentlicher Herrschaft als eine rein formelle Konzeption. Jeder Versuch der Rechtfertigung politischer Entscheidungen muss an individuellen Interessen der Bürger ansetzen und an der optimalen Realisierung dieser Interessen orientiert sein. Die Rechtfertigung muss zudem auf Zustimmung der Betroffenen zielen. Eine zentrale Aufgabe einer Theorie demokratischer Legitimation ist demnach, Bedingungen und Forderungen herauszuarbeiten, die zu erfüllen sind, um eine materielle Legitimation in Form eines möglichst hohen Maßes vernünftiger Akzeptanz der Bürger zu erreichen. Jedenfalls einen wesentlichen Teil dieser Forderungen bilden Menschenrechte. Eine materielle Demokratiekonzeption ist somit ein Aspekt der rechtlichen Realisierung von Menschenrechten. Allerdings haben Menschenrechte nicht nur die Funktion, die politischen Entscheidungsprozesse zu steuern, sondern auch, diese zu begrenzen und bestimmte, fundamentale menschliche Interessen vor politischen Entscheidungen zu schützen. Das Verhältnis von Menschenrechten und Demokratie ist somit ambivalent.

II. Prinzipienmodell und Prinzipientheorien

Den begrifflichen Rahmen für die Analyse von Autonomie, Menschen- und Grundrechten bildet das Prinzipienmodell des Rechts. Dieses wird auf

51 Vgl. auch die Gegenüberstellung von "Voluntarismus" und Richtigkeitsorientierung bei Becker, Verständigungsorientierte Kommunikation und deliberative Demokratie, 2003, 15f.

52 Die materielle Komponente entspricht demnach der Konzeption einer deliberativen Demokratie. Zu letzterer Becker 2003.

Menschen- und Grundrechte angewandt. Das Prinzipienmodell soll ferner von Prinzipientheorien unterschieden werden. Die Ausdrücke "Prinzipienmodell" und "Prinzipientheorie" erscheinen häufig austauschbar. In manchen Zusammenhängen wird von "Prinzipientheorie" gesprochen,⁵³ in anderen von "Prinzipienmodell".⁵⁴ Dennoch lassen sich beide Begriffe unterscheiden.

Ein Modell ist eine Menge von Sätzen sowie Folgerungen aus ihnen, das mit Blick auf einen bestimmten Gegenstandsbereich entworfen wird.⁵⁵ Die Bildung von Modellen dient der Analyse der Strukturen, die sich aus bestimmten Annahmen ergeben.⁵⁶ Einzelne Modelle können daraufhin überprüft werden, ob sie für einen intendierten Anwendungsbereich adäquat sind. Sie selbst enthalten jedoch noch keine Aussage über einen bestimmten Bereich. Eine Theorie besteht demgegenüber aus einer Menge von Aussagen sowie deren Folgerungen über einen bestimmten Gegenstand. Sie enthält demnach Aussagen über einen bestimmten Gegenstand, ein Modell lediglich eine Konzeption, die auf ihre Adäquatheit für die Erfassung eines bestimmten Gegenstands überprüft werden kann.

Das Prinzipienmodell expliziert dementsprechend die Struktur der Begründung von Menschen- und Grundrechten auf der Grundlage der Idee der Autonomie, verstanden als Struktur der Abwägung normativer Argumente. Prinzipien stellen Gründe für Abwägungsurteile und damit eine Form normativer Argumente dar, allerdings solche, die sich durch eine besondere Wichtigkeit, Generalität oder systematische Stellung auszeichnen. Normtheoretische Grundlage für das Prinzipienmodell ist die Unterscheidung von Prinzipien im Sinne von normativen Argumenten sowie von definitiven Normen, die das Ergebnis der Abwägung von Prinzipien bilden. Methodologische Grundlage ist die Konzeption der Abwägung als Optimierung. In diesem Sinne ist das Prinzipienmodell eine Konzeption der Normbegründung, der zufolge die Begründung definitiver Normen durch die Abwägung kollidierender Prinzipien erfolgt.⁵⁷ Es entwickelt die Grundbegriffe und Konsequenzen, die sich aus diesem Ansatz ergeben.

53 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985; Sieckmann 2009a.

54 So in Sieckmann 1990, 15, 141ff.; ders., *Modelle des Eigentumsschutzes*, 1998, 37ff.

55 Siehe auch Sieckmann 1990, 243. Zum Modellbegriff auch Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, 105ff., mit differenzierteren Erläuterungen.

56 Ein Modell kann auch als analytische Theorie bezeichnet werden, da es Aussagen über bestimmte Strukturen enthält.

57 Sieckmann 1990.

Das Prinzipienmodell des Rechts zielt darauf, mögliche Strukturen von Rechtssystemen zu analysieren. Es geht hingegen noch nicht um Aussagen, dass solche Strukturen in bestimmten oder allen Rechtssystemen zu finden sind. Das Prinzipienmodell der Menschen- oder Grundrechte ist eine Anwendung dieses Modells im Bereich dieser Rechte. Es entwickelt begrifflich mögliche Strukturen ihres Schutzes. Ob diese in einer konkreten Rechtsordnung Anwendung finden, ist wiederum eine vom Modell selbst zu unterscheidende Frage.

Während das Prinzipienmodell mögliche Strukturen aufzeigt, enthalten Prinzipientheorien darüber hinaus Thesen, dass bestimmte Rechtssysteme den Strukturen des Prinzipienmodells entsprechen oder entsprechen sollen.⁵⁸ Eine Prinzipientheorie enthält über die Annahmen des Prinzipienmodells hinaus Aussagen, dass dieses Modell auf einen bestimmten Gegenstandsbereich zutrifft (deskriptive Theorien) oder ein bestimmter Gegenstandsbereich im Sinne des Modells interpretiert und rekonstruiert werden sollte (normative Theorien). Sie enthält somit Aussagen über die Geltung prinzipientheoretischer Annahmen in bestimmten Bereichen, etwa deskriptive oder normative Aussagen über die Geltung von Menschen- oder Grundrechten.⁵⁹

Die Unterscheidung von Modell und Theorie ist sinnvoll, weil sie die Analyse der Strukturen der Begründung von Menschen- und Grundrechten von der Frage entlastet, ob und inwieweit bestimmte Rechtssysteme adäquat im Rahmen des Prinzipienmodells analysiert werden können oder interpretiert werden sollen. Sie ist ferner wichtig, weil ihre Beurteilung verschiedenen Kriterien folgt.

Ein Modell ist - neben seiner formalen Korrektheit - danach zu bewerten, ob es hilft, die Strukturen des Rechts oder seiner Teilbereiche zu analysieren und zu verstehen. Zu diesem Zweck hebt es relevante Merkmale hervor und untersucht, welche Folgerungen daraus gezogen werden können. Es ist darauf hin zu beurteilen, ob es für den untersuchten Gegenstand adäquat ist, schließt aber andere Ansätze nicht aus.

58 In Sieckmann 2009a geht es dementsprechend über die Analyse begrifflicher Zusammenhänge hinaus um die These, dass Recht als normatives System dem Prinzipienmodell entsprechen muss.

59 Schuhr 2006, 96ff., 105, unterscheidet positivistisch und rationalistisch verfasste Gegenstände einer Theorie und bezeichnet die einheitliche Verfassung des Gegenstands von Theorien als Modell. Deskriptive Theorien hätten in diesem Sinn einen positivistisch verfassten Gegenstand, normative Theorien einen rationalistisch verfassten, konstruierten Gegenstand.

Eine Theorie ist hingegen darauf hin zu beurteilen, ob ihre Aussagen zutreffen. Eine (deskriptive) prinzipientheoretische Aussage wäre, dass in bestimmten Rechtssystemen sämtliche definitiven Normen gemäß der in diesen Systemen bestehenden Rechtspraxis aufgrund von Prinzipienabwägungen zu begründen sind; eine andere (normative) Aussage wäre, dass sämtliche definitiven Normen aufgrund von Prinzipienabwägungen begründet werden sollten. Andere, weniger allgemeine prinzipientheoretische Aussagen behaupten Entsprechendes für einen Teilbereich von Normen, etwa den der Grundrechte. Solche Aussagen sind widerlegbar, wenn gezeigt wird, dass sie (in deskriptiver bzw. normativer Hinsicht) nicht zutreffen. Gegen ein Modell lässt sich hingegen nicht einwenden, dass es nicht in allen möglichen Anwendungsbereichen passt. Es dient dazu, begriffliche oder normtheoretische Strukturen zu entwickeln und ein besseres Verständnis seines Gegenstandsbereichs zu erreichen. Die Frage, inwieweit es tatsächlich einem Rechtssystem oder einer Rechtspraxis entspricht oder seine Anwendung gerechtfertigt oder geboten erscheint, ist von der Entwicklung des Modells selbst zu trennen.

Ziel dieser Studie ist zum einen die Entwicklung eines Prinzipienmodells der Menschenrechte einschließlich der mit ihnen begründbaren Grundrechte. Zum anderen wird die These vertreten, dass die im Prinzipienmodell begründbaren Rechte tatsächlich gelten, also von den Rechtsorganen angewandt und befolgt werden sollen. Es wird damit also nicht nur ein Prinzipienmodell, sondern auch eine Prinzipientheorie der Menschenrechte vorgestellt, letztere als normative Theorie.

III. Fazit

- (1) Grundidee der hier entwickelten Konzeption des Prinzipienmodells ist die Verbindung der Idee moralischer Autonomie mit der der Abwägung normativer Argumente. Autonomie ist eine Entscheidungsstruktur, die die Festsetzung einer definitiven Norm aufgrund der Abwägung normativer Argumente enthält. Die Abwägung normativer Argumente stellt eine autonome Entscheidung dar, weil sie einerseits nicht durch vorgegebene Kriterien determiniert und insofern frei ist, andererseits aber durch normative Argumente gebunden ist.
- (2) Prinzipien sind normative Argumente, die in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten Gründe für Abwägungsurteile darstellen.

- (3) Die Idee individueller Autonomie bestimmt die Struktur des Rechtssystems als normatives System, denn als normatives System bedarf es einer Rechtfertigung, und diese ist nur aufgrund der normativen Urteile autonomer Individuen möglich.
- (4) Menschenrechte bilden ein zentrales Element der Rechtfertigung des normativen Anspruchs des Rechts. Ihre Anerkennung ist zum einen Voraussetzung der Legitimität des Rechts. Sie müssen daher notwendig in jedem Rechtssystem anerkannt werden. Zum anderen dienen Menschenrechte der Sicherung individueller Autonomie. Menschenrechtliche Prinzipien schützen fundamentale menschliche Interessen. Sie sind daher notwendig anzuerkennen, sofern autonome Subjekte solche Interessen geltend machen.
- (5) Grundrechte transformieren Menschenrechte in verfassungsrechtlich garantierte Rechte. Sie gehören zu den institutionellen Voraussetzungen für die Realisierung von Menschenrechten.

§ 2 Die Prinzipientheorie der Grundrechte

Die bisher wichtigste Anwendung des Prinzipienmodells ist die Prinzipientheorie der Grundrechte. In diesem Bereich ragt wiederum die Theorie Robert Alexys heraus.⁶⁰ Sie hat die Entwicklung der Prinzipientheorie maßgeblich bestimmt.⁶¹ Allerdings ist sie Gegenstand intensiver Kritik⁶² und weist in der Tat Defizite auf. Als Alternative wird hier ein begründungstheoretischer Ansatz verfolgt. Dieser ist durch die "Prinzipienthese" charakterisiert. Sie besagt, dass jede definitiv gültige substantielle Rechtsnorm aufgrund einer Abwägung von Prinzipien rechtfertigbar sein muss. Zunächst soll jedoch die Alexysche Prinzipientheorie in ihrem Kern dargestellt und kritisiert werden.

