

(D_{RS}) Ein Rechtssystem ist ein institutionalisiertes System von Normen mit dem Anspruch, das Zusammenleben in einer Gesellschaft verbindlich zu regeln, in dem die Rechtsgeltung von Normen unter Berücksichtigung objektiver Kriterien und autoritativer Entscheidungen begründet wird und das Anspruch auf die Legitimität seines Verbindlichkeitsanspruchs erhebt.

Rechtssystemen werden allerdings weitere Merkmale zugeschrieben, die nicht als begriffliche Merkmale behandelt werden sollten. Dazu gehören die Zwangsbewehrtheit des Rechts¹³² sowie der Anspruch auf höchste Autorität,¹³³ d.h. Verbindlichkeit des Rechts auch gegenüber anderen Normenordnungen.

Die Zwangsbewehrtheit des Rechts wird in der Regel damit begründet, dass zwanglose Rechtssysteme angesichts der menschlichen Eigenschaften nicht funktionieren würden. In der Tat dürften alle bekannten Rechtssysteme zwangsbewehrt sein. Dies lässt sich jedoch als eine empirische Aussage über Rechtssysteme auffassen und muss nicht als ein begriffliches Merkmal behandelt werden.

Hinsichtlich des Anspruchs auf höchste Autorität erscheint es nicht zwingend, den Rechtscharakter von diesem Merkmal abhängig zu machen.¹³⁴ Es kann Rechtssysteme geben, die bereit sind, im Konflikt gegenüber anderen Systemen zurückzutreten. Dies kann etwa im Fall nationaler Rechtssysteme gegenüber dem internationalen Recht gelten. Man wird den Anspruch auf höchste Autorität des Rechts daher nur insofern aufrechterhalten können, dass Rechtssysteme nur gegenüber anderen Rechtssystemen, nicht gegenüber anderen normativen Systemen, ihren Verbindlichkeitsanspruch zurücknehmen können.

II. *Rechtsgeltung*

Vom Rechtsbegriff zu unterscheiden ist der Begriff der Rechtsgeltung, und zwar zum einen im Sinne der Existenz eines Rechtssystems, zum anderen im Sinne der Rechtsgeltung einzelner Normen.

Die Existenz eines Rechtssystems kann deskriptiv oder normativ verstanden werden. Deskriptiv besteht sie in der sozialen Wirksamkeit des Rechts, also in der tatsächlichen Anerkennung, Anwendung, Befolgung und Durchsetzung des Rechts. Diese Form der empirischen Existenz ist eine Frage des Grades. Das Rechtssystem als ein System von Normen hat keine direkte Entsprechung in der empirischen Realität. Seine empirische Existenz ist eine Eigenschaft, die dem Rechtssystem in mehr oder weniger hohem Grad und in unterschiedlicher Form zukommen kann. Eine Frage des Rechtsbegriffs ist, ob empirische Existenz bereits in den notwendigen Merkmalen des Rechtssystems impliziert ist. Die Merkmale der Institutionalisierung, Objektivität und Autoritativität sowie allgemein der prozedurale Charakter des Rechts können so verstanden werden, dass sie Handlungen und soziale Tatsachen voraussetzen. Die Definition des

132 Vgl. Raz 1983, 3.

133 Vgl. Raz 1999, 150; 1979, 116ff.

134 So auch Marmor 2001, 39, der dies lediglich als Merkmal modernen staatlichen Rechts ansieht.

Rechtssystemen kann allerdings auch nicht-existierende Systeme erfassen und von anderen Normensystemen abgrenzen. Faktische Existenz sollte nicht als begriffliches Merkmal eingeführt werden.

