

Jan Sieckmann

Recht als normatives System

Die Prinzipientheorie des Rechts



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Robert Alexy und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 51

Jan Sieckmann

Recht als normatives System

Die Prinzipientheorie des Rechts



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-4115-4

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Lisandro

Vorwort

Die vorliegende Veröffentlichung zieht eine Bilanz meiner Studien zur Prinzipientheorie des Rechts. Sie schließt thematisch an meine Dissertation "Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems" an. Ein Ergebnis jener Arbeit war, dass Abwägungen Argumente erfordern, die nicht propositionale Struktur, also nicht die Form von normativen Aussagen haben. Eine solche Konzeption normativer Argumente habe ich in verschiedenen Aufsätzen entwickelt, ferner eine darauf aufbauende Konzeption autonomer Normbegründung mit spezifischen Interpretationen des Richtigkeitsanspruchs und der Objektivität normativer Urteile. Diese Ansätze werden hier systematisch zu einer Theorie des Rechts entwickelt, die dessen normativen Charakter und die Notwendigkeit der Rechtfertigung des Rechts ernst nimmt.

Eine normtheoretische Unterscheidung bildet somit die Grundlage für eine Konzeption des Rechts mit weitreichenden Konsequenzen. Deren Entwicklung ist allerdings nicht abgeschlossen. Jedes Kapitel dieser Untersuchung fordert zu weiteren Analysen heraus. Zudem bestehen Differenzen unter den Vertretern der Prinzipientheorie, und ihre Kritiker sind zahlreich. Die hier vorgelegte Studie wird diese Kontroversen nicht beseitigen. Sie beansprucht jedoch, eine kohärente Theorie des Rechts zu entwickeln, die die Attraktivität, wenn nicht die Notwendigkeit, des Prinzipienmodells des Rechts belegt.

Kommentare und Kritiken von verschiedenen Seiten haben geholfen, meine Konzeption der Prinzipientheorie zu verbessern. In erster Linie ist mein Lehrer Robert Alexy zu nennen. Wichtige Anregungen kamen ferner aus Diskussionen mit Delf Buchwald, Eugenio Bulygin, Laura Clérico, Jaap Hage, Pavel Holländer, Nils Jansen, Daniel Oliver-Lalana und Jorge Rodriguez, ferner mit den Teilnehmern des Doktorandenseminars am Lehrstuhl Alexy. Auch wenn sie mich nicht von meinen Ideen haben abbringen können, haben sie jedenfalls zu deren Klärung beigetragen.

Kiel, im August 2008

Jan-R. Sieckmann

<i>Einleitung</i>	15
<i>1. Teil: Das Prinzipienmodell der Normbegründung</i>	19
<i>§ 1 Grundstruktur des Prinzipienmodells</i>	19
I. Regeln und Prinzipien	21
1. Prinzipien, Optimierungsgebote und ideales Sollen	22
2. Die Idee normativer Argumente	24
3. Normative Argumente als reiterierte Geltungsgebote	26
II. Abwägung und Autonomie	28
1. Die Struktur der Abwägung	29
2. Der Richtigkeitsanspruch von Abwägungsurteilen	30
3. Die Struktur autonomer Entscheidung	33
III. Elemente einer Konzeption autonomer Normbegründung	35
IV. Zur Adäquatheit des Prinzipienmodells	39
<i>§ 2 Normative Argumente und normative Aussagen</i>	41
I. Gründe für Abwägungsurteile	41
II. Die nicht-propositionale Struktur normativer Argumente	42
1. Das Postulat der Widerspruchsfreiheit normativer Aussagen	42
2. Konstruktionen abwägungsfähiger Argumente mit propositionaler Struktur	43
2.1. Prima facie-Normen und pro tanto-Normen	44
2.2. Unbestimmtheit von Prinzipien	46
2.3. Die Anwendung nicht-monotoner Logik	47
2.4. Prinzipien als prozedurale Regeln	48
3. Die Notwendigkeit nicht-propositionaler Argumente	50
III. Normative Argumente als reiterierte Geltungsgebote	51
IV. Argumente für die Konstruktion reiterierter Geltungsgebote	53
1. Adäquatheitsbedingungen für Abwägungsgründe	53
2. Die Struktur interessenbasierter Argumente	55
3. Normtheoretische Argumente	57
4. Normativität und ideales Sollen	59
4.1. Der normative Geltungsbegriff	59
4.2. Der Begriff des idealen Sollens	59
5. Die Vermeidung des Münchhausen-Trilemmas	60
V. Normative Aussagen	61
1. Interne normative Aussagen	61

1.1. Normative Urteile und absolute Geltungsaussagen	62
1.2. Normative Aussagen über Abwägungsergebnisse	63
2. Externe Geltungsaussagen	63
VI. Fazit	64
 § 3 Die Struktur der Abwägung	 65
I. Das Grundschema der Abwägung	66
II. Optimierung als Abwägungsziel	69
1. Elemente der Optimierung	70
2. Faktische Optimalität	71
3. Relative Gewichtungen	72
4. Normative Optimalität	73
III. Abwägungskriterien	75
1. Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade	75
2. Relative Gewichte	77
3. Relative Gewichte im konkreten Fall	78
4. Vorrangregeln	79
5. Abstrakte relative Gewichte	81
IV. Abwägungsvarianten	83
1. Komparative und optimierende Abwägung	83
2. Alternative Formulierungen des Abwägungsproblems	84
2.1. Abwägung von Teilprinzipien	84
2.2. Elementare und komplexe Prinzipien	85
2.3. Vollständig und unvollständig autonome Abwägung	86
3. Grade der Gebundenheit von Abwägungen	86
V. Abwägungsergebnisse	87
1. Positive und negative Abwägungsurteile	88
2. Abwägungskritik	89
3. Kriterien formaler Korrektheit	90
3.1. Konsistenz- und Kohärenzforderungen	90
3.2. Komparative Kriterien und Abwägungsgesetze	91
VI. Fazit	93
 § 4 Autonome Normbegründung	 95
I. Die Konstruktion moralischer Autonomie	96
1. Das Dilemma moralischer Autonomie	96
2. Merkmale autonomer Abwägung	98
3. Der Begriff moralischer Autonomie	100
II. Normativität, Richtigkeit, Verbindlichkeit, Objektivität	101
III. Struktur autonomer Normbegründung	103
1. Interessengestützte normative Argumente	104

2. Individuelle Abwägungsurteile	106
3. Definitive normative Aussagen	109
3.1. Die Notwendigkeit prozeduraler Normbegründung	110
3.2. Das Kriterium der Verbindlichkeit: Konsens oder Konvergenz?	111
3.3. Die Normativität definitiver Geltungsaussagen	111
IV. Objektiv gerechtfertigte Behauptung der Verbindlichkeit	113
V. Die Spannung zwischen Autonomie und Rationalität	116
VI. Fazit	117
 <i>2. Teil: Rechtsgeltung und Rechtsanwendung</i>	 119
 <i>§ 5 Rechtsbegriff und Rechtsgeltung</i>	 119
 I. Die Konzeption des Rechts als normatives System	 120
1. Der Ordnungscharakter des Rechts	120
2. Recht als institutionalisierte Ordnung	122
3. Objektivität des Rechts	123
4. Autoritativer Charakter des Rechts	125
5. Legitimitätsanspruch	126
6. Eine Definition des Rechtssystems	126
II. Rechtsgeltung	127
1. Rechtsgeltung und moralische Richtigkeit	128
2. Geltung von Rechtsprinzipien	130
3. Definitive Rechtsgeltung	134
III. Der autoritative Charakter des Rechts	135
1. Exklusionäre Gründe	136
2. Formelle Prinzipien	137
2.1. Grundstruktur	137
2.2. Die Begründung formeller Prinzipien	138
2.3. Formelle Prinzipien und Gesetzesbindung	139
2.4. Der Vorrang der Verfassung	140
IV. Intrasystemische und intersystemische Relationen im Recht	142
1. Relationen zwischen Teilsystemen des Rechts	142
2. Relationen zwischen Rechtssystemen	143
2.1. Intersystemische Forderungen	143
2.2. Validierung und Inkorporation	144
2.3. Konfliktlösungsregelungen	145
2.4. Definitionen und Thesen	146
3. Relationen zwischen Rechtskonzeptionen	148
V. Fazit	149

<i>§ 6 Juristische Interpretation</i>	<i>151</i>
I. Interpretationsprobleme	151
II. Interpretation als Abwägung	154
1. Der Konflikt zwischen semantischer und juristischer Bedeutung	156
2. Konflikte zwischen Auslegungskriterien	157
2.1. Die "canones" der Auslegung	158
2.2. Das Problem des Willens des Gesetzgebers	159
2.3. Das Problem der Rangfolge der Auslegungsregeln	159
III. Systematik der Auslegungskriterien	161
1. Argumentationsstrukturen	161
1.1. Die Kohärenzforderung	161
1.2. Die Subjektiv-/Objektiv-Dichotomie	162
1.3. Deduktive und teleologische Argumentation	162
2. Kombinationen	163
3. Abwägung von Auslegungsargumenten	164
IV. Die prozedurale Struktur der Interpretation	166
V. Fazit	167
 <i>§ 7 Abwägung in der juristischen Argumentation</i>	 <i>169</i>
I. Autonome und juristische Abwägung	169
II. Abwägung und Kohärenz	170
1. Interne Kohärenz	170
2. Externe Kohärenz	171
III. Abwägungsregeln	172
1. Abwägungskriterien	173
2. Kohärenzforderungen	173
3. Kohärenz und Formalisierung	174
3.1. Alexys "Gewichtsformel"	174
3.2. "Gewichtsformel" und Optimierungsmodell der Abwägung	177
3.3. Der Begriff des konkreten Gewichts	178
3.4. Eingriffsintensitäten und abstrakte Gewichte	179
3.5. Die geometrische Skalierung	181
IV. Die Entscheidbarkeit juristischer Abwägungen	183
1. Objektivität aufgrund vernünftiger Konvergenz	184
1.1. Relative Gewichte	184
1.2. Erfüllungsgrade	185
1.3. Konkrete relative Gewichte und Erfüllungswerte	186
2. Objektivität im Sinne der Kritisierbarkeit von Abwägungsurteilen	187
3. Normative Objektivität	188
V. Abwägung als Interpretation	189

VI. Fazit	191
<i>§ 8 Gerichtliche Kontrollkompetenzen</i>	192
I. Die Grenzen der Rechtsanwendung	192
II. Kontrollkompetenz, Kontrollmaßstab und Kontrollintensität	194
III. Ansätze zur Begrenzung gerichtlicher Kontrollkompetenzen	197
IV. Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen	200
1. Grundstruktur	201
2. Einwände	202
V. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen	204
1. Leitidee: Optimalität des Verfassungssystems	205
2. Das Kriterium der Objektivität	206
3. Optimierung des Grundrechtsschutzes	207
4. Voraussetzungen der Legitimität staatlichen Handelns	208
VI. Fazit	209
<i>3. Teil: Legitimität des Rechts</i>	211
<i>§ 9 Recht und praktische Vernunft</i>	211
I. Vernunft und Autonomie	211
II. Das Scheitern kognitiver Ansätze der Normbegründung	212
1. Alexys diskurstheoretische Konzeption der Normbegründung	213
2. Kritik	215
2.1. Behauptungen im normativen Diskurs	215
2.2. Konzeptionen von Richtigkeit	216
2.3. Die Elemente eines Anspruchs auf Richtigkeit	217
2.4. Die Notwendigkeit eines Anspruchs auf Richtigkeit	217
III. Praktische Vernunft im Rahmen autonomer Normbegründung	218
1. Grundsätze des Vernunftrechts	218
2. Proportionalität	219
3. Gleichheit	221
4. Freiheit	222
IV. Fazit	224
<i>§ 10 Recht, Moral und Gerechtigkeit</i>	225
I. Verbindungen von Recht und Moral im Prinzipienmodell	225
II. Folgerungen aus der Absolutheit des rechtlichen Richtigkeitsanspruchs	226
1. Rechtsgeltung als Anwendungspflicht	226
2. Der institutionelle Richtigkeitsanspruch des Rechts	227
III. Moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung	228
1. Alexys These vom notwendigen Anspruch des Rechts auf Richtigkeit	228

2. Relationale Richtigkeit	229
3. Richtigkeit als Gerechtigkeit	229
4. Die Kontingenzthese	231
5. Inklusiver Rechtspositivismus	233
IV. Konflikte zwischen Recht, Moral und Gerechtigkeit	235
V. Fazit	237
 <i>§ 11 Autonomie und Menschenrechte</i>	 238
I. Menschenrechte als universelle Rechte	238
II. Das Modell der Rechtfertigung von Menschenrechten	239
1. Autonome Kompetenzen	239
2. Demokratischer Totalitarismus und konstitutioneller Liberalismus	240
III. Ein System von Menschenrechten	241
1. Autonomierechte	241
2. Menschenrechtsprinzipien	241
3. Definitive Menschenrechte	243
IV. Grundrechte	244
1. Zur Begründung prinzipiell immuner Rechte	245
1.1. Normbegründung und individuelle Autonomie	245
1.2. Subjektive Rechte als Voraussetzung der Normbegründung	247
2. Sonderstatus von Grundrechten in Abwägungen	251
V. Fazit	252
 <i>Resümee</i>	 253
 <i>Literatur</i>	 259
 <i>Sachregister</i>	 267
 <i>Personenregister</i>	 269

Einleitung

Recht als normatives System beansprucht Verbindlichkeit gegenüber seinen Adressaten. Wie kann diese Verbindlichkeit begründet, der Anspruch auf Verbindlichkeit gerechtfertigt werden? Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Idee individueller Autonomie, der Leitidee der praktischen Vernunft und des demokratischen Verfassungsstaats, fraglich. Ist eine Normbegründung auf dieser Grundlage überhaupt möglich? Und wenn ja, wie kann der Anspruch des Rechts auf Verbindlichkeit begründet und als legitim erwiesen werden?

Ziel dieser Untersuchung ist, eine Theorie des Rechts als normatives System auszuarbeiten, d.h. eines Systems, das einen Anspruch auf Verbindlichkeit nicht nur erhebt, sondern dessen Verbindlichkeitsanspruch auch gerechtfertigt werden kann.¹ Grundlage dieser Theorie ist ein Prinzipienmodell des Rechts. Es ist dadurch charakterisiert, dass jede definitiv gültige und damit unmittelbar handlungsleitende Norm aufgrund von Prinzipien und deren Abwägung begründet ist. Die Methode der Abwägung steht folglich im Zentrum der Rechtfertigung von Normen und normativen Entscheidungen. Mit dieser Konzeption des Prinzipienmodells sollen zentrale Elemente und Strukturen von Rechtssystemen herausgearbeitet werden, die sich aus deren Anspruch auf Verbindlichkeit und der Notwendigkeit, diesen Anspruch zu rechtfertigen, ergeben. Das Prinzipienmodell enthält somit eine Konzeption legitimen Rechts. Die Prinzipientheorie des Rechts basiert auf der These, dass legitimes Recht notwendig dem Prinzipienmodell entsprechen muss, und leitet daraus Aussagen über Strukturen und Merkmale des Rechts als normatives System ab.

Das Prinzipienmodell beansprucht nicht, eine vollständige Theorie des Rechts zu sein, sondern lediglich, in dem vorgesehenen Anwendungsbereich adäquat zu sein und in diesem Bereich zutreffende Aussagen über das Recht machen zu können. Für die Analyse des Rechts ist es nicht notwendig und vermutlich auch nicht möglich, über eine einzige, allumfassende Theorie des Rechts zu verfügen. Recht stellt ein komplexes Phänomen dar, das unter verschiedenen Aspekten und methodologischen Ansätzen untersucht werden kann. Insbesondere kann der Begriff des Rechts in einem normativen und in einem deskriptiven Sinn verstanden werden. Gemäß einem normativen Rechtsbegriff impliziert die Qualifizierung einer Norm als geltendes Recht eine Anwendungs- und Befolgungspflicht jedenfalls der Organe des Rechtssystems. Mit einem nicht normativen Rechtsbegriff wird eine derartige Pflicht verneint und die Frage der Rechtsgeltung von der, wie Gerichte entscheiden sollen, getrennt.

Die Prinzipientheorie verwendet einen normativen Begriff des Rechts. Recht wird verstanden als ein System, das begründeten Anspruch auf Verbindlichkeit für die in ihm

1 Mit dieser Fragestellung unterscheidet sich die folgende Untersuchung sowohl von rein analytischen Untersuchungen, wie von Alchourrón/Bulygin 1971 oder Raz 1983, als auch von systemtheoretischen Untersuchungen wie z.B. Luhmann 1993.

festgesetzten Normen und Entscheidungen erhebt.² Eine deskriptiv-empirische Beschreibung von Rechtssystemen ist nicht Gegenstand der Untersuchung. Allerdings ist Ziel nicht lediglich theoretische Konstruktion, sondern eine für den modernen Verfassungsstaat adäquate Konzeption des Rechts.³ Dies erfordert eine Konzeption, die in der Rechtspraxis - in juristischen Argumentationen und Entscheidungsbegründungen - verwendet werden kann, also aus der internen Perspektive der Teilnehmer des Rechtssystems adäquat ist.⁴ Es geht somit durchaus um die Realität des Rechts,⁵ jedoch mit dem Ziel, eine Konzeption zu entwickeln, die dessen normativem Charakter gerecht wird. Sie gibt notwendige Bedingungen legitimen Rechts an. Die Legitimität tatsächlich existierender Systeme ist hingegen nicht ihr Thema.

Das Prinzipienmodell des Rechts stellt die argumentative Struktur des Rechts in den Vordergrund.⁶ Im Zentrum juristischer Argumentationen steht die Abwägung von Rechtsprinzipien. Von diesem Ansatz aus werden die Strukturen des Rechts analysiert. Der argumentative Aspekt des Rechts wird in herkömmlichen analytischen Theorien wie denen *Hans Kelsens* oder *H.L.A. Harts* vernachlässigt, die das Recht als positives, d.h. empirisch identifizierbares Normensystem auffassen.⁷ Recht besteht hingegen nicht nur aus existierenden Normen, sondern hat als verbindliche Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens auch die Funktion, solche Normen erst zu erzeugen. Rechtserzeugung wiederum besteht nicht einfach darin, dass durch mehr oder weniger komplexe Akte Normen in Geltung gesetzt werden. Dies ist zwar ein wesentlicher Aspekt moderner Rechtssysteme. Rechtserzeugungsprozesse sind jedoch diffuser und komplexer als

- 2 Begründeter Anspruch auf Verbindlichkeit bedeutet nicht notwendig, dass jeder verpflichtet ist, den so begründeten Normen zu folgen. Zum einen kann die Pflicht zur Befolgung des Rechts für verschiedene Adressaten, z.B. Bürger und Gerichte, unterschiedlich zu beantworten sein. Zum anderen bedeutet die Begründbarkeit eines Anspruchs auf Verbindlichkeit des Rechts nicht notwendig, dass eine definitive Pflicht zur Rechtsbefolgung besteht. Denkbar ist auch eine lediglich prinzipielle Verbindlichkeit des Rechts. So könnten sowohl eine Pflicht zur Befolgung von Rechtsnormen wie auch die Negation einer solchen Pflicht begründbar sein. In einer solchen Situation könnte sich einerseits der prinzipielle Verbindlichkeitsanspruch des Rechts definitiv durchsetzen. Möglich ist dabei, dass lediglich gerechtfertigt werden kann, Rechtsnormen mit Anspruch auf Verbindlichkeit durchzusetzen, ohne dass dies als geboten begründet werden könnte. Für den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts genügt dies. Andererseits ist möglich, dass die für die Nichtbefolgung des Rechts sprechenden Prinzipien definitiven Vorrang vor dem prinzipiellen Anspruch eines Rechtssystems auf Verbindlichkeit erhalten, so dass die Nichtbefolgung des Rechts definitiv geboten ist.
- 3 Dies bedeutet nicht, dass die Prinzipientheorie Gültigkeit nur für bestimmte Rechtssysteme beansprucht. Ihr Gegenstand sind Rechtssysteme, die begründeten Anspruch auf Verbindlichkeit erheben. Die Prinzipientheorie lässt sich somit als eine allgemeine Theorie legitimen Rechts charakterisieren.
- 4 Vgl. auch Alexy 1994.
- 5 Im Gegensatz dazu folgen rechtspositivistische Konzeptionen des Rechts in der Regel nicht einem rekonstruktiven, an der Rechtspraxis orientierten Ansatz, sondern stipulieren den Rechtsbegriff entsprechend bestimmten theoretischen Vorgaben. Kelsen fordert in seiner "Reinen Rechtslehre" etwa, dass Recht ein tauglicher Gegenstand wissenschaftlicher Theoriebildung sein müsse, was zum Ausschluss normativer Geltungskriterien aus dem Rechtsbegriff führt.
- 6 Vgl. auch Atienza 2006, 11; Dworkin, 1986, 13, mit der These, dass Argumentation einen wesentlichen Aspekt des Rechts oder der Rechtspraxis darstellt.
- 7 Kelsen 1960; Hart 1994 (1961).

diese positivistische Vorstellung der "Dynamik"⁸ des Rechts. Recht wird auch durch gerichtliche Entscheidungen erzeugt und durch Rechtsauffassungen innerhalb der Gesellschaft jedenfalls beeinflusst. Vor allem gerichtliche Entscheidungen sind auf Begründungen angewiesen, die auf Rechtsprinzipien zurückgreifen.

Eine besondere Bedeutung hat Argumentation im demokratischen Verfassungsstaat. Dessen Leitidee ist die Rechtsbindung aller staatlichen Gewalt einschließlich der gerichtlichen Kontrolle dieser Bindungen. Selbst der Gesetzgeber ist Verfassungsprinzipien unterworfen, die er bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen hat. Rechtserzeugung ist somit nicht lediglich die Ausübung einer entsprechenden Kompetenz zur Rechtsetzung, sondern ein prinzipiengeleitetes, argumentatives Verfahren. Mit der Einwirkung verfassungsrechtlicher Prinzipien auf die gesamte Rechtsordnung wird zudem der gesamte Bereich der Rechtsanwendung zum Schauplatz verfassungsrechtlicher Argumentation.

Die argumentative Begründung von Rechtsnormen sowie rechtlicher Entscheidungen ist somit ein zentrales Element, nicht nur der Methodenlehre, sondern der Theorie der Rechtsgeltung und des Rechtsbegriffs. Was geltendes Recht ist, mithin als Recht existiert, lässt sich nicht - jedenfalls nicht generell - unabhängig von einer normativen Begründung der Rechtsgeltung feststellen. In der folgenden Untersuchung geht es um die Ausarbeitung einer analytischen Theorie des Rechts, die diesem Zusammenhang Rechnung trägt.

Im ersten Teil wird zunächst die Grundstruktur des Prinzipienmodells der Normbegründung dargestellt. Seine zentralen Elemente: die Konzeptionen normativer Argumente, der autonomen Abwägung und der autonomen Normbegründung, werden in den folgenden Kapiteln eingehender analysiert. Zentrale These des zweiten Kapitels ist die Konstruktion normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote und deren Abgrenzung zu normativen Aussagen. Thema des dritten Kapitels ist die Konzeption autonomer Abwägung, die zum Ausgangspunkt der Normbegründung die Kompetenz autonomer Subjekte, normative Forderungen geltend zu machen, hat und damit in Gegensatz zu rein kognitiven Ansätzen der Normbegründung steht. Das vierte Kapitel behandelt die Frage, inwieweit die objektive Geltung oder Verbindlichkeit einer Norm Ergebnis einer autonomen Normbegründung sein kann. Diese ist, dass dies zwar nicht im strikten Sinne möglich ist, aber die Behauptung der Verbindlichkeit von Normen aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gerechtfertigt werden kann, sofern die Geltung einer allgemeinverbindlichen Norm notwendig ist.

Im zweiten Teil wird das Modell autonomer Normbegründung auf das Recht angewandt. Das fünfte Kapitel definiert den Begriff des Rechts und diskutiert das Verhältnis zwischen formellen und materiellen Kriterien rechtlicher Geltung sowie zwischen dem Anspruch des Rechts auf objektive Geltung und dem normativen Richtigkeitsanspruch subjektiver, autonomer Urteile. Es wird dargelegt, dass Rechtssysteme formelle Geltungskriterien enthalten müssen, aber materielle Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung nicht theoretisch ausgeschlossen werden können - es kann lediglich dadurch ir-

8 Vgl. Kelsen 1960.

relevant werden, dass das positive Recht Forderungen materieller Richtigkeit entspricht. Ferner folgt aus dem Anspruch des Rechts auf objektive Geltung, dass rechtliche Urteile nicht lediglich autonome Urteile mit subjektivem Richtigkeitsanspruch sein können. Jedoch müssen Rechtsanwendungsorgane prinzipiell die Kompetenz haben, rechtliche Urteile aufgrund der Überzeugung ihrer rechtlichen Gebotenheit zu treffen, wenn keine vernünftige Konvergenz über sie besteht. Rechtliche Urteile können daher nicht auf objektiv begründete Aussagen beschränkt werden. Im sechsten Kapitel wird juristische Interpretation von Aussagen über rechtliche Geltung danach abgegrenzt, dass erstere aufgrund eines subjektiven normativen Richtigkeitsanspruchs möglich sind, während rechtliche Geltungsaussagen eine objektive Geltung beanspruchen - oder aufgrund der Kompetenz der Rechtsanwendungsorgane begründet sein müssen, rechtliche Urteile aufgrund subjektiver Überzeugung vom rechtlich Gebotenen zu treffen. Interpretationsprobleme stellen sich folglich als Konkurrenz verschiedener Konzeptionen der richtigen Interpretation des Rechts und der Notwendigkeit, eine von ihnen als verbindlich auszuwählen, dar, nicht als Problem objektiver Erkenntnis geltenden Rechts. Im siebten Kapitel wird juristische Abwägung als ein Problem der Kohärenz mit vorgegebenen Abwägungsregeln und Abwägungsfaktoren analysiert und die *Alexysche* Konzeption der Abwägung, insbesondere seine "Gewichtsformel", kritisch analysiert. Das neunte Kapitel diskutiert das Problem gerichtlicher Kontrollkompetenzen, das sich als Konsequenz der Möglichkeit konkurrierender Interpretationen des Rechts stellt.

Der dritte Teil behandelt Fragen der Legitimität des Rechts, also der Rechtfertigung seines Anspruchs auf Verbindlichkeit. Es geht zunächst im zehnten Kapitel um das Verhältnis von Recht zu praktischer Vernunft. Der kognitive Anspruch normativer Urteile wird im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung in Frage gestellt. Dennoch bleiben Prinzipien des Vernunftrechts auch im Rahmen dieser Konzeption begründbar: die Prinzipien der Proportionalität, Freiheit und Gleichheit. Das zehnte Kapitel behandelt das Verhältnis von Recht und Moral und die Diskussion um Rechtspositivismus und nicht-positivistische Theorien des Rechts. Das elfte Kapitel analysiert die Strukturen von Menschen- und Grundrechten als Voraussetzungen der Rechtfertigung des Rechts, insbesondere die Bedeutung von Autonomierechten und exklusiven Menschenrechtsprinzipien. Im Resümee werden die zentralen Thesen der Arbeit zusammengefasst.

1. Teil: Das Prinzipienmodell der Normbegründung

§ 1 Grundstruktur des Prinzipienmodells

Das "Prinzipienmodell" ist eine Konzeption der Normbegründung, in deren Zentrum die Abwägung von Prinzipien steht.⁹ Es enthält drei Grundannahmen:¹⁰

- (1) Die definitive Geltung unmittelbar handlungsleitender Normen ist das Ergebnis der Abwägung von Prinzipien.
- (2) Prinzipien sind normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote.
- (3) Die Abwägung normativer Argumente unterliegt formalen Anforderungen rationaler Argumentation, ist aber inhaltlich nicht vollständig determiniert.

Diese Annahmen sind zu präzisieren und zu ergänzen: Was bedeuten "definitive Geltung", "normative Argumente", "reiterierte Geltungsgebote"? Welchen Charakter hat die Relation zwischen abzuwägenden Argumenten und den Abwägungsergebnissen? Welche Anforderungen rationaler Argumentation gelten für Abwägungen? Aufgrund dieser Annahmen lassen sich ferner Folgerungen für Recht und Moral in einem Prinzipienmodell ableiten. Schließlich lässt sich die Adäquatheit des Prinzipienmodells danach beurteilen, ob die Annahmen des Prinzipienmodells sowie die aus ihnen abzuleitenden Folgerungen für den betrachteten Anwendungsbereich passend erscheinen oder nicht.¹¹

Im Zentrum des Prinzipienmodells steht die Begründung von Normen und normativen Urteilen aufgrund der Abwägung kollidierender Prinzipien. Angewandt auf Rechtssysteme, besagt das Prinzipienmodell, dass die Rechtsanwendung nicht nur durch unmittelbar anwendbare Regeln bestimmt wird, sondern jedenfalls auch durch normative Argumente, die Forderungen enthalten, wie entschieden werden soll, ohne die Entscheidung

9 Der Ausdruck "model of principles" wurde von J. Steiner 1976, 136, 143ff., als Bezeichnung für die Rechtstheorie Ronald Dworkins eingeführt.

10 Das hier entwickelte Prinzipienmodell unterscheidet sich von den Konzeptionen Dworkins (1978) und Alexys (1985). Während Dworkin die Analyse von Prinzipien und deren Abwägung nicht weitergeführt, sondern eine Konzeption der Interpretation des Rechts entwickelt hat (Dworkin 1986), verbindet Alexy die Prinzipientheorie mit der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote. Diese Definition ist jedoch normtheoretisch inadäquat. S.u., I. 1.

11 Eine Menge von Aussagen, die beanspruchen, auf einen Gegenstand zuzutreffen, kann als Theorie über diesen Gegenstand bezeichnet werden. Im Folgenden soll jedoch auf solche terminologischen Abgrenzungen kein Gewicht gelegt werden. Zu verschiedenen Theorie- und Modellbegriffen Schuhr 2006, 15ff.

Die Unterscheidung verschiedener Stufen der Theoriebildung - Einführung von Annahmen, Ableitung von Folgerungen und Prüfung ihrer Adäquatheit - hat analytischen Charakter. Tatsächlich werden Annahmen allerdings bereits mit Blick darauf eingeführt, dass sie zu zutreffenden Ergebnissen führen. Dennoch ist diese Strukturierung der Theoriebildung sinnvoll. Sie entlastet die Theoriekonstruktion insofern, als Annahmen eingeführt und Folgerungen aus ihnen entwickelt werden können, ohne sie als wahr rechtfertigen zu müssen. Sie erlaubt damit auch, verschiedene Begriffssysteme zu entwickeln und zu vergleichen.

zwingend festzulegen. Prinzipien sind normative Argumente dafür, welche Normen als definitiv geltend angesehen werden sollen. Sie stellen Gründe für Abwägungsurteile dar, bilden also gerade in der Situation des Konflikts mit anderen Prinzipien Gründe für ein bestimmtes Abwägungsergebnis. Mit dem Prinzipienmodell verworfen werden Konzeptionen, denen zufolge Rechtssysteme ausschließlich aus Normen bestehen, die auf oberste Geltungskriterien des Systems zurückzuführen und durch Subsumtion und Deduktion anzuwenden sind. Die Rechtsanwendung wird in weitem Umfang zu einem Problem der Abwägung.

Eine typische Abwägungskonstellation ist die zwischen den Prinzipien der Meinungsfreiheit (P_1) und des Persönlichkeitsschutzes (P_2). Im Fall beleidigender Meinungsäußerungen kommt es zu einer Kollision beider Prinzipien, weil nicht beide in vollem Umfang realisiert werden können. Werden beleidigende Äußerungen zugelassen, ist der Persönlichkeitsschutz beeinträchtigt, werden sie verboten, ist die Meinungsfreiheit beeinträchtigt. Es ist also zu bestimmen, welchem Prinzip unter den Umständen des Kollisionsfalls Vorrang gebührt. Diese Vorrangfestsetzung wird im Wege einer Abwägung der Prinzipien der Meinungsfreiheit und des Persönlichkeitsschutzes begründet. Vorrang kommt dem Prinzip zu, das unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht hat.

Die Einsicht in die Wichtigkeit von Prinzipien im Recht ist Grundlage von *Ronald Dworkins* Kritik am Rechtspositivismus.¹² Die Berechtigung dieser Kritik ist zwar vielfach bestritten worden. Die Bedeutung von Rechtsprinzipien¹³ und der Methode der Abwägung für die Rechtsanwendung lässt sich hingegen nicht leugnen. Sie zeigt sich bei der Notwendigkeit von Interessenabwägungen im Recht, im Konflikt verschiedener Auslegungskriterien bei der Gesetzesinterpretation und - vor allem in Verfassungsstaaten mit einer entwickelten Verfassungsgerichtsbarkeit - bei der Interpretation der Verfassung als eines Systems von Prinzipien, das rechtliche Bindungen von Staatsorganen einschließlich des Gesetzgebers begründet. Abwägungsprobleme stellen sich aber auch beim Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, wenn die Verbindlichkeit positiven Rechts unter Berufung auf einen Verstoß gegen Gerechtigkeit oder Menschenrechte in Frage gestellt wird.¹⁴

Die Existenz von Rechtsprinzipien hat weitreichende Konsequenzen für die Struktur des Rechts. Sie macht es notwendig, die Konzeption von Rechtssystemen als hierarchisch strukturierte Normenordnung, wie sie in der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung formuliert worden ist,¹⁵ zu modifizieren. Dies ist im übrigen auch im Hinblick auf die Entwicklung komplexerer Strukturen im Bereich des Rechts und der Konflikte verschie-

12 Dworkin (1978) kritisierte als "Regelmodell" (model of rules) die rechtspositivistische Konzeption des Rechts von H.L.A. Hart (1961/1994). Zur Hart-Dworkin-Debatte z.B. Watkins-Bienz 2004.

13 Vgl. bereits Esser 1974.

14 Die Bedeutung von Konflikten in Recht und Moral wird auch betont von Besson 2005, im Anschluss an Waldron 1999.

15 Merkl 1931; Kelsen 1960. Dazu Behrend 1977; Schilling 1994, 159ff., 401ff.; Koller 2005, 106ff.; Borowski 2005, 122ff.

dener Rechtssysteme erforderlich.¹⁶ Die positivistische Rechtsquellenlehre, die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, die Methodik der Gesetzesinterpretation mit den ergänzenden Methoden der Rechtsfortbildung sind nützliche Instrumente für die Analyse staatlicher Rechtsordnungen. Zunehmende Komplexität und Verflechtung von Rechtssystemen sowie die Auflösung hierarchischer Strukturen lassen diese Instrumentarien jedoch unzureichend erscheinen.¹⁷ Welche Konsequenzen sich hinsichtlich des Stufenbaus der Rechtsordnung ergeben, ist allerdings ungeklärt. Weder die Konzeption der Prinzipien noch die der Abwägung von Prinzipien mit ihren Implikationen für die Struktur von Rechtssystemen und die Theorie der Rechtsgeltung sind unumstritten. Zudem sind die logischen Beziehungen zwischen Rechtssystemen bisher wenig untersucht.

These dieser Arbeit ist, dass Rechtssysteme, die begründeten Anspruch auf Normativität erheben, gemeinsame Merkmale aufweisen, die sich aus der Struktur autonomer Begründung von Normen und Entscheidungen ergeben, und dass das Prinzipienmodell des Rechts solche Strukturen expliziert. Grundlage dieses Prinzipienmodells ist in normtheoretischer Hinsicht die Unterscheidung von normativen Argumenten und definitiv geltenden Normen, in begründungstheoretischer (methodischer) Hinsicht das Modell der Abwägung normativer Argumente als einer Konzeption autonomer Normbegründung. Diese Elemente sollen zunächst skizziert werden, bevor sie in den folgenden Kapiteln näher ausgearbeitet werden.

I. Regeln und Prinzipien

Die Unterscheidung von normativen Argumenten und definitiv geltenden Normen knüpft an *Dworkins* Unterscheidung von Prinzipien und Regeln¹⁸ an. Das Interessante an seinem Ansatz ist die Verknüpfung der normtheoretischen Unterscheidung mit der Methode der Abwägung. Regeln sind demzufolge Normen, die in einer Alles-oder-Nichts-Weise anwendbar sind. Entweder sie gelten, dann sind sie, falls ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, anzuwenden, oder sie gelten nicht und sind damit rechtlich unbeachtlich. Prinzipien sollen demgegenüber Normen sein, die eine Dimension des Gewichts besitzen. Sie können kollidieren und sind im Kollisionsfall gegeneinander abzuwägen. Die von *Dworkin* vorgeschlagene strikte Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist überwiegend nicht akzeptiert worden.¹⁹ Dies mag daran liegen, dass *Dworkin* keine eingehende Analyse der logischen Eigenschaften von Regeln und Prinzipien vorgelegt hat. Eine logische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist hingegen von *Robert Alexy* mittels der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote²⁰ ausgearbeitet worden. Allerdings hat sich diese Definition als ungeeignet erwiesen, den Charakter von Prinzipien als Gründe für

16 Vgl. Sauer 2007.

17 Vgl. auch Christensen/Fischer-Lescano 2007, 21.

18 Dworkin 1978, 22ff.

19 Vgl. nur Raz 1972; Alexy 1979, 68ff.; Peczenik 1989; Bayón 1991, 357ff.; García Figueroa 1998; Sartor 2005, 185; Ávila 2006, 36ff.

20 Alexy 1979, 80; 1985, 75f.

Abwägungsurteile zu erfassen.²¹ Ihre Kritik bildet jedoch den Ausgangspunkt für die Entwicklung einer adäquaten Konzeption von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.

1. Prinzipien, Optimierungsgebote und ideales Sollen

Alexy hat die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien mit der von realem Sollen und idealem Sollen verbunden.²² Regeln seien Normen, die Festsetzungen im Bereich der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, und damit ein reales Sollen, enthalten. Prinzipien seien Normen, die keine solche Festsetzungen enthalten, und damit ein ideales Sollen darstellen. Sie werden als Optimierungsgebote definiert, das sind Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maß realisiert wird.²³ Damit seien Prinzipien graduell erfüllbar.²⁴

So geht es bei der Frage, ob eine Fernsehsendung über einen Soldatenmord ausgestrahlt werden darf, kurz bevor einer der Beteiligten aus der Haft entlassen werden soll, um eine Kollision des Prinzips der Rundfunkfreiheit und des Prinzips des Schutzes der freien Entfaltung der Person, insbesondere ihres Rechts auf Resozialisierung.²⁵ Rundfunkfreiheit soll so weit wie möglich anerkannt werden. Ebenso soll die freie Entfaltung der Persönlichkeit so weit wie möglich nicht beeinträchtigt werden. Diese Kollision wird durch Festsetzung einer Regel entschieden. Eine solche Regel ist z.B., dass eine Ausstrahlung der Sendung unzulässig ist, wenn kein aktuelles Informationsbedürfnis besteht und die Ausstrahlung der Sendung die Resozialisierung des Täters gefährden würde. Diese Regel beansprucht anzugeben, was definitiv geboten ist.

Dieser Ansatz ist in verschiedenen Hinsichten problematisch. Werden Prinzipien durch ihre Abwägungsfähigkeit charakterisiert, lassen sie sich nicht als Optimierungsgebote definieren, da ihr Norminhalt bereits auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten relativiert ist und sie daher strikt zu erfüllen sind. Optimierungsgebote sind damit, entgegen Alexys Voraussetzung, nicht kollisions- und abwägungsfähig.²⁶

Alexy hat seine Definition dementsprechend modifiziert²⁷ und unterscheidet nunmehr einerseits Optimierungsgebote, die Metaregeln darstellen, und andererseits zu op-

21 Vgl. Aarnio 1992, 187; Buchwald 1990, 160f.; Sieckmann 1990, 65; 1997b, 351; 2005; Enderlein 1992, 87f.

22 Alexy 1979, 79ff.

23 Alexy 1985, 75.

24 Alexy 1979, 80. Dies ist allerdings nicht auf den Norminhalt zu beziehen, sondern auf den Geltungsanspruch von Prinzipien, Sieckmann 1990, 72.

25 BVerfGE 35, 202. Dazu Alexy 1980, 181ff.

26 In komplexen Abwägungsprozessen könnten Optimierungsgebote zwar Abwägungen unterworfen werden, etwa wenn eine vollständige Abwägung aller relevanten Belange aus Zeit- oder Kostengründen nicht vorgenommen und ein suboptimales Ergebnis akzeptiert wird. Aber diese Differenzierung ändert nichts daran, dass sich Prinzipien nicht als Optimierungsgebote definieren lassen, wenn sie als kollisions- und abwägungsfähige Normen Regeln gegenübergestellt werden sollen.

27 Dies wird verkannt von Jakab 2006, 52, der meint, die Kritik an der Definition Alexys würde die Unterscheidung von Objekt- und Metaebene übersehen. Vielmehr ist diese Unterscheidung gerade

timierende Gebote, die die Gegenstände der Abwägung bilden.²⁸ Letztere sollen als Prinzipien bezeichnet werden. Da sie Gegenstände von Optimierungsgeboten seien, meint *Alexy*, an der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote festhalten zu können. Jedoch lässt sich auf diese Weise die von *Alexy* vertretene strikte Trennungsthese für Regeln und Prinzipien²⁹ nicht halten. Das Optimierungsgebot hat Regelcharakter zweiter Stufe, die Gegenstände der Optimierung können jedoch in normtheoretischer Sicht beliebigen Inhalt haben, seien es Gebote, Verbote, Erlaubnisse oder Kompetenzen. Sie können daher nicht eine Klassifizierung von Normen nach ihrer logischen Struktur begründen. Die strikte Trennungsthese ist somit auch mit der *Alexyschen* Differenzierung nicht zu begründen.

Ein weiteres Problem der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote ist, dass sie eine normtheoretische Unterscheidung mit einem begründungstheoretischen Kriterium verknüpft.³⁰ Optimierung ist eine bestimmte Konzeption rationaler Begründung.³¹ Es sind andere Konzeptionen denkbar.³² Auch wenn das Kriterium der Optimierung das plausibelste ist, ist es gleichwohl sinnvoll, eine normtheoretische Unterscheidung nicht mit begründungstheoretischen Fragen zu belasten.

Auch *Alexys* Charakterisierung des realen Sollens ist problematisch, da die Festsetzung im Bereich der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einen geltungstheoretischen Gehalt hat. Es wird damit also keine rein logische Unterscheidung getroffen. Ferner ist der Festsetzungsgehalt graduierbar. Damit genügt eine solche Unterscheidung von Regeln und Prinzipien nicht der strengen Trennungsthese.³³

Die Idee des idealen Sollens erscheint demgegenüber als ein interessanter, allerdings auch unklarer Ansatz. Man könnte sagen, reales Sollen sei tatsächlich zu erfüllen, ideales Sollen nur unter idealen Bedingungen. Damit würde allerdings die nicht-ideale Situation des Konflikts zur Aufhebung des idealen Sollens führen und es als normatives Argument in einer Abwägung unbrauchbar machen. Als alternative Interpretation bietet sich an, reales Sollen als eines, dessen Erfüllung tatsächlich geboten ist, zu charakterisieren, ideales Sollen als eines, dessen Erfüllung normativ geboten ist, d.h., es ist geboten, dass ein Gebot der Erfüllung besteht. Die Idee eines idealen Sollens führt in dieser Interpretation zur Iteration deontischer Modalitäten, die den Schlüssel für die Struktur von normativen Argumente im Sinne von Gründen für Abwägungen enthält.

mit der Kritik eingefordert worden. Jakab folgend Schinkels 2006, 414 Fn. 414. Die Gleichsetzung von Prinzipien und Optimierungsgeboten verteidigen ferner *Hain* 1998, 120ff.; *Bumke* 1998, 166.

28 *Alexy* 2000a, 294ff.; 1999a, 39 Fn. 55. Die Unterscheidung von Optimierungsgeboten und Gegenständen von Abwägungen findet sich schon in *Sieckmann* 1990, 64, 75, 77f., 86f., und wird dort als unzureichend für eine logische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien angesehen, worauf *Alexy* leider nicht eingeht.

29 *Alexy* 1979.

30 Dagegen insb. *Peczenik* 1989. Die hier vertretene Konzeption von Prinzipien als normative Argumente ist diesem Einwand hingegen nicht ausgesetzt.

31 Ein anderes Problem ist, dass *Alexy* kein Kriterium der Optimalität vorschlägt. Zur Definition von Optimalität s.u., § 3, II.

32 Z.B. die eines "satisficing", vgl. *Slote* 1989; *Wimsatt* 2006; *Hardin* 2006, 168.

33 Konsequenz lehnt daher *Brožek* 2007, 248ff., die These eines logischen Unterschieds von Regeln und Prinzipien ab.

2. Die Idee normativer Argumente

Grundlegend für die Analyse von Gründen für Abwägungen ist die Unterscheidung normativer Aussagen und normativer Argumente. In einer Abwägung sind verschiedene Arten von Sprechakten und entsprechende normative Sätze zu unterscheiden. Einerseits werden Argumente vorgebracht, die ein bestimmtes Ergebnis fordern, andererseits werden Abwägungsergebnisse in Form normativer Aussagen festgestellt. Solche Abwägungsergebnisse sind definitive Normen. Ihr definitiver Charakter resultiert daraus, dass in der Abwägung alle relevanten Argumente und Umstände berücksichtigt worden sind. Normative Argumente beanspruchen hingegen prinzipielle Geltung der mit ihnen vorgebrachten Norm.

Im Fall einer Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht im Fall einer beleidigenden Äußerung könnte eine - allerdings recht einfache - Argumentation wie folgt aussehen:

- (1) Jeder sollte das Recht haben, alles zu sagen, was er meint.
- (2) Dazu gehören auch beleidigende Inhalte.
- (3) Auch beleidigende Äußerungen sollten daher erlaubt sein.
- (4) Andererseits sollte niemand die persönliche Ehre eines anderen verletzen.
- (5) Beleidigende Äußerungen verletzen die persönliche Ehre.
- (6) Beleidigende Äußerungen sollten demzufolge verboten sein.
- (7) Betrifft die beleidigende Äußerung eine die Öffentlichkeit berührende Frage, sollte das Prinzip der Meinungsfreiheit Vorrang vor dem des Persönlichkeitsschutzes haben.
- (8) Grund für diesen Vorrang ist das besondere Gewicht der Meinungsfreiheit als notwendiges Element einer funktionierenden Demokratie.
- (9) Daher sind Meinungsäußerungen in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage stets erlaubt, selbst wenn sie beleidigenden Inhalts sind.

In dieser Argumentation führen die Prämissen (1) und (4) die kollidierenden normativen Argumente an, die in die Abwägung einzustellen sind. Die Prämissen (2) und (3) bzw. (5) und (6) legen die Folgerungen aus ihnen für den zu entscheidenden Fall dar. Eine vollständige Formulierung der kollidierenden Argumente enthält auf der Seite der Meinungsfreiheit die Prämissen (1)-(3) sowie auf der Seite des Persönlichkeitsschutzes die Prämissen (4)-(6). Prinzipien lassen sich demnach als die Grundprämisse eines normativen Arguments charakterisieren. Sie enthalten ein normatives Argument in einem elementaren Sinn, ohne Darlegung der Folgerungen für einen bestimmten Fall. Prämisse (7) formuliert ein Vorrangurteil zugunsten der Meinungsfreiheit unter einer bestimmten Bedingung, also eine Vorrangregel. Prämisse (8) gibt ein zentrales Element für die Begründung dieser Vorrangregel an. Satz (9) schließlich formuliert das Ergebnis der Abwägung in Form einer normativen Aussage. Eine solche Aussage behauptet die definitive Geltung der in ihr formulierten Norm.

Mit der Unterscheidung von normativen Argumenten und normativen Aussagen werden die beiden elementaren Formen normativer Sätze, die in einer Abwägungsargumentation vorkommen, gegenübergestellt. Die gänzlich unterschiedlichen Funktionen und Implikationen, die mit diesen Äußerungen in der Argumentation verbunden sind, zeigen, dass es

sich um eine strikte, nicht nur graduelle Unterscheidung handelt. Ein Unterschied besteht auch in der logischen Struktur von normativen Argumenten und normativen Aussagen. Eine zentrale These der folgenden Untersuchung ist, dass normative Argumente durch die Struktur reiterierter Geltungsgebote gekennzeichnet sind, die nicht propositionaler Natur ist, während normative Aussagen Geltungsbehauptungen mit propositionaler Struktur enthalten.

Normative Aussagen wie: "Es ist geboten, niemanden zu verletzen" sind Inhalt von Geltungsbehauptungen, genauer Behauptungen der definitiven Geltung bestimmter Normen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Aussagen im pragmatischen Sinn von Sprechakten und Aussagen im semantischen Sinn, die den Inhalt solcher Behauptungsakte bilden. Der Inhalt einer Geltungsbehauptung kann etwa formuliert werden als "Es gilt, dass geboten ist, niemanden zu verletzen." Der Sinn der Äußerung wird durch die Ergänzung "Es gilt, dass ..." nicht verändert, sondern die in der Aussage enthaltene Geltungsbehauptung wird lediglich explizit formuliert. Solche Aussagen beanspruchen, abschließend, also definitiv anzugeben, was gesollt ist. Sie müssen damit auch beanspruchen, widerspruchsfrei zu sein, d.h. unvereinbare Normen können nicht zugleich definitiv gelten.³⁴ Unvereinbarkeit von Normen bedeutet, dass sie (generell oder in bestimmten Fällen) nicht zugleich erfüllt werden können. Es wäre rational nicht nachzuvollziehen, dass unvereinbare Normen zugleich definitiv gelten. Ein Widerspruch würde zumindest eine handlungsleitende Funktion dieser Normen unmöglich machen.

Die Eigenschaften normativer Aussagen zeigen Parallelen zu *Dworkins* Charakterisierung von Regeln als auf eine Alles-oder-Nichts-Weise anwendbar. Sie können nur entweder gelten oder nicht gelten. Widersprüche zwischen ihnen sind ausgeschlossen. Zwar können sie ungenau formuliert sein. Dies ändert jedoch nicht ihre Struktur als Aussage. Demnach ist festzuhalten, dass Regeln in Form von normativen Aussagen formuliert werden.

Normative Argumente sind hingegen Gründe für Abwägungsentscheidungen oder Abwägungsurteile, d.h. Gründe dafür, dass eine bestimmte Norm als Abwägungsergebnis anerkannt werden und gelten soll. Sie enthalten Gebote in Bezug auf die Geltung von Normen, also Geltungsgebote. Bei einer Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht im Fall beleidigender Äußerungen würde etwa das Prinzip der Meinungsfreiheit fordern, dass die fragliche Äußerung erlaubt sein sollte, das Prinzip des Schutzes des Persönlichkeitsrechts würde fordern, dass sie verboten sein sollte. Die verwendeten Argumente weisen eine Stufung deontischer Modalitäten auf. Die Modalitäten höherer Stufe haben den Charakter von Geboten. Diese Geltungsgebote sind allerdings keine definitiven Gebote, sondern dienen als Argumente in der Abwägung. Da sie in dieser Funktion unvereinbare normative Forderungen enthalten, können sie nicht in Form normativer Aussagen formuliert werden. Möglich ist zwar, Aussagen über die Struktur und Geltungsweise solcher Gebote zu machen. Aber solche Meta-Aussagen werden nicht als Argumente in einer Abwägung verwendet.

34 Es muss nicht unbedingt eine logische Unvereinbarkeit der kollidierenden Normen vorliegen. Zur Analyse von Normkonflikten Zuleta 2008, 91ff.; Huerta 2007; Zoglauer 1998.

Der Begriff des normativen Arguments unterscheidet sich von dem üblichen Verständnis von Argumenten als einer Menge von Prämissen, aus der eine Behauptung logisch folgt.³⁵ Normative Argumente sind Gründe für bestimmte Handlungen, nämlich die Anerkennung der definitiven Geltung bestimmter Normen. Insofern ist diese Konzeption von Argumenten besonders geeignet für prozedurale Theorien der Normbegründung.

Die nicht-propositionale Struktur von Geltungsgeboten kann die Idee eines idealen Sollens präzisieren und dessen Kollisions- und Abwägungsfähigkeit erklären.³⁶ Da normative Argumente nicht die logische Form von Aussagen haben, begründen Kollisionen zwischen ihnen keine logischen Widersprüche, sondern lediglich einen Konflikt gegensätzlicher Argumente. Sie sind also kollisionsfähig. Da sie ferner Gebote in Bezug auf mögliche Abwägungsergebnisse enthalten, sind sie Gründe für die Festsetzung eines solchen Abwägungsergebnisses, die in einer Abwägung zu berücksichtigen und so weit wie tatsächlich und rechtlich möglich zu erfüllen sind.

3. *Normative Argumente als reiterierte Geltungsgebote*

Die Konzeption von normativen Argumenten als Geltungsgebote wirft die Frage auf, welchen normtheoretischen Status solche Gebote höherer Stufe haben. Sie müssen irgendeine Form von Geltung besitzen, um als Argument verwendet werden zu können, dürfen aber nicht die Struktur einer normativen Aussage haben, weil dies ihre Kollisions- und Abwägungsfähigkeit ausschließen würde. Dies führt zu der Konstruktion von normativen Argumenten als reiterierte Geltungsgebote. Ihr zufolge enthält ein normatives Argument nicht nur ein Geltungsgebot in Bezug auf das Abwägungsergebnis, sondern zu jedem Gebot der Geltung einer Norm gibt es ein Gebot höherer Stufe, das die Geltung dieses Gebots fordert.³⁷

Das Argument für diese Konstruktion besteht aus zwei Teilen. Erstens zeigt die Struktur von Abwägungen, wie bereits dargelegt, dass Gründe für Abwägungen die Struktur von Geltungsgeboten haben. Zweitens erfordert die prinzipielle Geltung solcher Geltungsgebote, dass sie wiederum durch ein Geltungsgebot höherer Stufe gestützt werden. Die Konstruktion normativer Argumente als Geltungsgebote führt zunächst nur zu einer Verschiebung des Problems. Denn es stellt sich die Frage nach der Geltung eines solchen Geltungsgebots. Definitive Geltung würde es als Abwägungsgrund ungeeignet machen. Das Geltungsgebot zweiter Stufe kann daher nicht als Gegenstand einer normativen Aussage zweiter Stufe verstanden werden. Andererseits kann es sich nicht

35 Zum Begriff des Arguments Buchwald 1990, 86, 88. Zur Mehrdeutigkeit des Argumentbegriffs Hage 1997, 102.

36 Zustimmend Raabe 1998, 193.

37 Sieckmann 1994a; 1994c; 2005. Es kann ferner unterschieden werden, ob diese Iteration zur logischen Struktur von Prinzipien gehört oder nur die Struktur des betreffenden Normensystems in Bezug auf Prinzipien charakterisiert. Im ersten Fall sind Prinzipien Normen, die Geltungsgebote enthalten, im zweiten Normen, in Bezug auf die Geltungsgebote bestehen. Zu dieser Unterscheidung von engem und weiterem Prinzipienbegriff Sieckmann 1990, 87.

lediglich um Normen im semantischen Sinn handeln.³⁸ Eine Norm im rein semantischen Sinn bringt lediglich einen normativen Inhalt ohne irgendeinen Geltungsanspruch zum Ausdruck. Sie kann daher nicht als Grund für Abwägungsurteile dienen. Können die in Gründen für Abwägungen enthaltenen Geltungsgebote nicht Inhalt normativer Aussagen sein, müssen sie aber gleichwohl geltungstheoretischen Gehalt haben, bietet es sich an, das in ihnen enthaltene ideale Sollen durch eine beliebig fortsetzbare Iteration von Geltungsgeboten zu charakterisieren. Zu jedem Geltungsgebot besteht also ein Geltungsgebot höherer Stufe.

Die Grundstruktur von normativen Argumenten ist somit die von Geltungsgeboten "Die Norm N soll definitiv gelten." Die Struktur dieser Gebote ist

(1) $O\text{ VAL}_{\text{DEF}}N$

Dabei bedeuten

N: ein Normindividuum, bestehend aus deontischem Operator und Beschreibung des Norminhalts, im Fall einer Gebotsnorm also Op;

O: den Gebotsoperator;

VAL_{DEF} : ein Prädikat für die definitive Geltung einer Norm.

Geltungsgebote höherer Stufe werden dargestellt als

(2) $O\text{ VAL}_{\text{DEF}}O\text{ VAL}_{\text{DEF}}N$

(3) $O\text{ VAL}_{\text{DEF}}O\text{ VAL}_{\text{DEF}}O\text{ VAL}_{\text{DEF}}N$

etc. Im Beispiel der Meinungsfreiheit als Argument für die Erlaubtheit auch beleidigender Äußerungen würden entsprechende Geltungsgebote lauten:

(1') Jede Meinungsäußerung sollte erlaubt sein.

(2') Es sollte geboten sein, dass jede Meinungsäußerung erlaubt sein sollte.

(3') Es sollte geboten sein, dass geboten ist, dass jede Meinungsäußerung erlaubt sein sollte.

Etc.

Das normative Argument für die Erlaubtheit der Meinungsäußerung ist als normatives Argument, also prinzipiell, gültig, wenn auf jeder Stufe das Geltungsgebot durch ein Geltungsgebot höherer Stufe begründet werden kann.

Werden normative Argumente durch eine beliebige Iteration von Geltungsgeboten charakterisiert, dann gilt somit ein normatives Argument genau dann, wenn sich ein solches beliebig iterierbares Geltungsgebot begründen lässt. Diese prinzipielle Geltung erlaubt echte Normkonflikte, denn sie schließt die prinzipielle Geltung kollidierender Normen nicht aus. Es ist möglich, dass sich eine Iteration von Geltungsgeboten auch in Bezug auf andere kollidierende Normen begründen lässt. Unvereinbare Normen können zugleich

38 Zum Begriff der Norm im semantischen Sinn Sieckmann 1990, 25ff.

gültige Gründe für Abwägungsentscheidungen sein. Die Charakterisierung der Struktur und Geltung normativer Argumente durch die beliebige Iteration von Geltungsgeboten kann somit die Möglichkeit echter Normkonflikte, die Abwägungsfähigkeit von Normen und ihren Unterschied zu normativen Aussagen erklären.

Die Struktur reiterierter Geltungsgebote entspricht auch der Charakterisierung als ideales Sollen. Ein ideales Sollen ist, im Unterschied zu einem realen Sollen, nicht eines, das tatsächlich gilt, sondern eines, das gelten sollte. Der ideale Charakter eines Sollens ergibt sich daraus, dass es durch Gebote höherer Stufe gefordert ist und dementsprechend als geltend anerkannt werden sollte.

II. *Abwägung und Autonomie*

Der zweite Aspekt des Prinzipienmodells ist die Normbegründung in Form der Abwägung von normativen Argumenten. Abwägungsprobleme sind durch die Kollision gegensätzlicher Argumente gekennzeichnet, die miteinander unvereinbare Forderungen enthalten. D.h. es sprechen Argumente für verschiedene Ergebnisse, die nicht zugleich realisiert werden können. Die Entscheidung ist dann aufgrund einer Abwägung der kollidierenden Argumente zu treffen. Es ist zu bestimmen, welchem der kollidierenden Argumente in dem zu entscheidenden Fall³⁹ der Vorrang gebührt.

In dieser Struktur zeigt sich ein Zusammenhang des Prinzipien- oder Abwägungsmodells mit der Struktur moralischer Autonomie. Das zentrale Merkmal autonomen Urteilens ist, dass der Urteilende zum einen selbstgesetzgebend⁴⁰ tätig wird, d.h. über die für ihn verbindlichen Normen selbst entscheidet, zum anderen aber an die selbstbestimmten Normen gebunden ist. Wenn nun die Geltung einer Norm von der Anerkennung durch den Adressaten abhängt, der Adressat aber in dieser Entscheidung frei ist, wie kann er dann an diese Norm gebunden sein? Das Modell der Abwägung normativer Argumente zeigt, wie diese paradox anmutende Begründungsstruktur möglich ist.⁴¹ Die Struktur der Abwägung ist dadurch gekennzeichnet, dass Abwägungsurteile nicht durch vorgegebene Kriterien determiniert sind.⁴² Die Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote impliziert, dass

39 Zu beachten ist, dass nicht ein einzelner, partikularer Fall zu entscheiden ist, sondern die Abwägung an bestimmte Merkmale des Falls anknüpft und damit generischen Charakter hat. Theoretisch wäre es zwar möglich, eine Abwägung rein intuitiv zu treffen, ohne für die Entscheidung relevante Merkmale anzugeben. So könnte ein Abwägungsurteil lauten: "In diesem Fall gebührt der Meinungsfreiheit der Vorrang". Dies wäre jedoch keine rational begründete Abwägung.

40 Es ist wichtig, Selbstgesetzgebung als Entscheidung über die Geltung von Normen von Selbstbestimmung des Handelns zu unterscheiden. So auch Reath 2006, 92ff.; Nagl-Doctet 2003, 307; Nino 1991, 137. Zu verschiedenen Konzeptionen von Autonomie ferner Schneewind 1998.

41 In der philosophischen Diskussion findet sich kaum ein brauchbarer Ansatz zur Konzeption moralischer Autonomie. Die übliche Interpretation ist die als Fähigkeit, das moralische Gesetz zu erkennen und danach zu handeln. Vgl. Nelson 1970, 55; Hegel 1970, § 135 Anm.; Habermas 1999, 148; Baumann 2001, 154; Wood 2006, 343. Siehe auch Wildt 1982, 173 zu Hegel; Kaufmann 1996, 269ff. mit einem Überblick. Die Idee individueller Selbstgesetzgebung wird als bloße Metapher angesehen, Patzig 1994, 174. In gewisser Weise konsequent wird vertreten, man solle die Idee individueller Autonomie aufgeben, so Baumann 2001, 11.

42 Fehlende Determinierung bedeutet nicht, dass ein Abwägungsurteil ohne Kriterien getroffen wird. Diese sind vielmehr erst in der Abwägung zu entwickeln. Das Fehlen vorgegebener Kriterien ist

der Urteilende für sein Abwägungsurteil, wie immer es ausfallen mag, einen Anspruch auf normative Richtigkeit erheben muss. Damit ist der Urteilende zum einen frei in der Bestimmung, welche Normen er als gültig ansieht, zum anderen aber muss er sich als durch diese Normen gebunden verstehen, weil er, welche Norm er auch immer für verbindlich hält, beanspruchen muss, dass diese Norm als gültig anerkannt werden soll.

1. Die Struktur der Abwägung

In der Abwägung sind drei Ebenen zu unterscheiden, erstens die kollidierenden und gegeneinander abzuwägenden normativen Arguments, zweitens die Prozedur der Abwägung, und drittens die Ergebnisse der Abwägung, die in Form normativer Aussagen über definitiv geltende Normen ausgedrückt werden.

Den Ausgangspunkt der Abwägung bilden normative Argumente. Prinzipien stellen solche normativen Argumente dar, und zwar solche, die keiner weiteren Begründung bedürfen, also nicht aus Argumenten höherer Stufe abgeleitet werden müssen.⁴³ Dies entspricht dem Begriff von Prinzipien als Anfangsgründen der Argumentation, seien sie abwägungsfähig oder strikt gültig.⁴⁴

Das zweite Element des Abwägungsmodells bildet die Prozedur der Abwägung selbst. In ihr sind alle für die Entscheidung relevanten normative Argumente einzustellen und eine Vorrangrelation unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu bestimmen.

Das dritte Element ist das Ergebnis der Abwägung. Dies kann in verschiedener Weise dargestellt werden, als Vorrangrelation oder als Aussage der definitiven Geltung⁴⁵ einer Norm. Es sind zu unterscheiden:

- die Vorrangrelation "P₁ hat Vorrang vor P₂ unter den Bedingungen C im Hinblick auf die normative Konsequenz Op."

auch nicht mit einer rein intuitiven Abwägung gleichzusetzen, entgegen Somek 2006, 136. Die entscheidende Frage ist, ob eine rationale Begründung von Vorrangkriterien in einer Abwägung möglich ist.

43 Dies schließt nicht aus, dass Prinzipien aus anderen, allgemeineren Prinzipien ableitbar sein können. Z.B. könnte das Prinzip der Meinungsfreiheit aus dem Demokratieprinzip abgeleitet werden. Es bildet aber zugleich ein eigenständiges Prinzip, dessen Begründung dieser Ableitung nicht bedarf. Auf der anderen Seite kann es konkrete normative Argumente geben, die Gründe für eine Abwägung darstellen, aber aus anderen Argumenten abgeleitet sind. So kann das Recht einer Person zu einer bestimmten Meinungsäußerung aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit abgeleitet werden.

44 Die Charakterisierung von Prinzipien als Anfangsgründe der Argumentation umfasst sowohl Prinzipien in Form normativer Argumente als auch strikt geltende Normen fundamentalen Charakters, die den Bereich möglicher Abwägungsergebnisse limitieren. Eine terminologische Abgrenzung von Prinzipien zu Grundsätzen (Alexy 1985) oder Postulaten (Ávila 2006) erscheint unnötig kompliziert. Zu beachten ist allerdings, dass im Prinzipienmodell materielle normative Gehalte nur in Form abwägungsfähiger Prinzipien eingeführt werden können. Es enthält ausschließlich Prinzipien im Sinne normativer Argumente sowie solche, die formale Bedingungen rationaler Argumentation enthalten.

45 Daneben besteht die Möglichkeit, prima facie-Vorränge und entsprechend prima facie-Normen zu begründen. Vgl. Alexy 1980.

- die Aussage der definitiven Geltung einer bedingten Norm.

VAL_{DEF} (C → Op).

Zum Beispiel sei Prinzip A das der Meinungsfreiheit sein, das fordert, ein Recht auf unbeschränkte Freiheit der Meinungsäußerung anzuerkennen, Prinzip B hingegen das Gebot, ein Recht auf den Schutz der persönlichen Ehre anzuerkennen. Aufgrund eines Abwägungsurteils wird eine (in der Regel bedingte) Vorrangrelation unter den Prinzipien in Bezug auf die in Frage stehende Rechtsfolge festgesetzt. Aus ihr ergibt sich, welche Norm als Abwägungsergebnis definitiv gilt. Abwägungsurteile begründen eine Vorrangrelation zwischen kollidierenden Prinzipien. Dieser Vorrang gilt in der Regel nicht absolut, sondern nur unter bestimmten Bedingungen, so dass eine bedingte Vorrangregel resultiert.⁴⁷

2. *Der Richtigkeitsanspruch von Abwägungsurteilen*

Eine zentrale These der Konzeption der Autonomie als normative Abwägung ist die Notwendigkeit eines Richtigkeitsanspruchs für Abwägungsurteile. Aus der Struktur normativer Argumente ergibt sich, dass jedes Abwägungsergebnis vom Urteilenden als geboten und insofern richtig vertreten werden muss. Fordert ein normatives Argument die Geltung einer Norm N, wird diese Norm aber nur teilweise oder bedingt als definitiv geltend anerkannt, dann fällt auch die teilweise Anerkennung unter das mit dem Argument vorgebrachte prinzipielle Geltungsgebot. Zunächst sind folgende Strukturen zu unterscheiden:

- (1) Das normative Argument mit der Form eines Geltungsgebots:
O VAL_{DEF} N mit N z.B. als Gebot Op.
- (2) Die normative Aussage über das Abwägungsergebnis mit der Form:
VAL_{DEF} N' mit N' als bedingtem Gebot C → Op.
- (3) Das prinzipielle Geltungsgebot für das Abwägungsergebnis:
O VAL_{DEF} N'.
- (4) Das definitive Geltungsgebot für das Abwägungsergebnis:
VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N'.

46 Alternativ können die Vorrangrelation auf die in Frage stehende normative Konsequenz Op oder Nicht-Op bezogen werden und die kollidierenden Prinzipien neben den Bedingungen des Falles C als Charakterisierung des Abwägungsproblems eingeführt werden.

47 Vgl. dazu das "Kollisionsgesetz" in Alexy 1985.

Die Notwendigkeit, dass der Urteilende für das Ergebnis seiner Abwägung einen Richtigkeitsanspruch erheben und annehmen muss, dass sein Urteil aufgrund der stärkeren und damit vorrangigen Argumente geboten ist, ergibt sich dann wie folgt: Ausgangspunkt einer Abwägung ist eine Kollision von normativen Argumenten, etwa den Prinzipien der Meinungsfreiheit P_1 und des Persönlichkeitsschutzes P_2 . Diese fordern die Geltung miteinander unvereinbarer Normen

N_1 : Erlaubnis jeder Form von Meinungsäußerungen,

N_2 : Verbot jeder Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten.

Ergebnis einer Abwägung ist eine normative Aussage, dass P_1 unter der Bedingung C Vorrang vor P_2 erhält,

$C \rightarrow N_1$

(im Beispiel: wenn eine Äußerung zu einer die Öffentlichkeit berührenden Frage vorliegt, erhält die Meinungsfreiheit Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz).

Nun folgt - der Struktur (1) entsprechend - aus P_1 ein prinzipielles Gebot der Geltung von N_1 (der Erlaubnis der Äußerung), also:

$O \text{ VAL}_{\text{DEF}}(N_1)$.

Mit der Geltung von N_1 ist aber auch die Geltung von $C \rightarrow N_1$ geboten, da dies nur eine Einschränkung gegenüber N_1 darstellt und aus N_1 folgt. Es gilt also auch

$O \text{ VAL}_{\text{DEF}}(C \rightarrow N_1)$.

Das festgesetzte Abwägungsergebnis - mit der Struktur (2) - ist somit aufgrund des Prinzips, das den Vorrang erhält, geboten. Es besteht ein prinzipielles Geltungsgebot der Struktur (3). Da mit der Vorrangfestsetzung die definitive Geltung des Prinzips, soweit der Vorrang reicht, anerkannt wird, enthält ein Abwägungsurteil ein definitives Geltungsgebot - der Struktur (4) - in Bezug auf die als Abwägungsergebnis festgesetzte Norm. Selbst wenn für eine Abwägungsentscheidung kein weiterer Grund angeführt wird als das Urteil des Abwägenden, dass das eine Prinzip Vorrang vor dem anderen habe, muss dieses Urteil aus der Sicht des Abwägenden als geboten angesehen werden. Denn dieses Urteil ist durch die Geltungsgebote, die hinsichtlich der als definitiv gültig beurteilten Norm bestehen, gefordert. Das Abwägungsurteil stellt sich aus der Sicht des Urteilenden als die Erfüllung dieses Gebots dar.

Auch für die Festsetzung des Vorrangs selbst gilt, dass diese durch die im Ergebnis vorgehenden Gründe geboten ist. Denn damit ein Geltungsgebot erfüllt wird, muss es im Fall der Kollision mit anderen Geltungsgeboten den Vorrang erhalten. Ein Geltungsgebot impliziert ein Gebot seines Vorrangs vor kollidierenden Argumenten.⁴⁸ Die Vorrangfestsetzung ist deshalb aus Sicht des Entscheidenden keine freie Entscheidung, sondern die Erfüllung eines seiner Ansicht nach vorrangigen und daher definitiv geltenden Gebots. Sie muss vom Entscheidenden als geboten und nicht nur als subjektive Präferenz beschrieben werden.⁴⁹ Aufgrund der Struktur reiterierter Geltungsgebote gilt dies auf jeder Stufe von

⁴⁸ Vgl. auch Enderlein 1992, 272; Sieckmann, 1994a, 205ff.

⁴⁹ Daher wäre eine Reform der normativen Sprache im Sinne einer Aufgabe jeglicher Objektivitätsansprüche oder -implikationen, wie sie etwa von Mackie (1981) gefordert wird, verfehlt. Vgl. auch die Kritik bei Marmor 2001, allerdings mit anderer Argumentation.

