

# § 8 Gerichtliche Kontrollkompetenzen

## I. Die Grenzen der Rechtsanwendung

Rechtsanwendung beansprucht, geltendes Recht anzuwenden. Daraus folgt allerdings nicht, dass Rechtsanwendung das Recht unverändert lässt und nicht auch neues Recht kreiert. Dies kann zum einen faktisch der Fall sein, indem gerichtliche Urteile neue Normen schaffen, sei es in Bereichen der Offenheit des Rechts, sei es unter Abweichung von bestehenden rechtlichen Regelungen. Zum anderen können Gerichte die Kompetenz zu solchen Rechtskreationen oder Rechtsfortbildungen haben.<sup>240</sup> Herkömmlich beansprucht Rechtsanwendung jedoch, Erkenntnis des Rechts zu sein.<sup>241</sup> Im Prinzipienmodell stellt sich eine besondere Problematik. Lässt sich nicht eine Rechtsauffassung objektiv und mit Anspruch auf Verbindlichkeit aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz begründen, können Gerichte gleichwohl aufgrund intersubjektiv reflektierter autonomer Urteile entscheiden. Damit erzeugen sie eine verbindliche Rechtsnorm - zumindest für den entschiedenen Fall. Sie beanspruchen gleichwohl, gemäß dem geltenden Recht zu entscheiden.

Das Prinzipienmodell eröffnet damit eine neue Perspektive für die Rechtfertigung gerichtlicher Entscheidungen. So ist die Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht notwendig auf den Bereich objektiver Rechtserkenntnis begrenzt. Andererseits ist fraglich, warum in Bereichen, in denen verschiedene Rechtsauffassungen vertretbar sind, Verfassungsgerichte die Kompetenz haben sollten, ihre Auffassung gegenüber dem Gesetzgeber oder anderen Organen durchzusetzen. Die Abgrenzung von Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen bei der Anwendung des Rechts ist daher offen. Sie muss im Rahmen des Prinzipienmodells normativ beantwortet werden. Im Rahmen einer analytischen Untersuchung kann es allerdings nur darum gehen, die Möglichkeiten und Strukturen dieser Abgrenzung aufzuzeigen.

Das Problem, zu dem der Anspruch, auch mit Abwägungsurteilen das geltende Recht anzuwenden, führt, ist, dass Gerichte als Kontrollinstanz die letztlich maßgebliche Entscheidung zu treffen haben und gerichtliche Entscheidungen aufgrund der Bindung von Gesetzgeber und Exekutive an die Verfassung sowie der Exekutive auch an das einfache Recht für diese Organe verbindlich sind. Gerichte müssen ihre Entscheidung als nach der Verfassung oder dem einfachen Recht gefordert vertreten, auch wenn ihre Begründung zweifelhaft ist. Da politische Entscheidungen im Verfassungsstaat zudem in hohem Maß rechtlichen Bindungen unterliegen, führt die dargelegte Struktur von Abwägungen zu dem

240 Zu den Grenzen richterlicher Kompetenzen allgemein Neuner 2005.

241 Vgl. Somek 2006, 7, sowie die Suche nach einer kognitiven Begründung von Abwägungsurteilen, 137.

Problem der Verdrängung von Gesetzgeber und Exekutive durch die Gerichte.<sup>242</sup> Dies gilt in besonderem Maße für die Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>243</sup>

Da dies wiederum unter Gesichtspunkten von Demokratie und Gewaltenteilung nicht hinnehmbar erscheint, verzichten Gerichte in einigen Bereichen auf eine vollständige Kontrolle von legislativen, judikativen und exekutiven Akten. Beispiele sind:

- die Anerkennung von Spielräumen<sup>244</sup> des Gesetzgebers: Soll lediglich gesagt werden, dass ein Gesetz im Rahmen der geltenden Verfassung erlassen worden ist, wären Spielräume lediglich das Ergebnis des Fehlens rechtlicher Bindungen. Es scheint jedoch, dass die Anerkennung von "Spielräumen" auch eine argumentative Funktion in der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen hat.
- die Beschränkung auf Aufhebung offensichtlich oder eindeutig fehlerhafter Entscheidungen oder nicht vertretbarer Entscheidungen, z.B. im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Gibt es offensichtlich oder eindeutig falsche Entscheidungen, dann auch nicht offensichtlich oder eindeutig falsche Entscheidungen, die von Gerichten - entgegen dem geltenden Recht? - nicht aufgehoben werden sollen.
- die Prüfung lediglich eines sachlichen Grundes, nicht eines hinreichenden Grundes für eine Ungleichbehandlung: Sind sachliche Gründe keine hinreichenden Gründe, dann gibt es Ungleichbehandlungen, die von Gerichten akzeptiert werden, ohne dass es eine ausreichende rechtliche Rechtfertigung für sie gibt.
- die Beschränkung der Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidung auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Da nach einfacher Recht nicht gerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte keine gesetzliche Grundlage haben, müssten sie wegen des Vorbehalts des Gesetzes als Grundrechtsverletzung angesehen werden, was jedoch nicht angenommen wird.
- die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung: Gerichte beanspruchen, in der Lage zu sein, unbestimmte Rechtsbegriffe zu interpretieren und anzuwenden, verzichten in manchen Fällen aber darauf, dies zu tun, obwohl dies möglich wäre.