I. Kritik der Alexyschen Prinzipientheorie der Grundrechte

Kernthesen der Alexyschen Prinzipientheorie der Grundrechte sind:

- (1) Prinzipien sind Optimierungsgebote, die fordern, etwas relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß zu realisieren, im Gegensatz zu Regeln, die Festsetzungen im Bereich der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten enthalten.⁶³

60 Grundlegend Alexy 1985; ders., Postscript, in: ders., *Theory of Constitutional Rights*, 2002b.

61 Auf der Linie der Alexyschen Theorie Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl., 2018.

62 Siehe insbesondere Hong, *Abwägungsfeste Rechte*, 2020; ferner Poscher, *Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle*, in: *Ratio Juris* 33 (2020), 134-149.

63 Alexy 1985, 75f.; 1995, 203f.; ders., *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000b, 31. In Alexy, *Die Konstruktion von Grundrechten*, 2009a, 9; ders., *Law's Ideal Dimension*, 2021, 21, werden Regeln schärfer als definitive Gebote charakterisiert.

- (2) Prinzipien sind im Wege der Abwägung anzuwenden, Regeln hingegen durch Subsumtion und Deduktion.⁶⁴ Die Abwägung wiederum wird durch drei Gesetze bestimmt: das "Kollisionsgesetz", das "Abwägungsgesetz" und die "Gewichtsformel".⁶⁵
- (3) Grundrechte haben einen Doppelcharakter. Grundrechtsbestimmungen sind sowohl Prinzipien als auch Regeln zugeordnet.⁶⁶

Ein Kernproblem dieser Theorie resultiert aus der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote.⁶⁷ Die Definition als Optimierungsgebote oder - in Reaktion auf verschiedene Kritiken - als zu optimierende Gebote⁶⁸ vermag es nicht, die argumentative Funktion von Prinzipien in Abwägungen zu erfassen. Die Idee der Prinzipientheorie ist, dass Prinzipien eine logisch von Regeln verschiedene Art von Normen sind, die durch ihre Abwägungsfähigkeit und Abwägungsbedürftigkeit charakterisiert ist. Optimierungsgebote sind hingegen nicht abwägungsfähig, da sie bereits auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten relativiert sind. Es liegt daher schon kein Konflikt verschiedener Optimierungsgebote vor, etwa den Geboten optimaler Realisierung von Ehrschutz und von Meinungsfreiheit im Fall beleidigender Äußerungen. Es gibt auch keine Rechtfertigung, hinter dem Gebot optimaler Realisierung zurückzubleiben. Gäbe es relevante Gründe gegen ein als optimal behauptetes Abwägungsergebnis, wären diese Gründe selbst bei der Bestimmung einer optimalen Lösung zu berücksichtigen. Sie können nicht gegen ein Optimierungsgebot abgewogen werden. Optimierungsgebote haben daher strikte Geltung. Die Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote passt somit nicht zu der Charakterisierung von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.⁶⁹

64 Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009a, 9; ders., On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris 16 (2003), 433.

65 Kollisionsgesetz und Abwägungsgesetz sind bereits in Alexy 1985, 83f., 146, enthalten. Die Gewichtsformel soll das Abwägungsgesetz weiter ausarbeiten, Alexy, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, in: AöR 140 (2015), 502.

66 Alexy 1985, 122.

67 Zur Kritik dieser Definition Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: ders. (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007b, 15ff.

68 Alexy, On the Structure of Legal Principles, in: Ratio Juris 13 (2000a), 294ff.; ders., Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000b, 39; ders., Ideales Sollen, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien, Argumentation, 2009b, 21ff.

69 Sieckmann 1990, 63ff.

Alexys Versuch, Optimierungsgebote als Regeln 2. Stufe und Prinzipien als Gegenstände von Optimierungsgeboten zu unterscheiden, erfasst ebenfalls nicht die Struktur von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.⁷⁰ Gegenstände von Optimierungsgeboten haben keine spezifische Struktur und bilden daher keine nach ihrer logischen Struktur eigene Art von Normen. Mit einer weiteren Modifikation, den Gegenstand von Optimierungsgeboten nicht normativ zu fassen,⁷¹ scheint Alexy wiederum zur Ausgangsposition zurückzukehren. Allerdings verteidigt Alexy die Äquivalenz von Optimierungsgeboten und einem idealen Sollen, das durch einen indexierten deontischen Operator (O_i) ausgedrückt wird.⁷² Unklar bleibt wiederum, was durch den Index ausgedrückt werden soll. Alexy charakterisiert ein ideales Sollen als ein "abstraktes, noch nicht auf die begrenzten Möglichkeiten der empirischen und normativen Welt bezogenes Sollen".⁷³ Wenn der ideale Charakter lediglich durch die Abstraktion von Gegengründen erklärt wird, fehlt solchen Normen jedoch die Eignung, als Gründe in Abwägungen verwendet werden zu können. Denn Abwägungsgründe müssen auf Gegengründe bezogen werden, da sie gerade im Konflikt mit anderen normativen Argumenten anzuwenden sind.⁷⁴

Alexy bestreitet demgegenüber die These, dass der abstrakte Charakter des Sollens die Einbeziehung kollidierender idealer Normen in die Abwägung ausschließe.⁷⁵ Er meint, die Möglichkeit der Existenz konträrer idealer Normen eröffne die Abwägung, um eine der zwei konkreten Normen, die sich aus Anwendung des idealen Sollens auf den Fall ergeben, für die Ebene des realen Sollens auszuwählen.⁷⁶ Die von Alexy verwendete Formulierung "in die Abwägung einbeziehen" ist allerdings recht unklar. Natürlich kann ein abstraktes Sollen in eine Abwägung einbezogen werden, und es lässt sich auf dieser Grundlage auch erklären, dass Abwägungen notwendig sind, um zu einem realen Sollen zu gelangen. Worum

70 Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009b, 44; ders., Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente, in: ARSP 97 (2011), 178-197.

71 Alexy, Ideales Sollen und Optimierung, in: Isfen et al. (Hg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann, 2017, 25; ders., 2021, 199.

72 Alexy 2009b, 25; 2021, 191.

73 Alexy 2009b, 23.

74 So zu *pro tanto*-Gründen bereits Sieckmann 2009a, 45.

75 Alexy 2017, 29; 2021, 203.

76 Alexy 2017, unter Verweis auf von Alexy formulierte zwei Axiome: $M(O_i p \ \& \ O_i \neg p)$, sowie $\neg M(O_i p \ \& \ O_r \neg p)$. Zu den Axiomen Alexy 2017, 19; 2021, 192.

es aber geht, ist ein ideales Sollen, das einen Grund für ein bestimmtes Abwägungsurteil gerade in der Situation des Konflikts mit Gegengründen bilden kann.⁷⁷ Dies fehlt in der Alexyschen Konzeption. Festzuhalten ist, dass keiner der Alexyschen Ansätze eine brauchbare Definition von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile bietet.

Ferner lassen sich auf der Grundlage der Alexyschen Theorie Subsumtion und Abwägung nicht als Grundformen der Rechtsanwendung qualifizieren, die einerseits für das Regelmodell, andererseits für das Prinzipienmodell charakteristisch sind. Die Charakterisierung von Optimierungsgeboten als Regeln 2. Stufe und die der "Gewichtsformel"⁷⁸ als inferentielles Schlusschema hat zur Folge, dass die Alexysche Theorie auf ein komplexes Regelmodell hinausläuft und die Unterscheidung von Regel- und Prinzipienmodell untergräbt.⁷⁹ Abwägungen sind dadurch charakterisiert, dass ein Vorrang unter konfligierenden Normen festzusetzen ist. Mit der "Gewichtsformel" wird das Abwägungsergebnis aufgrund bestimmter Abwägungsfaktoren (Intensität der Beeinträchtigung, abstraktes Gewicht, Sicherheit der Prämissen) bestimmt. Diese Faktoren werden in der "Gewichtsformel" zwar numerisch angegeben, lassen sich aber auch sprachlich als Prämissen der Abwägungsbegründung formulieren. Ließe sich der Vorrang in der Abwägung jedoch aus gegebenen Prämissen ableiten, gäbe es keinen Grund, Abwägungen als eigenständige Begründungsform anzusehen. Es läge dann vielmehr eine komplexe Form von Subsumtion und Deduktion vor.⁸⁰

77 Sieckmann, Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, 71; ders., Zur Prinzipientheorie Robert Alexys, in: Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 272.

78 Die "Gewichtsformel" lautet:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Das konkrete relative Gewicht und damit der Vorrang kollidierender Prinzipien P_i , P_j soll demnach als Quotient aus den Produkten von Faktoren für die Intensität der Beeinträchtigung (I), das abstrakte Gewicht (W) und die Sicherheit (R) der Prämissen, die der Bestimmung der anderen Faktoren zugrunde liegen, für die Prinzipien P_i und P_j bestimmt werden.

79 Dazu Sieckmann, Is Balancing a Method of Rational Justification?, in: Dahlman/Feteris (eds.), Legal Argumentation in Interdisciplinary Perspective, 2012b, 190.

80 Im Übrigen ist die "Gewichtsformel" durchgreifenden Einwänden ausgesetzt, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen. Zuletzt insbesondere Duarte, From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula, und Sampaio, Brute Balancing, Proportionality and Meta-weighting of Reasons, beide in: Sieckmann (ed.), Proportionality, Balancing and Rights, 2021, 11ff., 49ff.

Zudem ist fraglich, ob grundrechtliche Garantiegehalte vollständig mit der Konzeption von Optimierungsgeboten erfasst werden können. Die Konzeption von Prinzipien als Optimierungsgebote steht in Gegensatz zur Idee von Grundrechten als grundsätzlich staatlichem Zugriff entzogenen Rechten.⁸¹ Denn Abwägungen stellen gerade einen solchen Zugriff dar. Optimierungsgebote fordern aber diesen Zugriff. Die Alexysche Prinzipientheorie der Grundrechte scheint demnach mit einer zentralen Idee der Grundrechte nicht vereinbar.

Auch ist der kognitivistische Begründungsansatz, dem Alexy folgt, problematisch. Alexy nimmt an, dass die Faktoren der Abwägung jedenfalls in einer Verfassungspraxis objektiv bestimmbar seien und mittels der "Gewichtsformel" das Ergebnis der Abwägung bestimmt werden könne. Abwägungsurteile stellen sich so als Erkenntnis über das richtige Abwägungsergebnis dar. Ein Merkmal von Abwägungen als eigenständiger, von Subsumtion und Deduktion abzugrenzender Begründungsform ist aber, dass verschiedene Ergebnisse möglich erscheinen. Würden die gegebenen Prämissen ausreichen, ein eindeutiges Ergebnis abzuleiten, gäbe es - wie bereits dargelegt - keinen Grund, Abwägungen als eigenständige Begründungsform anzusehen. Wenn aber verschiedene Abwägungsergebnisse vertretbar sind, ist fraglich, wie jemand ein bestimmtes Abwägungsurteil für richtig halten kann.⁸²

Festzustellen ist somit, dass der Alexyschen Theorie ein adäquater Prinzipienbegriff und eine kohärente Konzeption der Abwägung fehlen.⁸³ Dennoch ist anzuerkennen, dass die Ideen des idealen Sollens und der Optimierung, die Alexy in die Diskussion um Prinzipien und Abwägung eingeführt hat, zutreffend und außerordentlich fruchtbar sind. Sie erfordern jedoch eine andere als die Alexysche Theorie. Im Folgenden soll ein Prinzipienmodell entwickelt werden, das die Struktur des Schutzes von Menschen- und Grundrechten auf der Grundlage der Idee individueller Autonomie rekonstruiert.

81 Dazu s.u., § 9.

82 Zum Problem Sieckmann 2007c, 189ff. Alexy, *Thirteen Replies*, in: Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007a, 347, versucht, dieses Problem mit der Unterscheidung von absolutem, nicht-prozeduralem und relativem prozeduralem Richtigkeitsbegriff zu lösen. Der relative qualifiziert als richtig, was diskursiv möglich ist. Der absolute wird in individuellen Urteilen verwendet. Damit bleibt jedoch das Problem, was Grundlage für einen absoluten Richtigkeitsanspruch sein kann. Die Diskurstheorie genügt dafür jedenfalls nicht.