Geltungsgeboten. Der normative Richtigkeitsanspruch ist unvermeidbar. Jedes Abwägungsurteil muss vom Urteilenden als geboten vertreten werden.

Dies ist insofern bemerkenswert, als ein Charakteristikum autonomer Abwägungen ist, dass sich kein ergebnisdefinites Kriterium für die Vorrangfestsetzung angeben lässt. Die Vorrangfestsetzung muss letztlich aufgrund eines normativen Urteils getroffen werden, das nicht aus vorgegebenen Kriterien ableitbar ist. Das Abwägungsurteil ist jedoch gleichwohl notwendig mit einem Anspruch auf Richtigkeit verbunden. Mit der Festsetzung eines Abwägungsergebnisses muss stets beansprucht werden, dass dies das gebotene und damit richtige Ergebnis ist. Damit wird auch beansprucht, dass andere diesem Urteil folgen sollen, die betreffende Norm also für alle Adressaten verbindlich ist. Es handelt sich allerdings lediglich um einen Anspruch, der erhoben werden muss und kritisiert werden kann, der aber nicht vollständig eingelöst werden kann. D.h., es kann nicht abschließend begründet werden, dass das geforderte Ergebnis tatsächlich das einzig richtige ist, und es wird keine Verbindlichkeit gegenüber anderen Adressaten begründet.

Der Richtigkeitsanspruch von Abwägungsurteilen unterscheidet sich von anderen Konzeptionen von Richtigkeit. Es sind jedenfalls zwei Begriffe von Richtigkeit zu unterscheiden. Sätze können als richtig im Sinne von wahr bezeichnet werden. Handlungen können als richtig in dem Sinne bezeichnet werden, dass sie normgemäß sind, also jedenfalls prinzipiell geboten sind.⁵⁰ Für Urteile oder Aussagen (beides soll hier synonym verwendet werden) lassen sich beide Konzeptionen kombinieren: eine Aussage im Sinne einer Behauptung ist richtig, wenn der geäußerte Aussagesatz und entsprechend die Aussage im semantischen Sinn wahr ist. Allerdings ermöglicht der pragmatische, auf Handlungen bezogene Richtigkeitsbegriff, normative Aussagen unabhängig von ihrer Wahrheit als richtig zu begründen.

Die mangelnde Determiniertheit von Abwägungsurteilen erlaubt es nicht, die objektive Gültigkeit im Sinne der Wahrheit des Abwägungsurteils und der sie formulierenden normativen Aussage zu beanspruchen. Zwar ist es aufgrund der logischen Form einer Aussage semantisch möglich, diese als wahr zu bezeichnen, anders etwa als Befehle oder Fragen, die bereits aus semantischen Gründen nicht wahrheitsfähig sind. Auch normative Aussagen, etwa dass geboten ist, nicht zu lügen, sind semantisch wahrheitsfähig. In begründungstheoretischer Hinsicht ist die entscheidende Frage für die Annahme der Wahrheitsfähigkeit jedoch, ob es Kriterien gibt, die Wahrheit solcher Aussagen jedenfalls in einigen Fällen festzustellen. Wäre dies nicht möglich, wären normative Aussagen in einem erkenntnistheoretischen Sinn nicht wahrheitsfähig. Solche kognitiven Kriterien, aufgrund der die Wahrheit von Abwägungsurteilen festgestellt werden könnte, sind nicht verfügbar. Abwägungsprobleme sind wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass es keine vorgegebenen entscheidungsdefiniten Kriterien gibt, also keine Kriterien, die ausreichen, das Abwägungsergebnis kognitiv zu bestimmen. Der Entscheidungsspielraum wird durch kognitive Kriterien begrenzt, wie die der logischen Konsistenz, der Kohärenz oder der empirischen Korrektheit. Die Entscheidung ist letzt-

50 Weitergehend kann als richtig auch eine Handlung bezeichnet werden, die erlaubt ist. Jedoch soll hier die stärkere Version gefordert werden.

lich jedoch dem Urteil des Abwägenden überlassen. Dies führt dazu, dass verschiedene vernünftige Beurteiler zu unterschiedlichen Abwägungsergebnissen kommen können, ohne dass die abweichenden Urteile jeweils als falsch erwiesen werden könnten. Da die Wahrheitsfähigkeit von Urteilen im erkenntnistheoretischen Sinn jedenfalls Kriterien erfordert, die zu widerspruchsfreien Ergebnissen führen, das Geltungskriterium für die als Abwägungsergebnis festgesetzten Normen aber das Urteil des jeweils Abwägenden ist und verschiedene Urteiler unvereinbare Normen für richtig halten können, kann aufgrund von Prinzipienabwägungen nicht die Wahrheit der als Abwägungsergebnis formulierten normativen Aussagen behauptet werden.

Es trifft gleichwohl nicht zu, dass moralische Ansichten lediglich subjektiv oder voluntativ, vom subjektiven Wollen bestimmt und damit letztlich willkürlich wären. Aus der Struktur von Geltungsgeboten ergibt sich, dass mit normativen Aussagen notwendig ein Anspruch auf Richtigkeit verbunden ist und mit der Anerkennung der geforderten Norm ein entsprechendes Gebot erfüllt wird, die Anerkennung also aus der Sicht des Urteilenden nicht beliebig ist. Der moralisch Urteilende kann gar nicht anders als für seine Urteile Richtigkeit und damit eine Form von Objektivität in Anspruch zu nehmen, nämlich normative Notwendigkeit im Sinne der Gebotenheit seines Urteils oder seiner Entscheidung.

3. *Die Struktur autonomer Entscheidung*

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, da 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.⁵¹ Die Struktur von Abwägungen ist damit zugleich die Struktur autonomer Entscheidungen, oder die "Logik der Autonomie".

Der Konzeption autonomer Abwägung zufolge bildet die Struktur von Abwägungsentscheidungen den Kern autonomer Entscheidungen. Autonome Abwägung heißt, es wird eine Entscheidung zwischen kollidierenden Forderungen aufgrund einer vom Urteilenden selbst bestimmten Vorrangregel getroffen. Es wird nicht eine bereits vorhandene Vorrangregel angewandt, wie es deduktiven Konzeptionen der Entscheidungs begründung entsprechen würde. Vielmehr sind Abwägungsprobleme dadurch gekennzeichnet, dass es gute Gründe für verschiedene, aber unvereinbare Alternativen gibt. Andererseits gibt es keine vorgegebene Regel, die die Entscheidung festlegte. Eine sol-

51 Vgl. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Akademie-Ausgabe Bd. IV, 431, 432; ferner die Formulierung bei Raz 1986, 370, Fn. 2. Allerdings entspricht die Konzeption autonomer Abwägung nicht der Kantischen Konzeption von Autonomie. Dazu Sieckmann 2007.

che Regel ist erst aufgrund einer Abwägung zu bestimmen. Die Entscheidung ist insofern autonom.⁵²

Die These, dass autonome Abwägungen das Kernproblem normativer Entscheidungen darstellen, ist keineswegs trivial. Sie steht in Gegensatz zu anderen Konzeptionen moralischer Autonomie, etwa der *Kants*.⁵³ Ferner steht sie in Gegensatz zu deduktiv strukturierten Konzeptionen der Normbegründung, die in der praktischen Philosophie, der Entscheidungstheorie und der Rechtswissenschaft⁵⁴ verbreitet sind. Sie steht auch in Gegensatz zu einem moralischen Realismus, der Normgeltung als unabhängig von Anerkennung oder anderen geistigen Aktivitäten ansieht,⁵⁵ sowie zu kognitiven Konzeptionen der Normbegründung.⁵⁶ Bei Abwägungsproblemen in dem hier diskutierten Sinn lässt sich nicht eine dem Urteilenden vorgegebene normative Realität annehmen, jedenfalls fehlt ein kognitiver Zugang zu ihr. Wenn es eine normative Realität gibt, dann ist es eine aufgrund autonomer Entscheidungen konstruierte Realität. Da autonome Subjekte wissen, welche Entscheidungen sie getroffen haben, stellt sich kein grundsätzliches Problem der Normerkenntnis.⁵⁷

Der Richtigkeitsanspruch von Abwägungsurteilen ist ein normativer. Abwägungsurteile resultieren aus normativ gebundenen Entscheidungen. Normative Aussagen müssen im Prinzipienmodell aufgrund von normativen Argumenten sowie, falls erforderlich, einer Abwägung kollidierender Argumente begründet werden. Die als Abwägungsergebnis festgestellten Normen und normativen Aussagen müssen vom Urteilenden als geboten und in diesem Sinne richtig angesehen werden. Die Abwägung muss zudem formale Rationalitätsforderungen erfüllen, insbesondere Standards korrekter Abwägung. Abwägungsurteile müssen somit normative Richtigkeit sowie Korrektheit gemäß den Kriterien rationaler Begründung beanspruchen.

Jedoch gibt es, sofern verschiedene normative Argumente zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, keine Argumente außerhalb der Abwägung, die zu einer Lösung führen

52 Eine autonome Abwägung ist auf eine normative Entscheidung gerichtet, d.h. eine Entscheidung, die jedenfalls implizit eine verbindliche Norm aufstellt und beansprucht, durch eine solche Norm begründet zu sein. Es ist insofern eine Art Selbstgesetzgebung. Abwägungsprobleme treten allerdings auch in Zusammenhang mit nicht-normativen Entscheidungen auf, z.B. bei der Frage, welchen Beruf man ergreifen soll, oder wohin man in Urlaub fahren soll. Obwohl solche Fragen normativ formuliert sind, d.h. den Ausdruck "soll" verwenden, geht es nicht um normative Entscheidungen. Die Gründe, die in solchen Entscheidungen zu berücksichtigen sind, sind vom Entscheidenden selbst gewählt. Sie können ihn nicht binden. Wenn in diesem Zusammenhang von einem Sollen die Rede ist, dann nur als hypothetisches Sollen, das relativ auf die Ziele des Handelnden ist. In solchen Fällen geht es zwar um praktische, aber nicht um normative Entscheidungen.

53 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), AA 4: 400, 410, 412, 452, 454; *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), AA 5: 30, 45, 51.

54 So ordnet Riehm 2006, 2, 6f., Abwägungen dem Subsumtionsmodell unter.

55 Zum moralischen Realismus Brink 1989; Moore 2004; Shafer-Landau 2003.

56 Z.B. Pavlakos 2007.

57 Es kann allerdings Interpretationsprobleme geben, weil die Geltung von Normen nicht nur aus Urteilen einzelner, sondern eines Kollektivs autonomer Subjekte resultiert. Häufig wird die Feststellung autonom begründeter Normen kein Problem sein. Es kann jedoch Fälle geben, in denen die Positionen anderer autonomer Subjekte nicht klar sind. Zudem können autonome Normbegründungen diffuse Strukturen aufweisen.

könnten. Jedes kollidierende Argument ist in eine Abwägung einzubeziehen. Die Geltung von Normen kann daher nicht festgestellt werden, ohne dass das urteilende Subjekt seine Entscheidung über das Abwägungsergebnis getroffen hat. Für diese Entscheidung gibt es keine substantiellen Gründe, die nicht die Struktur normativer Argumente haben. Es gibt daher keine normativen Aussagen, die den Urteilenden in seiner Entscheidung festlegen würden. Insofern ist der Urteilende aus der Sicht eines Beobachters, der kein Urteil über die richtige Abwägungsentscheidung bildet, im Rahmen der gültigen Argumente in seiner Entscheidung frei, aus seiner Sicht jedoch durch die vorrangigen, gewichtigeren Gründe gebunden. Moralische Bindung und Freiheit sind verschiedene Aspekte der Situation des urteilenden Subjekts.

III. Elemente einer Konzeption autonomer Normbegründung

Aus dem Prinzipienmodell ergeben sich bestimmte Anforderungen an die Begründung der Geltung von Normen. Der Zusammenhang zwischen dem Abwägungsmodell und der Struktur autonomen Urteilens erlaubt die These, dass jede Rechtsordnung, die Legitimität beanspruchen kann, sich aufgrund des Abwägungsmodells rechtfertigen und konstruieren lassen muss. Denn es erscheint ausgeschlossen, die Verbindlichkeit des Rechts oder anderer Normen außerhalb einer Konzeption moralischer Autonomie zu rechtfertigen. Zentrale Elemente dieser Konzeption sind der normative, im Ausgangspunkt nicht-kognitive Charakter der Normbegründung, eine pluralistische Struktur von Recht und Moral aufgrund der Möglichkeit verschiedener vertretbarer Ergebnisse, die Notwendigkeit der Anerkennung gleicher Autonomie vernünftiger Akteure, Zustimmungsfähigkeit und vernünftige Konvergenz als Geltungskriterien, die Notwendigkeit autoritativer Entscheidung wegen der praktischen Unmöglichkeit oder Unwahrscheinlichkeit von Konsensen, die Notwendigkeit der Anerkennung von Grundrechten als Grenze autoritativer Entscheidungen sowie eine strukturell notwendige Verbindung von Recht und Moral. Diese Elemente kommen in folgenden Thesen zum Ausdruck:

- (1) Normbegründung ist im Ausgangspunkt nicht kognitiv, sondern basiert darauf, dass legitime normative Forderung geltend gemacht und anerkannt werden.

Bei der Begründung aufgrund autonomer Abwägung handelt es sich um eine Konzeption normativer Begründung, nicht um eine Konzeption der Normerkenntnis. Es wird also nicht angenommen, dass bestimmte substantielle Normen existieren und solche Normen vom Urteilenden als geltend erkannt werden. Normative Urteile werden vielmehr als Ergebnis einer Abwägung begründet. Der mit Abwägungen verbundene Richtigkeitsanspruch hat normativen Charakter, keinen epistemischen Charakter. Der Urteilende erkennt mit seinem Urteil an, dass eine bestimmte Norm gelten soll. Mit der Geltungsaussage erfüllt er dieses Gebot. Er muss beanspruchen, dass die Geltung dieser Norm unabhängig von seinem eigenen Urteil ist, also nicht seine eigene, subjektiv beliebige Festsetzung ist. In diesem Sinn erhebt der Urteilende Anspruch auf einen überindividuellen, transsubjektiven Charakter seines Urteils, und insofern auf Objektivität seines Urteils. Aber dies ist keine gegen-

standsbezogene, mit der Existenz von Gegenständen oder Tatsachen begründete Objektivität, sondern eine normative Objektivität.

- (2) Verschiedene vernünftige Beurteiler können zu abweichenden, miteinander unvereinbaren Ergebnissen kommen.

Aus dem Fehlen einer ontologischen Grundlage für den mit Abwägungsurteilen verbundenen Richtigkeits- und Geltungsanspruch ergibt sich, dass unterschiedliche Beurteiler zu abweichenden Ergebnissen kommen können, ohne dass einer von ihnen einen Fehler gemacht haben und sein Urteil objektiv falsch sein müsste. Jeder dieser Beurteiler muss als vernünftig angesehen werden, sofern er die formalen Anforderungen an die korrekte Bildung von Abwägungsurteilen erfüllt, d.h. im Bewusstsein seiner Autonomie rational entscheidet. Aus inhaltlichen Gründen können formal korrekte Abwägungsurteile hingegen nicht verworfen werden. Da ergebnisdefinite Abwägungskriterien fehlen, können verschiedene konkurrierende Auffassungen, also individuelle normative Konzeptionen, mit Richtigkeitsanspruch nebeneinander bestehen. Allerdings muss jeder Urteilende seine Konzeption für richtig und die damit unvereinbaren Auffassungen anderer für falsch halten. Aber dieser Richtigkeitsanspruch kann anderen gegenüber nur als prinzipielle Forderung auf Anerkennung bestimmter Normen erhoben werden. Er kann nicht Objektivität in einem kognitiven Sinn gegenüber anderen, abweichenden Konzeptionen beanspruchen, da es dafür an einer Grundlage fehlt.

Die Konkurrenz verschiedener unvereinbarer Auffassungen stellt natürlich ein praktisches Problem dar, weil und soweit es notwendig ist, eine für alle verbindliche Norm festzulegen. Die Lösung dieses Problem durch die Bestimmung einer für alle verbindlichen Norm kann jedoch von keiner anderen Grundlage ausgehen als den konkurrierenden individuellen normativen Konzeptionen. Erst aufgrund einer rationalen Kritik sowie intersubjektiver Reflexion verschiedener Beurteiler über die Korrektheit und Akzeptabilität konkurrierender normativer Konzeptionen lässt sich objektive Geltung begründen, nämlich dann, wenn diese intersubjektive Reflexion zu einer Konvergenz vernünftiger Urteiler führt.

- (3) Vernünftige Urteiler müssen die gleiche Autonomie aller vernünftig Urteilenden anerkennen.

Die Ergebnisoffenheit der Abwägung führt zur Notwendigkeit, die gleiche Autonomie aller Beteiligten anzuerkennen. Die Autonomie der Beteiligten besteht darin, dass sie selbst berechtigt sind, normative Argumente vorzubringen, die von anderen Beteiligten in ihre Argumentationen einzubeziehen sind, und dass sie berechtigt sind, selbst zu urteilen, welche Normen gelten sollen. Die Anerkennung gleicher Autonomie verlangt, bei der Begründung verbindlicher Normen die individuellen normativen Konzeptionen jedes Beteiligten in gleicher Weise zu berücksichtigen. Die Notwendigkeit der Anerkennung gleicher Autonomie ergibt sich daraus, dass eine andere objektive Grundlage außer der Tatsache, dass verschiedene Beteiligte verschiedene normative Auffassungen vertreten

(das Faktum des Pluralismus), nicht vorhanden ist, also insbesondere kein Naturrecht, Vernunftrecht oder göttliches Recht. Andererseits kann niemand beanspruchen, dass seine Konzeption in höherem Maß berücksichtigt wird als die eines anderen, soweit dieser Anspruch auf Autonomie erhebt. Die Durchsetzung einer Konzeption gegen andere über das hinaus, was sich aus der gleichen Berücksichtigung jeder dieser Konzeptionen ergibt, würde die Anwendung nicht gerechtfertigter Gewalt darstellen, und dies kann nicht zur Begründung verbindlicher Normen führen. Eine Normbegründung ist also nur auf der Grundlage gleicher Berücksichtigung verschiedener individueller Konzeptionen und damit der Anerkennung gleicher Autonomie der Beteiligten möglich.⁵⁸ Ob eine Normbegründung auf diese Weise gelingt, ist eine andere Frage. Ohne Anerkennung dieser Voraussetzungen ist sie jedenfalls nicht möglich.

- (4) Grundlage für die Begründung der Geltung von Normen ist die Zustimmung vernünftiger Beteiligter. Daraus ergibt sich als Voraussetzung der Gültigkeit normativer Argumente (und entsprechend der definitiven Verbindlichkeit von Normen) die Zustimmungsfähigkeit der geforderten Norm für alle Beteiligten.

Die Begründung der Verbindlichkeit von Normen ist gegenüber autonomen Subjekten nur aufgrund ihrer Zustimmung möglich. Dies gilt, soweit ihre Autonomie reicht, also nicht durch objektiv gültige Rationalitätsforderungen eingeschränkt ist. Entscheidend ist nicht die tatsächliche Zustimmung an, sondern die vernünftige Zustimmung, also Zustimmung aufgrund rationaler Argumentation.

- (5) Vernünftige Beteiligte werden eine Norm als verbindlich akzeptieren, sofern die Festsetzung einer allgemeinverbindlichen Norm notwendig ist und eine rationale Argumentation zu einer Konvergenz der Beteiligten geführt hat, dass diese Norm definitiv gelten sollte.

Es ist fraglich, inwiefern die Verbindlichkeit von Normen aufgrund der Zustimmung autonomer Subjekte begründet werden kann. Das Problem der Verbindlichkeit stellte sich nicht, wenn es vernünftigen Konsens über die Geltung bestimmter Normen gäbe. Die Herbeiführung eines Konsenses erfordert einen Diskurs auf der Grundlage gleicher Autonomie der Beteiligten. Solche Diskurse bieten allerdings keine Lösung für das Problem der Verbindlichkeit, da sie als ideale Diskurse nicht möglich sind, sofern sie möglich sind, nicht notwendig zu einem Konsens führen, und sofern sie zu einem Konsens führen, dies nur ein vorläufiges Ergebnis ist, das jederzeit wieder in Frage gestellt werden kann. Die Begründung verbindlicher Normen erfordert daher andere Kriterien als das eines Konsenses. Eine Alternative ist das der vernünftigen Konvergenz von Auffassungen aufgrund einer rationalen Argumentation und intersubjektiven Reflexion. Auch dies genügt jedoch nicht, weil

58 Ein ähnlicher, allerdings nicht auf autonome Normbegründung bezogener Gedanke findet sich bei Tugendhat 1995, 13: Um das Einhalten moralischer Normen von allen verlangen zu können, müssen diese Normen für alle einsichtig gemacht werden.

autonome Subjekte keinen Grund haben, einer fremden Meinung, selbst wenn sie sich als Ergebnis einer rationalen Argumentation durchsetzt, zu folgen. Erst wenn es notwendig ist, eine gemeinsame, für alle verbindliche Norm festzusetzen, stellt vernünftige Konvergenz ein Kriterium dar, das autonome Subjekte vernünftigerweise akzeptieren müssen.

(6) Vernünftige Beteiligte werden die Notwendigkeit autoritativer Normfestsetzung und autoritativer Entscheidungen einsehen, sofern eine Regelung durch verbindliche Normen notwendig ist und eine materielle Begründung der Verbindlichkeit einer Norm nicht möglich ist.

Angesichts der Probleme mit der Begründung objektiver Geltung von Normen wird es zumindest aus Gründen der Praktikabilität erforderlich sein, autoritative Verfahren und die Möglichkeit autoritativer Entscheidungen einzuführen. Wenn die Beteiligten an der Begründung verbindlicher Normen interessiert sind, insbesondere nicht ihre Ziele mit Gewalt durchsetzen wollen, werden sie sich auf institutionalisierte Verfahren einigen, die solche Entscheidungen ermöglichen. Allerdings sind autoritative Verfahren nicht von den Bindungen des Prinzipienmodells freigestellt, sondern müssen darauf zielen, eine Entscheidung zu treffen, die den Anforderungen autonomer Normbegründung genügt.

(7) Die Anerkennung autoritativer Begründung verbindlicher Normen setzt die Anerkennung von Grundrechten sowie anderer rechtsstaatlicher Prinzipien als Grenzen der Ausübung staatlicher Gewalt voraus.

Die Möglichkeit autoritativer Entscheidungen führt zu der Gefahr, dass Ergebnisse festgesetzt werden, die mit den Voraussetzungen der Normbegründung im Prinzipienmodell nicht vereinbar sind oder die die Interessen mancher Beteiligter in einer Weise beeinträchtigen, dass deren Interesse an für alle Beteiligten verbindlichen Normen verdrängt wird. Autoritative Entscheidungen müssen also in zwei Hinsichten kontrolliert werden, einerseits hinsichtlich ihrer Korrektheit im Rahmen des Prinzipienmodells, andererseits hinsichtlich der individuellen Zumutbarkeit für jeden der Beteiligten. Der erste Aspekt kann als Forderung der Rechtsstaatlichkeit bezeichnet werden, der zweite betrifft die Begründung der Notwendigkeit von Grundrechten als Grenzen der Ausübung staatlicher Gewalt. Diese Grenze ist in einer Abwägung der fundamentalen individuellen Interessen jedes einzelnen Beteiligten mit dessen Interesse an der Geltung allgemeinverbindlicher Normen festzulegen.

(8) Das Prinzipienmodell stellt eine notwendige Verbindung von rechtlicher und moralischer Geltung her. Dies ergibt sich zum einen auf geltungstheoretischer Ebene, zum anderen aus der Struktur der Abwägung.

Die geltungstheoretische Verbindung von Recht und Moral ergibt sich aus der Teilnehmerperspektive, insbesondere der Richterperspektive als deren paradigmatischen Fall, und zwar daraus, dass der Urteilende als moralisch verantwortliches Subjekt handeln muss. Er

muss also auch als Richter versuchen, eine normativ richtige Entscheidung zu treffen. Was richtig ist, wird allerdings wesentlich durch die institutionellen Bindungen des Richters bestimmt, also die Bindung an das Gesetz sowie sonstige institutionelle Vorgaben. Andererseits gelten legitime normative Argumente autonomer Subjekte unabhängig von rechtlicher Anerkennung. Sie sind rechtlich relevant, solange sie nicht legitimerweise durch das positive Recht ausgeschlossen werden. Die rechtlichen Bindungen müssen zusammen mit allgemeinen normativen Argumenten in einem rechtlichen Urteil integriert werden.

Das Argument der Struktur der Abwägung stützt sich auf die Offenheit der Abwägung, d.h. der mangelnden Determiniertheit durch vorgegebene Normen. Der Abwägende muss also erst eine Norm festsetzen. Das dazu erforderliche Urteil muss einen nicht nur systemrelativen, sondern echten, absoluten Geltungsanspruch haben. Seine Begründung kann und muss zwar positive Rechtsquellen einbeziehen, es muss jedoch ein genuin normatives Urteil sein, was definitiv gilt, nicht nur ein deskriptives Urteil, dass gemäß den Regeln eines bestimmten Rechtssystems eine bestimmte Norm gilt.

Allerdings muss ein derartiges absolutes normatives Urteil nicht notwendig auf außerrechtliche Prinzipien rekurren. Die abzuwägenden Prinzipien können positivrechtlich begründet sein. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Abwägungsurteile genuin normative Urteile mit absolutem Geltungsanspruch sind, nicht Beschreibungen positiven Rechts.

IV. Zur Adäquatheit des Prinzipienmodells

Warum sollte Recht gemäß dem Prinzipienmodell konzipiert werden? Diese Frage drängt sich insbesondere deshalb auf, weil die hier vertretene Konstruktion des Prinzipienmodells einen radikalen Bruch mit den Grundlagen rationaler Normbegründung darstellt, die in Argumentationstheorien und anderen kognitiven, an Ideen praktischer Vernunft orientierten Theorien zu finden sind.

Argumente werden in kognitiven Theorien als Mengen von Aussagen und daraus abgeleiteten Folgerungen verstanden. Verfechter einer rationalen Normbegründung interpretieren Normsätze dementsprechend als Aussagesätze oder als Propositionen.⁵⁹ Hingegen tendieren diejenigen, die eine rationale Normbegründung nicht für möglich halten, dazu, Normsätze als präskriptive Sätze oder Imperative zu interpretieren, da damit schon der Anspruch auf Wahrheit mit ihnen nicht verbunden werden kann und die Grundlage für eine rationale Begründung fehlt.⁶⁰

Im Gegensatz dazu werden normative Argumente im Prinzipienmodell als Forderungen interpretiert, die legitim sind, aber keinen kognitiven Anspruch haben. Diese Forderungen werden allerdings einem Prozess rationaler Argumentation in Form der Abwägung

59 So etwa Brandom 1994. Vgl. auch Dworkin 1978, 90: "Principles are propositions that describe rights."

60 Eine Ausnahme ist Hare 1952, 1981, der Normsätze präskriptiv interpretiert, aber eine rationale Argumentation mittels des Kriteriums der Universalisierbarkeit für möglich hält. Jedoch findet sich bei Hare weder die Konzeption normativer Argumente noch eine entwickelte Konzeption rationaler Abwägung. Zudem steht sein Utilitarismus in Gegensatz zur Idee autonomer Normbegründung.

kollidierender normativer Argumente unterworfen. Daraus ergeben sich normative Urteile, die Normen definitive Geltung zusprechen.

Für jemanden, der gewohnt ist, Argumente als Aussagen zu interpretieren, das Erheben von Wahrheitsansprüchen gar als transzendental notwendig ansieht, wird diese nicht-propositionale Konzeption normativer Argumente nicht nachvollziehbar sein. Erst recht nicht für jemanden, der ohnehin überzeugt ist, dass rationale Normbegründung nicht möglich ist. Die Konzeption normativer Argumente zu verstehen, erfordert einen Lernprozess im elementarsten Bereich rationaler Argumentation, der logischen Struktur der Argumente selbst. Warum sollte jemand sich einem solchen Lernprozess unterziehen?

Zwei Gründe lassen sich anführen: zum einen das Scheitern kognitiver Ansätze der Normbegründung, zum anderen die Plausibilität der Rekonstruktion von Recht und Moral auf der Grundlage der Abwägung normativer Argumente. Eine eingehende Kritik kognitiver Versuche der Normbegründung ist allerdings nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung. Hier muss die These genügen, dass Normbegründung ohne Abwägung nicht möglich ist und Abwägung nicht als rationales Begründungsverfahren verstanden werden kann, wenn die abzuwägenden Argumente als normative Aussagen interpretiert werden.

Die Plausibilität des Prinzipienmodells soll hingegen mit der folgenden Untersuchung belegt werden. Die wichtigsten Vorzüge des Prinzipienmodells im Bereich der Normbegründung sind:

- eine plausible Konzeption individueller Autonomie als Selbstgesetzgebung;
- eine vollständige Konstruktion rationaler Normbegründung, die das sog. "Münchhausen"-Trilemma auflöst;
- eine Konzeption der Objektivität von Normen, die Normbegründung von Ansprüchen auf Wahrheit oder rationale Notwendigkeit abkoppelt und erlaubt, berechnete Ansprüche auf Verbindlichkeit von Normen und auf individuelle normative Überzeugungen voneinander abzugrenzen.

Ein weiterer Vorzug ist, dass sich zentrale Strukturen des demokratischen Verfassungsstaats im Prinzipienmodell rekonstruieren lassen, insbesondere der Wertbezug der Verfassung, die Idee von Grund- und Menschenrechten sowie die Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Kompetenzen zur Kontrolle anderer Staatsorgane. Rekonstruktion bedeutet allerdings, dass die Folgerungen aus dem Prinzipienmodell nicht unbedingt mit dem übereinstimmen, was gemeinhin in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis anerkannt ist. Ein Beispiel ist die Abkoppelung der Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle von den Möglichkeiten der Rechtserkenntnis, die im Prinzipienmodell möglich wird. Es stellt sich dann die Alternative, geläufige Annahmen zur Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle aufzugeben oder sie innerhalb des Prinzipienmodells zu rechtfertigen.

Das Autonomieargument rechtfertigt zudem die These, dass das Prinzipienmodell die einzige Möglichkeit ist, Recht als normatives System zu konzipieren. Da mangels Alternativen Normbegründung nur im Rahmen einer Konzeption moralischer Autonomie möglich ist und das Prinzipienmodell die Logik moralischer Autonomie expliziert, müssen normative Systeme gemäß dem Prinzipienmodell konstruiert werden.

§ 2 Normative Argumente und normative Aussagen

Normtheoretische Grundlage des Prinzipienmodells ist die Unterscheidung von normativen Argumenten und normativen Aussagen. Normative Argumente enthalten Forderungen, dass eine bestimmte Norm oder normative Position als Ergebnis der Abwägung anerkannt werden und definitiv gelten soll, normative Aussagen formulieren die Ergebnisse solcher Abwägungen, behaupten also die definitive Geltung der betreffenden Normen. Prinzipien stellen eine elementare Form normativer Argumente dar. Als Anfangsgründe einer Argumentation sind sie dadurch charakterisiert, dass sie nicht der Ableitung aus übergeordneten Argumenten bedürfen. Diese Konzeption basiert auf drei Annahmen:

- (1) Abzuwägende Prinzipien müssen nicht nur Gegenstände von Abwägungen, sondern zugleich Gründe für bestimmte Abwägungsergebnisse darstellen.
- (2) Gründe für Abwägungen können nicht propositionale Struktur haben.
- (3) Normative Argumente, die als Gründe für Abwägungen dienen, weisen die Struktur reiterierter Geltungsgebote auf.

Diese Thesen sind im folgenden zu begründen. Ausgangspunkt ist die Idee von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.

I. Gründe für Abwägungsurteile

Die These, dass die abzuwägenden Prinzipien oder normativen Argumente nicht nur Gegenstände der Abwägung darstellen, sondern zugleich Gründe für das zu treffende Abwägungsurteil bilden,⁶¹ bedeutet, dass sie selbst in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten ein bestimmtes Ergebnis als geboten und richtig auszeichnen. Ihre Begründungsfunktion wird vom Auftreten eines Konflikts nicht berührt. Soll etwa die Erlaubtheit beleidigender Meinungsäußerungen begründet werden, dann ist der in der Abwägung anzuführende Grund dafür das Prinzip der Meinungsfreiheit. Das vollständige Argument müsste allerdings eine Vorrangregel einschließen, dass das Prinzip der Meinungsfreiheit unter den Umständen des konkreten Falls Vorrang gegenüber dem kollidierenden Prinzip des Schutzes der persönlichen Ehre haben soll. Das Prinzip der Meinungsfreiheit bildet jedoch das zentrale normative Argument für die Begründung dieses Abwägungsurteils. Es enthält die Forderung, dem Prinzip der Meinungsfreiheit den Vorrang zu geben und eine entsprechende Erlaubnis der Meinungsäußerung als definitiv gültig anzuerkennen.

61 Sieckmann 1990, 75, 87. In diesem Punkt besteht ein wichtiger Unterschied zur Prinzipienkonzeption Alexys, der zwar von Abwägungsfähigkeit spricht, aber Prinzipien nicht als Gründe für Abwägungsurteile konzipiert. Dies übersehen Steiff 2006, 82; Borowski 2007, 104; Poscher 2007, 69; Bäcker 2008, 130ff.. Hingegen bestreitet Jansen 1998, 94, die Relevanz dieser Unterscheidung.

Die Begründungsrelation zwischen normativen Argumenten und Abwägungsurteilen hat somit normativen Charakter. Sie besteht darin, dass ein bestimmtes Ergebnis aufgrund des in der Abwägung vorrangigen Arguments geboten ist. Es handelt sich um Gründe der Form, etwas tun zu sollen, nämlich die Geltung einer Norm anzuerkennen. Ein Gebot einer Handlung stellt einen Grund für deren Vollzug dar. In Abwägungen geht es um Gebote, eine bestimmte Norm als Abwägungsergebnis und damit als definitiv gültig anzuerkennen. Dementsprechend ergibt sich folgende Definition:

(D_{GA}) Gründe für Abwägungsurteile sind Gebote der Anerkennung einer bestimmten Norm als definitiv gültig.

Diese Art normativer Gründe erscheint in besonderer Weise adäquat für eine prozedurale Konzeption der Normbegründung, wie sie das Abwägungsmodell darstellt. Denn prozedurale Normbegründung besteht aus einer Sequenz von Handlungen innerhalb einer Argumentation, und Gebote stellen Gründe für Handlungen dar. Logische Folgerungen sind hingegen jedenfalls nicht unmittelbar Gründe für Handlungen. Sie können keine Orientierung für das Abwägungsurteil geben.

Ohne ein entsprechendes Geltungsgebot ließe sich somit das Vorrangurteil nicht als aufgrund einer Abwägung begründet darstellen. Das Abwägungsurteil würde vielmehr als beliebige, nicht normativ gebundene Festsetzung erscheinen, oder es müssten von den kollidierenden Prinzipien unabhängige Gründe für dieses Urteil angeführt werden, so dass die Abwägung selbst keine Begründungsfunktion hätte.

II. Die nicht-propositionale Struktur normativer Argumente

Eine weitere These ist, dass Gründe für Abwägungen keine propositionale Struktur aufweisen können.⁶² Sie können also nicht in der Form: "Es ist der Fall, dass X geboten ist." formuliert werden und nicht beanspruchen, eine normative Tatsache auszudrücken. Ein Argument dafür wurde bereits erwähnt: vor der Festsetzung eines Abwägungsergebnisses steht nicht fest, welche Norm definitiv gilt. Daher lässt sich innerhalb einer Abwägung keine Aussage über das Abwägungsergebnis treffen. Ein zweiter Grund ist, dass ein Konflikt von normativen Aussagen einen logischen Widerspruch darstellen würde.

1. Das Postulat der Widerspruchsfreiheit normativer Aussagen

Sollen Abwägungen Verfahren rationaler Normbegründung darstellen, dürfen sie nicht zu logischen Widersprüchen führen. Dies wäre jedoch der Fall, wenn die abzuwägenden Argumente die Form normativer Aussagen hätten. Das Problem der Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht wäre in Form normativer Aussagen wie folgt darzustellen:

62 Dies übersieht Zoglauer 1998, 146ff., in seiner Kritik der Konzeption reiterierter Geltungsgebote.

(1) A hat das Recht, seine Meinung zu äußern.

Diese normative Aussage impliziert z.B., falls A der Meinung ist, dass B ein Idiot ist, die Aussage

(2) A hat das Recht zu sagen, dass B ein Idiot ist.

Auf der anderen Seite impliziert eine Aussage:

(3) B hat das Recht, nicht in seiner persönlichen Ehre verletzt zu werden, die weitere Aussage:

(4) B hat das Recht, nicht als Idiot bezeichnet zu werden.

Daraus folgt:

(5) A hat nicht das Recht zu sagen, dass B ein Idiot ist.

Es liegt ein Widerspruch zwischen den Aussagen (2) und (5) vor. In einem rationalen Normensystem ist ein solcher Widerspruch nicht akzeptabel, dies jedenfalls deshalb, weil ein widersprüchliches Normensystem seine handlungsleitende Funktion nicht erfüllt. Die handlungsleitende Funktion von Normen verlangt, dass definitiv feststeht, welche Gebote, Verbote oder Erlaubnisse gelten. Normative Aussagen geben an, welche Normen definitiv gelten. Sie drücken normative Tatsachen aus. Ein Widerspruch zwischen ihnen muss wegen der Forderung der Widerspruchsfreiheit ebenso vermieden werden wie im Bereich nicht-normativer Aussagen.

Das Problem der Konstruktion von Abwägungen lässt sich allerdings nicht durch eine Normtheorie lösen, die Normen als Imperative oder Präskriptionen ansieht.⁶³ Solche Theorien unterscheiden zwar Normsätze von Aussagesätzen.⁶⁴ Für Imperative oder Präskriptionen gelten jedoch ähnliche Kompatibilitätsforderungen wie für normative Aussagen. Kollisionen zwischen ihnen können in einem rationalen Normensystem nicht zugelassen werden, da sie nicht lediglich argumentative Funktion, sondern unmittelbar handlungsleitende Funktion haben. Es muss für sie also wiederum Widerspruchsfreiheit gefordert werden. Sie sind damit nicht abwägungsfähig.

2. Konstruktionen abwägungsfähiger Argumente mit propositionaler Struktur

Im Gegensatz zur Konzeption normativer Argumente mit nicht-propositionaler Struktur stehen Ansätze zur Konstruktion von Normkonflikten und Abwägungen, die die propositionale Struktur der abzuwägenden Argumente nicht in Frage stellen. Solche Konzeptionen setzen an Geltungsweise, Inhalt oder den anzuwendenden logischen Regeln an, oder versuchen, die Abwägungsfähigkeit von Prinzipien mittels prozeduraler, die Abwägung leitender Normen zweiter Stufe zu konstruieren. Diese Ansätze können jedoch den Charakter von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile nicht erklären. Dies wurde bereits für die Konzeption von Prinzipien als Optimierungsgebote⁶⁵ dargelegt. Aber auch andere propositionale Ansätze leiden daran, dass sie, um die Kollisions- und

63 Vgl. z.B. Weinberger 1989, 55; Hare 1952.

64 Zur Unterscheidung deskriptiver und präskriptiver Interpretationen von Normsätzen v. Wright 1963; Stuhlmann-Laeisz 1983; Kamp 2001.

65 S.o., § 1, I.

Abwägungsfähigkeit von Normen konstruieren zu können, deren Geltungsanspruch oder normativen Gehalt so weit abschwächen, dass sie nicht mehr als Grund für ein Abwägungsurteil taugen.

2.1. *Prima facie*-Normen und *pro tanto*-Normen

Eine Reihe von Autoren charakterisiert Prinzipien als *prima facie*-Normen, im Gegensatz zu Normen mit strikter Geltung.⁶⁶ Es gibt allerdings verschiedene Interpretationen des *prima facie*-Charakters von Normen.⁶⁷ So kann an die Art der Begründung oder aber an die tatsächliche Geltung im Sinne der definitiven Anwendbarkeit einer Norm in ihrem semantischen Anwendungsbereich angeknüpft werden.

In ersterem Sinne kann unter *prima facie*-Geltung verstanden werden, dass bei der Begründung einer Norm nur eine Teilklasse der relevanten Umstände berücksichtigt worden ist. Dies kann einer rein prozeduralen Interpretation zufolge der Fall sein, weil eine Begründungsprozedur wieder aufgenommen werden kann und nicht endgültig ist. Es sind demnach endgültige und nicht endgültige Abwägungsurteile zu unterscheiden. Diese Unterscheidung bleibt jedoch auf der Ebene der Abwägungsergebnisse und erklärt nicht den Charakter von Gründen für Abwägungen.

Eine nicht rein prozedurale Variante stellt darauf ab, dass in der Begründung einer *prima facie*-Norm nicht alle relevanten Aspekte berücksichtigt worden seien, sondern nur die typischen oder regelmäßigen Umstände des Falls. Eine *prima facie*-Norm ist demnach nur in Normalfällen begründet, ihre Geltung kann aber bei Vorliegen besonderer Umstände ausgeschlossen sein. Auch diese Unterscheidung betrifft jedoch nur das Abwägungsergebnis und den Charakter der Begründung, nicht die Struktur der Gründe für Abwägungen.

Prima facie-Geltung kann ferner im Hinblick auf die tatsächliche Geltung einer Norm, d.h. ihre Anwendbarkeit in konkreten Fällen, definiert werden. In diesem Sinne gilt eine Norm "Wenn C, dann R" *prima facie*, wenn ihre Rechtsfolge (ihre Konsequenz) R in der Regel gilt, sofern ihre Anwendungsbedingungen C gegeben sind.⁶⁸ Jedoch erscheint diese Definition unbefriedigend. Denn aus einer bloßen *prima facie*-Geltung einer Norm folgt nicht, dass sie in einem bestimmten Fall, auf den sie anwendbar ist, tatsächlich erfüllt werden soll. Dies ist voraussetzungsgemäß zwar in einer hin-

66 Der Begriff wurde eingeführt von W.D. Ross 1930. In der Prinzipiendiskussion wird der unterschiedliche *prima facie*-Charakter von Regeln und Prinzipien insbesondere von Alexy 1979 vertreten.

67 Zur Unterscheidung verschiedener Arten von *prima facie*-Normen auch Searle 1980, 81ff.; Enderlein 1992, 45ff.; Peczenik 1989, 63f.

68 Nortmann 1989, 173. Im Unterschied zu der Interpretation der *prima facie*-Geltung als Beschränkung der Begründung auf typische Umstände geht es hier um die Beziehung zwischen Norm und Fall, nicht die zu ihrer Begründung. Im Ergebnis dürften beide Konzeptionen jedoch zusammenfallen, da eine Norm, die aufgrund der typischen, normalen Umstände des Falls begründet ist, normalerweise, in der Regel, anzuwenden sein wird. Die Umkehrung dieser Beziehung kann allerdings problematisch sein, da die regelmäßige Anwendbarkeit einer Norm nichts über die Art ihrer Begründung sagt.

reichend großen Zahl der möglichen Anwendungsfälle der Fall, in Bezug auf einen einzelnen Fall lässt sich jedoch kein Gebot der Erfüllung feststellen, bevor nicht das Vorliegen besonderer Umstände geprüft ist. Da prima facie-Geltung in dieser Interpretation nicht das Gebot der Erfüllung in bestimmten möglichen Anwendungsfällen impliziert, liegt kein wirklicher Normkonflikt vor. Prima facie-Normen sind damit keine Argumente für bestimmte Entscheidungen und haben somit nicht die Funktion von Gründen für Abwägungsurteile.

Gegen die Interpretation von Prinzipien als in der Regel anzuwendende prima facie-Normen spricht ferner, dass normative Argumente nicht prima facie-Geltung in dem Sinn besitzen müssen, dass sie im Regelfall anzuwenden sind. Normen können ein gültiges Argument darstellen, selbst wenn sie nur ausnahmsweise definitiv gelten oder gar vollständig verdrängt werden. So lässt sich annehmen, dass in einer Rechtsordnung das Prinzip der Rechtssicherheit grundsätzlich dem der Gerechtigkeit vorgeht und daher die Geltung des positiv gesetzten Rechts in aller Regel nicht mit Argumenten der Gerechtigkeit bestritten werden kann.⁶⁹ Dennoch sind Forderungen der Gerechtigkeit prinzipiell gültig, und es bedarf einer Rechtfertigung, wenn ungerechtes positives Recht gleichwohl gelten soll. Dies würde sogar dann gelten, wenn in keinem Fall die Gerechtigkeitsargumente das Prinzip der Rechtssicherheit verdrängen könnten und die strikte Geltung des positiven Rechts anzunehmen wäre.⁷⁰ Die prima facie-Geltung kann somit den Charakter normativer Argumente nicht erklären.

Wegen der inadäquaten epistemischen Konnotationen der Rede von prima facie-Normen ist von verschiedenen Autoren vorgeschlagen worden, Gründe für Abwägungen als pro tanto-Normen zu analysieren.⁷¹ Aussagen über pro tanto-Normen geben lediglich an, was gilt, insoweit lediglich die Norm selbst betrachtet wird. So könnte man formulieren: "Insoweit man der Meinungsfreiheit folgt, gilt eine Erlaubnis für beleidigende Äußerungen." Pro tanto-Normen können mittels der Indexierung von deontischen Operatoren konstruiert werden.⁷² Auch mit pro tanto-Normen und der Indexierung deontischer Operatoren können jedoch Normkonflikte, die zu Abwägungen führen, nicht adäquat rekonstruiert werden. Die Konflikte zwischen indexierten Geboten stellen aus der Perspektive des Handelnden kein Problem dar, solange nicht gefordert wird, dass er diese Gebote zugleich erfüllen soll. Ein Gebot, sämtliche indexierten Gebote zu erfüllen, könnte aber kein indexiertes Sollen sein, da es auf jede Form eines indexierten Sollens bezogen ist. Echte Normkonflikte erfordern somit nicht-indexierte Gebote.

69 So die "Radbruchsche Formel" in Radbruch 1946.

70 So die Position Radbruchs in Rechtsphilosophie 1932.

71 Hurley 1989, Jansen 1998.

72 Hurley 1989, 125ff.; vgl. zur Konstruktion von Normkonflikten mittels indexierter Normen bereits Searle 1978, 81ff.

2.2. Unbestimmtheit von Prinzipien

Ein anderer Ansatz der Charakterisierung von Prinzipien verwendet das Kriterium der Unbestimmtheit ihres Inhalts. Allerdings führt dies nicht notwendig zu einer strukturellen Unterscheidung. Eine Variante, die Prinzipien als Normen hohen Generalitätsgrades ansieht, führt lediglich zu einer graduellen Unterscheidung. Andere Varianten machen jedoch einen strukturellen Unterschied.

So sehen *Atienza* und *Ruiz* das entscheidende Merkmal von Prinzipien in der Offenheit ihres Tatbestands. Während die tatbestandlichen Bedingungen von Regeln endlich und geschlossen seien, seien die von Prinzipien offen und könnten nicht in einer vollständigen Liste angegeben werden.⁷³ Dies lässt allerdings unbestimmt, welche Konsequenz sich aus den tatbestandlichen Bedingungen eines solchen offenen Prinzips ergibt. Zum einen könnte die Rechtsfolge unter diesen Bedingungen ableitbar sein und der spezifische Prinzipiencharakter darin bestehen, dass diese Rechtsfolge auch in weiteren Fällen Anwendung finden kann. Dies würde allerdings nicht die Abwägungsfähigkeit von Prinzipien begründen, sondern ihre Analogiefähigkeit. Eine andere Interpretation der Offenheit von Prinzipien ist, dass sie nicht die Ableitung einer Rechtsfolge erlauben. Dem entspricht es, dass *Atienza* und *Ruiz* annehmen, ein Prinzip lege nicht fest, unter welchen Bedingungen gehandelt werden müsse.⁷⁴ Prinzipien enthalten demnach keine hinreichenden Bedingungen für die Ableitung der Rechtsfolge oder, im Sinne kategorischer Normen, gar keine Anwendungsbedingungen außer denen, die sich aus der Anwendbarkeit der in ihnen enthaltenen normativen Forderung (dem Norminhalt im Sinne von Wrights) selbst ergeben.⁷⁵ Dieser Ansatz führt jedoch wiederum in ein Dilemma. Lässt sich nicht feststellen, dass für die Ableitung der Rechtsfolge hinreichende Bedingungen erfüllt sind, ist unklar, welche normative Relevanz Prinzipien haben. Wird andererseits angenommen, dass Prinzipien bedingungslos anzuwenden sind, bleibt unklar, wie dies zu verstehen ist, wenn andererseits eingeräumt wird, dass konfligierende Prinzipien zum Ausschluss der Anwendung eines Prinzips führen können. Um die Möglichkeit des Konflikts zuzulassen, könnte das Gebot der Anwendung von Prinzipien als Abwägungsgebot interpretiert werden. Dies lässt jedoch die Frage unbeantwortet, welche Relation zwischen Prinzip und Abwägungsergebnis besteht, wenn eine Ableitung dieses Ergebnisses nicht möglich ist.

Das Merkmal nicht hinreichender Anwendungsbedingungen ist auch von *Buchwald* für die Definition von Prinzipien verwendet worden. Prinzipien sollen nur notwendige, keine hinreichenden Erfüllungsbedingungen enthalten.⁷⁶ Dies ist allerdings mehrdeutig. Werden als Erfüllungsbedingungen tatbestandliche Bedingungen bezeichnet, trifft die These zu. Sie kann allerdings den Charakter von Prinzipien als Gründe für Abwägungen nicht erklären. Eine Norm "Wenn nicht T, dann nicht R." gibt keinen Grund dafür an, R

73 *Atienza/Ruiz* 1998, 8f. Eine besondere Klasse von Prinzipien sind "policies". Bei diesen ist nicht nur der Tatbestand offen, sondern auch die Bestimmung der Rechtsfolge.

74 *Atienza/Ruiz* 1998, 11.

75 In diesem Sinne *Atienza* 2006, 168, unter Verweis auf von Wright.

76 *Buchwald* 1996, 70ff.

in einem Konflikt mit einer anderen Norm als definitiv gültige Rechtsfolge zu bestimmen. Werden hingegen Erfüllungsbedingungen als Bedingungen verstanden, unter denen eine Norm erfüllt ist, ist wiederum zu unterscheiden. Die Rechtsfolge von Prinzipien könnte derart sein, dass sie niemals vollständig erfüllt werden kann und in diesem Sinne es keine hinreichende Bedingung für ihre Erfüllung gibt. Dieser ideale Charakter trifft auf einige Prinzipien, jedoch nicht auf alle zu. Ein prinzipielles Verbot, menschliches Leben und Gesundheit nicht zu beeinträchtigen, kann jedenfalls theoretisch vollständig erfüllt werden. Ein anderer Aspekt der These ist, dass es notwendige Erfüllungsbedingungen gibt. Dies ist jedoch bei abwägungsfähigen Normen nicht der Fall. Denn kollidierende Prinzipien können die Nichterfüllung der Norm rechtfertigen, und es lässt sich nicht im voraus sagen, dass bestimmte vom Prinzip geforderte Inhalte notwendigerweise erfüllt werden müssten. Merkmal von Prinzipien ist gerade umgekehrt, dass sie keine notwendig zu erfüllenden Inhalte vorgeben, sondern - in einem normativen Sinn - graduell erfüllbar sind.

Die Ansätze, die auf die Unbestimmtheit von Prinzipien rekurren, können somit den Charakter von Prinzipien für Abwägungen nicht erklären.

2.3. Die Anwendung nicht-monotoner Logik

Eine Alternative zu dem Versuch, die Kollisionsfähigkeit von Gründen für Abwägungen durch eine inhaltliche Relativierung normativer Aussagen zu konstruieren, stellt eine Modifikation der Logik normativer Argumente dar. So wird die Verwendung einer nicht-monotonen Logik vorgeschlagen, d.h. einer Logik, in der neue Information zuvor gültige Folgerungen ungültig machen kann.⁷⁷ Es ist dann möglich, dass z.B. aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit eine Erlaubnis von Meinungsäußerungshandlungen folgt. Wenn aber als weitere Information hinzu kommt, dass diese Äußerung beleidigenden Charakter hat, dann lässt sich diese Folgerung nicht mehr ziehen. In dieser Weise lässt sich eine Logik für kollidierende Argumente entwickeln. Das Problem ist jedoch, dass die Ableitung eines konkreten Ergebnisses mit solchen Konzeptionen nicht möglich ist.⁷⁸ Im Fall einer Kollision haben Argumente, die entsprechend einer nicht-monotonen Logik verwendet werden, keinerlei normative Kraft und können daher nicht als Grund für eine Abwägungsentscheidung dienen. Die Abschwächung der Folgerungsbeziehung beseitigt damit im Ergebnis ebenfalls, wie die Relativierung des Inhalts durch eine Optimierungsklausel, die Eigenschaft der kollidierenden Argumente als Gründe für Abwägungen, die nicht nur kollidieren können, sondern zugleich Gründe für eine bestimmte Lösung dieser Kollision darstellen.

77 Prakken 1996; Hage 1996, 1997, 2005; Brożek 2007a. Dies wird auch unter dem Begriff des "defeasible reasoning" diskutiert. Allerdings ist "defeasible reasoning" nicht identisch mit nicht-monotoner Logik, vgl. Hage 2005. Zu "defeasible reasoning" im Recht Wang 2003; Atria 2001; Ratschow 1998; Bayón 1991.

78 Nicht-monotone Folgerungsbeziehungen sind stets "defeasible". Es können daher lediglich prima facie-Aussagen abgeleitet werden. Auf der Grundlage einer nicht-monotonen Logik ist die Ableitung einer konkreten Rechtsfolge nicht möglich. Vgl. Rodriguez 2001; Alchourrón 1996.

Normative Argumente müssen also einen normativen Gehalt haben, der unabhängig von und gerade in der Kollisionssituation besteht. Ihr Gehalt darf weder auf das definitiv Gebotene reduziert werden, noch darf die Möglichkeit, Folgerungen aus ihnen zu ziehen, von dem Vorliegen kollidierender Argumente abhängen. Aus ihrem idealen, über das definitiv Gebotene hinausgehenden Charakter folgt, dass sie nicht direkt in Form von Aussagen dargestellt werden können. Kollidierende ideale Gebote können zugleich gültig sein, widersprüchliche Aussagen hingegen nicht zugleich gelten. Es ist daher eine Konstruktion erforderlich, in der Normen nicht in Form von Aussagen formuliert werden, ihnen aber gleichwohl eine Form idealer Geltung zugeschrieben werden kann.

2.4. Prinzipien als prozedurale Regeln

Festzuhalten ist, dass die normative Verbindlichkeit von Prinzipien nicht von vornherein (durch Relativierung auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten⁷⁹) auf einen definitiven normativen Gehalt begrenzt sein kann, da dies eine Kollision und Abwägung mit anderen Prinzipien unmöglich machen würde. Ein ideales Sollen muss daher über das definitiv Gebotene, tatsächlich Erfüllbare hinausgehen. Wie lässt sich ein Sollen analysieren, das einerseits Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt, andererseits aber keine strikte Erfüllung verlangt? Der hier verfolgte Ansatz ist die Konzeption normativer Argumente als Geltungsgebote. Eine Alternative dazu könnte jedoch in einer prozeduralen Konzeption von Prinzipien bestehen, die deren Charakter als Gründe für Abwägungen nicht auf der Ebene ihrer logischen Struktur, sondern durch die bestimmte Regeln, wie sie anzuwenden sind, zu erklären versucht.

Das prozedurale Modell präzisiert das ideale Sollen mittels der Idee der Optimierung. Es verbindet mit der Geltung eines Prinzips drei Implikationen: ein Gebot der Anerkennung einer Norm, ein Abwägungsgebot und ein Optimierungsgebot. Diesen drei Arten von Normen entspricht die Struktur des Prinzipienmodells. Dessen Elemente sind Prinzipien im Sinne von Gründen für Abwägungen, Abwägungsprozeduren sowie Regeln als Ergebnisse der Abwägungen. Prinzipien enthalten normative Implikationen hinsichtlich jedes dieser drei Elemente. Das Gebot der Anerkennung einer Norm fordert vom Urteilenden, eine Norm als definitiv gültig anzuerkennen. Es gehört zur Ebene der Gründe für Abwägungen, also der normativen Argumente. Abwägungsgebote sind prozedurale Regeln, die die Abwägung kollidierender Normen verlangen. Optimierungsgebote drücken den definitiven normativen Gehalt von Prinzipien aus. Die Forderung, ein bestmögliches Ergebnis hinsichtlich der Erfüllung eines Prinzips unter Berücksichtigung kollidierender Prinzipien und der Umstände des Falls zu realisieren, stellt eine abstrakte Bestimmung des definitiv Gebotenen dar. Optimierungsgebote sind daher der Ebene der Abwägungsergebnisse zuzuordnen.

Abwägungs- und Optimierungsgebot können allerdings den Charakter eines idealen Sollens nicht vollständig erklären, da sie den normativen Gehalt eines Prinzips auf eine prozedurale Regel (das Gebot der Abwägung) sowie auf eine abstrakte definitive

79 Zu diesen Begriffen Alexy 1985, 75f. m.w.N.

Norm (etwas so weit wie tatsächlich und rechtlich möglich zu realisieren) reduzieren. Abwägungs- und Optimierungsgebot sind daher beide in Form normativer Aussagen auszudrücken und (dementsprechend) nicht kollisionsfähig.

Das Gebot der Anerkennung einer Norm enthält demgegenüber nicht notwendig eine Relativierung auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten und ist nicht bereits seinem Inhalt nach auf ein Gebot der Abwägung reduziert. Es enthält eine Forderung, die unabhängig davon bestehen kann, ob ihre Erfüllung durch gegenläufige Prinzipien ausgeschlossen wird. In einem Konflikt zwischen dem Schutz der Meinungsfreiheit und dem Schutz der persönlichen Ehre ergibt sich aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit ein Gebot, Meinungsäußerungen einer bestimmten Art zuzulassen und eine entsprechende Norm zu akzeptieren. Das Prinzip des Ehrschutzes gebietet demgegenüber, solche Meinungsäußerungen nicht zuzulassen und eine gegenteilige Norm anzuerkennen. Es ist nicht notwendig, solche prinzipiellen Anerkennungsgebote von vornherein auf das erfüllbare Maß zu relativieren. Ihre Kollision reflektiert vielmehr das praktische Dilemma, in dem sich der Beurteiler angesichts einer Prinzipienkollision befindet. Das Gebot der Auflösung der Prinzipienkollision ist eine Forderung, die sich aus der Rationalität des Beurteilers ergibt. Ein rationaler Beurteiler kann nicht zugleich sich widersprechende Normen als definitiv geltend anerkennen. Daraus ergeben sich in einer Kollisionssituation Gebote der Abwägung und der größtmöglichen Realisierung relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten. Grundlage für beide ist jedoch ein unrelativiertes, prinzipielles Gebot der Akzeptierung jedes der kollidierenden Prinzipien sowie seiner Konsequenzen.

Anerkennungsgebote können somit die Kollisionsfähigkeit von Normen erklären. Allerdings bleibt die Frage, ob Prinzipien als Anerkennungsgebote definiert werden können oder diese lediglich (wie Abwägungs- und Optimierungsgebote) normative Implikationen aus Prinzipien darstellen, die den Charakter von Prinzipien nicht vollständig erfassen. Für diese Annahme spricht die strukturelle Parallele zwischen Anerkennungs-, Abwägungs- und Optimierungsgeboten. Sie sind jeweils auf eine Norm bezogen, die den Gegenstand einer Abwägung bildet, und beinhalten prozedurale Forderungen für die Durchführung der Abwägung.⁸⁰ Diese prozeduralen Forderungen explizieren verschiedene Aspekte der Geltungsweise von Prinzipien. Prinzipien sind jedoch noch etwas anderes als solche Explikationen ihrer Geltungsweise.

Andererseits weisen die Konzeptionen von Anerkennungsgeboten und Geltungsgeboten eine Parallele auf. Ein Gebot definitiver Geltung einer Norm ist im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung äquivalent mit einem Anerkennungsgebot. Denn die definitive Geltung kann nur durch deren Anerkennung durch das autonome Subjekt zustandekommen, und die Anerkennung der definitiven Geltung durch das autonome Subjekt begründet die definitive Geltung der betreffenden Norm in dem vom Subjekt geschaffenen Normensystem. Das Anerkennungsgebot stellt insofern nur die prozedural formulierte Variante eines Geltungsgebots dar.

80 Vgl. auch die Analyse von Günther 1988, 272, sowie die These Aarnios, Optimierungsgebote seien Ausdruck einer allgemeinen Rationalitätsforderung, referiert von Peczenik 1989, 78.

Zudem bleibt eine Mehrdeutigkeit in der Konzeption des Anerkennungsgebots, insofern dieses definitiven oder prinzipiellen Charakter haben kann. Als definitives Gebot der Anerkennung der definitiven Geltung einer Norm ist es jedoch nicht kollisionsfähig, sondern stellt eine nicht-abwägungsfähige Regel zweiter Stufe dar. Nur als ein prinzipielles Gebot der Anerkennung der definitiven Geltung einer Norm ist es die prozedurale Entsprechung der in normativen Argumenten enthaltenen Geltungsgebote. Damit setzt die Konzeption von abwägungsfähigen Anerkennungsgeboten den Begriff von Prinzipien und der prinzipiellen Geltung von Normen voraus. Worin prinzipielle Geltung, die Normen zu Gründen für Abwägungen macht, besteht, bleibt eine offene Frage. Die prozedurale Konzeption kann den Charakter von Prinzipien als Gründe für Abwägungen daher nicht erklären.

3. *Die Notwendigkeit nicht-propositionaler Argumente*

Festzuhalten ist, dass das Problem der Konstruktion von Gründen für Abwägungen nicht durch Modifikationen von Normen mit propositionaler Struktur zu lösen ist. Dies gilt ebenso für die Konzeption von Prinzipien als Optimierungsgeboten wie für die Annahme von prima facie-Normen oder pro tanto-Normen. Solche Modifikationen führen Abschwächungen ein, die den betreffenden Normen zugleich die Eigenschaft eines Abwägungsgrundes nehmen. So besagt ein prima facie-Recht auf Meinungsfreiheit nichts darüber, was geboten ist, wenn auf den zweiten Blick festgestellt wird, dass das Persönlichkeitsrecht ebenfalls zu berücksichtigen ist, aber nicht beides zugleich erfüllt werden kann. Optimierungsgebote, die möglichst weitgehende Erfüllung relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten verlangen, verweisen im Fall einer Kollision mit der Relativierung auf die rechtlichen Möglichkeiten wechselseitig aufeinander sowie auf das Ergebnis der erst noch durchzuführenden Abwägung. Sie stellen damit keine Gründe innerhalb dieser Abwägung dar. Ein ähnliches Problem stellt sich für Konzeptionen, die inhaltliche Unbestimmtheit als charakteristisches Merkmal von Prinzipien ansehen, für Versuche, Abwägungen mit Hilfe einer nicht-monotonen Logik zu analysieren, aber auch für eine Rekonstruktion der Abwägung mittels prozeduraler Regeln. Mit allen diesen Ansätzen wird die Funktionsweise von Gründen in Abwägungen nicht erklärt.

Dies gilt für jeden an der logischen Form von Aussagen orientierten Ansatz. Denn Aussagen sind darauf angelegt, widerspruchsfreie Bewertungen anzugeben. Die Einführung des Begriffs der prima facie-Geltung auf der Grundlage normativer Aussagen kann Normkonflikte nur zulassen, indem sie den normativen Gehalt so weit reduziert, dass der Normkonflikt verschwindet. Abwägungen setzen jedoch kollidierende normative Gehalte voraus, die selbst Richtlinien in der Abwägung angeben und Gründe für die Abwägungsentscheidung darstellen. Die Kollisions- und Abwägungsfähigkeit von Prinzipien schließt es demnach aus, sie in Form normativer Aussagen darzustellen.

Es bleibt die Frage, wie Gründe für Abwägungen mit nicht-propositionaler Struktur konstruiert werden können. Die Antwort ist die Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote.

III. Normative Argumente als reiterierte Geltungsgebote

Normative Argumente sind, wie bereits dargelegt, in ihrer Struktur durch die Reiteration von Geltungsgeboten gekennzeichnet sind. Die Grundstruktur von normativen Argumenten ist somit die von Anerkennungsgeboten "Die Norm N soll als definitiv gültig anerkannt werden", denen Geltungsgebote "Die Norm N soll definitiv gelten" korrespondieren. Zu jedem solchen Geltungsgebot gibt es ein Geltungsgebot höherer Stufe, das dessen Geltung fordert. Daraus ergibt sich eine Kette von Geltungsgeboten:

- (1) $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N$
- (2) $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N$
- (3) $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N$,
- etc.

Ein normatives Argument ist gültig, wenn auf jeder Stufe das Geltungsgebot durch ein Geltungsgebot höherer Stufe begründet werden kann.

Ein reiteriertes Geltungsgebot lässt sich allerdings nicht vollständig formulieren, da die sprachliche Formulierung endlich sein muss. Der Geltungsanspruch eines normativen Arguments, dass sich Geltungsgebote je höherer Stufe beliebig weit begründen lassen, muss daher auf der pragmatischen Ebene liegen und kann nur durch eine metasprachliche Beschreibung explizit gemacht werden. Die Unterscheidung normativer Argumente und normativer Aussagen muss daher die pragmatische Ebene von Sprechakten einbeziehen. Ein einfacher Normsatz kann nicht ohne weiteres als normatives Argument oder normative Aussage qualifiziert werden. Seine Bedeutung hängt davon ab, in welcher Funktion er verwendet wird.

Um die pragmatische Ebene zum Ausdruck zu bringen, kann die *Fregesche* Unterscheidung von Gedanken und Urteil sowie die entsprechende Notation herangezogen werden. *Frege* unterscheidet sprachliche Ausdrücke, den Inhaltsstrich "—", mit dem ein wahrheitsfähiger Inhalt, also ein Gedanke, zum Ausdruck gebracht wird, und den Urteilsstrich "|", der ausdrückt, dass ein Gedanke als wahr behauptet wird.. In einer Aussage sind demnach zu unterscheiden: der sprachliche Ausdruck (s), der mit diesem formulierte Gedanke (—s) sowie das Urteil, das dieser Gedanke wahr ist ($|$ —s).⁸¹

Auf normative Sätze angewandt, lässt sich der Sprechakt einer normativen Aussage darstellen als $|$ —N. Unter Abstraktion von dem pragmatischen Element der Behauptung bleibt als Ausdruck für einen normativen Gedanken (eine normative Proposition) —N. Allerdings stellt sich das Problem, wie die Geltungsweise von Normen dargestellt werden kann. Es sind verschiedene Geltungsweisen zu unterscheiden, etwa die definitive Geltung unmittelbar handlungsleitender Normen, die prinzipielle Geltung normativer Argumente, prima facie-Geltung, residuale Geltung, vermutliche Geltung oder die Geltung im Sinne der Zugehörigkeit zu einem Normensystem. Der Inhalt einer normativen Aussage, die die definitive Geltung einer Norm behauptet, hat dementsprechend die

Struktur $VAL_{DEF}N$. Der Akt der Behauptung einer normativen Aussage wird dargestellt als

(4) $|VAL_{DEF}N$.

Dies stellt eine Geltungsaussage dar, mit der die definitive Geltung der Norm N behauptet wird. Normative Aussagen können allerdings statt in Form von expliziten Geltungsaussagen auch die Form direkter normativer Aussagen haben. Normsätze können unmittelbar normativ (präskriptiv) verwendet werden, ohne die definitive, unmittelbar handlungsleitende Geltungsweise explizit zu machen, etwa in einem Satz "Man soll andere nicht verletzen". Dies wird dargestellt als

(5) $|N$.

Der direkte normative Gebrauch von Normsätzen ist äquivalent mit normativen Aussagen wie $|VAL_{DEF}Op$, die die Geltungsweise explizit machen, also z.B. "Es gilt definitiv, dass man andere nicht verletzen soll."

Bei normativen Argumenten muss der pragmatische Gehalt durch einen anderen Zusatz als bei Aussagen dargestellt werden. Da der Geltungsanspruch, der mit normativen Argumenten erhoben wird, die Begründbarkeit einer Reiteration von Geltungsgeboten ist, bietet es sich an, diesen Anspruch durch "..." zu symbolisieren. Entsprechend wird die direkte Verwendung eines Normsatzes als normatives Argument dargestellt als

(6) $...O VAL_{DEF}N$.

Die Struktur einer Aussage, dass die betreffende Norm als normatives Argument gültig ist, ist hingegen

(7) $|VAL_{ARG}N$.

Die logische Struktur eines normativen Arguments ist somit auf semantischer Ebene die eines Geltungsgebots $O VAL_{DEF}N_i$, wobei $i = 0, 1, \dots$ ist und die Stufe der Reiteration angibt. Dieses Geltungsgebot wird durch eine infinite Menge von Geltungsgeboten jeweils höherer Stufe gestützt. Normative Argumente lassen sich demnach wie folgt definieren:

(D_{NA}) Ein normatives Argument besteht aus einer Menge von Geltungsgeboten jeweils höherer Ordnung in Bezug auf eine bestimmte Norm N_0 . Die Elemente dieser Menge bilden die Normen $N_1: O VAL_{DEF}N_0$, $N_2: O VAL_{DEF}N_1$, ..., $N_{i+1}: O VAL_{DEF}N_i$, etc.

In pragmatischer Hinsicht besteht ein normatives Argument aus dem Gebrauch eines Normsatzes mit dem Anspruch, dass die betreffende Norm als definitiv geltend anerkannt werden sollte und darüber hinaus dieses Geltungsgebot durch eine infinite Kette von Geltungsgeboten jeweils höherer Ordnung begründet werden kann, ...O VAL_{DEF}N₀. Dem korrespondiert die normative Aussage, dass die betreffende Norm als normatives Argument, also prinzipiell, gültig ist, |VAL_{ARG}N₀.

Die Begründung eines normativen Arguments besteht in der Rechtfertigung des Geltungsgebots erster Stufe sowie dem Nachweis, dass mit einem Geltungsgebot der Stufe x auch ein Geltungsgebot der Stufe $x + 1$ gerechtfertigt ist.

IV. Argumente für die Konstruktion reiterierter Geltungsgebote

Das Modell reiterierter Geltungsgebote ist zunächst nur eine Konstruktion, die Begründungen im Abwägungsmodell ermöglicht. Es lassen sich jedoch eine Reihe von Argumenten für dessen Adäquatheit anführen. Das Hauptargument ist die Rekonstruktion der Idee der Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung durch die Konzeption der Abwägung normativer Argumente. Dieses Argument durchzieht die gesamte hiesige Analyse und soll an anderer Stelle eingehender dargestellt werden. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Argumente, insbesondere

- (1) eine adäquate Rekonstruktion der Idee von Gründen für Abwägungen,
- (2) die Übereinstimmung mit der Struktur von Interessen,
- (3) die normtheoretische Plausibilität dieser Konstruktion,
- (4) die Explikation der Begriffe der Normativität und des idealen Sollens,
- (5) die Vermeidung des Münchhausen-Trilemmas, dem deduktive Begründungen ausgesetzt sind.

1. Adäquatheitsbedingungen für Abwägungsgründe

Aus der Analyse der Struktur von Abwägungen haben sich verschiedene Anforderungen ergeben, die Gründe für Abwägungen hinsichtlich ihrer logischen Struktur erfüllen müssen.

- (1) Relevanz: Jeder Abwägungsgrund muss eine Antwort auf die zu entscheidende Frage geben.