Diese Argumentationsfiguren lassen sich in der Weise interpretieren, dass Gerichte auf eine vollständige rechtliche Überprüfung der Entscheidungen anderer Organe verzichten. Die Frage ist, wie dies mit der Rechts- und Verfassungsbindung der Gerichte wie auch der anderen Organe vereinbar ist.

Ein Vorschlag zur Lösung dieses Konflikts zwischen Demokratieprinzip und Gewaltenteilung einerseits, dem Gebot verfassungsgerichtlicher Kontrolle andererseits ist die Abwägung materieller und formeller Prinzipien.<sup>245</sup> Materielle Prinzipien gebieten z.B. die Realisierung von Grundrechten, formelle Prinzipien die Respektierung von Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Soweit allerdings die verfassungsrechtlich

242 Dies wird insbesondere von Böckenförde 1991 und Forsthoff 1976 zur Grundlage der Kritik an der Wertordnungslehre des BVerfG gemacht.

243 Zum Problem der Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle in der Demokratie Riecken 2003.

244 Zu einer Liste verschiedener Arten von "Spielräumen" in der Rechtsprechung des BVerfG Alexy 2002, 15f.

245 Alexy 2002, 29; Raabe 1998, 412ff.; Afonso da Silva 2003, 152ff.; Riecken 2003, 460ff.

gebotene Lösung erkennbar ist, muss die Verfassung angewandt werden.<sup>246</sup> Ist hingegen eine solche Erkenntnis nicht möglich, sind also verschiedene Auffassungen vertretbar, soll eine Abwägung materieller und formeller Prinzipien bestimmen, wie weit die verfassungsgerichtliche Kontrolle gehen soll oder darf.

Dieser Ansatz lässt jedoch im Unklaren, auf welche Grundlage sich die gerichtliche Kontrolle stützen soll, wenn nicht erkennbar ist, was verfassungsrechtlich geboten ist. Ein Verfassungsgericht kann schwerlich sagen: "Wir wissen zwar auch nicht, was verfassungsrechtlich geboten ist, halten dieses Gesetz aber für verfassungswidrig." Eine gerichtliche Entscheidung muss materiell begründet werden. Wenn eine Rechtserkenntnis nicht möglich ist, ist fraglich, welche andere Legitimationsgrundlage für sie in Betracht kommt.

Die Konzeption autonomer Normbegründung bietet einen alternativen Ansatz zur Begründung rechtlicher Entscheidungen, der im Ausgangspunkt ohne kognitive Ansprüche auf Rechtserkenntnis auskommt. Der Richtigkeitsanspruch normativer Urteile ist ein normativer, nämlich der Anspruch, dass das Urteil durch die stärkeren Gründe geboten ist. Die Richtigkeitsansprüche verschiedener Organe, seien es Gerichte oder Gesetzgeber, können allerdings kollidieren. Bei der Frage, welchem Organ die Letztentscheidungskompetenz zukommen soll, kommen formelle Prinzipien ins Spiel. Dies ist das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen, das im Folgenden - nach einigen begrifflichen Abgrenzungen - zu entwickeln ist.

## *II. Kontrollkompetenz, Kontrollmaßstab und Kontrollintensität*

Zu unterscheiden sind Fragen der Kontrollkompetenz, des Kontrollmaßstabs und der Kontroll- oder Prüfungsintensität.

Die Frage des Kontrollmaßstabs betrifft die Bestimmung der von Gerichten zu überprüfenden rechtlichen Anforderungen. Die gerichtliche Kontrolle kann sinnvollerweise nicht weiter gehen als die rechtlichen Bindungen. Fraglich ist jedoch, ob es rechtliche Anforderungen gibt, die nicht gerichtlich überprüft werden, und welche dies ggf. sind. Es geht also um die Identität oder Divergenz von Handlungs- und Kontrollmaßstab.<sup>247</sup> Diese Frage ist von der Zuordnung von Abwägungskompetenzen im Sinne der Kompetenz zu letztverbindlicher Entscheidung zu unterscheiden. Zwar führt eine Beschränkung des Kontrollmaßstabs indirekt auch zu einer Beschränkung gerichtlicher Kontrollkompetenzen. Anders als nach dem direkten kompetentiellen Ansatz wird mit dieser Konstruktion jedoch angenommen, dass die Rechtsbindung nur unvollständig kontrolliert wird. Nach dem kompetentiellen Ansatz wird demgegenüber jede rechtliche Bindung der Entscheidung kontrolliert, aber eben nur kontrolliert und nicht die Entscheidung durch eine des Gerichts ersetzt.

Entscheidend für die Kontrollkompetenz der Gerichte ist, wer letztlich über bestimmte entscheidungserhebliche Fragen zu urteilen hat, wem also insoweit die "Letztentschei-

246 So auch Alexy 2002, 29. Die Frage der Erkennbarkeit des Rechts steht im Vordergrund bei Iglesias Vila 2001; Somek 2006; Pavlakos 2007.

247 Dazu Raabe 1998, 147ff. Zur Intensität richterlicher Kontrolle auch Rivers 2006.