83 Zu einer eingehenden Kritik Sieckmann 2013, 271ff.

II. Das Prinzipienmodell der Menschen- und Grundrechte

Das Prinzipienmodell, das auf Menschen- und Grundrechte angewandt werden soll, weist einige zentrale Unterschiede zur Alexyschen Theorie auf. Der Einfachheit halber soll es als Prinzipienmodell der Grundrechte bezeichnet werden, da es als Alternative zur Alexyschen Grundrechtstheorie eingeführt wird. Es ist aber auf Menschenrechte zu übertragen. Die wichtigsten Unterschiede zur Alexyschen Theorie betreffen folgende Punkte:

- (1) Definition der Prinzipientheorie: Alexy charakterisiert die Prinzipientheorie normtheoretisch durch die Unterscheidung von Prinzipien als Optimierungsgebote und Regeln als Normen mit Festsetzungsgehalt.⁸⁴ Im Gegensatz dazu wird hier eine begründungstheoretische Konzeption vertreten: Im Prinzipienmodell sind sämtliche definitiven substantiellen Normen durch die Abwägung von Prinzipien zu begründen (Prinzipienthese).⁸⁵
- (2) Prinzipienbegriff: Prinzipien werden nicht als Optimierungsgebote definiert, sondern als normative Argumente, die Gründe für Abwägungsurteile darstellen. Diese werden von normativen Aussagen unterschieden⁸⁶ (Nicht-Propositionalitätsthese) und haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote (Reiterationsthese).⁸⁷
- (3) Konzeption der Abwägung: Die Methode der Abwägung wird in einem Modell der normativen Optimierung definiert, nicht durch "Abwägungsgesetz" und "Gewichtsformel" (optimierende Abwägung).
- (4) Erkenntnistheoretischer Status der Abwägung: Abwägung wird nicht als ein epistemisches Problem verstanden, sondern als ein normatives. Es geht nicht um Erkenntnis der richtigen Entscheidung, sondern um die Begründung einer Entscheidung, die nicht aus gegebenen Prämissen ableitbar ist, für die aber gleichwohl ein

84 Dazu s.o., I. (1).

85 Eine Konsequenz daraus ist, dass ein Prinzipienmodell notwendig Prinzipien und Regeln enthält, ein Modell allein aus Prinzipien kann kein vollständiges Modell eines Rechtssystems sein. Im Unterschied zum Prinzipienmodell wird als Regel/Prinzipien-Modell eine Konzeption des Rechts bezeichnet, in der substantielle Normen existieren, die nicht aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet sind. Dazu Sieckmann 1990, 141ff.

86 Sieckmann 1990, 86.

87 Sieckmann 2009a, 51ff.

- normativer Richtigkeitsanspruch erhoben wird (autonome Normbegründung).
- (5) Konzeption von Grundrechten: Grundrechte enthalten nicht lediglich Abwägungs- und Optimierungsgebote, sondern jedenfalls einige von ihnen implizieren prinzipielle Abwägungsverbote (These prinzipieller Immunität).

1. Die "Prinzipienthese"

Die Prinzipientheorie der Grundrechte nimmt in ihrer stärksten Form an, dass, sofern normative Konflikte auftreten, sämtliche definitiven Grundrechtsgehalte nur aufgrund der Abwägung grundrechtlicher Prinzipien begründet werden können. Genauer geht es um die Begründung definitiver *substantieller* Grundrechtsgehalte. Gehalte, die sich aus der Struktur der Normbegründung ergeben, können hingegen bereits ohne Abwägung begründet werden. Dazu gehören die Forderungen, Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen (Willkürverbot), für die Rechtfertigung hinreichend gewichtige Gründe anzuführen (Verhältnismäßigkeitsgebot) sowie Grundrechte in möglichst hohem Maß zu realisieren (Optimierungsgebot). Solche strukturellen oder formalen Gehalte lassen sich unabhängig von Abwägungen feststellen. Die Begründung definitiver substantieller Grundrechtsgehalte erfordert hingegen Abwägungen. Der Einfachheit halber soll jedoch im Folgenden lediglich von definitiven Gehalten gesprochen werden und vorausgesetzt werden, dass es sich um substantielle Gehalte handelt.⁸⁸

Die "Prinzipienthese" lautet dementsprechend:

- (PT) Jede definitiv gültige Grundrechtsnorm muss aufgrund einer Abwägung von Prinzipien begründbar sein.

⁸⁸ Dies lässt sich auch terminologisch rechtfertigen. Definitive Geltung kann in verschiedener Weise verstanden werden: als Ergebnis einer Abwägungsprozedur oder als unmittelbar handlungsleitend (Sieckmann 2012a, 79ff.), oder aber als unabhängig von einer Abwägung gültig. In den beiden ersten Versionen unterscheidet sich definitive Geltung einer Norm von der Geltung aufgrund notwendiger Strukturen der Normbegründung. Diese sind nicht Ergebnis eines Verfahrens und auch nicht unmittelbar handlungsleitend, sondern auf Argumentation bezogen. Lediglich in der dritten Version müssten definitive substantielle und definitive strukturelle Gehalte unterschieden werden.

Definitive Grundrechtsgehalte sind Normen mit grundrechtlichem Inhalt, die tatsächlich angewandt und befolgt werden sollen. Sie sind also nicht nur Argumente, die gegen andere abzuwägen sind. Das Verbot zu foltern, das Recht, nicht im Interesse anderer aufgeopfert zu werden, das Recht zu sachlicher Kritik in der Auseinandersetzung über öffentliche Angelegenheiten oder das Recht des Eigentümers auf angemessene Entschädigung im Fall einer Enteignung sind definitive grundrechtliche Gehalte. Das allgemein formulierte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Meinungsfreiheit sowie die Garantie des Bestands oder des Verkehrswertes von Eigentumsrechten sind hingegen lediglich grundrechtliche Prinzipien, die im Fall des Konflikts mit kollidierenden Belangen abzuwägen sind.

Definitive Geltung eines Rechts bedeutet allerdings nicht, dass keine Änderungen oder Abweichungen von solchen Rechten möglich wären. Definitive Normen ergeben sich aufgrund der Berücksichtigung aller verfügbaren Argumente, können aber durch neue Argumente in Frage gestellt werden. Ohne neue Argumente ist eine weitere Argumentation jedoch nicht notwendig. Es ist erlaubt,⁸⁹ definitive Normen ohne weitere Argumentation anzuwenden und zu befolgen.

Die "Prinzipienthese" besagt nicht, dass sämtliche Grundrechtsnormen Prinzipiencharakter hätten. Abwägungen von Prinzipien zielen gerade auf die Festsetzung definitiver Normen. Letztere sind ein wesentlicher Teil des Modells. Jede definitive Grundrechtsnorm muss sich jedoch aufgrund abwägungsfähiger grundrechtlicher Prinzipien begründen lassen.⁹⁰ Die Prinzipientheorie lässt sich somit durch die These kennzeichnen, dass es keine Grundrechtsnormen außerhalb des Prinzipienmodells gibt.

Ein wichtiges Merkmal dieser Konzeption ist, dass sie nicht normtheoretisch, sondern begründungstheoretisch definiert wird. Als Konsequenz daraus werden Begriff und Struktur von Prinzipien nicht vorausgesetzt, sondern aus dem Abwägungsansatz entwickelt.⁹¹ Die Konzeption von

89 Ein Gebot kann hingegen nicht angenommen werden, denn es muss möglich sein, frühere Urteile zu überprüfen. Es ist also auch hinsichtlich definitiver Normen möglich, erneut in eine Argumentation einzutreten, ohne dass neue Argumente vorliegen.

90 Mit dieser Formulierung wird nicht gesagt, dass jede definitive Norm tatsächlich aufgrund einer Abwägung begründet werden muss. Sofern ein Prinzip nicht auf Gegengründe trifft, lässt sich eine ihm entsprechende definitive Norm ohne Abwägung begründen.

91 Dazu Sieckmann 2000, 69ff.; ders., Logische Eigenschaften von Prinzipien, in: Rechtstheorie 25 (1994), 163ff.

Prinzipien ergibt sich, indem nach den logischen Eigenschaften gefragt wird, die die in Abwägungen einzustellenden Argumente haben.⁹²

2. Nicht-Propositionalität und Reiterationsthese

Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile einerseits, definitive Normen als Ergebnisse von Abwägungen andererseits haben unterschiedliche logische Eigenschaften. Auf der Ebene der Abwägungsgründe sind Konflikte möglich, während Konflikte auf der Ebene der Abwägungsergebnisse einen Fehler darstellen. Dementsprechend sind kollidierende Prinzipien gleichermaßen gültig, während auf der Ebene der Abwägungsergebnisse unvereinbare Normen nicht zugleich gültig sein können.⁹³ Als Gründe für Abwägungsurteile folgen Prinzipien somit anderen logischen Regeln und haben andere logische Eigenschaften als diejenigen Normen, die als Abwägungsergebnis festgesetzt werden. Letztere werden als "definitive Normen" oder "Regeln" bezeichnet.⁹⁴ Damit wird eine klassifikatorische, nicht nur graduelle Unterscheidung vorgenommen. Prinzipien besitzen Eigenschaften, die definitive Normen nicht aufweisen, und umgekehrt. Dies ist Grundlage der prinzipientheoretischen "Trennungsthese":

- (TT) Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und definitive Normen als Abwägungsergebnisse unterscheiden sich in ihren logischen Eigenschaften.

Nicht gesagt ist damit allerdings, dass es nur zwei Klassen von Normen gibt, dass also jede Norm entweder eine definitive Norm oder ein Prinzip

92 Allerdings gibt es andere Verständnisse von Prinzipientheorie oder Prinzipienmodell. Zur Diskussion um den Prinzipienbegriff Sieckmann 2011, 178-197; Kallmeyer, *Ideales Sollen*, 2016, insb. 287ff.

93 Vgl. Dworkin 1978, 24f.; Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995b, 193.

94 Die übliche Gegenüberstellung von Prinzipien und Regeln folgt der Terminologie Dworkins 1978, 22ff. Sie ist nicht unproblematisch, da Dworkin mit der Bezeichnung als Regel die Normkonzeption H.L.A. Harts meint, die wiederum keinen Bezug zum Abwägungsmodell hat. Jedoch schließt dies nicht aus, Abwägungsergebnisse als Regeln zu bezeichnen. Klarer ist allerdings die Bezeichnung als definitive Normen.

sein muss.⁹⁵ Tatsächlich gibt es verschiedene Abgrenzungskriterien, die mehrere Klassen von Normen zu unterscheiden erlauben.⁹⁶

Festzuhalten ist, dass Prinzipien und definitive Normen Klassen von Normen mit je verschiedenen logischen Eigenschaften bilden. Fraglich ist allerdings, welches diese Eigenschaften sind. Zentrale These der hier vertretenen Konzeption ist, dass Prinzipien normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote sind, definitive Normen hingegen in Form (direkter) normativer Aussagen ausgedrückt werden.⁹⁷ Dies enthält negativ die Nicht-Propositionalitätsthese:

(NPT) Normative Argumente haben nicht die Struktur von Aussagen.

Dies ergibt sich daraus, dass unvereinbare normative Aussagen nicht zugleich als gültig angesehen werden können. Sie können daher nicht als Gründe für Abwägungsurteile dienen, die gerade in der Situation des Konflikts mit anderen Gründen gültig sein müssen.

Positiv sind normative Argumente durch die Reiterationsthese charakterisiert:

(RT) Normative Argumente haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote.

Die Grundstruktur von normativen Argumenten ist die von Anerkennungsgeboten "Die Norm N soll als definitiv gültig anerkannt werden", denen Geltungsgebote "Die Norm N soll definitiv gelten" korrespondieren.⁹⁸ Zu jedem solchen Geltungsgebot gibt es ein Geltungsgebot höherer Stufe, das dessen Geltung fordert. Daraus ergibt sich eine Kette von Geltungsgeboten:⁹⁹

- (1) O VAL_{DEF}N
 - (2) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N
 - (3) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N,
- etc.