Im normativen Sinn bedeutet Existenz eines Rechtssystems, dass dessen Anspruch auf Verbindlichkeit begründet ist, die Normen dieses Systems also tatsächlich angewandt und befolgt werden sollen. Auch dies ist eine graduierbare Eigenschaft von Rechtssystemen. Es kann sein, dass ein Verbindlichkeitsanspruch für einzelne Normen eines Rechtssystems nicht begründet werden kann. Dementsprechend existiert ein Rechtssystem im normativen Sinn insoweit, wie ihm gegenüber (d.h. hinsichtlich der Normen des Systems) eine Pflicht zur Anwendung und Befolgung begründet werden kann. Zudem kann diese Pflicht in verschiedener Form bestehen. Minimalvoraussetzung, um von einer Existenz eines Rechtssystems im normativen Sinne sprechen zu können, ist, dass mit dem Rechtssystem tatsächlich normative Konsequenzen verbunden sind. Diese können definitiven Charakter haben, lediglich eine prinzipielle Pflicht zur Anwendung und Befolgung des Rechts enthalten oder - noch schwächer - lediglich ein Gebot zur Berücksichtigung¹³⁵ der Forderungen des Rechts bei praktischen Entscheidungen darstellen. Allerdings stellen sich diese normativen Fragen in der Regel nicht in Bezug auf ein Rechtssystem insgesamt, sondern in Bezug auf einzelne Rechtsnormen.

Aus der Sicht des Rechtsanwenders ist somit die Frage der Rechtsgeltung einzelner Normen von zentraler Bedeutung. Er muss bestimmen, welchen Normen seine Entscheidung folgen soll. Hingegen ist das Rechtssystem in seiner Gesamtheit nicht für einzelne Entscheidungen relevant. Aus Sicht der Rechtsanwender lassen sich zwar Teilsysteme entwickeln, auf die ihre Entscheidungen gestützt werden. Die Struktur, die sich daraus ergibt, ist jedoch eine Vielzahl mehr oder weniger stark zusammenhängender Konzeptionen des Rechts aus der Sicht einzelner Rechtsanwender. Diese individuellen Rechtskonzeptionen können wiederum als Grundlage für die Konstruktion eines Rechtssystems verwendet werden. Inwieweit diese Konstruktion zu einem einheitlichen System führt, ist jedoch fraglich. Für die Entscheidung einzelner Fälle kommt es jedenfalls nicht darauf an, ein Gesamtsystem des Rechts zu entwickeln.

Das Prinzipienmodell des Rechts hat die Teilnehmerperspektive des einzelnen Rechtsanwenders zur Grundlage. Es muss so konzipiert sein, dass in ihm formulierte Aussagen über das Recht für die Begründung juristischer Entscheidungen brauchbar sind. Damit ist für das Prinzipienmodell die Frage nach der Rechtsgeltung einzelner Normen zentral.

1. Rechtsgeltung und moralische Richtigkeit

Für die Rechtsgeltung gibt es eine Reihe positivrechtlich anerkannter Kriterien, wie Gesetztheit, gerichtliche Anerkennung oder soziale Wirksamkeit. Fraglich ist allerdings deren Einbindung in eine Theorie rechtlicher Geltung auf der Grundlage eines norma-

135 Zur Unterscheidung von Prinzipien und Berücksichtigungsgeboten Clérico 2001, 174. Zur abweichenden Terminologie im Planungsrecht Steiff 2006, 289ff.

tiven Rechtsbegriffs. Umstritten ist insbesondere, welche Relevanz Kriterien inhaltlicher Richtigkeit für die rechtliche Geltung einer Norm haben. Inhaltliche Richtigkeit meint die Begründbarkeit der Verbindlichkeit einer Norm aufgrund ihres Inhalts, nicht aufgrund anderer, formeller Kriterien, die vom Inhalt der betreffenden Norm unabhängig sind, wie eben Gesetzgebungsakte, gerichtliche Anerkennung oder soziale Wirksamkeit. Positivistische Theorien, wie die *Kelsens*¹³⁶, *Harts*¹³⁷ und *Raz*,¹³⁸ enthalten allein formelle Kriterien rechtlicher Geltung und betonen den autoritativen Charakter des Rechts.¹³⁹ Normativistische Theorien verwenden für die Begründung der rechtlichen Geltung von Normen in verschiedener Weise auch Kriterien ihrer rationalen Begründbarkeit. Beispiele sind insbesondere die Theorien *Dworkins* und *Alexys*, die beide den argumentativen Charakter der Begründung rechtlicher Aussagen betonen¹⁴⁰.