Im Beispiel der Zulässigkeit einer beleidigenden Meinungsäußerung bedeutet dies, dass aus jedem der abzuwägenden Gründe ein bestimmtes, für die Fragestellung relevantes Ergebnis folgen⁸² muss, entweder, dass bestimmte Meinungsäußerungen erlaubt sein sollen, oder, dass sie verboten sein sollen.

82 Folgerung wird hier nicht als deduktive Folgerung verstanden, sondern in einem prozeduralen Sinn, als Ergebnis eines korrekten Schritts in einer Argumentation.

- (2) Kollisionsfähigkeit: Die Gültigkeit eines Abwägungsgrundes muss mit der Gültigkeit eines kollidierenden Abwägungsgrundes vereinbar sein.

Gründe für Abwägungen dürfen also nicht die Struktur normativer Aussagen (oder eine äquivalente logische Struktur⁸³) haben, die die definitive Geltung einer unmittelbar handlungsleitenden Norm behaupten oder beanspruchen.

- (3) Reflexivität: Die abzuwägenden Gründe sind, soweit sie aufgrund der Abwägung Vorrang vor den kollidierenden Gründen erhalten, selbst Gründe für diesen Vorrang.

Wenn im Beispiel die Meinungsfreiheit den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz erhält, dann ist die Meinungsfreiheit selbst der Grund für diesen Vorrang und nicht ein anderer, zusätzlich anzuführender Grund.⁸⁴ Denn der elementare Fall eines Abwägungsproblems ist die Kollision zweier gegenläufiger Gründe. Wenn eine Abwägungsentscheidung überhaupt eine Begründung für das Abwägungsergebnis darstellen kann, dann muss der Grund, der den Vorrang erhält und damit das Ergebnis trägt, zugleich ein Grund für die entsprechende Vorrangentscheidung sein. Es kann keine unabhängige Begründung der Vorrangentscheidung geben. Zwar kann die Begründung, über den elementaren Fall hinaus, erweitert werden, indem zusätzliche Gründe für die Abwägungsentscheidung angeführt werden. Solche Gründe sind jedoch lediglich in die Abwägung einzustellende Gründe, keine außerhalb einer Abwägung anwendbaren Vorrangskriterien. Wird etwa das Demokratieprinzip als Unterstützung des Prinzips der Meinungsfreiheit angeführt, dann ist dieses neben letzterem in der Abwägung zu berücksichtigen, aber nicht eine unabhängige Begründung für eine Vorrangentscheidung. Wäre dies nicht so, wären Abwägungsentscheidungen auf andere Begründungsformen reduzierbar und keine eigenständige Form der Normbegründung.

- (4) Intrinsische Geltung: Gründe für Abwägungen bedürfen selbst keiner weiteren Begründung.

Der normative Charakter von Abwägungsentscheidungen wäre zweifelhaft, wenn die Abwägungsgründe selbst einer Begründung bedürften, diese aber - wegen notwendiger Zirkularität, infiniten Regresses oder willkürlichen Begründungsabbruchs⁸⁵ - nicht gegeben werden könnte.

Normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote erfüllen die aufgeführten Bedingungen. Sie stellen, gemäß Bedingung (1), eine Form eines Grundes für ein Abwägungsergebnis dar. Es handelt sich zwar nicht um deduktive Gründe, da sie nicht die

83 So können Befehle oder Imperative nur entweder gelten oder nicht gelten und müssen in einem rationalen normativen System widerspruchsfrei sein.

84 Allerdings besteht das vollständige Argument für den Vorrang nicht in dem vorgehenden Prinzip allein, sondern enthält auch Annahmen über Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrade der kollidierenden Prinzipien. Die normative Forderung, den Vorrang anzuerkennen, ergibt sich aber aus jenem Prinzip selbst.

85 Vgl. zu diesem "Münchhausen-Trilemma" Albert 1980, 13, 15ff.; ferner Bäcker 2008.

Struktur von Aussagen haben. Aber es handelt sich um Gebote, und ein Gebot von etwas ist, wenn es gültig ist, ein Grund, das Gebotene zu realisieren. Ein Geltungsgebot ist daher seiner Struktur nach als ein Grund für etwas einzuordnen, genauer als ein normativer Grund im Unterschied zu einem deduktiven Grund.

Ferner sind, wie von Bedingung (2) gefordert, Kollisionen zwischen reiterierten Geltungsgeboten möglich. Unvereinbare Geltungsgebote können zugleich gültig sein. Ein logischer Widerspruch tritt nicht auf, da die Regeln der Aussagenlogik oder andere logische Regeln, aus denen sich ein Widerspruch ableiten ließe, nicht anwendbar sind. Die prinzipielle Geltung einer Norm erlaubt echte Normkonflikte, denn sie fordert ein bestimmtes Abwägungsergebnis, schließt jedoch die prinzipielle Geltung kollidierender Normen nicht aus. Eine Iteration von Geltungsgeboten kann in Bezug auf unvereinbare Normen begründbar sein, diese können also zugleich gültige Gründe für Abwägungsentscheidungen sein.⁸⁶

Reiterierte Geltungsgebote stellen zudem, gemäß Bedingung (3), Gründe für ihren eigenen Vorrang vor kollidierenden Gründen dar. Denn die Erfüllung eines Geltungsgebots fordert die Anerkennung der definitiven Geltung der betreffenden Norm. Dies setzt voraus, dass dieses Vorrang vor kollidierenden Normen erhält. Da die Anerkennung dieses Vorrangs notwendige Bedingung für die Erfüllung des Geltungsgebots ist, ergibt sich aufgrund eines teleologischen Arguments, dass diese Anerkennung aufgrund des Geltungsgebots gefordert ist. Damit begründet ein Geltungsgebot zugleich den Vorrang für die von ihm gestützte Norm gegenüber kollidierenden Normen.

Schließlich erfordern, gemäß Bedingung (4), reiterierte Geltungsgebote keine weiteren Gründe für ihre Begründung. Denn wenn ein reiteriertes Geltungsgebot gültig ist, lässt sich für jedes Geltungsgebot einer bestimmten Stufe ein Geltungsgebot der nächsthöheren Stufe konstruieren, das dieses begründet. Es ist keine weitere Begründung notwendig, die auf andere Normen zurückgreift. Es bleibt natürlich das materielle Problem, die Geltung eines reiterierten Geltungsgebots zu begründen. Soweit es gültig ist, ist die Geltung aber nicht aus anderen Normen abgeleitet.

2. *Die Struktur interessenbasierter Argumente*

Die wichtigste Klasse normativer Argumente sind Forderungen, dass bestimmte individuelle Interessen erfüllt werden sollen. Einem Interesse, z.B. nicht in seiner Gesundheit beeinträchtigt zu werden, korrespondiert eine Forderung, dieses Interesse zu erfüllen. Es ist jedenfalls grundsätzlich legitim, eine solche interessenbasierte Forderung zu erheben. Sie ist damit als ein gültiges normatives Argument anzusehen. Umgekehrt korrespondiert einer Forderung, dass etwas getan oder realisiert werden soll, ein Interesse desjenigen, der die Forderung erhebt. Interessen lassen sich als Gegenstand normativer Argumente definieren,

86 Alexy 2000a, 294ff., hat gegen die Konzeption reiterierter Geltungsgebote eingewandt, die Oszillation zwischen Normen im bloß semantischen Sinn und Geltungsaussagen könne den Charakter von Gründen für Abwägungen nicht erklären. Dieser Einwand übersieht jedoch, dass reiterierte Geltungsgebote infinite Strukturen bilden. Dass sich mit finiten Strukturen die Abwägungsfähigkeit von Normen nicht erklären lässt, begründet daher keinen Einwand.

so dass sich eine analytische Beziehung zwischen dem Begriff des normativen Arguments und dem des Interesses ergibt. Jedenfalls bilden interessenbasierte Argumente die Hauptform normativer Argumentation, wenn nicht die einzig mögliche.

Ein zentrales Argument für die Konzeption normativer Argumente als reiterierter Geltungsgebote ist, dass Interessenargumente die Struktur reiterierter Geltungsgebote aufweisen. Die beliebige Iterierbarkeit interessenbasierter Forderungen ergibt sich daraus, dass

- (1) ein Interesse eine Forderung begründet, dass dieses Interesse erfüllt werden soll, also ein entsprechendes normatives Argument für die definitive Geltung der betreffenden Norm begründet werden kann, sowie
- (2) ein Interesse höherer Stufe an der definitiven Geltung dieses Gebots gegeben ist.

Die Prämisse, dass Interessen erfüllt werden sollen, lässt sich im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung begründen, weil die Geltung einer Norm von der Zustimmung autonomer Subjekte abhängt und diese ihre Zustimmung vernünftigerweise nicht geben werden, wenn ihre Interessen als irrelevant behandelt werden. Die Verbindung eines Interesses mit einem Interesse an der Geltung eines Gebots, das die Realisierung des Interesses 1. Stufe fordert, ist eine Rationalitätsforderung, da ein Gebot der Erfüllung des Interesses 1. Stufe der Erfüllung dieses Interesses dient. Sie gilt im Fall eines Interessenkonflikts und unter der Annahme, dass die definitive Geltung eines Gebots, ein Interesse zu erfüllen, eine fördernde Wirkung für die Erfüllung dieses Gebots hat. Diese fördernde Wirkung lässt sich mit der Existenz normativer Argumentation belegen. Wären Normen praktisch ohne jegliche Wirkung, gäbe es kaum Streit und Argumentation über Normen.

Die reiterierte Struktur interessenbasierter Argumente lässt sich wie folgt entwickeln. Zunächst sind einige Festlegungen zu treffen. Es bedeuten

INT(Z):	Es besteht ein Interesse eines autonomen Subjekts an Zustand Z.
VAL _{ARG} OZ:	Das Gebot von Z ist als normatives Argument gültig.
INT(VAL _{ARG} OZ):	Es besteht ein Interesse daran, dass das Gebot von Z definitiv gültig ist.

Die Reiteration von Geltungsgeboten ergibt sich dann wie folgt:

- (1) INT(Z)
 - (2) INT(Z) $\rightarrow$ VAL_{ARG}OZ
 - (3) INT(Z) $\rightarrow$ INT(VAL_{DEF}OZ)
 - (4) VAL_{ARG}OZ
 - (5) INT(VAL_{DEF}OZ)
 - (6) INT(VAL_{DEF}OZ) $\rightarrow$ VAL_{ARG}OVAL_{DEF}OZ
 - (7) VAL_{ARG}OVAL_{DEF}OZ
 - etc.
- Folgerung aus (1), (2)
- Folgerung aus (1), (3)
- Folgerung aus (2), Z = VAL_{DEF}OZ
- Folgerung aus (5), (6),

Allgemein lassen sich Geltungsgebote der Ordnung $n+1$ erzeugen, indem für Z ein Geltungsgebot n -ter Stufe eingesetzt wird.

3. *Normtheoretische Argumente*

Normtheoretische Argumente für die Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote zeigen, dass diese Konzeption nicht nur normtheoretisch möglich und plausibel ist, sondern auch, dass sie die einzig plausible Konstruktion von Gründen für Abwägungen darstellt oder jedenfalls alternativen Konzeptionen überlegen ist.

Die logischen Möglichkeiten der Konstruktion von Abwägungsgründen ergeben sich aus den Elementen, aus denen die normative Sprache aufgebaut ist. Für die Zwecke dieser Untersuchung soll von drei Arten von Elementen ausgegangen werden: Sätzen, deontischen Operatoren und Geltungsprädikaten. Sätze sollen mit S oder, wenn es sich um Normsätze⁸⁷ handelt, mit N bezeichnet werden.⁸⁸ Als deontischer Operator soll im folgenden lediglich der Gebotsoperator O verwendet werden, da bloße Erlaubnisse kein Ergebnis festlegen und daher keine Abwägungsgründe darstellen. Das Geltungsprädikat VAL wird eingeführt, um die Geltung eines Satzes und damit den Aussagegehalt einer Äußerung und den propositionalen Charakter deren Inhalts darzustellen. Es wird mit einem Zusatz (z.B. DEF , ARG) versehen, soweit dies notwendig ist, um die Art der Geltung kenntlich zu machen.

Für die logische Struktur von Abwägungsgründen lassen sich verschiedene Einschränkungen machen. Zunächst muss ein Abwägungsgrund mehr sein als eine mit einem einfachen Normsatz formulierte Norm, also eine Norm im rein semantischen Sinn. Denn mit einem einfachen Normsatz wird nichts über die Geltung der formulierten Norm gesagt. Mit einem in der Abwägung angeführten Argument muss aber beansprucht werden, dass dieses einen Grund für eine bestimmte Abwägungsentscheidung darstellt. Dies ist nur möglich, wenn ihm Geltung zugeschrieben wird.

Ferner kann die Struktur eines Abwägungsgrundes nicht mit dem Geltungsprädikat VAL beginnen. Denn als normative Aussage $VAL_{DEF}N$ würde entweder die definitive Geltung einer Norm behauptet, was einen Konflikt mit anderen Geltungsbehauptungen nicht zulassen kann, oder der Inhalt der Norm müsste - etwa im Sinne eines Optimierungsgebots - in einer Weise abgeschwächt werden, die seine Verwendung als Argument für eine Abwägungsentscheidung untauglich macht. Eine Aussage, dass eine Norm als normatives Argument gültig ist ($VAL_{ARG}N$), wäre hingegen lediglich eine metasprachliche Beschreibung eines normativen Arguments und könnte nicht selbst als normatives Argument verwendet werden. Ferner kann ein Abwägungsgrund auch nicht mit einem deontischen Operator beginnen. Denn ein Gebotsoperator vor einem Norminhalt S führte zu

87 Normsätze sind solche, die deontische Operatoren enthalten oder mittels deontischer Operatoren dargestellt werden können.

88 Genauer wäre zu unterscheiden zwischen dem Satz als Zeichenreihe und als Inhalt. Diese soll hier vernachlässigt werden. Für eine Analyse von Argumenten und Normen interessieren die Inhalte von Sätzen, nicht die Art ihrer Formulierung. Andererseits werden solche Inhalte anhand ihrer Formulierung, als bestimmter Zeichenreihen, identifiziert.

einem Satz OS, der wiederum ein einfacher Satz N ohne Geltungsaussage wäre. Die Konstruktion eines Abwägungsgrundes steht somit vor dem Problem, dass dessen Struktur weder mit einem Geltungsprädikat oder deontischen Operator beginnen kann noch ein einfacher Normsatz sein kann.

Die Lösung dieses Problems besteht darin, eine infinite logische Struktur zu bilden, die keinen Anfang hat. Da bloße Erlaubnisse kein Abwägungsergebnis bestimmen können und die deontische Modalität von Abwägungsgründen mithin ein Gebot sein muss, ergibt sich die Struktur beliebig iterierter Geltungsgebote (...O VAL_{DEF}O VAL_{DEF}N). Allerdings kann ein solches Gebot nicht vollständig formuliert werden. Es kann daher nicht auf semantischer Ebene als Bedeutung entsprechender Normsätze eingeführt werden, sondern besteht aus einer infiniten Menge von Geltungsgeboten, in der für jedes Geltungsgebot ein Geltungsgebot höherer Stufe enthalten ist. In der Argumentation vorgebrachte normative Argumente formulieren jeweils nur ein Geltungsgebot bestimmter Stufe, beziehen sich aber auf diese infinite normative Struktur. Nach dieser Konzeption gilt eine Norm als normatives Argument genau dann, wenn sich in Bezug auf sie eine solche beliebig fortsetzbare Iteration von Geltungsgeboten begründen lässt.

Auch hinsichtlich der Reiteration ist die einzig sinnvolle Möglichkeit die der Reiteration von Geltungsgeboten. Es wäre sinnlos, Sätze, Operatoren oder Geltungsprädikate zu wiederholen, also Ausdrücke der Struktur SS, OO oder VAL VAL zu bilden. Die Aneinanderreihung von Sätzen erfüllt keine argumentative Funktion. Zwei Gebotsoperatoren hintereinander sind ausgeschlossen, weil ein Gebotsoperator die Erfüllung von etwas fordert, z.B. den Vollzug einer Handlung oder die Realisierung eines Zustands, nicht ein Gebot als solches. Die Wiederholung des Geltungsprädikats erscheint zwar logisch möglich, aber argumentativ sinnlos, da nichts neues mit dieser Wiederholung vorgebracht wird. Es ist also keine Alternative zu reiterierten Geltungsgebote ersichtlich, um Gründe für Abwägungen zu konstruieren.

Damit ergibt sich ein normtheoretisches Modell, in dem folgende Elemente zu unterscheiden sind:

- Normformulierungen N, die lediglich eine Norm im semantischen Sinn angeben, ohne etwas über ihre Geltung zu sagen;
- Geltungssätze VAL N, die besagen, dass eine Norm N (auf bestimmte Weise) gilt;
- Geltungsgebote O VAL_{DEF}N, die besagen, dass eine Norm N definitiv gelten soll;
- normative Argumente im Sinne einer infiniten Menge iterierter Geltungsgebote, so dass jedes Geltungsgebot durch ein Geltungsgebot höherer Stufe begründet wird.

Normative Aussagen oder Geltungsaussagen können explizit mittels eines Zusatzes wie "es gilt, dass ..." formuliert werden, aber auch mit der Verwendung einer Normformulierung in einer Normbehauptung implizit zum Ausdruck gebracht werden. Möglich sind ferner Geltungsaussagen in Bezug auf Geltungsgebote (VAL_{DEF} O VAL_{DEF}N).

Normative Argumente bringen ein ideales Sollen zum Ausdruck. Dieses kann als Normformulierung N oder als Geltungsgebot O VAL_{DEF}N angegeben werden, jedoch wegen des infiniten Charakters von normativen Argumente nicht vollständig formuliert

werden. Normative Argumente können ferner metasprachlich ausgedrückt werden in Form von Geltungsaussagen der Struktur VAL_{ARGN} .

Festzustellen ist somit, dass die Konstruktion reiterierter Geltungsgebote aus logischen Gründen gefordert ist, weil keine andere Konstruktion von Abwägungsgründen ersichtlich ist.

4. *Normativität und ideales Sollen*

4.1. *Der normative Geltungsbegriff*

Es sind normative und nicht-normative Begriffe der Geltung von Normen zu unterscheiden. Das Problem nicht-normativer Geltungsbegriffe ist, dass die von ihnen verwendeten Geltungskriterien weder logisch gültig sind noch aus nicht-normativen Prämissen begründbar sind. In bezug auf Normen, die nach solchen Kriterien gelten, lässt sich daher stets fragen, warum diesen Normen gefolgt werden soll. Geltung einer Norm im normativen Sinn ist demgegenüber dadurch zu charakterisieren, dass die Anerkennung, Anwendung und Befolgung der Norm geboten ist. Es ist ein Merkmal dieses Geltungsbegriffs, dass nicht die Geltung einer Norm nach dem normativen Geltungsbegriff festgestellt und gleichwohl gefragt werden kann, ob der betreffenden Norm gefolgt werden soll. Dieser Ansatz führt zu einer Iteration von Geboten. Denn ein Anerkennungsgebot (O ACC N) gilt im gleichen normativen Sinn wie die Norm 1. Stufe. Dessen Geltung ist daher durch ein Anerkennungsgebot 2. Stufe zu charakterisieren, usf. Es lässt sich also folgern:

$VAL\ N \rightarrow VAL\ O\ ACC\ N,$
 $VAL\ OACC\ N \rightarrow VAL\ O\ ACC\ O\ ACC\ N,$
etc.

Der normative Geltungsbegriff führt demnach auf eine Struktur aus iterierten Anerkennungsgeboten. Nun ist für moralisch autonome Subjekte die Geltung einer Norm mit der Anerkennung durch das autonome Subjekt gleichzusetzen. Dementsprechend erfordert Geltung im normativen Sinn, dass eine beliebige Iteration von Geltungsgeboten begründbar ist. Normen, die nicht eine solche Struktur aufweisen, können für ein autonomes Subjekt keine Normativität beanspruchen.

4.2. *Der Begriff des idealen Sollens*

Die Reiteration von Geltungsgeboten bietet auch eine passende Interpretation des Begriffs des idealen Sollens. Es gibt allerdings unterschiedliche Verwendungsweisen dieses Ausdrucks, etwa im Sinne von Idealen, die ein Sollen enthalten, das niemals vollständig erfüllbar ist. Darum geht es bei reiterierten Geltungsgeboten nicht, jedenfalls nicht notwendigerweise. Ansatzpunkt der Interpretation des idealen Sollens durch reiterierte Geltungsgebote ist die Unterscheidung von realem und idealem Sollen. Reales

Sollen ist dasjenige, das tatsächliche Geltung besitzt. Das Gegensatzpaar real/ideal legt es nahe, dem tatsächlichen Sollen definitiver Normen ein lediglich gebotenes Sollen gegenüberzustellen, das jedoch keine tatsächliche, definitive Geltung besitzt. Damit führt die Interpretation des Begriffs eines idealen Sollens auf die Konzeption von Geltungsgeboten. Da sich für Geltungsgebote wiederum die Frage nach ihrer Geltungsweise stellt, also ob sie ein reales oder ein ideales Sollen enthalten, muss das ideale Sollen dadurch charakterisiert werden, dass seine Geltung wiederum nur geboten und nicht tatsächlich ist. Daraus folgt die Reiteration von Geltungsgeboten als Merkmal des idealen Sollens.

5. *Die Vermeidung des Münchhausen-Trilemmas*

Gegenüber einem gültigen reiterierten Geltungsgebot hat es - wegen des intrinsischen Charakters seiner Geltung - keinen Sinn zu fragen, nach einer weiteren Begründung zu fragen. Jede Frage, warum das Geltungsgebot gilt, oder warum die Behauptung der Geltung akzeptiert werden sollte, kann mit einem weiteren Geltungsgebot beantwortet werden. Ist etwa ein Urteil, dass eine herabsetzende Äußerung erlaubt ist, zu begründen, dann kann auf der ersten Stufe angeführt werden, dass dies Inhalt der Meinungsfreiheit ist und die Geltung der Meinungsfreiheit geboten ist. Wird nach einer weiteren Begründung für das Gebot der Meinungsfreiheit gefragt, lässt sich anführen, dass die Geltung des Gebots der Meinungsfreiheit geboten sei, auf der nächsten Stufe, dass die Geltung des Gebots der Geltung der Meinungsfreiheit geboten sei, usf. Auf jede eine weitere Begründung fordernde "Warum"-Frage lässt sich ein normativer Grund anführen. Natürlich ist diese Vorgehensweise keine substantielle Begründung. Sie dient lediglich dazu, den Anspruch des Skeptikers, mit wiederholten "Warum"-Fragen jede Begründung zum Scheitern bringen zu können, zu widerlegen.

Das Wechselspiel von "Warum"-Fragen und der Anführung von Geltungsgeboten der nächsthöheren Stufe führt nun zwar zu einem Regress und ist als solches recht sinnlos. Die Frage ist, zu wessen Lasten dies geht. Im Unterschied zum Münchhausen-Trilemma⁸⁹ bei deduktiven Begründungen ist der infinite Regress für den Proponenten eines reiterierten Geltungsgebots unschädlich. Mit einer deduktiven Begründung wird eine abschließende, definitive Beurteilung einer Frage beansprucht. Gelingt dies nicht, ist die Begründung gescheitert. Der infinite Regress bringt also eine deduktive Begründung zum Scheitern. Mit einem reiterierten Geltungsgebot wird demgegenüber nur ein Argument vorgebracht, das Gegengründe zulässt und eine Argumentation nicht ausschließt, sondern gerade eröffnet. Einem solchen Argument mit der Wiederholung von Warum-Fragen zu begegnen, würde eine Argumentation unmöglich machen und wäre daher irrational. Daher sind reiterierte Geltungsgebote gegenüber Warum-Fragen eines Skeptikers immun. Da eine weitere Begründung für sie sinnvollerweise nicht verlangt werden kann, bedürfen sie keiner weiteren Begründung und erfüllen damit die Forderung des selbsttragenden Charakters.

89 Dazu s.o., IV. 1.

V. Normative Aussagen

Normative Aussagen können Abwägungsergebnisse oder nicht abwägungsfähige Grundsätze sowie auch Prinzipien im Sinne normativer Argumente zum Gegenstand haben. Im folgenden geht es um normative Aussagen, die Abwägungsergebnisse formulieren. Allerdings können normative Aussagen auch Metaaussagen in Bezug auf solche Abwägungsergebnisse und die in ihnen benannten definitiven Normen enthalten. Im engeren Sinne werden als normative Aussagen hier jedoch nur solche behandelt, mit denen ein normatives Urteil zum Ausdruck gebracht wird, nicht metatheoretische Stellungnahmen dazu.

Nach ihrer pragmatischen Funktion sind normative Aussagen aus der Teilnehmerperspektive des Urteilenden von Aussagen aus der Beobachterperspektive zu unterscheiden, die lediglich die Anerkennung bestimmter Normen beschreiben, aber keine normative Stellungnahme zum Ausdruck bringen. Normative Urteile (d.h. normative Aussagen i.e.S.) sind Aussagen aus der Perspektive desjenigen, der an einer normativen Argumentation teilnimmt.⁹⁰ Normative Urteile aus der Teilnehmerperspektive können auch als interne normative Aussagen bezeichnet werden. Unter ihnen sind wiederum die Abwägungsurteile selbst von normativen Aussagen zu unterscheiden, die die Gültigkeit einer Norm als Ergebnis einer bestimmten Abwägungsprozedur behaupten.

1. Interne normative Aussagen

Normative Aussagen aus der Teilnehmerperspektive sind in verschiedener Form möglich. Gemeinsam ist ihnen, dass sie einer Norm definitive Geltung zuschreiben. Diese Geltungsaussage kann explizit sein oder aber implizit in der Verwendung eines Normsatzes als normative Aussage enthalten sein. Sie kann auf ein Geltungsgebot oder eine Norm 1. Stufe, die Gegenstand eines solchen Gebots ist, bezogen sein. Diese Norm 1. Stufe kann wiederum eine Vorrangregel oder eine handlungsleitende Norm sein. Normalerweise wird das Abwägungsergebnis in Form einer normativen Aussage mit impliziter Behauptung der Geltung der betreffenden Norm 1. Stufe formuliert, etwa

(1) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist die Äußerung der Meinung M erlaubt."

Die anderen Ausdrucksformen sind jedoch möglich und u.U. notwendig, um Abgrenzungen deutlich zu machen. So bringt die Formulierung (1) nicht explizit zum Ausdruck, dass es sich um eine definitive Erlaubnis handelt. Dies ergibt sich aus dem Kontext, weil es sich um ein Abwägungsergebnis handelt. Dies kann durch folgende Formulierung klar gestellt werden:

(2) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist die Äußerung der Meinung M definitiv erlaubt."

90 Vgl. auch die Definition bei Alexy 1994, 47.

Wird eine solche Geltungsbehauptung aufgestellt, muss der Urteilende, der Struktur der Abwägung nach, auch folgende Aussagen akzeptieren:

- (3) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist geboten, dass die Äußerung der Meinung M definitiv erlaubt ist."
- (4) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist definitiv geboten, dass die Äußerung der Meinung M definitiv erlaubt ist."
- (5) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles gebührt der Meinungsfreiheit Vorrang vor gegenläufigen Prinzipien."
- (6) "Unter den Umständen des vorliegenden Falles gebührt der Meinungsfreiheit definitiv der Vorrang vor gegenläufigen Prinzipien."

Diese Varianten mögen künstlich erscheinen, sie ergeben sich jedoch aus der Struktur von Abwägungsurteilen. Wichtig ist die Möglichkeit expliziter Geltungsaussagen im Unterschied zu impliziten Geltungsaussagen in normativen Urteilen, da mit ihrer Differenzierungen im Geltungsbegriff eingeführt werden können.

1.1. Normative Urteile und absolute Geltungsaussagen

Abwägungsurteile können als Urteile aus der Teilnehmerperspektive bezeichnet werden, weil der Urteilende selbst ein normatives Urteil abgibt und eine Geltungsaussage trifft, etwa ein Urteil "In dem vorliegenden Fall gebührt der Meinungsfreiheit Vorrang vor dem Ehrschutz" oder "Im vorliegenden Fall ist die fragliche Meinungsäußerung definitiv erlaubt." Die pragmatische Funktion, eine Aussage zu machen, soll durch den *Fregeschen* Urteilsstrich zum Ausdruck gebracht werden. Ein normatives Urteil kann dann wie folgt notiert werden:

- (1) | N.

Eine explizite Aussage der definitiven Geltung einer Norm hat folgende Struktur:

- (2) | VAL_{DEF} N.

Solche Aussagen sind durch Verwendung eines normativen Geltungsbegriffs charakterisiert, d.h. die Geltungsaussage impliziert einen Anspruch auf Verbindlichkeit und entsprechende Anwendungs- und Befolgungsgebote. Es gilt also eine Regel

- (3) | VAL_{DEF} N $\rightarrow$ | VAL_{DEF} O APP N.

D.h., aus einem Urteil, dass eine N definitiv gilt, folgt ein Urteil, dass ein Gebot der Anwendung und Befolgung (APP) dieser Norm definitiv gilt. Für diese Gebote wird normative Geltung in einem absoluten Sinne beansprucht, nicht nur systemrelative Geltung. Es wird somit die Anwendung und Befolgung tatsächlich gefordert, nicht nur zum

Ausdruck gebracht, dass ein solches Gebot gemäß den Bestimmungen eines bestimmten Normensystems gilt.

Die Aussage einer absoluten Geltung bedeutet allerdings nicht, dass die betreffende Norm auf alle Zeit und unabhängig jeglichen Begründungskontextes gültig wäre. Die Begründung durch ein Abwägungsurteil ist relativ auf eine Abwägungsprozedur. Jedoch wird diese Beziehung durch das Abwägungsurteil selbst oder durch eine absolute Geltungsaussage nicht zum Ausdruck gebracht. Dies führt zu einer weiteren Form interner normativer Aussagen.

1.2. Normative Aussagen über Abwägungsergebnisse

Aussagen der aufgrund einer Abwägung anerkannten Normen unterscheiden sich von Abwägungsurteilen oder absoluten Geltungsaussagen darin, dass sie den Bezug einer Norm zu einer bestimmten Abwägungsprozedur herstellen und insofern eine relative Geltung zum Ausdruck bringen. Sie verwenden allerdings ebenfalls einen normativen Geltungsbegriff, fordern also die tatsächliche Anwendung und Befolgung der betreffenden Norm. Es wird jedoch nicht unmittelbar ein normatives Urteil zum Ausdruck gebracht, sondern ein bereits getroffener Urteilsakt, also das Ergebnis einer Begründungsprozedur, beschrieben. Der Bezug auf diese Prozedur PROC kann im Geltungsprädikat angegeben werden,

(4) $|VAL_{DEF,PROC} N$.

Solche Urteile können vom Urteilenden selbst, aber auch von Dritten abgegeben werden, die den normativen Geltungsanspruch dieser Urteile anerkennen.

Gegenüber direkten normativen Aussagen oder absoluten Geltungsaussagen aus der Teilnehmerperspektive ergibt sich durch den Bezug auf eine Argumentationsprozedur eine Erweiterung der Urteilmöglichkeiten insofern, als nicht nur positive Abwägungsurteile möglich sind, sondern auch die Ablehnung der Anerkennung einer Norm als Ergebnis der Prozedur oder die Offenheit einer normativen Frage konstatiert werden kann.

Es kann also etwa gesagt werden, dass für den vorliegenden Fall einer Meinungsäußerung keine Erlaubnis dieser Äußerung anerkannt worden ist. Damit wird die Existenz eines positiven Abwägungsurteils verneint. Dies lässt zwei Möglichkeiten offen. Es könnte ein gegenteiliges Urteil getroffen worden sein, also ein Verbot der Äußerung als definitiv geltend anerkannt worden sein, oder es könnte keine Entscheidung über diesen Fall vorliegen, die Frage also offen sein. Dies bedeutet, dass die betreffende Norm in einer konkreten Prozedur nicht als definitiv gültig anerkannt worden ist, aber eine Anerkennung in anderen Prozeduren nicht ausgeschlossen wird.

2. Externe Geltungsaussagen

Von Urteilen aus der internen Perspektive sind Urteile aus einer externen Perspektive, kurz externe Geltungsaussagen, zu unterscheiden. Diese verwenden keinen normativen Gel-

tungsbegriff, sondern behaupten lediglich die Geltung einer Norm gemäß bestimmter Kriterien, d.h. als Inhalt eines durch diese Kriterien definierten Normensystems. Der Geltungsbegriff ist ein deskriptiver, systemrelativer. Die Struktur solcher Urteile ist entsprechend

(5) $|VAL_S N$,

wobei S das System bezeichnet, für das die systemrelative Geltung oder Zugehörigkeit der Norm N behauptet wird. Als systemrelative Aussage impliziert sie nicht die Behauptung der Verbindlichkeit der betreffenden Norm. Ist das System ein normatives System, also ein System, das einen normativen Geltungsanspruch erhebt, gilt allerdings die Implikation

(6) $|VAL_S N \rightarrow |VAL_S VAL_{DEF} N$.

Insgesamt bleibt es jedoch bei einem Urteil mit lediglich systemrelativem Geltungsanspruch, und damit einer Trennung zwischen der Geltung einer Norm und der Pflicht, diese Norm anzuwenden oder zu befolgen. Es handelt sich um eine deskriptive Aussage mit Bezug auf einen normativen Inhalt, keine normative Aussage.

VI. Fazit

Aufgrund der Analyse normativer Argumente und Aussagen ist festzuhalten:

- (1) Normative Argumente müssen nicht nur Gegenstände der Abwägung, sondern zugleich Gründe für das zu treffende Abwägungsurteil darstellen.
- (2) Sie enthalten Forderungen, dass eine bestimmte Norm als Ergebnis einer Abwägung anerkannt werden und definitiv gelten soll. Genauer haben sie die Struktur reiterierter Geltungsgebote.
- (3) Normative Urteile drücken eine als Abwägungsergebnis festgesetzte Norm aus. Sie schreiben dieser Normen implizit definitive Geltung zu.
- (4) Normative Aussagen behaupten die Geltung von Normen. Im folgenden werden unter normativen Aussagen nur solche behandelt, die die definitive Geltung von Normen als Abwägungsergebnis behaupten. Solche direkten normativen Aussagen korrespondieren normativen Urteilen.
- (5) Prinzipien stellen Anfangsgründe einer Argumentation dar. Im Prinzipienmodell können sie als normative Argumente verwendet werden, also Gründe für Abwägungen darstellen, oder als formale Bedingung rationaler Argumentation strikt gelten.

§ 3 Die Struktur der Abwägung

Abwägungen sind Begründungsverfahren, in denen aufgrund kollidierender Argumente eine Entscheidung getroffen wird. Bei normativen Abwägungen geht es um die Begründung der definitiven Geltung einer Norm aufgrund kollidierender normativer Argumente. Elemente der Abwägung sind die abzuwägenden normativen Argumente, die Kollision zwischen diesen, die Bestimmung einer Vorrangrelation zwischen ihnen hinsichtlich der Umstände des vorliegenden Falls und das festgesetzte Abwägungsergebnis.

Im Beispiel der Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz geht es um folgende Elemente der Abwägung:

- Das Prinzip Meinungsfreiheit (P_1): Jeder soll das Recht haben, seine Meinung zu äußern.

- Das Prinzip des Persönlichkeitsschutzes (P_2): Jeder soll gegen Beeinträchtigungen seiner persönlichen Ehre geschützt werden.

- Die Kollision beider Prinzipien im Fall beleidigender Meinungsäußerungen:

P_1 fordert die Erlaubtheit beleidigender Meinungsäußerungen.

P_2 fordert ein Verbot von Beleidigungen.

P_1 und P_2 sind im Fall beleidigender Meinungsäußerungen nicht zugleich erfüllbar.

Werden beleidigende Äußerungen zugelassen, ist der Persönlichkeitsschutz beeinträchtigt, werden sie verboten, ist die Meinungsfreiheit beeinträchtigt. Es ist also zu bestimmen, welchem Prinzip unter den Umständen des Kollisionsfalls Vorrang gebührt. Diese Vorrangfestsetzung kann z.B. zu folgender Vorrangregel führen:

- P_1 erhält Vorrang vor P_2 im Fall von Meinungsäußerungen, die aus sachlichem Anlass in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage gemacht werden.

Generelles Kriterium für die Bestimmung des Vorrangs ist, dass dasjenige Prinzip Vorrang erhalten soll, das unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht hat. Allerdings ist das Gewicht kein natürliches, deskriptiv zu bestimmendes Merkmal, sondern das Gewicht ergibt sich aus der Abwägung der kollidierenden Prinzipien.

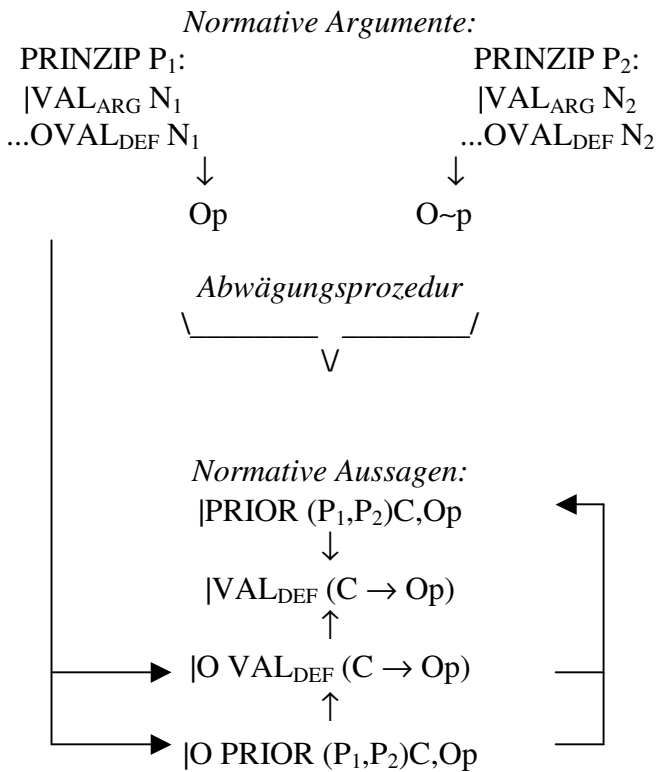
Das Grundproblem der Abwägung ist, ob und wie dieses Verfahren als eine Methode rationaler Begründung verstanden werden kann.⁹¹ Gibt es keine Kriterien, nach denen sich das Abwägungsproblem entscheiden lässt, ist fraglich, ob Abwägungsurteile rational begründet sein können oder lediglich willkürliche, unbegründete Festsetzungen darstellen. Gibt es aber Kriterien, aus denen ein Ergebnis ableitbar ist, erscheint eine Abwägung überflüssig. Die Rede von einer Abwägung verschiedener Argumente hätte keine Begründungsfunktion, sondern könnte lediglich einen Überlegungsprozess desjenigen beschreiben, der die Ableitung vornimmt.

91 Eine Kritik der Abwägung findet sich etwa bei Böckenförde 2003, 164, 190; Ladeur 2004; Leisner 1997. Dazu Borowski 2007, 120 m.w.N. Ein gravierender Mangel der Kritik ist, dass sie die Entwicklung der Konzeption der Abwägung der letzten Jahre nicht zur Kenntnis nimmt.

Den Ansatz zur Lösung dieses Dilemmas bietet die Konzeption normativer Argumente. Diese muss allerdings ergänzt werden durch Abwägungskriterien, die erlauben, korrekte von falschen Abwägungen zu unterscheiden. Im folgenden sollen die Relationen zwischen den genannten Elementen der Abwägung und die Möglichkeiten der Begründung und Kritik von Abwägungsurteilen untersucht werden.

I. Das Grundschema der Abwägung

Die Grundstruktur der Abwägung normativer Argumente lässt sich mit einem Schema veranschaulichen. Die Argumentationsschritte, die in einer korrekten Abwägung vorzunehmen sind, werden durch Pfeile dargestellt.



Dabei bedeuten

- O... : ein Gebot "Es ist geboten, dass ..." oder "... soll sein".
- VAL_{DEF} ...: ein Prädikat "... gilt definitiv".
- N_i : Individuenkonstante für eine Norm.
- C → Op: Inhalt einer bedingten Norm (Wenn C, dann Op)
- Op : kategorische Norm
- C : eine Proposition
- ~ : Negation "nicht"

PRIOR(P_1, P_2): P_1 hat Vorrang vor P_2 .

Op ist demnach das Gebot eines Sachverhalts p, OVAL_{DEFN} ein Gebot der definitiven Geltung einer Norm N.

| : Operator für Verwendung eines Satzes als Aussage (Sprechakt der Behauptung)

... : Operator für Verwendung eines Satzes als normatives Argument.

Im Zentrum der Abwägung steht die Kollision normativer Argumente. Sie stellt einen Fall eines Normkonflikts dar, d.h. der gleichzeitigen Geltung normativer Forderungen, die nicht zugleich erfüllt werden können (im Schema die Forderungen Op und O~p). Der Konflikt entsteht in einer bestimmten Situation,⁹² in der beide Forderungen anwendbar sind, aber zu unvereinbaren Ergebnissen führen.

Die Kollision normativer Argumente unterscheidet sich von einem Konflikt definitiver Normen sowie einem Widerspruch zwischen normativen Aussagen darin, dass kollidierende normative Argumente trotz der Kollision zugleich gelten; ihre Geltung ist Voraussetzung der Kollision. Unvereinbare definitive Normen können demgegenüber nicht zugleich gelten, widersprüchliche normative Aussagen nicht zugleich zutreffen.

Über die Kollisionsfähigkeit hinaus ist wichtig, dass normative Argumente in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten Gründe für ein bestimmtes Abwägungsergebnis darstellen.⁹³ Dies ist wichtig, um Abwägungen als Begründungsverfahren rekonstruieren zu können. Die kollidierenden Argumente müssen in der Situation des Konflikts die Fähigkeit behalten, bestimmte Abwägungsergebnisse begründen zu können. Ohne diese Eigenschaft wären sie für die Begründung des Ergebnisses irrelevant, die Begründung müsste folglich auf andere Argumente zurückgreifen und die Methode der Abwägung wäre bloße Dekoration für eine aus anderen Gründen zu rechtfertigende Entscheidung. Normative Argumente haben hingegen die Eigenschaft, in der Situation des Konflikts als Argumente für eine bestimmte Lösung fungieren zu können. Aus der Struktur von normativen Argumenten als reiterierten Geltungsgeboten ergibt sich, dass die Kollision zwischen den Normen, deren Geltung geboten ist, sowie den prinzipiellen Geltungsgeboten erster und höherer Stufe besteht. Jedes dieser Geltungsgebote fordert die Wahl eines bestimmten Abwägungsergebnisses und stellt somit einen Grund für dieses Ergebnis dar.

Eine Kollision normativer Argumente besteht in der Regel nicht hinsichtlich der in ihnen enthaltenen Forderungen insgesamt, sondern in Bezug auf bestimmte Folgerungen aus ihnen. Es ist zwar möglich, dass ein Prinzip in vollem Umfang mit einem anderen kollidiert, z.B. das Prinzip des Schutzes vor sittenwidrigen Vertragsklauseln mit dem der Vertragsfreiheit, oder die Forderung, grundrechtliche Prinzipien gegenüber Privaten anzuwenden, mit deren Handlungsfreiheit. In solchen Fällen ließen sich aber übergeordnete Prinzipien finden, etwa das der guten Sitten, das nur in einem partiellen Konflikt mit dem der Vertragsfreiheit stünde, oder das des universellen Grundrechtsschutzes, das nur in einem Teilbereich, hinsichtlich der Anwendung gegenüber Privatpersonen, mit dem Prinzip der

92 Vgl. auch Atienza 2006, 171.

93 Für die Rekonstruktion von Abwägungsbegründungen genügt es daher nicht, die logische Möglichkeit von Normkollisionen zu zeigen, was z.B. für prima facie-Normen oder aufgrund der Verwendung einer nicht-monotonen Logik möglich wäre.

Handlungsfreiheit kollidiert. Sogar eine beidseitig vollständige Kollision wäre denkbar, d.h. derselbe Norminhalt wird sowohl als prinzipiell geboten als auch als prinzipiell verboten bewertet. Dies wäre möglich, wenn gegensätzliche Interessen hinsichtlich dieses Norminhalts bestünden. Wiederum könnten aber übergeordnete Prinzipien angeführt werden, so dass sich die Kollision nur als eine partielle darstellt. Umgekehrt lassen sich allerdings auch die in Konflikt stehenden Forderungen so konkret formulieren, dass sich ein vollständiger Konflikt ergibt.⁹⁴ Die Begründung dieser Forderungen würde jedoch wiederum aus generellen Forderungen folgen, die nur in partiellem Konflikt stehen. Der Standardfall von Abwägungen ist daher, dass normative Argumente in Bezug auf einzelne normative Konsequenzen kollidieren.

Die kollidierenden normativen Argumente müssen somit eine Folgerungsbeziehung hinsichtlich einer konkreten Konsequenz (Op oder $O\sim p$) einschließen. Solche normativen Argumente sollen als relationale normative Argumente bezeichnet werden und von Prinzipien als elementaren normativen Argumenten unterschieden werden. Sie sollen notiert werden in der Form

$$(1) \dots O \text{ VAL}_{\text{DEF}}(P_1)Op,$$

oder, als explizite Geltungsaussage, dass P_1 ein normatives Argument für Op ist,

$$(2) \text{ VAL}_{\text{ARG}}(P_1)Op.$$

Ein abgeleitetes normatives Argument unmittelbar für die Anerkennung der normativen Konsequenz hat hingegen die Struktur

$$(3) \dots O \text{ VAL}_{\text{DEF}}Op,$$

eine entsprechende Geltungsaussage

$$(4) \text{ VAL}_{\text{ARG}}Op.$$

Abgeleitete normative Argumente werden ebenfalls durch eine Reiteration von Geltungsgeboten gestützt. Soweit ein normatives Argument lediglich als abgeleitetes begründet werden kann, fehlt ihm jedoch die intrinsische Gültigkeit als Argument. D.h. die Reiteration lässt sich nicht in Bezug auf den Norminhalt des abgeleiteten Arguments selbst begründen. So lässt sich aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit als abgeleitetes normatives Argument begründen, dass beleidigende Meinungsäußerungen erlaubt sein sollten. Mit der Eigenschaft, eine beleidigende Meinungsäußerung zu sein, lassen sich jedoch keine Gel-

94 Rubel 1982, 92, fordert - im Sinne eines Rationalitätsgebots - sogar die möglichst konkrete Formulierung der in Konflikt stehenden Teilprinzipien. Dagegen spricht jedoch, dass verschiedene Formulierungsmöglichkeiten eine Grundlage für Kohärenzargumente bieten. Zutreffend ist demnach, dass eine Abwägung auch in Bezug auf konkret formulierte Teilprinzipien durchgeführt werden sollte.

tungsgebote begründen, da diese Eigenschaft positiv bewertete Elemente (das Vorliegen einer Meinungsäußerung) wie negativ bewertete Elemente (der beleidigende Charakter) enthält. Sie ist daher normativ ambivalent ist und kann nicht ohne weiteres als positiv bewertet werden.

Ein wichtiges Merkmal von Normkollisionen ist, dass sie nur zwischen Gebotsnormen bestehen können. Eine Erlaubnisnorm - genauer deren Geltung - könnte zwar den Inhalt der normativen Konsequenz bilden, die von einem Prinzip gefordert ist. Das Prinzip selbst muss jedoch die Modalität eines Gebots enthalten, da es andernfalls nicht als normatives Argument für ein bestimmtes Abwägungsergebnis angeführt werden könnte. Erlaubnisse fordern hingegen nicht ein bestimmtes Ergebnis, sondern erklären es lediglich für normativ möglich.

II. Optimierung als Abwägungsziel

Abwägungen unterliegen, wie jede Entscheidung, dem Rationalitätsgebot, die besser begründete Alternative oder allgemeiner, sofern mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, eine bestmögliche Lösung zu wählen.⁹⁵ Für Abwägungen gilt spezifischer das Gebot, den Argumenten oder Prinzipien zu folgen, die unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht haben. Das zentrale Problem der Abwägungsbegründung ist zu bestimmen, was unter dem Gewicht von Argumenten zu verstehen ist und wie sich auf dieser Grundlage bestmögliche, d.h. optimale Entscheidungen definieren lassen. Die Antwort darauf ergibt sich aus der Konzeption der Abwägung als Optimierung.⁹⁶

Die Idee der Optimierung ist von verschiedenen Seiten kritisiert worden.⁹⁷ Sie erscheint jedoch als Forderung, die bestmögliche Entscheidung (oder eine der bestmöglichen Entscheidungen) zu treffen, kaum angreifbar, sondern vielmehr als Leitidee rationaler Entscheidung überhaupt. Die Kritik an der Optimierungsforderung ist daher unbegründet. Präzisierungsbedürftig können allerdings Gegenstand und Struktur optimierender Entscheidungen sein.

95 Vgl. auch Broome 1991, 11.

96 Vgl. Hurley 1989, 70; Barry 1990, xxxviii; H. Steiner 1994, 164; Sieckmann 1995; Jansen 1998, 112f.

97 Ein anderer Ansatz fordert nicht Optimierung im Sinne der Maximierung der Realisierung von Zielen, sondern von hinreichender Annäherung an das Maximum (satisficing); vgl. Slote 1989, 2ff. Slote möchte mit einem satisficing-Modell eine adäquatere Rekonstruktion der common sense-Moral erreichen. Es ist jedoch fraglich, ob dieser Ansatz in Gegensatz zum Optimierungsgebot im Prinzipienmodell steht. Dies setzte voraus, dass ein begründeter Einwand gegen das Prinzipienmodell vorgebracht wird, der nicht im Prinzipienmodell berücksichtigt werden kann. Es ist nicht gerechtfertigt, bei einer normativen Abwägung ein suboptimales Ergebnis zu wählen, wenn es dafür keinen rechtfertigenden Grund gibt. Gibt es einen solchen Grund, wäre das Entscheidungsproblem wiederum unter Einschluss dieses Grundes zu formulieren und damit ein Optimierungsproblem.

1. Elemente der Optimierung

Die Optimierung muss in zwei Hinsichten erfolgen, den tatsächlichen und den rechtlichen⁹⁸ oder, allgemeiner, normativen Möglichkeiten.

Die Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten wird durch das Kriterium der Pareto-Optimalität bestimmt. Pareto-optimal ist ein Zustand, wenn es nicht möglich ist, diesen in einer relevanten Hinsicht (z.B. hinsichtlich der Position eines der Beteiligten) zu verbessern, ohne ihn in einer anderen Hinsicht (der Position eines anderen Beteiligten) zu verschlechtern. 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.⁹⁹ Es gewährleistet faktische Optimalität. Die Forderung der Pareto-Optimalität entspricht im Verfassungsrecht dem Kriterium der Erforderlichkeit eines Eingriffs. Die Erforderlichkeit schließt die Geeignetheit des Eingriffs für die Verwirklichung des Eingriffsziels ein.¹⁰⁰

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

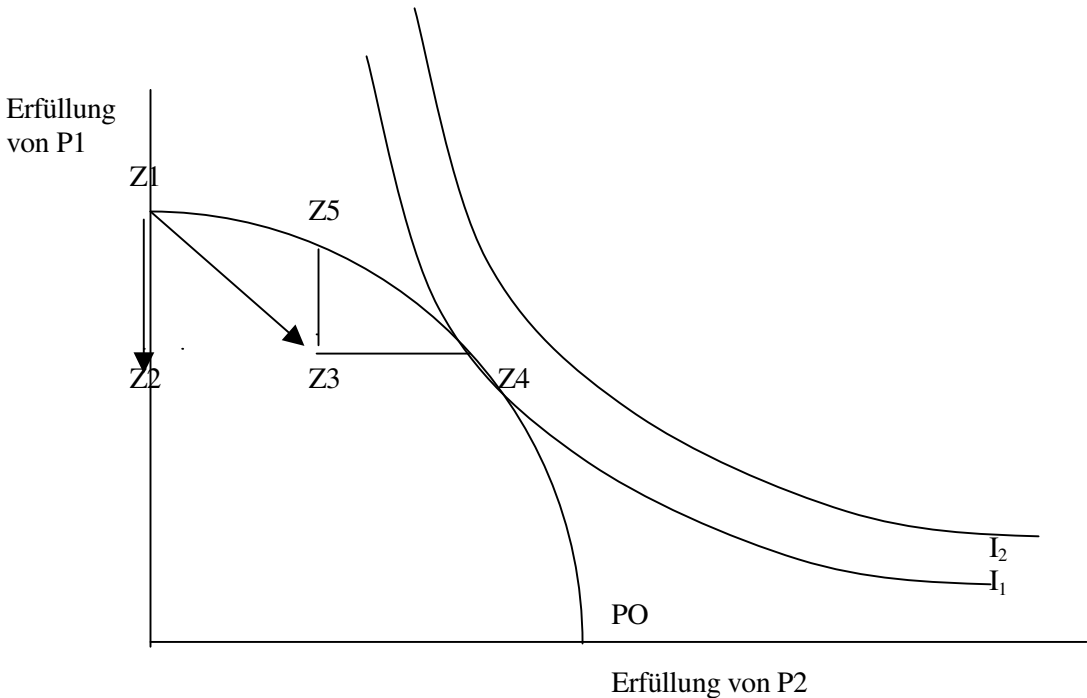
Die Kriterien der optimierenden Abwägung können in ihrem Zusammenhang graphisch dargestellt werden:¹⁰¹

98 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.

99 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 1990, 49f. An die Stelle der Position der Beteiligten tritt hier die Erfüllung von Prinzipien.

100 Vgl. Schlink 1976, 171ff.; Alexy 1985, 100.

101 Vgl. Hurley 1989, 70; H. Steiner 1994, 164; Jansen 1998, 112f.



Die nach außen gekrümmte, konkave Kurve (PO) 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, je weniger an Persönlichkeitsschutz wird realisiert. Umgekehrt, je mehr Persönlichkeitsschutz gegenüber beleidigenden Äußerungen gewährt wird, desto geringer ist das Maß der Meinungsfreiheit.

Die Darstellung der Kurve ist, abgesehen von ihrem fallenden Verlauf, weitgehend beliebig. Das Schema dient nur der Illustration und bildet keine realen Verhältnisse ab. So könnten die tatsächlichen Möglichkeiten statt durch eine Kurve auch durch eine Gerade dargestellt werden. Statt einer durchgezogenen, kontinuierlichen Linie wäre auch eine Darstellung durch einzelne, diskrete Punkte möglich. Letzteres ist allerdings nicht nur eine Frage der Darstellung, sondern hängt davon ab, welche Zustände tatsächlich realisierbar sind.

2. Faktische Optimalität

Das Kriterium der Pareto-Optimalität schließt in der Graphik die Lösungen Z_2 und Z_3 aus. Z_2 wäre nicht geeignet, Z_3 nicht erforderlich. Z_2 könnte etwa für eine Regelung stehen, die eine Zwangsabgabe der publizistisch Tätigen zur Finanzierung von Schadenersatzansprü-

chen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Meinungsäußerungen vorsehen würde. Eine solche Regelung würde die Meinungsfreiheit beschränken, ohne Beleidigungen zu verhindern. Z_3 könnte etwa eine Regelung repräsentieren, die Äußerungen über im öffentlichen Leben stehende Personen verbietet. Damit würden zwar jedenfalls ein Teilbereich beleidigender Äußerungen verboten, aber auch solche, die keinen beleidigenden Charakter haben und deren Verbot daher den Persönlichkeitsschutz nicht fördert. Es gibt daher eine Alternative (in der Graphik Z_5), die die Meinungsfreiheit weniger einschränkt, aber für die Realisierung des Persönlichkeitsschutzes gleich wirksam ist. Z_5 gibt, ebenso wie die Punkte Z_1 und Z_4 , eine Pareto-optimale Lösung an.

3. Relative Gewichtungen

Relative Gewichte kollidierender Prinzipien werden durch Indifferenzkurven dargestellt, in der Graphik die nach innen gekrümmten, konvexen Kurven (I_1 , I_2). Indifferenzkurven sind Kurven, die als gleich gut bewertete Zustände miteinander verbinden, also Zustände, zwischen denen der Urteilende indifferent ist. Zustände sind mögliche Abwägungsergebnisse. Sie sind durch Kombinationen der in ihnen realisierten Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade der kollidierenden Prinzipien zu charakterisieren. In einer Indifferenzkurve wird also aufgetragen, welche Grade der Erfüllung (oder Beeinträchtigung) der kollidierenden Prinzipien als gleich gut bewertet werden. Die Indifferenzkurven geben damit an, welches Maß der Erfüllung des einen Prinzips erforderlich ist, um ein bestimmtes Maß an Beeinträchtigung des anderen Prinzips zu rechtfertigen. Dabei werden nicht nur tatsächlich mögliche Kombinationen von Erfüllungsgraden betrachtet, sondern vorstellbare Kombinationen. Z.B. kann ein hoher Grad der Erfüllung des Prinzips der Meinungsfreiheit bei einem geringen Grad der Realisierung des Ehrschutzes, ein niedriger Erfüllungsgrad der Meinungsfreiheit bei einem hohen Erfüllungsgrad des Ehrschutzes oder ein mittlerer Erfüllungsgrad für beide Prinzipien für gleich gut gehalten werden.

Tatsächlich muss jeder vernünftig Urteilende derartige Austauschverhältnisse zwischen den kollidierenden Gütern festlegen. Es hängt von seinem autonomen Urteil ab, welche Zustände er als gleich gut bewertet. Notwendig ist allerdings, dass die Indifferenzkurven einen fallenden Verlauf haben. Wäre dies nicht der Fall, würde eine Einbuße an einem Gut ohne eine Kompensation und damit ohne eine Rechtfertigung hingenommen. Dies wäre jedoch damit unvereinbar, dass die Realisierung der fraglichen Güter prinzipiell geboten ist und daher nicht beliebig ist.

Da verschiedene Abwägungsergebnisse unterschiedlich bewertet werden, lassen sich verschiedene Indifferenzkurven bilden. Es wird mehrere übereinanderliegende (parallel verlaufende) Indifferenzkurven geben, je nach dem, welcher Grad an Erfüllung der betreffenden Prinzipien betrachtet wird. Es kann nach den zugrunde gelegten tatsächlichen Gegebenheiten möglich sein, dass die kollidierenden Prinzipien in einem relativ hohen Maß erfüllt werden. Es kann aber auch angenommen werden, dass sie jeweils nur in geringem Grad erfüllbar sind. Für unterschiedliche Rahmenbedingungen ergeben sich so unterschiedliche Indifferenzkurven. Diese stellen jeweils die normativen Möglichkeiten relativ

auf die vorausgesetzten tatsächlichen Umstände dar. Je höher eine Indifferenzkurve liegt, desto besser werden die durch sie repräsentierten Zustände bewertet.

Der Verlauf einer Indifferenzkurve (genauer die Steigung an der jeweiligen Stelle der Kurve) gibt das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien zueinander an. Das relative Gewicht der Prinzipien gibt an, welcher Grad an Erfüllung des einen Prinzips erforderlich ist, um einen bestimmten Grad an Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des kollidierenden Prinzips zu rechtfertigen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Darstellung der Indifferenzkurven, wie die der Pareto-optimalen Zustände, willkürlich gewählt ist, abgesehen von ihrer negativen Steigung, d.h. ihrem Verlauf von links oben nach rechts unten, und ihrem parallelen Verlauf, d.h. verschiedene Indifferenzkurven berühren oder schneiden sich nicht. Die graphische Darstellung hat also keinerlei Aussagegehalt über das tatsächliche relative Gewicht kollidierender Prinzipien. Dieses bedarf vielmehr einer unabhängigen Begründung. Zudem wird der Einfachheit halber unterstellt, dass beliebige Abwägungsergebnisse möglich sind, insbesondere die Erfüllung von Prinzipien beliebig graduierbar ist. Reale Abwägungsergebnisse sind hingegen häufig derart, dass nur bestimmte Abwägungsergebnisse möglich sind, die als einzelne, diskrete Punkte in das Schema einzutragen wären.

Aus dem relativen Gewicht eines Prinzips und dem Maß seiner Realisierung in Folge einer bestimmten Entscheidung ergibt sich das Gewicht dieses Prinzips im konkreten Fall. Dieses kann auch als sein konkretes relatives Gewicht oder die Wichtigkeit seiner Erfüllung im konkreten Fall bezeichnet werden.

4. *Normative Optimalität*

Mit Hilfe der Kurve Pareto-optimaler Zustände und der Indifferenzkurven lässt sich erläutern, was eine optimale Lösung eines Abwägungsproblems ist.¹⁰² Optimale Lösungen sind genau diejenigen Punkte, in denen sich die Kurve Pareto-optimaler Zustände mit der am höchsten liegenden und tatsächlich erreichbaren Indifferenzkurve (I_1) berührt. Beide Kurven haben in diesem Punkt oder Bereich die gleiche Steigung. Der Punkt, in dem sich in der Graphik die beiden Kurven berühren, ist der Punkt Z_4 . Die Punkte höher liegender Indifferenzkurven sind tatsächlich nicht realisierbar. Zu den durch tiefer liegende Indifferenzkurven angegebenen Ergebnisse gibt es (mindestens) eine bessere und zugleich realisierbare Alternative auf einer höher liegenden Indifferenzkurve. So sind Z_1 und Z_5 zwar Pareto-optimal, werden aber als schlechter bewertet als Z_4 . Damit ist Z_4 optimal.

Optimale Ergebnisse sind demnach dadurch gekennzeichnet, dass das Verhältnis von tatsächlich realisierbarem Zugewinn für ein Prinzip zu dem Verlust an Erfüllung des kollidierenden Prinzips gleich dem Verhältnis ist, das nach der durch die maßgebliche Indifferenzkurve ausgedrückten Gewichtung der kollidierenden Prinzipien gefordert

102 Zu beachten ist, dass das hier dargestellte Modell der Optimierung sich von Alexys Konzeption der Abwägung unterscheidet und mit seiner "Gewichtsformel" nicht vereinbar ist. Dazu s.u., § 7, III. 3.

ist. Letztere gibt das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien P_1 und P_2 an. Es soll als $WR(P_1, P_2)$ notiert werden. Das relative Gewicht eines Prinzips P_1 im Verhältnis zu einem kollidierenden Prinzip P_2 ergibt sich aus dem Maß des Zugewinns in der Erfüllung von P_2 , das notwendig ist, um ein bestimmtes Maß an Beeinträchtigung von P_1 zu rechtfertigen. Dieses Verhältnis wird dargestellt durch den Verlauf der Indifferenzkurve. Je stärker die Kurve fällt, desto geringer das relative Gewicht von P_1 zu P_2 , je flacher sie verläuft, desto höher das relative Gewicht von P_1 zu P_2 . Wird dies durch Zahlenwerte ausgedrückt, ergibt sich das relative Gewicht von P_1 zu P_2 aus der Negation des reziproken Werts der Steigung $ST_{I,FF}$ der betreffenden Indifferenzkurve I in einem bestimmten, den Grad der Erfüllung (fulfilment) der Prinzipien markierenden Punkt FF , ist also $-1/ST_{I,FF}$. Das relative Gewicht von P_2 zu P_1 ist der reziproke Wert, also $-ST_{I,FF}$.

Optimalität von Abwägungsergebnissen lässt sich in verschiedener Weise definieren:

(D_{OP1}) Optimal ist ein Abwägungsergebnis, wenn das mit ihm realisierte Verhältnis der Grade der Erfüllung der kollidierenden Prinzipien gleich dem gemäß dem relativen Gewicht der Prinzipien geforderten Verhältnis der Erfüllungsgrade ist.

Eine andere Definition knüpft an das konkrete Gewicht der kollidierenden Prinzipien an:

(D_{OP2}) Optimal ist ein Abwägungsergebnis, wenn die kollidierenden Prinzipien in Bezug auf dieses Ergebnis das gleiche konkrete relative Gewicht haben.

Neben der Definition von Optimalität kann auch angegeben werden, was unter einem Gebot der Optimierung zu verstehen ist. Dies kann zum einen absolut, zum anderen relativ auf bestimmte zur Entscheidung stehende Alternativen verstanden werden. Ein Gebot der Optimierung im absoluten Sinn fordert die Realisierung eines optimalen Abwägungsergebnisses. Dies kann als optimierende Abwägung bezeichnet werden. Ein Gebot der Optimierung im relativen Sinn fordert die Wahl der besseren (oder besten) der zur Entscheidung stehenden Alternativen. Dies ist diejenige, für die das Prinzip mit dem größeren relativen Gewicht im konkreten Fall spricht. Diese Forderung gilt für komparative Abwägungen.¹⁰³

Die Darstellung von Abwägungsproblemen mittels Pareto-Optimalitäts- und Indifferenzkurven und die daraus folgende Definition optimaler Abwägungsergebnisse dient dazu, die für Abwägungen notwendigen gedanklichen Operationen zu verdeutlichen und gewisse strukturelle Zusammenhänge und Einschränkungen darzustellen. Abwägungsprobleme lassen sich allerdings nicht immer in dieser Weise darstellen. Eine zahlenmäßige Bestimmung eines relativen Gewichts der Prinzipien, wie sie nach dem graphischen Modell möglich wäre, hat bei realen Abwägungsproblemen häufig keinen Sinn. Dennoch wird deutlich, welche Faktoren für die Begründung eines Abwägungsurteils

103 Zur Entscheidung optimierender und komparativer Abwägung s.u., IV. 3.

relevant sind. Für die Bestimmung, ob ein Resultat optimal ist, kommt es auf zwei Parameter an, das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien und den Grad der Erfüllung der kollidierenden Prinzipien bei den zu bewertenden Entscheidungsalternativen. Diese bestimmen die relevanten Abwägungskriterien.

III. Abwägungskriterien

Der Vorrang zwischen kollidierenden Prinzipien wird danach bestimmt, welches Prinzip das größere Gewicht im konkreten Fall hat. Unter Gewicht ist das relative Gewicht der Prinzipien zu verstehen, das sich, wie oben dargestellt, daraus ergibt, wie viel an Realisierung des einen Prinzips zugunsten eines bestimmten Maßes der Realisierung des anderen Prinzips aufgegeben werden soll oder, anders formuliert, wie viel Zugewinn in der Erfüllung des einen Prinzips notwendig ist, um ein bestimmtes Maß der Beeinträchtigung des anderen Prinzips zu rechtfertigen.

1. Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade

Der Erfüllungsgrad gibt an, in welchem Grad ein Abwägungsergebnis zur Erfüllung dieses Prinzips beiträgt. Abwägungsergebnis ist die Geltung einer bestimmten Norm oder eine bestimmte Entscheidung. Der Beeinträchtigungsgrad ist umgekehrt der Grad, in dem das Abwägungsergebnis zur Nichterfüllung des Prinzips führt. Wichtig ist, dass es sich um eine zweistellige Relation handelt: der Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrad ist ein Wert für die Realisierung eines Prinzips durch eine bestimmte Maßnahme. Dies kann als

$$(1) \text{ FF}(P_i, N)$$

notiert werden. Alternativ könnte der Erfüllungsgrad punktuell verstanden werden, als Maß der Erfüllung eines Prinzips $\text{FF}(P_i)$. Bei der Abwägung geht es jedoch um die Beurteilung bestimmter Maßnahmen, die die Realisierung eines Prinzips fördern oder beeinträchtigen. Dies lässt sich nicht durch die Angabe des Grades der Erfüllung eines Prinzips angeben, sondern nur als Differenz in der Erfüllung eines Prinzips als Folge einer Entscheidung oder Maßnahme.

Die Bestimmung des (relativen) Erfüllungsgrads kann in zwei Weisen erfolgen: durch Vergleich des durch eine Maßnahme realisierten Maßes der Erfüllung zu einer vollständigen Erfüllung eines Prinzips oder durch Vergleich der Erfüllungsgrade, die verschiedene Maßnahmen erreichen.

Ersteres ist bei Prinzipien mit quantifizierbaren und begrenzten Inhalten möglich. Sieht man z.B. Steuern auf Vermögen oder Einkommen als Eingriff in das Eigentum an, lässt sich der Grad der Beeinträchtigung und damit - umgekehrt - der der Erfüllung des Prinzips des Eigentumsschutzes für die betreffenden Eigentumsrechte entsprechend dem Prozentsatz der Besteuerung angeben. Schwierig ist es allerdings, eine solche Bewertung für das Prinzip des Eigentumsschutzes insgesamt vorzunehmen. Weitere Probleme stellen sich, wenn der Inhalt des Prinzips nicht quantifizierbar ist, wie etwa bei Freiheitsrechten

und anderen immateriellen Rechten. Ein weiteres Problem stellt sich bei Prinzipien mit unbegrenztem Norminhalt, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit, faktischen Handlungsmöglichkeiten oder individueller Wohlfahrt. Das Verhältnis eingeschränkter zu vollständiger Erfüllung kann in solchen Fällen erst bestimmt werden, wenn das Prinzip inhaltlich begrenzt wird. Diese Begrenzung ergibt sich bei interessenbegründeten Prinzipien daraus, dass diese Interessen in individuelle Lebenspläne integriert sind und ihre Reichweite dadurch begrenzt ist. So ist bei der Beeinträchtigung faktischer Handlungsmöglichkeiten nicht zu fragen, in welchem Maß etwa fehlender Zugang zu einer Bildungseinrichtung die individuellen Handlungsmöglichkeiten reduziert. Gemessen an den verbleibenden Handlungsmöglichkeiten wäre dies stets nur eine geringe Beeinträchtigung. Vielmehr ist zu fragen, welches die Auswirkungen für die Realisierung eines vernünftigen Lebensplans der betroffenen Personen sind.

Der zweite Ansatz ordnet Maßnahmen danach, in welchem Maß sie ein Prinzip erfüllen bzw. beeinträchtigen. So können Eingriffe in die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung in Form von Informationspflichten des Gewerbetreibenden, Kontrollrechten der Behörden, Gestaltungspflichten hinsichtlich der Produkte (z.B. Warnhinweise oder Produktinformationen), Genehmigungspflichten oder Verboten erfolgen. Verbote können wiederum mit mehr oder schwerwiegenden Sanktionen im Falle ihrer Verletzung verbunden sein. Diese Eingriffe lassen sich als mehr oder weniger schwer qualifizieren. Solche Einordnungen sind begründungsbedürftig, aber jedenfalls in manchen Fällen unproblematisch.

Mögliche Abwägungsergebnisse lassen sich durch Kombinationen aus Erfüllungsgraden der kollidierenden Prinzipien charakterisieren. Entsprechend der Notation des Grades der Erfüllung eines Prinzips durch eine bestimmte Entscheidung, die eine Norm N als Abwägungsergebnis festsetzt, als $FF(P_i, N)$ lassen sie sich angeben als:

$$(2) \quad \langle FF(P_1, N), FF(P_2, N) \rangle.$$

Der Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrad lässt sich z.B. als hoch, mittel oder gering bewerten. Feinere Differenzierungen sind möglich. Es wird nicht vorausgesetzt, dass diese Grade objektiv ermittelt werden oder zahlenmäßig angegeben werden können. Deren Bestimmung ist zudem keine rein empirische Frage, sondern kann Bewertungen erfordern. Dennoch ist in manchen Fällen eine eindeutige Bestimmung des Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrades möglich. So stellt ein Verbot jeder Kritik an der Regierung sicher eine schwere Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit dar. Eine Vorzensur wäre ein nicht ganz so gravierender, aber immer noch schwerer Eingriff. Die presserechtliche Pflicht, einen für die Veröffentlichung Verantwortlichen zu benennen, ist hingegen für sich betrachtet lediglich eine geringe Beeinträchtigung. Es ist also jedenfalls in einigen Fällen möglich, rational begründete, objektive Aussagen über Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade zu treffen.