95 Entgegen Alexy 1985, 77; 1995b, 205, in Bezug auf reales und ideales Sollen.

96 Sieckmann 1990, 74.

97 Zur Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote Sieckmann 2009a, 51ff.; 2012a, 45ff.; 2018a, 113ff.; 2020, 108ff.

98 Siehe auch Sieckmann 2009a, 51.

99 Dabei stehen "O" für den Gebotsoperator, "VAL_{DEF}" für die Zuschreibung definitiver Geltung und "N" für ein Normindividuum.

Ein normatives Argument ist gültig, wenn auf jeder Stufe das Geltungsgebot durch ein Geltungsgebot höherer Stufe begründet werden kann. Ihre Eigenschaft als Gründe für Abwägungsurteile ergibt sich daraus, dass jedes Abwägungsurteil vom Urteilenden als geboten vertreten werden muss. Obgleich es nicht aus vorgegebenen Kriterien abgeleitet werden kann, muss gleichwohl ein normativer Richtigkeitsanspruch für das Abwägungsurteil erhoben werden. Die Anerkennung der definitiven Geltung der betreffenden Norm muss als geboten vertreten werden. Sie ist richtig, weil sie geboten ist.

Die Rechtfertigung dieser Konzeption normativer Argumente ergibt sich zunächst daraus, dass sie den Charakter von Gründen für Abwägungsurteile erklären kann. Normative Argumente können in Konflikt mit anderen, aber gleichwohl als gültig anerkannten normativen Argumenten stehen. Der Konflikt ergibt sich daraus, dass die jeweiligen Norminhalte nicht zugleich realisiert werden können. So kann Ehrschutz und Meinungsfreiheit im Fall beleidigender Äußerungen nicht vollständig verwirklicht werden. Es liegt ein konträrer Widerspruch der Struktur Op und $O\neg p$ vor. So ist geboten, Ehrschutz zu gewähren (p), aber wegen des Gebots der Anerkennung von Meinungsfreiheit auch, Ehrschutz nicht zu gewähren ($\neg p$). Anders als bei normativen Aussagen¹⁰⁰ führt der konträre Widerspruch bei normativen Argumenten aber nicht zu einer Kontradiktion Op und $\neg Op$. Würde in einer Aussage ohne weitere Qualifizierung¹⁰¹ behauptet, dass Ehrschutz geboten ist, könnte nicht zugleich angenommen werden, dass geboten ist, Meinungsfreiheit zu gewähren. Mit der Aussage des Gebots des Ehrschutzes würde dies als normative Tatsache dargestellt. Damit würde die Existenz einer unvereinbaren Tatsache ausgeschlossen. Die gleichzeitige Geltung kollidierender normativer Argumente kann hingegen angenommen werden.

Normative Argumente als Geltungsgebote stellen zudem gerade in der Situation des Konflikts einen Grund für ein bestimmtes Abwägungsurteil dar. Sie fordern die Anerkennung der definitiven Geltung einer Norm. Ein Gebot, etwas anzuerkennen, stellt einen Grund für diese Anerkennung dar. Normative Argumente haben daher die Eigenschaft von Gründen für Abwägungsurteile.

Es gibt zudem eine Reihe von Gründen, die Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote nicht nur als eine Konstruktion

100 Dazu Sieckmann 2020, 90ff.

101 Eine Qualifizierung wäre etwa, dass *prima facie* Ehrschutz geboten ist. Damit würde die Möglichkeit von Ausnahmen eröffnet.

von Abwägungsgründen anzusehen, sondern als zutreffende Beschreibung der Struktur der normativen "Welt". Denn die Begründung normativer Argumente aufgrund individueller Interessen führt tatsächlich zu einer reiterativen Struktur von Geltungsgeboten. Die Abwägung normativer Argumente kann zudem die Idee moralischer Autonomie als zugleich freie, aber auch gebundene Entscheidung erklären. Sie ermöglicht ferner vollständige normative Begründungen, die nicht dem Begründungs-Trilemma deduktiver Argumentationen ausgesetzt sind.¹⁰²

3. Die Konzeption optimierender Abwägung

Das Prinzipienmodell interpretiert Abwägungen als ein Optimierungsproblem.¹⁰³ Die Optimierung muss in zwei Hinsichten erfolgen, den tatsächlichen und den rechtlichen¹⁰⁴ oder, allgemeiner, normativen Möglichkeiten. Die Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten wird durch das Kriterium der Pareto-Optimalität bestimmt. Auf Prinzipienkollisionen angewandt, lässt dieses Kriterium nur Ergebnisse zu, die nicht hinsichtlich der Erfüllung eines Prinzips verbessert werden können, ohne die Erfüllung eines anderen Prinzips zu beeinträchtigen.¹⁰⁵ Es gewährleistet faktische Optimalität. Die Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten fordert die Realisierung eines Ergebnisses, das als besser als oder mindestens gleich gut wie andere Abwägungsergebnisse zu bewerten ist. Es geht um normative Optimalität. Die Bewertung von Abwägungsergebnissen ist aufgrund einer Gewichtung der jeweils erreichbaren Erfüllungsgrade der kollidierenden Prinzipien vorzunehmen. Dies wiederum setzt eine Bestimmung des relativen Gewichts der kollidierenden Prinzipien zueinander voraus. Das relative Gewicht ergibt sich aus der Substitutionsrate, die

102 Siehe Sieckmann 2018a, 115ff.; 2009a, 54f.

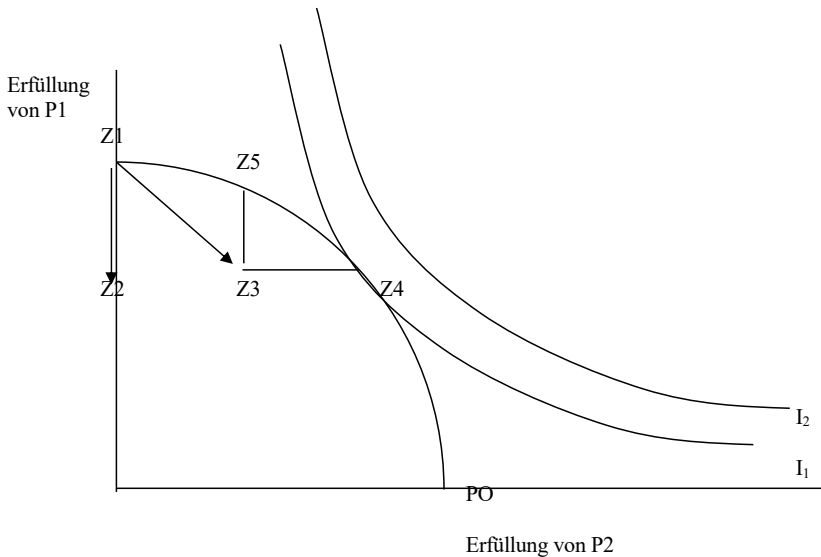
103 Dazu Sieckmann 2009a, 71ff.

104 Alexy 1985, 75. Alexy verwendet allerdings nicht die hier dargestellte Konzeption der Optimierung. Tatsächlich gibt er gar kein Kriterium für Optimalität an. Er verwendet zwar Pareto-Optimalitätskriterium und Indifferenzkurven, jedoch ohne einen Zusammenhang zwischen beiden herzustellen.

105 Pareto-Optimalität wird gewöhnlich in Bezug auf die Position verschiedener Beteiligter formuliert: Ein Zustand ist pareto-optimal, wenn es nicht möglich ist, einen der Beteiligten besser zu stellen, ohne mindestens einen anderen Beteiligten schlechter zu stellen. Vgl. Barry, *Political Argument*, 2.ed., 1990, 49f. An die Stelle der Position der Beteiligten tritt hier die Erfüllung von Prinzipien.

gefordert ist, um einen Verlust an Realisierung des einen Prinzips durch einen Zugewinn hinsichtlich des kollidierenden Prinzips zu rechtfertigen.

Die Kriterien der optimierenden Abwägung können in ihrem Zusammenhang graphisch dargestellt werden:¹⁰⁶



Die nach außen gekrümmte, konkave Kurve (PO für Pareto-Optimalität) stellt die tatsächlichen Möglichkeiten für die Realisierung von P_1 und P_2 dar. Sie drückt aus, dass, je weiter P_2 erfüllt wird, desto weniger P_1 erfüllt werden kann, und umgekehrt. Im Beispiel: Je mehr Meinungsfreiheit für beleidigende Äußerungen zugelassen wird, desto weniger an Persönlichkeitsschutz wird realisiert. Umgekehrt, je mehr Persönlichkeitsschutz gegenüber beleidigenden Äußerungen gewährt wird, desto geringer ist das Maß der Meinungsfreiheit. Die nach innen gekrümmten Kurven sind Indifferenzkurven (I). Sie verbinden mögliche Zustände, die vom Urteilen den als gleich gut bewertet werden. Optimal sind nun genau die Zustände,

106 Vgl. Hurley, *Natural Reasons*, 1989, 70; Barry 1990, xxxviii; H. Steiner, *An Essay on Rights*, 1994, 164; Sieckmann 1995, 48ff.; 2018a, 130ff.; Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, 1998a, 112f.; Rivers, *Proportionality, Discretion, and the Second Law of Balancing*, in: Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007, 176.

bei denen sich die Pareto-Optimalitätskurve mit einer Indifferenzkurve berührt. Besser bewertete Zustände liegen auf höheren Indifferenzkurven (wie I_2) und sind tatsächlich nicht erreichbar. Zu den auf niedrigeren Indifferenzkurven liegenden Zuständen gibt es hingegen bessere Alternativen.

Die Konzeption optimierender Abwägung erlaubt es zu definieren, was optimierende Abwägung bedeutet. Der Begriff der Optimierung und auch die dafür relevanten Kriterien (Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgrade sowie relative Gewichte der kollidierenden Prinzipien) lassen sich klar bestimmen. Sie geben an, welche Annahmen vom Urteilenden getroffen werden müssen, um ein Abwägungsurteil zu bilden. Offen bleibt allerdings, ob und inwieweit die Annahmen über die relevanten Abwägungsfaktoren und damit ein optimales Abwägungsergebnis objektiv bestimmt werden können.

4. Die Konzeption autonomer Normbegründung

Das Modell optimierender Abwägung gibt an, welche Annahmen notwendig sind, um ein Abwägungsurteil zu begründen. Es zeigt, dass rationale Abwägungen möglich sind. Der Urteilende muss die betreffenden Annahmen einführen und darauf das Abwägungsurteil stützen. Es ist jedoch nicht notwendig, dass diese Annahmen objektiv begründet sind. Es ist möglich, dass andere Urteilende abweichende Annahmen vertreten. Dennoch muss der Urteilende sein Abwägungsurteil als geboten vertreten. Dies folgt aus der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote.¹⁰⁷ Auch wenn der Urteilende hätte anders urteilen können, muss er die Geltung der Norm, die er vertritt, als aufgrund der stärkeren Argumente geboten ansehen.

Damit sind Probleme objektiver Erkennbarkeit von Gewichten und Vorrangrelationen kein Einwand gegen autonome Abwägungsbegründungen. Allerdings bleibt die Frage, ob und inwieweit objektive Bestimmungen der Abwägungsfaktoren und damit von Abwägungsurteilen möglich sind.¹⁰⁸ Zunächst ist festzustellen, dass eine Kritik von Abwägungsurteilen möglich ist, sofern Anforderungen an rationale Abwägungen nicht erfüllt

107 Dazu Sieckmann, *Autonome Abwägung*, in: ARSP 90 (2004), 66ff.; ders., 2009a, 30ff.

108 Dazu Sieckmann, *Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*, in: ARSP 83 (1997), 14ff.; ders., 2018a, 181ff.

werden. Ferner erscheint eine Begründung positiver Abwägungsurteile aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz möglich. Wenn ein rationaler Diskurs zu einer Konvergenz der Urteilenden führt und eine gemeinsame, für alle Beteiligten verbindliche Norm erforderlich ist, dann ist es objektiv gerechtfertigt, diese Norm als verbindlich zu behandeln, anzuwenden und durchzusetzen.