Es sind zwei Aspekte der Theorie rechtlicher Geltung zu unterscheiden, der Geltungsbegriff und die Geltungskriterien. In dieser Untersuchung interessiert ein normativer Geltungsbegriff, da es um die Entwicklung einer Theorie des Rechts aus Sicht dessen geht, der rechtliche Urteile abzugeben hat und damit vor der Frage steht, welche Normen in einem solchen Urteil tatsächlich angewandt oder befolgt werden sollen. Es geht also um absolute, nicht nur systemrelative Geltung, und um einen Geltungsbegriff, der ein Anwendungs- und Befolgungsgebot geltender Normen impliziert. Der Geltungsbegriff ist somit durch folgende Implikation charakterisiert:

(RG₁) Aus der definitiven Geltung einer Norm folgt ein definitives Gebot ihrer Anwendung und Befolgung.

$$\text{VAL}_{\text{DEF}} N \rightarrow \text{VAL}_{\text{DEF}} O \text{ APP } N.$$

Dies schließt es aus, die Frage nach der Rechtsgeltung von der der Anwendungs- und Befolgungspflicht zu trennen. Für den Anwender bedeutet die Feststellung der Rechtsgeltung zugleich die Anwendungspflicht. Dies ist zwar eine rechtliche Anwendungspflicht insofern, als ihre Begründung auf Rechtsnormen gestützt und nicht rein moralisch begründet wird. Es ist aber eine Pflicht, die tatsächlich zu erfüllen ist. Die Möglichkeit der Trennung von Geltung und Befolgungspflicht, wie sie ein systemrelativer, nicht-normativer Geltungsbegriff erlaubt, ist aus der Teilnehmerperspektive des Rechtsanwenders nicht möglich.

Kriterien der Rechtsgeltung können formellen oder materiellen Charakter haben, wobei Mischformen möglich sind. Formelle Kriterien sind insbesondere solche deskriptiv-empirischer Natur, wie Setzung oder institutionelle Anerkennung einer Norm. Allerdings ist die Anwendung solcher Kriterien nicht völlig frei von normativen Wertungen. Zudem setzen die Feststellung von Gesetzgebungsakten oder sonstigen institutionellen

136 Kelsen 1960.

137 Hart 1994.

138 Raz 1979, 109f.; 1983.

139 Rechtspositivistische Positionen vertreten auch Kramer 1999; Marmor 2001; Rodriguez 2002.

140 Vgl. Dworkin 1986, 13f.; Alexy 1987, 417.

Akten Normen voraus, die die Organe und ihre Kompetenzen bestimmen. Dennoch haben diese formellen Kriterien einen deskriptiv-empirischen Kern. D.h., sie sind auf der Grundlage bestimmter, gegebener Normen ohne Beurteilung der inhaltlichen Richtigkeit der in Frage stehenden Norm anwendbar.

Materielle Kriterien der Rechtsgeltung rekurren hingegen auf die inhaltliche Richtigkeit einer Norm. Die Geltung einer Norm aufgrund inhaltlicher Richtigkeit soll als moralische Geltung bezeichnet werden. Moral wird hier dementsprechend als die Menge der Normen verstanden, die aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründet sind.

Rechtsgeltung einer Norm kann auch bei Verwendung eines normativen Geltungsbegriffs nicht allein aufgrund der Überzeugung ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründet werden. In Fällen extrem ungerechten Rechts kann zwar die Ungültigkeit einer Norm rein materiell begründet werden. Um positive Aussagen über geltendes Recht zu treffen, müssen formell begründete Rechtsnormen angeführt werden. Die Frage ist, ob eine Theorie der Rechtsgeltung allein mit formellen Geltungskriterien auskommt oder ob sie Kriterien inhaltlicher Richtigkeit, und damit moralischer Geltung, einschließen muss. Diese Frage ist im Prinzipienmodell auf zwei Ebenen zu beantworten, auf der der Prinzipien als Argumente für Abwägungen sowie auf der der definitiven Normen als Abwägungsergebnisse.