2. Relative Gewichte

Das Abwägungsurteil muss das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien berücksichtigen. Dessen Relativität ergibt sich daraus, dass die zulässige oder geforderte Austauschrate nicht eine Eigenschaft eines einzelnen Prinzips ist, sondern davon abhängt, mit welchem Prinzip dieses in Konflikt steht. Das relative Gewicht eines Prinzips muss also stets unter Bezug auf ein kollidierendes Prinzip angegeben werden. Es kann notiert werden als

(3) $WR(P_1, P_2)$.

Zu beachten ist, dass die relativen Gewichte der kollidierenden Prinzipien in der Regel nicht konstant sind, sondern von den Umständen des Falles sowie auch von dem Maß abhängen können, in dem die kollidierenden Prinzipien realisiert sind:

- Das relative Gewicht eines Prinzips kann mit abnehmendem Realisierungsgrad ansteigen.¹⁰⁴ Dabei ist zu beachten, dass der Realisierungsgrad punktuell verstanden wird, nicht auf die Wirkungen einer bestimmten Regelung bezogen. Dieser Wert kann als $FF(P_i)$ angegeben werden.

- Andere Umstände des Falles, die nicht den Erfüllungsgrad betreffen, können als Rahmenbedingung der Abwägung für das relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien relevant sein. So wird das relative Gewicht der Meinungsfreiheit höher sein, wenn ein größeres Interesse an Meinungsaustausch in einer Gesellschaft besteht. Das relative Gewicht der Meinungsfreiheit kann ferner von der Art der Meinungsäußerung abhängen, etwa ob es sich um einen Beitrag zu einer öffentlichen Angelegenheit handelt.

Das relative Gewicht der Prinzipien muss daher auf Umstände des Falles F ¹⁰⁵ sowie die Grade der Realisierung der beteiligten Prinzipien $FF(P_1)$, $FF(P_2)$ bezogen werden. Daraus ergibt sich als Schema für die Darstellung relativer Gewichte eine Struktur

(4) $WR(P_1, P_2)_{F, FF(P_1), FF(P_2)}$.

Der Einfachheit halber sollen relative Gewichte ohne Bezug auf Umstände des Falls sowie Erfüllungsgrade dargestellt werden.

104 So insbesondere Alexy 2003a, 787; 1985, 271. Ferner Jansen 1997; Clérico 2001, 168, 345. Ob dies ein allgemeingültiges Gesetz für Abwägungen ist, ist allerdings fraglich.

105 Die Umstände des Falles F schließen die Bedingung C ein, die den Vordersatz der zu rechtfertigenden Norm bilden soll, können aber weitere Elemente enthalten. Allerdings wäre es problematisch, wenn diese Elemente in keinem Bezug zur Bedingung C stünden, da in diesem Fall die Rechtfertigung der Norm unvollständig wäre. Es wären Änderungen in den Umständen des Falles möglich, ohne dass sich dies auf die gerechtfertigte Norm auswirken könnte. Soll die in der Abwägung festgesetzte Norm vollständig, nicht nur in der Regel oder prima facie, gerechtfertigt sein, muss C daher mit F in der Weise verbunden sein, dass das Vorliegen von C an F gekoppelt ist. F kann demnach lediglich andere, abstraktere Beschreibungen von Umständen, wie den involvierten Interessen oder sonstigen Rahmenbedingungen, enthalten, die durch C konkreter gefaßt werden.

3. *Relative Gewichte im konkreten Fall*

Optimale Ergebnisse sind solche, die mindestens so gut wie irgendein anderes mögliches Ergebnis sind. Es darf also - im Rahmen des betreffenden Abwägungsproblems - keine bessere Alternative zu ihnen geben. Ob ein Ergebnis besser ist als ein anderes, muss durch eine Bewertungsfunktion bestimmt werden, deren Ausgangswerte die relativen Gewichte und Erfüllungsgrade der kollidierenden Prinzipien bilden.

Die Berücksichtigung der Erfüllungsgrade stellt einen Bezug zum konkreten, zu entscheidenden Fall her. Je größer das Maß, in dem die Erfüllung eines Prinzips durch eine Entscheidung betroffen ist, desto größer ist das Gewicht des Prinzips im konkreten Fall, kurz: das konkrete Gewicht des Prinzips, in der Abwägung. So lässt sich annehmen, dass die Meinungsfreiheit im Verhältnis zum Persönlichkeitsschutz etwa gleiches relatives Gewicht hat. Ist sie durch eine Regelung in hohem Maße beeinträchtigt, hat sie großes konkretes Gewicht bei der Abwägung, ob diese Regelung durch den Persönlichkeitsschutz gerechtfertigt ist. Auf der anderen Seite ist zu fragen, wie hoch das konkrete relative Gewicht des Persönlichkeitsschutzes ist. Ist dessen Beeinträchtigung gering, ist das konkrete relative Gewicht im Verhältnis zur Meinungsfreiheit ebenfalls gering, jedenfalls nicht sehr groß und geringer als das der Meinungsfreiheit. Ist die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts hingegen sehr hoch, kann das konkrete relative Gewicht des Persönlichkeitsschutzes im zu entscheidenden Fall höher sein als das der Meinungsfreiheit.

Das konkrete relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien bildet also das maßgebliche Vorrangkriterium für die Abwägung. Fraglich ist, wie dieses Kriterium im Rahmen einer rationalen Argumentation operationalisiert werden kann. Dies geschieht durch die Festlegung einer Bewertungsfunktion. Die Bewertungsfunktion ordnet bestimmte Kombinationen von Erfüllungsgraden und relativem Gewicht

$$(5) \langle \text{WR}(P_1, P_2), \text{FF}(P_1, N), \text{FF}(P_2, N) \rangle$$

als gleich gut, mindestens so gut oder besser als andere. Damit wird eine Bewertung der korrespondierenden Abwägungsergebnisse festgelegt. Werden relative Gewichte nicht auf eine Kombination von Prinzipien, sondern auf die einzelnen kollidierenden Prinzipien bezogen, sind aus vier Faktoren bestehende Kombinationen

$$(6) \langle \text{WR}(P_1), \text{WR}(P_2), \text{FF}(P_1, N), \text{FF}(P_2, N) \rangle$$

zu bewerten.¹⁰⁶

106 Alexy 2002, 2003, berücksichtigt in seiner "Gewichtsformel" als weiteren Faktor die Verlässlichkeit der empirischen Prämissen. Bernal Pulido 2004, 2006a, 2006b, hat dies um weitere Faktoren ergänzt. Jedoch soll dem hier jedenfalls aus Gründen der Einfachheit nicht gefolgt werden. Zudem ist fraglich, ob es sich um Faktoren handelt, die denen des Erfüllungsgrades und des relativen Gewichts gleichzusetzen sind. Die Verlässlichkeit der empirischen Prämissen lässt sich mit der Bestimmung von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden erfassen. Lässt sich nicht sicher feststellen, dass oder in welchem Maß ein Prinzip beeinträchtigt oder erfüllt ist, muss die Bestimmung des Grades der

Dabei ist das Verhältnis des relativen Gewichts von P_1 zu dem von P_2 gleich dem relativen Gewicht, das mit Bezug auf die Kombination beider Prinzipien bestimmt worden ist:

$$(7) \quad WR(P_1, P_2) = WR(P_1) / WR(P_2).$$

4. Vorrangregeln

Die allgemeine Regel für den Vorrang unter kollidierenden Prinzipien ist, dass das Prinzip mit dem größeren konkreten relativen Gewicht den Vorrang erhält. Sie kann wie folgt formuliert werden:

- (V₁) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P_1 Vorrang vor dem Prinzip P_2 erhält, gilt genau dann, wenn für die Norm $C \rightarrow Op$ gilt, dass das konkrete relative Gewicht von P_1 größer ist als das von P_2 .

Aufgrund der Bestimmung des konkreten relativen Gewichts aufgrund relativen Gewichts und Erfüllungsgrads entsprechend dem dargestellten Optimierungsmodell der Abwägung lässt sich ferner das folgende, differenzierte Kriterium angeben:

- (V₂) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P_1 Vorrang vor dem Prinzip P_2 erhält, gilt genau dann, wenn für die Norm $N: C \rightarrow Op$ gilt, dass das relative Gewicht von P_1 zu P_2 größer ist als das Verhältnis des Beeinträchtigungsgrades von P_2 zum Erfüllungsgrad von P_1 .

$$VAL_{DEF} O \text{ PRIOR } (P_1, P_2)_{C, Op} \text{ gdw. } WR(P_1, P_2) > FF(P_2, N) / FF(P_1, N).$$

Damit werden noch keine Gründe für die Wahl einer Vorrangregel angegeben, sondern lediglich eine Relation zwischen Vorrangverhältnis einerseits und der Beziehung zwischen relativem Gewicht und Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgraden der Prinzipien im zu entscheidenden Fall hergestellt.

Eine andere Darstellungsweise besteht in der Bewertung von Abwägungsergebnissen nach abwägungsrelevanten Eigenschaften, nämlich nach relativen Gewichten und Erfüllungsgraden der kollidierenden Prinzipien im zu entscheidenden Fall. In einem konkreten Fall kann dann geurteilt werden, dass bei den gegebenen Erfüllungsgraden und dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien das eine gegenüber dem anderen ein höheres relatives Gewicht im konkreten Fall hat und daher unter den Bedingungen dieses Falls

Beeinträchtigung oder Erfüllung dies berücksichtigen. Ist unsicher, ob oder in welchem Maß es zu einer Beeinträchtigung oder Erfüllung eines Prinzips kommt, ist dies ebenfalls bei der Bestimmung des Beeinträchtigungsgrads zu berücksichtigen. Die Ausgliederung als eigene Faktoren führt zu dem Problem, dass verschiedene mögliche Folgen auf ihre Wahrscheinlichkeit beurteilt werden müssen, was in der Gewichtsformel Alexys jedoch keinen Ausdruck findet. Zudem bleibt fraglich, wie mit unsicheren empirischen Prämissen umgegangen werden soll, die für die Bestimmung des abstrakten Gewichts der kollidierenden Prinzipien relevant sind.

Vorrang verdient. Zu diesem Zweck muss das relative Gewicht von Prinzipien in einem konkreten Fall als Bewertung bestimmter Kombinationen von relativen Gewichten und Erfüllungsgraden von Prinzipien eingeführt werden. Da relative Gewichte von Prinzipien wiederum von den Prinzipien, den Umständen des Falles F und den Erfüllungsgraden der Prinzipien abhängen, soll das relative Gewicht von Prinzipien in einem konkreten Fall C notiert werden als

- (8) $WRC(P_1, P_2)_{F, FF(P_1), FF(P_2)}$, sowie wiederum vereinfachend als
 (8') $WRC(P_1, P_2)$.

Mit den relativen Gewichten im konkreten Fall lässt sich als allgemeine Vorrangregel formulieren:

- (V₃) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P₁ Vorrang vor dem Prinzip P₂ erhält, gilt genau dann, wenn für die Norm $C \rightarrow Op$ gilt, dass das relative Gewicht von P₁ zu P₂ im Fall C größer ist als das von P₂ zu P₁.

$$VAL_{DEF} O \text{ PRIOR}(P_1, P_2)_{C, Op} \text{ gdw. } WRC(P_1, P_2) > WRC(P_2, P_1) \text{ für } C \rightarrow Op.$$

Statt von dem relativen Gewicht der Prinzipien im konkreten Fall lässt sich auch von Erfüllungswerten (value of fulfilment, VF) sprechen, die den möglichen Abwägungsergebnissen im Hinblick auf die kollidierenden Prinzipien zukommen. Den Vorrang verdient die Lösung mit dem größeren Erfüllungswert im zu entscheidenden Fall.

- (V₄) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P₁ Vorrang vor dem Prinzip P₂ erhält, gilt genau dann, wenn der Erfüllungswert für die Norm $C \rightarrow Op$ im Hinblick auf die Prinzipien P₁ und P₂ größer ist als der jeder anderen Norm, die als Abwägungsergebnis festgesetzt werden könnte.

$$VAL_{DEF} O \text{ PRIOR}(P_1, P_2)_{C, Op} \text{ gdw. } VF(C \rightarrow Op)_{P_1, P_2} > VF(N_i)_{P_1, P_2},$$

wobei N_i irgendeine andere als Abwägungsergebnis mögliche Norm darstellt.

Eine andere Konzeption der Abwägung ordnet relative Gewichte im konkreten Fall nicht nur den an der Kollision beteiligten Prinzipien insgesamt zu, sondern den einzelnen Prinzipien. Das relative Gewicht des Prinzips P₁ im konkreten Fall, relativ auf Umstände des Falls und Erfüllungsgrade, wird dargestellt als

- (9) $WRC(P_1)_{F, FF(P_1), FF(P_2)}$, sowie wiederum vereinfachend als
 (9') $WRC(P_1)$.

Eine entsprechende Vorrangregel lautet:

- (V₅) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P₁ Vorrang vor dem Prinzip P₂ erhält, gilt genau dann, wenn für die Norm $C \rightarrow Op$ gilt, dass das relative Gewicht von P₁ im Fall C größer ist als das von P₂.

$$VAL_{DEF}O\ PRIOR(P_1, P_2)_{C, Op} \text{ gdw. } WRC(P_1) > WRC(P_2) \text{ für } C \rightarrow Op.$$

In der Formulierung mit Erfüllungswerten kommt es darauf an, ob der Erfüllungswert, der sich aus einem Abwägungsergebnis für ein Prinzip P₁ ergibt, größer ist als diejenigen Werte, die sich für das oder die kollidierenden Prinzipien bei alternativen Lösungen ergeben.

- (V₆) Ein definitives Gebot, dass für den Tatbestand C im Hinblick auf die Rechtsfolge Op das Prinzip P₁ Vorrang vor dem Prinzip P₂ erhält, gilt genau dann, wenn für die Norm $C \rightarrow Op$ der Erfüllungswert für P₁ größer ist als der für P₂.

$$VAL_{DEF}O\ PRIOR(P_1, P_2)_{C, Op} \text{ gdw. } VF(P_1) > VF(P_2) \text{ hinsichtlich } C \rightarrow Op.$$

Die verschiedenen Darstellungsweisen sind äquivalent. Sie haben allerdings unterschiedliche Bezugspunkte. Konkrete Gewichte werden Prinzipien zugeordnet, Erfüllungswerte den Abwägungsergebnissen. Da unterschiedliche Festlegungen darüber möglich sind, was den Gegenstand der Abwägung bildet, ist es sinnvoll, über verschiedene Darstellungsweisen zu verfügen.

5. *Abstrakte relative Gewichte*

Alle dargestellten Abwägungskonzeptionen basieren auf dem Modell der Abwägung als Optimierung, in dem die relativen Gewichte der kollidierenden als Ergebnis von realen oder hypothetischen Vorrangentscheidungen bestimmt werden. Der Vorrang ist also erst Ergebnis des Abwägungsurteils und kann nicht zu dessen Begründung eingesetzt werden. Es geht um die Rekonstruktion der in Abwägungen vorgenommenen Gewichtungen und Vorrangfestsetzungen. Eine grundlegend andere Begründungsstruktur ergibt sich, wenn die relativen Gewichte der kollidierenden Prinzipien im konkreten Fall unabhängig von dem zu entscheidenden Abwägungsproblem bestimmt werden.

Ein Ansatz dazu ist die abstrakte Bestimmung von relativen Gewichten von Prinzipien. Abstrakt heißt, unabhängig von einem erst noch zu treffenden Abwägungsurteil. Auch abstrakte Gewichte sind jedoch relative Gewichte, insofern ihre Bestimmung auf die Gewichtungen von Prinzipien in anderen Fallkonstellationen zurückgreift. Demnach sind zu unterscheiden:

- (1) relative Gewichte kollidierender Prinzipien als gefordertes Substitutionsverhältnis, sei es
 - als relative Gewichte, die durch ein bestimmtes Abwägungsurteil festgelegt werden, oder

- als abstrakte relative Gewichte, die unabhängig von einem zu treffenden Abwägungsurteil bestimmt werden,
- (2) relative Gewichte kollidierender Prinzipien in einem konkreten Fall, die sich aus relativen Gewichten der Prinzipien sowie Erfüllungsgraden ergeben.

Diese relativen Gewichte können

- in Bezug auf den zu entscheidenden Fall bestimmt werden oder
- abstrakt, d.h. unabhängig von und vor einem noch zu treffenden Abwägungsurteil bestimmt werden.

Abwägungsergebnisse sind dadurch zu charakterisieren, in welchen Graden sie die kollidierenden Prinzipien jeweils erfüllen. Der jeweils erreichte Erfüllungsgrad ist nach dem relativen Gewicht der einzelnen Prinzipien zu bewerten. Unabhängig von der erst vorzunehmenden Abwägung kann so den abzuwägenden Prinzipien ein Gewicht im konkreten Fall, Abwägungsergebnissen ein Erfüllungswert zugeordnet werden. Dieser muss nicht notwendig homogen sein, sondern kann aus verschiedenen Komponenten bestehen. Verschiedene Komponenten müssen also nicht notwendig zu einem einheitlichen, nicht weiter zerlegbaren Wert integriert werden, wie es etwa in utilitaristischen Theorien mit der Bildung einer Nutzensumme geschieht. Abwägungsergebnisse können vielmehr auch unmittelbar durch eine Kombination abwägungsrelevanter Eigenschaften dargestellt werden. Abwägungsergebnisse lassen sich somit durch eine Kombination von Erfüllungsgraden und Gewichten charakterisieren:

(10) $\langle \text{FF}(P_1, N), \text{WR}(P_1), \text{FF}(P_2, N), \text{WR}(P_2) \rangle$.

Diese geben den Erfüllungswert des Abwägungsergebnisses. In bezug auf die einzelnen Prinzipien können Erfüllungswerte oder Gewicht im konkreten Fall angegeben werden. Sie werden dargestellt als

(11) $\langle \text{FF}(P_1, N), \text{WR}(P_1) \rangle$ bzw. $\langle \text{FF}(P_2, N), \text{WR}(P_2) \rangle$.

Unter solchen Kombinationen kann eine Präferenzordnung festgelegt werden, die bestimmte Kombinationen als optimal ausweist. So führt bei gleichem Erfüllungsgrad ein höheres relatives Gewicht eines Prinzips zu einem höheren Erfüllungswert (oder größerem Gewicht im konkreten Fall) und damit zu einem Vorrang dieses Prinzips im konkreten Fall.

Es ist auf diese Weise jedenfalls theoretisch möglich, Abwägungsurteile aufgrund von Erfüllungsgraden und abstrakten relativen Gewichten der kollidierenden Prinzipien zu begründen. Das Begründungsproblem ist damit allerdings lediglich auf die Feststellung von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten verschoben, nicht gelöst. Vor allem die Bestimmung relativer Gewichte wirft die Frage auf, inwieweit solche Gewichtungen rational begründet werden können. Ansätze dazu bieten vor allem drei Faktoren: die Stärke der den betreffenden Prinzipien zugrunde liegenden Interessen, die Bestimmung relativer Gewichte in früheren Abwägungen und die Stützung von Prinzipien durch andere Prinzipien.

Allerdings erlauben diese Faktoren keine direkte Ableitung relativer Gewichte, sondern bieten nur Ansatzpunkte für eine rationale Argumentation über deren Bestimmung.

IV. Abwägungsvarianten

Ein wesentliches Merkmal von Abwägungsproblemen ist, dass sie mit sprachlich formulierten Argumenten umgehen. Daraus folgt, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, das Abwägungsproblem zu formulieren. Zudem können Abwägungskriterien in unterschiedlicher Weise konstruiert werden.

1. Komparative und optimierende Abwägung

Wie die Parameter des relativen Gewichts und des Erfüllungsgrads in die Abwägung eingehen, hängt von der Fragestellung ab, mit der das Abwägungsproblem formuliert wird. Es sind zwei Varianten der Abwägung zu unterscheiden, eine komparative (vergleichende) und eine optimierende Abwägung. Diese Unterscheidung ergibt sich aus der Anwendung verschiedener, allerdings jeweils auf das Optimierungsmodell bezogener Abwägungskriterien.

Bei der optimierenden Abwägung geht es darum, eine optimale Lösung des Abwägungsproblems zu bestimmen. Sind mehrere Lösungen optimal, ist eine von ihnen zu realisieren. In der obigen Graphik wäre Z_4 optimal. Eine optimierende Abwägung kommt zur Anwendung, wenn auf beiden Seiten der Kollision obligatorische Ziele stehen, die vom Abwägenden so weit wie möglich erfüllt werden sollen, z.B. bei der Kollision von Grundrechten oder Verfassungswerten. Es wäre in diesem Fall fehlerhaft, in der einen oder anderen Richtung den optimalen Bereich zu verfehlen.

Bei der vergleichenden Abwägung geht es darum, welche von zwei Alternativen besser ist. Die bessere Alternative muss nicht unbedingt optimal sein. Es ist aber richtig, oder gerechtfertigt, diese Alternative der anderen vorzuziehen. Es geht insofern um eine relative, komparative Rechtfertigung. Diese Form der Abwägung ist bei der gerichtlichen Kontrolle der Abwägungsentscheidungen anderer Organe anzuwenden, etwa wenn es um die Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Grundrecht aus öffentlichen Interessen geht. Ob ein Eingriff in das Grundrecht gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob der Eingriff mehr Zugewinn für das realisierte Prinzip bringt, als nach dem relativen Gewicht des kollidierenden grundrechtlichen Prinzips gefordert ist. In der graphischen Darstellung ist dies dann der Fall, wenn der Betrag der Steigung der Kurve der Pareto-optimalen Ergebnisse kleiner ist als der der betreffenden Indifferenzkurve. Bildlich gesehen muss der Eingriff zu einem Ergebnis führen, das näher am Optimum liegt als der Ausgangszustand. In der obigen Graphik wäre ein Eingriff, der statt Z_1 Z_5 realisiert, in diesem Sinn gerechtfertigt, obgleich Z_5 nicht optimal ist. Ebenso wäre ein Übergang von Z_5 zu Z_4 gerechtfertigt, wobei Z_4 zugleich optimal ist.

Die als Abwägungskriterien aufgestellten Vorrangregeln beziehen sich auf vergleichende Abwägungen. Sie weisen eine Lösung als besser als eine Alternative aus, also als optimal im Rahmen der zur Entscheidung gestellten Alternativen. Für eine optimie-

rende Abwägung wäre notwendig, Kriterien zu formulieren, unter denen eine Lösung mindestens so gut ist wie jede andere Lösung. Zu diesem Zweck sind komparative Vorrangregeln nicht nur auf eine Entscheidungsalternative, sondern auf alle möglichen Lösungsalternativen anzuwenden.¹⁰⁷

2. *Alternative Formulierungen des Abwägungsproblems*

Es sind verschiedene mögliche Formulierungen von Abwägungsproblemen zu unterscheiden. Verschiedene Formulierungen dürfen bei einer rationalen Begründung von Abwägungsurteilen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dementsprechend ergeben sich Möglichkeiten einer rationalen Kontrolle, indem verschiedene Begründungsvarianten verglichen werden und bei Abweichungen Urteile modifiziert werden, um Übereinstimmung herzustellen.

2.1. *Abwägung von Teilprinzipien*

Es können Erfüllungsgrade von Prinzipien insgesamt oder von in diesen enthaltenen Teilprinzipien betrachtet werden. So kann statt des Prinzips der Meinungsfreiheit insgesamt die Freiheit politischer Äußerungen betrachtet werden, statt des Prinzips des Persönlichkeitsschutzes das auf informationelle Selbstbestimmung, statt des Prinzips des Schutzes der Volksgesundheit insgesamt das des Schutzes vor bestimmten Gesundheitsrisiken. Dasselbe Abwägungsproblem kann also auf unterschiedliche Weisen formuliert werden, ausgehend von umfassenderen Oberprinzipien oder von Teilprinzipien. Unterschiedliche Formulierungen eines Abwägungsproblems sollten jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dem höheren Gewicht des einen Prinzips muss daher ein entsprechend geringerer Beeinträchtigungsgrad entsprechen, so dass das Gewicht des Prinzips im konkreten Fall (sein Erfüllungswert) gleich bleibt.

Geht es etwa um die Frage, ob die Verhängung einer Quarantäne für an einer ansteckenden Krankheit leidende Personen gerechtfertigt ist, hängt das Urteil zum einen davon ab, welches relative Gewicht dem Schutz der Volksgesundheit im Verhältnis zum prinzipiellen Recht auf Freiheit der Person, insbesondere der Bewegungsfreiheit, gegeben wird, und umgekehrt, welches relative Gewicht damit die Freiheit der Person im Verhältnis zum Schutz der Volksgesundheit erhält. Zum anderen kommt es darauf an, in welchem Maß die Volksgesundheit durch die Quarantäne gefördert wird und in welchem Maß die Freiheit der Person durch die Quarantäne beeinträchtigt wird. Geht es um Grippeerkrankungen, ist das im konkreten Fall relevante Teilprinzip des Gesundheits-

107 Dabei sind nicht nur tatsächlich mögliche Maßnahmen zu berücksichtigen. Es könnte sein, dass von einer bestimmten Ausgangssituation aus zunächst ein schlechteres Ergebnis zu wählen ist, das aber in der weiteren Folge bessere Ergebnisse ermöglicht als von der aktuellen Ausgangsposition aus. So führt ein Verbot von Kinderarbeit zunächst zu einer Verschlechterung der Situation von Familien, deren Einkommen von der Arbeit der Kinder abhängt. Das Verbot von Kinderarbeit ermöglicht aber eine bessere Ausbildung der Kinder, was in der Zukunft eine Verbesserung der Lebensbedingungen erlaubt, die bei Zulassung von Kinderarbeit nicht erreicht würde.

schutzes das des Schutzes gegen Grippeerkrankungen. Das Abwägungsergebnis darf nicht davon abhängen, ob das allgemeine Prinzip des Schutzes der Volksgesundheit oder das Teilprinzip gegen Grippeerkrankungen in die Abwägung eingestellt wird.

Dies zeigt zum einen, dass die Anführung überragend wichtiger Prinzipien allein noch keinen besonders gewichtigen Grund begründet.¹⁰⁸ Zum anderen ergibt sich für rationale Abwägungen die Kohärenzforderung, dass das Abwägungsergebnis unabhängig davon sein muss, ob von konkreten Teilprinzipien oder von Oberprinzipien höheren Gewichts, aber geringeren Beeinträchtigungsgrades ausgegangen wird.

2.2. *Elementare und komplexe Prinzipien*

Ein Problem für die Begründung von Abwägungsurteilen sind die komplexen begrifflichen Beziehungen zwischen prinzipiell gebotenen Sachverhalten. Diese Beziehungen werfen nicht nur Fragen für die Konstruktion von Abwägungen auf. Wenn verschiedene prinzipiell gebotene Sachverhalte nicht unabhängig voneinander beschrieben und bewertet werden können, lassen sich nicht Erfüllungsgrade, Gewichte und Erfüllungswerte für einzelne, elementare Prinzipien bestimmen, sondern es können nur Prinzipien mit komplexer innerer Struktur betrachtet werden. So kann Meinungsfreiheit in der politischen Auseinandersetzung als Gegenstand eines Prinzips angesehen werden. Es ist fraglich, ob dieses Prinzip durch einzelne voneinander unabhängige Prinzipien, wie die der allgemeinen Meinungsfreiheit, politischer Teilhaberechte und objektiver Demokratieprinzipien, vollständig wiedergegeben werden kann.

Ist es nicht möglich, einzelne Sachverhalte unabhängig voneinander zu beschreiben und zu bewerten, erscheint es unvermeidbar, aber auch möglich, komplexe Prinzipien zu betrachten. Denn normative Urteile betreffen häufig komplexe Merkmale, die zwar weiter analysiert werden können, aber nicht müssen. Urteile über richtige Bewertungen lassen sich auch in Bezug auf solche komplexen Merkmale bilden und begründen.

Allerdings sollte auch in Fällen komplexer Prinzipien versucht werden, unabhängige Beschreibungen der prinzipiell gebotenen Sachverhalte zu geben. Die Möglichkeit verschiedener Beschreibungen von Sachverhalten eröffnet die Chance, durch die Wahl einer mehr oder weniger weitgehenden begrifflichen Analyse die Kohärenz verschiedener Bewertungen zu überprüfen und eine Grundlage für die Begründung eines Abwägungsurteils zu finden.

108 Fehlerhaft daher BVerfGE 103, 172, 193 - Altersgrenze für kassenärztliche Zulassung: "Die öffentlichen Belange verlieren nicht an Gewicht, wenn sie sich nur in einer Vielzahl kleinerer Schritte realisieren lassen." "Jeder einzelne Schritt ... ist von erheblicher Bedeutung, auch wenn eine einzelne Maßnahme immer nur einen Teilbetrag zur Verwirklichung des Gesamtziels leisten kann." Dies erkennt die Struktur rationaler Abwägung. Wird ein gewichtiges Ziel durch eine Maßnahme nur in geringem Maß erfüllt, hat es im konkreten Fall auch nur ein diesem geringen Maß entsprechendes Gewicht.

2.3. Vollständig und unvollständig autonome Abwägung

Vollständig autonome Abwägungen bestimmen sämtliche abwägungsrelevanten Faktoren nach eigenem Urteil. Unvollständig autonome Abwägungen übernehmen bestimmte Abwägungselemente aus anderen Entscheidungen. Sie setzen bestimmte Abwägungsurteile oder jedenfalls einzelne abwägungsrelevante Faktoren als zutreffend oder verbindlich voraus, z.B. Aussagen zum relativen Gewicht von Prinzipien in einer vorangegangenen Entscheidung. Ausgehend von diesen Annahmen gelangen sie zu einem Abwägungsurteil, für das Richtigkeit beansprucht wird wie für ein vollständig autonomes Urteil. Im Grenzfall kann ein vollständiges, unmittelbar auf den zu entscheidenden Fall anwendbares Abwägungsurteil übernommen werden. Im Rahmen einer autonomen Normbegründung bleibt allerdings auch in diesem Fall als letzte eigene Abwägung die Entscheidung, diesem Urteil zu folgen. Auch unvollständig autonome Abwägungsurteile sind daher mit einem absoluten Richtigkeitsanspruch (im dargelegten Sinne) verbunden, nicht nur mit einem systemrelativen. Aus Gründen der Kohärenz dürfen sie jedenfalls nicht in Widerspruch zu einer vollständig autonomen Abwägung stehen. Dies ist von besonderer Bedeutung für juristische Abwägungen, da Rechtsordnungen darauf zielen, verbindliche Regelungen zu treffen, und damit autonomes Entscheiden beschränken, ohne allerdings Autonomie zu eliminieren. Juristische müssen mit autonomen Abwägungen vereinbar sein.

3. *Grade der Gebundenheit von Abwägungen*

Hinsichtlich der in die Abwägung einzustellenden Argumente lassen sich vollständig, teilweise oder nicht gebundene Abwägungen unterscheiden.

Bei einer vollständig gebundenen Abwägung sind die zu berücksichtigenden Argumente dem Entscheidenden sämtlich vorgegeben. So ist bei der Einschränkung von unbeschränkt gewährleisteten Grundrechten aufgrund anderer Verfassungswerte durch die Verfassung vorgegeben, welche Argumente in die Abwägung des Gesetzgebers einzustellen sind. Es besteht keine Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, sie außer Acht zu lassen oder weitere, politische Ziele bei der Abwägung zu berücksichtigen. Bei einer Einschränkung eines Grundrechts aufgrund eines Gesetzesvorbehalts kann der Gesetzgeber hingegen verfassungsrechtlich nicht gebotene, politische Zielsetzungen verfolgen. Schließlich können legislative Abwägungen rein politischer Natur sein, ohne dass abzuwägende Argumente verfassungsrechtlich vorgegeben wären.

Auch individuelle Entscheidungen können vollständig, teilweise und nicht gebunden sein. So können kollidierende moralische Forderungen abzuwägen sein, etwa die eigenen Kinder zu fördern oder Geld für Kinder der Dritten Welt zu spenden. Es können moralische Argumente mit nicht-moralischen kollidieren, etwa bei der Alternative, Geld zu spenden oder mit dem Geld eine Kinokarte zu kaufen. Es können ferner rein pragmatische, nicht-moralische Fragen zu entscheiden sein, etwa ob man ins Kino geht oder lieber zu Hause bleibt.

Vollständig gebundene Entscheidungen für ein Kollektiv (eine Rechtsgemeinschaft) können als juristische (rechtliche) bezeichnet werden, solche für das Handeln

einzelner Personen als moralische. Nicht gebundene Entscheidungen sind nicht-normative, aber praktische Entscheidungen. Sie können als politisch oder als pragmatisch bezeichnet werden. Teilweise gebundene Entscheidungen sind hingegen normative Entscheidungen, da die teilweise Bindung durch vorgegebene Argumente dazu führt, dass das Ergebnis der Entscheidung normativen Charakter haben muss. Entweder setzt sich das zu berücksichtigende Gebot durch, oder es muss gerechtfertigt werden, warum ihm nicht gefolgt wird. Normative Entscheidungen umfassen somit moralische, rechtliche und sonstige normativ gebundene Entscheidungen. Entsprechend der obigen Differenzierung, ob Entscheidungen für Individuen oder für ein Kollektiv getroffen werden, können einerseits moralische, normative und pragmatische Entscheidungen unterschieden werden, andererseits juristische, normative und rein politische. Diese Varianten lassen sich wie folgt darstellen:

Argumentationsbasis	Charakter der Entscheidung:	
	kollektiv	individuell
vollständig gebunden	juristisch	moralisch
teilweise gebunden	normativ	normativ
nicht gebunden	politisch	pragmatisch

Ein anderer Punkt Unterschied in der Gebundenheit betrifft das Abwägungsergebnis. Bei einer normativen Abwägung muss das Abwägungsergebnis eine Norm mit generellem Charakter sein, nicht lediglich eine Einzelfallentscheidung. Darauf ist bei der Diskussion möglicher Abwägungsergebnisse zurückzukommen.

V. Abwägungsergebnisse

Als Ergebnis einer Abwägung ist eine Vorrangrelation $PRIOR(P_i,P_j)$ zwischen den kollidierenden Prinzipien festzusetzen, aus der sich ergibt, unter welchen Bedingungen das eine Prinzip hinsichtlich der fraglichen Rechtsfolge (R) Vorrang vor dem anderen Prinzip hat. Die Rechtsfolge im Beispiel der Kollision von Meinungsfreiheit und Schutz der persönlichen Ehre ist die Erlaubnis der zu beurteilenden Handlung. Der Bezug auf die Rechtsfolge ist notwendig, weil und soweit Prinzipien verschiedene Folgerungen implizieren können und daraus, dass ein Prinzip einem anderen in einer bestimmten Kollision vorgeht, nicht folgt, dass damit alle seine normativen Folgerungen gelten. Der Vorrang kann den gesamten Bereich der Kollision der abzuwägenden Prinzipien umfassen oder durch weitere Bedingungen beschränkt sein. Das Abwägungsurteil könnte auch nur für den entschiedenen, partikularen Fall gelten. Es sind also drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

- (1) Wenn P_1 mit P_2 hinsichtlich R kollidiert, dann gilt R .
- (2) Wenn P_1 mit P_2 hinsichtlich R kollidiert und Bedingung C vorliegt, dann gilt R .
- (3) Für den vorliegenden Fall der Kollision von P_1 mit P_2 gilt R .

In der Regel wird das Ergebnis der Abwägung eine bedingte generelle Norm sein. Die resultierende Norm hat die Struktur $C \rightarrow R$, z.B.: "Wenn eine beleidigende Meinungsäußerung in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt, dann ist sie erlaubt." Genauer müssten die Normadressaten mittels eines Allquantors "für alle x gilt: ..." in die Normformulierung aufgenommen werden. Der Einfachheit halber soll dies hier nicht geschehen.

Die Festsetzung eines Vorrangs nur für den vorliegenden Fall ist theoretisch möglich, entspricht aber nicht dem Charakter der Abwägung als Normbegründung. Da Normbegründungen darauf zielen müssen, eine generelle Norm festzusetzen, ist zu fordern, dass das Abwägungsergebnis in Bezug auf eine Klasse von Fällen, einen generischen Fall, formuliert wird. Zwar wird auch von der Abwägung im konkreten Fall oder im Einzelfall gesprochen. Dies bedeutet, dass alle Umstände des zu entscheidenden Falls berücksichtigt werden und der Tatbestand der Norm entsprechend konkret und damit eng begrenzt sein kann. Dennoch bleibt die Forderung, eine generelle Norm zu begründen.

Der Bezug des Abwägungsurteils auf den konkreten Fall kann allerdings eine andere Bedeutung haben. Die Abwägung steht in einem bestimmten Kontext, der durch Umstände gekennzeichnet sein kann, die nicht in die Formulierung der Norm eingehen, etwa der gesellschaftliche Hintergrund oder andere Besonderheiten des Falles, die man vielleicht nicht präzise angeben kann. Gleichwohl muss eine generelle Norm formuliert werden, die möglicherweise in anderen Kontexten modifiziert werden muss. Es bleibt jedoch ein Gebot rationaler Normbegründung, eine generelle Norm aufzustellen, ebenso wie es ein Rationalitätsgebot ist, diese Norm, wenn nötig, in anderen Kontexten zu modifizieren.

Das Problem, dass generelle Normen u.U. unpassende Rechtsfolgen enthalten und modifiziert werden müssen, wird als Argument angeführt, dass diese Normen widerlegbar (defeasible) seien und die Anwendung einer nicht-monotonen Logik erforderten. Dies ist jedoch jedenfalls nicht zwingend. Eine in einem Abwägungsurteil festgesetzte generelle Norm wird angewandt, solange das Abwägungsergebnis nicht in einer erneuten Abwägung modifiziert wird. Die Widerlegbarkeit von Normen oder eine alternative, nicht-monotone Logik sind für die Normanwendung ohne Relevanz.

1. Positive und negative Abwägungsurteile

Abwägungsurteile, die unmittelbar das Ergebnis einer Abwägung ausdrücken, stellen positive Abwägungsurteile dar. Ein positives Abwägungsurteil enthält die Festsetzung einer Vorrangrelation unter Prinzipien im Hinblick auf den zu entscheidenden Fall. Negative Abwägungsurteile sind solche, die die Geltung einer Norm als Abwägungsergebnis verneinen. Sie sind negierte Geltungsaussagen, die nicht unmittelbar ein Abwägungsurteil formulieren, sondern Metaaussagen über mögliche oder, genauer, unmögliche Abwägungsergebnisse enthalten. Aus einer solchen Negation folgt allerdings kein positives Abwägungs-

urteil negierten Inhalts. Auf der Ebene der Abwägungsergebnisse sind also drei Möglichkeiten gegeben, die definitive Geltung einer Norm N , die definitive Geltung der negierten Norm $\sim N$ oder aber die Unbestimmtheit der normativen Situation hinsichtlich N , d.h. weder ist N noch deren Negation definitiv gültig.

Es gibt verschiedene Arten normativer Aussagen, mit denen das Abwägungsergebnis formuliert werden kann. Sie können zum Inhalt haben:

- (1) ein definitives Gebot des Vorrangs eines Prinzips,
 $\text{VAL}_{\text{DEF}} \text{O PRIOR}(P_1, P_2)_{C, \text{Op}};$
- (2) ein definitives Gebot der definitiven Geltung einer entsprechenden bedingten Norm,
 $\text{VAL}_{\text{DEF}} \text{O VAL}_{\text{DEF}} (C \rightarrow \text{Op});$
- (3) die definitive Geltung des Vorrangs eines Prinzips,
 $\text{PRIOR}(P_1, P_2)_{C, \text{Op}};$
- (4) die definitive Geltung einer entsprechenden bedingten Norm,
 $\text{VAL}_{\text{DEF}} (C \rightarrow \text{Op}).$

Aussagen über den Vorrang eines Prinzips implizieren eine über die Geltung einer entsprechenden Norm. Aussagen der Gebotenheit eines Vorrangs oder der Geltung einer Norm implizieren die Geltung der betreffenden Norm nicht logisch, sondern die Anerkennung des betreffenden Vorrangs oder der betreffenden Norm erfolgt in Erfüllung des damit ausgesprochenen Gebots. Darin kommt der prozedurale, von Anerkennungsakten abhängige Charakter der Begründung definitiver Normen aufgrund von Abwägungen zum Ausdruck.

2. *Abwägungskritik*

Abwägungskritik kann normativ begründet oder normativ neutral sein. Eine normative Kritik eines Abwägungsurteils kann ein anderes positives Abwägungsurteil anführen, also eine Norm als definitiv geltend behaupten, die mit der kritisierten Norm unvereinbar ist. Sie kann sich jedoch darauf beschränken, Fehler in der Begründung eines positiven Abwägungsurteils geltend zu machen, also die Verletzung von Anforderungen an korrekte Abwägungen. Eine solche abwägungsspezifische Kritik kann vorbringen, dass das die Abwägung leitende Gebot der Optimierung insgesamt verkannt worden ist oder dass die Abwägung in einzelnen Aspekten falsch war. So könnte kritisiert werden, dass

- die Bestimmung der anwendbaren Prinzipien fehlerhaft ist, also gültige Prinzipien nicht berücksichtigt oder ungültige Prinzipien berücksichtigt worden sind,
- dass die Bestimmung der relativen Gewichte, Erfüllungsgrade und Erfüllungswerte einzelner Prinzipien fehlerhaft ist.

Solche Kritik erfordert nicht ein vollständiges positives Abwägungsurteil. Gleichwohl handelt es sich um eine inhaltliche, wenn auch partielle Kritik, nicht um eine formale Kritik, denn es werden bestimmte normative Anforderungen an Abwägungen geltend gemacht. Dies ist wichtig, weil damit eine normative Abwägungskritik möglich ist, die nicht auf eigenen Abwägungsurteilen basiert. Wird etwa argumentiert, dass Gerichte nur eine Kon-

trolle von Abwägungen durchführen, aber keine eigenen Abwägungsurteile treffen dürften, dann schließt dies normative Abwägungskritik nicht aus. Unabhängig davon bleibt eine normativ neutrale Abwägungskritik möglich, die sich auf Kriterien formaler Korrektheit von Abwägungen stützt.

3. *Kriterien formaler Korrektheit*

Kriterien formaler Korrektheit sind interessant, weil sie eine Abwägungskritik erlauben, die nicht dem Problem der rationalen Begründung normativer Positionen ausgesetzt ist. Selbst Abwägungsskeptiker müssen einräumen, dass hinsichtlich dieser formalen Korrektheitsbedingungen eine rationale Überprüfung von Abwägungsurteilen möglich ist.

Formale Kritik kann sich auf Kriterien korrekter Abwägungsbegründung stützen, die nicht eine inhaltliche Stellungnahme zum Abwägungsproblem enthalten. Sie kann mit Kriterien begründet werden, wie sie auch außerhalb von Abwägungsproblemen verwendet werden, etwa logische Korrektheit und Richtigkeit der empirischen Annahmen. Hier interessieren jedoch abwägungsspezifische Kriterien formaler Art. In formaler Hinsicht müssen Abwägungsurteile bestimmte Kohärenzforderungen erfüllen.

3.1. *Konsistenz- und Kohärenzforderungen*

Es sind verschiedene Konsistenz- oder Kohärenzforderungen zu beachten, die sich aus der dargelegten Struktur und den Varianten von Abwägungen ergeben. Die Variabilität der Konstruktion von Abwägungsproblemen erlaubt die Formulierung einer allgemeinen Kohärenzforderung für Abwägungen:

(KA) Das Abwägungsergebnis muss unabhängig sein von der Formulierung der Prinzipien und der Konstruktion der Abwägung.

Spezielle Kohärenzforderungen können in Bezug auf die verschiedenen Varianten der Abwägung formuliert werden:

- (K₁) Die Abwägung von Teilprinzipien muss zum gleichen Ergebnis führen wie die von Prinzipien insgesamt.
- (K₂) Komplexe und unabhängige Beschreibungen von Prinzipien dürfen nicht zu sich widersprechenden Abwägungsergebnissen führen.
- (K₃) Vollständig autonome und unvollständig autonome Abwägungen dürfen nicht zu sich widersprechenden Ergebnissen führen.
- (K₄) Intuitive und rationalisierte Abwägungen dürfen nicht zu sich widersprechenden Ergebnissen führen.

Es kann ferner als Prinzip rationaler Begründung gefordert werden, dass möglichst viele verschiedene Konstruktionen durchgeführt und auf ihre Konsistenz und Kohärenz hin überprüft werden.

3.2. *Komparative Kriterien und Abwägungsgesetze*

Darüber hinaus lassen sich verschiedene komparative Kriterien für korrekte Abwägungen angeben. Sie betreffen die Beziehungen zwischen relativen Gewichten, Erfüllungsgraden und Erfüllungswerten. Es lassen sich Beziehungen in Bezug auf ein einzelnes Prinzip sowie auf mehrere Prinzipien unterscheiden, ferner solche für nicht-kollidierende und kollidierende Prinzipien. Für einzelne Prinzipien gilt aufgrund der Definition des Erfüllungswerts:

(AK₁) "Je größer der Erfüllungsgrad eines Prinzips ist, desto größer ist *ceteris paribus* (bei unverändertem relativem Gewicht) der Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses in Bezug auf dieses Prinzip."

(AK₂) "Je größer das relative Gewicht eines Prinzips ist, desto größer ist *ceteris paribus* (bei unverändertem Erfüllungsgrad) der Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses in Bezug auf dieses Prinzip."

In bezug auf mehrere Prinzipien lassen sich weitere Beziehungen durch Anwendung der Forderungen (1) und (2) formulieren. Aus (1) ergibt sich eine dem Gebot der Pareto-Optimalität analoge Beziehung:

(AK₃) "Der Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses in Bezug auf mehrere Prinzipien ist *ceteris paribus* um so größer, je größer der Erfüllungsgrad eines dieser Prinzipien ist."

Die *ceteris paribus*-Klausel sichert, dass die relativen Gewichte wie auch die Erfüllungsgrade der übrigen Prinzipien konstant bleiben. Ein Abwägungsergebnis ist also vorzuziehen, wenn in ihm ein Prinzip in höherem Grad erfüllt ist und kein anderes in einem geringeren Grad erfüllt wird. Eine entsprechende Beziehung gilt auch in Bezug auf relative Gewichte von Prinzipien:

(AK₄) "Der Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses in Bezug auf mehrere Prinzipien ist *ceteris paribus* um so größer, je größer das relative Gewicht eines dieser Prinzipien ist."

Für Kollisionen von Prinzipien gilt ferner aufgrund des Zusammenhangs zwischen Erfüllungswerten in Bezug auf einzelne Prinzipien und Erfüllungswerten eines Abwägungsergebnisses insgesamt:

(AK₅) "Der Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses in Bezug auf mehrere Prinzipien ist *ceteris paribus* um so größer, je größer der Erfüllungswert in Bezug auf eines dieser Prinzipien ist."

Aus diesen analytischen Beziehungen ergeben sich normative Forderungen für die Korrektheit von Abwägungsurteilen:

(AK₆) "Je höher der Wert der Beeinträchtigung der zurücktretenden Prinzipien ist, desto größer muss der durch ein Abwägungsergebnis realisierte Erfüllungswert der vorgehenden Prinzipien sein."

Dies folgt aus der Forderung, dass der durch ein Abwägungsergebnis realisierte Erfüllungswert maximal sein muss. Dies ist nur dann der Fall, wenn der realisierte Erfüllungswert größer ist als der Wert der Beeinträchtigung, zu dem die Erfüllung der vorrangigen Prinzipien führt.

Es lassen sich ferner aufgrund der Beziehungen zwischen Erfüllungsgraden, relativen Gewichten und Erfüllungswerten verschiedene weitere Kriterien ableiten. Zunächst soll angenommen werden, dass das relative Gewicht konstant bleibt. Dann folgt aus (AK₆), da der Wert der Beeinträchtigung wiederum direkt von dem Grad der Beeinträchtigung abhängt, die von *Alexy* als "Abwägungsgesetz" bezeichnete Beziehung¹⁰⁹:

(AK₇) "Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so wichtiger muss die Erfüllung des anderen sein."

Entsprechend gilt unter der Annahme, dass der Erfüllungsgrad konstant bleibt, in Bezug auf das relative Gewicht von Prinzipien:

(AK₈) "Je höher das relative Gewicht des einen Prinzips ist, um so wichtiger muss die Erfüllung des anderen sein."

Fraglich ist, was mit Wichtigkeit der Erfüllung gemeint ist. Sie kann als konkretes Gewicht eines Prinzips (oder als Erfüllungswert eines Abwägungsergebnisses) verstanden werden. Damit hängt sie von Erfüllungsgrad und relativem Gewicht eines Prinzips ab. Die Rechtfertigung eines höheren Grades einer Beeinträchtigung erfordert somit einen höheren Erfüllungsgrad oder ein höheres relatives Gewicht des anderen, die Beeinträchtigung rechtfertigenden Prinzips. Unter der Annahme, dass relatives Gewicht bzw. Erfüllungsgrad unverändert bleiben, ergeben sich damit folgende Bedingungen für die Rechtfertigung der Beeinträchtigung von Prinzipien:

(AK₉) "Je höher der Grad der Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto höher muss der Erfüllungsgrad des anderen Prinzips sein."

(AK₁₀) "Je höher das relative Gewicht des einen Prinzips ist, desto höher muss das relative Gewicht des anderen Prinzips sein."

Dabei muss allerdings vorausgesetzt werden, dass die Ausgangsbeeinträchtigung an die Grenze dessen geht, was noch gerechtfertigt werden kann, so dass kein Spielraum für weitere Beeinträchtigungen bleibt, ohne dass eine zusätzliche Rechtfertigung erforderlich

109 Alexy 1985, 146.

wäre. Im Ausgangsfall müssen also Erfüllungsgrad des einen und Beeinträchtigungsgrad des anderen Prinzips als gleich gut bewertet werden und damit auf der gleichen Indifferenzkurve liegen. Unter dieser Voraussetzung können verschiedene Fälle daraufhin verglichen werden, ob sie den angegebenen Kriterien genügen.

Die dargelegten Rationalitätsforderungen haben komparativen Charakter. Sie erfordern als solche keine positiven Abwägungsurteile, jedenfalls kein Abwägungsurteil im zu entscheidenden, problematischen Fall. Ihre Verletzung macht Abwägungsurteile aber fehlerhaft. Sie können daher, in Anlehnung an den von *Alexy* eingeführten Begriff, als "Abwägungsgesetze" bezeichnet werden. Eine Kritik von Abwägungsurteilen kann sich auf die Verletzung des Optimierungsgebots, der Forderungen von Konsistenz und Kohärenz oder dieser Abwägungsgesetze stützen.

VI. Fazit

Festzuhalten ist:

- (1) Normative Abwägungen sind Begründungsverfahren, in denen die definitive Geltung einer Norm aufgrund kollidierender normativer Argumente festgesetzt wird.
- (2) Elemente der Abwägung sind die abzuwägenden normativen Argumente, die Kollision zwischen diesen, die Bestimmung einer Vorrangrelation zwischen ihnen hinsichtlich der Umstände des vorliegenden Falls und das festgesetzte Abwägungsergebnis.
- (3) Abwägungen unterliegen dem allgemeinen Rationalitätsgebot, die bessere Alternative oder, sofern mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, eine bestmögliche Lösung zu wählen.
- (4) Für Abwägungen gilt spezifischer das Gebot, den Argumenten oder Prinzipien zu folgen, die unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere konkrete Gewicht haben. Allerdings wird dieses Gewicht erst aufgrund der Abwägung der kollidierenden Prinzipien hinsichtlich der Umstände des konkreten Falls bestimmt.
- (5) Das relative Gewicht kollidierender Prinzipien $WR(P_1, P_2)$ ergibt sich daraus, wie viel Zugewinn in der Erfüllung des einen Prinzips notwendig ist, um ein bestimmtes Maß der Beeinträchtigung des kollidierenden Prinzips zu rechtfertigen.
- (6) Optimale Ergebnisse sind dadurch definiert, dass
 - das Verhältnis von tatsächlich realisierbarem Zugewinn für ein Prinzip zu dem Verlust an Erfüllung des kollidierenden Prinzips gleich dem Verhältnis ist, das nach dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien gefordert ist, also
 - das konkrete relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien gleich ist.
- (7) Das Vorrangkriterium für Prinzipienkollisionen ist das konkrete relative Gewicht der kollidierenden Prinzipien. Es wird durch eine Bewertungsfunktion bestimmt, die bestimmte Kombinationen von relativem Gewicht der kollidierenden Prinzipien sowie deren Erfüllungsgraden im zu beurteilenden, konkreten Fall $\langle WR(P_1, P_2), FF(P_1, N), FF(P_2, N) \rangle$ als gleich gut, mindestens so gut oder besser als andere einordnet.

- (8) Das konkrete relative Gewicht der einzelnen kollidierenden Prinzipien ergibt sich aus zwei Faktoren, ihrem relativen Gewicht und ihrem Erfüllungsgrad im konkreten Fall $\langle WR(P_i), FF(P_i, N) \rangle$.
- (9) Der Vorrang von Prinzipien kann auch durch eine Bewertungsfunktion bestimmt werden, die auf aus vier Faktoren bestehende Kombinationen $\langle WR(P_1), WR(P_2), FF(P_1, N), FF(P_2, N) \rangle$ bezogen ist.
- (10) Abwägungsurteile, die unmittelbar das Ergebnis einer Abwägung ausdrücken, stellen positive Abwägungsurteile dar. Negative Abwägungsurteile sind solche, die die Geltung einer Norm als Abwägungsergebnis verneinen.
- (11) Abwägungskritik kann normativ begründet oder normativ neutral sein. Eine normative Kritik eines Abwägungsurteils kann ein anderes positives Abwägungsurteil anführen, also eine Norm als definitiv geltend behaupten, die mit der kritisierten Norm unvereinbar ist. Sie kann sich jedoch darauf beschränken, Fehler in der Begründung eines positiven Abwägungsurteils, also die Verletzung von Anforderungen an korrekte Abwägungen, geltend zu machen.
- (12) Bei Abwägungen sind verschiedene Konsistenz- oder Kohärenzforderungen zu beachten. Insbesondere muss das Abwägungsergebnis unabhängig von der Formulierung der Prinzipien und der Konstruktion der Abwägung sein und verschiedenen "Abwägungsgesetzen" genügen.

§ 4 Autonome Normbegründung

Normbegründungen versuchen zu zeigen, dass eine bestimmte Norm als gültig anerkannt, angewandt und befolgt werden soll. Diese normative Geltung kann auch als Verbindlichkeit der Norm bezeichnet werden. Normbegründungen zielen demnach auf die Festlegung verbindlicher Normen. Es ist allerdings fraglich, ob und inwiefern verbindliche Normen auf der Grundlage der Idee moralischer Autonomie begründet werden können. Autonome Subjekte können zwar eigene normative Urteile treffen, die Autonomie anderer schließt es jedoch aus, sie fremden normativen Urteilen zu unterwerfen. Der prinzipielle Verbindlichkeitsanspruch normativer Urteile wird durch die Autonomie anderer beschränkt, so dass der Anwendungsbereich von Normen, die ein autonomes Subjekt für gültig hält, auf dieses selbst beschränkt wird. Es scheint, dass in einer autonomen Moral jeder nur Normen für sich selbst aufstellen kann. Der Sinn von Normen liegt aber gerade darin, für alle Adressaten verbindliche Verhaltensstandards festzulegen und auf diese Weise Konflikte zu vermeiden oder aufzulösen. Eine Normbegründung auf der Grundlage der Idee der Autonomie scheint nicht möglich zu sein.

Dies betrifft auch die normative Geltung des Rechts. Wenn autonome Normbegründung nicht möglich sein sollte, könnte daraus die Notwendigkeit autoritativer Festsetzung von Normen gefolgert werden, und damit die Notwendigkeit von Recht. Aber auch hinsichtlich der Verbindlichkeit solcher autoritativer Festsetzungen stellt sich ein Begründungsproblem. Die Zweifel an der Möglichkeit autonomer Normbegründung betreffen daher auch die Verbindlichkeit des Rechts.

Der Ansatz, der im folgenden entwickelt werden soll, geht von folgenden Annahmen aus:

- (1) Autonome Normbegründung zielt auf die Festlegung verbindlicher Normen für einen bestimmten Adressatenkreis.
- (2) Autonome normative Urteile beanspruchen prinzipiell die Verbindlichkeit der behaupteten Norm.
- (3) Sie müssen daher den Anforderungen genügen, die für die Begründung der Verbindlichkeit einer Norm gelten.

Selbst wenn es nicht möglich sein sollte, im Rahmen einer Konzeption autonomer Moral verbindliche Normen zu begründen, ergeben sich somit aus dem Anspruch auf Verbindlichkeit Anforderungen und Einschränkungen für korrekte normative Urteile. Im folgenden sind also zwei Fragen zu untersuchen: Welches sind die Anforderungen an korrekte normative Urteile, und inwieweit können solche Anforderungen durch autonome Normbegründungen erfüllt werden und damit tatsächlich verbindliche Normen begründet werden? Zunächst sind Präzisierungen hinsichtlich des Begriffs der Autonomie sowie der Verbindlichkeit von Normen notwendig.

I. Die Konstruktion moralischer Autonomie

Die Idee moralischer Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung hat etwas Paradoxes, insofern sie Freiheit und moralische Bindung vereinigt. Beides scheint jedoch unvereinbar.

1. Das Dilemma moralischer Autonomie

Moralische Autonomie scheint durch drei Annahmen charakterisiert:

- (1) Normen gelten nicht unabhängig von der Zustimmung ihrer Adressaten.
- (2) Moralische Normen beanspruchen, für ihre Adressaten verbindlich zu sein.
- (3) Verbindlichkeit einer Norm bedeutet, dass die Adressaten verpflichtet sind, ihr zu folgen, ob sie wollen oder nicht, also unabhängig von ihrer Zustimmung.

Das Dilemma der Idee moralischer Autonomie ist, dass entweder autonome Subjekte über die für sie geltenden Normen selbst bestimmen können. Dann können sie nicht an diese Normen gebunden sein. Oder sie sind durch moralische Normen gebunden. Dann können sie nicht selbst über die für sie geltenden Normen bestimmen und sind nicht autonom.

Es gibt eine Reihe von Autonomie-Konzeptionen, die ungeeignet sind, dieses Dilemma aufzulösen. Zunächst ist moralische Autonomie von der Selbstbestimmung im empirischen Sinn, also der Frage der Willensfreiheit, zu unterscheiden. Es geht um Autonomie im normativen Sinn, also moralische Autonomie. Sie impliziert, dass die Geltung einer Norm nicht unabhängig von der Zustimmung der autonomen Normadressaten begründet werden kann.¹¹⁰

Für Autonomie im normativen Sinn gibt es wiederum verschiedene Interpretationen.

- (1) Autonomie im Sinne der Fähigkeit, das moralische Gesetz zu erkennen und danach zu handeln.

Dies setzt die Existenz des moralischen Gesetzes voraus und schließt somit Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung aus. Selbstgesetzgebung könnte lediglich in der Hinsicht vorliegen, dass das moralische Gesetz erst durch eine eigene geistige Operation erkannt werden kann und nur für diejenigen gilt, die diese Operation vornehmen. Es fehlt jedoch an einer Wahlmöglichkeit, so dass von Autonomie allenfalls in einem minimalen Sinn gesprochen werden kann.

- (2) Autonomie im Sinne der Bestimmung von Maximen unter der Geltung eines formalen Kriteriums der Moralität, wie etwa dem "Kategorischen Imperativ".

Dies lässt zwar Raum für Selbstgesetzgebung, erklärt aber nicht, warum eine frei gewählte Maxime zur Begründung einer verbindlichen Norm führen kann. Verbindlich ist lediglich

¹¹⁰ Vgl. auch Koller 1997, 267f., allerdings zur rationalen Begründung von Normen.

die Beachtung des formalen Kriteriums. In diesem Rahmen gibt es keinen normativen Grund, die eine oder andere Norm zu wählen.

- (3) Autonomie im Sinne der freien erstmaligen Wahl einer Norm, Verbindlichkeit im Sinne der Bindung an die einmal gewählte Norm.

Es gibt jedoch keinen Grund anzunehmen, dass von Autonomie nur einmal Gebrauch gemacht werden kann. Vielmehr sind autonome Subjekte in jedem Moment frei, ihre normativen Überzeugungen zu ändern. Es ist auch nicht ohne weiteres geboten, dass sie dabei ihre früheren Auffassungen berücksichtigen müssen.

Es scheint, dass für jede Konzeption, die normative Argumentation als Argumentation über Tatsachen und Argumente als Propositionen auffasst, die Idee moralischer Autonomie unverständlich bleibt. Normative Stellungnahmen implizieren in solchen Konzeptionen die Existenz von Normen. Wenn Normen aber bereits existieren, ist kein Raum für Selbstgesetzgebung. Auch in dem Grenzfall, dass Normen zunächst die Zustimmung zu einer Norm fordern, wäre diese Zustimmung nicht mehr frei, sondern aus Normen ableitbar, die unabhängig von der Zustimmung autonomer Subjekte gelten. Wenn andererseits ein normatives Ergebnis nicht aus normativen Aussagen ableitbar ist, scheint die Entscheidung beliebig zu sein, so dass keine moralische Bindung bestehen kann. Wenn die Zustimmung der Subjekte frei ist, also nicht durch gültige Normen vorgegeben ist, ist nicht ersichtlich, wie sich aus einer freien Zustimmung die moralische Verbindlichkeit einer Norm ergeben soll.¹¹¹ Die Zustimmung hätte keinen anderen Charakter als die Wahl zwischen Tee oder Kaffee, aber keinerlei moralische Implikationen.

Die Konzeption autonomer Argumentation schlägt einen anderen Weg ein, indem sie normative Argumente als Forderungen, nicht als Aussagen interpretiert und den Kern moralischer Autonomie in der Abwägung normativer Argumente sieht. Dies erlaubt eine Konzeption der Normbegründung, die Freiheit mit Bindung kombiniert. Voraussetzung dafür ist die Aufgabe verschiedener verbreiteter Annahmen:

- (1) Die Vermeidung eines moralischen Realismus. Jedenfalls bei Beginn einer Argumentation darf nicht die Existenz der vorgeschlagenen Norm vorausgesetzt werden.
- (2) Die Vermeidung eines ethischen Kognitivismus. Normative Argumente dürfen nicht beanspruchen, wahr oder richtig in einem kognitiven Sinn zu sein. Denn autonome Subjekte können nicht bestimmen, welche Normen für andere autonomen Subjekte gelten. Sie können daher - jedenfalls zu Beginn einer Argumentation - nicht beanspruchen, zu wissen, was moralisch richtig ist.
- (3) Die Vermeidung sowohl deskriptiver wie präskriptiver Interpretationen von Normsätzen. Deskriptive Interpretationen sehen Normsätze als eine Form von Aussagesätzen an und implizieren damit die Existenz von Normen, was mit autonomer Argumentation unvereinbar ist. Präskriptive Interpretationen sind für autonome Argumentation ungeeignet,

111 Vgl. auch Radbruch 1973, 133, mit der These, dass eine Verpflichtung nicht durch das Gewissen, sondern nur durch die Norm selbst möglich ist.

weil autonome Subjekte gegenüber anderen autonomen Subjekten gegenüber keine Vorschriften machen können.¹¹²

2. *Merkmale autonomer Abwägung*

Moralische Autonomie ergibt sich aus der Struktur der Abwägung normativer Argumente. Diese Abwägung ist durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- (1) Das Abwägungsergebnis kann nicht aus gegebenen Normen abgeleitet werden, sondern wird durch ein autonomes Urteil festgesetzt.

Man könnte einwenden, Abwägungen könnten deduktiv rekonstruiert werden, so dass das Ergebnis aus vorgegebenen Normen ableitbar sei. Bei der Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz könnte etwa der Obersatz lauten, dass unangemessene Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts verboten seien. Das Ergebnis folge aus einer Interpretation, was "unangemessen" sei. Jedoch wird damit die Struktur autonomer Abwägung lediglich verdeckt. Es ist nicht vorentschieden, was als "unangemessen" gilt, sondern dies wird erst aufgrund einer Abwägung bestimmt. Die Möglichkeit einer deduktiven Rekonstruktion ändert daran nichts.

- (2) Normative Argumente resultieren aus Forderungen, die autonome Subjekte geltend machen.

Die Forderungen autonomer Subjekte konstituieren gültige normative Argumente, die andere autonome Subjekte in ihren Abwägungen berücksichtigen müssen. Der Grund dafür ist schlicht, dass autonome Subjekte diese Forderungen stellen. Es ist keine weitere, substantielle Rechtfertigung erforderlich.¹¹³ Allerdings gibt es Grenzen für die Gültigkeit solcher Argumente. Sie müssen auf ein mögliches Ergebnis der Argumentation gerichtet sein. Da nur Ergebnisse möglich sind, die die Zustimmung aller autonomen Subjekte finden können, müssen normative Argumente in diesem Sinne universalisierbar sein.

- (3) Normative Argumente enthalten Forderungen, dass eine bestimmte Norm als definitiv gültig anerkannt werden soll.

112 Allerdings bezeichnet Hare 1952 als präskriptiv nicht nur vorschreibende Sätze, sondern auch evaluative Sätze. Dennoch bleibt die Orientierung an der Idee der Präskriptivität für die Analyse autonomer Argumentation ungeeignet.

113 Hingegen meint Nino 1991, 165, dass Wünsche (desires) nur relevant seien, wenn sie durch ein normatives Prinzip gestützt seien. Dies verdreht die Struktur autonomer Normbegründung. Richtig ist allerdings, dass Wünsche oder Interessen als solche keine definitiven Handlungsnormen begründen können.

Der Gegenstand autonomer Argumentation ist, welche Norm als Ergebnis der Abwägung anerkannt werden soll, d.h. als definitiv gültig angesehen werden soll. Normative Argumente sind daher für die Argumentation nur relevant, wenn sie die definitive Geltung einer bestimmten Norm als Abwägungsergebnis fordern. Daher enthalten sie Geltungsgebote.

- (4) Die Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote impliziert, dass Abwägungsurteile einen Anspruch auf die normative Notwendigkeit des Abwägungsergebnisses erheben müssen.

Daraus ergibt sich folgende Anforderung an autonome Argumentation:

- (5) Jemand, der eine Norm aufgrund einer Abwägung als definitiv gültig behauptet, muss beanspruchen, dass die Geltung dieser Norm durch die stärkeren Gründe geboten ist.

Dieser Anspruch auf normative Notwendigkeit ist zentral für die Struktur autonomen Urteilens.

Im Beispiel der Kollision von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz kann etwa ein bedingter Vorrang für die Meinungsfreiheit für Äußerungen, die die Öffentlichkeit berühren, angenommen werden. Diese bedingte Norm ist in der unbeschränkten Erlaubnis von Meinungsäußerungen enthalten, die das Prinzip der Meinungsfreiheit fordert. Insoweit wie das Prinzip der Meinungsfreiheit als vorrangig angesehen wird, muss dieses Abwägungsergebnis als geboten behauptet werden.

Dementsprechend muss jemand, was immer er als definitiv gültig ansieht, als geboten ansehen. Eine Norm wird als definitiv gültig akzeptiert, weil dies geboten ist. Das Abwägungsurteil kann nicht als beliebig verstanden werden, obwohl es keine Kriterien gibt, aus denen es abgeleitet werden könnte. Die Abwägung normativer Argumente ist nicht durch vorgegebene Normen bestimmt, also frei. Wenn aber einem Grund Vorrang vor dem anderen gegeben wird, wird damit dessen definitive Geltung angenommen. Hat dieser Grund die Struktur eines reiterierten Geltungsgebots, wird zugleich die Geltung eines Gebots anerkannt, das die getroffene Vorrangentscheidung fordert. Ferner wird für jedes solche Gebot ein Gebot höherer Stufe anerkannt, das dessen Geltung fordert. Der Abwägende kann seine Entscheidung daher nicht als eine ungebundene Entscheidung verstehen, sondern nur als eine, die durch die vorrangigen, gewichtigeren Gründe geboten ist.¹¹⁴

114 In entsprechender Weise lässt sich die Gebundenheit bei der Abwägung rechtlicher Prinzipien erklären. Insbesondere die Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien hat den Charakter normativ gebundener autonomer Entscheidung des Urteilenden. Ähnliche Strukturen finden sich bei Ermessens- und Planungsentscheidungen, vgl. Koch 2000, 257.

Dieser normative Anspruch macht das Abwägungsurteil zu einem Akt der Selbstgesetzgebung. Vom Urteilenden wird eine Norm festgesetzt, für die normative Geltung beansprucht wird. Diese Festsetzung impliziert einerseits, dass die fragliche Norm als definitiv gültig akzeptiert werden soll und dementsprechend angewandt und befolgt werden soll. Andererseits ist Festsetzung eine freie Entscheidung in dem Sinne, dass sie nicht durch existierende Normen vorgegeben ist. Der Urteilende hätte also anders entscheiden können. Solange er allerdings bei seiner Überzeugung bleibt, muss er die betreffende Norm in einem normativen Sinne als gültig ansehen. Folglich sind Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente zugleich frei, aber auch normativ gebunden. Sie können daher als Akte der Selbstgesetzgebung verstanden werden, d.h. als Begründung der Geltung einer Norm aufgrund eigener Entscheidung.

Diese doppelte Perspektive lässt sich mit der Unterscheidung von interner und externer Perspektive, oder Teilnehmer- und Beobachterperspektive, verbinden. Betrachtet sich der Urteilende selbst, nimmt also die Beobachterperspektive ein, erscheint ihm sein Urteil als frei. Rekonstruiert er seine eigenen normativen Überzeugungen, sieht er sich als normativ gebunden. Es gilt demnach die folgende Beziehung zwischen autonomer Freiheit und normativer Notwendigkeit:

- (6) Aus der externen Perspektive verstehen sich autonom Urteilende als frei, aus der internen Perspektive als durch normative Argumente und selbstgesetzte Normen gebunden.

3. *Der Begriff moralischer Autonomie*

Damit kann der Begriff der Autonomie definiert werden. Die allgemeine Idee der Autonomie als Selbstgesetzgebung ist:

- (D_A) 'Autonomie' bedeutet, durch eigenes Urteil zu bestimmen, welche Normen definitiv gelten.

Autonomie ist ein strukturelles Merkmal normativen Urteilens oder Entscheidens. Es lässt sich wie folgt fassen:

- (A₁) Jemand ist autonom, wenn er in einer Position ist, eine normative Entscheidung zu treffen, die nicht in ihrem Ergebnis vorbestimmt, aber durch normative Argumente gebunden ist.

Entsprechend kann Autonomie als spezifische Struktur normativen Urteilens oder Entscheidens definiert werden:

- (A₂) Autonomie besteht, wenn jemand eine normative Entscheidung zu treffen hat, die nicht in ihrem Ergebnis vorbestimmt, aber durch normative Argumente gebunden ist.

Die Konzeption der Autonomie muss von Autonomie als Fähigkeit zu eigenen Entscheidungen sowie vom Recht zu eigener Entscheidung unterschieden werden. Autonomie als Fähigkeit erfordert, dass jemand sich bewusst ist, dass er eine Abwägung verschiedener normativer Argumente vorzunehmen hat, und in der Lage ist, dies zu tun. Autonomierechte enthalten im Kern das Recht zu eigenen normativen Entscheidungen. Auf sie ist später einzugehen. Sie sind allerdings für die Diskussion der Normbegründung relevant, weil sie die Möglichkeit der Begründung verbindlicher Normen in Frage stellen.