III. Fazit

- (1) Die Alexysche Prinzipientheorie enthält keine adäquate Definition von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile sowie von Abwägung als Optimierung. Die Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote sowie die "Gewichtsformel" erlauben nicht die Konstruktion der Abwägung von normativen Argumenten, sondern reduzieren das Prinzipienmodell auf ein komplexes Regelmodell.
- (2) Das Prinzipienmodell ist durch die These charakterisiert, dass jede definitive substantielle Rechtsnorm als das Ergebnis einer Abwägung von Prinzipien rechtfertigbar sein muss (Prinzipienthese).
- (3) Prinzipien sind normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote, Regeln werden in Form normativer Aussagen ausgedrückt.
- (4) Abwägungen folgen dem Modell optimierender Abwägung.
- (5) Abwägungsurteile sind autonome Urteile. Sie müssen Anforderungen rationaler Abwägung genügen und sind zunächst subjektive Urteile, für die gleichwohl aufgrund der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote ein normativer Anspruch erhoben werden muss.

§ 3 Probleme der Prinzipientheorie

1. Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie

Die Prinzipientheorie des Rechts besagt in ihrer reinen Form, dass jede definitiv gültige substantielle Rechtsnorm aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden muss. Sie setzt ein Prinzipienmodell voraus und verbindet dieses mit Aussagen, dass Rechtssysteme oder Teile von ihnen dem Prinzipienmodell entsprechen oder entsprechen sollen. Eine zentrale Frage ist, ob diese Aussagen gerechtfertigt sind.

Das Problem der Rechtfertigung einer Prinzipientheorie stellt sich in verschiedener Weise. Es sind Varianten und unterschiedlich starke Formen einer Prinzipientheorie möglich. Zunächst sind deskriptive und normative Varianten zu unterscheiden. Eine deskriptive Variante besagt, dass alle definitiven Normen eines Systems durch Prinzipienabwägungen begründet werden. Ob dies für ein Rechtssystem zutrifft, ist eine empirische Frage. Die normative Variante der Prinzipientheorie fordert, dass die definitive Geltung jeder Norm durch Prinzipienabwägungen zu begründen ist. Als normative Theorie bedarf sie einer Rechtfertigung und kann durch Gegenargumente in Frage gestellt werden.

Verschieden starke Versionen der Prinzipientheorie ergeben sich, wenn die Prinzipienthese allgemein oder nur für bestimmte Rechtsbereiche oder Rechtsnormen vertreten wird, oder bestimmte Bereiche oder Normen von der Prinzipienthese ausgenommen werden. So könnte angenommen werden, dass Verfassungsnormen strikt gültig sind und nicht eine weitere Rechtfertigung aufgrund einer Prinzipienabwägung erforderlich ist. Oder einzelne Normen wie die Garantie der Menschenwürde oder das strafrechtliche Rückwirkungsverbot könnten als absolut gültig angesehen werden.

In jedem Fall setzt eine Prinzipientheorie ein Prinzipienmodell voraus und bestimmt dessen Anwendungsbereich in Bezug auf bestimmte Rechtssysteme. So verwendet die Prinzipientheorie der Grundrechte ein Prinzipienmodell zur Rekonstruktion grundrechtlicher Abwägungen. Die Prinzipientheorie der Grundrechte verbindet das Prinzipienmodell mit deskriptiven oder normativen Aussagen über Struktur und Anwendung von Grundrechten.

Eine deskriptive Aussage wäre etwa, dass die Anwendung von Grundrechten oder von Menschenrechten in Form der Abwägung von Prinzipien erfolgt. Eine solche deskriptive Theorie passt auf Rechtssysteme, in denen grundrechtliche Abwägungen vorkommen. Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass in manchen Rechtssystemen solche Abwägungen nicht vorgenommen oder jedenfalls nicht offengelegt werden, oder dass sich nicht bei allen Grundrechten solche Abwägungen finden, sondern abwägungsunabhängige definitive Grundrechtsgehalte behauptet werden. In dem Maße, wie dies vorkommt, trifft die Prinzipientheorie als deskriptive Theorie nicht zu.

In Gestalt einer normativen Theorie fordert die Prinzipientheorie, Grund- und Menschenrechte im Sinne des Prinzipienmodells zu interpretieren und anzuwenden, also definitive Rechtsgehalte aufgrund von Abwägungen grund- oder menschenrechtlicher Prinzipien zu begründen.

Im Folgenden soll es um diese normative Prinzipientheorie gehen. Die Begründung für die Prinzipientheorie ergibt sich aus folgenden Annahmen:

- (1) Der Anspruch des Rechts auf Verbindlichkeit erfordert eine normative Begründung.
- (2) Normbegründungen sind nur als autonome Normbegründung möglich.
- (3) Das Prinzipienmodell expliziert die Struktur einer autonomen Normbegründung im Recht.

Was im Prinzipienmodell begründbar ist, kann damit auch tatsächlich im Recht normative Geltung beanspruchen. Recht muss somit dem Prinzipienmodell entsprechen.

Die erste Prämisse ist ein Gebot der Rationalität. Ansprüche auf Verbindlichkeit oder normative Geltung können nicht ohne Begründung erhoben werden. Der Normativitätsanspruch des Rechts wiederum folgt aus dem Begriff des Rechts als - jedenfalls seinem Anspruch nach - verbindlicher Ordnung einer Gesellschaft.¹⁰⁹ Normative Begründungen sind damit im Recht notwendig.

Die zweite Prämisse ergibt sich daraus, dass jede Form der Normbegründung die Idee der Autonomie voraussetzen muss, folglich eine nicht-autonome Normbegründung nicht möglich ist. Dies ist das Fazit der Diskussion um die Möglichkeit rationaler Normbegründung,¹¹⁰ die letztlich nur

109 Zum Begriff des Rechts Sieckmann 2018a, 5ff.

110 Dazu insbesondere Alexy 1991.

prozedurale Formen der Begründung als möglich erscheinen lässt und damit normative Urteile der Beteiligten erfordert.

Die dritte Prämisse folgt daraus, dass das Prinzipienmodell die Idee moralischer Autonomie im Bereich des Rechts anwendet.¹¹¹ Normative Urteile, die aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden, sind zum einen frei, insofern sie nicht aus vorgegebenen Kriterien folgen, andererseits aber aus Sicht des Urteilenden gebunden, weil diese Urteile als durch die gewichtigeren Prinzipien geboten vertreten werden müssen.

Es folgt somit, dass die Begründung normativer rechtlicher Geltung einem Prinzipienmodell entsprechen muss.¹¹² Dies gilt auch für den Bereich der Menschenrechte.

II. Einwände

Obwohl sich bereits aus der Idee der Autonomie die Anwendung eines Prinzipienmodells für eine normative Theorie des Rechts rechtfertigen lässt, werden eine Reihe von Einwänden gegen die Prinzipientheorie erhoben. Sie wenden sich zumeist gegen die Alexysche Prinzipientheorie der Grundrechte.¹¹³ Es ist jedoch zu klären, ob sie die hier entwickelte Konzeption des Prinzipienmodells und dessen Anwendung im Bereich der Menschenrechte treffen. Fünf Hauptlinien der Kritik lassen sich unterscheiden, die im Folgenden diskutiert werden sollen:¹¹⁴

- Einwände der normtheoretischen Inadäquatheit: Prinzipien ließen sich nicht aufgrund ihrer Struktur von Regeln unterscheiden.

111 Sieckmann 2009, 28ff.

112 Nicht ausgeschlossen ist damit, dass eine ergebnisäquivalente Konstruktion der Normbegründung vorgeschlagen wird, die nicht die Prinzipien-Terminologie verwendet. Dies wäre jedoch nur eine terminologische Abweichung und würde die Prinzipientheorie nicht in Frage stellen.

113 Dazu zuletzt insbesondere Hong 2020; Poscher 2020, 134ff.; ferner Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59ff.; Jestaedt, Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Staat im Wort, Festschrift Isensee, 2007, 253ff.; Klement 2008, 756ff.

114 Dazu bereits Sieckmann 2009a, 42ff. Vgl. auch die Unterscheidungen von sieben Arten von Einwänden bei Alexy 2009a, 12ff. Die dort als "interpretationstheoretisch" und "geltungstheoretisch" bezeichneten Einwände werden hier als Einwände der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit zusammengefasst.

- Einwände der methodologischen Inadäquatheit: Optimierungsgebote erfordern Abwägungen, und diese seien subjektiv, irrational und nicht methodologisch kontrollierbar.
- Einwände der institutionellen Inadäquatheit: Die Optimierungskonzeption der Grundrechte führe zu einer übermäßigen Ausweitung gerichtlicher Kompetenzen und damit zu einem "Jurisdiktionsstaat".¹¹⁵
- Einwände der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit: Die verfassungsrechtliche Geltung grundrechtlicher Prinzipien müsse positivrechtlich begründet werden und lasse sich nicht generell für alle Grundrechte annehmen.¹¹⁶
- Einwände der grund- oder menschenrechtlichen Inadäquatheit: Die Abwägung von Rechten mit dem Ziel der Optimierung führe zur Aufweichung ihres Schutzes und sei mit dem Charakter von Grund- oder Menschenrechten als Begrenzungen staatlicher Gewalt nicht vereinbar.¹¹⁷

Hinzu kommen Einwände, die Prinzipientheorie würde sich gegen Kritik immunisieren und sei daher "wissenschaftstheoretisch" verdächtig.¹¹⁸

1. Normtheoretische Einwände

Die Existenz eines logischen oder strukturellen Unterschieds zwischen Prinzipien im Sinne von Gründen für Abwägungen im Vergleich zu Regeln oder anderen Normen wird von zahlreichen Autoren bestritten.¹¹⁹ Es wird eingewandt, dass es einen logischen oder strukturellen Unterschied

115 Entsprechend könnte dies für Menschenrechtsgerichte behauptet werden.

116 Wiederum könnte eine entsprechende Kritik für Menschenrechtsgerichte formuliert werden.

117 Habermas 1994, 315; Brandmauer; Dworkin 1978, xi: rights as trumps; Nozick, State, Anarchy, Utopia, 1974, 29: side-constraints; Tsakyrakis, Proportionality: An Assault on Human Rights. *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468; Schauer, A Comment on the Structure of Rights. *Georgia Law Review* 27 (1993), 415, 429: shields.

118 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 75.

119 Vgl. Raz, Legal Principles and the Limits of Law, in: *The Yale Law Journal* 81 (1972), 823-854; Bayón, La normatividad del derecho, 1991, 357ff.; García Figueroa, Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, 1998, 131ff.; Marmor, Positive Law and Objective Values, 2001, 83f.; Ávila, Theorie der Rechtsprinzipien, 2006, 36ff.; Jakab, Prinzipien, in: *Rechtstheorie* 37 (2006), 49-65; Steiff, Rechtsfindung im Umweltrecht, 2006, 137ff.; Šušnjar, Proportionality, *Fundamental*

zwischen Regeln und Prinzipien nicht gebe, sondern allenfalls einen graduellen.¹²⁰ Nicht nur Prinzipien könnten gegeneinander abgewogen werden, sondern auch Regeln,¹²¹ und Regeln, die, wie von Dworkin behauptet, auf eine 'Alles-oder-Nichts-Weise' angewandt werden könnten, gebe es praktisch nicht.¹²² Die Kritik kulminiert in der These, die Prinzipientheorie sei eine "Theorie ohne Gegenstand".¹²³

Eine tragfähige Kritik an der These, Prinzipien seien logisch oder strukturell von anderen Normen unterscheidbar, ist jedoch nicht ersichtlich.¹²⁴ Es genügt nicht, eine Unterscheidung von Regeln und Prinzipien zu vertreten, bei der kein logischer Unterschied zwischen ihnen besteht,¹²⁵ oder einzelne Unterscheidungsvorschläge zu kritisieren.¹²⁶ Ersteres trifft nicht die von der Prinzipientheorie vorgenommene Unterscheidung von Regeln und Prinzipien und ist daher als Kritik der Prinzipientheorie irrelevant, letzteres trifft nur einzelne Interpretationen der Prinzipientheorie und kann diese Theorie nicht insgesamt zu Fall bringen. Auch die Existenz verschiedener Theorien zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist unschädlich.¹²⁷

Das zentrale Problem ist zu erklären, worin sich Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und Regeln als Ergebnis von Abwägungen unterscheiden. Dies ermöglicht die Gegenüberstellung von normativen Argumenten und normativen Aussagen.¹²⁸ Tatsächlich ist offensichtlich, dass

Rights, and Balance of Power 2010; Goldmann, Dogmatik als rationale Rekonstruktion, in: *Der Staat* 53 (2014), 375ff.; Hong 2020.