2. *Geltung von Rechtsprinzipien*

Formelle Theorien der Geltung von Rechtsprinzipien identifizieren rechtlich geltende Prinzipien aufgrund eines formellen, inhaltsunabhängigen Kriteriums. Solche Kriterien sind die positive Setzung einer Norm, institutionelle oder soziale Anerkennung, Ableitung oder Begründung aus anhand empirischer Kriterien identifizierter Normen. Materielle Theorien fordern für die rechtliche Geltung von Prinzipien eine Rechtfertigung aufgrund des Inhalts der Prinzipien, also eine im weiteren Sinne moralische Begründung. Geltungstheorien können

- (1) ausschließlich formelle Geltungskriterien enthalten.
- (2) ausschließlich materielle Geltungskriterien enthalten.
- (3) eine Kombination von formellen und materiellen Geltungskriterien enthalten.

Die Frage, welche Kriterien Theorien rechtlicher Geltung enthalten können oder müssen, ist wichtig für die Beurteilung, ob und in welchem Sinne positivistische Theorien des Rechts in Bezug auf Rechtsprinzipien haltbar sind.

Einer rein materiellen Theorie rechtlicher Geltung von Prinzipien steht entgegen, dass Rechtsordnungen die rechtliche Geltung materiell begründeter Prinzipien positiv-rechtlich anordnen oder ausschließen können. Insbesondere können rein moralisch begründete Prinzipien für rechtlich nicht beachtlich erklärt werden. Diese Möglichkeit besteht auch im Rahmen einer normativen Konzeption des Rechts, soweit die positiven Rechtsnormen sicherstellen, dass das Recht nicht in erheblichen Widerspruch zur Moral geraten kann und somit der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts aufrechterhalten werden kann. Für jede Rechtsordnung gelten demnach formelle Kriterien der rechtlichen

Geltung von Prinzipien.¹⁴¹ Die Anwendung formeller Geltungskriterien, etwa die positive Setzung von Rechtsprinzipien, ist in jeder Rechtsordnung möglich. Es lässt sich feststellen:

(RG₂) Jede Rechtsordnung muss formelle Kriterien für die rechtliche Geltung von Prinzipien enthalten.

Aber auch eine rein formelle Geltungstheorie ist auszuschließen. Für die rechtliche Geltung rein materiell begründeter Prinzipien in zumindest einigen Rechtssystemen sprechen folgende Argumente.

Das erste ist das der Möglichkeit extrem ungerechten positiven Rechts.¹⁴² Auf der Grundlage eines normativen Rechtsbegriffs müssen auch positivrechtliche Normen so begründet sein, dass sie eine tatsächliche Anwendungs- und Befolgungspflicht nach sich ziehen können. Erreicht der Widerspruch positivrechtlicher Prinzipien zu Forderungen von Moral oder Gerechtigkeit ein zu großes Maß, muss es für den Rechtsanwender als moralisch verantwortliches Subjekt möglich sein, sich auf rein moralisch begründete Prinzipien zu stützen, um eine rechtfertigbare Lösung zu erreichen.

Das zweite Argument ist das der Abstufbarkeit und Graduierbarkeit formeller Kriterien der Rechtsgeltung.¹⁴³ So wird die Setzung durch einen demokratischen Gesetzgeber hohes Gewicht haben, die Anerkennung in der Gerichtspraxis oder durch Regierungsverordnung geringeres, aber ebenfalls hohes Gewicht, mittelbare Stützung durch diese Kriterien oder die Anerkennung in der Rechtswissenschaft hingegen relativ geringes Gewicht. Alle diese Kriterien sind formelle Kriterien. Selbst wenn man Rechtsgeltung von Prinzipien nur nach formellen Kriterien bestimmte, wäre es daher nicht ausgeschlossen, ein in der Rechtspraxis anerkanntes Prinzip gegen ein durch ein Parlamentsgesetz eingeführtes anzuführen, oder rechtswissenschaftliche Lehren gegen Gerichtspraxis. Das Gewicht sowie die Unterschiede im Gewicht der formellen Stützung dieser Prinzipien können in manchen Fällen sehr klein sein. Dann ist es aber unplausibel, materiell begründete Prinzipien von der Abwägung mit diesen formell begründeten Prinzipien auszuschließen.¹⁴⁴ Zumindest kann ein materiell begründetes zusammen mit einem schwachen formell begründeten Prinzipien gegen ein stärkeres formelles Prinzip angeführt werden.