II. Normativität, Richtigkeit, Verbindlichkeit, Objektivität

Autonome Urteile beanspruchen, allgemeinverbindliche Normen aufzustellen. Es handelt sich nicht um Urteile, die lediglich für den Urteilenden selbst gelten sollen. Dies ergibt sich aus dem Charakter der Abwägung normativer Argumente als einem rationalen Begründungsverfahren. Es werden bestimmte Merkmale für relevant angesehen, die in allen Fällen, in denen sie vorliegen, in gleicher Weise zu behandeln sind. Der Anspruch autonomer Urteile auf allgemeine Verbindlichkeit kann jedoch nur prinzipiellen Charakter haben. Es ist eine Forderung, die an andere autonome Subjekte gerichtet ist. Die Autonomie der anderen schließt es aber aus, definitive Gültigkeit für diese Forderung zu beanspruchen. Im Ergebnis können autonome Subjekte somit selbst Normen bestimmen. Deren definitiver Geltungsbereich beschränkt sich jedoch auf den Urteilenden selbst. Damit stellt sich das Problem, ob und inwieweit die Begründung verbindlicher Normen auf der Grundlage der Idee der Autonomie möglich ist.

Zunächst sind einige Abgrenzungen notwendig, um zu präzisieren, was unter Verbindlichkeit von Normen zu verstehen ist. Insbesondere ist zu klären, ob und wie sich Verbindlichkeit von Normen von Normgeltung, Normativität, Richtigkeit oder objektiver Geltung von Normen unterscheidet.

Normative Urteile besagen, dass etwas geboten, verboten oder erlaubt ist, dass etwas realisiert werden sollte oder dass Handlungen bestimmter Art vollzogen werden sollen. Urteile können als pragmatische oder als semantische Entitäten verstanden werden. In pragmatischer Hinsicht handelt es sich um Sprechakte, genauer um Behauptungen. In semantischer Sicht sind Urteile Inhalte solcher Sprechakte, die sich durch Abstraktion von der sprachlichen Formulierung und dem pragmatischen Kontext ergeben. Statt von Urteilen kann auch von Aussagen gesprochen werden. Normative Urteile sind unter semantischem Aspekt Aussagen, die mittels Normsätzen formuliert werden, also durch Sätze, die deontische Operatoren (es ist geboten/verboten/erlaubt, dass ...) enthalten oder auf diese Weise formuliert werden können. Unter pragmatischem Aspekt, also verstanden als Behauptungen, erheben normative Urteile einen normativen Anspruch und beanspruchen Verbindlichkeit gegenüber den Normadressaten.

Der Ausdruck "Normativität" ist mehrdeutig. Normativität kann zum einen als normativer Inhalt verstanden werden. Sätze sind demzufolge normativ, weil sie deontische Operatoren oder andere normative Ausdrücke enthalten, oder in dieser Weise formuliert werden können. Eine andere, stärkere Interpretation versteht Normativität als eine Form

der Geltung von Normen oder normativen Systemen. Normativität bedeutet demnach normative Geltung einer Norm im Sinne eines Gebots der Anerkennung, Anwendung oder Befolgung dieser Norm. Definitive normative Geltung einer Norm ist folglich identisch mit ihrer Verbindlichkeit.

Richtigkeits- und Verbindlichkeitsanspruch sind hingegen zu unterscheiden. Aus dem Richtigkeitsanspruch in Bezug auf die Geltung einer allgemeinen Norm, und damit dem Geltungsanspruch dieser Norm, scheint ein Verbindlichkeitsanspruch untrennbar zu folgen. Dies kann jedoch nur gelten, soweit der Verbindlichkeitsanspruch prinzipieller Natur ist, nicht ein definitives Gebot allgemeiner Befolgung beinhaltet. Aus der Geltung einer Norm folgt, dass jeder, der ihre Anwendbarkeitsbedingungen erfüllt, sie anwenden und befolgen muss. Ein solcher Verbindlichkeitsanspruch wird von jedem Beteiligten für die von ihm für richtig gehaltenen Normen erhoben. Damit kollidieren verschiedene prinzipielle Verbindlichkeitsansprüche. Diese können somit nur als prinzipielle Gebote verstanden werden. Sie kollidieren, soweit andere Beteiligte andere normative Positionen vertreten. Eine Kollision ist lediglich ausgeschlossen, soweit es um die Geltung der jeweils eigenen normativen Konzeption für den Urteilenden selbst geht. Nur insoweit kann unabhängig von einer Abwägung ein definitiver Verbindlichkeitsanspruch erhoben werden.

Allerdings kann bezweifelt werden, ob es sinnvoll ist, in Bezug auf das eigene Verhalten verbindliche Normen zu behaupten. Dies erscheint möglich, wenn sich jemand als moralisches Subjekt versteht, also sein Verhalten strikt an den von ihm für richtig gehaltenen Normen ausrichtet. Andererseits könnte jemand sein Handeln nicht nur an seinen Moralvorstellungen ausrichten, sondern pragmatische Überlegungen zulassen. Hält er eine Norm für richtig, die von anderen nicht geteilt oder nicht befolgt wird, könnte er argumentieren, dass die Verbindlichkeit der Norm für ihn deshalb entfällt. So könnte jemand die Pflicht, Steuern zu zahlen, für moralisch gerechtfertigt und deshalb prinzipiell verbindlich halten, aber den Umstand, dass eine Steuer von den meisten nicht gezahlt wird, als Rechtfertigung dafür ansehen, diese Steuer nicht zahlen zu müssen. Oder jemand könnte meinen, es sei moralisch geboten, notleidenden Menschen unter Einsatz eines erheblichen Teils seiner finanziellen Mittel zu helfen, aber, da diese Auffassung von vielen anderen nicht geteilt oder befolgt wird, argumentieren, dass er selbst ebenfalls diesem Gebot nicht folgen müsse. Diese Argumentationen sind rational, aber nicht moralisch. Die Differenzierung zwischen Richtigkeitsanspruch und Verbindlichkeit einer Norm erlaubt also, moralische Forderungen in eine Abwägung mit anderen, pragmatischen Argumenten einzubeziehen. Sie erlaubt ferner, strikt moralische Personen von anderen zu unterscheiden, die moralische Forderungen nur als einen abwägungsfähigen Teil der für ihr Handeln relevanten Forderungen ansehen.

Festzuhalten ist, dass Verbindlichkeitsansprüche gegenüber anderen autonomen Individuen zunächst nur prinzipiellen Charakter haben können. Es besteht somit bei der Begründung verbindlicher Normen ein Optimierungsproblem. Die prinzipiellen Ansprüche auf Verbindlichkeit von verschiedenen individuellen Normkonzeptionen kollidieren und verlangen einen Ausgleich, in dem diese Konzeptionen jeweils in möglichst hohem Maß zur Geltung kommen. Ziel ist es, im Hinblick auf unterschiedliche normative Konzeptionen in optimaler Weise eine definitive verbindliche Norm festzusetzen.

Das Problem der Verbindlichkeit von Normen wird häufig als das ihrer objektiven Geltung oder Gültigkeit diskutiert. Allerdings ist die Bezeichnung als objektiv wiederum mehrdeutig. Zunächst macht die Bezeichnung als objektiv deutlich, dass mehr als nur ein subjektives normatives Urteil einzelner autonomer Subjekte vorliegt. Dieser Unterschied zu einem bloß subjektiven Urteil kann in verschiedenen Hinsichten bestehen:

- Objektivität im Sinne einer Tatsache, und entsprechend objektive Geltung im Sinne der Wahrheit einer normativen Aussage.¹¹⁵ Ungeachtet des Problems, ob es möglich ist, wahre normative Aussagen zu machen, würde diese Form der Objektivität keinen Raum für autonomes Urteilen lassen. Autonomie setzt voraus, dass keine vorgegebenen Normen existieren, die das Urteil determinieren.

- Objektive Gültigkeit im Sinne rationaler Notwendigkeit einer Norm oder entsprechender normativer Urteile, d.h., jedes vernünftige Subjekt muss diese Norm als gültig und das entsprechende Urteil als richtig anerkennen. Diese starke Konzeption von Objektivität ist ebenfalls mit der Konzeption autonomer Normbegründung nicht vereinbar, da Autonomie die Möglichkeit der Wahl einschließt. Ist die Anerkennung bestimmter Normen rational notwendig, grenzt dies den Bereich autonomen Urteilens ein.

- Objektive Gültigkeit einer Norm in dem Sinne, dass ihre Geltung unabhängig ist von dem Urteil einzelner Adressaten. D.h. negativ, eine Norm, die ein autonomes Subjekt für gültig hält, kann ungültig sein. Positiv gewendet, kann eine Norm, die ein autonomes Subjekt für nicht gültig hält, als gültig behauptet werden. Die erste Variante ist als Konsequenz rationaler Kritik in einer Konzeption autonomer Normbegründung ohne weiteres möglich. Die zweite Variante soll hier als Verbindlichkeit einer Norm bezeichnet werden. Fraglich ist, ob Verbindlichkeit im Sinne einer von individueller Anerkennung unabhängigen Geltung aufgrund einer autonomen Normbegründung möglich ist.

III. Struktur autonomer Normbegründung

Autonome Normbegründung umfasst die Begründung von normativen Argumenten sowie die Festsetzung von definitiven Normen aufgrund von Abwägungen dieser Argumente. Die definitive Geltung solcher Normen kann Verschiedenes bedeuten. Erstens kann sie als definitiv bezeichnet werden, weil sie den Abschluss eines Begründungsverfahrens darstellt. Zweitens kann definitive Geltung im Sinne von Verbindlichkeit verstanden werden, also besagen, dass eine Norm tatsächlich angewandt und befolgt werden soll. Da Abwägungen von einem einzelnen Urteilenden durchgeführt werden, sind beide Aspekte zu unterscheiden. Ein autonomes Subjekt kann zu einem definitiven Abwägungsergebnis kommen. Daraus folgt jedoch nicht, dass die von ihm bestimmte Norm für andere verbindlich ist.

115 Objektivität von Recht und Moral in diesem starken Sinne wird vertreten z.B. von Moore 2004. Zum Objektivitätsproblem Putnam 1995; Stavropoulos 1996; Rodriguez-Blanco 2004; Pavlakos 2007.

Es sind also zwei Fragen auseinander zu halten:

- (1) Wie kann ein Abwägungsurteil begründet werden?
- (2) Kann eine aufgrund einer Abwägung begründete Norm Verbindlichkeit auch für andere Subjekte beanspruchen?

Die erste Frage kann als das Problem autonomer Normbegründung im elementaren Sinn bezeichnet werden, die zweite als das der Begründung der Verbindlichkeit oder der objektiven Gültigkeit von Normen. Die Struktur der autonomen Abwägung als elementares Begründungsverfahren ist bereits dargelegt worden, auch die notwendige Verbindung autonomer Urteile mit einem normativen Richtigkeitsanspruch und der prinzipiellen Forderung, dass andere Subjekte die Geltung dieser Norm anerkennen sollen. Dieser Richtigkeitsanspruch begründet jedoch noch nicht die Verbindlichkeit von Normen.

Das zentrale Problem der Begründung der Verbindlichkeit von Normen liegt in der Respektierung der Autonomie der Normadressaten. Es genügt nicht, Abwägungsergebnisse mit Anspruch auf Richtigkeit festzusetzen. Es muss auch begründet werden, dass die Normadressaten, als Personen mit einer eigenen Konzeption eines guten Lebens, eigenen normativen Vorstellungen und einem Interesse an für alle Beteiligten verbindlichen Normen, diese Ergebnisse vernünftigerweise akzeptieren müssen. Im Folgenden ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen diese Annahme begründet ist, also eine verbindliche Normbegründung möglich ist. Dazu sind notwendige Voraussetzungen der Begründung verbindlicher Normen herauszuarbeiten.

Dies führt zur Entwicklung eines diskursiven Modells, in dem zunächst normative Argumente aus individuellen Interessen begründet werden, sodann individuelle normative Konzeptionen mit Anspruch auf Richtigkeit entwickelt werden und schließlich Diskurse und Kriterien objektiver Geltung eingeführt werden, um verbindliche Normen begründen zu können. Ob und in welchem Umfang solche Begründungen gelingen, ist eine Frage, die außerhalb des Rahmens der folgenden Untersuchung liegt.

1. Interessengestützte normative Argumente

Normative Argumente werden durch autonome Subjekte vorgebracht, um ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Jemand kann etwa die Forderung eines Rauchverbots damit begründen, dass er nicht Belästigungen oder Gesundheitsgefährdungen durch Zigarettenrauch ausgesetzt sein möchte. Statt partikularer Interessen könnte auch ein allgemeines Interesse gegen Belästigungen oder am Gesundheitsschutz vorgebracht gemacht. Dies ist jedoch nicht notwendig. Autonome Subjekte können durchaus partikulare Interessen zur Grundlage ihrer normativen Argumente machen. Dabei soll alles das, was den Gegenstand solcher normativen Argumente bildet, als Interesse bezeichnet werden. Es wird also kein substantieller Begriff des Interesses verwendet, sondern autonome Subjekte bestimmen selbst, was ihre Interessen sind.

Die Notwendigkeit, bestimmte Argumente in einer Abwägung zu berücksichtigen, macht den Unterschied zwischen einer normativen und einer nicht-normativen Abwägung aus. Sind die Argumente beliebig vom Entscheidenden zu wählen, kann für das Abwägungsergebnis nicht normative Verbindlichkeit beansprucht werden. Eine norma-

tive Abwägung setzt voraus, dass begründet wird, warum etwas als normatives Argument in der Abwägung zu berücksichtigen ist, und welche Inhalte und welche Gewichte diese Argumente haben.

Autonome Subjekte benötigen allerdings keine Kriterien für das, was sie als normative Argumente anführen sollen. Gültige normative Argumente sind vielmehr diejenigen, die autonome Subjekte (unter Beachtung formeller Rationalitätsanforderungen) als Argument vorbringen. Grundlage für die Konstituierung normativer Argumente ist die normative Kompetenz autonomer Subjekte, solche Argumente in eine Argumentation einzuführen. Daraus ergibt sich als Grundprinzip normativer Argumentation:

(A₃) Individuelle Autonomie ist mit der Kompetenz verbunden, Forderungen in einer Argumentation geltend zu machen und andere damit zu verpflichten, solche Forderungen in ihren Abwägungen zu berücksichtigen.

Kompetenz wird dabei analog zu einer Rechtsmacht im *Hohfeldschen* Sinne verstanden.¹¹⁶ Dieses Konzept lässt sich auf normative Diskurse übertragen.

Die Notwendigkeit, eine solche Kompetenz autonomer Subjekte anzuerkennen, ergibt sich daraus, dass substantielle Entscheidungskriterien für Abwägungen nicht zur Verfügung stehen. Da sich das richtige Abwägungsergebnis nicht kognitiv bestimmen lässt, bleibt als einzige Möglichkeit der Begründung die Zustimmung autonomer Subjekte zu einem bestimmten Ergebnis. Eine solche Zustimmung wird aber unmöglich, wenn die Berücksichtigung der Interessen und Ansichten eines Individuums von vornherein ausgeschlossen wird. Soll eine Argumentation, die auf die Zustimmung autonomer Subjekte angewiesen ist, zu einem Ergebnis führen, muss das Recht dieser Subjekte anerkannt werden, Argumente vorzubringen, die von den anderen Argumentationsteilnehmern bei ihren Überlegungen zu berücksichtigen sind.

Die Konstituierung normativer Argumente erfolgt damit aufgrund eines empirisch feststellbaren Kriteriums, nämlich welche Argumente von autonomen Subjekten tatsächlich vorgebracht werden. Dabei sind Bedingungen formaler Rationalität zu beachten. So sind inkonsistente Argumente oder solche, die empirisch widerlegbare Prämissen enthalten, auszuschließen. Ferner müssen auf Interessen gestützte normative Argumente Kohärenzforderungen erfüllen. Es muss ausgeschlossen werden, dass ein Individuum jedes seiner einzelnen Interessen als von überragendem Gewicht einordnet und entsprechende Berücksichtigung verlangt. Ausgehend vom Erfordernis, die Zustimmung eines jeden einzelnen Argumentationsteilnehmers zu erhalten, muss die Gesamtheit der Interessen jedes einzelnen als gleich gewichtig behandelt werden. Andernfalls könnten diejenigen, deren Interessen insgesamt zurückgesetzt werden, vernünftigerweise die Zustimmung zu dem Ergebnis der Argumentation verweigern. Individuelle Interessen sind daher in eine kohärente Konzeption eines guten Lebens zu bringen. Die Konzeptionen eines guten Lebens verschiedener Individuen sind sodann in die Abwägung einzustellen. Autonome Subjekte haben das Recht, selbst eine solche Konzeption eines

116 Vgl. Hohfeld 1923.

guten Lebens zu entwickeln. Machen Argumentationsteilnehmer lediglich isolierte Einzelinteressen geltend, ist es Sache des Urteilenden, diese zu einer kohärenten Konzeption zu formen. Entsprechendes gilt, wenn jemand nicht in der Lage ist, seine Interessen selbst vorzubringen.¹¹⁷

Darüber hinaus sind nicht universalisierbare Forderungen auszuschließen, die von anderen autonomen Subjekten nicht akzeptiert werden könnten. Interessen, die ihrem Inhalt nach auf Verletzung oder Nichtberücksichtigung der Interessen anderer autonomer Subjekte zielen, können keine normativen Argumente begründen. Interessen an Mord, Raub oder Vergewaltigung sind nicht legitim und in der Argumentation unbeachtlich. Denn sie enthalten das Ziel, den Interessen eines anderen zuwider zu handeln, ohne sie als normativ relevant zu berücksichtigen. Damit wird die Anerkennung der Interessen eines anderen autonomen Subjekts von vornherein verweigert, und jedenfalls die betroffene Person kann als vernünftiges Subjekt diesem Ansinnen nicht zustimmen. Die Konsequenz ist, dass sich auf dieser Grundlage keine Normen begründen lassen und daher kein relevantes normatives Argument vorliegt.

Festzuhalten ist, dass die Berücksichtigung individueller Interessen notwendig ist im Hinblick auf die individuelle Autonomie der Beteiligten. Diese können vernünftigerweise nur Normen zustimmen, die ihre individuellen Interessen und insbesondere ihr Interesse an individueller Autonomie respektieren. Ein autonomes Subjekt kann vernünftigerweise keine Norm akzeptieren, die ohne Rücksicht auf seine Interessen, also das, was es als für die Argumentation relevante Forderung vorbringt, begründet wird. Damit kann eine Norm nur dann als verbindlich behauptet werden, wenn sie gegenüber den Interessen der Beteiligten gerechtfertigt wird. Erster Schritt zur Normbegründung ist daher die Forderung, die Interessen jedenfalls der Beteiligten, die ein Interesse an individueller Autonomie haben, so weit wie möglich zu erfüllen, also ein Gebot der Interessenoptimierung. Interessenbasierte Argumente unterliegen allerdings gewissen formalen Rationalitäts- oder Legitimitätsforderungen, die manche Forderungen ausschließen. Eine substantielle Begründung der von autonomen Subjekten vorgebrachten Forderungen ist hingegen für die Konstituierung normativer Argumente nicht erforderlich. Die Berücksichtigung von Interessen nicht autonomer Subjekte oder sonstiger, nicht auf Interessen gegründeter Belange wird damit nicht ausgeschlossen. Das Prinzipienmodell schließt auch die Berücksichtigung anderer Gebote als das der Erfüllung individueller Interessen, etwa objektive Werte oder kollektive Güter, nicht aus. Aber diese können nicht in die Argumentation eingeführt werden, wenn sie nicht ein autonomes Subjekt geltend macht.

2. *Individuelle Abwägungsurteile*

Aus einem prinzipiellen Gebot der Erfüllung individueller Interessen ergeben sich, entsprechend den vorhandenen individuellen Interessen, prinzipielle Gebote der Realisierung einzelner Interessen, die untereinander (sowie u.U. mit anderen, nicht-interessenbasierten

117 Dies stellt eine Form von Paternalismus dar, die dann notwendig ist, wenn ein Individuum nicht über eine autonom gebildete Konzeption eines guten Lebens verfügt.

Prinzipien) kollidieren. Die Begründung definitiver Normen erfordert die Abwägung dieser normativen Argumente. Sind alle relevanten Argumente unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Falls abgewogen, lässt sich eine normative Aussage über das Abwägungsergebnis treffen. Diese Aussage behauptet die definitive Geltung einer Norm.

Allerdings muss präzisiert werden, was mit definitiver Geltung einer Norm als Abwägungsergebnis gemeint ist. Aufgrund der Autonomie der Beteiligten kann nicht ein einzelner definitive Normen für andere festsetzen, sondern jeder Beteiligte hat das Recht, nach eigenem Urteil eine individuelle normative Konzeption zu entwickeln. Eine für alle verbindliche Norm kann nur aufgrund der Berücksichtigung sämtlicher individueller normativer Konzeptionen der beteiligten autonomen Subjekte bestimmt werden. Diese normativen Konzeptionen enthalten Forderungen in Bezug auf das Abwägungsergebnis. Sie stellen somit normative Argumente dar, die bei der Bestimmung einer definitiv geltenden Norm zu berücksichtigen sind. Solange dies nicht geschehen ist, können Abwägungsurteile nicht definitive Geltung beanspruchen. Denn es sind noch nicht alle relevanten Argumente in die Abwägung eingegangen.

Es sind demnach zwei Formen von Abwägungsurteilen zu unterscheiden, solche aufgrund der Abwägung aller normativen Argumente in der Sache selbst und solche, die auch die konkurrierenden normativen Konzeptionen in die Abwägung einbeziehen. Entsprechend sind - jedenfalls analytisch - Abwägungen erster Stufe von solchen höherer Stufe zu unterscheiden. Abwägungen höherer Stufe berücksichtigen die normativen Konzeptionen anderer autonomer Subjekte und stellen damit eine Form intersubjektiver Reflexion dar. Es sind somit möglich:

- Abwägungsurteile eines autonomen Individuums, die alle relevanten Argumente 1. Stufe berücksichtigen. Sie beanspruchen definitive Geltung nach dem Urteil des Individuums A relativ auf die Menge relevanter Argumente und Umstände, die den Kontext der Begründung erster Stufe bilden. Da diese Argumente interessenbasiert sind, kann der Kontext der Begründung als I spezifiziert werden. Definitive Geltung nach individuellen Abwägungsurteilen erster Stufe kann demnach notiert werden als:

$$VAL_{DEF,I,A}N.$$

- Abwägungsurteile, die über die Argumente 1. Stufe hinaus die konkurrierenden normativen Konzeptionen (J) anderer berücksichtigen. Dies kann notiert werden als

$$VAL_{DEF,I,J,A}N.$$

Da die Berücksichtigung normativer Konzeptionen anderer autonomer Subjekte nicht einseitig bleiben kann, sondern alle Individuen die normativen Konzeptionen der jeweils anderen berücksichtigen müssen, ergeben sich intersubjektiv reflektierte Konzeptionen (JJ). Definitive Geltungsbehauptungen, die aus dieser Begründungsstruktur resultieren, können notiert werden als

$$VAL_{DEF,I,JJ,A}N.$$

Intersubjektiv reflektierte Urteile über definitive Geltung bleiben jedoch individuelle normative Urteile, die voneinander abweichen können. Sie können lediglich relativierte Aussage über die definitive Geltung einer Norm enthalten, aber nicht direkt, ohne Relativierung auf die Perspektive eines Individuums, definitive Geltung behaupten. Sie können lediglich uneingeschränkte definitive Geltung der für richtig gehaltenen Norm fordern. Individuelle Abwägungsurteile haben in der Argumentation somit den Status von normativen Argumenten.

Es kann etwa die Frage auftreten, ob man in öffentlich zugänglichen Gebäuden rauchen sollte, d.h. ob man es als erlaubt ansehen sollte, dort zu rauchen, oder dies unterlassen sollte. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- (1) Ist es richtig, an solchen Orten zu rauchen?
- (2) Sollte ein verbindliches Verbot angenommen werden, an diesen Orten zu rauchen?

Dies kann als moralisches Problem aufgefasst werden, welche Norm als gültig angesehen werden sollte, oder als rechtspolitisches, ob das Rauchen an öffentlich zugänglichen Orten verboten werden sollte.

Bei der ersten Frage, der nach dem richtigen Handeln, geht es um eine Kollision verschiedener Interessen und darauf basierender Argumente. Dies sind Interessen an einem optimalen Gesundheitsschutz sowie der Freiheit von Belästigungen einerseits, das Interesse an Handlungsfreiheit, Genuss oder sonstigen Effekten des Nikotins andererseits. Manche Beteiligte werden die Ansicht vertreten, dass man nicht an öffentlichen Orten rauchen sollte, weil sie die Argumente gegen das Rauchen in diesem Fall für gewichtiger halten als diejenigen für die Erlaubtheit des Rauchens. Andere werden die persönliche Freiheit zu rauchen für wichtiger halten. Möglich ist auch, dass jemand für diesen Fall keine allgemeine Norm aufstellen möchte, sei es, dass er keinen Vorrang zugunsten der einen oder anderen Argumente feststellen kann, sei es, dass er weitere Differenzierungen für nötig hält. Soweit allerdings jemand zu einem allgemeinen Urteil gelangt, wird dies als Abwägungsergebnis mit Anspruch auf Richtigkeit vertreten. Es gibt an, was in dem betreffenden Fall getan werden sollte, und fordert damit die allgemeine Geltung dieser Norm.

Mit diesem Urteil kann allerdings noch kein Anspruch auf Verbindlichkeit verbunden werden. Es stellt zwar eine Norm auf, die ihrem Inhalt nach allgemein ist, d.h. für jeden in der betreffenden Situation gilt. Mit diesem Geltungsanspruch ist prinzipiell auch ein Verbindlichkeitsanspruch verbunden. Denn die Geltung einer Norm impliziert ein Gebot ihrer Erfüllung, also ihrer Anwendung und Befolgung. Aber dieser Verbindlichkeitsanspruch wird von jedem erhoben, der ein normatives Urteil trifft. Weil und soweit die verschiedenen Beteiligten moralisch autonom sind oder als autonom anerkannt werden müssen und damit ein Recht auf Respektierung ihrer individuellen normativen Konzeption haben, muss zwar jeder die Richtigkeit seiner Konzeption beanspruchen, kann diese aber nicht als verbindlich für andere behaupten. Lediglich für sich selbst kann er diese Norm als verbindlich aufstellen.

Dies führt zur Frage, welche Norm als für alle Beteiligten verbindlich angenommen werden sollte. Ein Problem für die Entwicklung einer solchen verbindlichen Normkonzeption ist, dass wiederum die moralische Autonomie aller Beteiligten zu berücksichtigen ist.

Diese können nicht nur in ihren individuellen normativen Konzeptionen 1. Stufe zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, sondern auch in Konzeptionen 2. Stufe über verbindliche Normen. Im Beispiel könnten einige derjenigen, die meinen, man sollte an öffentlichen Orten nicht rauchen, zu dem Ergebnis kommen, dass gleichwohl kein für alle verbindliches Verbot angenommen werden sollte, sondern ihre Ansicht nur Ausdruck einer persönlichen Moral sei. Umgekehrt könnten einige, die meinen, es gebe keinen hinreichenden Grund, warum man an öffentlichen Orten nicht rauchen sollte, meinen, dass man angesichts der verbreiteten Forderung eines solchen Verbots dieses als verbindlich akzeptieren sollte. Natürlich können Beteiligte auch meinen, die von ihnen für richtig gehaltene Norm solle allgemeinverbindlich gelten. Wichtig ist die Unterscheidung von normativen Urteilen 1. Stufe und solchen 2. Stufe über das, was als verbindliche Norm gelten soll. Urteile 2. Stufe können inhaltlich von denen 1. Stufe abweichen. Dies kann dazu führen, dass Beteiligte die Verbindlichkeit einer Norm akzeptieren, die sie in der Sache nicht für begründet halten. Es kann sein, dass auf diese Weise eine Norm trotz Divergenzen in der sachlichen Beurteilung 1. Stufe weitgehende Zustimmung hinsichtlich ihrer verbindlichen Geltung findet. Möglich ist aber auch, dass unterschiedliche Auffassungen bestehen bleiben.

Auch normative Konzeptionen 2. Stufe sind individuelle normative Konzeptionen, d.h. individuelle Überzeugungen darüber, was definitiv gelten soll. Dies gilt auch auf jeder höheren Stufe, da neue Informationen hinsichtlich der relevanten Prinzipien sowie der individuellen normativen Konzeptionen 1. Stufe nicht zur Verfügung stehen und somit keine Grundlage für eine weitere Annäherung unterschiedlicher Konzeptionen gegeben ist. Wegen der moralischen Autonomie der Beteiligten kann keiner der Beteiligten oder eine Gruppe der Beteiligten eine normative Konzeption als verbindlich festlegen. Ebenso wie die Interessenoptimierung im einfachen Abwägungsmodell führt damit auch die Optimierung über individuelle normative Konzeptionen nicht notwendig zu definitiven verbindlichen Normen.

3. *Definitive normative Aussagen*

Individuelle Abwägungsurteile enthalten Forderungen, welche Normen als definitiv gültig angesehen werden sollten. Sie können als autonome Urteile definitive Geltung nur für den Urteilenden selbst beanspruchen, gegenüber anderen autonomen Subjekten jedoch nur prinzipielle Ansprüche auf Verbindlichkeit erheben. Dies gilt auch für intersubjektiv reflektierte normative Urteile. Diese können zwar definitiv gültig in einem prozeduralen Sinne sein. Sind alle relevanten Argumente und Informationen verarbeitet sind und keine neue Gesichtspunkte für die Argumentation zu erwarten, kommt die Argumentation zu einem Abschluss. Die individuellen normativen Urteile sind insofern definitiv. Als individuelle Urteile können sie jedoch voneinander abweichen und nur subjektive, auf die eigene Perspektive relativierte normative Aussagen enthalten, nicht vom Urteilenden unabhängige Aussagen der Struktur

$VAL_{DEF,I,J}N$.

Das Problem bleibt daher, inwiefern autonome Normbegründung zu nicht auf die Urteilen relativierten Aussagen der definitiven Geltung und der Verbindlichkeit von Normen führen kann.

3.1. Die Notwendigkeit prozeduraler Normbegründung

Eine Konsequenz aus der Unmöglichkeit, die verbindliche Normen allein aufgrund von individuellen normativen Urteilen zu begründen, ist, dass die Feststellung verbindlicher Normen nur als Ergebnis einer Begründungsprozedur möglich ist, an der alle betroffenen autonomen Subjekte gleichberechtigt beteiligt sind. Werden autonome Subjekte ausgeschlossen oder diskriminiert, haben sie keinen Grund, das Ergebnis der Prozedur als verbindlich anzuerkennen. Definiert man Begründungsprozeduren unter gleichberechtigter Beteiligung aller Betroffenen als Diskurs, dann erfordert die Begründung verbindlicher Normen Diskurse.

Die Einführung von Diskursen allein genügt allerdings noch nicht, zu Urteilen über verbindliche Normen zu gelangen. Auch die Forderung intersubjektiver Reflexion bei der Bildung individueller normativer Urteile erfordert bereits einen Diskurs.¹¹⁸ Solange jedoch die Teilnehmer lediglich normative Urteile aus ihrer Sicht abgeben, ist das Ergebnis, selbst wenn die Interessen, Argumente und Positionen aller anderen Beteiligten berücksichtigt werden, stets lediglich ein individuelles Urteil mit lediglich subjektiver Gültigkeit. Soweit Divergenzen bestehen bleiben, kann jeder die von ihm für richtig gehaltenen Normen nur für sich als verbindlich ansehen.

Für ein Urteil, dass eine Norm für alle Normadressaten verbindlich ist, muss eine objektive Perspektive eingenommen werden. Statt eines eigenen normativen Urteils ist eine Aussage über das Ergebnis der Prozedur zu treffen. Der Urteilende nimmt von seiner eigenen normativen Position Abstand und berücksichtigt sie in einer Aussage über die definitiv geltenden Normen in gleicher Weise wie die Position jedes anderen autonom Urteilenden. In diesem Sinne erfordern definitive Geltungsaussagen die Einnahme einer unparteilichen Perspektive. Sie stellen das Ergebnis eines Diskurses fest und haben insofern deskriptiven Charakter.

Es bleiben allerdings zwei Fragen hinsichtlich definitiver Geltungsaussagen über Diskursergebnisse: Lässt sich überhaupt ein Diskursergebnis feststellen, das die Qualität einer verbindlichen Norm haben kann? Und wenn diese Feststellung deskriptiv möglich ist, warum sollte sie zugleich als normative Aussage angesehen werden?

118 Diskurse sind zudem bereits aus technischen Gründen notwendig, um die Interessen der Beteiligten herauszufinden und ihnen die Möglichkeit zur authentischen Interpretation dieser Interessen zu geben sowie um die individuellen normativen Konzeptionen ermitteln zu können. Vgl. Alexy 1978. Die moralische Autonomie der Beteiligten macht einen Diskurs darüber hinaus aber auch konzeptuell notwendig für die Begründung der Verbindlichkeit von Normen, da ohne ihn kein Konsens der Beteiligten hergestellt werden kann.

3.2. *Das Kriterium der Verbindlichkeit: Konsens oder Konvergenz?*

Diskurse können zu übereinstimmenden Auffassungen führen oder nicht, Übereinstimmungen können mehr oder weniger groß sein. Aber wann kann die verbindliche Geltung einer Norm als Diskursergebnis festgestellt werden? Die Feststellung muss aus objektiver, unparteilicher Perspektive erfolgen. Aus dieser Perspektive können normative Konflikte nicht entschieden werden. Die Feststellung der definitiven Geltung einer Norm ist daher nur möglich, wenn die Prozedur tatsächlich die vorgefundenen normativen Konflikte gelöst hat. Im Rahmen einer autonomen Normbegründung kann definitive Geltung einer Norm uneingeschränkt nur behauptet werden, wenn autonome Adressaten dem zustimmen. Allgemeine Geltung einer Norm erfordert somit Konsens autonomer Normadressaten.

Besteht Konsens unter allen vernünftig Urteilenden über die definitive Geltung einer Norm, gibt es keinen Grund, diese Norm nicht als definitiv gültig zu behaupten. Jeder Urteilende ist dazu sogar gezwungen, da er einen Richtigkeitsanspruch für seine Auffassung erheben muss.

Allerdings kann ein Konsens autonomer Subjekte jederzeit entfallen, da jeder seine Auffassung ändern kann. Ein Konsens begründet daher nicht die Verbindlichkeit einer Norm. Dies gilt auch, wenn autoritative Entscheidungen eingeführt werden, um das Problem mangelnden Konsenses zu beheben. Auch ein Konsens über autoritative Entscheidungskompetenzen kann entfallen. Die Möglichkeit verbindlicher Normbegründung erfordert andere Kriterien als das des Konsenses.

Eine Alternative zu dem Kriterium des Konsenses ist das vernünftiger Konvergenz. Bei dem Kriterium der Konvergenz geht es um die Annäherung der Urteile verschiedener Beteiligter an einen vernünftigen Konsens. Dieses Kriterium stellt, insofern es auf einen Teilkonsens abstellt, eine Abschwächung des Konsenskriteriums dar. Es ist damit leichter realisierbar, lässt aber abweichende Auffassungen zu. Es kann daher objektive Gültigkeit im Sinne rationaler Notwendigkeit, d.h. dass jedes vernünftige Subjekt zustimmen muss, nicht gewährleisten. Es kann aber Verbindlichkeit einer Norm in dem Sinne begründen, dass die Geltung der Norm von der individuellen Zustimmung einzelner Subjekte unabhängig ist. Eine Konvergenz der Urteilenden in der Anerkennung einer Norm als definitiv gültig ist mit einzelnen abweichenden Auffassungen vereinbar. Wenn eine solche Norm definitiv gültig ist, dann hängt ihre Geltung nicht von der Zustimmung eines jeden einzelnen ab. Sie ist somit verbindlich. Die Frage ist, warum Konvergenz ausreichen soll, die definitive Geltung einer Norm zu begründen.

3.3. *Die Normativität definitiver Geltungsaussagen*

Das Konvergenzkriterium wirft die Frage auf, warum einzelne oder eine Minderheit von Urteilenden eine Mehrheitsauffassung akzeptieren sollen. Als autonome Subjekte haben sie das Recht, eigene normative Auffassungen zu bilden. Sie haben keinen Grund, sich einer Mehrheitsmeinung zu unterwerfen, sei die Mehrheit auch noch so groß.

Wenn es möglich sein soll, die Verbindlichkeit einer Norm zu begründen, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

(1) Es muss die Notwendigkeit einer allgemeinverbindlichen Norm gegeben sein.

Besteht keine Notwendigkeit, gemeinsamen Normen zu folgen, gibt es für autonome Subjekte keinen Grund, ihre normativen Überzeugungen zurückzustellen.

(2) Die Konvergenz der Urteile muss derart sein, dass die Wahl einer alternativen Norm als verbindliche Regelung ausgeschlossen werden kann.

Letzteres erfordert, dass die Konvergenz das Ergebnis rationaler Argumentation ist, also vernünftige Konvergenz besteht. Entspricht die Begründung der Norm nicht den Anforderungen rationaler Argumentation, ist sie angreifbar, und es können alternative Normvorschläge aufrechterhalten werden.

Zudem lässt sich fordern, dass das Kriterium der Konvergenz nicht nur statisch, als Teilkonsens, interpretiert wird, sondern dynamisch. In diesem dynamischen Sinn besteht vernünftige Konvergenz dann, wenn sich aufgrund rationaler Argumentation und intersubjektiver Reflektion divergierender Auffassungen eine Tendenz steigender Zustimmung zu einer bestimmten Position zeigt. Bildet sich eine solche Tendenz heraus, lassen sich alternative Normen vernünftigerweise ausschließen. Bei einer lediglich statischen Konvergenz könnte hingegen argumentiert werden, die gegen die Norm vorgebrachten Einwände könnten die bestehende Konvergenz untergraben. Da jedes neue Argument ein Diskursergebnis in Frage stellen kann, lässt sich dieses Argument nicht als irrational zurückweisen. Wenn hingegen der Verlauf der Argumentation zeigt, dass deren Fortsetzung zu stetig größerer Stützung eines Normvorschlags führt, lassen sich alternative Vorschläge als mögliches Diskursergebnis ausschließen.

Vernünftige Konvergenz setzt intersubjektiv reflektierte individuelle normative Urteile voraus. D.h. jeder Urteilende hat die abweichenden Urteile anderer in seine Überlegungen einzubeziehen, um zu bestimmen, welche Norm definitiv gelten soll. Gegenstand dieser Reflexion ist nicht die Frage nach der richtigen Norm in der Sache selbst, sondern die Metafrage, welche Norm im Fall der Divergenz normativer Urteile gelten soll. Es ist zu fragen, welche Norm in der Situation der Konkurrenz verschiedener Auffassungen als verbindlich anerkannt werden sollte.

Geht es etwa um die Frage, ob Rauchen in öffentlichen Gebäuden verboten werden soll, könnten sich, wenn eine Mehrheit für eine bestimmte Auffassung besteht, andere, die in der Sache anderer Auffassung sind, bei der Frage, welche Norm als verbindlich gelten sollte, der Mehrheit anschließen. Oder es könnte auf erster Stufe eine Mehrheit gegen ein Rauchverbot sein, aber einige könnten unter Berücksichtigung der Forderung anderer nach einem Rauchverbot zu der Auffassung gelangen, dass ein solches Verbot eingeführt werden sollte. Ergeben sich bei der Argumentation auf höherer Stufe Meinungsänderungen, ist wiederum in Bezug auf das geänderte Meinungsbild zu

fragen, welche Norm als verbindlich anerkannt werden sollte, usf. Auf diese Weise kann sich eine Konvergenz der Meinungen ergeben. Allerdings ist nicht sicher, dass intersubjektive Reflexion zu Konvergenz führt. Auch das Gegenteil ist möglich.

Das Kriterium vernünftiger Konvergenz führt zu folgender These:

(VK) Besteht vernünftige Konvergenz in der Frage, welche Norm als verbindlich gelten soll, so dass für keine alternative Norm Verbindlichkeit beansprucht werden kann, und ist eine gemeinsame, allgemeinverbindliche Regelung notwendig, dann ist die durch vernünftige Konvergenz gestützte Norm als definitiv gültig und verbindlich anzuerkennen.

Die Frage ist allerdings, ob für diese These rationale Notwendigkeit beansprucht werden kann, sie also von jedem vernünftig Urteilenden akzeptiert werden muss. Es stellt sich wiederum das Problem der Normativität. Der Ansatz für die Objektivität definitiver Geltungsaussagen ist, sie als Aussagen aus unparteilicher, neutraler Perspektive einzuführen. Das Kriterium vernünftiger Konvergenz und die Frage nach der richtigen Norm im Falle divergenter normativer Auffassungen führen jedoch wiederum auf normative Fragen. Damit erfordert die Anwendung dieses Kriterium wiederum autonome Argumentation. Es bleibt das Problem, dass Konvergenz der Auffassungen vernünftigen Widerspruch nicht ausschließt. Selbst wenn sich eine Tendenz zu einem Konsens über eine bestimmte Auffassung abzeichnet, kann ein autonomes Subjekt zu einem abweichenden Ergebnis gelangen.

So könnte, selbst wenn sich die Auffassung durchsetzt, dass ein Verbot des Rauchens in öffentlichen Räumen akzeptiert werden sollte, ein Raucher (oder ein Nichtraucher) bei der Ansicht bleiben, dass die Notlage nikotinsüchtiger Raucher oder das Prinzip der Freiheit dabei nicht hinreichend berücksichtigt worden ist. Es bleibt also die Möglichkeit der Divergenz der subjektiven reflektierten Urteile und einer objektiv feststellbaren Tendenz zur Anerkennung einer Norm als verbindlich. Dies macht es notwendig, zwischen der objektiven Begründung der Verbindlichkeit einer Norm und der objektiv gerechtfertigten Behauptung der Verbindlichkeit zu unterscheiden.

IV. Objektiv gerechtfertigte Behauptung der Verbindlichkeit

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen ist festzuhalten, dass die Begründung objektiv gültiger Normen, denen jedes rationale Subjekt zustimmen müsste, im Wege autonomer Argumentation nicht möglich ist. Da individuelle Autonomie nicht aufgehoben werden kann, sondern lediglich durch Anforderungen rationaler Normbegründung beschränkt ist, bleibt stets die Möglichkeit des Dissenses. Als alternative, schwächere Form der Begründung der Verbindlichkeit von Normen kommt allerdings in Betracht, die Behauptung der Verbindlichkeit von Normen gegenüber Opponenten objektiv zu rechtfertigen. D.h., Opponenten müssen zwar nicht die behauptete Norm als verbindlich akzeptieren, aber anerkennen, dass die Vertreter dieser Norm diese legitimerweise als verbindlich ansehen.

Kriterium und notwendige Voraussetzung der Verbindlichkeit einer Norm ist ihre Stützung durch vernünftige Konvergenz als Ergebnis der intersubjektiven Reflektion der Beteiligten. Daraus folgt allerdings nicht ohne weiteres die objektive Verbindlichkeit oder Gültigkeit einer solchen Norm. In diesem Punkt divergieren die Auffassungen der Befürworter der Norm und ihrer Opponenten.

Befürworter einer durch vernünftige Konvergenz gestützten Norm werden diese als jedenfalls für sie verbindlich ansehen. Da die Stützung durch vernünftige Konvergenz - im Gegensatz zum Kriterium des Konsenses - nicht schon dann entfällt, wenn einzelne Befürworter ihre Meinung in der Sachfrage ändern und ihre Zustimmung entziehen, ist eine durch Konvergenz gestützte Norm aus Sicht ihrer Befürworter verbindlich. Denn sie gilt unabhängig von individueller Zustimmung. Auch wenn ein Befürworter seine normative Beurteilung ändern würde, bliebe aus seiner Sicht die Tatsache vernünftiger Konvergenz erhalten. Anders wäre es, wenn seine Meinungsänderung auf objektiven Kriterien korrekter Normbegründung beruhte. In diesem Fall würde sie dazu führen, die allgemeine Anerkennung der Norm als fehlerhaft anzusehen und die Vernünftigkeit der Konvergenz zu bestreiten. Ist die Meinungsänderung jedoch Ausdruck individueller Autonomie, beeinflusst sie nicht die Tatsache vernünftiger Konvergenz. Die Befürworter einer Norm, die durch vernünftige Konvergenz gestützt ist, werden diese Norm daher als für sie verbindlich ansehen.

Anders ist allerdings die Sicht der Opponenten, die eine Norm auch nach intersubjektiver Reflektion ablehnen. Für sie begründet vernünftige Konvergenz nicht die Verbindlichkeit der betreffenden Norm. So könnte vernünftige Konvergenz hinsichtlich einer Norm bestehen, dass die Meinungsfreiheit zum Schutz der Religionsfreiheit insoweit zu beschränken ist, dass Äußerungen, die religiöse Überzeugungen anderer verächtlich machen, verboten sein sollten. Ein Opponent könnte gleichwohl - nach gründlicher Abwägung aller Argumente und Berücksichtigung aller verschiedenen Auffassungen - der Ansicht sein, dass selbst solche Meinungsäußerungen erlaubt sein sollten. Für ihn ist die Tatsache vernünftiger Konvergenz ein Aspekt seiner Abwägung. Wenn er trotz gebührender Berücksichtigung dieses Aspekts zur Ablehnung der durch vernünftige Konvergenz gestützten Norm kommt, kann diese Konvergenz nicht nochmals als Argument dazu dienen, dass die betreffende Norm für ihn verbindlich sei. Eine derartige Argumentation würde die Autonomie des Opponenten nicht respektieren.

Die Verbindlichkeit einer Norm gegenüber Opponenten bedarf daher einer zusätzlichen Rechtfertigung. Es kommen zwei Argumente in Betracht.

Im Bereich des Rechts könnte argumentiert werden, dass Recht auf eine verbindliche gesellschaftliche Ordnung zielt und deshalb im Rahmen juristischer Argumentation individuelle Autonomie zurücktreten muss, wenn vernünftige Konvergenz über bestimmte Normen erreicht ist. Rechtsgeltung ist begrifflich auf ein Kollektiv bezogen. Es geht nicht um individuelle Moral. Daher sind rechtliche Abwägungen durch einen Verzicht auf eine abschließende autonome Wertung gekennzeichnet.¹¹⁹ Dementsprechend lässt

119 Dies schließt wiederum nicht aus, dass Richtern eine Kompetenz zur Entscheidung allein nach eigener Rechtsüberzeugung gegeben wird. Dies ist jedoch eine rechtlich zugeordnete Kompetenz.

sich eine juristische Einstellung durch die Bereitschaft charakterisieren, Normen zu akzeptieren, die sich aufgrund einer Abwägung rechtlicher Prinzipien mittels des Kriteriums der Konvergenz rational begründeter Auffassungen objektiv begründen lassen. Darauf ist bei der Diskussion der Rechtsgeltung und Rechtsanwendung zurückzukommen.

Allgemeiner gilt, dass, wenn der Urteilende eine verbindliche Norm nicht nur prinzipiell, sondern auch definitiv für notwendig hält, er bereit sein muss, auf die Kompetenz zu eigener, autonomer Stellungnahme zu einer aufgrund des Kriteriums der Konvergenz begründeten Norm zu verzichten und diese Norm als verbindlich zu akzeptieren. Denn die Begründung einer kollektiv verbindlichen Norm wird erschwert und u.U. unmöglich, wenn jeder seinen autonomen Wertungen folgte. Es ist daher, um überhaupt eine kollektiv verbindliche Norm zu haben, notwendig, eine auf die Konvergenz rationaler Abwägungsurteile gegründete Norm als gültig zu akzeptieren und deren Geltung nicht aufgrund abweichender individueller Wertungen zu bestreiten. Eine Kritik aufgrund der Verletzung von Kriterien rationaler Normbegründung wird dadurch allerdings nicht ausgeschlossen.

Das zweite Argumente stützt sich auf die weitere Annahme, dass die Notwendigkeit einer gemeinsamen, für alle Adressaten verbindlichen Norm begründet werden kann. Diese Begründung muss wiederum dem Kriterium vernünftiger Konvergenz genügen. Dementsprechend lässt sich folgende Aussage über die Rechtfertigung von Behauptungen verbindlicher Normen treffen:

(VN) Wenn

- vernünftige Konvergenz darüber besteht, dass eine verbindliche Norm über eine bestimmte Frage notwendig ist und ferner
 - vernünftige Konvergenz über diese Norm selbst besteht,
- dann kann rationalerweise nicht mehr bestritten werden, dass diese Norm als für alle Adressaten verbindlich behauptet werden darf.

Die Alternative, der von einer opponierenden Minderheit vertretenen Norm zu folgen, ist offenbar nicht rational begründbar. Die Alternative, überhaupt keine Norm als verbindlich anzusehen, wird durch die Bedingung ausgeschlossen, dass eine verbindliche Regelung notwendig ist.¹²⁰

Da diese Argumentation von jedem vernünftigen Subjekt akzeptiert werden muss, ist sie objektiv gerechtfertigt. Allerdings bedeutet objektive Rechtfertigung nicht, dass jeder die so als verbindlich begründete Norm selbst für gültig halten muss. Opponenten haben weiterhin das Recht, die Gültigkeit dieser Norm zu bestreiten und zu fordern, dass eine andere Norm als gültig anerkannt werden sollte. Auch Opponenten müssen jedoch aner-

120 Diese Bedingungen erlauben eine substantielle Begründung der definitiven Geltung, im Gegensatz zu der durch autoritative Entscheidung. Autoritative Entscheidungen könnten z.B. bereits aufgrund der Notwendigkeit einer Regelung zusammen mit dem Mehrheitsprinzip gerechtfertigt werden. Das Kriterium vernünftiger Konvergenz begründet hingegen definitive Geltung ohne autoritative Entscheidung.

kennen, dass der Verbindlichkeitsanspruch, den die Befürworter einer Norm unter den dar-
gelegten Bedingungen erheben, objektiv gerechtfertigt ist.

V. *Die Spannung zwischen Autonomie und Rationalität*

Konflikte zwischen Autonomie und Objektivität oder Rationalität können in zwei Be-
ziehungen auftreten, zum einen hinsichtlich der Begründung verbindlicher Normen,
zum anderen hinsichtlich der Möglichkeit, Normen aufgrund normativ neutraler Ratio-
nalitätskriterien zu begründen.

Der erste, soeben behandelte Konflikt ist Thema der autonomen Normbegründung.
Autonomie ist unvereinbar mit objektiver Geltung von Normen. Objektiv gültige Nor-
men, die jedes vernünftige Subjekt anerkennen muss, schränken den Bereich autonomen
Urteilens ein. Allerdings enthält autonome Normbegründung eine Reihe objektiv gülti-
ger Elemente, die deren normativen Rahmen bilden. Dies sind

- die objektive Geltung von normativen Argumenten, die von autonomen Subjekten
vorgebracht werden.
- Bedingungen formal korrekter Abwägung, insbesondere Optimalitäts- und Kohä-
renzkriterien.
- prozedurale Anforderungen intersubjektiver Reflexion.
- die objektive Rechtfertigung des Verbindlichkeitsanspruchs für Normen, deren
Geltung mittels der Konvergenz vernünftig Urteilender begründet ist.

Autonome Normbegründung ist mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit der fraglichen
Norm verbunden. Dieser gilt zunächst jedoch nur prinzipiell, wird von der Autonomie
anderer Urteilender begrenzt und kann daher von dem Urteilenden nur für sich selbst als
definitiv gültig angesehen werden. Der Anspruch auf Verbindlichkeit einer Norm auch
für andere kann allerdings aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz zusammen
mit der weiteren Voraussetzung, dass eine gemeinsame, für alle Adressaten verbindliche
Norm notwendig ist, objektiv gerechtfertigt werden. Dies schließt jedoch abweichende
Urteile anderer autonomer Subjekte nicht aus. Es kann daher zum Konflikt zwischen
autonomen Urteilen und objektiv gerechtfertigten Verbindlichkeitsansprüchen kommen.
Der zweite Konflikt entsteht, wenn eine rationale Argumentation die Anerkennung einer
Norm fordert, die manche Akteure aufgrund ihrer autonomen Entscheidung ablehnen.

Letzteres kann als Konflikt zwischen Autonomie und Rationalität beschrieben
werden. Voraussetzung ist die Möglichkeit rationaler Normbegründung unabhängig von
individueller Autonomie. So lässt sich die Stärke rationaler Akzeptanz einer Norm als
Kriterium der Rationalität normativer Auffassungen ansehen.¹²¹ Dies wäre eine Rationali-
tätskonzeption, die mit individueller Autonomie in Konflikt geraten kann.¹²² Die Moti-
vation für eine solche Rationalitätskonzeption ist das Streben nach objektiver Erkennt-

¹²¹ Vgl. Sieckmann 2003.

¹²² Dies setzt die Unterscheidung von zwingenden Rationalitätsanforderungen, die jedes autonome
Subjekt bei seinen Urteilen oder Entscheidungen beachten muss, und solchen, die eine bestbe-
gründete kollektive Entscheidung ausweisen sollen, voraus.

nis. Insofern diese unmöglich ist, soll die Meinung der vernünftig Denkenden oder das Ergebnis eines rationalen Diskurses objektive Gültigkeit beanspruchen können.

Ein Konflikt dieser Konzeption mit der individueller Autonomie kann in zwei Konstellationen vorkommen. Die eine ist die Situation der Notwendigkeit einer gemeinsamen Norm. In diesem Fall ist die Anerkennung einer durch vernünftige Konvergenz gestützten Norm rational. Autonome Subjekte verfolgen jedoch nicht notwendig allein das Ziel der Rationalität. Gleichwohl kann in der Situation der Notwendigkeit einer normativen Regelung Rationalität gefordert und als vorrangig gegenüber individueller Autonomie angesehen werden.

Die zweite Konstellation betrifft den Fall, in dem eine verbindliche Regelung nicht notwendig ist, sondern jeder nach seinen eigenen Vorstellungen leben kann. Auch in diesem Fall ist es möglich, dass eine rationale Argumentation für eine bestimmte Lösung spricht, ein autonomes Subjekt diese jedoch ablehnt. So mag es rational begründbar sein, sich nicht ohne Not an lebensgefährlichen Aktivitäten zu beteiligen. Gleichwohl kann ein autonomes Subjekt eine andere Auffassung vertreten. In diesem Fall kann eine verbindliche Norm jedoch nicht begründet werden, weil es an der Notwendigkeit einer gemeinsamen Regelung fehlt - wobei vorausgesetzt ist, dass andere durch die gefährlichen Aktivitäten nicht gefährdet werden.

Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass jemand vernünftigerweise die definitive Geltung einer Norm bestreitet, die aufgrund des Kriteriums der Konvergenz rational begründet ist. Dies ist eine Konsequenz daraus, dass Rationalitätskonzeptionen nicht normative Stellungnahmen in der Argumentationen sind, sondern unparteilichen Charakter haben. Autonomie und unparteiliche Rationalität stehen in potentielltem Konflikt. Ein rationaler Beobachter kann zu Ergebnissen gelangen, die ein autonomes Subjekt legitimerweise ablehnt.

VI. *Fazit*

Festzuhalten ist:

- (1) Autonome Subjekte können eigene normative Urteile treffen, die Autonomie anderer schließt es aber aus, diese solchen normativen Urteilen zu unterwerfen. Der prinzipielle Verbindlichkeitsanspruch normativer Urteile wird durch die Autonomie anderer beschränkt, so dass der definitive Anwendungsbereich von Normen, die ein autonomes Subjekt für gültig hält, auf dieses selbst reduziert wird.
- (2) Aus dem Anspruch auf Verbindlichkeit normativer Urteile ergeben sich Anforderungen und Einschränkungen für korrekte normative Urteile.
- (3) Normativität bedeutet die normative Geltung einer Norm im Sinne eines Gebots der Anerkennung, Anwendung oder Befolgung dieser Norm. Definitive normative Geltung einer Norm ist identisch mit ihrer Verbindlichkeit.
- (4) Richtigkeits- und Verbindlichkeitsanspruch sind zu unterscheiden. Aus dem Richtigkeitsanspruch in Bezug auf die Geltung einer allgemeinen Norm folgt lediglich ein prinzipieller Anspruch auf Verbindlichkeit, nicht ein definitives Gebot allgemeiner Befolgung.

- (5) Verbindlichkeitsansprüche autonomer Subjekte gegenüber anderen autonomen Individuen können nur prinzipiellen Charakter haben. Es besteht somit bei der Begründung verbindlicher Normen ein Optimierungsproblem.
- (6) Objektivität oder objektive Gültigkeit kann bedeuten:
- Objektivität im Sinne einer Tatsache,
 - Objektive Gültigkeit im Sinne rationaler Notwendigkeit einer Norm oder entsprechender normativer Urteile,
 - Objektive Gültigkeit einer Norm in dem Sinne, dass ihre Geltung unabhängig ist von dem Urteil einzelner Adressaten.
- (7) Gültige normative Argumente sind diejenigen, die autonome Subjekte (unter Beachtung formeller Rationalitätsanforderungen) als Argument vorbringen. Individuelle Autonomie impliziert eine normative Kompetenz, Forderungen in einer Argumentation geltend zu machen und andere damit zu verpflichten, solche Forderungen in ihren Abwägungen zu berücksichtigen.
- (8) Autonome Subjekte haben das Recht, eigene normative Konzeptionen zu entwickeln. Diese müssen wiederum von anderen bei der Argumentation über verbindliche Normen berücksichtigt werden.
- (9) Für die Begründung verbindlicher Normen ist erforderlich - allerdings nicht hinreichend -, eine Konzeption zu finden, der alle Beteiligten vernünftigerweise zustimmen können.
- (10) Eine Begründung der Verbindlichkeit von Normen ist nur eingeschränkt in dem Sinne möglich, dass die Berechtigung der Behauptung der Verbindlichkeit von Normen gegenüber Opponenten objektiv gerechtfertigt werden kann.
- (11) Voraussetzung für die Rechtfertigung des Anspruchs auf Verbindlichkeit einer Norm ist eine vernünftige Konvergenz über deren Geltung sowie die Notwendigkeit einer gemeinsamen, allgemeinverbindlichen Regelung.
- (12) Ein Konflikt zwischen Autonomie und Rationalität kann entstehen, wenn Rationalitätsforderungen nicht nur als Anforderungen an korrekte autonome Urteile gestellt werden, sondern der Approximation objektiver Erkenntnis dienen sollen.

2. Teil: Rechtsgeltung und Rechtsanwendung

§ 5 Rechtsbegriff und Rechtsgeltung

Der Rechtsbegriff ist ein klassischer Gegenstand rechtsphilosophischen Streits, insbesondere zwischen Rechtspositivismus und Natur- oder Vernunftrechtslehren. Typischerweise wählen Rechtspositivisten einen deskriptiven Rechtsbegriff und verweisen auf die Tatsache, dass es ungerechte Rechtssysteme gibt, als Argument für die Notwendigkeit, zwischen Recht und Moral begrifflich zu unterscheiden. Anti-Positivisten wählen einen normativen Rechtsbegriff und verweisen darauf, dass der Anspruch des Rechts auf Anwendung und Befolgung in Fällen extrem ungerechten Rechts nicht haltbar ist und deshalb der Rechtsbegriff Kriterien moralischer Richtigkeit einschließen muss. Ein Konflikt beider Auffassungen setzt allerdings die Annahme voraus, dass nur ein einziger Rechtsbegriff möglich ist, eine Annahme, die durchaus zweifelhaft ist.

Eine allgemeine Definition des Rechts durch notwendige und hinreichende Bedingungen erscheint nicht möglich. Wie Recht definiert werden soll, hängt von der Art der Theorie ab, für die der Rechtsbegriff konzipiert wird. So ist für Theorien, die Recht als Grundlage für die Begründung juristischer Urteile verstehen, ein anderer Rechtsbegriff adäquat als für Theorien, die das Recht als in einer Gesellschaft existierende Ordnung beschreiben wollen.¹²³ In juristischen Begründungen geht es darum, wie gemäß rechtlicher Normen entschieden werden soll. Dies lässt sich nicht ohne weiteres mit der Feststellung beantworten, welche Normen in einer Gesellschaft tatsächlich als Recht angewandt werden. Unter der Annahme, dass juristische Entscheidungen gemäß dem Recht erfolgen sollen, erfordert die Beantwortung der Frage, wie rechtlich entschieden werden soll, einen normativen Rechtsbegriff, durch den die Normen bestimmt werden, nach denen juristische Entscheidungen getroffen werden sollen.

Das Prinzipienmodell des Rechts zielt darauf, Recht als Ergebnis juristischer Argumentation zu analysieren. Unter dieser Perspektive ist ein normativer Rechtsbegriff erforderlich, d.h. eine Definition des Rechts, der zufolge die rechtliche Geltung einer Norm ein Gebot der Anwendung und Befolgung dieser Norm durch die zuständigen Rechtsorgane impliziert. Zu untersuchen ist, welche Merkmale und Strukturen Recht sowie die Anwendung des Rechts entsprechend dem Prinzipienmodell aufweisen und welche theoretischen Aussagen sich über die Kriterien der Rechtsgeltung machen lassen. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet eine Beschreibung von Merkmalen des Rechts, die den Gegenstand theoretischer Analyse bestimmen.

123 Vgl. auch Alexy 1994 zur Unterscheidung von Teilnehmer- und Beobachterperspektive.

I. Die Konzeption des Rechts als normatives System

Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass es systemischen Charakter hat.¹²⁴ Es besteht nicht aus isolierten Normen, sondern aus einer Menge von Normen, die wiederum in bestimmten Relationen zueinander stehen. Ein Rechtssystem ist zudem normativ, d.h. es verlangt, dass die zu ihm gehörenden, rechtlich geltenden Normen von ihren Adressaten angewandt und befolgt werden sollen. Recht als normatives System ist also nicht nur eine strukturierte Menge von Normen, sondern versucht zu bestimmen, wie entschieden oder gehandelt werden soll. Dieser Anspruch auf normative Geltung ist wichtig, um Bedingungen rechtlicher Geltung und Strukturen der Begründung rechtlicher Geltung herauszuarbeiten.

Das Recht als normatives System lässt sich durch verschiedene Merkmale charakterisieren. Sie können zur Bildung eines Rechtsbegriffs dienen. Einige können als notwendige Merkmale des Rechts angesehen werden, jedenfalls nach dem Verständnis des Rechts, wie es sich in modernen Rechtssystemen entwickelt hat. Insgesamt können sie als hinreichend angesehen werden, um ein Normensystem als Rechtssystem zu qualifizieren. Jedenfalls handelt es sich um Merkmale, die im Prinzipienmodell des Rechts adäquat wiedergegeben werden müssen.

Die Grundidee lautet, dass Recht eine verbindliche normative Ordnung für das Zusammenleben der Menschen in einer Gesellschaft bildet. Dementsprechend enthält Recht ein System von Normen mit Anspruch auf Verbindlichkeit für einen nicht individuell bestimmten Adressatenkreis. Seine Ordnungsfunktion erfordert verschiedene weitere Merkmale. Recht ist

- institutionalisiert, d.h. eine Ordnung mit Organen zur Festsetzung von Normen und/oder Entscheidungen;
- objektiv, d.h. nicht nur die subjektive Auffassung eines einzelnen Individuums;
- autoritativ, d.h. die Geltung des Rechts ist jedenfalls teilweise das Ergebnis positiver Entscheidung und nicht seiner inhaltlichen Richtigkeit;
- verbunden mit dem Anspruch auf die Legitimität rechtlicher Autorität.

Andere Merkmale sind umstritten, etwa der Gerechtigkeitsbezug des Rechts, die Respektierung eines Mindestmaßes an Gerechtigkeit oder von Menschenrechten, oder die Zwangsbewehrtheit des Rechts. Das Prinzipienmodell kann helfen zu klären, ob und in welchem Sinne Recht als normative Ordnung diese Merkmale aufweist. Zunächst geht es um die unstrittigen Merkmale des Rechts.

1. Der Ordnungscharakter des Rechts

Der Charakter des Rechts als Ordnung impliziert, dass es sich um ein System von Normen handelt, das Verhalten reglementiert. Genauer lassen sich in einer Rechtsordnung verschiedene Systeme unterscheiden. Das Rechtssystem als Gesamtsystem weist eine zeitliche Dimension auf. Es ist ein System nicht nur aus Normen, sondern auch aus

¹²⁴ Dies wird insbesondere von Raz 1983 betont.

Prozeduren, deren Existenz und Beziehungen untereinander sich über Zeiträume hinweg erstrecken.

Recht bildet somit ein permanentes System. Im Gegensatz dazu kann das System aus zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechtsnormen als momentanes Rechtssystem¹²⁵ bezeichnet werden. Das Recht als permanentes System kann als Abfolge momentaner Rechtssysteme konstruiert werden. Allerdings enthalten Rechtssysteme prozedurale Elemente, die wegen ihrer zeitlichen Dauer in einem momentanen System keinen Platz finden. Das momentane System ist eine Konstruktion, die insbesondere dann praktisch relevant ist, wenn es um die Bestimmung der Rechtslage für einen zu entscheidenden Fall geht. Für diesen Zweck ist jedoch nicht die Ausarbeitung eines momentanen Systems gefordert, sondern nur die der sachlich einschlägigen Rechtsnormen. Insofern handelt es sich bei dem Begriff des Rechts als momentanes System um eine Konstruktion, die in erster Linie analytische Funktion hat, aber für komplexe Rechtssysteme nur punktuell oder in begrenzten Bereichen angewandt werden kann. Dennoch ist es wichtig, beide Konzeptionen des Rechts, die als permanentes und die als momentanes System, zur Verfügung zu haben.

Der systemische Charakter des Rechts schließt es nicht aus, auch einzelne in einem Rechtssystem geltende Normen als Recht zu bezeichnen. Als Recht wird insofern ein zu einem (momentanen) Rechtssystem gehörender normativer Inhalt bezeichnet.

Als normative Ordnung beansprucht Recht Verbindlichkeit gegenüber seinen Adressaten. Der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts impliziert, dass Rechtsnormen ein Gebot an ihre Adressaten enthalten, diese Norm anzuwenden oder zu befolgen. Es gelten also Regeln der Struktur

(1) $VAL_{RS} N \rightarrow VAL_{RS} O APP N$

(2) $VAL_{RS} N \rightarrow VAL_{RS} O FFM N.$

Anwendung (APP) heißt, die Konsequenzen der Norm für bestimmte Fälle festzulegen, Befolgung die Erfüllung (FFM) des von der Norm Verlangten. Anwendungsgebote richten sich dementsprechend an die zuständigen Rechtsanwendungsorgane, Befolgungsgebote an die direkten Adressaten der betreffenden Norm.¹²⁶ Diese Implikationen müssen auch in einer rein deskriptiven Theorie des Rechts wiedergegeben werden. Sie folgen aus der Normativität des Rechts. Daraus ergeben sich notwendige Inhalte von Rechtsordnungen sowie die Unmöglichkeit rechtlicher Regelungen, die in Widerspruch zu ihnen stehen. So kann eine Rechtsordnung nicht explizit eine ungerechte Regelung als geltendes Recht setzen. Mit einer solchen Regelung würde ein Grund gegeben, die betreffende Norm nicht zu befolgen. Da Recht aber seinem Normativitätsanspruch gemäß Befolgung fordert, würde die Rechtsordnung widersprüchlich. Ein Normwider-

125 Vgl. Raz 1983, 187, zur Unterscheidung von momentanen und nicht-momentanen Systemen.

126 Entsprechend lassen sich primäres und sekundäres Rechtssystem unterscheiden. Vgl. Alchourrón/Bulygin 1971, 15.

spruch führt dazu, dass keine gültige definitive Norm existiert. Daher können nicht explizit ungerechte Normen gesetzt werden. Generell gilt, dass keine Normen als geltendes Recht gesetzt werden können, die explizit den Voraussetzungen der Begründung verbindlicher Normen widersprechen.

Die Funktion des Rechts, eine verbindliche Ordnung für das Zusammenleben von Menschen in einer Gesellschaft zu bilden, schließt rein konsensuelle Regelungen vom Begriff des Rechts aus. Rein konsensuell meint, dass die Geltung einer Norm strikt von der Zustimmung ihrer Adressaten abhängt. Hingegen ist es ein Merkmal des Rechts, dass Rechtsnormen Geltung auch gegenüber Adressaten beanspruchen, die diese ablehnen. Daher ist der Adressatenkreis des Rechts nicht vorgegeben, sondern wird vom Recht selbst festgelegt.

2. *Recht als institutionalisierte Ordnung*

Die Konzeption des Rechts als Ordnung sieht dieses als ein zeitlich gestrecktes System aus Normen und Prozeduren. Dies erfordert irgendeine Form der Institutionalisierung des Rechts.¹²⁷ D.h. es muss Organe geben, die Prozeduren durchführen, und damit Regelungen darüber, wer diese Organe sind und welche Kompetenzen sie haben. Ferner bedarf es zumindest einiger Regelungen über die einzuhaltenden Verfahren. Diese Prozeduren können unterschiedlicher Art sein. Es kann um Rechtserzeugung, Rechtsanwendung oder Durchsetzung des Rechts gehen.

Entsprechend lassen sich in Rechtssystemen Geltungssystem, Anwendungssystem und Durchsetzungssystem unterscheiden. Zum Geltungssystem gehören diejenigen Normen, die für die Rechtsgeltung von Normen relevant sind, etwa die Einrichtung und Ermächtigung bestimmter Organe zu Rechtsetzungsakten sowie Regelungen des Verfahrens der Rechtsetzung. Hinzu kommen Prozeduren der Rechtssetzung oder Rechtserzeugung. Das Anwendungssystem bilden Normen, die Organe, Kompetenzen und Verfahren der Anwendung von Rechtsnormen auf bestimmte Fälle regeln, sowie die zu diesem Zweck durchzuführenden Prozeduren. Als Durchsetzungssystem schließlich sind diejenigen Normen und Prozeduren anzusehen, die die Erzwingung des Rechts zum Gegenstand haben.

Die Voraussetzung der Institutionalisierung des Rechts legt die Frage nahe, welche Teilsysteme oder Strukturen notwendig für das Vorliegen eines Rechtssystems sind. Dies führt jedoch auf Abgrenzungsprobleme, insbesondere im Fall primitiver Rechtsordnungen oder wenig entwickelter rechtlicher Systeme wie mancher Teile des internationalen Rechts, die möglicherweise nicht über Rechtssetzungsorgane und -verfahren, über eine institutionalisierte Rechtsanwendung oder formelle Verfahren der Rechtsdurchsetzung verfügen, oder bei denen das Vorliegen solcher Institutionen nicht leicht

127 Damit wird nicht eine "institutionelle Rechtslehre" vertreten, sondern lediglich Institutionalisierung als ein notwendiges Merkmal des Rechts angenommen. Zu institutionellen Rechtslehren Maurice Hauriou und Carl Schmitts Rowe 2003.

festzustellen ist. Für die Entwicklung des Prinzipienmodells des Rechts kommt es auf diese Fragen nicht an.

Es lässt sich allerdings aus dem Verbindlichkeitsanspruch des Rechts als normatives System ableiten, dass es prinzipiell geboten ist, die Anwendung und Befolgung des Rechts zu gewährleisten. Weil und soweit dies nicht freiwillig geschieht, lässt sich begründen, dass Rechtssysteme ein Gebot der effektiven Durchsetzung des Rechts und der Schaffung entsprechender Institutionen mit Befugnis zu auch zwangsweiser Durchsetzung des Rechts enthalten müssen.¹²⁸

3. *Objektivität des Rechts*

Objektivität des Rechts bedeutet, dass die rechtliche Geltung einer Norm mehr als nur ein subjektives normatives Urteil erfordert. Recht enthält normative Regelungen. Individuen können Auffassungen haben, welche Regelungen als Recht gelten oder gelten sollten. Jemand kann etwa der Ansicht sein, niemand dürfe durch seine Meinungsäußerungen die religiösen Gefühle anderer verletzen. Aber eine solche subjektive Auffassung eines Individuums genügt nicht, die von ihm als Recht angesehene Norm tatsächlich zu geltendem Recht zu machen. Recht ist nicht eine Privatangelegenheit, auch nicht der privaten Meinung von Richtern oder anderen Rechtsanwendungsorganen.