120 Z.B. Poscher 2003, 77; Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1999, XXII.

121 So etwa Peczenik, *On Law and Reason*, 1989, 74ff.

122 So auch Alexy 1995b, 188ff.

123 So Poscher 2007, 70.

124 Siehe etwa Hong, 2020; Šušnjar 2010.

125 Etwa nach dem Kriterium der Generalität (Raz 1972), nach ihrer Funktion in der Rechtsanwendung (Günther 1988; Steiff 2006) oder ihrer Abstraktheit (Goldmann 2014, 378). Auch der Einwand Jansens (1998a, 95ff.), es gebe Prinzipien, die nicht nur Geltungsgebote, sondern Handlungsgebote enthielten, führt einen anderen Prinzipienbegriff ein.

126 So etwa Klement, *JZ* 2009, 560, der seine Kritik lediglich gegen die Alexysche Prinzipientheorie richtet. Missverständlich allerdings Klement 2008, 756ff., wo die Kritik gegen die Prinzipientheorie insgesamt gerichtet zu sein scheint.

127 Siehe etwa Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, in: *Rechtsphilosophie* 8 (2022), 84ff.

128 Diese Unterscheidung ist bisher nicht ernsthaft in Frage gestellt worden. Es gibt zwar Kritiken der Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote, sie richten sich jedoch gegen eine frühere Fassung dieser Konzeption

sich Normen, die strikt anzuwenden und unmittelbar handlungsleitend sind, logisch von solchen unterscheiden, die als Gründe für Abwägungsurteile in Konflikt stehen können und gegeneinander abzuwägen sind.¹²⁹

Festzustellen ist, dass Prinzipien, die als Gründe für Abwägungsurteile dienen, sich als normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote charakterisieren lassen, die von normativen Aussagen zu unterscheiden sind.¹³⁰ Sie enthalten gestufte Normen, die die Anerkennung bestimmter Normen erster Stufe als definitiv gültig fordern, haben also den Charakter von Meta-Normen. Eine andere Frage ist, ob solche Prinzipien begrifflich mit Optimierungsgeboten verbunden sein müssen. Das Prinzip der Meinungsfreiheit fordert etwa, dass eine in Konflikt mit dem Ehrschutz stehende Meinungsäußerung definitiv erlaubt sein soll. Diese prinzipielle Forderung lässt aber offen, in welcher Form das Prinzip angewandt werden soll. Es liegt nahe, dass ein rationaler Umgang mit dem zu beurteilenden Konflikt eine Abwägung mit dem Ziel erfordert, ein im Hinblick auf die kollidierenden Prinzipien bestmögliches Ergebnis zu erreichen. Dies ist jedoch nicht bereits Inhalt des Prinzips, sondern vielmehr einer Theorie rationaler Argumentation. Prinzipien implizieren demnach begrifflich nicht notwendig Optimierungsgebote. Dies schließt andererseits nicht aus, sie mit einem Gebot der Optimierung zu verbinden, weil dies die plausibelste und rationalste Konzeption der Anwendung von Grund- und Menschenrechten darstellt.¹³¹

(so Jansen 1998a, 98 Fn.92 zur Mehrdeutigkeit deontischer Operatoren in Geltungsgeboten, allerdings in einer Fassung, in der Operator O und Geltungsprädikat VAL noch nicht unterschieden wurden), stellen sie nicht korrekt dar (Alexy 2000b, 42, mit der Darstellung als "Oszillation" zwischen Geltungsaussage und bloßer Norm im semantischen Sinn) oder setzen sich mit den für sie vorgetragenen Argumenten nicht auseinander. So geht Mauer, *Zur logischen Form rechtlicher Regeln und Prinzipien*, Jahrbuch für Recht und Ethik 23 (2015), 445, 449f., bei seiner Kritik vom üblichen Verständnis deontischer Sätze aus und beachtet nicht, dass die Konzeption normativer Argumente gerade nicht dem üblichen Verständnis deontischer Sätze folgt. Zu einigen anderen Kritiken Sieckmann, *Principles as Normative Arguments*, 2005, 206f.; 2007b, 24.

129 Die Konstruktion eines idealen Sollens als reiterierte Geltungsgebote ist in einer eingehenden Untersuchung im Vergleich mit den Konzeptionen von Alexy und Wang bestätigt worden von Kallmeyer 2016, 242ff.

130 S.o., § 2 IV 4.

131 Kallmeyer, 2016, 174ff., 256, 262, hält demgegenüber an einer normtheoretischen Verknüpfung von Prinzipienbegriff und Optimierungsgebot fest. Er meint zudem, der teleologische Charakter von Prinzipien erfordere einen Wertbezug. In der hier vertretenen Konzeption normativer Argumente wird der

2. Methodologische Einwände

In methodologischer oder argumentationstheoretischer Hinsicht wird die Irrationalität der Abwägung behauptet. Es fehlten objektive Kriterien für die Bestimmung des Abwägungsergebnisses.¹³² Die abzuwägenden Prinzipien oder Werte seien inkommensurabel.¹³³ Abwägungen seien daher subjektiv und beliebig.¹³⁴

Es ist bereits dargelegt worden, dass dieser Einwand die Konzeption autonomer Abwägung nicht trifft. Autonome Urteile sind notwendig subjek-

Wertbezug hingegen erst dadurch hergestellt, dass normative Argumente von autonomen Subjekten geltend gemacht werden. Das Gebot der Optimierung ist dann eine Metaregel für den rationalen Umgang mit solchen Argumenten. Die Trennung von Struktur und Geltung normativer Argumente erscheint sinnvoll, weil damit eine strukturtheoretische Charakterisierung normativer Argumente im Sinne eines semantischen Normbegriffs möglich ist. Dies ist durchaus mit der argumentationstheoretischen These vereinbar, dass alle normativen Argumente mit einem Optimierungsgebot verbunden sind (wie in These (3) vertreten). Die Alternative, normativen Argumente begrifflich notwendig einen Wertbezug zuzuschreiben, führt zu dem Problem, dass es widersprüchlich erschiene, von der Ungültigkeit normativer Argumente zu sprechen. So wie eine Norm ohne Geltung keine Norm wäre (zur Widersprüchlichkeit dieser Ausdrucksweise Sieckmann 1990, 28), wäre ein normatives Argument ohne Wertbezug kein normatives Argument. Es ist zwar durchaus sprachlich plausibel, Geltung und Existenz von Normen zu identifizieren. Eine Unterscheidung von strukturtheoretischer und geltungstheoretischer Ebene vermeidet jedoch Konfusionen und ist für die Theorieentwicklung sinnvoll. Eine Trennung verschiedener Probleme stellt auch keine Immunisierung gegen Kritik dar (so Kallmeyer 2016, 175), sondern ermöglicht eine differenziertere Diskussion. Die Vermengung verschiedener Probleme führt auch nicht zu einer größeren "Aussagetiefe" (so Englisch, Wettbewerbsgleichheit, 2008, 43; Kallmeyer 2016, 176 Fn. 770).

132 So Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 460; ders., Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 11 (1984), 462; Habermas 1994, 315f.

133 Zum Einwand der Inkommensurabilität Afonso da Silva, Der Vergleich des Inkommensurablen, in: Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 236-270.

134 Zur Diskussion der Rationalität der Abwägung Jansen, Die Struktur rationaler Abwägung, ARSP-Beiheft 66 (1998), 152ff.; ders., Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 39ff.; Sieckmann, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: Rechtstheorie 26 (1995a), 45ff.; Bernal Pulido, The Rationality of Balancing, in: ARSP 92 (2006), 195-208; Riehm 2006; Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43 (2004), 167ff., mwN 180 Fn. 76.

tiv, aber deshalb nicht irrational. Sie müssen Rationalitätsanforderungen erfüllen, sind im Ergebnis aber nicht vollständig determiniert. Trotz des daraus folgenden subjektiven Charakters eines Abwägungsurteils muss der Urteilende dies gleichwohl aufgrund der Struktur normativer Argumente als geboten vertreten.¹³⁵

Dennoch bleibt es eine für die Adäquatheit der Prinzipientheorie wichtige Frage, inwieweit eine rationale Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung von Prinzipien möglich ist.¹³⁶ Je stärker der subjektive Charakter von Abwägungen ausgeprägt ist, desto stärker sind Einwände gegen die Methode der Abwägung in gerichtlichen Entscheidungen. Je höher das Maß an Objektivität, desto besser lässt sich die Legitimität dieser Methode bei der Rechtsanwendung begründen. Welches Maß an Rationalität bei Abwägungen erreicht wird, ist allerdings nicht durch das Modell selbst bestimmt, sondern durch die Sorgfalt und systematische Kohärenz von Abwägungen in der Rechtsanwendung.

Hinzu kommt, dass eine Alternative zur Abwägung, die ein höheres Maß an Rationalität in der Begründung von Normen oder normativen Aussagen gewährleisten würde, nicht ersichtlich ist.¹³⁷ Eine Begründung dafür ergibt sich aus der Forderung der Optimierung. Optimierung des Grund- und Menschenrechtsschutzes ist das Ziel der Abwägung. Die Forderung nach einem optimalen Rechtsschutz ergibt sich aus dem Rationalitätsgebot, von je zwei zur Entscheidung stehenden Optionen die bessere zu wählen. Auf diese Weise gelangt man schließlich zu Lösungen, zu denen es keine bessere Alternative gibt, die mithin optimal sind.

Zudem führt die Subjektivität von Abwägungsurteilen nicht dazu, dass Abwägungsurteile nicht als Rechtsanwendung angesehen werden könnten. In diesem Punkt muss die Struktur von normativen Argumenten beachtet werden. Ihre Struktur als Geltungsgebote führt dazu, dass mit jedem Abwägungsergebnis der Anspruch erhoben werden muss, dieses Ergebnis sei aufgrund des als vorrangig bestimmten Prinzips geboten.¹³⁸ Auch subjektive Abwägungsurteile müssen somit, soweit sie aufgrund von Rechtsprinzipien begründet sind, als Rechtsanwendung verstanden und vertreten werden.

135 S.o., § 2 II 4.

136 Vgl. auch Alexy 2009a, 13ff.

137 Siehe dazu Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 76, 269ff.

138 Vgl. Sieckmann 2009a, 30ff, 101ff.

Zunächst folgt daraus allerdings nur eine normative Forderung, dass eine bestimmte Norm als definitiv gültig anerkannt werden soll. Der Übergang zu der Aussage, dass die betreffende Norm definitiv rechtlich gültig sei, ist damit noch nicht gerechtfertigt.¹³⁹ Dieser Übergang erfordert den Nachweis, dass die betreffende Aussage objektiv begründbar ist oder dass der Urteilende die rechtliche Kompetenz besitzt, eine normative Festsetzung aufgrund subjektiver Urteile zu treffen. So können Gerichte die Kompetenz besitzen, rechtliche Urteile zu treffen, auch wenn sie nicht objektiv begründbar sind. Ob dies der Fall ist, hängt allerdings von der rechtlichen Gestaltung der Entscheidungskompetenzen von Gerichten ab.