Ein drittes Argument ergibt sich aus der Charakterisierung von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile. Dies erfordert, dass ihnen ein Gewicht in der Kollision mit gegenläufigen Prinzipien zugeschrieben wird. Die bloße positivrechtliche Anerkennung eines Prinzips enthält noch keine Gewichtung, sondern begründet lediglich ein

141 Ob von diesen Kriterien Gebrauch gemacht wird, ist eine andere Frage. Allerdings wird es kaum eine Rechtsordnung geben, die die rechtlich geltenden Prinzipien allein aufgrund materieller Kriterien bestimmt.

142 Vgl. Alexy 1994; 1993; Radbruch 1946.

143 Vgl. Sieckmann 1990, 197.

144 Ein starker oder "exklusiver" Rechtspositivismus, der nur soziale Fakten als Grundlage rechtlicher Geltung akzeptiert, wäre diesem Einwand allerdings nicht ausgesetzt, weil er von vornherein Abwägungsstrukturen nicht erfassen kann.

Gebot der Berücksichtigung dieses Prinzips in Abwägungen mit kollidierenden Prinzipien. Die Anerkennung des Tierschutzes als Rechtsprinzip etwa bestimmt nicht das Gewicht, das dem Tierschutz im Konflikt mit anderen Prinzipien, z.B. der Wissenschaftsfreiheit, zukommt. Die Abwägung erfordert daher eine materielle Theorie über die normative Relevanz und das Gewicht des Prinzips des Tierschutzes im Verhältnis zu anderen Belangen. Nun könnte Prinzipien ein Gewicht positivrechtlich zugeordnet werden. So werden gesetzliche Festlegungen der in der Bauplanung zu berücksichtigenden Belange als "planungsrechtlich Optimierungsgebote" bezeichnet¹⁴⁵ und angenommen, dass ihnen in der Abwägung ein besonderes Gewicht gegenüber anderen Belangen zukommen soll. Damit wird unterstellt, dass der Gesetzgeber ein besonderes Gewicht dieser Belange vorgegeben hat. Soweit solche positivrechtlichen Gewichtsregeln fehlen, muss eine materielle Theorie über die Gewichtung der abzuwägenden Prinzipien entwickelt werden, die wiederum den Rückgriff auf die inhaltliche Begründung der Prinzipien erfordert.

Allerdings begegnet die Annahme, die Rechtsgeltung von Prinzipien könne rein materiell begründet werden, zwei Einwänden. Zum einen könnte eine Theorie der Rechtsanwendung von der der Rechtsgeltung getrennt werden mit der Konsequenz, dass die Frage der anzuwendenden Prinzipien nicht in einer Theorie rechtlicher Geltung, sondern der Rechtsanwendung behandelt werden. Dieses Trennung widerspricht jedoch dem mit dem Prinzipienmodell verfolgten Ansatz, eine Konzeption des Rechts aus der Teilnehmerperspektive des Rechtsanwenders zu entwickeln.¹⁴⁶

Ein zweiter Einwand ist, dass rein materiell begründete Prinzipien zwar von Rechtsorganen anzuwenden seien, aber als moralisch begründete, nicht als Rechtsprinzipien.¹⁴⁷ Entsprechend wäre die Frage der Gewichtung als eine moralische, nicht rechtliche zu behandeln. Dies betrifft ein Problem der Konstruktion des Rechtsbegriffs. Sieht man als Recht diejenigen Normen an, die Rechtsanwender in ihren rechtlichen Entscheidungen anwenden sollen, dann gehören materiell begründete Prinzipien zum Recht. Allerdings wird gegen diese Sicht eingewandt, ihr zufolge müssten auch logische Regeln¹⁴⁸ oder Normen fremder Rechtssysteme, die in einer rechtlichen Entscheidung zu beachten sind,¹⁴⁹ als geltendes Recht eingeordnet werden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die materielle Begründung von Rechtsprinzipien eine andere Struktur aufweist als der Verweis auf Regeln anderer Normensysteme. Materielle Begründung der Rechtsgeltung bedeutet, dass der Rechtsanwender eine Norm aufgrund ihres Inhalts als geltendes Recht qualifiziert. Der Konzeption autonomer Normbegründung zufolge gibt es kein System von Normen, dass durch das Kriterium materieller Richtigkeit identifiziert wird und dann, wie im Fall von Regeln der Logik oder Normen fremder Rechtssysteme, vom Rechtsanwender herangezogen wird. Es geht vielmehr um die Befugnis, Rechtsüberzeugungen aufgrund inhaltlicher Richtig-