Die Unterscheidung von Aussagen über geltendes Recht zu subjektiven normativen Überzeugungen führt zu der Frage, was erforderlich ist, um Rechtsgeltung in einem objektiven Sinn zu begründen. Es kommen in Betracht

- (1) empirisch feststellbare Umstände, wie Gesetzgebungsakte und richterliche Urteile,
- (2) objektive Gültigkeit von Normen,
- (3) Verbindlichkeit im Sinne objektiv gerechtfertigter Behauptung der Verbindlichkeit von Normen,
- (4) der Richtigkeitsanspruch normativer Urteile.

Rein empirische Fakten genügen allerdings nicht, Rechtsgeltung in einem normativen Sinn zu begründen. Objektive Gültigkeit im Sinne rationaler Notwendigkeit, d.h. dass jeder vernünftig Urteilende eine Norm als gültig anerkennen muss, ist in einer Konzeption autonomer Normbegründung nur für wenige, aus Rationalitätsgrundsätzen ableitbare Normen möglich. Selbst die Anerkennung der Autorität des Rechts und der in ihm etablierten Verfahren der Rechtserzeugung bleibt eine Abwägungsfrage.

Die Begründung der Verbindlichkeit von Normen aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz stellt hingegen eine Variante dar, die möglich erscheint. Voraussetzung ist, dass weitgehend geteilte Rechtsüberzeugungen bestehen, die intersubjektiver Reflektion standhalten. Da vernünftige Konvergenz über die Geltung einer Norm es ausschließt, dass Alternativnormen verbindliche Geltung beanspruchen können, können konvergenzgestützte Normen im Bereich des Rechts zwar moralisch kritisiert werden. Es kann aber keine Alternativnorm als rechtlich gültig begründet werden, und es muss

128 Vgl. die Argumentation in BVerfGE 116, 24 - Rücknahme der Einbürgerung, mit dem Prinzip der Verteidigung des Rechts.

akzeptiert werden, dass die Befürworter dieser Norm diese als verbindlich behaupten.¹²⁹ Vernünftige Konvergenz über Normen eines Rechtssystems begründet in diesem Sinne deren objektive rechtliche Geltung.

Es wird jedoch Fälle geben, in denen keine vernünftige Konvergenz der Rechtsauffassungen gegeben ist. Dann bleibt lediglich der normative Richtigkeitsanspruch autonomer Urteile als Differenz zu rein subjektiven Auffassungen. Dieser setzt voraus, dass das normative Urteil durch rechtlich gültige Prinzipien gefordert ist. Ferner muss das normative Urteil, insofern es auf allgemeine Verbindlichkeit zielt, das Ergebnis intersubjektiver Reflektion sein. Daraus folgt, dass eine Form von Objektivität gegeben ist, wenn intersubjektiv reflektierte Urteile aufgrund der Abwägung anerkannter rechtlicher Prinzipien einer Norm definitive Geltung zuschreiben.

Vertritt etwa jemand die Auffassung, die Abwägung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit führe zu einem definitiven Verbot, Fotos von Prominenten ohne deren Zustimmung zu veröffentlichen, weil kein gewichtiges legitimes Interesse an solchen Fotoveröffentlichungen bestehe, muss dieses Urteil als durch das vorrangige Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes und somit verfassungsrechtlich geboten vertreten werden, auch wenn es sich lediglich um eine vereinzelte, individuelle Rechtsauffassung handelt.

Es ist allerdings fraglich, ob solche Urteile als Aussagen über geltendes Recht verstanden werden können. Denn als individuelle Rechtsauffassung können sie keine Verbindlichkeit beanspruchen. Die Aussage der rechtlichen Geltung einer Norm müsste aber diesen Anspruch erheben. Es sind zu unterscheiden:

- (1) Rechtliche Urteile, dass eine Norm als geltendes Recht anerkannt werden soll.
- (2) Rechtliche Aussagen, dass eine Norm geltendes Recht ist.

Bei beiden geht es um Geltung im normativen Sinn, nicht um Beschreibung des tatsächlich geltenden Rechts. Eine rechtliche Aussage der Geltung einer Norm stellt sich als Erfüllung der in einem entsprechenden rechtlichen Urteil enthaltenen Forderung dar, die rechtliche Geltung dieser Norm anzuerkennen. Dennoch ist der Übergang nicht ohne weiteres möglich, sondern erst dann, wenn der mit der Rechtsgeltung verbundene Anspruch auf Verbindlichkeit gerechtfertigt werden kann.

Andererseits müssen Rechtsanwendungsorgane, wenn keine allgemein anerkannte Rechtsauffassung besteht, aufgrund einer lediglich individuellen Rechtsauffassung entscheiden. Sie behaupten dann die Rechtsgeltung einer Norm, die nach ihrer Überzeugung geboten, aber nicht bereits unabhängig von ihrem Urteil festzustellen ist. Jedoch haben sie einerseits die Verpflichtung, andererseits die Kompetenz zu einer solchen Feststellung im Hinblick auf den von ihnen zu entscheidenden Fall. Rechtsanwendung kann daher rechtliche Aussagen erfordern, die die sich lediglich auf individuelle normative Rechtsauffassungen stützen.

¹²⁹ S.o., § 4, IV.

Als methodische Anforderung folgt aus dem objektiven Charakter des Rechts, dass rechtliche Urteile sich um objektive Begründung bemühen müssen, zumindest auf ein rechtlich anerkanntes Prinzip gestützt sein müssen oder auf nicht-positivrechtliche Gründe, deren Verbindlichkeit objektiv gerechtfertigt werden kann. Die Forderung, rechtliche Urteile soweit wie möglich objektiv zu begründen und den Rekurs auf bloße individuelle Überzeugungen zu vermeiden, erfordert die Auseinandersetzung mit der herrschenden Rechtspraxis, den Lehren der Rechtswissenschaft sowie auch den in der Gesellschaft vorhandenen Rechtsauffassungen.

Allerdings können die Begründungsanforderungen positivrechtlich geregelt werden. So kann Gerichten die Kompetenz zugewiesen werden, ohne Rücksicht auf andere im Rechtssystem vertretene Rechtsauffassungen zu entscheiden. Dafür mag es sogar Gründe geben, da unterstellt werden kann, dass Richter für die Aufgabe der Rechtsprechung am besten qualifiziert sind und eine Orientierung an in der Gesellschaft herrschenden Rechtsvorstellungen eher schädlich wäre. Es ist jedenfalls nicht notwendig der Fall, dass Gerichte verpflichtet sind, die Rechtsauffassungen anderer Institutionen oder Personen zu berücksichtigen, geschweige denn, ihnen zu folgen. Auch bei subjektiven Rechtsüberzeugungen bleibt allerdings als letztes Element von Objektivität der Anspruch, die geltenden Rechtsprinzipien anzuwenden und nach den im konkreten Fall stärkeren rechtlichen Argumenten zu entscheiden.

4. *Autoritativer Charakter des Rechts*

Autoritative Begründung der Rechtsgeltung einer Norm erfolgt nicht aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit, sondern aufgrund eines Normsetzungsakts.¹³⁰ Der autoritative Charakter des Rechts bedeutet, dass zumindest einige Rechtsnormen autoritativ begründet sind. Wäre dies nicht der Fall, bestünde kein Unterschied zwischen dem Rechtssystem und einem System reiner Moral. Andererseits erfordert der autoritative Charakter des Rechts nicht notwendig, dass sämtliche Rechtsnormen autoritativ begründet sind.

Die autoritative Begründung einer Norm ist von ihrem objektiven Charakter zu unterscheiden. Es kann eine objektive, aber nicht autoritative Geltungsbegründung geben. Besteht vernünftige Konvergenz über die rechtliche Geltung einer Norm, gilt sie objektiv. Da die Geltungsbegründung auf die Überzeugung ihrer Richtigkeit gestützt ist, gilt die betreffende Norm aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit. Einwände gegen ihre Geltung können nur aus inhaltlichen Gründen zurückgewiesen, nicht, wie im Fall autoritativer Geltung, mit dem Verweis auf die Tatsache ihrer autoritativen Anerkennung.

Umgekehrt erlaubt eine autoritative Normbegründung Rechtsetzung aufgrund subjektiver normativer Überzeugungen. Der objektive Charakter des Rechts wird in diesem Fall durch die Existenz der Kompetenz zur Rechtsetzung begründet. Allerdings unterliegen auch subjektive autoritative Rechtsetzungen der Bedingung, dass sie Legitimität beanspruchen müssen.

130 Vgl. auch Raz 1986, 35, der Autorität als "inhaltsunabhängigen" Grund bezeichnet.

5. *Legitimitätsanspruch*

Legitimität des Rechts setzt voraus, dass seine Anwendung und u.U. zwangsweise Durchsetzung gerechtfertigt ist,¹³¹ also von allen vernünftig Urteilenden zwar nicht unbedingt für richtig, aber jedenfalls für rechtfertigbar gehalten werden muss. Der Anspruch des Rechts auf Legitimität besagt dementsprechend, dass der mit der Rechtsgeltung verbundene Verbindlichkeitsanspruch gerechtfertigt ist. Rechtfertigung verlangt, dass es Gründe gibt, die es zumindest erlauben, den Anspruch auf Verbindlichkeit zu erheben. Diese Gründe müssen die Struktur von normativen Argumenten haben, also der Struktur nach Geltungsgebote enthalten. Sie sind gegen kollidierende Argumente abzuwägen. Es ist nicht notwendig, dass für diese Abwägung nur ein einziges Ergebnis als richtig anzusehen ist. Es genügt, dass der Verbindlichkeitsanspruch verteidigt werden kann, also vertretbar ist. Daraus ergeben sich Konsequenzen für die Theorie der Rechtsgeltung. Kriterien der Rechtsgeltung müssen derart sein, dass der mit ihnen verbundene Verbindlichkeitsanspruch zumindest verteidigt werden kann. Sie müssen folgende Legitimitätsbedingung erfüllen:

- (L) Wenn in einem Rechtssystem RS ein Geltungskriterium CV gilt, dann gilt definitiv, dass es erlaubt ist, dieses Kriterium in dem Rechtssystem RS anzuwenden.

$$\text{VAL}_{\text{RS}}(\text{CV}) \rightarrow \text{VAL}_{\text{DEF}} \text{P APP}_{\text{RS}} \text{CV}.$$

Es ist nicht notwendig, dass dieser Anspruch auf Verbindlichkeit objektiv gerechtfertigt ist. Es kann sein, dass Rechtssysteme Verbindlichkeit für Normen beanspruchen, die tatsächlich nicht befolgt werden sollten. Dennoch ist es ein notwendiges Merkmal von Rechtssystemen zu beanspruchen, dass die in ihm enthaltenen Normen nicht willkürlich sind. Wenn vom Standpunkt eines Systems selbst anzunehmen ist, dass kein hinreichender Grund für die Anerkennung der Geltung seiner Normen existiert, kann nicht ernsthaft ein Verbindlichkeitsanspruch für diese Normen erhoben werden. Ohne Anspruch auf Verbindlichkeit kann ein solches System aber nicht als eine Rechtsordnung angesehen werden, die darauf zielt, das Zusammenleben einer Gesellschaft zu regeln.

6. *Eine Definition des Rechtssystems*

Die genannten Bedingungen sind als notwendige Merkmale des Rechts anzusehen. Zusammen können sie als hinreichend für das Vorliegen eines Rechtssystems angesehen werden. Es sind keine Fälle von Normensystemen ersichtlich, die diese Merkmale erfüllen, aber nicht als Recht einzuordnen sind, oder zumindest so eingeordnet werden können. Es erscheint demnach folgende Definition adäquat:

131 Vgl. auch Dworkin 1986, 190.

(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.

Rechtssystems 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:

(RG_i) 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 positivrechtlich 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 könnten 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 Gewichtungsregeln 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.

1. Exklusionäre Gründe

Der Ausschluss eigenen Urteilens durch autoritative Entscheidungen ist die Konstruktion von Autorität, die *Joseph Raz* mit der Konzeption exklusionärer Gründe vorgeschlagen hat.¹⁵³ Die Rechtfertigung solcher Autorität ergibt sich *Raz* zufolge im Normalfall daraus, dass die Autorität besser in der Lage ist, über eine bestimmte Frage zu entscheiden, als diejenigen, die an die autoritative Entscheidung gebunden sein sollen.¹⁵⁴ Allerdings sind andere Rechtfertigungen von Autorität möglich. Die Begründung der Autorität des Rechts kann sich *Raz* zufolge nicht allein auf die normale Rechtfertigung stützen.

Die *Raz'sche* Konzeption exklusionärer Gründe erscheint problematisch, weil zu einer rationalen Entscheidung gehört, alle relevanten Argumente in die Überlegung einzubeziehen.¹⁵⁵ Es können also nicht bestimmte Argumente aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, eine autoritative Entscheidung wegen ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit in Frage zu stellen und sie nicht nur zu kritisieren, sondern ihr die Verbindlichkeit abzusprechen. Ob eine autoritative Entscheidung Verbindlichkeit beanspruchen kann, hängt davon ab, ob die sie stützenden Gründe hinreichend gewichtig sind, um die materiellen Einwände zu überwiegen. Dabei kann durchaus berücksichtigt werden, dass solche Abwägungen nicht in jedem Einzelfall stattfinden sollten, sondern eine generalisierende Betrachtung der Rechtfertigung einer Autorität sinnvoll ist, damit diese ihre ordnende Funktion erfüllen kann. Zu einem Ausschluss des Handelns nach eigener Abwägung kommt es demnach nur dann, wenn sich eine fremde Autorität definitiv rechtfertigen lässt.

Es ist demnach zu unterscheiden zwischen der Ebene der Prinzipien und der definitiver Normen. Auf der Prinzipienebene erfolgt die Begründung von Autorität durch formelle Prinzipien, die neben anderen in Abwägungen zu berücksichtigen sind. Erst auf der Ebene definitiver Normen kann die Existenz autoritativer Entscheidungsbefugnisse das Handeln nach eigenem Urteil ausschließen. Allerdings ist für autoritative Systeme die Existenz exklusionärer Prinzipien charakteristisch, die fordern, auf eigene Abwägung zu verzichten und einer vorgegebenen Entscheidung zu folgen. Solche Prinzipien können definitiv gültige Normen jedoch erst aufgrund einer Abwägung begründen, also eine Abwägung gerade nicht ausschließen.

Gleichwohl führen sie zu einer spezifischen Struktur der Abwägung in autoritativen Systemen. Sind formelle exklusionäre Prinzipien im Spiel, geht es zunächst um die Frage, wer eine Abwägung durchführen soll. Einfache formelle Prinzipien sind hingegen in der Abwägung in der Sachfrage zu berücksichtigen. Sie kommen neben materiellen Prinzipien zur Anwendung.

153 Raz 1979; 17, 22f.; 1986, 37.

154 Raz 1986, 38ff., 53.

155 Zur Kritik an Raz Seoane/Rivas 2005, 145ff. (Seoane); 209ff., 231ff. (Rivas); Bayón 1991, 496ff.

2. Formelle Prinzipien

Die Grundlage der Geltung autoritativer Entscheidungen im Prinzipienmodell sind formelle Prinzipien. Formelle Prinzipien begründen die Verbindlichkeit bestimmter Entscheidungen unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit.¹⁵⁶ Ihrem Inhalt nach fordern sie die Beachtung bestimmter Entscheidungen und damit der in diesen festgesetzten Normen. Diese Forderung gilt allerdings prinzipiell, ist also abwägungsfähig. Da sie ferner unabhängig von materiellen Bedingungen ist, ergibt sich als Funktion formeller Prinzipien, dass sie jedenfalls prinzipiell die Geltung der in diesen Entscheidungen bestimmten Normen unabhängig von ihrem Inhalt begründen.

So kann ein Gesetz eine Regelung mit dem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe treffen, aufgrund der Abwägung von Berufsfreiheit und dem Ziel der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und sonstiger Rechtsverletzungen. Der Grund für die Geltung der Regelung ist nicht die inhaltliche Richtigkeit dieser Regelung, sondern die Kompetenz des Gesetzgebers, eine solche Regelung zu erlassen. Jedes vom Gesetzgeber formell ordnungsgemäß erlassene und mit definitiven verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbare Gesetz ist verbindlich für die Rechtsanwendungsorgane des Rechtssystems. Die Geltung des Gesetzes hängt nicht davon ab, dass die Entscheidung des Gesetzgebers inhaltlich richtig. Seine Entscheidungen können daher nicht einfach dadurch in Zweifel gezogen werden, dass ein Gericht oder jemand anderes bei Abwägung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Prinzipien zu einem abweichenden Urteil kommt.

Sieht man von dem Bezug auf Entscheidungen ab, lassen sich formelle Prinzipien schlicht als Kriterien rechtlicher Geltung mit prinzipiellem Charakter formulieren. Die Bindung an Normsetzungsentscheidungen impliziert, dass die betreffende Norm als gültig behandelt werden soll.

2.1. Grundstruktur

Die Idee formeller Prinzipien ist demnach, dass im Prinzipienmodell nicht nur substantielle Normen abwägungsfähig sind, sondern auch die Kriterien positivrechtlicher Geltung als Prinzipien aufgefasst werden. Ihre Grundstruktur lässt sich wie folgt darstellen:

$$\dots O(\text{POS}(N) \rightarrow \text{VAL}_{\text{DEF}}(N)).$$

Dabei bedeutet:

POS(N): Norm N ist Ergebnis eines Rechtserzeugungsverfahrens.

¹⁵⁶ Zum Begriff formeller Prinzipien Alexy 1985; Sieckmann 1990; Raabe 1998, Afonso da Silva 2003.

Die Möglichkeit exklusionärer Gründe erfordert weiterhin die Unterscheidung zwischen einfachen und exklusionären formellen Prinzipien. Einfache Prinzipien stellen lediglich in einer Abwägung zu berücksichtigende Forderungen dar. Exklusionäre formelle Prinzipien enthalten die Forderung, eine Entscheidung nicht einer Abwägung zu unterwerfen, enthalten also prinzipielle Abwägungsverbote. Die Geltung der Norm, die in dieser Weise gesetzt ist, soll von Abwägungen unabhängig sein. Definiert man strikte Geltung (VAL_{STR}) einer Norm als abwägungsunabhängige Geltung, dann lassen sich exklusionäre formelle Prinzipien notieren als:

$$\dots O(POS(N) \rightarrow VAL_{STR}(N)).$$

Exklusionäre formelle Prinzipien führen zu einer strukturierten Abwägung, bei der auf einer ersten Stufe zu prüfen ist, ob eine Abwägung zur Sachfrage stattfinden darf. Setzt sich das exklusionäre Prinzip durch, ist eine Abwägung definitiv verboten. Die durch dieses Prinzip geforderte Norm gilt strikt, ohne einer Abwägung unterworfen zu sein. Erhalten hingegen auf erster Stufe kollidierende Prinzipien den Vorrang, muss die Geltung der Norm durch eine Abwägung der sachlich relevanten Prinzipien begründet werden. Die Abwägung kann die Norm bestätigen, aber auch zu einem anderen Ergebnis führen. Die Funktion exklusionärer formeller Prinzipien ist somit, positivrechtlich festgesetzte Normen prinzipiell gegen erneute Abwägung zu schützen.

Dies führt zur Unterscheidung von stark und schwach autoritativen Entscheidungen. Autoritative Entscheidungen im starken Sinn sind durch exklusionäre formelle Prinzipien geschützt. Beispiele sind gesetzliche Regelungen oder Gerichtsentscheidungen in einem System mit Präjudizienbindung - vorausgesetzt, dass die Gesetzes- oder Präjudizienbindung selbst nicht strikt gilt, sondern abwägungsfähig ist. Lediglich schwach autoritative Entscheidungen sind hingegen nur durch einfache formelle Prinzipien gestützt. Sie verlangen lediglich, dass das Ergebnis einer vorherigen Abwägung als ein Argument in einer erneuten Abwägung zu berücksichtigen ist. Dies ist etwa bei der Begründung einer Präjudizienbindung mit Gleichheits- oder Vertrauensschutzargumenten der Fall.

2.2. Die Begründung formeller Prinzipien

Welches sind die formellen Prinzipien, die die Autorität des Rechts oder die einzelner Rechtsorgane, wie des Gesetzgebers, begründen? Es lassen sich zwei Legitimationsansätze unterscheiden. Zunächst lässt sich begründen, dass es überhaupt eine Rechtsordnung geben muss, etwa zur Gewaltvermeidung und Sicherung elementarer Interessen und Güter der Menschen. Dieser Ansatz rechtfertigt die Existenz irgendeiner Autorität, die die Funktion der Friedenssicherung und Ordnungsbildung erfüllt. Der zweite Ansatz ist der demokratischer Legitimation. Die Legitimation erfolgt, weil bestimmte Entscheidung als Akt politischer Selbstbestimmung angesehen wird. Mit diesem Ansatz wird die

Autorität eines demokratischen Gesetzgebers sowie mittelbar der von ihm eingesetzten Organe begründet.

Eine weitere Frage ist, ob es intrinsische formelle Prinzipien gibt oder ob formelle Prinzipien nur aus materiellen Prinzipien abgeleitet sein können und damit nicht Prinzipien im engeren Sinne sein können, d.h. intrinsisch gültige Prinzipien. Bei den die Autorität des Rechts begründenden Prinzipien ist stets auch eine inhaltliche Begründung gegeben, sei es Friedenssicherung oder die Eigenschaft der Selbstbestimmung. In jedem Fall gibt es eine instrumentelle Rechtfertigung der Autorität in Form eines materiellen Zwecks oder Prinzips, dem deren Existenz dient.

2.3. Formelle Prinzipien und Gesetzesbindung

Man könnte Zweifeln, ob es im Fall von Gesetzen korrekt ist, von einer Geltungsbegründung durch ein formelles Prinzip zu sprechen. Als Prinzip stellte dies einen Grund für Abwägungen dar. Bei der Bindung an Gesetze könnte es sich hingegen um ein striktes, nicht abwägungsfähiges Gebot handeln. Jedoch kann eine strikte Bindung erst anerkannt werden, wenn keine Einwände gegen sie bestehen oder sie aufgrund der Abwägung formeller Prinzipien begründet wird.

Die Möglichkeit, dass die Verbindlichkeit eines Gesetzes bestritten wird, kann im Verfassungsstaat nicht vernachlässigt werden. Ein Gesetz würde nur dann strikt gelten, wenn bei Erfüllung sämtlicher formeller Anforderungen sowie Einhaltung definitiver verfassungsrechtlicher Vorgaben das Gesetz stets verbindlich wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn gefordert wird, dass die gesetzliche Regelung auch angemessen oder verhältnismäßig i.e.S. sein muss. Man könnte einwenden, die Verhältnismäßigkeit i.e.S. gehöre zu den definitiven verfassungsrechtlichen Vorgaben, so dass die Voraussetzung der Einhaltung definitiver verfassungsrechtlicher Vorgaben in diesem Fall nicht gegeben sei. Richtig ist, dass die Forderung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. definitive verfassungsrechtliche Geltung besitzt. Sie ist jedoch mit verschiedenen Abwägungsergebnissen vereinbar. Erst aufgrund eines Abwägungsurteils im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt sich, ob die Regelung als verfassungsgemäß oder verfassungswidrig gilt.

Daraus ergibt sich die Möglichkeit, dass ein sämtlichen formellen und definitiven materiellen Vorgaben entsprechendes Gesetz gleichwohl als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig angesehen wird. Also kollidiert eine solche Beurteilung mit der - zumindest impliziten - Einschätzung des Gesetzgebers, der seine Regelung offenbar für verfassungsgemäß hält, jedenfalls offiziell für verfassungsmäßig halten muss.¹⁵⁷ Diese Kollision muss entweder im Sinne des Vorrangs der Beurteilung des Gesetzgebers oder der abweichenden Beurteilung des Rechtsanwenders entschieden werden. In der Regel wird man einen Vorrang der Einschätzung des Gesetzgebers annehmen, jedoch kommt

157 Sollte es an dieser Einschätzung des Gesetzgebers fehlen, liegt allerdings keine Kollision vor. Damit fehlt jedoch ein Grund für den Rechtsanwender, sein eigenes Urteil zugunsten der Einschätzung des

es auf das Ergebnis hier nicht an. Das Vorliegen einer Kollision macht eine Abwägung notwendig, und dies zeigt, dass die Bindung an das Gesetz zunächst nur prinzipiellen Charakter hat. Erst die Vorrangfestsetzung begründet eine definitive Gesetzesbindung.¹⁵⁸

Die Stärke der Gesetzesbindung kann bis hin zu einer praktisch strikten Geltung variieren, je nachdem, welches Maß an Legitimität die gesetzgeberische Entscheidung beanspruchen kann. In einem demokratischen und gewaltenteiligen System werden Gerichte grundsätzlich Entscheidungen des Gesetzgebers respektieren müssen, wenn diese formell und methodisch korrekt sind und nicht definitiven Verfassungsnormen widersprechen und die Divergenz sich lediglich aufgrund einer anderen Gewichtung kollidierender Prinzipien im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. ergibt.

Durch formelle Prinzipien lassen sich somit autoritative Strukturen im Rechtssystem rational rekonstruieren und sowohl Einwänden mangelnder Rationalität gesetzten Rechts als auch mangelnder Stabilität von Rechtsprinzipien Rechnung tragen. Das Prinzipienmodell ist daher durchaus damit vereinbar, dass Rechtssysteme Regeln enthalten, die nicht ständig in Abwägungen neu zu rechtfertigen sind. Es schließt allerdings aus, Rechtsnormen in ihrer Geltung gegen Abwägungen zu immunisieren und sie damit der Notwendigkeit einer rationalen Rechtfertigung zu entziehen.

2.4. Der Vorrang der Verfassung

Formelle Prinzipien beziehen sich stets auf bereits getroffene Entscheidungen, sei es über Vorrangbeziehungen, über die abstrakten Gewichte von Prinzipien oder die Geltung von Prinzipien. Stets ist die Existenz irgendeiner Festsetzung notwendig. Daraus ergibt sich ein Problem bei der Abwägung verfassungsrechtlicher mit nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien. Bedeutet die positivrechtliche Anerkennung eines Prinzips nicht zugleich eine Gewichtung oder Vorrangfestsetzung, begründet der verfassungsrechtliche Charakter eines Prinzips nicht notwendig einen absoluten Vorrang dieses Prinzips gegenüber nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien. Es kann also zu Kollisionen verfassungsrechtlicher mit nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien kommen, z.B. hinsichtlich Wirtschaftsfreiheit und Verbraucherschutz oder, nach der früheren Fassung des Grundgesetzes, zwischen Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz im Fall von Tierversuchen. Auf materieller Ebene kommt dem verfassungsrechtlichen Prinzip in einer solchen Kollision nicht automatisch Vorrang zu, sondern der Vorrang ist nach dem Gewicht der kollidierenden Prinzipien im konkreten Fall zu entscheiden. Der Verfassungscharakter eines Prinzips könnte diese Entscheidung nur beeinflussen, wenn die Verfassung tatsächlich eine Festsetzung hinsichtlich des Vorrangs enthielte, was jedoch - in der Regel - nicht der Fall ist.

Gesetzgebers zurückzustellen. In diesem Fall liegt erst recht keine definitive Geltung des Gesetzes vor.

158 Das Prinzipienmodell schließt also keineswegs eine definitive Gesetzesbindung aus. Diese muss allerdings aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden.

Der Verfassungscharakter eines Prinzips könnte allerdings als exklusionäres formelles Prinzip interpretiert werden, in dem Sinne, dass eine Abwägung nur mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien zulässig ist. Dies ist jedoch nur haltbar, wenn die Verfassung alle wichtigen Prinzipien enthält oder jedenfalls alle für wichtig gehaltenen Prinzipien in sie hinein interpretiert werden. Andernfalls würde es zu Schieflagen bei der Verfassungsinterpretation kommen, weil wichtige, aber nicht verfassungsrechtlich anerkannte Belange in der Kollision mit Verfassungsprinzipien vollständig verdrängt würden. Dies wird zu einem gravierenden Problem, wenn der Anwendungsbereich von Verfassungsprinzipien extensiv interpretiert wird und diese zudem teleologisch verstanden werden, so dass alles, was das Verfassungsprinzip fördert, prinzipiell geboten ist.

Die Annahme, Verfassungsprinzipien dürften nur mit Verfassungsprinzipien abgewogen werden, ist daher zweifelhaft. Der Vorrang der Verfassung kann sich nur auf in der Verfassung enthaltene Festsetzungen beziehen, also auf Geltung (im Sinne der Bestimmung der für die Abwägung relevanten Prinzipien), Gewichtung und Vorrang von Prinzipien. Innerhalb einer erst noch durchzuführenden Abwägung ist der Verfassungsrang eines der kollidierenden Prinzipien hingegen ohne Belang. Es kommt allein darauf an, dass die kollidierenden Prinzipien sämtlich in der Abwägung zu berücksichtigen sind.

Dies führt zu einer Abweichung vom herkömmlichen Verständnis des Vorrangs der Verfassung. Wird die Verfassung als Prinzipienmodell interpretiert, dann erscheint es notwendig, den Vorrang der Verfassung nur auf in der Verfassung getroffene Festsetzungen zu beziehen, aber nicht innerhalb von Abwägungen einen Vorrang verfassungsrechtlicher vor nicht verfassungsrechtlichen Prinzipien anzunehmen. Ferner erscheint es nicht sinnvoll, die Menge abwägungsrelevanter Prinzipien auf Verfassungsprinzipien zu beschränken. Rechtsprinzipien sind in verfassungsrechtlichen Fragen relevant, auch wenn sie nicht explizit als Verfassungsprinzipien deklariert sind. Die Verfassung ist somit als offen gegenüber materiell begründeten Rechtsprinzipien anzusehen. Erst wenn die Verfassung Prinzipien ausschließt, dürfen diese nicht in Abwägungen mit verfassungsrechtlichen Prinzipien verwendet werden.¹⁵⁹

Die Bedeutung des Vorrangs der Verfassung innerhalb des reinen Prinzipienmodells (also nicht in Bezug auf in der Verfassung enthaltene Festsetzungen) verändert sich damit zu einem Vorrang der Entscheidung der Verfassungsgerichte vor den Entscheidungen anderer Organe, soweit Verfassungsprinzipien involviert sind. Diese Konsequenz ist allerdings problematisch. Sie macht es notwendig, eine Theorie richterlicher Kontrollkompetenzen zu entwickeln.¹⁶⁰

159 Dies entspricht dem Verhältnis von positivem Recht zu Prinzipien der Moral. Letztere können in rechtlichen Entscheidungen angewandt werden, solange ihre Berücksichtigung nicht legitimerweise vom positiven Recht ausgeschlossen wird.

160 Dazu s.u., § 8.

IV. *Intrasystemische und intersystemische Relationen im Recht*

Die Struktur des Prinzipienmodells hat Konsequenzen für die innerhalb und zwischen Rechtssystemen zu findenden Strukturen. Zentrale Punkte sind die Beziehungen zwischen Teilsystemen innerhalb einer Rechtsordnung sowie die Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssystemen. Als verschiedene Rechtssysteme sind dabei nicht nur verschiedene Rechtsordnungen, sondern auch unterschiedliche Interpretationen des Rechts verschiedener Rechtsanwendungsorgane zu behandeln.

1. *Relationen zwischen Teilsystemen des Rechts*

Das Prinzipienmodell konzipiert das Recht als System aus Abwägungsprozeduren mit den in ihnen zu berücksichtigenden Abwägungsgründen und -ergebnissen, die in verschiedener Weise aufeinander bezogen sind. Prozeduren können an die Ergebnisse anderer Prozeduren mehr oder weniger strikt gebunden sein oder aber frei sein, die Ergebnisse anderer Prozeduren zu berücksichtigen.

Den Standardfall der Bindung an andere Prozeduren bildet der Stufenbau der Rechtsordnung, der im Kern eine Rangordnung zwischen Verfassung, Parlamentsgesetzen und Verordnungen herstellt. Die Verfassung geht den Parlamentsgesetzen vor, die parlamentarische Gesetzgebung ist also an die Ergebnisse des Prozesses der Verfassungsgebung gebunden. Parlamentsgesetze wiederum gehen den von der Exekutive erlassenen Verordnungen vor, die Exekutive ist also beim Erlass der Verordnungen an die Ergebnisse der parlamentarischen Gesetzgebung gebunden. Es besteht somit eine Hierarchie zwischen verschiedenen Rechtserzeugungsprozeduren sowie den Ergebnissen dieser Prozeduren. Für die Frage der Rangordnung ist es dabei ohne Bedeutung, dass die Ermächtigung zur Gesetzgebung durch eine Norm der jeweils höheren Stufe erteilt worden ist, also die Verfassung das Parlament und Parlamentsgesetze die Exekutive zur Normsetzung ermächtigen und damit Derogationszusammenhang und Delegationszusammenhang zusammenfallen. Die Struktur der Rangordnung wäre die gleiche, wenn etwa die Ermächtigung zur Verordnungsgebung direkt auf die Verfassung oder auf natürliche Autonomierechte gestützt würde.

Im Standardmodell einer staatlichen Rechtsordnung wird angenommen, dass die Normen der jeweils höheren Stufe strikten Vorrang gegenüber den Normen einer niedrigeren Stufe haben. Im Prinzipienmodell ist diese Annahme nicht notwendig. Die Bindung an Normen einer Prozedur höherer Stufe kann prinzipieller Natur und damit abwägungsfähig sein. Es ist theoretisch denkbar, dass eine Rechtsordnung etwa Verfassungsmodifikationen durch einfache Gesetze - unter bestimmten Bedingungen - zulässt.¹⁶¹ Tatsächlich dürfte es in der Rechtspraxis durchaus vorkommen, dass einfache Gesetzgebung zu einer Modifikation geltenden Verfassungsrechts führt. Dieses Phäno-

161 Dies ist nicht nur eine theoretische Möglichkeit. Sieht man das Common Law als Verfassung an, kann diese durch einfache Parlamentsgesetze verändert werden.

men steht in Widerspruch zum Standardmodell einer hierarchischen Rechtsordnung, lässt sich jedoch im Prinzipienmodell ohne Probleme erfassen.

Dies darf allerdings nicht in dem Sinne verstanden werden, dass im Prinzipienmodell überhaupt keine feste Rangordnung zwischen Normen verschiedener Stufen möglich ist. In einer konkreten Rechtsordnung kann - jedenfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt - durchaus eine strikte Rangordnung verschiedener Rechtsquellen bestehen. Es lässt sich allerdings nicht allgemein, also auf der Ebene des Rechtsbegriffs oder einer allgemeinen Theorie des Rechts, ausschließen, dass eine Rechtsordnung "weiche", abwägungsfähige Rangordnungen enthält. Der Struktur nach entspricht das Problem dem im Verhältnis von positivem Recht und Moralgrundsätzen. In Fällen extrem ungerechten Rechts kann der Verbindlichkeitsanspruch des positiven Rechts zu verneinen sein. Dies schließt hingegen nicht aus, dass das positive Recht in der Regel Vorrang vor Prinzipien der Moral hat, und dass in einer bestimmten Rechtsordnung ein unbedingter, für alle Anwendungsfälle geltender Vorrang des positiven Rechts gegenüber Moralprinzipien besteht. Letzteres ist etwa dann anzunehmen, wenn ein Rechtssystem praktisch sämtliche wichtigen Prinzipien der politischen Moral inkorporiert hat, so dass ein extremer Widerspruch zwischen dem positiven Recht und Anforderungen der Moral ausgeschlossen werden kann.

2. *Relationen zwischen Rechtssystemen*

Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssystemen können in verschiedener Weise bestehen. Eine Grundbeziehung im Prinzipienmodell ist die Existenz von Forderungen eines Rechtssystems, dass in einem anderen System eine bestimmte Norm gelten soll. Andere Beziehungen sind die der unmittelbaren Geltungsbegründung sowie der Regelung von Konflikten zwischen Rechtssystemen.

2.1. *Intersystemische Forderungen*

Im Prinzipienmodell ist die Grundform von normativen Beziehungen die von Forderungen, dass bestimmte Normen gelten sollen oder als gültig anerkannt werden sollen. Dies ergibt sich aus der Struktur normativer Argumente, die die Basis des Prinzipienmodells bilden.

Ein Beispiel für Forderungen eines Rechtssystems an ein anderes sind EG-Richtlinien, die die Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen haben. Die nationale Gesetzgebung ist somit an das EG-Recht gebunden. Es gilt eine Norm des EG-Rechts, die den nationalen Gesetzgebern gebietet, eine Norm entsprechenden Inhalts zu erlassen. Formal lässt sich dies folgendermaßen darstellen:

$$\text{VAL}_{\text{EC}} \text{ O ENACT}(\text{N}, \text{LEG}_{\text{NAT}}).$$

Mit der Anerkennung dieses Gebot im Recht eines Mitgliedstaats gilt eine entsprechende Norm in diesem System:

$$\text{VAL}_{\text{NAT}} \text{ O ENACT}(\text{N}, \text{LEG}_{\text{NAT}}).$$

Sollte das nationale Recht keine derartige Norm enthalten, läge ein latenter Konflikt zwischen beiden Systemen vor, da der nationale Gesetzgeber nach nationalem Recht frei wäre, der Richtlinie zu folgen.

2.2. Validierung und Inkorporation

Eine zweite Konstellation ist die Geltungsbegründung von Normen in einem System durch ein anderes System. Dabei sind verschiedene Relationen zwischen Rechtssystemen hinsichtlich der Begründung der Geltung von Normen zu unterscheiden. Auf der einen Seite gibt es Fälle der Begründung der Geltung einer Norm (Validierung). Auf der anderen Seite ist die Inkorporation einer Norm von der Validierung einer Norm zu unterscheiden.

Die Validierung einer Norm durch ein System in einem anderen System hat die Struktur einer Implikation:

$$\text{VAL}_{\text{S}_1}\text{N}_1 \rightarrow \text{VAL}_{\text{S}_2}\text{N}_1.$$

So wird für EG-Verordnungen angenommen, dass sie unmittelbare Geltung im Recht der Mitgliedstaaten haben. Ferner könnte die moralische Geltung einer Norm unmittelbar die rechtliche Geltung dieser Norm implizieren. Ist diese Regel generell, für alle Moralnomen, gültig, bildet das System der Moralnomen einen Teil des Rechtssystems.

Eine Variante solcher Implikationen stellen bedingte Regeln dar, bei denen die Geltung in einem anderen System erst unter einer zusätzlichen Bedingung C folgt:

$$\text{VAL}_{\text{S}_1}\text{N}_1 \ \& \ \text{C} \rightarrow \text{VAL}_{\text{S}_2}\text{N}_1.$$

Eine derartige generelle Geltungsregel führt zu einer Abhängigkeit des zweiten Systems vom ersten. Das erste System dominiert das zweite teilweise. Das erste ist jedoch nicht ein Teilsystem des zweiten. Wenn alle Normen des zweiten Systems ihre Geltung von einem anderen System ableiten, ist dieses vollständig durch das andere System bestimmt, und es bildet einen Teil des ersten Systems.

Eine zweite Möglichkeit der Validierung ist, dass ein System S_1 ein Geltungskriterium für die Geltung einer Norm in einem anderen System enthält und aufgrund dessen diese Norm Geltung in dem anderen System besitzt:

$$\text{VAL}_{\text{S}_1}(\text{C} \rightarrow \text{VAL}_{\text{S}_2}\text{N}) \rightarrow \text{VAL}_{\text{S}_2}\text{N}.$$

Dies kann als systemüberschreitendes Geltungskriterium bezeichnet werden. Der Unterschied zur ersten Form der Validierung ist, dass die validierte Norm nur im zweiten, nicht aber im ersten System gültig ist. Die validierte Norm gehört daher nicht zu S_1 , und das Geltungskriterium ist nicht Teil von S_2 . In diesem Fall ist S_2 ein Subsystem von S_1 , aber nicht ein Teil von S_1 .

Als Beispiel kann das Verhältnis von nationalem zu internationalem Recht gemäß Theorien dienen, denen zufolge die Geltung des internationalen Rechts (S_2) von der Anerkennung durch das nationale Recht (S_1) abhängt. Gleichwohl ist die anerkannte Norm eine Norm des Völkerrechts, nicht des nationalen Rechts. Eine entsprechende Relation besteht auch nach Theorien, die die Geltung des nationalen Rechts auf das internationale Recht zurückführen.

Ein anderes Beispiel sind Normen autonomer Körperschaften oder privater Vereine. Deren Rechtsetzungskompetenzen werden durch das staatliche Recht begründet, die aufgrund dieser Kompetenzen begründeten Normen gehören hingegen nicht dem staatlichen Recht, sondern dem autonom gesetzten System an. Man könnte allerdings bezweifeln, dass der autonome Charakter dieser Subsysteme mit der Einordnung als abhängige oder dominierte Systeme vereinbar ist. Es kann jedoch von Autonomie in dem schwächeren Sinn die Rede sein, dass der autonome Charakter lediglich die Bestimmung der Normen des Systems durch ein anderes ausschließt, nicht aber die Begründung der Rechtsetzungskompetenz durch ein anderes System. In diesem Fall lässt sich von einer formalen Dominanz eines System über ein autonomes Subsystem sprechen.

Die Struktur der Validierung muss von der einer Inkorporation unterschieden werden. Im Fall der Inkorporation bestimmt ein System, dass die Normen eines anderen Systems in ihm gültig sind. So sieht das Grundgesetz vor, dass allgemeine Regeln des Völkerrechts unmittelbar als Bundesrecht gelten (Art. 25 GG). Die Struktur einer Inkorporation (unter einer Bedingung C) ist:

$$VAL_{S_2}(VAL_{S_1}N_1 \ \& \ C \rightarrow VAL_{S_2}N_1).$$

Die Inkorporation ist kein Fall von Validierung, weil die Geltung auf ein Kriterium desselben Systems (S_2) gegründet ist.

2.3. Konfliktlösungsregelungen

Eine dritte Konstellation bilden Regeln für die Lösung von Konflikten zwischen Rechtssystemen. Solche Regeln können unmittelbar die Ungültigkeit bestimmter Normen vorsehen oder aber Gebote für die Anerkennung oder Anwendung von Normen enthalten. Letzteres ist ein Beispiel für intersystemische Forderungen. Die Struktur einer Forderung, Konflikte zu vermeiden, hat im Fall des EG-Rechts gegenüber dem nationalen Recht die Struktur:

$$\text{VAL}_{\text{EC}}N_1 \ \& \ \text{INCOMP}(N_1,N_2) \rightarrow \text{VAL}_{\text{EC}} \text{ O } \text{NOT-ENACT}(N_2,\text{LEG}_{\text{NAT}}).$$

Daraus ergibt sich allerdings noch nicht, was gilt, wenn der nationale Gesetzgeber dieses Gebot nicht erfüllt. Eine mögliche Konsequenz ist die der Ungültigkeit unvereinbarer nationaler Normen:

$$\text{VAL}_{\text{EC}}N_1 \ \& \ \text{ENACT}(N_2,\text{LEG}_{\text{NAT}}) \ \& \ \text{INCOMP}(N_1,N_2) \rightarrow \text{NOT-VAL}_{\text{NAT}}N_2.$$

Allerdings ist dies nicht die Beziehung, die für das Verhältnis des EG-Rechts zum nationalen Recht anerkannt ist. Vielmehr wird ein Anwendungsvorrang des EG-Rechts angenommen, wenn auch mit Einschränkungen, soweit es sich um einen Konflikt mit Grundrechten oder anderen grundlegenden Verfassungsprinzipien des nationalen Rechts handelt. Generell gilt jedoch, dass im Fall eines Konflikts zwischen einer EG-Norm mit einer Norm nationalen Rechts die EG-Norm anzuwenden ist. Der Anwendungsvorrang führt nicht unmittelbar zur Ungültigkeit der konfligierenden Norm, sondern zunächst zu einem Gebot der Nicht-Geltung und ferner zu einem Gebot der Nicht-Anwendung der nationalen Norm, und zwar nach EG-Recht,

$$\text{VAL}_{\text{EC}}N_1 \ \& \ \text{INCOMP}(N_1,N_2) \rightarrow \text{VAL}_{\text{EC}} \text{ O } \text{NOT-APP}_{\text{NAT}}N_2,$$

wie nach nationalem Recht,

$$\text{VAL}_{\text{EC}}N_1 \ \& \ \text{INCOMP}(N_1,N_2) \rightarrow \text{VAL}_{\text{NAT}} \text{ O } \text{NOT-APP}_{\text{NAT}}N_2.$$

Es bestehen also parallele Normen im EG-Recht wie im nationalen Recht. Wäre dies nicht der Fall, könnte sich, da EG-Recht nicht unmittelbar zur Ungültigkeit von Normen nationalen Rechts führt, ein Konflikt zwischen beiden Rechtsordnungen ergeben.¹⁶² Wenn hingegen die Vorrangnormen befolgt werden, ergibt sich, dass die konfligierende Norm im nationalen Recht keine Geltung erlangen wird. Es liegt also eine indirekte Invalidation vor.

2.4. Definitionen und Thesen

Auf der Grundlage dieser Analyse lassen sich eine Reihe von Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssystemen definieren.

(1) Unabhängigkeit

(D_U) Ein Rechtssystem S_1 ist unabhängig von einem anderen System S_2 , wenn S_2 keinerlei Auswirkung auf S_1 hat.

¹⁶² Tatsächlich besteht potentiell ein solcher Konflikt, weil das BVerfG den Vorrang des EG-Rechts nur bedingt anerkennt. Vgl. BVerfGE 89, 155; 97, 350.

Die Unabhängigkeit eines Systems von einem anderen hat folgende Implikationen:

- (U₁) Die Normen des unabhängigen Systems sind ausschließlich durch die Geltungskriterien dieses System bestimmt.
- (U₂) Normen eines anderen, unabhängigen Systems können nicht durch ein anderes Rechtssystem validiert oder invalidiert werden.

Die Unabhängigkeit eines Systems ist insofern graduierbar, als es in Teilen unabhängig sein kann, während andere Teile von anderen Systemen beeinflusst werden können. Zudem kann Unabhängigkeit gegenüber einem bestimmten System, einigen oder allen anderen Systemen bestehen.

(2) Dominanz und Superiorität

- (D_{DO}) Wenn ein Rechtssystem S₁ bestimmen kann, dass eine Norm in einem anderen System S₂ definitiv gilt, dann dominiert S₁ S₂.

Es sind zwei Formen der Dominierung zu unterscheiden: die Ableitung der Geltung aus einer Geltungsregel, die die Geltung verschiedener Systeme verbindet, oder die Begründung der Geltung durch ein systemübergreifendes Geltungskriterium.

- (DO₁) Wenn ein System S₁ ein System S₂ vollständig durch Ableitung dominiert, dann ist S₂ ein Teil von S₁.
- (DO₂) Wenn ein System S₁ ein System S₂ vollständig durch systemübergreifende Geltungskriterien dominiert, dann ist S₂ ein Subsystem, aber nicht ein Teil von S₁.
- (D_{SP}) Wenn ein System S₁ Normen in einem anderen System S₂ invalidieren kann, dann ist S₁ superior gegenüber S₂.

Superiorität impliziert nicht Dominanz, während Dominanz Superiorität impliziert.

(3) Autonomie eines Rechtssystems

- (D_{AS}) Soweit ein System nicht durch ein anderes System dominiert wird, ist es autonom.
- (D_{ASS}) Wenn ein System durch ein anderes System nur formal dominiert wird, ist es ein autonomes Subsystem des anderen System.

Autonomie setzt Unabhängigkeit voraus, schließt aber nicht aus, dass ein System normativen Anforderungen seitens anderer Systeme ausgesetzt ist. Die Entscheidung, wie mit diesen Anforderungen umgegangen wird, ist aber Sache des autonomen Systems.¹⁶³

3. *Relationen zwischen Rechtskonzeptionen*

Rechtssysteme lassen sich nicht mit nur einer einzigen Konzeption des Rechts erfassen, sondern bilden komplexe Phänomene, die sich nur jeweils unter einer bestimmten Perspektive oder Fragestellung analysieren lassen. Die Definition des Rechtssystems erfolgt mittels Geltungskriterien, die bestimmen, welche Normen zu diesem System gehören. Die Struktur solcher Kriterien ist

$$C(N) \rightarrow VAL_S(N).$$

N ist eine Bezeichnung für Normen. VAL ist ein Prädikat, das Normen Geltung relativ auf ein Rechtssystem S zuschreibt. C definiert eine hinreichende Bedingung für die Zuschreibung der Geltung in S. $VAL_S(N)$ stellt somit eine Proposition dar, dass N in S gilt, und $C(N)$ eine Proposition, dass N die Bedingung C erfüllt. Der Einfachheit halber wird auf Quantoren verzichtet. Es wird angenommen, dass N für eine bestimmte, aber beliebige Norm steht. Das praktisch wichtigste Kriterium in nationalen Rechtssystemen ist die Setzung von Normen durch einen Gesetzgeber. Die folgende Analyse ist jedoch nicht mit bestimmten Geltungskriterien befasst.

Es lassen sich drei Arten von Geltungskriterien unterscheiden. Geltungskriterien können

- an Kompetenznormen, die Rechtserzeugungsakte ermächtigen, bestimmte Rechtsnormen zu erlassen,
- an die Rechtspraxis in einer bestimmten Gesellschaft abstellen, d.h. fragen, welche Normen tatsächlich von den Organen des Systems oder den Mitgliedern einer Gesellschaft angewandt oder befolgt werden, oder
- die Perspektive der Rechtsanwendungsorgane einnehmen, die fragen, welche Normen sie bei der Begründung ihrer Entscheidungen anwenden und befolgen sollen.¹⁶⁴

Für die Aufgaben, ein Rechtssystem zu definieren, also von anderen Normensystemen abzugrenzen, erscheinen an Kriterien der Rechtserzeugung orientierte Theorien am besten geeignet. Kriterien der Rechtserzeugung werden durch Kompetenznormen definiert. Solche Normen sehen vor, dass ein den Bedingungen des Rechtsetzungsverfahrens (C) entsprechender Akt (A) des Kompetenzinhabers (K) mit dem Ziel (Z) oder der Intention, einer Norm rechtliche Geltung zu verleihen ($VAL_S(N)$), die Konsequenz hat, dass diese Norm rechtlich gilt:

163 Zu einer anderen, positivistischen Konzeption der Autonomie des Rechts kritisch Postema 1996, 88. Eine wiederum andere Konzeption findet sich bei Atria 2001, 30, 43.

164 Dworkin 1978.

$$C(A,K) \ \& \ Z(A,VAL_S(N)) \rightarrow VAL_S(N).$$

Hingegen hat die Perspektive der Rechtsanwendungsorgane eine wichtige Funktion für die Analyse des Rechts, wird jedoch nicht zur Identifizierung einer Menge von Normen führen, die man gemeinhin als Rechtssystem ansehen würde. Die Frage, welche Normen in der Rechtspraxis tatsächlich angewandt werden, steht vor einem Problem der Zirkularität, weil sie auf ein bestimmtes Rechtssystem bezogen ist, das zunächst durch unabhängige Kriterien zu definieren ist. Hinzu kommt das Problem der Unbestimmtheit des Kriteriums der Anerkennung einer Norm in einer Rechtspraxis.

Jedoch haben alle diese Geltungskriterien spezifische Funktionen in der Analyse des Rechts. Es lassen sich somit verschiedene Konzeptionen des Rechts entwickeln. Damit stellt sich die Frage nach den Beziehungen, die zwischen solchen Konzeptionen bestehen. Diese werden durch folgendes Schema veranschaulicht.

ACE-Theorie des Rechts

E-Systeme:

Empirische Basis für normative Systeme	Rechtliche Institutionen	Soziale Normen	Individuelle Überzeugungen
---	-----------------------------	-------------------	-------------------------------

Nationales R., EG-Recht, etc.

C-Systeme:

Kriterien
rechtl. Geltung

VAL_{NAT}

VAL_{EG}

VAL_{SOC}

VAL_{MOR}

A-Systeme:

Anwendungen
des Rechts

$VAL_{APP,ADi}$

V. Fazit

(1) Für das Prinzipienmodell des Rechts ist ein normativer Rechtsbegriff erforderlich, d.h. eine Definition des Rechts, der zufolge die rechtliche Geltung einer Norm ein

Gebot der Anwendung und Befolgung dieser Norm durch die zuständigen Rechtsorgane impliziert.

(2) Recht ist eine normative Ordnung für das Zusammenleben der Menschen in einer Gesellschaft. Dementsprechend enthält Recht ein System von Normen mit Anspruch auf Verbindlichkeit für einen nicht individuell bestimmten Adressatenkreis.

(3) Der Verbindlichkeitsanspruchs des Rechts erfordert eine objektive Begründung rechtlicher Aussagen. Die Behauptung rechtlicher Geltung muss sich auf mehr stützen als auf individuelle Abwägungsurteile. Zu unterscheiden sind die Begründung aufgrund vernünftiger Konvergenz, autoritativer Festsetzung oder der Kompetenz von Rechtsanwendungsorganen, Aussagen zur rechtlichen Geltung von Normen zu treffen.

(4) Der normative Rechtsbegriff 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.

(5) Eine Theorie rechtlicher Geltung muss sowohl formelle als auch materielle Kriterien enthalten. Eine rein materielle Geltungstheorie ist für das Recht inadäquat, weil es möglich ist, die Rechtsgeltung von Prinzipien aufgrund formeller Kriterien zu begründen. Eine rein formelle Geltungstheorie ist inadäquat wegen der Möglichkeit extrem ungerechter positivrechtlicher Regelungen sowie des normativen Charakters von Abwägungsurteilen und der Gewichtung von Prinzipien.

(6) Die Anerkennung materiell begründeter Rechtsprinzipien führt zu einer Umkehrung der Funktion positiven Rechts: Es muss nicht die rechtliche Geltung interessenbasierter Prinzipien begründet werden, sondern Kriterien rechtlicher Geltung können lediglich deren rechtliche Geltung ausschließen.

(7) Die Grundlage der Geltung autoritativer Entscheidungen im Prinzipienmodell sind formelle Prinzipien. Formelle Prinzipien begründen die Verbindlichkeit bestimmter Entscheidungen unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit.

(8) Rechtssysteme können aus der Perspektive des Anwenders, aufgrund von Kriterien für die Zugehörigkeit von Normen zu einem System oder einer empirischen Theorie institutionell wirksamer Normen konzipiert werden.

(9) Ein Rechtssystem ist autonom, wenn es selbst über die in ihm definitiv geltenden Normen entscheidet. Autonomie des Rechtssystems schließt nicht aus, dass andere Systeme prinzipielle Forderungen stellen. Ein autonomes System entscheidet jedoch selbst darüber, welche Konsequenzen sich aus solchen prinzipiellen Forderungen ergeben.

§ 6 Juristische Interpretation

I. Interpretationsprobleme

Fragen der Rechtsanwendung und insbesondere der juristischen Interpretation sind - jedenfalls gemäß einer kriteriell bestimmten Konzeption der Rechtsgeltung - von solchen der Rechtsgeltung zu unterscheiden. Die Anwendung einer Norm auf einen bestimmten Sachverhalt, die inhaltliche Unbestimmtheit oder juristisch relevante Gründe, von einer rechtlich geltenden Norm abzuweichen, stellen Probleme der Rechtsanwendung dar, die nicht in einer Theorie rechtlicher Geltung, sondern als Themen der juristischen Methodenlehre behandelt werden.

Diese Gegenüberstellung von Rechtsgeltung und Rechtsanwendung ist in einer Theorie des Rechts aus der Perspektive des Rechtsanwenders allerdings nicht selbstverständlich. Aus der Anwenderperspektive wird rechtliche Geltung ausgehend von der Frage bestimmt, nach welchen Normen rechtliche Entscheidungen begründet und getroffen werden sollen. Den anzuwendenden Normen wird rechtliche Geltung zugeschrieben. Dies können generelle Normen mehr oder weniger hohen Abstraktions- oder Konkretionsgrades sein, aber auch partikulare rechtliche Urteile im zu entscheidenden Fall. So können mit Aussagen wie

- "In einer die Öffentlichkeit berührenden Auseinandersetzung spricht eine Vermutung für die Freiheit der Rede."
- "Im Wahlkampf sind auch scharfe persönliche Angriffe zulässig."
- "A darf in Wahlkampfauftritten den B als 'Rentenbetrüger' bezeichnen".

rechtlich geltende Normen behauptet werden. Zugleich handelt es sich auch um Interpretationen geltenden Rechts. Eine eindeutige Unterscheidung zwischen Aussagen über Rechtsgeltung und Rechtsanwendung lässt sich nicht treffen. Stets geht es um Normbegründungen.

Dennoch bleibt auch aus der Anwenderperspektive eine Unterscheidung von Fragen der Rechtsgeltung und solchen der Rechtsanwendung sinnvoll. Zwar geht es stets um Normbegründung und normative Argumentation. Diese Normbegründung kann aber strukturiert werden. Die rechtliche Geltung einer Norm kann feststehen, aber die konkrete Rechtslage offen lassen. Dies ist insbesondere möglich

- wegen des institutionellen Charakters einer Rechtsnorm: Eine Norm kann positivrechtlich gelten, allerdings wegen der Möglichkeit eines Konflikts mit materiell begründeten Normen nur *prima facie*-Geltung haben.¹⁶⁵
- wegen der Unbestimmtheit einer Norm: Eine Norm, deren Geltung außer Frage steht, kann verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zulassen.

165 Vgl. Hage/Peczenik 2000.

- wegen des generellen Charakters einer Norm: Die Rechtsgeltung einer Norm kann feststehen, aber die Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt fraglich sein.

Es ist sinnvoll, diese Fragen zu unterscheiden, obwohl sie im Rahmen einer einheitlichen Konzeption normativer Argumentation zu behandeln sind.

Insbesondere können Geltungs- und Interpretationsfragen unterschieden werden. Es sind formaler, semantischer und geltungstheoretischer Begriff der Interpretation zu unterscheiden.

Nach dem formalen Begriff der Interpretation besteht Interpretation darin, dass der Inhalt sprachlicher Ausdrücke durch weitere Regeln präzisiert wird. In Bezug auf Rechtsnormen liegt Interpretation im formalen Sinne vor, wenn die in enthaltenen Begriffe durch Auslegungsregeln bestimmt werden. Ihre Geltung steht dabei fest oder jedenfalls nicht in Frage. Geltungsprobleme sind demnach solche, bei denen die Geltung einer Norm nicht feststeht. Interpretationsprobleme sind solche, bei denen die Geltung einer Norm feststeht, aber nicht deren Inhalt.

Der formale Begriff der Interpretation umfasst auch Abwägungen, aufgrund derer konkretere Normen begründet und abstrakteren Normen als Bedeutung zugeordnet werden. Es kommt allein darauf an, dass diese konkreteren Normen den Inhalt einer abstrakteren Norm (oder einer Menge von Normen) bestimmen. Im Unterschied zu einer offenen Abwägung, bei der eine konkretere Norm als Vorrangfestsetzung hinsichtlich kollidierender Prinzipien dargestellt wird, bezieht sich eine interpretative Begründung auf einen Obersatz, dessen definitive Geltung nicht in Frage steht. Die Rechtsanwendung mittels Interpretation hat deduktive Struktur:¹⁶⁶

Obersatz: Für alle x gilt: Wenn Tx , dann Rx .

Interpretation: Für alle x gilt: Wenn Mx , dann Tx .

Folgerung: Für alle x gilt: Wenn Mx , dann Rx .

Dabei stehen T für einen gesetzlichen Tatbestand, R für die Rechtsfolge, M für das Merkmal, durch das T präzisiert wird, x für ein beliebiges Rechtssubjekt.

Ein semantischer Begriff der Interpretation definiert Interpretation als die Ermittlung der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Semantische Interpretation fällt unter den formalen Begriff der Interpretation. Sie umfasst jedoch nicht jede Zuordnung von Bedeutung, sondern nur Argumentationen, die darauf zielen, eine vorhandene Bedeutung zu ermitteln. Abwägung steht in Gegensatz zu einer solchen semantischen Interpretation. Bei Abwägungen geht es um Festsetzungen aufgrund kollidierender normativer Argumente, bei semantischer Interpretation um die Feststellung einer Sprachgebrauchsregel.¹⁶⁷

166 Das Deduktivitätspostulat wird in Frage gestellt von Zuleta 2008, mit der These, konditionale Normen hätten nicht die Struktur $p \rightarrow Op$, sondern $O(p \rightarrow q)$. Für normative Argumente trifft dies in der Tat zu. Für definitive, unmittelbar handlungsleitende Normen führen beide Varianten jedoch zu den gleichen Ergebnissen und erscheinen daher austauschbar.

167 Dieser Begriff semantischer Interpretation ist eng gefasst, um den Gegensatz zur Abwägung herauszuarbeiten. In anderen Zusammenhängen mag es zweckmäßig sein, die Zuordnung von Bedeutungen im Rahmen semantischer Spielräume als semantische Interpretation zu bezeichnen.

Ein geltungstheoretischer Begriff der Interpretation unterscheidet Interpretation von Aussagen über rechtliche Geltung nach dem Status ihrer Begründbarkeit: Aussagen über rechtliche Geltung müssen objektiv rechtfertigbar sein, Interpretation nur einen subjektiven Richtigkeitsanspruch erheben.

Aussagen der rechtlichen Geltung von Normen erfordern wegen des objektiven Charakters von Recht eine objektive Rechtfertigung. Der Anspruch solcher Normen auf Verbindlichkeit muss in der Weise begründbar sein, dass jeder ihn als gerechtfertigt akzeptieren muss.¹⁶⁸ Manche Normen lassen sich in diesem Sinne objektiv als rechtlich gültig qualifizieren. Für andere Normen können hingegen nur subjektive Ansprüche auf normative Richtigkeit begründet werden. Sofern diese Ansprüche auf Rechtsnormen gestützt sind, handelt es sich gleichwohl um Ansprüche auf rechtliche Geltung. Da Recht jedoch objektiven Charakter hat, können solche bloß subjektiven Urteile nicht beanspruchen, geltendes Recht festzustellen. Es bietet sich an, sie als Interpretationen des geltenden Rechts zu bezeichnen. Es sind demnach zu unterscheiden:

- Aussagen über rechtliche Geltung, die objektiv gerechtfertigt sind,
- Interpretationen des Rechts, die beanspruchen, vom geltenden Recht gefordert zu sein, aber nicht objektiv gerechtfertigt sein müssen.

Soweit eine solche Interpretation allerdings objektiv gerechtfertigt ist, kann sie in Form einer rechtlichen Geltungsaussage vorgetragen werden. Eine objektiv gültige juristische Interpretation stellt also die rechtliche Geltung einer Norm fest.

Der geltungstheoretische Begriff der Interpretation ist spezifisch für das Prinzipienmodell und die Konzeption autonomer Argumentation. Er schließt die Voraussetzungen des formalen Interpretationsbegriffs ein, bezieht Interpretation jedoch auf Aussagen mit subjektivem Richtigkeitsanspruch. Der Bereich juristischer Argumentation, in dem es um kontroverse Richtigkeitsansprüche geht, wird dementsprechend als Interpretation bezeichnet.¹⁶⁹ Da nach der Feststellung der objektiven rechtlichen Geltung einer Norm wenig zu argumentieren bleibt - lediglich der Einwand ungerechten Rechts könnte gegen die Annahme der Rechtsgeltung vorgebracht werden - umfasst der geltungstheoretische Interpretationsbegriff den gesamten Bereich alltäglicher juristischer Argumentation.

Der geltungstheoretische Interpretationsbegriff steht allerdings in Gegensatz zur semantischen Interpretation. Da semantische Interpretation die Existenz einer Bedeutung voraussetzt, die interpretativ zu bestimmen sei, genügen subjektive Richtigkeitsansprüche für sie nicht. Zwar können semantische Interpretationen umstritten sein. Es scheint, dass im Fall des Streits subjektive Richtigkeitsansprüche konkurrieren, so dass der Gegensatz semantischer Interpretation zu autonomer Argumentation in Frage gestellt wäre. Diese Annahme untergräbt jedoch die Voraussetzungen semantischer Interpretation. Gibt es keine objektive Grundlage der Beurteilung, sondern nur konkurrierende Richtigkeitsansprüche, wäre es konsequent, dies als einen Fall autonomer Argumentation einzuordnen. Was

168 Dazu s.o., § 4, IV.

169 Dies schließt es nicht aus, weitere Differenzierungen im Bereich juristischer Interpretation zu treffen. So können Interpretationen im Bereich des möglichen Wortsinns von Gesetzen als Auslegung, Interpretationen außerhalb des möglichen Wortsinns als Rechtsfortbildung bezeichnet werden. Eine andere Unterscheidung treffen Koch/Rüssmann 1982, 247f.

über autonome Argumentation hinausgeht, ist die Annahme der objektiven Existenz einer Bedeutung, die jedoch, selbst wenn sie begründet werden kann, für die Argumentation keine Rolle spielt.

Es scheint demnach, dass es entweder keinen Streit über die Bedeutung einer Norm und damit kein Interpretationsproblem gibt. In diesem Fall mag objektive semantische Interpretation möglich sein, ist aber von geringem theoretischem Interesse. Oder es gibt Streit über die Bedeutung vorgegebener Normen mit der Folge, dass autonome Argumentation notwendig ist. Die zentrale Frage juristischer Interpretation ist damit, welche Struktur sich für sie im Rahmen einer Konzeption autonomer Argumentation ergibt. Im Rahmen dieser Analyse ist auch zu klären, ob und inwieweit eine objektive semantische Interpretation im Recht möglich ist, die eine Alternative zur autonomen Argumentation darstellt und deren Anwendungsbereich beschränkt.

II. Interpretation als Abwägung

Analysiert werden sollen Interpretationsprobleme im Rahmen des Prinzipienmodells. Ausgangsannahme ist, dass eine Norm positivrechtlich gilt, ihr Inhalt aber unbestimmt ist. Aus der grundsätzlichen Anerkennung der rechtlich positivierten Normen als verbindlicher Maßstab der Rechtsanwendung folgt, dass sich rechtliche Entscheidungen am Inhalt dieser Normen orientieren müssen. Damit wird Rechtsanwendung zu einem Problem der Interpretation autoritativ vorgegebener Normen, jedenfalls soweit die anzuwendenden Normen nicht eindeutig bestimmt sind. Interpretation ist die Bestimmung der Bedeutung einer vorgegebenen Norm, sei es die Feststellung einer existierenden Bedeutung, sei es die Zuordnung einer bisher nicht vorhandenen Bedeutung.¹⁷⁰ Eine interpretative Begründung einer Entscheidung folgt aus einer vorgegebenen Norm zusammen mit einer Interpretationsregel. Die Struktur dieser Begründung ist deduktiv darzustellen, d.h. als Ableitung des Ergebnisses durch Subsumtion und Deduktion unter vorgegebene Rechtsnormen. Sie unterscheidet sich insofern von einer Begründung aufgrund einer offenen Abwägung kollidierender Argumente.¹⁷¹ Gleichwohl stellen sich auch im Rahmen von Auslegungsfragen Abwägungsprobleme.

Sollen Schadenersatzansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts trotz einer entgegenstehenden gesetzlichen Regelung gewährt werden? Wort und Wille des historischen Gesetzgebers stehen dem entgegen. Das Ziel, einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren, und die verfassungsrechtliche Verankerung des Persönlichkeitsrechts in einer Verbindung von Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und Menschenwürde sprechen für die Gewährung von Schadenersatz. Außerdem lässt sich die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts in Fällen, in denen jemand die

170 Den Aspekt der Zuordnung einer Bedeutung betont Marmor 1992, 13, 23. Von "zugeordneten Grundrechtsnormen" spricht Alexy 1985. Zur Mehrdeutigkeit des Begriffs der Interpretation Raz 1996; Alexy 1995b, 72.

171 Zum Gegensatz von Subsumtion und Abwägung Alexy 2003b; Stück 1998; Sieckmann 1990, 18. Gegen die Möglichkeit einer klaren Unterscheidung hingegen Ávila 2006, 46.

Zustimmung z.B. zur Verwertung des Abbilds gegen Entgelt erteilen würde, ohnehin nicht verhindern.

Endet die Privatsphäre an der Haustür oder am Gartenzaun, oder gibt es sie auch an öffentlich zugänglichen Orten, soweit man nicht damit rechnen muss, den Blicken anderer ausgesetzt zu sein? Der Wortlaut spricht für eine enge Interpretation, ist aber nicht eindeutig. Das Gebot, einen effektiven Schutz zu gewähren, spricht für eine weite Interpretation. Andererseits fordert Rechtssicherheit ein klares Abgrenzungskriterium.

Besteht ein berechtigtes Interesse an der Bildberichterstattung über Mitglieder von Königshäusern, die keine öffentliche Funktion ausüben? Das Kriterium des berechtigten Interesses verweist direkt auf ein Abwägungsergebnis. Berechtigte Interessen liegen vor, wenn legitime Interessen den Eingriff in das Recht am eigenen Bild rechtfertigen. Abzuwägen sind Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit. Die Abwägung hängt von der Konzeption der demokratischen Funktion der Pressefreiheit ab. Umfasst sie nur die Kontrolle der Ausübung öffentlicher Funktionen oder die Information über alle diejenigen, die herausgehobene Funktionen in einer Gesellschaft haben?

Es ist notwendig, diese Abwägungsprobleme in eine interpretative Begründungsstruktur einzuordnen. Es sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

(1) Die zu interpretierende Norm gibt einen bestimmten Inhalt vor.

Dieser Inhalt ist für die Rechtsanwendung maßgeblich, sofern die betreffende Norm den Anforderungen autonomer Argumentation entsprechend begründet ist. Ist dies nicht der Fall, steht die Geltung dieser Norm in Frage, nicht deren Inhalt. Die Frage ist allerdings, was unter dem Inhalt der Norm zu verstehen ist. Die allgemeinsprachliche Bedeutung ist nicht unbedingt auch die juristische.

(2) Die zu interpretierende Norm ist inhaltlich unbestimmt.

In diesem Fall ist weiter zwischen semantischer und juristischer Unbestimmtheit zu unterscheiden. Semantische Unbestimmtheit kann aus der Vagheit, Mehrdeutigkeit oder evaluativen Offenheit sprachlicher Ausdrücke resultieren. Vagheit bedeutet, dass es keine Regel für ihre Interpretation gibt; Mehrdeutigkeit, dass verschiedene Regeln verwendet werden; evaluative Offenheit, dass verschiedene normative Konzeptionen zu verschiedenen Interpretationen führen. Juristische Unbestimmtheit resultiert daraus, dass verschiedene juristische Auslegungskriterien (insbesondere Wortlaut, Systematik, Wille des Gesetzgebers, objektiver Zweck des Gesetzes) zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Eine Norm kann juristisch unbestimmt sein, obwohl sie semantisch, d.h. ihrem Wortlaut nach, eindeutig ist. Da stets irgendein juristisches Auslegungsargument zur Verfügung stehen wird, ist Unbestimmtheit rechtlicher Normen das Ergebnis eines Konflikts verschiedener Auslegungsargumente.

Das daraus resultierende Interpretationsproblem ist als eines autonomer Argumentation zu behandeln, allerdings unter Berücksichtigung spezifisch juristischer oder insti-

tutioneller Anforderungen. Die Berücksichtigung solcher spezifischen Anforderungen als normative Argumente stellt eine Variante autonomer Normbegründung dar, nämlich die Festsetzung einer konkreteren Norm innerhalb des Interpretationsspielraums aufgrund der Abwägung normativer Argumente. Die Konflikte, die im Rahmen dieser Interpretation auftreten, sind zum einen der zwischen semantischer und juristischer Auslegung, zum anderen der zwischen verschiedenen juristischen Auslegungskriterien.