Die Rationalität autonomer Abwägungen ist somit differenziert zu beurteilen. Sie enthalten ein subjektives Element, sind also nicht durch vorgegebene Kriterien objektiv determiniert. Sie müssen jedoch Rationalitätskriterien beachten und sind insofern kritisierbar. In manchen Fällen können auch bestimmte Ergebnisse objektiv begründbar sein, einerseits aufgrund notwendiger Bedingungen korrekter Abwägung, andererseits aufgrund vernünftiger Konvergenz¹⁴⁰ der Urteilenden. Auch wenn eine objektive Begründung nicht möglich ist, schließt dies eine gerichtliche Kompetenz zu Abwägungsentscheidungen nicht aus. Die Frage ist dann, wie gerichtliche Entscheidungskompetenzen abzugrenzen sind. Dies führt zum Einwand der institutionellen Adäquatheit der Prinzipientheorie.

3. Institutionelle Einwände

Das Problem der Rationalität der Abwägung steht in engem Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit Gerichte die Kompetenz haben sollten, Entscheidungen aufgrund solcher Abwägungen zu treffen. Dies betrifft insbesondere die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen anderer Organe.¹⁴¹ Ein Problem ist vor allem das Verhältnis von Verfassungsgerichten und Gesetzgeber. Die Ausweitung verfassungsgerichtlicher Kontrolle wird als Weg in einen "Jurisdiktionsstaat" kritisiert, der im Hinblick

139 Vgl. Sieckmann 2009a, 135.

140 Zum Kriterium vernünftiger Konvergenz Sieckmann 2009a, 184ff., 2018a, 231ff.

141 Bei Entscheidungen über Konflikte zwischen gleichgeordneten Parteien, etwa im Zivilrecht, lassen sich Abwägungen einfacher mit der Notwendigkeit einer autoritativen Entscheidung rechtfertigen. Bei der Kontrolle staatlicher Entscheidungen liegt hingegen bereits eine autoritative Regelung vor. Die Frage ist, aus welchen Gründen Gerichte solche Regelungen korrigieren dürfen.

auf die Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung problematisch sei.¹⁴²

Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien führt zu einer Ausweitung des Grundrechtsschutzes. Da grundrechtliche Prinzipien nicht strikt gelten, sondern aufgrund verfassungsrechtlich legitimer Eingriffsziele in angemessener Weise beschränkt werden können, können alle schutzwürdigen individuellen Interessen in den Grundrechtsschutz einbezogen werden. So kann z.B. ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, zu tun und zu lassen, was man will, anerkannt werden, aber auch Prinzipien, die die Anerkennung sozialer Rechte oder von Rechten gegenüber Privaten fordern. Dies ist allerdings keine notwendige Folge aus der Prinzipientheorie, sondern hängt von der Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche ab. Die Prinzipientheorie begünstigt allerdings eine Ausweitung grundrechtlicher Schutzbereiche, da mögliche Einwände gegen die Gewährung von Grundrechtsschutz in einer Abwägung berücksichtigt werden können.

Sofern Grundrechte gerichtlich durchsetzbar sind, ergibt sich aus der Erweiterung der grundrechtlichen Schutzbereiche eine Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten der Gerichte. Sie könnten damit im gesamten Anwendungsbereich grundrechtlicher Prinzipien ihre Auffassung der richtigen Abwägung von Grundrechten als maßgeblich ansehen. Dies wäre eine problematische Konsequenz aus dem Zusammenwirken der Prinzipientheorie und dem Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Grundrechte. Ihr zu begegnen, erfordert eine Konzeption gerichtlicher Kontrollkompetenzen, die das prinzipielle Gebot gerichtlicher Durchsetzbarkeit von Grundrechten mit den Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung zu einem angemessenen Ausgleich bringt. Gerichtliche Kontrolle bedeutet also nicht, dass Gerichte jede Abwägungsfrage selbst entscheiden. Wie die Grenzen ihrer Kontrollkompetenzen zu konstruieren sind, bedarf allerdings theoretischer Klärung.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Konzeption formeller Prinzipien. Formelle Prinzipien enthalten, wie andere Prinzipien auch, normative Forderungen. Ihr Gegenstand ist, wer bestimmte Entscheidungen oder normative Festlegungen treffen soll. Für das Problem der Kontrollkompetenzen relevant sind Prinzipien, die von Gerichten die Respektierung von Entscheidungen anderer Organe, insbesondere des Gesetzgebers, fordern.¹⁴³ Beispiele sind das Demokratieprinzip und das

142 Insbesondere Böckenförde 1992a, 190.

143 Alexy 1985, 89, 120; Sieckmann 1990, 147ff.

Gewaltenteilungsprinzip. Mit beiden Prinzipien lässt sich dafür argumentieren, dass Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers in verfassungsrechtlichen Fragen zu respektieren sind.

Die Konzeption formeller Prinzipien sowie die Konstruktion von Gestaltungsspielräumen, etwa des Gesetzgebers, aufgrund solcher Prinzipien wirft allerdings eine Reihe von Problemen auf.¹⁴⁴ Die Prinzipientheorie gibt keine allgemeine Antwort auf diese Fragen. Kompetenzabgrenzungen sind vielmehr im betreffenden Verfassungssystem vorzunehmen und müssen dessen Besonderheiten berücksichtigen. Die Konzeption formeller Prinzipien bietet jedoch einen theoretischen Rahmen, in dem adäquate Kompetenzabgrenzungen begründet werden können.

4. Verfassungsrechtliche Einwände

Die Anwendbarkeit des Prinzipienmodells setzt das Vorhandensein von Prinzipienkollisionen voraus. Ohne Konflikte zwischen Prinzipien gibt es keine Abwägung. Der Einwand der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit richtet sich gegen die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien, d.h. gegen die Annahme der verfassungsrechtlichen Geltung grundrechtlicher Prinzipien.¹⁴⁵ Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien hat zwei Aspekte: Die Erweiterung grundrechtlicher Gehalte einerseits und deren durchgängige, das gesamte Rechtssystem durchdringende Anwendung andererseits.

Der erste Aspekt betrifft die Begründung der verfassungsrechtlichen Geltung grundrechtlicher Prinzipien. Verfassungen wie das Grundgesetz enthalten dazu keine ausdrückliche Festlegung. Die Zuordnung von Prinzipien zu einzelnen Grundrechtsbestimmungen ist eine Frage juristischer Interpretation.¹⁴⁶ Dies bedeutet andererseits nicht, dass für jede einzelne Grundrechtsbestimmung eine je spezifische Argumentation erforderlich wäre. Es gibt durchaus allgemeine Argumente für eine generelle Interpretation von Grundrechten als Prinzipien.¹⁴⁷ Dies schließt definitive Grund-

144 Dazu s.u., § 11 III.

145 Vgl. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 216, 218; ders., 2007, 262f., 275; Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, 116f.; Gellermann, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand, 2000, 70; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 19; Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 15, 167; Poscher 2007, 79; Klement 2008, 761, 763.

146 Vgl. Borowski 2007, 114ff.; 2018, 161ff

147 Dazu Sieckmann 2007b, 25ff.

rechtsgehalte nicht aus, besagt aber, dass jeder grundrechtliche Gehalt jedenfalls auch in Form eines Prinzips gilt und jeder definitive grundrechtliche Gehalt aufgrund einer Abwägung grundrechtlicher Prinzipien gerechtfertigt werden kann.¹⁴⁸

Der zweite Aspekt, die Konsequenzen der Geltung grundrechtlicher Prinzipien für das Rechtssystem und die Rechtsanwendung, zeigt sich zunächst an der Ausweitung des Grundrechtsschutzes. Jeder - gemäß dem Maßstab grundrechtlicher Optimierungsgebote - verfassungsrechtlich relevante Fehler bei der Beeinträchtigung von Grundrechten führt zur Verfassungswidrigkeit der Maßnahme. Dies bedeutet allerdings nicht, dass Einschränkungen von Grundrechten nicht möglich wären. Ausgeschlossen ist lediglich, die Realisierung von Grundrechten ohne ausreichende Rechtfertigung zu unterlassen.¹⁴⁹ Optimierung bedeutet auch nicht, dass stets nur eine einzig mögliche Lösung verfassungsrechtlich zulässig wäre. Ob dies der Fall ist, hängt von der Struktur des Problems ab. Schließlich hat ein Gebot der Optimierung auch nicht zwangsläufig zur Folge, dass Gerichte zu bestimmen hätten, ob eine Lösung optimal ist. Grundrechtsprinzipien richten sich zunächst an den Gesetzgeber. Inwieweit Gerichte dessen Entscheidungen überprüfen können, ist eine Frage der Abgrenzung von Interpretations- oder Abwägungskompetenzen, also eine institutionelle Frage.

Grundrechtsprinzipien haben ferner Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung, auch auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Sie können als Definition individueller Güter oder Interessen verstanden werden, auf die von allen, auch von Privaten, Rücksicht genommen werden muss und die vom Staat auch gegenüber Handlungen anderer Privater zu schützen sind. Eine weitere Konsequenz der Annahme grundrechtlicher Prinzipien ist, dass normative Festsetzungen des historischen Verfassungsgebers in Frage gestellt werden können.¹⁵⁰

Aufgrund dieser Ausweitung und Aufweichung verfassungsrechtlicher Gehalte wird gegen die Prinzipientheorie eingewandt, mit ihr gehe die Bindung an den Normtext verloren. Denn ihr zufolge könne eine Grundrechtsnorm niemals für sich allein darüber entscheiden, was in einem bestimmten Fall von Verfassung wegen gesollt sei.¹⁵¹ Die Unmöglichkeit,

148 Dazu s.u., § 7 I.

149 Zum Zusammenhang zwischen Prinzipien und Notwendigkeit der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen Sieckmann 1990, 232.

150 Kritisch zu dieser Konsequenz Klement 2008, 759.

151 Ebd.

eine Norm isoliert, ohne Rücksicht auf andere Normen, als verbindlich zu begründen, ist in der Tat eine Konsequenz der Prinzipientheorie. Sie ist zugleich eine Konsequenz aus der Notwendigkeit, den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts zu rechtfertigen. Die Ausübung von Rechten, selbst wenn sie in der Verfassung explizit statuiert sind, kann zu gravierenden Verletzungen der Rechte anderer führen. Die Verbindlichkeit verfassungsrechtlicher Festsetzungen setzt voraus, dass es nicht zu solchen Verletzungen kommt. Es kann daher notwendig sein, verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte zu beschränken, selbst wenn dies nicht ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen ist. Entsprechendes gilt für Verfassungsnormen mit objektivem Charakter.

Unzutreffend ist allerdings, dass damit die Bindung an die Verfassung oder den Verfassungstext verloren ginge.¹⁵² Soweit verfassungsrechtliche Festsetzungen existieren, demokratisch legitimiert sind und nicht zu gravierenden Ungerechtigkeiten oder schweren Verletzungen von Menschenrechten führen, sind sie für die Rechtsanwendung verbindlich. Ohne diese Voraussetzungen lässt sich ihre Verbindlichkeit hingegen nicht begründen. Die Prinzipientheorie gibt insofern nichts auf, was in einem an Legitimität und Rationalität orientierten Rechtssystem gefordert werden kann.

Schließlich wird eingewandt, die Prinzipientheorie zerstöre den Stufenbau der Rechtsordnung und führe zu einer "Entstufung" des Rechts.¹⁵³ Richtig ist, dass im Verhältnis kollidierender Rechtsprinzipien die Annahme einer Stufenfolge, d.h. von strikten Vorrängen, nicht passt.¹⁵⁴ Vorränge zwischen kollidierenden Prinzipien sind gerade erst aufgrund von Abwägungen festzusetzen und nicht ihnen vorgegeben. Daraus folgt jedoch nicht, dass es im Prinzipienmodell keinen Stufenbau des Rechts geben würde. Soweit Vorrangfestsetzungen aufgrund von Prinzipienabwägungen begründet werden, entsteht eine Vorrangordnung, und soweit definitive

152 Allerdings lässt sich kein Vorrang für explizit in der Verfassung statuierte Prinzipien begründen. Das Prinzipienmodell drängt insofern auf eine Berücksichtigung aller normativ relevanten Prinzipien in verfassungsrechtlichen Abwägungen. Verfassungsrechtliche Geltung eines Prinzips schließt lediglich die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers aus, dieses Prinzip zu berücksichtigen oder nicht. Erst auf Festsetzungen von Abwägungsergebnissen lässt sich der Vorrang der Verfassung anwenden. Dazu Sieckmann 2007b, 34ff.