145 Dazu Steiff 2006, 294ff.

146 Zu dieser Unterscheidung s.o., § 5, IV. 3, zur ACE-Theorie.

147 So die Position von Hart 1994.

148 Vgl. Poscher 2007.

149 Vgl. Raz 1999.

keit zu begründen. Dies entspricht einer normativen Konzeption des Rechts aus der Teilnehmerperspektive des Rechtsanwenders, auch wenn es Intuitionen, die auf kriteriellen Abgrenzungen von Rechtssystemen basieren, widersprechen mag. Da eine materielle Begründung keine unabhängige Definition eines Systems darstellt, ist dieser Fall nicht mit dem Verweis auf andere Normensysteme vergleichbar. So bleibt die Möglichkeit, substantielle Normen aufgrund materieller Kriterien in eine Konzeption des Rechts aus der Anwenderperspektive aufzunehmen, Rationalitätsprinzipien oder Normen fremder Rechtssysteme hingegen nicht.

Im übrigen besteht ein Unterschied zwischen materiell begründeten Normen und aus anderen Systemen inkorporierten Normen. Erstere kollidieren mit formell begründeten Rechtsprinzipien. Ihre Rechtsgeltung zu verneinen, obwohl sie formell begründete Rechtsprinzipien einschränken können, würde bedeuten, das Gebot der Befolgung geltenden Rechts einzuschränken. Dies Problem tritt nicht bei Regeln der Logik oder dem Verweis auf andere Normen auf. Damit lässt sich die weitere These feststellen:

(RG₃) Die Begründung der rechtlichen Geltung von Prinzipien aufgrund materieller Kriterien kann nicht rechtsbegrifflich, d.h. für alle möglichen Rechtssysteme, ausgeschlossen werden.

Die Rechtsgeltung von Prinzipien lässt sich somit nicht aufgrund ausschließlich formeller oder ausschließlich materieller Kriterien begründen, sondern beide Arten von Geltungskriterien können Anwendung finden. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass einzelne Rechtsordnungen die rechtliche Geltung von Prinzipien aufgrund rein materieller Kriterien ausschließen.

Die Begründung rechtlicher Geltung von Prinzipien aufgrund materieller Richtigkeit erfordert allerdings mehr als die subjektive Überzeugung des Rechtsanwenders. Im Rahmen autonomer Normbegründung haben Individuen die Kompetenz, ihre Interessen in Form normativer Argumente geltend zu machen. Jedes legitime Interesse kann so zur Grundlage einer prinzipiellen Forderung werden. Die Bildung einer verbindlichen normativen Ordnung wird dadurch erschwert. Gründe der Rechtssicherheit sprechen dafür, den Kreis der rechtlich beachtlichen und von den Rechtsorganen anzuwendenden Prinzipien überschaubar zu halten. Die Kompetenz zu autonomer Begründung interessenbasierter normativer Argumente und die Forderung nach Rechtssicherheit kollidieren somit. Zur Auflösung dieser Kollision sind Kriterien der rechtlichen Geltung von Prinzipien notwendig, die einerseits die wichtigen individuellen Interessen zur Geltung bringen, andererseits die Bildung einer verlässlichen und praktikablen Rechtsordnung erlauben. Dies muss nicht eine explizite gesetzliche Anerkennung sein. Aber irgendeine institutionelle Stützung oder eine allgemeine Anerkennung gemäß dem Kriterium vernünftiger Konvergenz wird zu fordern sein. Welche Kriterien adäquat sind, kann wiederum eine umstrittene normative Frage sein. Sie ist aufgrund des Kriteriums der vernünftigen Konvergenz zu beantworten. Forderungen, die nicht in irgendeiner Weise in einer Rechtsgemeinschaft anerkannt sind, begründen noch nicht die rechtliche Geltung von Prinzipien.