1. Der Konflikt zwischen semantischer und juristischer Bedeutung

Nach positivistischer Vorstellung müsste ein gültiges Gesetz, das sprachlich eindeutig ist, in dieser Form angewandt werden. Man könnte meinen, dass dort, wo der Wortlaut eindeutig ist, kein Raum für Interpretation ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Rechtfertigung der Interpretation im Bereich eindeutiger Vorschriften ergibt sich daraus, dass außer dem Erlass eines Gesetzes weitere rechtliche Argumente - positivrechtliche und u.U. nicht-positivrechtliche - für die Rechtsanwendung relevant sind. Die semantische Bedeutung einer Norm bestimmt somit nicht ohne weiteres auch die juristische. Die Rechtfertigung für die Behandlung als Interpretationsproblem, nicht als eines rechtlicher Geltung, ist, dass eine Rechtsnorm stets Konsequenzen hat, die auf ihre rechtliche Akzeptabilität hin überprüft werden müssen. Erscheinen die Konsequenzen nicht akzeptabel, lässt sich nicht feststellen, dass die rechtliche Situation eindeutig ist. Damit liegt ein Interpretationsproblem vor.

Die These vom möglichen Konflikt semantischer und juristischer Bedeutung begegnet allerdings dem Einwand, dass semantische Interpretation keinerlei eigenständige Bedeutung im Bereich juristischer Argumentation habe. Dieser Einwand kann zum einen auf einen Bedeutungsskeptizismus gestützt werden, der die Existenz sprachlicher Bedeutung als solche bestreitet. Dieser erscheint jedoch in sich widersprüchlich, da er nur sprachlich formuliert werden kann und daher die Existenz von Bedeutung voraussetzen muss.¹⁷² Erst recht setzt normative Argumentation die Möglichkeit von Kommunikation und damit eine intersubjektiv verständliche Sprache voraus. Die Existenz sprachlicher Bedeutung kann daher nicht ernsthaft in Frage stehen, obgleich es schwierig zu bestimmen sein mag, was unter "Bedeutung" zu verstehen ist und welche Bedeutung bestimmte Ausdrücke haben.

Ein anderer Einwand ist, dass juristische Interpretation auf Normbegründung zielt und die Feststellung einer semantischen Bedeutung nur eines der in ihr zu berücksichtigenden Argumente sein kann. Eine Gegenüberstellung semantischer und juristischer Interpretation wäre demnach verfehlt. Dieses Problem kann anhand der gängigen juristischen Auslegungszieltheorien erläutert werden. Subjektive und objektive Auslegungszieltheorien lassen sich danach unterscheiden, welcher Bedeutungsbegriff der Interpretation zugrunde gelegt wird. Subjektive Theorien sehen die Bestimmung des vom Gesetzgeber Gewollten als das Ziel der Auslegung. Objektive Theorien stellen auf den Sinn des Gesetzes ab. Dies ist in zwei Varianten möglich. Als Sinn des Gesetzes kann die allgemein

¹⁷² Eine eingehende Diskussion und Widerlegung findet sich bei Klatt 2004.

nachvollziehbare Bedeutung, die dessen Formulierung entsprechend den Regeln der Sprache hat, verstanden werden, oder aber die Bestimmung, wie das Gesetz vernünftigerweise zu verstehen ist. Nur eine der Varianten macht das allgemeine Sprachverständnis zum maßgeblichen Kriterien der juristischen Interpretation. Diese Variante wird jedoch in der juristischen Interpretation nicht zugrunde gelegt. Juristische Auslegung bleibt nicht bei der Ermittlung des Sprachgebrauchs stehen. Dies zeigt, dass es bei ihr letztlich nicht um sprachliche Bedeutung geht, sondern um rationale Begründung von Normen und normativen Entscheidungen.

Die Möglichkeit, verschiedene Auslegungsziele zu formulieren, wirft die weitere Frage auf, ob eine Festlegung auf ein Auslegungsziel möglich und sinnvoll ist. Der Streit um objektive und subjektive Auslegungszieltheorie wird häufig als Alles-oder-Nichts-Angelegenheit aufgefasst. Dies ist jedoch nicht notwendig. Es handelt sich um unterschiedliche Konzeptionen davon, wonach bei der Interpretation rechtlicher Bestimmungen zu suchen ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es zwei (oder mehr) Ziele gibt, die zugleich zu verfolgen sind. Dafür spricht, dass es kein theoretisch zwingendes Argument für die eine oder andere Position gibt.¹⁷³ Argumente für eine objektive Auslegungszieltheorie im Fall von Gesetzen sind z.B. die Nachvollziehbarkeit des Gesetzes, die Förderung klarer Gesetzesformulierung und der Charakter von Gesetzen als Kompromiss, der sich auf die Formulierung, nicht die Absichten der Beteiligten bezieht. Für eine subjektive Auslegungszieltheorien spricht in erster Linie der intentionale Charakter von Rechtsetzungsakten. Mit dem Gesetz soll etwas erreicht werden. Wenn das Gesetz als verbindlich angesehen wird, liegt es nahe, eine Verpflichtung der zur Anwendung des Gesetzes verpflichteten Organe anzunehmen, die Ziele des Gesetzgebers zu realisieren. Dieses Argument variiert mit der Stärke der Legitimation des gesetzgebenden Organs. In einem demokratischen System spricht das Demokratieprinzip für die Orientierung der Auslegung am Willen des Gesetzgebers.

Juristische Interpretation ist somit nicht durch ein einziges Auslegungsziel bestimmt, sondern durch konfligierende Anforderungen. Die Interpretation nach der sprachlichen Bedeutung ist eine von ihnen, jedoch nicht die einzige. Zudem erscheint es missverständlich, von einer juristischen im Unterschied zur semantischen Bedeutung zu sprechen. Juristische Interpretation zielt auf Zuordnung einer Bedeutung zu einer Rechtsnorm, während semantische Bedeutung vom Interpreten festzustellen ist. Sie sind daher verschiedenen Ebenen der Argumentation zuzuordnen.

2. *Konflikte zwischen Auslegungskriterien*

Ein zweiter Bereich von Konflikten im Rahmen der juristischen Interpretation ist die Anwendung verschiedener Auslegungsregeln oder -kriterien. Solche Regeln sollen die Gesetzesanwendung in Fällen der Unbestimmtheit der Gesetze rational nachvollziehbar und begründbar machen. Zunächst müssen solche Regeln begründet werden. Weitere Probleme ergeben sich, wenn diese Regeln zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

173 Koller 1997, 205. Vgl. auch Alexy 1995b, 83, der die Notwendigkeit von Argumenten betont.

2.1. Die "canones" der Auslegung

Die heutige Standardformulierung der *canones* der Auslegung enthält folgende vier Auslegungskriterien oder -regeln:¹⁷⁴

- (1) Wortlaut: Stelle den Wortsinn der gesetzlichen Ausdrücke fest.
- (2) Systematik: Beachte den gesetzlichen Rahmen (Kontext), in dem die auszulegende Vorschrift steht.
- (3) Wille des Gesetzgebers (subjektiv-teleologische Auslegung): Lege das Gesetz so aus, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers erreicht werden kann.
- (4) Objektiv-teleologische Auslegung: Lege das Gesetz so aus, dass der Zweck des Gesetzes erreicht werden kann.

Die Standardliste der Auslegungskriterien kann in verschiedenen Weisen erweitert und systematisiert werden. Eine Unterscheidung von institutionellen und allgemein-praktischen Argumenten hat Alexy vorgeschlagen.¹⁷⁵ Zu den institutionellen Argumenten sollen linguistische, genetische und systematische Argumente mit jeweils weiteren Unterkategorien gehören. Daraus ergibt sich folgende Systematisierung:

- (1) Linguistische Argumente: semantische Argumente; syntaktische Argumente.
- (2) Genetische Argumente: subjektiv-semantische; subjektiv-teleologische Argumente.
- (3) Systematische Argumente: Ziel der Einheit oder Kohärenz des Rechtssystems. Dazu gehören konsistenzsichernde Argumente, kontextuelle Argumente, begrifflich-systematische Argumente, Prinzipienargumente, spezielle juristische Argumente wie die Analogie, präjudizielle Argumente, historische Argumente und komparative Argumente.
- (4) Allgemeine praktische Argumente: Diese sind gültig aufgrund ihres Inhalts.

Die Unterscheidung von vier Klassen von Argumenten lässt sich insgesamt als ein Kohärenzargument deuten, in dem die Bedeutung eines Ausdrucks nicht nur isoliert mit Bezug auf den Ausdruck selbst bestimmt wird, sondern unter Berücksichtigung immer weiterer Zusammenhänge. Der Wortlaut ist die Bedeutung des Ausdrucks in isolierter Betrachtung. Diese Bedeutung muss sich einfügen in sonstige Vorstellungen des Sprechers, bei der Gesetzgebung also des Gesetzgebers. Die Bedeutung muss sich ferner einfügen in die Verwendung in anderen rechtlichen Regelungen, also in das positive Recht insgesamt. Schließlich muss sich die Bestimmung der Bedeutung unter einer allgemeinen Forderung einer vernünftigen Interpretation des Rechts rechtfertigen lassen, also praktische Argumente unabhängig von ihrer rechtlichen Positivierung berücksichtigen. Dementsprechend stellen die vier Standardauslegungsregeln des Wortlauts, des Willens des Gesetzgebers, der Systematik des Gesetzes (und des positiven Rechts) sowie der objektiven Vernünftigkeit verschiedene Elemente in einem Prozess der Entwicklung einer kohärenten Interpretation des Rechts dar.

¹⁷⁴ Koch/Rüßmann 1982, 166.

¹⁷⁵ Vgl. Alexy 1995b, 84ff. Vgl. ferner die Systematisierung bei MacCormick 1978. Dazu Spaak 2007.

2.2. *Das Problem des Willens des Gesetzgebers*

Ein Streitpunkt ist die Rolle des Willens des Gesetzgebers unter den Auslegungskriterien. Grundsätzliche Einwände sind, dass es keinen Willen des Gesetzgebers gibt oder dass dieser für die Gesetzesauslegung nicht relevant sei.

Das Problem der Bestimmung eines Willens des Gesetzgebers wird insofern überbewertet, als es nicht darauf ankommt, die Existenz eines solchen Willens nachzuweisen. Denn die einzelnen Indizien, die für die Bestimmung des Willens des Gesetzgebers angeführt werden, können auch isoliert für die Auslegung eines Gesetzes relevant sein. So ist es nicht notwendig, von den Vorstellungen einzelner Abgeordneter oder - bei einer Regierungsvorlage - der Regierung auf einen einheitlichen Willen des Parlaments zu schließen. Die einzelnen Äußerungen und konkret nachweisbaren individuellen Intentionen können auch als solche in eine Abwägung eingehen, in der unter Berücksichtigung aller relevanten Argumente über die Interpretation eines Gesetzes entschieden wird.

Weitere Einwände richten sich gegen die Relevanz des Willens des Gesetzgebers für die Gesetzesauslegung. Standardeinwände sind:¹⁷⁶

- (1) das Willensargument: Es gibt keinen einheitlichen Willen in den modernen gesetzgebenden Körperschaften.
- (2) das Formargument: Nur der publizierte Gesetzeswortlaut hat Gesetzeskraft.
- (3) das Vertrauensargument: Nur das, was für den Außenstehenden erkennbar ist, kann Gesetzesinhalt sein.
- (4) das Ergänzungsargument: Bei Bindung an die gesetzgeberischen Zwecke ist eine Anpassung des Gesetzes an veränderte Umstände nicht möglich.

Auf der anderen Seite wird die Forderung, den Willen des Gesetzgebers zu befolgen, mit staatsrechtlichen Argumenten verteidigt, nämlich mit der stärkeren demokratischen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers gegenüber den Gerichten und dem Grundsatz der Gewaltenteilung.¹⁷⁷ Wiederum ist die Beschränkung der Diskussion auf den Willen des Gesetzgebers nicht notwendig, sondern es kann die Frage der Relevanz auch in Bezug auf einzelne Intentionen oder Äußerungen gestellt werden.

2.3. *Das Problem der Rangfolge der Auslegungsregeln*

Das Problem der Rangfolge der Auslegungsregeln stellt sich vor allem im Verhältnis von Wortlaut- und Systematikargumenten, Argumenten des Willens des Gesetzgebers und objektiv-teleologischen sowie allgemein-praktischen Argumenten. Andere Argumenttypen, etwa rechtsvergleichende Argumente, sind von nachgeordneter oder lediglich ergänzender Bedeutung oder, im Fall verfassungskonformer Auslegung, mit Vorrang versehen.

¹⁷⁶ Vgl. Koch/Rüßmann 1982, 180.

¹⁷⁷ Koch/Rüßmann 1982, 180f.

Das Scheitern aller Versuche, eine Rangfolge unter den Auslegungskriterien allgemeingültig zu begründen, legt den Schluss nahe, dass dies nicht möglich ist. Es ist vielmehr notwendig, die relevanten Auslegungskriterien gegeneinander abzuwägen. Diese Notwendigkeit von Abwägungen rechtfertigt andererseits nicht den Schluss, dass überhaupt keine begründeten Aussagen über die Priorität von Auslegungskriterien möglich sind. So können sich aus der Kombination von Auslegungskriterien eindeutige Ergebnisse ergeben. Ferner können *prima facie*-Vorrangregeln aufgestellt werden.

Die Kombination von Auslegungskriterien, die zu relativ eindeutigen Ergebnissen führt, sowie die Verwendung von *prima facie*-Vorrängen lässt sich an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung des Wohnungsbegriffs¹⁷⁸ verdeutlichen. Das Gericht nimmt an, dass sich die weite Auslegung, die Geschäfts- und Büroräume in den Wohnungsbegriff einbezieht, zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verfestigt habe. Eine Verkürzung sei nur zulässig, "wenn nachgewiesen würde, dass zwingende Gründe eine solche Substanzminderung erforderten und dass die Entstehungsgeschichte ihr wenigstens nicht entgegensteht". Damit wird eine widerlegbare Vermutung, und insofern ein *prima facie*-Vorrang, für eine verfestigte Rechtsüberzeugung angenommen. Ein definitiver Vorrang für eine verfestigte Rechtsüberzeugung ergibt sich, wenn sie durch die Entstehungsgeschichte und durch materielle Grundrechtsinteressen, die eine Einschränkung jedenfalls als nicht zwingend erscheinen lassen, gestützt wird.

Ein Beispiel für den Vorrang einer Kombination von Auslegungsargumenten ist der Vorrang für übereinstimmenden Wortlaut und Willen des Gesetzgebers gegenüber anderen Argumenten. Allerdings zeigt der Fall des Schadenersatzes für Persönlichkeitsrechtsverletzungen,¹⁷⁹ dass Ausnahmen möglich sind, jedenfalls wenn die gesetzliche Regelung alt ist, ein gesellschaftlicher Wandel eingetreten ist und sich die Wertmaßstäbe verändert haben. Die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung bleibt ohnehin. Andererseits lässt sich für weite Bereiche ein definitiver Vorrang von Wortlaut und Wille des Gesetzgebers begründen. Jedenfalls lässt sich ein starker *prima facie*-Vorrang für diese Kombination von Auslegungsargumenten annehmen.

Weitere *prima facie*-Vorrangregeln sind von *Alexy* vorgeschlagen worden:¹⁸⁰

- (1) Linguistische Argumente gehen *prima facie* allen anderen Auslegungsargumenten vor.
- (2) Institutionelle (d.h. linguistische, genetische, systematische) Argumente gehen *prima facie* allgemeinen praktischen Argumenten vor.

Ob diese *prima facie*-Vorränge allerdings über eine Argumentationslastregel hinausgehen und wie stark sie sind, bedarf genauerer Untersuchung.

Als Begründungen für Vorrangregeln unter den Auslegungsregeln werden insbesondere staatsrechtliche Argumente vorgebracht. So nehmen *Koch/Rießmann* an, wegen des Postulats der Gesetzesbindung der Gerichte sei ein Vorrang von Wortsinn und Zwecken des Gesetzgebers vor objektiv-teleologischer Auslegung anzunehmen. Wegen der Ge-

178 BVerfGE 32, 54.

179 BVerfGE 34, 269.

180 *Alexy* 1995b, 90.

schriebenheit der Verfassung und des Rechts sei der Vorrang des Wortsinns vor Zwecken des Gesetzgebers geboten.¹⁸¹ Daraus ergeben sich folgende Auslegungsregeln:

- Soweit der Wortsinn einer gesetzlichen Vorschrift eindeutig ist, darf er nicht durch Berücksichtigung der anderen Auslegungsziele korrigiert werden (aber eine Rechtsfortbildung sei möglich).
- Sofern der Wortsinn unbestimmt ist, ... ist auf die gesetzgeberischen Zweckvorstellungen zurückzugreifen.
- Sofern auch durch Beachtung der gesetzgeberischen Zweckvorstellungen eine Entscheidung nicht getroffen werden kann, ist die semantische Interpretation des Gesetzes im Lichte "vernünftiger" Zwecke zu ergänzen (objektiv-teleologische Auslegung).

Gegen diese These des Vorrangs von Wortlaut und Willen des Gesetzgebers gegenüber objektiv-teleologischen Argumenten ist allerdings Kritik geltend gemacht worden. So hat Koller¹⁸² eingewandt, dass die Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift einen eindeutigen Wortsinn hat, häufig nicht ohne teleologische Argumente zu beurteilen sei. In diesen Fällen kann kein Vorrang ersterer gegenüber letzteren angenommen werden kann. Ferner sei ein absoluter Vorrang der historischen (subjektiv-teleologischen) Auslegung nicht einleuchtend. Es bestehe vielmehr die Notwendigkeit einer Abwägung. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Kritik trifft jedoch nicht die Annahme eines *prima facie*-Vorrangs von Wortlaut und Willen des Gesetzgebers in den Fällen, in denen diese ohne Rückgriff auf objektiv-teleologische Argumente zu bestimmen sind.

III. Systematik der Auslegungskriterien

Die verschiedenen Konzeptionen der Auslegungsmethodik zeigen, dass Abwägungen in verschiedenen Konstellationen notwendig werden. Sie bieten ferner eine Grundlage eine Systematik von Auslegungskriterien. Zunächst sind drei Begründungsstrukturen zu unterscheiden, die Kohärenzforderung, die Subjektiv-/Objektiv-Dichotomie sowie die Unterscheidung deduktiver und teleologischer Argumentationsstrukturen.

1. Argumentationsstrukturen

1.1. Die Kohärenzforderung

Die Interpretation eines Gesetzes lässt sich als ein Prozess verstehen, in dem ein Vorschlag für die Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks auf seine Kohärenz mit anderen Sprachverwendungen innerhalb des Rechtssystems überprüft und, wenn notwendig, modifiziert wird. Die erste Stufe bildet der Wortlaut eines Gesetzes, die zweite die Übereinstimmung mit sonstigen Zielen und Vorstellungen des Gesetzgebers, die dritte die Kohärenz mit den übrigen Bestimmungen des positiven Rechts, die vierte die Prüfung an allgemeinen Forderungen der Vernünftigkeit. Dabei wird unterstellt, dass der Gesetzgeber nicht nur das

181 Koch/Rüßmann 1982, 182f.

182 Koller 1997, 216.

Gesetz so erlassen wollte, wie er es formuliert hat, sondern auch eine Regelung treffen wollte, die seinen weiteren Absichten und Zielen dient oder jedenfalls mit ihnen vereinbar ist, dass er ferner eine positive Rechtsordnung anstrebt, die in sich stimmig oder jedenfalls nicht gravierende Widersprüche oder Inkohärenzen aufweist, und schließlich auch will, dass das positive Recht insgesamt als ein vernünftiges Regelungswerk verstanden werden kann. Der Wille des Gesetzgebers bezieht sich also auf verschiedene Ebenen. Der konkrete, empirische Wille des Gesetzgebers (wenn er denn feststellbar ist) kann mit Bezug auf die übrigen Ebenen korrigiert werden. Da alle diese Ebenen vom Willen des Gesetzgebers umschlossen sind, kann dies als eine Objektivierung des Willens des Gesetzgebers verstanden werden.

1.2. Die Subjektiv-/Objektiv-Dichotomie

Eine zweite strukturelle Unterscheidung ist die nach dem Interpretationssubjekt, einerseits dem Gesetzgeber, andererseits der Sprach- oder Rechtsgemeinschaft (oder bestimmten Teilen von ihr). Entsprechend ist zwischen den subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers und einer objektivierten Sicht zu unterscheiden. Für die sprachliche Bedeutung entspricht eine objektivierte Sicht der Orientierung am allgemeinen Sprachverständnis, also der konventionellen Bedeutung. Ebenso lassen sich in Bezug auf Ziele, die mit einer Regelung verbunden werden, die Ziele des Gesetzgebers denjenigen Zielen, die objektiv verfolgt werden sollten, gegenüberstellen. So könnte eine Regelung, die ein Nachtbackverbot vorsieht, vom Gesetzgeber mit dem Ziel des Konkurrenzschutzes für kleine Betriebe erlassen worden sein, aber objektiv mit dem Zweck des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden.

1.3. Deduktive und teleologische Argumentation

Es sind regelbasierte Begründungen in Form deduktiver Folgerungen sowie teleologische, zielorientierte Argumentationen zu unterscheiden. Der zweiten Variante sind Prinzipienargumente zuzuordnen, da diese die Realisierung einer bestimmten normativen Situation, d.h. der definitiven Geltung einer Norm, fordern.

Die regelbasierte Begründung erfolgt durch Subsumtion und Deduktion. Die Subsumtion erfordert die Bestimmung der Bedeutung der im Tatbestand einer Norm enthaltenen Begriffe. Für diese Interpretation kommt zunächst der natürliche oder allgemeine Sprachgebrauch in Betracht (das Gesagte), ferner ein technischer oder fachlicher Sprachgebrauch, der Sprachgebrauch des Gesetzgebers im auszulegenden oder in anderen Gesetzen (das vom Gesetzgeber Gemeinte).

Die deduktive Begründung stellt eine Interpretation im semantischen Sinne dar. Von ihr zu unterscheiden ist eine ergebnisorientierte Begründung, die der Auslegung ein bestimmtes Ergebnis als Ziel vorgibt. Während Ansatzpunkt der interpretativen Begründung das Gesagte oder das Gemeinte ist, geht es bei der ergebnisorientierten Begründung um

das vom Gesetzgeber Gewollte oder das objektiv Gesollte.¹⁸³ Das Gewollte wiederum wird zum Gesollten, wenn eine legitime Autorität des Gesetzgebers zur Normsetzung angenommen wird. Ferner lassen sich semantische Argumente teleologisch konstruieren, indem als Ziel eine Interpretation gefordert wird, die dem Sprachgebrauch möglichst nahe kommt.

Zu beachten ist, dass im Fall eines Konflikts mit anderen Auslegungsargumenten auch regelbasierte Argumente in Form teleologischer Argumente formuliert werden müssen. Denn die zu entscheidende Frage im Falle eines Konflikts ist, welchem oder welchen der kollidierenden Auslegungsargumente im betreffenden Fall gefolgt werden soll. Um diese Frage unter Berücksichtigung aller relevanten Argumente beantworten zu können, müssen die Argumente als normative Forderungen hinsichtlich der gebotenen Auslegung formuliert werden.

2. *Kombinationen*

Die verschiedenen deduktiven oder normativen Auslegungsargumente lassen sich kombinieren. Die Kohärenzargumentation enthält vier Typen von Argumenten. Jedes kann in Form von Regelargumenten (deduktiv) oder von Prinzipienargumenten (teleologisch) auftreten. Der Sprachgebrauch kann in Form einer semantischen Regel gefasst und der Interpretation zugrundegelegt werden oder aber eine dem Sprachgebrauch möglichst nahe Auslegung als Ziel gefordert werden. Der Gesetzgeber kann abweichende semantische Vorstellungen gehabt haben, oder aber Ziele, die vom Wortlaut abweichende Ergebnisse fordern. Andere gesetzliche Regelungen können abweichende semantische Verwendungen enthalten oder aber kollidierende Ziele verfolgen. Allgemeine praktische Argumente können auf vom positiven Recht unabhängige normative Theorien gestützt werden oder aber in Form von politisch-moralischen Prinzipien auftreten.

Die Subjektiv-/Objektiv-Dichotomie lässt sich auf den Wortlaut der auszulegenden Regelung wie auf die mit ihr verfolgten Ziele beziehen, aber auch auf Wortlaut und Ziele anderer Regelungen. Es kann also jeweils gefragt werden, was der jeweilige Gesetzgeber selbst gemeint oder gewollt hat, oder aber, was aus Sicht der Rechtsgemeinschaft nach allgemeinem Sprachgebrauch unter einem Ausdruck zu verstehen ist oder was vernünftigerweise mit einer gesetzlichen Regelung bezweckt ist.

Die objektive Variante kann wiederum hinsichtlich des Wortlauts differenziert werden in allgemeinen Sprachgebrauch und Fachsprache, jeweils im Hinblick auf die auszulegende Regelung wie im Hinblick auf andere, für die systematisch Interpretation relevante Regelungen. Weitere Differenzierungen ergeben sich, wenn die Verwendung in früheren Rechtsordnungen (Dogmengeschichte) oder in fremden Rechtsordnungen (rechtsvergleichende Argumente) berücksichtigt wird.

Ferner können mehrere Argumente eines Typs angeführt werden, z.B. verschiedene teleologische Argumente. Wichtig ist, dass für die Interpretation von Gesetzen eine Vielzahl verschiedenartiger Argumente zu berücksichtigen ist. Nicht alle sind in jedem ein-

183 Die Terminologie ist angelehnt an Koch/Rüßmann 1982, 169.

zelen Fall relevant. In einer allgemeinen Theorie der Gesetzesinterpretation sind jedoch alle diese Möglichkeiten zu berücksichtigen.

Ein Ansatz zur Systematisierung dieser verschiedenen möglichen Auslegungsargumente orientiert sich an den vier Stufen der Kohärenzprüfung (Sprachgebrauch, Intentionen des Gesetzgebers, andere positive Rechtsnormen, praktische Vernunft). Auf den ersten drei Stufen ist eine Unterscheidung nach subjektiver Perspektive und objektiver Beurteilung möglich. Dabei kann als objektiv zum einen der konventionale Charakter angesehen werden, zum anderen die rationale Begründung subjektiver Einstellung durch eine argumentative Überprüfung. Daraus ergibt sich folgende Einteilung:

Stufe der Interpretation	Geltungsanspruch	
Wortlaut	Subjektiv	Objektiv (konventional/rational)
Intentionen der Regelung	Subjektiv	Objektiv (konventional/rational)
Systematik		
- Regeln	Subjektiv	Objektiv (konv./rational)
- Prinzipien, Ziele	Subjektiv	Objektiv (konv./rational)
Vernunft		
- Theorien		Objektiv
- Prinzipien, Ideale		Objektiv

Die Konventionen, auf die mit Auslegungsargumenten Bezug genommen werden kann, können ihre Grundlage in der allgemeinen Sprachgemeinschaft haben, aber auch in verschiedenen Fachgemeinschaften, in früheren oder in ausländischen Sprachgemeinschaften.

3. Abwägung von Auslegungsargumenten

Die Kollision der verschiedenen Auslegungskriterien erfordert Abwägungen. Deren Struktur entspricht dem allgemeinen Abwägungsmodell. Allerdings unterscheidet sich die Abwägung im Rahmen der Interpretation nicht nur in der Art und Begründung der abzuwägenden Argumente, sondern auch in der Begründung von Vorrangregeln von der Abwägung moralischer oder sonstiger substantieller normativer Argumente. Annahmen, die für die Abwägung etwa von individuellen Rechten passen, lassen sich nicht ohne weiteres auf die Abwägung von Auslegungsargumenten übertragen.

Ein erster Ansatz für Abwägungen ist die Unterscheidung von abstrakten relativen Gewichten der kollidierenden Belange sowie von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden hinsichtlich dieser Belange. Für Auslegungsregeln lassen sich Annahmen über deren abstraktes Gewicht in Kollisionsfällen machen. Ob allerdings Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade ebenfalls relevant sind oder aber eine Rangordnung zwischen Auslegungs-

regeln allein aufgrund deren abstrakter Gewichte zu bilden ist, ist fraglich. Ein Ansatz zur Lösung dieses Problems ist, Auslegungsregeln auf verfassungsrechtliche Prinzipien zurückzuführen. Auf diese Weise werden die abstrakten Gewichte der Auslegungsregeln aufgrund der Gewichte und Beeinträchtigungsgrade der involvierten Prinzipien bestimmt. Die Abwägung im Rahmen der Interpretation von Gesetzen wird zu einem Anwendungsfall der Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien.

Es bleibt die Frage nach den Kriterien für die Rationalität oder Objektivität solcher Abwägungen. Im Unterschied zu den abwägungsinternen Kriterien, die vom Urteilenden angewandt werden müssen, unabhängig davon, ob andere Urteilende ebenso verfahren würden, geht es bei den Kriterien rationaler oder objektiver Begründung darum, einen Interpretationsvorschlag aus Sicht eines jeden vernünftig Urteilenden als richtig oder gerechtfertigt zu begründen. Dies ist jedenfalls das Ziel der Argumentation.

Solche Begründungskriterien rekurren letztlich auf die Akzeptanz durch vernünftige Beurteiler, also auf das Kriterium vernünftiger Konvergenz. Dabei kommen Urteile aller Urteilsfähigen in Betracht oder auch nur die Urteile einer bestimmten, fachlich in bestimmter Weise qualifizierten Gruppe. Das Kriterium vernünftiger Konvergenz wiederum erlaubt verschiedene Differenzierungen. Es sind drei Dimensionen zu unterscheiden, das Maß der Zustimmung, die Qualität der Argumentation und die Stärke der geltend gemachten Interessen. Da diese Kriterien jeweils Graduierungen zulassen, lässt sich als Kriterium objektiver Richtigkeit das der Stärke vernünftiger Akzeptanz bilden. Dieses basiert allerdings auf Unterkriterien, die in Konflikt miteinander stehen können.

Ein zentrale Gruppe innerhalb der relevanten Kriterien sind die der Rationalität. Diese knüpfen bei normativen Fragen vor allem an die Ideen des Systems oder der Kohärenz an. Dazu gehören

- die Vermeidung von Widersprüchen,
- das Bemühen um möglichst vollständige Lösungen, um potentielle Widersprüche auszuschließen,
- Argumente der wechselseitigen oder kumulativen Stützung,
- Argumente der Einfachheit des Rechtssystems.

Kohärenzkriterien können auf die aktuelle Rechtsordnung bezogen sein (rechtsdogmatische Argumente), aber auch auf frühere Rechtsordnungen (historische Argumente, Dogmengeschichte) oder auf fremde Rechtsordnungen (rechtsvergleichende Argumente). Mit Ausnahme des Arguments der Widerspruchsfreiheit sind es jedoch abwägungsfähige Forderungen.

Der Aspekt der Einfachheit erlaubt noch eine andere Argumentationsweise. Die Einfachheit des Rechts fördert die Rechtssicherheit. Dies gilt ebenso für das System insgesamt wie für die Interpretation einzelner Normen oder Begriffe, etwa im Fall der Bestimmung der Grenzen der Privatsphäre. Allerdings muss die einfache Lösung nicht unbedingt die gebotene sein, sondern Einfachheit oder Rechtssicherheit ist wiederum nur ein Argument unter anderen.

Eine andere Gruppe bilden formelle Kriterien wie das der Autorität des Gesetzgebers oder anderer Entscheidungsorgane. Solche Kriterien lassen sich wiederum auf verfassungsrechtliche Prinzipien oder demokratietheoretische Annahmen stützen. Sie stellen

jedoch nur eine Teilmenge der abzuwägenden Prinzipien dar. Sie können aufgrund ihres hohen Gewichts das Ergebnis entscheidend beeinflussen und eindeutig erscheinen lassen. Sie sind jedoch nur im Rahmen der Abwägung relevant und unterliegen damit ebenfalls der Beurteilung nach dem Kriterium vernünftiger Akzeptanz.

Rechtsdogmatische, rechtshistorische und rechtsvergleichende Argumente können als einfache semantische Argumente verwendet werden, sie können aber auch als Kriterien zweiter Stufe von Bedeutung sein, die die objektive Gültigkeit eines Interpretationsvorschlags begründen sollen. Rechtsdogmatik kann als Ergebnis einer vernünftigen Argumentationspraxis angesehen werden und damit die objektive Richtigkeit einer Auslegung stützen. Ebenso können die Anerkennung einer Auffassung in der Rechtstradition oder die Anerkennung ähnlicher Problemlösungen in anderen Rechtsordnungen eine Vermutung für ihre Vernünftigkeit begründen.

Ein weiteres Element einer Interpretationslehre ergibt sich aus der Existenz höherrangigen Rechts. Die Vereinbarkeit mit höherrangigen Normen ist eine einschränkende Bedingung jeder zulässigen Interpretation. Dies ist insbesondere anerkannt in Forderungen verfassungskonformer Auslegung, sowie allgemein, der Konformität der Auslegung mit höherrangigem Recht.

IV. Die prozedurale Struktur der Interpretation

Die Überlegungen zur juristischen Interpretation führen auf eine Unterscheidung von vier Stufen im Rahmen der Interpretation. Die Interpretation muss allerdings nicht notwendig diese Stufen nacheinander durchlaufen. Deren Unterscheidung stellt eine rationale Rekonstruktion des Interpretationsprozesses dar. Die Stufen sind durch die folgenden Fragen oder Aspekte charakterisiert:

- (1) Das Vorliegen eines Interpretationsproblems: Es muss an semantischen Regeln fehlen (Vagheit) oder ein Konflikt zwischen semantischen Regeln bestehen (Mehrdeutigkeit).
- (2) Grenzen der Interpretation: Vereinbarkeit von Interpretationsvorschlägen mit höherrangigem Recht (z.B. verfassungskonforme Auslegung in der Variante der Ausgrenzung bestimmter Interpretationsvorschläge).
- (3) Auslegungsargumente: Es sind drei Arten von Argumenten zu unterscheiden:
 - die Feststellung der Anwendbarkeit von Auslegungsregeln mittels Subsumtion und Deduktion;
 - die Abwägung kollidierender Forderungen, die sich aus Auslegungsargumenten ergeben;
 - Argumente hinsichtlich der Kohärenz der Abwägungsprämissen und der Abwägungsergebnisse, insbesondere aufgrund des Vergleichs verschiedener hypothetischer Fälle sowie verschiedener Abwägungsentscheidungen.
- (4) Objektivitätskriterien: Kriterium für die objektive Richtigkeit einer mittels Abwägung begründeten Interpretation ist das der vernünftigen Akzeptanz. Im Konflikt zwischen verschiedenen Interpretationsvorschlägen ist nach der Stärke vernünftiger

Akzeptanz der jeweiligen Interpretationsvorschläge zu entscheiden. Hilfskriterien sind Rechtsdogmatik, Dogmengeschichte und Rechtsvergleichung, insoweit die dort durchgeführten juristischen Diskurse die Vernünftigkeit der anerkannten Interpretationen belegen.

Die Begründung der objektiven Richtigkeit einer Interpretation ist stets prinzipiell gefordert. Allerdings genügt für Interpretationen - gemäß dem geltungstheoretischen Begriff der Interpretation - auch die Zuordnung von Bedeutungen mit subjektivem Richtigkeitsanspruch. Die rationale Begründung einer Interpretation muss aufgrund von Auslegungsargumenten und deren korrekter Abwägung im Sinne von (3) erfolgen. Allerdings muss auch in diesem Fall versucht werden, eine objektiv richtige Entscheidung zu treffen.

V. *Fazit*

(1) Die Unterscheidung von Rechtsgeltung und Rechtsanwendung folgt aus einer kriteriellen Konzeption des Rechts. Aber auch aus der Anwenderperspektive ist eine Unterscheidung von Fragen der Rechtsgeltung und solchen der Rechtsanwendung, insbesondere der Interpretation von Rechtsnormen, sinnvoll. Zwar geht es stets um Normbegründung und normative Argumentation. Diese Normbegründung kann aber strukturiert werden.

(2) Es sind formaler, semantischer und geltungstheoretischer Begriff der Interpretation zu unterscheiden. Für das Prinzipienmodell maßgeblich ist der geltungstheoretische Begriff der Interpretation. Während Aussagen der rechtlichen Geltung einer Norm objektiv rechtfertigbar sein müssen, genügt für Interpretationen ein Anspruch auf möglichst objektive Begründung verbunden mit einem subjektiven Richtigkeitsanspruch.

(3) Semantische Unbestimmtheit ist von juristischer Unbestimmtheit zu unterscheiden. Eine Norm kann juristisch unbestimmt sein, obwohl sie semantisch, d.h. ihrem Wortlaut nach, eindeutig ist. Da stets irgendein juristisches Auslegungsargument zur Verfügung stehen wird, ist Unbestimmtheit rechtlicher Normen das Ergebnis eines Konflikts verschiedener Auslegungsargumente.

(4) Juristische Interpretation zielt nicht auf die Bestimmung sprachlicher Bedeutung, sondern auf rationale Begründung von Normen und normativen Entscheidungen. Semantische Interpretation kann nur als ein Argument unter anderen angesehen werden.

(5) Eine vollständige Vorrangordnung verschiedener Auslegungskriterien ist nicht möglich. Die relevanten Auslegungskriterien sind gegeneinander abzuwägen. Diese Notwendigkeit von Abwägungen rechtfertigt andererseits nicht den Schluss, dass überhaupt keine begründeten Aussagen über die Priorität von Auslegungskriterien möglich sind.

(6) Eine Systematik von Auslegungskriterien lässt sich anhand von drei Begründungsstrukturen entwickeln, der Kohärenzforderung, der Subjektiv-/Objektiv-Dichotomie sowie der Unterscheidung deduktiver und teleologischer Argumentationsstrukturen.

(7) Es sind vier Stufen der juristischen Interpretation zu unterscheiden: die Feststellung eines Interpretationsproblems; die Feststellung von Grenzen der Interpretation aufgrund höherrangigen Rechts; die Anwendung von Auslegungsargumenten, mit den Schritten

der Feststellung ihrer Anwendbarkeit, der Abwägung und der Prüfung der Kohärenz; die Anwendung von Objektivitätskriterien.

§ 7 Abwägung in der juristischen Argumentation

I. Autonome und juristische Abwägung

Juristische Abwägungen weisen gegenüber der Grundform der autonomen Abwägung Besonderheiten auf. Sie ergeben sich aus dem autoritativen und dem systematischen Charakter des Rechts.

Die Funktion des Rechts, verbindliche Regelungen zu treffen, erfordert die Anerkennung der Autorität des Rechts im Sinne der Ermächtigung bestimmter Rechtsorgane, Regelungen als verbindlich zu setzen, auch wenn sich ihre inhaltliche Richtigkeit nicht begründen lässt. Im Recht existiert daher notwendigerweise ein Konflikt zwischen individueller Autonomie und der Autorität des Rechts. Da die Autorität des Rechts individuelle Autonomie beschränkt, sowohl die von Bürgern wie von Rechtsanwendungsorganen, können juristische Abwägungen nicht ohne weiteres als autonome Abwägungen konstruiert werden. Das positive Recht kann Gewichtungen und Vorrangregelungen enthalten, die bei der Kollision von Prinzipien anzuwenden sind. Juristische Abwägung muss solchen Vorgaben folgen, kann also nicht vollständig autonom sein. Andererseits kann individuelle Autonomie nicht vollständig durch die Autorität des Rechts verdrängt werden. So bedarf die Autorität des Rechts einer Begründung, die letztlich durch autonome Subjekte anerkannt werden muss. Außerdem sind positive Rechtsordnungen niemals vollständig, sondern lassen Raum für autonome Entscheidungen. In der juristischen Argumentation verbinden sich daher die Anwendung autoritativer Regelungen und die autonome Abwägung.

Eine zweite Besonderheit ergibt sich aus dem systemischen Charakter des Rechts. Es ist nicht nur ein einzelner Fall zu entscheiden, sondern eine Entscheidung innerhalb eines Systems zu treffen. Rechtsanwendungsorgane müssen daher die Kohärenz ihrer Entscheidungen im Hinblick auf reale oder hypothetische Fälle beachten. Eine solche Forderung der Kohärenz gilt zwar als Rationalitätsideal auch für individuelle normative Überzeugungen. Sie sind um so rationaler, je stärker sie in ein kohärentes Überzeugungssystem eingebunden sind und je umfassender dieses System ist. Jedoch stellt dies keine notwendige Bedingung für die Rationalität individueller Überzeugungen dar. Es ist nicht notwendig irrational, einen einzelnen Fall zu entscheiden, ohne zugleich ein vollständiges System normativer Überzeugungen zu entwickeln. In einem Rechtssystem lässt sich hingegen das Gebot der Kohärenz nicht zurückstellen. Juristische Entscheidungen treffen stets auf bereits vorhandene rechtliche Festsetzungen, mit denen sie zusammenpassen müssen.

Juristisch lässt sich das Gebot kohärenten Entscheidens als Forderung der Gleichbehandlung erfassen. Zudem sollten verschiedene Rechtsanwendungsorgane ihre Entscheidungen koordinieren, um Rechtssicherheit herzustellen. Jedenfalls spielt die Kohärenz von Abwägungsentscheidungen hinsichtlich von Vergleichsfällen wie auch hinsichtlich verschiedener Entscheidungsorgane in der juristischen Argumentation eine zentrale Rolle.¹⁸⁴ Aus dem autoritativen und systematischen Charakter des Rechts ergeben sich somit ver-

184 Vgl. insb. McCormick 1978, Peczenik 1989; Hage 2005.

schiedene Kohärenzforderungen an juristische Abwägungen: die Übereinstimmung mit autoritativen Vorgaben für die Abwägung sowie mit anderen Abwägungsurteilen. Die Struktur autonomer Abwägung wird durch solche Kohärenzforderungen modifiziert.

II. Abwägung und Kohärenz

Es sind verschiedene Kohärenzforderungen an Abwägungen zu unterscheiden. Manche gelten bereits für autonome Abwägungen, andere sind spezifisch für juristische Abwägungen. Autonome Abwägungen müssen kohärente Gewichtungen der kollidierenden Belange vornehmen. Auch die Vereinbarkeit verschiedener Abwägungsurteile ist bereits bei autonomen Abwägungen relevant. Das Rechtssystem erweitert diese Anforderung insofern, als auch Kohärenz mit Abwägungen anderer Organe des Rechtssystems gefordert wird. Spezifisch rechtlich sind Kohärenzforderungen in Bezug auf autoritative Gewichtungsvorgaben und Vorrangregeln, die für andere Fälle aufgestellt worden sind.¹⁸⁵

Kohärenzforderungen können weiter danach unterschieden werden, ob sie die Abwägung selbst betreffen oder aber Prämissen, die nicht abwägungsspezifisch sind. Dies führt zur Unterscheidung interner und externer Kohärenz.

1. Interne Kohärenz

Forderungen interner Kohärenz betreffen die Festsetzungen im Rahmen von Abwägungen. Solche Forderungen von Abwägungskohärenz können sich auf ein einzelnes Abwägungsurteil (individuelle Abwägungskohärenz) oder auf die Vereinbarkeit mit anderen Abwägungsurteilen (systemische Abwägungskohärenz) beziehen.

Im Rahmen der Bildung einzelner Abwägungsurteile gelten Kohärenzforderungen für die Konstruktion normativer Argumente, die Bestimmung des Gewichts von normativen Argumenten, die Vorrangbildung sowie für Abwägungsurteile insgesamt.

- Normative Argumente müssen nicht nur auf isolierten Interessen basieren, sondern einem kohärenten Lebensplan oder einer Konzeption eines guten Lebens.
- Die relative Gewichtung normativer Argumente muss den Vorgaben für den Verlauf von Indifferenzkurven entsprechen. Das Abwägungsurteil muss diesen Gewichtungen und den Annahmen über Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade entsprechen.
- Die Vorrangbildung zwischen kollidierenden Argumenten muss alle relevanten Abwägungsfaktoren berücksichtigen. So wäre es fehlerhaft, einen Vorrang von P_1 wegen seines überragenden Gewichts anzunehmen, ohne die Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade der kollidierenden Prinzipien zu berücksichtigen.
- Das Abwägungsurteil muss alle relevanten Argumente berücksichtigen. Geschieht dies nicht, bleiben ungelöste Konflikte und damit Inkohärenzen.

185 Liegt eine autoritative Vorrangregel für den zu entscheidenden Fall vor, erübrigt sich eine Abwägung in diesem Fall - allerdings nicht eine Abwägung in Bezug auf die Rechtfertigung der Kompetenz zur autoritativen Festsetzung dieser Vorrangregel.

- Es dürfen keine irrelevanten Argumente berücksichtigt oder unbegründete Differenzierungen vorgenommen werden.
- Das Ergebnis einer Abwägung muss mit verschiedenen Darstellungen des Abwägungsproblems vereinbar sein.

Die Verletzung dieser Kohärenzforderungen macht die Abwägung fehlerhaft. Sie kann zudem zu falschen Ergebnissen führen.

Kohärenzforderungen zielen ferner auf die Vereinbarkeit der Abwägungsurteile in verschiedenen Fällen sowie verschiedener Urteiler.

- Die Abwägungsregeln nach relativem Gewicht und Erfüllungsgraden sind Kohärenzforderungen auf der Grundlagen des Vergleichs verschiedener Abwägungsfälle. Es gelten Gleichbehandlungsanforderungen für verschiedene Abwägungsurteile hinsichtlich der Annahmen über relative Gewichte und Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade. Dazu gehören Analogieargumente sowie erst recht-Schlüsse.
- Eine prinzipielle Bindung an Präjudizien in Form eines Gebots der Berücksichtigung anderer Abwägungsurteile fordert Kohärenz in den Abwägungsergebnissen. Dies kann eine rechtliche Verpflichtung im Sinne einer Präjudizienbindung darstellen, aus verfassungsrechtlichen Prinzipien wie dem Prinzipien wie denen der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes oder des Gleichbehandlungsgebots begründbar sein oder schlicht als ein Gebot praktischer Vernunft angesehen werden.¹⁸⁶

Das Maß der Erfüllung solcher Forderungen dient zur Bewertung von Abwägungsargumenten und -urteilen im Rahmen des Kriteriums der vernünftigen Konvergenz. Eine rationale Kritik kann zum Ausschluss von inkohärenten normativen Argumenten und Abwägungsurteilen führen. Im Rahmen des Kriteriums der Konvergenz können Auffassungen, die Kohärenzforderungen in weniger hohem Maß erfüllen als andere, geringeres Gewicht bei der Ermittlung einer verbindlichen Norm erhalten. Diese Kohärenzargumente im Rahmen des Abwägungsmodells tragen zur Begründung von Normen bei. Sie stellen jedoch keine unabhängigen Kriterien für die Begründung der Verbindlichkeit von Normen dar.

2. Externe Kohärenz

Externe Kohärenz fordert die Vereinbarkeit von Abwägungsurteilen mit abwägungsunabhängigen Prämissen. Zu den Forderungen externer Kohärenz gehört, dass die in die Abwägung einzustellenden Argumente und ihre Gewichtung auf reale Unterschiede abstellen (Supervenienz) und dass autoritative Vorgaben beachtet werden, soweit diese definitiv verbindlich sind (definitive Präjudizienbindung). Ferner können Abwägungsurteile nach Kriterien theoretischer Rationalität beurteilt werden.

(1) Im Rahmen der Abwägung sind normative Argumente aufgrund der Interessen und Überzeugungen autonomer Subjekte zu bestimmen. Argumente können nicht unabhängig von solchen realen Daten gelten.

186 Umfassend zur Begründung von Präjudizienbindung Kähler 2004, 241ff.

(2) Die Argumentationsbasis kann durch autoritative Entscheidungen determiniert sein. Notwendig ist allerdings die definitive Verbindlichkeit dieser Entscheidungen. Bei einer nur prinzipiellen Verbindlichkeit wären sie als eine Form der Präjudizienbindung im Rahmen interner Kohärenzforderungen einzuordnen. Definitive Verbindlichkeit erfordert wiederum eine Rechtfertigung aufgrund autonomer Argumentation.

(3) Manche Kriterien theoretischer Rationalität lassen sich in Form von Kohärenzkriterien auf normative Urteile anwenden.¹⁸⁷ Eine Form von theoretischer Kohärenz ergibt sich des weiteren aus der Darstellung der Abwägungsurteile in einem mathematischen Modell.¹⁸⁸ Es ist jedenfalls ein Argument für die Rationalität von Abwägungsurteilen, wenn sie sich in einem mathematischen Modell darstellen lassen und damit Kriterien formaler Kohärenz erfüllen, allerdings ein indirektes, mit dem lediglich der Einwand der Inkohärenz ausgeschlossen werden kann.

Die Unterscheidung von Forderungen interner und externer Kohärenz ist allerdings nicht trennscharf. Manche Forderungen externer Kohärenz lassen sich auch mit solchen interner Kohärenz erfassen. Wird etwa ein Argument ohne eine empirische Basis verwendet, ist dies nicht nur ein Verstoß gegen das Gebot der Supervenienz, sondern führt auch zur Berücksichtigung irrelevanter Argumente in der Abwägung und damit zu einem Verstoß gegen ein Gebot interner Kohärenz. Auch die Relevanz theoretischer Rationalität neben den Forderungen interner Abwägungskohärenz ist jedenfalls nicht offensichtlich.

III. Abwägungsregeln

Die Forderungen interner Kohärenz lassen sich in Form von Abwägungsregeln darstellen. Diese verwenden, wie bereits zur Struktur der Abwägung dargelegt, die Kriterien des abstrakten relativen Gewichts und des Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrades der abzuwägenden Prinzipien. Zentrales Thema der juristischen Abwägung ist zu ermitteln, inwieweit das geltende Recht Abwägungsvorgaben insbesondere hinsichtlich der abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien enthält und welche Vorrangrelationen sich daraus ergeben. Das Ausgangsproblem ist also die Ermittlung objektiv geltender Abwägungsregeln. Autonome Abwägung kommt erst sekundär zur Anwendung. Juristische Abwägung zielt damit auf objektiv rationale, nicht autonome Begründung von Abwägungsurteilen.

Die Grundregeln für Abwägungsurteile sind bereits dargelegt worden. Gefordert ist die Bestimmung einer Vorrangrelation unter kollidierenden Prinzipien oder, allgemein, normativen Argumenten. Vorrang enthält dasjenige Prinzip, das im konkreten Fall das größere Gewicht aufweist. Dieses Urteil hängt wiederum von zwei Faktoren ab, dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien und dem Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrad der betreffenden Prinzipien, der bei der Abwägung auf dem Spiel steht. Es lassen sich eine Reihe von Regeln angeben, die bei dieser Abwägung zu beachten

187 Zu Kohärenz ohne Bezug zur Abwägung Bracker 2000; Hage 2005, 33ff.

188 Vgl. den Versuch der Mathematisierung der Abwägung bei Alexy 2003a.

sind.¹⁸⁹ Sie basieren auf den für die Abwägung allgemein geltenden Kriterien, lassen sich jedoch - eine gewisse Ungenauigkeit in Kauf nehmend - vereinfacht formulieren.

1. *Abwägungskriterien*

Für den Vorrang eines Prinzips P_1 gegenüber einem kollidierenden Prinzip P_2 in einem konkreten Fall gelten folgende Kriterien:

(AR₁) Der Zugewinn in der Erfüllung von P_1 muss das Maß der Beeinträchtigung von P_2 rechtfertigen.

Diese Formulierung ist allerdings unvollständig, da es für die Beantwortung der Frage, ob eine Beeinträchtigung eines Prinzips gerechtfertigt ist, auch auf das relative Gewicht der beteiligten Prinzipien ankommt. Dies lässt sich wie folgt ausdrücken:

(AR₂) Die Wichtigkeit der Erfüllung des Prinzips P_1 im konkreten Fall muss das Maß der Beeinträchtigung des kollidierenden Prinzips P_2 rechtfertigen.

Mit der Bezugnahme auf den konkreten Fall wird das Maß der Erfüllung oder Beeinträchtigung eines Prinzips, das durch eine Abwägungsentscheidung bewirkt wird, als Element des Vorrangkriteriums eingeführt. Die Wichtigkeit der Erfüllung im konkreten Fall ergibt sich dann aus dem relativen Gewicht der kollidierenden Prinzipien und dem zur Entscheidung stehenden Maß ihrer Erfüllung bzw. Beeinträchtigung. Auch diese Beziehung bringt die Struktur einer Abwägung allerdings nur unvollständig zum Ausdruck. Abwägungen sind dadurch charakterisiert, dass auf beiden Seiten Gewichte und Erfüllungsgrade von Prinzipien zu berücksichtigen sind. Dies kann durch folgende Regel zum Ausdruck gebracht werden:

(AR₃) Das Gewicht von P_1 im konkreten Fall muss größer sein als das von P_2 .

Das Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall ergibt sich dabei aus seinem relativen Gewicht und dem zur Entscheidung stehenden Maß seiner Erfüllung.

2. *Kohärenzforderungen*

Aufgrund der dargestellten Varianten der Konstruktion von Abwägungen ergeben sich eine Reihe von Kohärenzforderungen. Allgemein gilt, dass das Abwägungsergebnis unabhängig sein muss von der Formulierung der Prinzipien und des Abwägungsproblems. Andere, speziellere Kohärenzforderungen bestimmen Vorrangrelationen aufgrund von Vergleichen von Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgraden und relativen Gewichten. Als allgemeine Regeln der juristischen Abwägung können formuliert werden:

189 Zur Ausarbeitung solcher Regeln für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Clérico 2001.

(1) Gleichbehandlungs- oder Analogieprinzip:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Vorrang zugunsten eines Prinzips angenommen worden, dann muss in einem anderen Fall bei gleichen Erfüllungsgraden und relativen Gewichten dieses Prinzip ebenfalls Vorrang erhalten.

(2) Argumentum a fortiori:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Vorrang zugunsten eines Prinzips angenommen worden, dann führt eine Änderung in einer dieser Dimensionen zugunsten dieses Prinzips dazu, dass es auch unter den geänderten Umständen Vorrang vor dem kollidierenden Prinzip erhalten muss.

(3) Differenzierungsgebot:

Ist für eine bestimmte Kombination von Erfüllungsgraden und relativen Gewichten ein Gleichgewicht zwischen kollidierenden Prinzipien angenommen worden, dann führt eine Änderung in einer dieser Dimensionen zugunsten eines der kollidierenden Prinzipien zum Vorrang dieses Prinzips.

Zu beachten ist, dass die Annahme eines Gleichgewichts als Grundlage des Differenzierungsgebots ein positives Urteil erfordert, nicht lediglich die Feststellung, dass ein Vorrang für eines der beiden Prinzipien nicht begründbar ist.

3. Kohärenz und Formalisierung

Ein Höchstmaß an Kohärenz wäre erreicht, wenn sich Abwägungsurteile in Form eines mathematischen Kalküls darstellen ließen. Eine solche Darstellung bedeutet nicht, dass Abwägungsurteile sich tatsächlich berechnen ließen. Dies erforderte die objektive Bestimmbarkeit der Abwägungsfaktoren, die schon wegen der autonomen Elemente in der Abwägung nicht möglich ist. Es wäre hingegen denkbar, Abwägungen so zu rekonstruieren, dass sie sich aus bestimmten Faktoren nach mathematischen Gesetzmäßigkeiten ergeben. Eine solche Darstellung würde die Kohärenz der Abwägungen garantieren.

3.1. Alexys "Gewichtsformel"

Alexy hat mit seiner "Gewichtsformel"¹⁹⁰ einen Vorschlag zur Präzisierung von Abwägungen vorgelegt, der ein arithmetisches Gesetz für Abwägungen formuliert. Es soll

¹⁹⁰ Die Gewichtsformel stellt Alexy neben das "Kollisionsgesetz" und das "Abwägungsgesetz". Gemeinsam sollen sie die Grundlage seiner Abwägungstheorie bilden. Das Kollisionsgesetz besagt, dass die Bedingungen C, unter denen ein Prinzip einem anderen vorgeht, den Tatbestand einer Regel bilden, die als Ergebnis einer Abwägung festgesetzt wird. Das Abwägungsgesetz besagt in Bezug auf die Kollision zweier Prinzipien, dass, je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung

eine Alternative zur deduktiven Folgerung darstellen.¹⁹¹ Ähnlich wie die Deduktion die Ableitung eines Ergebnisses aus gegebenen Prämissen erlaubt, soll die Gewichtsformel die Ableitung des Abwägungsergebnisses aus den für die Abwägung relevanten Faktoren ermöglichen. Die Gewichtsformel für die Abwägung zweier Prinzipien lautet:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Dabei stehen

I_i für die Eingriffsintensität des Prinzips P_i in einem konkreten Fall C,

G_i für das abstrakte Gewicht des Prinzips P_i ,

S_i für die Sicherheit der empirischen Annahmen für die Bestimmung des Grades der Intensität des Eingriffs.

P_i für das, dessen Verletzung wegen Nichterfüllung oder Beeinträchtigung geprüft wird, also eine Variable für Prinzipien.

IP_i für die Intensität des Eingriffs in P_i .

Die Intensität des Eingriffs IP_i wird als eine konkrete Größe verstanden, im Unterschied zum abstrakten Gewicht eines Prinzips. Konkret heißt offenbar, auf die Umstände eines konkreten Fall bezogen. Um die Konkretheit explizit zu machen, fügt *Alexy* ein "C" als Angabe der entscheidungsrelevanten Umstände des Falls hinzu. Die Intensität des Eingriffs wird damit notiert als IP_iC . Dies bringe drei Aspekte zum Ausdruck, das Prinzip, die Intensität des Eingriffs und den konkreten Fall.¹⁹² Wenn es nicht darauf ankomme, die drei Aspekte hervorzuheben, könne man für die Eingriffsintensität schlicht schreiben: I_i . Die Eingriffsintensität wird auch als Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung bezeichnet.¹⁹³

GP_i bezeichne das abstrakte Gewicht von P_i , d.h. das Gewicht, das P_i relativ auf andere Prinzipien unabhängig von den Umständen irgendwelcher Fälle zukommt. Um die Abstraktheit explizit zu machen, könne ein "A" hinzugefügt werden: GP_iA . Die knappe Fassung des abstrakten Gewichts laute G_i .

Die Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips müsse nicht notwendig als eine konkrete Größe aufgefasst werden, in ihr könnten Konkretes und Abstraktes verbunden werden. Sie hänge davon ab, wie intensiv die Beeinträchtigung sei und wie hoch das abstrakte Gewicht des betreffenden Prinzips sei.¹⁹⁴

Die Produkte $I_i \cdot G_i$ und $I_j \cdot G_j$ drücken *Alexy* zufolge etwas aus, was nicht selten neben oder statt $G_{i,j}$, G_i und G_j als Gewicht bezeichnet werde. Dieses Produkt könne "das nichtrelative konkrete Gewicht" oder auch die "Wichtigkeit" von P_i genannt wer-

tigung des einen Prinzips ist, desto größer die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen Prinzips sein muss (*Alexy* 2003a, 772).

191 *Alexy* 2003b, 448. Die Entgegensetzung zur deduktiven Logik erscheint allerdings nicht passend, weil Arithmetik nicht in Gegensatz zu ihr steht. Vgl. auch die Kritik bei *Brožek* 2007, 110.

192 *Alexy* 2003a, 779.

193 Ebd., 778.

den. Letzteres sei eleganter, mache es aber erforderlich, strikt zwischen Intensität des Eingriffs und Wichtigkeit zu unterscheiden. Damit ergebe sich die Beziehung

$$W_i = I_i \cdot G_i^{195}$$

Zunächst betrachtet *Alexy* nur die konkrete Wichtigkeit, da das von ihm formulierte Abwägungsgesetz¹⁹⁶ auf die Konstellation gleicher abstrakter Gewichte zugeschnitten sei - eine Aussage, die zweifelhaft erscheint, denn das Abwägungsgesetz lässt sich auch ohne diese Voraussetzung anwenden. Die konkrete Wichtigkeit hänge von den Auswirkungen ab, die die Unterlassung der in P_i eingreifenden Maßnahme für die Erfüllung des gegenläufigen Prinzips P_j habe. Der Begriff der konkreten Wichtigkeit sei mit dem der Intensität des Eingriffs identisch.¹⁹⁷ Daher verwendet *Alexy*, abweichend von früheren Arbeiten, für die Notation der konkreten Wichtigkeit ebenfalls das Zeichen für Eingriffsintensität. Die konkrete Wichtigkeit des kollidierenden Prinzips wird also dargestellt als IP_jC oder kurz I_j .

Die Bewertung der Eingriffsintensitäten erfolgt mit den Werten leicht, mittel, schwer, die durch l, m und s angegeben werden.¹⁹⁸ *Alexy* meint, dass sich eine Skala der Eingriffsintensitäten vom Standpunkt der Verfassung angeben lasse, die Kommen-surabilität stifte.¹⁹⁹ Dieses triadische Modell könne mit Hilfe von Zahlen illustriert werden.²⁰⁰ Dies sei mittels arithmetischer oder geometrischer Folgen möglich. Eine besonders einfache arithmetische Folge sei die Folge 1, 2, 3... Auf dieser Grundlage könne das Gewicht eines Prinzips unter den Umständen des zu entscheidenden Falls, sein konkretes Gewicht, ausgedrückt werden als

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

Alexy bezeichnet dies als "Differenzformel".²⁰¹ Das konkrete Gewicht könne ausführlicher notiert werden als $GP_{i,j}C$. Es handele sich um ein relatives Gewicht.

Die arithmetische Darstellung sei gleichwohl inadäquat, weil sie nicht zum Ausdruck bringe, dass Prinzipien bei steigender Eingriffsintensität immer mehr an Kraft gewinnen. Dieser Zusammenhang entspreche dem Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution.²⁰² Deshalb nimmt *Alexy* eine geometrische Skalierung mit den Werten 2^0 , 2^1 , 2^2 (also 1, 2, 4) vor. Dies erlaube es, das konkrete Gewicht durch die obige Quotientenformel zu definieren.

Die vollständige Quotientformel enthält neben Eingriffsintensitäten als weitere Elemente die abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien sowie die Sicherheit der empirischen Annahmen. Abstrakte Gewichte sollen ebenso wie Eingriffsintensitäten auf triadische Skalen bezogen werden, die durch geometrische Folgen repräsentiert würden. Bei-

194 Ebd., 779.

195 Ebd., 789.

196 *Alexy* 1985, 146.

197 *Alexy* 2003a, 780.

198 Ebd., 781.

199 Ebd., 782.

200 Ebd., 783.

201 Ebd., 784.

202 Ebd., 785.

den komme gleiches Gewicht bei der Bestimmung des durch G_{ij} repräsentierten konkreten oder relativen Gewichts zu.²⁰³

Die Werte für die Sicherheit empirischer Prämissen werden ebenfalls auf geometrischen Skalen angegeben. Die Werte hierfür seien g (gewiss), p (plausibel) und e (evident falsch). Die entsprechenden Zahlenwerte seien 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} .

Alexy fügt dem noch zwei erweiterte Gewichtsformeln hinzu, die das Problem der Kollision von nicht nur zwei, sondern von mehreren Prinzipien betreffen. Dies setzte allerdings voraus, dass Prinzipien additiv kumulierbar wären,²⁰⁴ eine Voraussetzung, die durchaus problematisch ist. Sie erfordert die additive Trennbarkeit der einzelnen Gewichte.²⁰⁵ Diese wird häufig nicht gegeben sein, weil Prinzipien in Beziehungen zueinander stehen, die sie nicht völlig unabhängig voneinander machen.²⁰⁶ Dies schließt eine einfache Addition aus. Die Anwendung der erweiterten Gewichtsformeln steht somit vor Problemen, die von Alexy angesprochen, aber nicht gelöst werden.²⁰⁷

3.2. "Gewichtsformel" und Optimierungsmodell der Abwägung

Gegen die Alexysche "Gewichtsformel" sind eine Reihe von Einwänden vorgebracht worden,²⁰⁸ die sich vor allem gegen die mit ihr angestrebte Mathematisierung der Abwägung richten. Sie können allerdings nicht in Frage stellen, dass eine Präzisierung der Abwägung auch unter Einsatz mathematischer Instrumente wünschenswert wäre und es jedenfalls interessant ist, deren Möglichkeiten auszuloten. Dies erfordert allerdings zunächst Klarheit über das zugrundegelegte Modell der Abwägung. Zu klären ist insbesondere, in welchem Verhältnis die Alexysche Konzeption zu dem hier verwendeten Optimierungsmodell der Abwägung steht ab.

In verschiedenen Punkten sind Abweichungen festzustellen:

- Für den Begriff des konkreten relativen Gewichts, der durch die Gewichtsformel bestimmt wird, sei es mittels Subtraktion auf der Basis arithmetischer Skalierung, sei es durch einen Quotienten auf der Basis geometrischer Skalierung, gibt es keine Entsprechung im Optimierungsmodell.
- Andererseits fehlt in der Alexyschen Konzeption der Begriff des relativen Gewichts im Sinne der normativen Substitutionsrate für kollidierende Prinzipien, die dem Betrag der Steigung der betreffenden Indifferenzkurve entspricht.
- In der Alexyschen Konzeption werden Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrad mit Eingriffsintensität gleichgesetzt, letztere wiederum wird mit der konkreten Wichtigkeit

203 Ebd., 789.

204 Ebd., 792.

205 Vgl. Jansen 1998, 120, zu den Gebotenheitsgraden von Prinzipien.

206 Sieckmann 1995.

207 Carlos Bernal Pulido hat Erweiterungen der Gewichtsformel um weitere Faktoren vorgeschlagen, vgl. Bernal Pulido 2004, 2006a, 2006b. Allerdings ist fraglich, ob es sinnvoll ist, diese mit den für die Abwägung wesentlichen Faktoren von abstraktem Gewicht und Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrad auf eine Stufe zu stellen

208 Kritisch zur Gewichtsformel Atienza 2006, 173; Brożek 2007b; Hofmann 2007; Jestaedt 2007, 266; Moreso 2007, 230ff.; Riehm 2006, 66ff.

eines Prinzips identifiziert.²⁰⁹ Im Optimierungsmodell werden hingegen Beeinträchtigungs- und Erfüllungsgrad grundsätzlich als deskriptive Begriffe verwendet und von der Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips oder seinem Gewicht im konkreten Fall unterschieden.

- Das Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall wird im Optimierungsmodell als Funktion von Erfüllungsgrad und relativem abstraktem Gewicht des Prinzips definiert. Aufgrund der jeweiligen Gewichte im konkreten Fall (und entsprechend den Erfüllungswerten verschiedener Abwägungsergebnisse hinsichtlich der jeweiligen Prinzipien) wird das Vorrangverhältnis der kollidierenden Prinzipien bestimmt. In der *Alexyschen* Konzeption spielt der Begriff des Gewichts eines Prinzips im konkreten Fall hingegen keine Rolle. Er wird nur der Abgrenzung halber erwähnt. Zudem charakterisiert *Alexy* es als ein nicht-relatives konkretes Gewicht.

- Das abstrakte Gewicht eines Prinzips definiert *Alexy* als vollkommen unabhängig von irgendeinem Fall.²¹⁰ Im Optimierungsmodell ist es hingegen lediglich unabhängig von dem zu entscheidenden Fall zu bestimmen, bleibt aber ein relatives in dem Sinne, dass es in Bezug auf eine Kollision von Prinzipien zu bestimmen ist.

- *Alexy* berücksichtigt explizit die Sicherheit empirischer Annahmen als Abwägungsfaktor.²¹¹ Im Optimierungsmodell wäre dieser Faktor in der Bestimmung von Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgraden zu berücksichtigen.²¹²

Grundsätzliche Unterschiede bestehen demnach hinsichtlich des Begriffes des konkreten relativen Gewichts, hinsichtlich der Begriffe von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden, Eingriffsintensitäten und abstrakten Gewichten von Prinzipien sowie des aufgrund dieser Faktoren definierten relativen Gewichts kollidierender Prinzipien im konkreten Fall. Ein weiterer Unterschied ist die Einführung einer geometrischen Skalierung für Eingriffsintensitäten, abstrakte Gewichte und Sicherheiten empirischer Annahmen. *Alexy* vertritt demnach eine andere Konzeption der Abwägung als die des Optimierungsmodells. Die Frage ist, ob sie haltbar ist.

3.3. Der Begriff des konkreten Gewichts

Alexy verwendet einen Begriff des konkreten relativen Gewichts von Prinzipien, der im Optimierungsmodell nicht vorkommt. Andererseits verwendet er nicht den im Optimierungsmodell grundlegenden Begriff des relativen Gewichts von Prinzipien im Sinne der normativen Substitutionsrate der Erfüllung kollidierender Prinzipien.

Alexy definiert das konkrete relative Gewicht zweier Prinzipien als Funktion der Eingriffsintensitäten, abstrakten Gewichte und Sicherheit der empirischen Annahmen hinsichtlich der kollidierenden Prinzipien, sei es mittels einer Differenzformel, sei es mit der Quotientformel. Abgesehen vom Faktor der Sicherheit der empirischen Annahmen, scheint

209 *Alexy* 2003a, 778, 780.

210 Ebd., 778.

211 Ebd., 789.

212 Die Sicherheit der empirischen Annahmen kann in den Faktor des Erfüllungsgrades integriert werden, indem dieser als Grad der erwarteten Erfüllung verstanden wird.

eine Parallele zu bestehen in der Bildung des Produkts aus Eingriffsintensitäten I und abstrakten Gewichten G von Prinzipien. Während jedoch dieses Produkt im Optimierungsmodell das relative Gewicht eines Prinzips im konkreten Fall definieren müsste und die Relation der jeweiligen Gewichte im konkreten Fall die Vorrangrelation zwischen den kollidierenden Prinzipien bestimmte, gibt es *Alexy* zufolge das nicht-relative konkrete Gewicht der Prinzipien an. Im Gegensatz dazu definiert er das konkrete relative Gewicht der Prinzipien aufgrund der Differenz oder des Quotienten dieser Produkte, wobei er auf die abweichende Verwendung des Begriffs des Gewichts oder der Wichtigkeit von Prinzipien hinweist. Er führt also einen anderen Begriffs des konkreten relativen Gewichts ein. Im Optimierungsmodell wäre dieser Begriff durch eine Relation zwischen relativen Gewichten im konkreten Fall zu definieren, also durch eine doppelte Relativität.

Da der *Alexysche* Begriff des konkreten relativen Gewichts nicht nur eine klassifikatorische Vorrangrelation definiert, sondern Graduierungen zulässt, kann das relative Gewicht des einen Prinzips gegenüber dem anderen verschieden groß sein. Ein hohes relatives Gewicht des einen Prinzips würde im *Alexyschen* Sinne besagen, dass es das andere im konkreten Fall weit überwiegt. Es liegt nahe, diese Konzeption als die eines "relativen Übergewichts" eines Prinzips gegenüber einem anderen in einem konkreten Fall zu charakterisieren.

Die Konzeption eines relativen Übergewichts eines Prinzips spielt im Optimierungsmodell keine Rolle, weil und soweit es bei der Abwägung nur darum geht, den Vorrang unter kollidierenden Prinzipien in einem bestimmten Fall zu bestimmen. Wie stark das vorgehende Prinzip überwiegt, ist im Ergebnis unerheblich. Es gibt allerdings Zusammenhänge, in denen diese Konzeption fruchtbar sein könnte. Sie könnte zur Rekonstruktion der Idee eines "Abwägungsmaßes"²¹³ dienen, d.h. der Forderung nicht nur eines höheren Gewichts, sondern eines erheblich höheren Gewichts, um den Vorrang eines Prinzips gegenüber einem anderen zu begründen. Ein wichtiger Anwendungsfall könnte die Differenzierung verschiedener Intensitäten gerichtlicher Kontrolle sein. Auch für das Kriterium der Stärke rationaler Akzeptanz²¹⁴ kann relevant sein, wie stark die Priorität ist, die verschiedene in ihren Abwägungsurteilen divergierende Beteiligte ihrer jeweiligen Position zuschreiben.