153 Jestaedt 2007, 269. Vgl. auch Jabloner, Stufung und 'Entstufung' des Rechts, in: ZöR 60 (2005), 163ff.

154 *Prima facie*-Vorränge mit der Zuordnung höherer abstrakter Gewichte sind hingegen möglich. Dazu Klatt/Meister, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Klatt (Hg.) 2013, 69.

Rechtsetzungskompetenzen begründet werden, die zur Setzung von Normen niedriger Stufe ermächtigen, entsteht ein Stufenbau des Rechts. Die Prinzipientheorie besagt nicht, dass keine strukturierte Rechtsordnung mehr existierte. Sie erfordert lediglich deren Begründung aufgrund der Abwägung von Prinzipien.

5. Grundrechtstheoretische Einwände

Indem Grund- oder Menschenrechten Prinzipiencharakter zugeschrieben wird, wird ihr Geltungsanspruch relativiert. Ihr definitiver Gehalt kann erst unter Abwägung mit kollidierenden Prinzipien bestimmt werden. Dies entspricht nicht der Vorstellung, Grund- oder Menschenrechte seien eine dem staatlichen Zugriff entzogene Rechtssphäre. Sie sollen nach verbreiteter Auffassung in irgendeiner Form resistent gegenüber Abwägungen sein. Die Interpretation als Prinzipien scheint dem zuwiderzulaufen. Allerdings ist in diesem Punkt eine differenziertere Betrachtung erforderlich.

Bei Rechten mit Gesetzesvorbehalt ist die Möglichkeit staatlicher Beschränkung ausdrücklich vorgesehen. Der Prinzipiencharakter wirkt sich bei diesen Grundrechten in der Weise aus, dass überhaupt erst ein substantieller Schutz gegenüber dem Gesetzgeber möglich und ein "Leerlaufen" dieser Grundrechte verhindert wird.

Bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten trifft es allerdings zu, dass die Interpretation als prinzipielle Rechte Abwägungs- und Einschränkungsmöglichkeiten eröffnet. Würden sie als definitive Rechte aufgefasst, wären Einschränkungen nicht möglich. Dies führt jedoch nicht notwendig zu einem stärkeren Grundrechtsschutz, sondern eher zu einer engen Interpretation des grundrechtlichen Schutzbereichs, etwa einer Beschränkung auf einen "Kernbereich" mit der Folge, dass gegen Beeinträchtigungen, die nicht den Kern betreffen, kein Schutz gewährt wird, auch wenn es keine plausible Rechtfertigung für sie gibt. Die Interpretation als prinzipielle Rechte erlaubt hingegen eine weitere Interpretation des Schutzbereichs. Welche Konzeption den stärkeren Grundrechtsschutz erzielt, ist damit durchaus offen. In jedem Fall ermöglicht die Interpretation als prinzipielle Rechte aber angemessene Lösungen, die die Stärke der Eingriffsgründe berücksichtigen.

Darüber hinaus gibt es auch im Rahmen der Prinzipientheorie eine Reihe von Vorschlägen, wie dem Einwand der Aufweichung der Grundrechte begegnet werden kann. Alexy vertritt die Idee eines überproportional stei-

genden konkreten Gewichts von Prinzipien mit abnehmendem Grad ihrer Realisierung.¹⁵⁵ Diese Konzeption hat zur Konsequenz, dass sehr starke Beeinträchtigungen von Grundrechten praktisch nicht zu rechtfertigen sind. Ob diese Annahme ausreicht, um Grundrechte als dem staatlichen Zugriff prinzipiell entzogene Rechte zu konzipieren, ist allerdings fraglich.¹⁵⁶

Andere Ansätze gehen über den Optimierungsansatz hinaus. Vor allem zwei sind für die folgende Untersuchung von Interesse:

- Die Idee von individuellen Rechten als prinzipielle Abwägungsverbote, die es grundsätzlich ausschließen, diese Rechte Abwägungen mit anderen Belangen zu unterwerfen.¹⁵⁷
- Die Idee von Rechten als Bedingungen der Legitimität des Rechts, die es erfordern, dass staatliche Eingriffe aus Sicht jedes Einzelnen zu rechtfertigen sind und nicht einen legitimen Grund bieten dürfen, die Anerkennung der rechtlichen Geltung zu verweigern.¹⁵⁸

Die Konzeption prinzipieller Abwägungsverbote enthält dabei eine strukturtheoretische Alternative zur Konzeption einfacher Optimierung, die Idee von Legitimitätsbedingungen erlaubt eine Begründung für die Annahme prinzipieller Abwägungsverbote. Diese Ansätze nehmen Differenzierungen hinsichtlich der Konzeption der Abwägung vor. Ihnen zufolge bestehen grundrechtliche Abwägungen nicht stets und allein in der Optimierung kollidierender Prinzipien, sondern folgen jedenfalls in manchen Fällen anderen Kriterien.

Auch diese Ansätze bleiben jedoch im Rahmen des Prinzipienmodells und ersetzen nicht die Forderung optimaler Realisierung von Menschen- und Grundrechten, sondern ergänzen diese. Das Gebot der Optimierung stellt insofern einen Minimalgehalt menschen- und grundrechtlicher Garantien dar, nicht aber eine vollständige Konzeption dieser Garantien.

155 Alexy 1985, 271. Vgl. auch Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, 168.

156 Dazu Sieckmann 2009b, 64f.

157 Sieckmann 2009a, 241ff.

158 Sieckmann 2009a, 244ff. Vgl. auch Habermas 1994, 151. Dies kann eine Grundlage für das Kriterium der Zumutbarkeit sein, im Sinne eines individualisierten, auf die Situation des Betroffenen bezogenen Kriteriums der Abwägung. Vgl. dazu die Diskussion bei Clérico 2001, 223ff.

6. Immunisierungseinwände

Gegen die Prinzipientheorie ist eingewandt worden, sie sei "wissenschaftstheoretisch verdächtig", weil sich kein Einwand gegen sie vorbringen lasse.¹⁵⁹ Jeder Einwand, etwa Argumente der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, Gewaltenteilung oder Rechtssicherheit, werde von ihr in Form eines Arguments in die Abwägung einbezogen. Nun gilt Unfähigkeit der Kritiker, einen triftigen Einwand gegen eine Theorie zu formulieren, gemeinhin nicht als Einwand gegen diese Theorie.¹⁶⁰ Es ist daher nicht recht einzusehen, warum dies im Fall der Prinzipientheorie gegen sie sprechen sollte.

Der Einwand, die Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Theorien schließe die Möglichkeit ihrer Widerlegung ein, übersieht einen wesentlichen Unterschied zwischen analytischen Theorien einerseits, empirischen und normativen Theorien andererseits. Analytische Theorien weisen begrifflich oder logisch notwendige Zusammenhänge auf. Es ist gerade ihr Merkmal, dass sie keine eigenen empirischen oder normativen Thesen einführen, sondern lediglich Strukturen von Begriffen oder Theorien analysieren. Dies bedeutet nicht, dass sie nicht falsch sein und nicht kritisiert werden könnten. Kritik ist möglich, wenn analytische Zusammenhänge behauptet werden, die nicht existieren. Dass sich zu einer analytischen Theorie keine Alternative denken lässt, ist hingegen gerade Merkmal ihrer Korrektheit und begründet keinen Einwand gegen sie.

Das Prinzipienmodell ist nun aber eine analytische Theorie der Normbegründung, keine empirische oder normative. Es ist keine Alternative zu ihr denkbar, die beanspruchen könnte darzulegen, wie Normbegründungen möglich sind. Es ist nicht zu sehen, wie Normbegründung ohne die Idee der Autonomie möglich sein könnte. Autonomie wiederum ist begrifflich mit der Abwägung normativer Argumente verbunden. Jede normative Argumentation erfordert damit das Prinzipienmodell. Es gibt keine gültigen Argumente, die nicht in diesem Modell konstruiert werden könnten. Dass alle gegen das Prinzipienmodell vorgebrachten substantiellen Einwände in diesem Modell formuliert werden können, bestätigt dieses Modell.

Mit dem Prinzipienmodell können andererseits verschiedene prinzipientheoretische Thesen verbunden werden. So könnte als empirische These behauptet werden, eine bestimmte Rechtspraxis würde dem Prinzipien-

159 Poscher 2003, 75.

160 Siehe auch Borowski 2018, 192.

modell folgen. Dies könnte als falsch widerlegt werden. Eine mögliche normative These wäre, dass Richter das Prinzipienmodell anwenden sollten. Da dieses Modell eines der Normbegründung ist, besagt die These, dass Richter sich in Normbegründungen versuchen sollten. Dies könnte sich als falsch erweisen, wenn gezeigt werden könnte, dass Richter nicht Normen begründen sollten, sondern nur vorhandene Normen anwenden sollten. Der Umstand, dass eine solche These wenig plausibel erscheint, zeigt nicht, dass eine Widerlegung einer normativen These, die die Anwendung des Prinzipienmodells fordert, nicht möglich wäre.

Ein anderer Einwand mit wissenschaftstheoretischem Anstrich ist der Vorwurf, die Prinzipientheorie immunisiere sich gegen Kritik, weil ihre Diskussion ein zu hohes Maß an theoretischer Kompetenz erfordere.¹⁶¹ Wiederum ist fraglich, inwiefern dies einen Einwand gegen die Prinzipientheorie begründen könnte. Wissenschaftliche Theorien streben nach Erkenntnis und setzen die dafür erforderlichen Instrumente ein. Für die Prinzipientheorie sind dies vor allem Logik, Sprachphilosophie, Theorie rationaler Entscheidung sowie Argumentationstheorie. Mangelnde Vertrautheit mit diesen theoretischen Grundlagen begründet keinen Mangel der Prinzipientheorie.

III. Fazit

- (1) Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie ergibt sich daraus, dass das Prinzipienmodell die einzig ersichtliche adäquate Form einer autonomen Normbegründung darstellt und Recht als normatives System deshalb dem Prinzipienmodell entsprechen muss.
- (2) Die Unterscheidung normativer Argumente und normativer Aussagen bildet die logische Grundlage für die von Prinzipien und definitiven Normen. Relevante Einwände gegen sie sind nicht ersichtlich.
- (3) Mangelnde Rationalität ist kein Einwand gegen autonome Abwägung. Abwägungen mit dem Ziel der Optimierung erlauben vielmehr ein größtmögliches Maß an Rationalität in normativen Urteilen.
- (4) Objektivität ist aufgrund normativer Abwägungen einerseits in Form notwendiger Bedingungen korrekter Abwägung, andererseits aufgrund vernünftiger Konvergenz der Urteilenden möglich.

¹⁶¹ Klement 2008, 756. Dazu siehe Sieckmann, Zum Nutzen der Prinzipientheorie für die Grundrechtsdogmatik. Erwiderung zu Klement, in: JZ 2009c, 557ff.

- (5) Die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen in nicht objektiv entscheidbaren Fällen erfolgt aufgrund einer Theorie formeller Prinzipien.
- (6) Aufgrund formeller Prinzipien lässt sich auch ein adäquates Maß an Stabilität des Verfassungssystems erreichen. Dem Problem der Aufweichung der Verfassungsordnung durch Abwägung lässt sich begegnen.
- (7) Der spezifische Charakter von Grund- und Menschenrechten als nicht abwärgungsfähigen Grenzen staatlichen Handelns ist eine Herausforderung für das Prinzipienmodell. Ihr kann mit der Konzeption von Grund- und Menschenrechten als prinzipielle Abwägungsverbote und als Bedingung der Legitimität des Rechts begegnet werden.
- (8) Die Tatsache, dass das Prinzipienmodell alle bisher vorgetragenen Einwände, sofern sie berechtigt sind, aufnehmen kann, stellt keine Immunisierung der Theorie dar, sondern belegt die Leistungsfähigkeit des Prinzipienmodells als analytische Theorie des Rechts.