3. *Definitive Rechtsgeltung*

Definitiv geltende Rechtsnormen sind notwendigerweise durch Abwägungsprozeduren begründet. Sie müssen also formelle Geltungskriterien erfüllen. Dies beantwortet jedoch nicht die Frage, ob der Abwägende selbst für die Begründung definitiver Normen mit formellen Geltungskriterien auskommt oder aber materielle Kriterien berücksichtigen muss. Ein Argument für die Notwendigkeit materieller Kriterien ist die Ergebnisoffenheit der Abwägung. Dies führt zu einer Offenheit des Rechts gegenüber Argumenten materieller Richtigkeit. Abwägungsurteile müssen wiedergeben, was nach Überzeugung des Abwägenden rechtlich richtig und deshalb von den Anwendungsorganen anzuwenden ist.

Aus der Offenheit der Abwägung ist gefolgert worden, dass das Recht notwendig offen gegenüber der Moral sei.¹⁵⁰ Diese Folgerung ist allerdings präzisierungsbedürftig. Wenn die abzuwägenden Prinzipien rechtlicher Natur sind, wird das Abwägungsergebnis durch Rechtsprinzipien begründet, nicht durch Moralprinzipien. Die Bestimmung des Abwägungsurteils beruht auf einem autonomen Urteil, das eines der kollidierenden Prinzipien als im konkreten Fall vorrangig ansieht. Es sind keine weiteren moralischen Argumente erforderlich. Ein notwendiger Bezug zur Moral ergibt sich nur daraus, dass die Gewichtung der Prinzipien allein auf die Überzeugung der richtigen Bestimmung deren relativen Gewichts gegründet werden kann. Das Abwägungsurteil ist somit ein absolut begründetes, nicht lediglich system-relatives Urteil. Wenn dies als moralisch bezeichnet wird, unabhängig davon, wie die abzuwägenden Prinzipien begründet sind, dann führt die Abwägung notwendigerweise zu moralischen Urteilen. Dies ist allerdings etwas anderes als die Offenheit des Rechts gegenüber der Prinzipien der Moral. Es folgt lediglich, dass moralische Urteile im Sinne von Urteilen mit absolutem normativen Geltungsanspruch in der Rechtsanwendung vorkommen.

Die Begründung rechtlicher Urteile aufgrund autonomer Abwägungsurteile ist allerdings problematisch hinsichtlich des Verbindlichkeitsanspruchs des Rechts. Dieser verlangt eine objektiv begründete Geltung. Bloße individuelle normative Urteile können nicht Verbindlichkeit gegenüber anderen autonomen Subjekten beanspruchen. Da Recht aber Verbindlichkeit beansprucht, muss rechtliche Geltung sich auf mehr stützen als auf individuelle Abwägungsurteile.

Dem scheint entgegenzustehen, dass Abwägungsurteile einen normativen Richtigkeitsanspruch erheben. Selbst ein individuelles Abwägungsurteil, das aufgrund der Abwägung rechtlicher Prinzipien einer Norm definitive Geltung zuspricht, muss beanspruchen, dass diese Norm rechtlich begründet ist. Gleichwohl kann keine Verbindlichkeit für ein solches Urteil und die damit für gültig erklärte Norm beansprucht werden. Es kann zwar beansprucht werden, dass jeder diese Norm als rechtlich gültig anerkennen solle. Aber solange andere und insbesondere die Rechtsanwendungsorgane dies nicht tun, besitzt die Norm keine rechtliche Geltung. Die Ansprüche auf rechtliche Begründetheit und auf rechtliche Verbindlichkeit fallen also auseinander.

150 So das "Prinzipienargument" von Alexy 1994.

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

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

III. Der autoritative Charakter des Rechts

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

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

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

152 Dazu s.u., § 6.