3.4. Eingriffsintensitäten und abstrakte Gewichte

Ein zweites Problem ist die Definition von Eingriffsintensität I, abstraktem Gewicht G und Wichtigkeit der Erfüllung, oder konkreter Wichtigkeit, W von Prinzipien. Konkrete Wichtigkeit ist offenbar eine allein von den jeweiligen Eingriffsintensitäten abhängende Größe, während Wichtigkeit der Erfüllung insofern allgemeiner ist, als für sie neben den Eingriffsintensitäten auch die abstrakten Gewichte von Prinzipien relevant sein können. In diesem Punkt scheint die *Alexysche* Konzeption dem Optimierungsmodell zu entsprechen, da die Wichtigkeit eines Prinzips W_i in Abhängigkeit von Eingriffsintensität und abstraktem

213 Riehm 2006, 30, 81, 103.

214 Dazu Sieckmann 2003.

Gewicht bestimmt wird.²¹⁵ Eingriffsintensität könnte somit als Grad der Erfüllung oder Beeinträchtigung, abstraktes Gewicht als abstraktes relatives Gewicht verstanden werden.

In der *Alexyschen* Konzeption ist die Eingriffsintensität aber keineswegs mit dem Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrad im Sinne des Optimierungsmodells gleichzusetzen. Letztere sind grundsätzlich empirisch-analytisch zu bestimmen, aufgrund eines Vergleichs verschiedener Situationen. Beispiele sind die Beeinträchtigung des Eigentums durch mehr oder weniger hohe Steuern oder die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit durch mehr oder weniger weitreichende Verbote im Straßenverkehr. Allerdings hängt die Bestimmung von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden von der Definition des Schutzguts ab, die wiederum evaluative oder normative Stellungnahmen erfordern kann. So setzen Urteile über die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts eine Bestimmung voraus, was als Persönlichkeitsrecht geschützt wird und für wie wichtig die einzelnen Elemente gehalten werden. Die Bestimmung von Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgraden kann daher normative Urteile erfordern. Dies ist jedoch nicht begrifflich notwendig. Die Eingriffsintensität enthält hingegen begrifflich notwendig eine evaluative Komponente, da sie mit der konkreten Wichtigkeit eines Prinzips gleichgesetzt wird,²¹⁶ jedenfalls in dem Fall gleicher abstrakter Gewichte der kollidierenden Prinzipien. Die Eingriffsintensität gibt die konkrete Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips an. Sie ist nicht deskriptiv zu verstehen, sondern nur evaluativ zu bestimmen.

Die Gleichsetzung von Eingriffsintensität und konkreter Wichtigkeit der Erfüllung eines Prinzips zeigt, dass die *Alexysche* Eingriffsintensität die Stelle dessen einnimmt, das in Optimierungsmodell als relatives Gewicht im konkreten Fall bezeichnet wird. Die Differenz oder das Verhältnis der Eingriffsintensitäten wiederum bestimmt *Alexy* zufolge das konkrete relative Gewicht der abzuwägenden Prinzipien. Das konkrete relative Gewicht kann in diesem Sinne somit nicht einen Faktor zur Bestimmung der Vorrangrelation darstellen, sondern es wird gleichzeitig mit dieser bestimmt. Dementsprechend setzt die Verwendung der Eingriffsintensität als Kriterium voraus, dass bereits eine Vorrangrelation zwischen Prinzipien bestimmt worden ist.

Dies führt zu der Frage, wie die Eingriffsintensität im *Alexyschen* Modell zu bestimmen ist. Wird sie mit der konkreten Wichtigkeit eines Prinzips gleichgesetzt, könnte sie als Funktion von Beeinträchtigungsgrad und abstraktem Gewicht interpretiert werden. Dies führte jedoch zu einer doppelten Berücksichtigung des Faktors des abstrakten Gewichts. Sind die abstrakten Gewichte gleich, spielt dies keine Rolle, da sie gegeneinander gekürzt werden können und in der Gewichtsformel nicht ausgewiesen werden müssen. Sind sie jedoch nicht gleich, müssen sie in die Gewichtsformel aufgenommen werden. Wenn aber die Eingriffsintensität bereits evaluativen Gehalt hat, dann führt die Ergänzung der Formel um abstrakte Gewichte zu einer doppelten Berücksichtigung abstrakter Gewichte.

Eine weitere Frage ist, ob das abstrakte Gewicht eines Prinzips ein relatives oder ein absolutes Gewicht ist, und in welchem Sinne dies zu verstehen ist. Im Optimie-

215 Alexy 2003a, 788.

216 Ebd., 779f.

rungsmodell wird das Gewicht von Prinzipien als relativ in dem Sinne definiert, dass es nur in Bezug auf das Verhältnis kollidierender Prinzipien (oder jedenfalls mit Bezug auf Prinzipienkollisionen) zu bestimmen ist. In diesem Bezug liegt ein wesentlicher Vorteil des Optimierungsmodells, da es eine rationale Rekonstruktion des Begriffs des Gewichts von Prinzipien aufgrund der in Abwägungen erkennbaren Gewichtungen erlaubt. Wird das abstrakte Gewicht hingegen als ein absolutes Gewicht verstanden, dann ist dessen Begründung wie auch dessen begründungstheoretische Funktion unklar. Absolute Gewichte sind nicht auf Prinzipienkollisionen bezogen, sondern werden Prinzipien unabhängig von Kollisionsfällen zugeschrieben. Solche Zuschreibungen sind zwar als generalisierende Aussagen über relative Gewichte möglich, haben wegen des generalisierenden Charakters aber nur *prima facie*-Charakter und begründen damit lediglich Vermutungen über das richtige Abwägungsergebnis. Dies ist eine andere Art der Begründung als die einer Abwägung.

Alexy verwendet allerdings den Begriff des relativen Gewichts offenbar in einem anderen Sinne, nämlich als eine zweistellige, auf zwei Prinzipien bezogene Relation. Absolute Gewichte sind demnach einstellige Prädikate, die auf nur ein Prinzip bezogen sind. Diese Verwendungsweise zeigt sich auch an der Bezeichnung der Wichtigkeit eines Prinzips im konkreten Fall (dargestellt als das Produkt aus I und G) als nicht relatives Gewicht. Da das abstrakte Gewicht von Prinzipien relativ auf kollidierende Prinzipien definiert wird, muss auch das Produkt von abstraktem Gewicht und Eingriffsintensität in diesem Sinne relativen Charakter haben. Es wird jedoch von *Alexy* als nicht relatives konkretes Gewicht bezeichnet. Dies zeigt, dass er einen anderen Begriff der Relativität des Gewichts von Prinzipien verwendet. Dies ist offenbar, allerdings ohne explizite Definition, der Bezug des relativen Gewichts auf nicht nur eines, sondern beide der kollidierenden Prinzipien.

In diesem Punkt stellt sich ein weiteres Problem. Das abstrakte Gewicht ist *Alexy* zufolge ein relatives Gewicht, jedoch eines, das unabhängig von irgendwelchen Fällen bestimmt wird.²¹⁷ Damit handelt es sich um ein absolutes Gewicht im Sinne des Optimierungsmodells. Es ist gerade das Merkmal des relativen Gewichts im Sinne des Optimierungsmodells, dass das Gewicht nur in Bezug auf einen Kollisionsfall bestimmt werden kann. Im Optimierungsmodell wird das abstrakte Gewicht als unabhängig von der Entscheidung des konkreten Abwägungsproblems charakterisiert, bleibt aber von Umständen abhängig, die für die Bestimmung des abstrakten Gewichts relevant sind, wie der Stärke zugrunde liegender Interessen, der Stützung durch weitere Prinzipien, der Gewichtung in anderen Fällen. Wird jeder Fallbezug ausgeschlossen, kann es sich nicht um ein relatives Gewicht in diesem Sinn handeln.

3.5. Die geometrische Skalierung

Ein wichtiger und origineller Punkt in der Konzeption *Alexys* ist die Repräsentation von Eingriffsintensitäten, abstrakten Gewichten und Sicherheiten empirischer Annahmen durch

217 Ebd., 778.

geometrische Reihen. Als Basis für die Zahlenwerte für die Intensität der Beeinträchtigung und die Wichtigkeit von Prinzipien dient eine Trias 2^0 , 2^1 und 2^2 . Dies führt dazu, dass das konkrete Gewicht eines Prinzips mit abnehmendem Erfüllungsgrad überproportional ansteigt.

Ob diese Annahme eines überproportionalen Anstiegs adäquat ist, ist allerdings fraglich. *Alexy* verwendet sie als Begründung dafür, dass Grundrechte bei Abwägungen nicht völlig verdrängt werden können. *Jansen* sieht in ihr einen Ansatz zur Interpretation der Wesensgehaltsgarantie im Rahmen eines Abwägungsmodells.²¹⁸ Diese Ansätze sind jedoch auf Grundrechte bezogen und können nicht ein allgemeines Merkmal rationaler Abwägung begründen.

Ein weiteres Problem für die Überproportionalitätsthese ist eine Mehrdeutigkeit im Begriff des Erfüllungsgrades. Dieser kann punktuell - als Maß der Erfüllung eines Prinzips - oder veränderungsbezogen - als Maß der Erfüllung oder Beeinträchtigung eines Prinzips durch eine bestimmte Maßnahme - verstanden werden.²¹⁹ Die *Alexysche* Konzeption muss die punktuelle Interpretation zugrunde legen. Denn bei einer veränderungsbezogenen Bestimmung des Erfüllungsgrades würden alle Maßnahmen, gleich welche Auswirkung sie haben, die zu einem bestimmten punktuellen Erfüllungsgrad des Prinzips führen, entsprechend diesem Erfüllungsgrad bewertet. Ist z.B. das Prinzip der Berufsfreiheit bereits durch zahlreiche Einschränkungen zugunsten des Gesundheitsschutzes geprägt, also in geringem Maße erfüllt, würde jede weitere Beschränkung, so gering sie auch sei, als erhebliche Beeinträchtigung des Prinzips der Berufsfreiheit gewertet. Für sie gälten die gleichen Anforderungen wie für eine Maßnahme, die von einem zunächst relativ hohen Grad der Realisierung der Berufsfreiheit zu einer weitgehenden Einschränkung führt. Dies kann aber nicht richtig sein.

Zudem passt die Anwendung geometrischer Reihen auf abstrakte Gewichte in dem von *Alexy* definierten Sinn nicht, weil die Begründung für das überproportionale Anwachsen des Gewichts der Grad der Beeinträchtigung ist. Das abstrakte Gewicht soll aber ohne jeden Bezug auf die Umstände irgendwelcher Fälle sein. Damit gibt es keinen Grund, ein überproportionales Wachsen anzunehmen.

Ferner ist fraglich, welche Bedeutung die Größe der Zahlenwerte für die Abwägung hat. Wenn es nur um die Bildung einer Vorrangrelation geht, erscheint die Verwendung von Exponenten nicht notwendig. Zudem werden sowohl die Werte für Eingriffsintensitäten als auch für abstrakte Gewichte wie für Sicherheiten empirischer Annahmen exponentiell dargestellt. Jeder Zuwachs in einer Dimension um eine Einheit wird daher durch jede Minderung in einer anderen Dimension um eine Einheit kompensiert. Damit genüge für die Darstellung der Abwägung aber eine Einordnung der Entscheidungssituationen in Klassen von Wichtigkeits-, Beeinträchtigungs- und Sicherheitsgraden.²²⁰

218 Jansen 1997, 27ff.

219 S.o., § 3, III. 1.

220 Dies gilt allerdings nicht für die Behandlung von Kollisionen von mehr als zwei Prinzipien entsprechend der erweiterten Gewichtsformel.

Allerdings nimmt *Alexy* an, aus dem Verhältnis der Zahlenwerte lasse sich entnehmen, dass bei einer Verfeinerung der Skala z.B. zu neun Stufen von 2^0 bis 2^8 das konkrete Gewicht eines Prinzips sehr stark steige, wenn ein leichter Eingriff in ein Prinzip mit einem hohen Grad der Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips zusammentreffe. Dies gehe bis ins Unendliche hinein. Dem solle die Rede vom "grenzenlosen Unrecht" entsprechen. Diese Rede hätte jedoch nur dann einen Sinn, wenn man die Werte für das konkrete Gewicht auf einer Skala reeller Zahlen abbilden könnte, die die Größe von Unrecht angeben. Für eine derartige Interpretation gibt es jedoch keine Grundlage.

Es ist somit festzustellen, dass die *Alexysche* "Gewichtsformel" keine plausible Alternative zum Optimierungsmodell der Abwägung bietet. Dennoch ist dieser Versuch einer mathematischen Präzisierung der Abwägung interessant und kann durchaus als wegweisend für die weitere Analyse von Abwägungen gelten.

IV. Die Entscheidbarkeit juristischer Abwägungen

Ob nicht nur eine Komparation verschiedener Entscheidungsalternativen, sondern eine rationale Begründung eines bestimmten Abwägungsurteils gelingt, hängt davon ab, ob Erfüllungsgrade und Gewichte objektiv bestimmt werden können, auch für die sich aus ihnen ergebenden normativen Konsequenzen, d.h. ob sich Gewichte, Erfüllungsgrade und konkrete relative Gewichte oder Erfüllungswerte unabhängig von einem Abwägungsurteil und nicht erst als Rationalisierung intuitiv getroffener Abwägungsurteile ermitteln lassen.

Für die Frage der Entscheidbarkeit ist wichtig, welcher Maßstab zugrunde gelegt wird. In Betracht kommen

- objektive Gültigkeit, d.h. jeder vernünftig Urteilende muss zu einem bestimmten Urteil kommen,
- vernünftige Konvergenz, d.h. aufgrund autonomer Argumentation und intersubjektiver Reflektion bildet sich eine stabile und unumkehrbar erscheinende Tendenz zu einem bestimmten Ergebnis heraus,
- ein normativer Richtigkeitsanspruch aufgrund autonomer Argumentation und intersubjektiver Reflektion.

In letzterem Sinne sind alle Abwägungsfragen entscheidbar, auch wenn einzelne Beurteiler in manchen Fragen zu keinem Ergebnis kommen werden. Andererseits ist die Forderung objektiver Gültigkeit zu stark. Sie lässt sich im Bereich normativer Argumentation in substantiellen Fragen in der Regel nicht erreichen, auch nicht im Bereich des Rechts. Wenn nach der Entscheidbarkeit juristischer Abwägungen gefragt wird, dann ist damit sinnvollerweise gemeint, ob über solche Fragen vernünftige Konvergenz erreicht werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Entscheidungskriterien voraus, die zwar nicht bestimmte Ergebnisse zwingend festlegen, aber doch zu stabilen Akzeptanzen führen können. Daneben bestehen allerdings objektiv gültige formale Anforderungen an korrekte Abwägungsurteile sowie der Anspruch des Abwägenden auf normative Notwendigkeit seiner durch Prinzipien begründeten Entscheidung.

1. Objektivität aufgrund vernünftiger Konvergenz

1.1. Relative Gewichte

Eine objektiv begründete Festlegung relativer Gewichte erfordert, Kriterien für relative Gewichte anzugeben, die unabhängig von der erst zu treffenden Vorrangentscheidung sind. Dafür kommen verschiedene Kriterien in Betracht.

Eine Möglichkeit zur abstrakten Bestimmung des relativen Gewichts ist, die Gewichte von Prinzipien aufgrund der Stärke der sie begründenden Interessen zu bestimmen. So ist der Kündigungsschutz für Kleingartenpächter besonders wichtig, wenn Kleingärten der Sicherung der Ernährung dienen, hingegen weniger wichtig, wenn sie lediglich Freizeit- und Erholungszwecken dienen.²²¹ Allerdings kann die Stärke von Interessen nicht ausschließlich aufgrund der tatsächlichen Stärke individueller Bedürfnisse bestimmt werden. Auch Interessen unterliegen, soweit sie normative Argumente begründen sollen, Kohärenzforderungen. Es ist z.B. zu fordern, dass Interessen in eine rationale Konzeption eines guten Lebens integriert sind. Sie können einer Überprüfung in einem rationalen Diskurs unterworfen werden. Zudem können mehr oder weniger grobe Schätzungen notwendig sein. Dies kann Bewertungen, auch Abwägungen einschließen. Aber solche Abwägungen sind andere als diejenige, die im konkreten Fall zu entscheiden ist. Die Zuordnung eines relativen Gewichts kann daher, jedenfalls in einigen Fällen und in gewissem Maß, unabhängig von dem zu begründenden Abwägungsurteil vorgenommen werden.

Eine andere Möglichkeit ist, dass ein Prinzip mit weiteren Prinzipien begründet werden kann oder jedenfalls weitere Prinzipien zugleich anwendbar sind, und so eine nähere Bestimmung des Gewichts möglich ist. Das Prinzip der Meinungsfreiheit kann z.B. mit dem Demokratieprinzip begründet werden. Dies kann ein besonders hohes Gewicht der Meinungsfreiheit in der politischen Auseinandersetzung begründen. Die Begründung mit weiteren Prinzipien verschiebt allerdings zunächst lediglich das Begründungsproblem. Jedoch kann das Maß an Stützung durch andere Prinzipien ein abwägungsunabhängiges Kriterium für die Begründung des relativen Gewichts eines Prinzips sein. Wenn ein Prinzip durch relativ viele weitere Prinzipien gestützt wird, die eigenständigen normativen Gehalt haben und deren Gewicht nicht gering ist, ist dies ein Grund dafür, ihm ein relativ hohes Gewicht beizumessen. Allerdings bestimmt dies nicht sein Gewicht gegenüber anderen Prinzipien. So kann das Prinzip des Eigentumsschutzes auf das persönlicher Freiheit, den Schutz des durch eigene Leistung Erworbenen oder seine Bedeutung für die soziale Wohlfahrt gestützt werden. Dies schließt es jedoch nicht aus, Prinzipien, die elementare menschliche Güter wie Leben, Gesundheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit schützen, ein höheres abstraktes Gewicht zuzuordnen.

Ein anderer Ansatz ist, aufgrund von Abwägungsentscheidungen in vergleichbaren Fällen festzustellen, dass bestimmte Prinzipien anderen unter bestimmten Bedingungen vorgehen und damit ein höheres relatives Gewicht haben. Dies ist für rechtliche Abwägungen von großer Bedeutung, weil einerseits in Rechtssystemen eine Vielzahl von Abwä-

221 Vgl. BVerfGE 52, 1 - Kleingartenpacht.

gungsentscheidungen getroffen werden und andererseits Recht auf die Bildung einer verbindlichen Ordnung zielt und deshalb rechtliche Abwägungsentscheidungen versuchen müssen, allgemeine Regeln zu etablieren. Dies erfordert, von gemeinsamen Kriterien auszugehen und nicht ohne Grund von anderen Entscheidungen abzuweichen. Es stellt sich zwar die Frage, ob die vorangegangenen Entscheidungen korrekt sind und ihnen gefolgt werden sollte. Dafür kann es jedoch Gründe geben, etwa die allgemeine Anerkennung ihrer Richtigkeit, den autoritativen Charakter dieser Entscheidungen oder ein Prinzip der Trägheit, frühere Entscheidungen nicht ohne Grund in Frage zu stellen.²²² Solche Gründe müssen zwar u.U. gegen andere abgewogen werden, so dass das Abwägungsproblem zunächst wiederum lediglich verschoben wird. Das neue Problem kann jedoch leichter lösbar sein als das Ausgangsproblem.

In den beschriebenen Fällen wird das Gewicht eines Prinzips nicht erst nachträglich, aufgrund einer bereits getroffenen Abwägung, bestimmt, sondern unabhängig von der zu treffenden Abwägungen aufgrund seiner Beziehungen zu Interessen, anderen Prinzipien und früheren Entscheidungen. Es gibt also Kriterien zu einer Bestimmung des relativen Gewichts eines Prinzips. Sie sind allerdings nicht stets eindeutig oder genau bestimmbar.

Gibt es keine Anhaltspunkte zur Bestimmung des relativen Gewichts eines Prinzips, lässt sich als Auffangregel die Annahme machen, dass die kollidierenden Prinzipien gleiches relatives Gewicht haben.²²³ Es entscheidet dann der jeweilige Erfüllungsgrad über die Vorrangfestsetzung. Allerdings stellt diese Regel eine substantielle Festsetzung dar, die bereichsspezifisch gerechtfertigt werden muss. Für die in einer Verfassung gewährleisteten Grundrechte erscheint sie plausibel. In anderen Fällen mag dies nicht der Fall sein.²²⁴

1.2. Erfüllungsgrade

Die Feststellung von Erfüllungsgraden hängt von begrifflichen Analysen des Norminhalts von Prinzipien ab. Sie erfordert einen Vergleich teilweiser und vollständiger Erfüllung. Allerdings kann z.B. bei einer Beschränkung der Handlungsfreiheit zwischen mehr oder weniger wichtigen Handlungsmöglichkeiten unterschieden werden, z.B. Ausreisefreiheit und Freiheit zum Reiten auf Waldwegen.²²⁵ Selbst wenn jemand häufiger von der Freiheit zum Reiten Gebrauch macht als von der Ausreisefreiheit, wird die Versagung letzterer dennoch als weitergehende Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit anzusehen sein. Insofern kann die Bestimmung des Erfüllungsgrades normative Bewertungen erfordern. Jedoch wären diese Bewertungen unabhängig von der zu treffenden Abwägungsentscheidung. Zudem könnte versucht werden, durch eine Unterscheidung verschiedener Prinzipien, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Freiheit zur Persönlichkeitsentfaltung und der Freiheit zur Wahl des Lebensmittelpunkts, zu erreichen, dass die Erfüllungsgrade in Bezug auf jedes der einzelnen Prinzipien von begrifflich-analytischen Kriterien abhängen.

222 Vgl. Alexy 1978, 216f., 353f.

223 Vgl. etwa BVerfGE 35, 202 (225); 69, 315ff. (348f.); Enderlein 1992, 103.

224 Es kann daher Fälle von Inkommensurabilität geben, in denen ein Abwägungsurteil nicht objektiv begründbar ist und es lediglich rational ist, eine Abwägungsentscheidung zu treffen.

225 Vgl. dazu BVerfGE 6, 32 - Elfes und 80, 137 - Reiten im Walde, mit Sondervotum Grimm.

1.3. Konkrete relative Gewichte und Erfüllungswerte

Die relativen Gewichte von Prinzipien im konkreten Fall oder die Erfüllungswerte von Abwägungsergebnissen werden durch die relativen Gewichte und Erfüllungsgrade der kollidierenden Prinzipien bestimmt. So können etwa hohes, mittleres und geringes Gewicht sowie hohe, mittlere und niedrige Erfüllungsgrade unterschieden werden. Zur Begründung von Abwägungsurteilen, und damit von Vorrangrelationen, lässt sich eine Zuordnung angeben, die von bestimmten Gewichten der kollidierenden Prinzipien ausgeht und Vorrangrelationen für verschiedene Erfüllungsgrade (und entsprechend verschiedene Beeinträchtigungsgrade) enthält. Bei gleichem abstrakten Gewicht der Prinzipien entscheidet z.B. der Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgrad über die Vorrangrelation. Bei unterschiedlichem abstrakten Gewicht ist ein relativ hoher Erfüllungsgrad des geringer gewichtigen Prinzips erforderlich, um eine mittlere Beeinträchtigung des gewichtigeren Prinzips zu rechtfertigen. Das Schema der Vorrangrelationen kann weiter ausdifferenziert werden, je genauer Wichtigkeits- und Erfüllungsgrade festgestellt werden können. Dies könnte bis hin zu einer Metrisierung gehen. Jedoch ist dies nicht erforderlich. Je genauer sich Wichtigkeits- und Erfüllungsgrade angeben lassen, desto differenzierter kann das System von Vorrangrelationen werden.

Geht es z.B. um die Zulässigkeit eines Aufrufs, einen bestimmten Film nicht zu besuchen und in das Kinoprogramm aufzunehmen, weil der Regisseur des Films "Nazifilm-Regisseur Nr. 1" und "einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis" war,²²⁶ kollidieren die Prinzipien der Meinungsfreiheit einerseits, des Persönlichkeitsschutzes und der freien wirtschaftlichen Betätigung andererseits.

- Das Gewicht der Meinungsfreiheit ist hoch. Es ist besonders hoch bei Auseinandersetzungen in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage, aufgrund der Bedeutung einer freien öffentlichen Meinungsbildung für die Demokratie.²²⁷ Zusätzliches Gewicht hat es in einem Fall, in dem die Äußerung von jemandem getan wird, der eine besondere persönliche Beziehung zum Gegenstand der Äußerung hat.²²⁸

- Persönlichkeitsrecht und Wirtschaftsfreiheit haben als grundrechtlich geschützte Interessen ebenfalls hohes Gewicht, in erster Linie allerdings das Persönlichkeitsrecht.

- Die Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch eine Untersagung der Äußerung weist keine Besonderheiten gegenüber anderen Fällen des Verbots einer Meinungsäußerung auf. Verbote sind schwere Beschränkungen. Allerdings sind stärkere Eingriffe, z.B. strafrechtliche Sanktionen, möglich.

- Die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrecht und Berufsfreiheit bei Zulassung der Meinungsäußerung ist gegenüber einer gewöhnlichen Meinungsäußerung gesteigert, da die Äußerung von einem Senatsdirektor, also einer einflussreichen Amtsperson, kommt, die Äußerung öffentlich erfolgte und mit einem Boykottaufruf verbunden war. Der Grad der Beeinträchtigung wird andererseits dadurch gemindert, dass der Betroffene selbst öffent-

226 BVerfGE 7, 198 - Lüth.

227 BVerfGE 7, 208, 212.

228 BVerfGE 7, 218.

lich erwidern konnte²²⁹ und der Boykottaufruf kaum über das in der Äußerung enthaltene Werturteil hinausging.²³⁰

Betrachtet man relative Gewichte und Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade in diesem Fall, dann stehen ein besonders hohes Gewicht der Meinungsfreiheit bei mittlerem Beeinträchtigungsgrad einem hohen Gewicht von persönlichen und beruflichen Interessen bei einem jedenfalls nicht erheblich erhöhten Beeinträchtigungsgrad gegenüber. Daraus ergibt sich, dass der Meinungsfreiheit in diesem Fall der Vorrang gebührt.²³¹

Es lassen sich demnach Kriterien angeben, die es erlauben, Abwägungsurteile anders als mit einer reinen Intuition zu begründen. Allerdings sind diese Kriterien nicht frei von normativen Bewertungen. Diese Bewertungen sind jedoch nicht mit dem zu entscheidenden Abwägungsproblem identisch und auch nicht notwendig problematisch. Sie können daher als Grundlage einer rationalen Begründung von Abwägungsurteilen dienen. Es gibt zwar keine Garantie dafür, dass diese Kriterien zu einer vernünftigen Konvergenz der Urteilenden über das Ergebnis führen. Die verfassungsrechtliche Abwägung im Fall Lüth dürfte aber ein Beispiel sein, dass diejenigen, die sich um sorgfältige und korrekte Abwägung der Prinzipien des Grundgesetzes und der auf ihm basierenden demokratischen Verfassungsordnung bemühen, zu gemeinsamen Ergebnissen kommen können.

2. *Objektivität im Sinne der Kritisierbarkeit von Abwägungsurteilen*

Abwägungsurteile sind zwar nicht durch entscheidungsdefinite kognitive Kriterien vorgegeben, unterliegen jedoch rational überprüfbaren Anforderungen, die sie kritisierbar machen. Diese Anforderungen sind zum einen positive Abwägungsvorgaben hinsichtlich der abzuwägenden Prinzipien sowie deren Gewichtung, zum anderen formale Bedingungen rationaler Abwägung.

Positive Abwägungsvorgaben finden sich etwa in verfassungsrechtlichen Prinzipien, z.B. Eigentumsschutz und Besteuerungskompetenz des Gesetzgebers, die die abzuwägenden Belange bestimmen. Die verfassungsrechtliche Abwägung unterscheidet sich damit von rein subjektiven Präferenzen oder von politischen Abwägungen zwischen Zielen, die vom Abwägenden selbst gewählt wurden. Die abzuwägenden Belange sind jedenfalls teilweise von der Verfassung vorgegeben. Sie sind interpretativ aufgrund von Verfassungsbestimmungen zu ermitteln, seien es als Verfassungswerte, seien es andere verfassungsrechtlich relevanten Belange, wie die Ziele des Gesetzgebers beim Erlass einfachgesetzlicher Regelungen. Auch hinsichtlich der Gewichtung kann es Vorgaben insbesondere aus positivrechtlichen Festsetzungen²³² oder Präjudizien geben. Dies führt in den Bereich der Verfassungsinterpretation.

Ein zweiter Aspekt, der eine partielle kognitive Objektivität von Abwägungen begründet, ist die Kritisierbarkeit von Abwägungen aufgrund der Verletzung formaler Bedingungen rationaler Abwägung, etwa durch Nichtberücksichtigung relevanter Belange oder

229 BVerfGE 7, 219.

230 BVerfGE 7, 218.

231 Dies wird bestritten von Burchardt 2004, 83, allerdings ohne Argumente.

fehlerhafte empirische Prämissen,²³³ die nicht erforderliche Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen oder willkürliche, d.h. ohne sachlichen Grund differenzierende Gewichtungen. Solche Bedingungen ergeben sich aus Rationalitätskriterien, deren Anwendung selbst keine Abwägung erfordert und die deshalb nicht dem Einwand subjektiver Dezision ausgesetzt sind. Abwägungen können insofern nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Diese objektive Kritisierbarkeit von Abwägungen genügt jedoch nicht, Abwägungsurteile positiv zu rechtfertigen. Das Problem der Abwägung ist gerade, dass verschiedene Ergebnisse mit den Kriterien korrekter Abwägung vereinbar sind.

3. *Normative Objektivität*

Was ist nun, wenn die dargelegten Aspekte der Objektivität nicht greifen, also keine Gewichtungsvorgaben bestehen, verschiedene formal korrekte Abwägungsentscheidungen möglich sind und keine vernünftige Konvergenz zustande kommt? Eine weitere Form der Objektivität gerichtlicher Urteile ergibt sich aus der normativen Notwendigkeit, eine rechtliche Entscheidung zu treffen.

Der Urteilende kann das Ergebnis einer Abwägung von Grundrechten nicht als seine persönliche Entscheidung darstellen, sondern muss es als rechtlich geboten behaupten. Dies soll als normative Objektivität bezeichnet werden. Das Abwägungsurteil ist aus der Sicht des Urteilenden insofern unabhängig von seinen persönlichen Präferenzen, als es von ihm als geboten, also als normativ notwendig, vertreten werden muss. Damit wird nicht bestritten, dass richterliche Urteile die Rechtslage verändern und Normen festsetzen, die ohne diese Entscheidung im Rechtssystem so nicht existierten. Aber ein Gericht darf den Umstand, dass seine Entscheidung die Rechtslage verändert, nicht in der Begründung seiner Entscheidung verwenden, darf sich also nicht als Normsetzer gerieren.²³⁴ Diese These der normativen Objektivität von Abwägungsurteilen zielt nicht darauf, den subjektiven Charakter von Abwägungen zu bestreiten, sondern auf die darauf gestützte Konsequenz, Gerichte dürften solche Entscheidungen nicht treffen. Wenn Abwägungsurteile rechtlich notwendig sind, dann müssen Gerichte solche Urteile treffen, unabhängig von ihrer objektiven Begründbarkeit. Dieses Argument stützt sich auf zwei Prämissen:

Erstens muss ein Gericht, wenn es aufgrund seiner verfassungsrechtlicher Prinzipien zu dem Ergebnis kommt, eine bestimmter Regelung sei nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt, diese für verfassungswidrig halten. Gelangt ein Gericht aufgrund seiner Gewichtung von Eigentumsschutz²³⁵ und Besteuerungsinteressen zu dem Urteil, dass für ein bestimmtes Maß der Besteuerung keine hinreichend gewichtigen Gründe bestehen, muss es

232 Vgl. die Argumentation in BVerfGE 93, 121 (137f.).

233 Zu solchen aus der Ermessensfehlerlehre bekannten Anforderungen Alexy 1986, 701ff.; ferner Schilcher 2000, 177; Koch 2000, 256; Rivers 2007.

234 Ein Gericht darf also den Gehalt seines Urteil (seine illokutionäre Rolle) nicht durch eine Formulierung beschreiben wie "Hiermit wird folgende Rechtsnorm erlassen: ...". Ein anderes, von dem hier behandelten zu unterscheidendes Problem ist, ob das Gericht Wirkungen seiner Entscheidung z.B. unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes berücksichtigen darf.

235 Vorausgesetzt wird dabei, dass Steuern einen Eingriff in das Eigentum darstellen. Wird dies verneint, wäre ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit anzunehmen.

diese Besteuerung als verfassungswidrig ansehen. Denn eine solche Besteuerung beeinträchtigt das Eigentum ohne eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung und verstößt damit gegen den verfassungsrechtlich gebotenen Eigentumsschutz.

Zweitens ist ein Abwägungsurteil im Fall eines Prinzipienkonflikts unausweichlich. Es lässt sich nicht mit dem Hinweis auf den subjektiven Charakter der Gewichtung verlangen, dass ein Gericht sich einer Gewichtung enthalten müsse. So wäre es im Beispiel der Besteuerung von Vermögenserträgen mit der Eigentumsgarantie sicher unvereinbar, sämtliche Vermögenserträge durch Besteuerung zu entziehen. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der Eigentumsgarantie sicher nicht ein Verbot der Besteuerung von Vermögenserträgen. Damit muss sich an irgendeinem Punkt oder in irgendeinem Bereich das Vorrangverhältnis zwischen Eigentumsschutz und Besteuerungsinteresse umkehren. Die Grenze mag umstritten sein; dass es eine Grenze gibt, kann nicht bezweifelt werden. Es kann also nicht angenommen werden, dass es überhaupt keine rechtlichen Kriterien für die Festsetzung einer Besteuerungsgrenze gebe. Damit muss das Gericht eine Vorrangentscheidung treffen. Der Umstand, dass diese Vorrangentscheidung umstritten ist, kann nicht dazu führen, dass der Urteilende selbst sein verfassungsrechtliches Urteil nicht als das verfassungsrechtlich richtige Urteil vertritt. Konsequenz daraus ist, dass es einem mit der Verfassungsinterpretation befassten Gerichten möglich ist, grundrechtliche Garantiegehalte im Abwägungsmodell zu begründen, und zwar auch im Fall einer offenen, nicht durch Gewichtungsvorgaben gebundenen Abwägung. Lediglich die Verbindlichkeit des Urteils wird autoritativ, aufgrund der Entscheidungskompetenz des Gerichts, begründet. Inhaltlich beansprucht das Urteil, aufgrund geltenden Rechts begründet zu sein.

V. Abwägung als Interpretation

Abwägungen können im Rahmen von Interpretationsproblemen auftreten, es können sich aber auch im Rahmen der Abwägung Probleme der Interpretation von Vorrangregeln stellen. Die zweite Variante ergibt sich daraus, dass praktische Entscheidungen auf Vorgaben aus früheren Entscheidungen gestützt werden können. Sind diese Entscheidungen verbindlich, muss die Abwägung diese Vorgaben berücksichtigen. Es geht dann nicht um die erstmalige Begründung einer Vorrangrelation, sondern darum, was aus vorhandenen Vorrangregelungen und Gewichtungen folgt oder begründet werden kann.

Bei der Anwendung etablierter Vorrangregeln handelt es sich der Struktur nach um ein Interpretationsproblem. Es geht um die Bestimmung des Inhalts eines Netzes von Vorrangregeln. Wenn Abwägungsergebnisse festgelegt worden sind, stellen sich weitere Entscheidungsprobleme zunächst als Interpretationsprobleme dar. Ein Merkmal dieser Interpretation ist, dass sie nicht zu Festsetzungen führen kann, die unabhängig von anerkannten Abwägungsergebnissen sind.

Die Konzeption der Abwägung als Interpretation bezieht sich auf die Interpretation vorhandener Regeln. Für sie gelten spezifische Rationalitätsanforderungen.

- (1) Wenn bestehende Regeln interpretiert werden, muss dies so geschehen, dass das Ergebnis auch mittels einer originären, nicht an Regeln gebundenen Abwägung be-

gründbar wäre. Dies entspricht dem Kohärenzgebot, dass verschiedene Varianten einer Abwägung nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen dürfen.

- (2) Es muss möglich sein, Abwägungsergebnisse wieder in Frage zu stellen. Dies entspricht dem Gebot einer kritischen Rationalität.

Zu interpretierende Abwägungsregeln können abstrakt oder konkret sein. In höchstem Grade abstrakt sind Regeln, den besseren oder gewichtigeren Gründen zu folgen, ein optimales Ergebnis zu realisieren oder eine angemessene Lösung zu finden.²³⁶ Werden solche Prämissen als Obersätze einer Argumentation gewählt, erhält die Entscheidungsbegründung zwar eine deduktive Struktur. Die entscheidungsleitenden Kriterien können jedoch nicht angewandt werden, ohne zu diesem Zweck Abwägungen durchzuführen. Welches die besseren oder gewichtigeren Gründe sind, was eine optimale oder angemessene Lösung ist, kann erst als Ergebnis einer Abwägung bestimmt werden. Die deduktive Darstellung einer solchen Entscheidungsbegründung enthält keine selbständigen Entscheidungskriterien.

Ebenfalls abstrakt sind komparative Abwägungsregeln.²³⁷ Sie verweisen auf Vergleiche von Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgraden. Wenn eine Vorrangregel für eine Konstellation von Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgraden festgesetzt wurde, folgt, dass diese Regel auch in einem Fall anzuwenden ist, in dem das bevorzugte Prinzip von mindestens gleichem Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrad und das verdrängte Prinzip von höchstens gleichem Wichtigkeitsgrad- und Beeinträchtigungsgrad ist. Erst recht gilt dies, wenn Wichtigkeits- oder Beeinträchtigungsgrad des vorgehenden Prinzips höher als in der entschiedenen Konstellation ist, während Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrade des verdrängten Prinzips höchstens gleich hoch sind. Auf dieser Grundlage lassen sich Analogieargumente oder erst recht-Schlüsse begründen.

Die Konzeption einer Abwägung als Interpretation kann sich ferner auf konkrete Vorrangregeln stützen, die auf neue Fälle übertragen werden. Die Argumentation stützt sich nicht auf Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrade, sondern auf die Beschreibung von Fallmerkmalen. Ein Beispiel für die Anwendung konkreter Abwägungsregeln durch Interpretation sind Präjudizienargumente.²³⁸ Der Unterschied zu der Interpretation abstrakter Abwägungsregeln ergibt sich daraus, dass diese Merkmale nicht lediglich Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrade angeben, sondern konkrete deskriptive Inhalte haben. Ein weiteres Beispiel sind die Methoden der Rechtsfortbildung, insbesondere die der Analogie. Wenn eine Vorrangregel festgesetzt wurde, ist sie auf ähnliche, d.h. in den relevanten Hinsichten übereinstimmende Fälle anzuwenden. Wenn in einem Fall für Alternative A entschieden wurde und in einem neuen Fall die für A sprechenden Argumente stärker sind, oder die gegen A sprechenden Argumente schwächer, dann

236 Ein Beispiel für die Interpretation abstraktester Abwägungsregeln ist die Konzeption der Rechtsanwendung von Günther 1988, der als Leitkriterium das der Angemessenheit verwendet.

237 Eine Interpretation abstrakter Abwägungsregeln enthält die Konzeption der Prüfung der Verhältnismäßigkeit als regelgeleitete Abwägung von Laura Clérico (2001). Diese Konzeption enthält eine Reihe von Regeln, die insbesondere an Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgrade anknüpfen.

238 Susan Hurley (1989) sieht darin das Anwendungsgebiet ihrer Abwägungskonzeption.

muss im neuen Fall erst recht für A entschieden werden. Die Anwendung solcher Regeln kann deduktiv dargestellt werden, und damit als eine Art Interpretation.²³⁹

VI. Fazit

(1) Juristische Abwägungen weisen gegenüber der Grundform der autonomen Abwägung Besonderheiten auf. Sie ergeben sich aus dem autoritativen und dem systemischen Charakter des Rechts. Dieser führt zu spezifischen Kohärenzforderungen für juristische Abwägungen.

(2) Es lassen sich Forderungen interner Kohärenz, die im Rahmen von Abwägungsurteilen zu beachten sind, von solchen externer Kohärenz, die abwägungsunabhängige Kriterien enthalten, unterscheiden.

(3) Forderungen interner Kohärenz können die Bildung eines Abwägungsurteils betreffen oder eine Abwägung an Faktoren binden, die unabhängig von der durchzuführenden Abwägung bestimmt werden.

(4) Die Forderungen interner Kohärenz lassen sich in Form von Abwägungsregeln darstellen, die die Kriterien des abstrakten relativen Gewichts und des Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrades der abzuwägenden Prinzipien verwenden.

(4) Zentrales Thema der juristischen Abwägung ist die Ermittlung objektiv geltender, , von jedem vernünftigerweise zu akzeptierender Abwägungsregeln. Juristische Abwägung zielt damit auf objektiv rationale, nicht autonome Begründung von Abwägungsurteilen.

(5) Inwieweit eine objektive Begründung eines juristischen Abwägungsurteils gelingt, hängt davon ab, ob Erfüllungsgrade und Gewichte objektiv bestimmt werden können. Kriterium der Objektivität ist in erster Linie das vernünftiger Konvergenz. Dies setzt nachvollziehbare Entscheidungskriterien voraus, die zwar nicht bestimmte Ergebnisse zwingend festlegen, aber doch zu stabilen Akzeptanzen führen können. Daneben bestehen objektiv gültige formale Anforderungen an korrekte Abwägungsurteile sowie der Anspruch des Abwägenden auf normative Notwendigkeit seiner durch Prinzipien begründeten Entscheidung.

(6) Abwägungen können im Rahmen von Interpretationsproblemen auftreten, es können sich aber auch im Rahmen der Abwägung Probleme der Interpretation von Vorrangregeln stellen. Abwägung und Interpretation sind demnach unterschiedliche Begründungsstrukturen, die aber in verschiedener Weise miteinander verbunden werden können.

239 Eine Axiomatisierung abstrakter Abwägungsregeln findet sich bei Hage 2001.

§ 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.²⁴⁰ Herkömmlich beansprucht Rechtsanwendung jedoch, Erkenntnis des Rechts zu sein.²⁴¹ 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.²⁴² Dies gilt in besonderem Maße für die Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁴³

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 Spielräumen²⁴⁴ 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 einfachem 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.²⁴⁵ 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.²⁴⁶ 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.²⁴⁷ Diese Frage ist von der 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.

dungskompetenz" zusteht. Dabei geht es nicht eigentlich darum, wer als letzter entscheidet. Dies sind in Streitfällen stets die Gerichte. Auch werden Letztentscheidungskompetenzen von Gesetzgeber oder Verwaltung nicht in dem Sinne vertreten, dass diese überhaupt keiner gerichtlichen Kontrolle unterlägen. Die Frage ist vielmehr, ob und inwieweit Gerichte die Kompetenz zu positiver Kontrolle, also zu einer Inhalts- oder Ergebniskontrolle, haben oder auf eine negative Kontrolle beschränkt sind, also nur Fehler in Vorgang oder Begründung der Entscheidung feststellen, aber keine eigene Bewertung vornehmen dürfen.

So hat das Bundesverwaltungsgericht für Indizierungsentscheidungen angenommen, dass der im Rahmen dieser Entscheidungen notwendige Abwägungsvorgang vollständig gerichtlich kontrollierbar sei, während für die Abwägungsentscheidung ein Beurteilungsspielraum der Behörde bestehe.²⁴⁸

Dies entspricht der Vorstellung, dass verschiedene Rechtsanwender bei der Beurteilung desselben Abwägungsproblems zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können, ohne dass die abweichenden Beurteilungen als falsch erwiesen werden könnten. Entscheidend ist dann, wessen Beurteilung rechtlich verbindlich sein soll, wer also die Kompetenz hat, das Abwägungsproblem verbindlich zu entscheiden.

Die Frage nach der Kontroll- oder Prüfungsintensität ist mehrdeutig. Zum einen kann sie den gebotenen Prüfungsaufwand, insbesondere bei Beweisaufnahmen, betreffen. Dies betrifft Aspekte der Funktionsfähigkeit der Justiz, die hier nicht diskutiert werden sollen. Zum anderen kann Kontrollintensität in dem Sinne verstanden, dass nicht jeder Fehler vom Gericht beanstandet wird, sondern nur solche einer gewissen Erheblichkeit. Die Berücksichtigung formeller Prinzipien z.B. zugunsten der Entscheidung des Gesetzgebers führt dazu, dass die Aufhebung eines Gesetzes als verfassungswidrig nicht nur die Überzeugung des Gerichts vom Vorrang der entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Prinzipien gegen die dieses Gesetz stützenden materiellen Prinzipien erfordert, sondern dass die Gründe für die Aufhebung gewichtiger sein müssen als die das Gesetz stützenden Verfassungsprinzipien zusammen mit dem formellen Prinzip, das die Beachtung der Entscheidung des Gesetzgebers unabhängig von ihrer materiellrechtlichen Richtigkeit fordert. Die Existenz eines solchen Prinzips steht außer Frage. Es begründet die normative Geltung positiver Gesetze unabhängig von ihrer Richtigkeit. Der Punkt hier ist, dass dieses Prinzip auch bei der Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien zu berücksichtigen ist. Die Konsequenz ist, dass sich die Balance zugunsten der vom Gesetzgeber gewählten Lösung verschiebt. Die Aufhebung des Gesetzes als verfassungswidrig ist erst möglich, wenn verfassungsrechtliche Gründe dafür die materiellen Gründe für das Gesetz nicht nur überwiegen, sondern erheblich überwiegen.²⁴⁹ Welches Maß an Erheblichkeit gefordert ist, hängt vom Gewicht der einschlägigen formellen Prinzipien ab.

248 BVerwGE 91, 211 (216).

249 Riehm 2006 führt den Begriff des "Abwägungsmaßes" ein, um wiederzugeben, dass ein Prinzip sich nicht schon bei bloßem Überwiegen gegen ein anderes durchsetzt, sondern ein höheres Gewicht gefordert ist. Das Abwägungsmaß gebe an, welches Verhältnis zwischen den für und gegen das Ergebnis sprechenden Abwägungsaspekten jedenfalls bestehen müsse, damit die Abwägung zu dem

Das Problem der Beschränkung gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten stellt sich somit in unterschiedlicher Weise hinsichtlich der Kontrollkompetenzen, des Kontrollmaßstabs und der Kontrollintensität. In einem Verfassungsstaat ist eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle in jeder dieser Hinsichten problematisch. Eine Beschränkung eines verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstabs ist durch den einfachen Gesetzgeber nicht möglich, und erst recht nicht aufgrund allgemeiner Erwägungen zur gerichtlichen Kontrollintensität. Die Begrenzung gerichtlicher Kontrollintensität steht vor dem Problem, dass der verfassungsgebundene Gesetzgeber oder andere Organe sich gegenüber einer Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit ihrer Maßnahmen nicht auf formelle Prinzipien berufen können, die die Verbindlichkeit ihrer Entscheidung inhaltsunabhängig begründen. Denn ihre Kompetenzen sind durch die Verfassungsbindung eingeschränkt. Verbindlichkeit kann daher nur für verfassungsgemäße Entscheidungen beansprucht werden, nicht inhaltsunabhängig. Möglich erscheinen hingegen Begrenzungen der gerichtlichen Kontrollkompetenzen.

Legislative Spielräume ergeben sich demnach aus der Kompetenz des Gesetzgebers, Einschätzungen oder Entscheidungen nach eigenem Urteil zu treffen, und den Ausschluss der Kompetenz von Gerichten, diese durch eigene Einschätzungen oder Entscheidungen zu ersetzen, obwohl für derartige gerichtliche Entscheidungen ausreichende Kontrollmaßstäbe oder Kontrollmöglichkeiten vorhanden wären

Der Verzicht auf die Aufhebung nicht offensichtlich fehlerhafter Entscheidungen ergibt sich aus der Kompetenz des entscheidenden Organs zu eigener Beurteilung und dem Ausschluss einer gerichtlichen Kompetenz, diese zu korrigieren, obwohl das Gericht bei eigener Prüfung zu dem Ergebnis gelangen könnte, dass die Entscheidung fehlerhaft ist.

Der Verzicht auf die Prüfung, ob ein hinreichender Grund für eine Ungleichbehandlung besteht, ergibt sich aus der Kompetenz des Gesetzgebers, Differenzierungen vorzunehmen, und dem Ausschluss der gerichtlichen Kompetenz, die Berechtigung solcher Differenzierungen nach eigener Überzeugung zu beurteilen.

Die Beschränkung der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts ergibt sich aus der Kompetenz der Fachgerichte zu eigenverantwortlicher Interpretation und Anwendung des einfachen Rechts. Fehler, die allein in der Interpretation und Anwendung einfachen Rechts liegen, sind verfassungsrechtlich hinzunehmen, auch wenn sie zu grundrechtswidrigen Ergebnissen führen.

Exekutive Beurteilungsspielräume ergeben sich demzufolge aus der Kompetenz der Verwaltung zu letztverantwortlicher Entscheidung, die aus dem Ausschluss gerichtlicher Kompetenzen zu eigener, positiver Bewertung folgt, nicht hingegen aus Beschränkungen von Kontrollmaßstab oder Kontrollintensität.

In allen diesen Fällen geht es um die Beschränkung gerichtlicher Kontrollkompetenz trotz vorhandenen Kontrollmaßstabs. Nun müssen Entscheidungen aufgrund der Abwägung rechtlicher Prinzipien aber vom Urteilenden als rechtliche Entscheidungen vertreten

entsprechenden Ergebnis führen dürfe (ebd., 103). Dieses Phänomen lässt sich jedenfalls in manchen Fällen mit der Wirkung formeller Prinzipien erklären.

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

III. Ansätze zur Begrenzung gerichtlicher Kontrollkompetenzen

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

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

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

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

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

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

252 Alexy 2002, 22.

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

(2) Die Grenzen der Rechtserkenntnis

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

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

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

(3) Das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung.

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

253 Alexy 2002, 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

256 Wahl 1996, 649f.

257 Schuppert 1980; Zimmer 1979.

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

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

IV. Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen

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

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

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

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

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

258 So auch Alexy 1985, 497.

1. Grundstruktur

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

So kann die Kontrollkompetenz eines Verfassungsgerichts begrenzt werden, indem der Entscheidung des Gesetzgebers verfassungsrechtlicher Charakter zugeschrieben wird, nämlich insofern, als sie eine Interpretation der Verfassung darstellt. Denn auch das einfache Gesetz ist im Anwendungsbereich verfassungsrechtlicher Prinzipien Ergebnis einer Entscheidung, die die Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien einschließt oder jedenfalls einschließen muss. Soweit dies der Fall ist, kann auch der einfache Gesetzgeber beanspruchen, seine Entscheidung sei verfassungsrechtlich geboten oder jedenfalls zulässig.²⁵⁹

Damit wird eine Gleichordnung von Verfassungsgericht und Gesetzgeber angenommen. Das Modell konkurrierender Konzeptionen der Verfassungsinterpretation geht davon aus, dass bei der Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien verschiedene Ergebnisse vertreten werden können. Jeder Abwägende muss zwar sein Urteil als verfassungsrechtlich richtig und geboten vertreten. Die Urteile verschiedener Urteiler sind jedoch grundsätzlich gleichgeordnet. Dementsprechend kann prinzipiell jedes dieser Urteile gleiche Beachtung verlangen.

Das Verfassungsgericht könnte demnach verpflichtet sein, nicht ohne weiteres nach seinem eigenen Abwägungsurteil über die verfassungsrechtlich zulässige Regelung zu entscheiden, sondern nur unter bestimmten, näher zu definierenden Voraussetzungen. Die gesetzlichen Regelungen sind dabei als Ausdruck der verfassungsrechtlichen Abwägungsurteile des einfachen Gesetzgebers anzusehen, die Respektierung durch das Verfassungsgericht fordern. Inwieweit diese Forderung definitive Geltung beanspruchen kann, lässt sich allerdings erst aufgrund einer Abwägung der für und gegen die jeweiligen Abwägungskompetenzen sprechenden Prinzipien beurteilen.

Im Fall der Kontrolle fachgerichtlicher Urteile stehen sich Interpretationen des einfachen Rechts gegenüber, einerseits des Fachgerichts, andererseits - jedenfalls hypothetisch²⁶⁰ - des Verfassungsgerichts. Ebenso geht es bei administrativen Beurteilungsspielräumen um konkurrierende Konzeptionen hinsichtlich der Anwendung einfachen Rechts.

259 Vgl. Sieckmann 1990, 160ff.

260 Vgl. den Vorschlag von Marcel Kaufmann 1997.

Voraussetzung ist jeweils, dass die Rechtskonzeption der kontrollierten Instanz nicht als fehlerhaft erwiesen werden kann, sondern als vertretbar anzusehen ist. In diesem Fall ist es eine offene Frage, ob ein kontrollierendes Organ seine Rechtskonzeption an die Stelle der des kontrollierten Organs setzen darf.

2. Einwände

Gegen dieses Modell sind verschiedene Einwände erhoben worden. Eine erste Frage ist, ob Gerichte verpflichtet sind, Verfassungsinterpretationen anderer Organe, insbesondere des einfachen Gesetzgebers, zu berücksichtigen und u.U. eine Begrenzung ihrer Entscheidungskompetenzen vorzunehmen.²⁶¹ Eine solche Pflicht gehört zwar nicht zu den explizit anerkannten Standards gerichtlicher Entscheidungen, lässt sich aber aus dem Demokratieprinzip begründen. Wenn der Gesetzgeber als unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ mit seinen Entscheidungen ein bestimmtes Verfassungsverständnis zum Ausdruck bringt, ist dies verfassungsrechtlich nicht unerheblich. Allerdings kann sich daraus keine definitive Pflicht von Gerichten ergeben, diese Auffassung zu respektieren und bei ihren Entscheidungen zugrunde zu legen. Geboten ist lediglich eine Berücksichtigung als prinzipielles Argument bei der richterlichen Entscheidungsfindung.²⁶²

Andere Einwände bestreiten nicht die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Begrenzung gerichtlicher Entscheidungskompetenzen zur Absicherung eines gewissen Maßes legislativer Gestaltungsfreiheit, wenden sich jedoch gegen einzelne Annahmen des Modells konkurrierender Verfassungskonzeptionen. So ist von *Raabe* eingewandt worden, dass der Gesetzgeber nicht zur Verfassungsinterpretation verpflichtet sei²⁶³ und dass ein Gebot zur Berücksichtigung fremder Verfassungsinterpretationen mit der Annahme eines objektiven, unabhängig von der Person des Anwenders existierenden Rechts²⁶⁴ sowie mit

261 Dagegen Jestaedt 1999, 223 Fn. 73.

262 Zu erwägen ist, ob es sich um ein prinzipielles Gebot handelt, das möglichst weitgehende Realisierung verlangt, oder um ein ledigliches prozedurales Berücksichtigungsgebot. Zu dieser Unterscheidung Clérico 2001. Die Annahme möglichst weitgehender Realisierung ist problematisch, da eine vollständige Realisierung der Anerkennung von Verfassungsinterpretationen des einfachen Gesetzgebers mit dem Vorrang der Verfassung und der Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, diesen durchzusetzen, nicht vereinbar wäre. Es kann aber ein Berücksichtigungsgebot in einem schwächeren Sinne anerkannt werden.

263 Raabe 1998, 270, Fn. 338. Die Kritik von Raabe versucht allerdings, das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen in Bezug auf Erkenntnispielräume des Gesetzgebers anzuwenden. Dies ist insofern problematisch, als das Problem unterschiedlicher Verfassungskonzeptionen, das kompetenziell begründete Spielräume notwendig macht, bei epistemischen Spielräumen nicht notwendigerweise auftritt. Vgl. auch Raabe 1998, 285f. Umgekehrt vermag Raabes Konzeption der Begründung solcher Spielräume aufgrund der Kollision formeller Prinzipien mit materiellen, grundrechtlichen Prinzipien (ebd., 326) nicht Probleme zu lösen, die sich gerade bei der Verfassungsinterpretation aufgrund des mit ihnen notwendigerweise verbundenen Anspruchs auf Vorrang der Verfassung vor einfachen Gesetzen ergeben.

264 Raabe 1998, 271.

dem Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit²⁶⁵ unvereinbar sei und die Grundrechtsbindung der Gerichte gem. Art. 1 Abs. 3 GG missachte.²⁶⁶

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Auffassung, Verfassungsinterpretation sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers und könne von ihm nicht verlangt werden, auf einem im Verfassungsstaat überholten Verständnis der Rolle des Gesetzgebers beruht. Soweit verfassungsrechtliche Bindungen des Gesetzgebers bestehen, muss er diesen Folge leisten und, soweit der Inhalt dieser Bindungen nicht eindeutig ist, eine Verfassungsinterpretation vornehmen und jedenfalls implizit seinen Entscheidungen zugrundelegen.

Die Abhängigkeit des Ergebnisses der Rechtsanwendung davon, welche Auffassung das Gericht selbst, auf 1. Stufe, als Verfassungsinterpretation vertritt, ist zwar nicht zu bestreiten, begründet aber keinen Einwand. Diese Abhängigkeit gilt trivialerweise auch in einem herkömmlichen Modell, in dem ein Gericht nur seine eigene Auffassung der richtigen Verfassungsinterpretation zu berücksichtigen hat. Mit der Einführung einer reflexiven Struktur der Rechtsanwendung wird diese aus der Beobachterperspektive festzustellende Abhängigkeit allerdings auch aus der Teilnehmerperspektive zu einem Kriterium der Bestimmung des geltenden Rechts. Dies ist jedoch lediglich Folge davon, dass das herkömmliche Modell nicht ausreicht, Probleme der Begründung legislativer Gestaltungsfreiheiten im Anwendungsbereich verfassungsrechtlicher Prinzipien zu lösen. Es ist zudem kein Problem hinsichtlich der Annahme der Existenz eines objektiven, von der Person des Entscheidenden unabhängigen Rechts. Die entscheidende Forderung, die sich aus der richterlichen Rechtsbindung ergibt, ist, dass die Begründung der gerichtlichen Entscheidung vom Gericht nicht als ein Akt der Festsetzung dargestellt werden darf, sondern vollständig und ausschließlich auf Gründe verweisen muss, die dem Gericht vorgegeben und für dieses rechtlich verbindlich sind.²⁶⁷ Dies ist aber auch im Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen auf jeder Stufe gewährleistet, auf der das Gericht eine Entscheidung zu treffen hat und damit als Teilnehmer des Rechtssystems tätig wird, sowohl auf der ersten Stufe der Verfassungsinterpretation durch das Gericht als auch auf der zweiten Stufe der Abwägung konkurrierender Verfassungsinterpretationen.²⁶⁸

Auch die richterliche Unabhängigkeit steht in diesem Modell nicht in Frage. Richterliche Unabhängigkeit besteht nur unter Bindung an rechtliche Normen, sie bedeutet nicht eine Freiheit von rechtlichen Bindungen. Wenn eine Bindung an Verfassungsinterpretationen des Gesetzgebers angenommen wird, stellt dies somit kein Problem hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit dar.

265 Ebd., 271, Fn. 339.

266 Ebd., 265 u. 153ff.

267 Daraus ergibt sich struktureller ein Unterschied zwischen Rechtsanwendung im Abwägungsmodell und Rechtsetzung. Der Einwand der Einebnung dieser Unterscheidung (Raabe 1998, 270, Fn. 338 a.E.) greift daher nicht.

268 Es trifft daher nicht zu, dass das Modell konkurrierender Verfassungsinterpretationen legislative Gestaltungsspielräume als eine Kollision lediglich formeller Prinzipien konstruiert (so Raabe 1998, 269). Das Gericht muss auch auf der 2. Stufe, der Abwägung kollidierender Konzeptionen, materielle Prinzipien anführen. Allerdings räumt Raabe (a.a.O., 265) selbst ein, dass sein Verständnis funktionell-rechtlicher Ansätze nicht ausschließt, dass solche Ansätze auch materielle Prinzipien - neben Argumenten für die Bestimmung gerichtlicher Kompetenzen - enthalten.

Der fundamentalste Einwand *Raabe*s ist, das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen stelle eine Divergenzlösung des Problems der gerichtlichen Kontrollkompetenzen dar und sei deshalb mit der Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt nicht vereinbar. Als Divergenzlösung bezeichnet *Raabe* Ansätze, die annehmen, es gebe gerichtlich nicht durchsetzbare Grundrechtsgehalte.²⁶⁹ Diese nähmen grundrechtlich falsche Entscheidungen in Kauf. Dieser Einwand differenziert jedoch nicht hinreichend zwischen definitiven und prinzipiellen Grundrechtsgehalten. *Raabe* selbst erkennt an, dass prinzipielle Grundrechtsgehalte nicht gerichtlich durchsetzbar sein, sondern nur in Abwägungen berücksichtigt werden müssten.²⁷⁰ Im Modell konkurrierender Verfassungsinterpretationen steht der definitive Schutzgehalt nun aber erst nach einer Abwägung 2. Stufe unter Berücksichtigung unterschiedlicher Konzeptionen, auch der des Gesetzgebers, fest. Die Auffassung des Gerichts 1. Stufe ergibt lediglich eine prinzipielle grundrechtliche Gewährleistung. Eine Divergenz von geltendem und gerichtlich durchsetzbarem Recht ist nicht gegeben, weil das geltende Recht nicht bereits durch Rechtskonzeptionen 1. Stufe festgelegt wird.

Ein weiterer Einwand lautet, dass nur formelle Prinzipien gegeneinander abgewogen würden und dies dazu führen würde, dass das Abwägungsergebnis stets das gleiche sein müsste.²⁷¹ Richtig ist daran, dass die Abgrenzung von Abwägungskompetenzen ein Problem formeller Prinzipien ist. Es sind Kompetenzen festzusetzen, und dies ist - definitionsgemäß - Gegenstand formeller Prinzipien. Dies bedeutet allerdings nicht, dass materielle Prinzipien dabei keine Rolle spielen könnten. Zum einen hängt die Begründung formeller Prinzipien selbst wiederum von materiellen Prinzipien ab. Zum anderen können materielle Prinzipien neben formellen Prinzipien relevant werden. So kann eine hohe Intensität eines Grundrechtseingriffs eine weitergehende verfassungsgerichtliche Kontrolle rechtfertigen. Dies setzt voraus, dass Grundrechtsprinzipien für die Abwägung relevant sind. Aber selbst wenn lediglich formelle Prinzipien abgewogen würden, folgte nicht, dass das Ergebnis stets gleich müsste. Formelle Prinzipien können in verschiedenen Kontexten unterschiedliches Gewicht haben und in unterschiedlichem Grad betroffen sein. So nimmt das Gewicht von Entscheidungen des Gesetzgebers mit der Zeit ab. Rechtsfortbildungen gegenüber alten Gesetzen sind leichter zu rechtfertigen als gegenüber aktuellen. Selbst wenn aber Abwägungen formeller Prinzipien zu einfachen und konstanten Ergebnissen führen sollten, wäre darin kein Nachteil zu sehen. Auch dieser Einwand greift daher nicht durch.

V. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen

Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen macht eine Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen erforderlich. Das Leitkriterium ist das einer optimalen Zuordnung von Kompetenzen. Dies betrifft Gerichte, aber auch andere Organe des Rechtssystems. Letzt-

269 *Raabe*, a.a.O., 153.

270 *Ebd.*, 159.

271 Afonso da Silva 2003, 152f.

lich ist diese Kompetenzabgrenzung ein Teilaspekt eines optimalen Verfassungsdesigns, das den Organen des Rechtssystems Kompetenzen in einer Weise zuordnet, die dem Rechtssystem größtmögliche Legitimität verleiht.

1. Leitidee: Optimalität des Verfassungssystems

Das Leitkriterium der Optimalität erfordert zunächst die Angabe der Prinzipien, die für die Abgrenzung von Abwägungskompetenzen relevant sind. Diese lassen sich systematisch aus der Funktion des Rechts, eine verbindliche normative Ordnung der Gesellschaft zu bilden, entwickeln. Verbindlichkeit erfordert eine normative Begründung, und diese wiederum autonome Abwägungen. Eine Rechtsordnung sollte demnach so organisiert sein, dass die für eine autonome Normbegründung notwendigen Operationen in optimaler Weise realisiert werden. Dazu gehören:

- die Ermittlung der relevanten normativen Argumente,
- die Bildung normativer Urteile aufgrund der Abwägung solcher Argumente,
- die intersubjektive Reflektion verschiedener normativer Auffassungen,
- die Feststellung objektiver Geltung von Normen,
- die Beachtung formaler Anforderungen an rationale Normbegründung.

Es scheint, dass Gerichte in erster Linie für die Feststellung objektiver Geltung von Normen sowie die Beachtung von Rationalitätsanforderungen geeignet sind. Das Parlament scheint - jedenfalls der Idee nach - für die Ermittlung von Interessen und normativen Auffassungen, die die für die Abwägung relevanten normativen Argumente konstituieren, geeignet, ebenso für Abwägung und intersubjektive Reflektion verschiedener Argumente und Auffassungen. Dies ist - neben der formellen Legitimation durch Wahlen - eine Grundlage für die demokratische Legitimation parlamentarischer Entscheidungen. Im Verfassungsstaat wird dieses Bild jedoch verändert, weil jedenfalls ein Teil der relevanten normativen Argumente durch verfassungsrechtliche Prinzipien gebildet wird. Dazu gehören insbesondere Grundrechte, die von Gerichten durchzusetzen sind. Damit werden Ermittlung der Argumente, Abwägung und intersubjektive Reflektion zu verfassungsrechtlichen Angelegenheiten. Konsequenz ist die Konkurrenz von Parlamenten und Verfassungsgerichten in diesem Bereich und die Frage, welchem Organ die Letztentscheidungskompetenz zugeordnet werden sollte.

Für die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen ergeben sich damit drei Ansätze:

- die Gewährleistung objektiv rechtmäßiger Entscheidungen,
- die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes,
- die Gewährleistung der Legitimität staatlicher Entscheidungen.

Daneben können weitere Gesichtspunkte formeller und materieller Art relevant sein.

Die Abgrenzung kann nach Sachmaterien erfolgen, aber auch nach dem gebotenen Grad der Toleranz von Gerichten gegenüber Entscheidungen anderer Organe. Ist eine Entscheidungskompetenz z.B. des Gesetzgebers prinzipiell zu respektieren, kann ein Verfassungsgericht darauf beschränkt sein, nur eindeutig fehlerhafte Gesetze aufzuheben oder erst dann einzuschreiten, wenn ein Gesetz erheblich von dem abweicht, was dem Gericht angemessen erscheint. Letzteres lässt sich als Einschränkung der Kontrollintensität be-

zeichnen. Der Grad der Toleranz bzw. der Kontrollintensität kann wiederum von verschiedenen Faktoren abhängen, etwa der Intensität von Grundrechtsbeeinträchtigungen.

2. *Das Kriterium der Objektivität*

Das Kriterium objektiv gültiger rechtlicher Urteile erfasst zwei Bereiche: die Bedingungen rationaler Argumentation und die aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gerechtfertigten Normen. In diesen Bereich ist objektive Rechtserkenntnis oder jedenfalls eine objektive Rechtfertigung der Durchsetzung des Rechts möglich. Objektiv bedeutet dabei: von jedem vernünftigen Urteiler anzuerkennen. Eine gerichtliche Entscheidungskompetenz lässt sich in diesem Bereich relativ sicher begründen. Dies ist zum einen der traditionelle Bereich gerichtlicher Tätigkeit mit Anspruch auf Rechtserkenntnis. Zum anderen besteht kein Grund, eine Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers oder anderer Organe in diesen Hinsichten anzunehmen.²⁷²

Allerdings eröffnet das Kriterium der vernünftigen Konvergenz die Möglichkeit, autonome Urteile entgegen der nach diesem Kriterium objektiv begründeten Auffassung aufrechtzuerhalten. Man könnte daher den Gesetzgeber als politisch autonomes Subjekt ansehen und ihm das Recht einräumen, eine nicht irrationale, aber nicht als allgemeinverbindlich zu rechtfertigende Verfassungsinterpretation zu vertreten. Dieses Recht, das autonomen Individuen zusteht, einem Organ des Rechtssystems zuzugestehen, würde jedoch die Möglichkeit, eine verbindliche verfassungsrechtliche Ordnung zu bilden, in Frage stellen. Organe des Rechtssystems können nicht wie private Individuen agieren, sondern müssen am Ziel, eine verbindliche normative Ordnung herzustellen, mitwirken.

Im Bereich objektiv gültiger Normen ist somit eine Entscheidungskompetenz der Gerichte anzunehmen. Einen entgegengesetzten, relativ eindeutig zu beurteilenden Bereich bilden Abwägungsentscheidungen, die von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber in einem funktionierenden demokratischen System korrekt begründet worden sind und gegen die lediglich eine abweichende Wertung des Gerichts angeführt werden kann. In solchen Fällen bedürfte es einer besonderen Rechtfertigung, eine Entscheidungskompetenz des Gerichts anzunehmen. Der bloße verfassungsrechtliche Charakter einer Abwägung rechtfertigt also in einem funktionierenden demokratischen System nicht ohne weiteres eine Entscheidungskompetenz der Gerichte über die betreffende Abwägungsfrage.²⁷³

Soll im Bereich konkurrierender, aber jeweils vertretbarer Abwägung eine Entscheidungskompetenz der Gerichte angenommen, kommt eine Begründung mit dem Kriterium der intersubjektiven Reflexion in Betracht. Ein Argument für eine Letztentscheidungskompetenz der Gerichte wäre, wenn sie besser als politische Prozeduren geeignet wären, eine Abwägung kollidierender politischer Konzeptionen vorzunehmen. Allerdings könnte ein parlamentarisches Modell der Forderung intersubjektiver Reflexion verschiedener politischer Auffassungen besser entsprechen. Dies erforderte, dass der parlamentarische

272 Vorausgesetzt ist dabei, dass die objektive Gültigkeit der Normen begründet werden kann, anhand derer ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt werden soll.

273 Vgl. auch Michael 2000, 283.

Prozess auf dieses Ziel hin angelegt ist und nicht in der bloßen Durchsetzung von Mehrheiten besteht. Das Kriterium der intersubjektiven Reflexion führt somit nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Seine Anwendung hängt von den Gegebenheiten des politischen Systems einschließlich des Gerichtssystems ab.

Die Möglichkeit objektiver Beurteilung ist nicht nur ein Kriterium für die Begründung gerichtlicher Kontrolle, sondern auch relevant für die Frage, welche Entscheidungsmöglichkeiten Gerichte haben sollten. So rechtfertigt eine negative Kontrolle von Abwägungsentscheidungen die Aufhebung fehlerhafter Entscheidungen, aber nicht eine eigene Entscheidung des Gerichts.

3. *Optimierung des Grundrechtsschutzes*

Eine Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Schutz von Grundrechten. Dementsprechend gibt es im Bereich von Grundrechten jedenfalls ein gewichtiges Argument dafür, die Kompetenz zu letztverbindlichen Abwägungsurteilen Verfassungsgerichten zuzuordnen. Allerdings begegnet dieser Ansatz Vorbehalten.

Der Ansatz ist plausibel, wenn Grundrechte als Rechte verstanden werden, die prinzipiell der Einflussnahme des Staates entzogen sein sollen. Kommt es doch zu staatlichen Eingriffen, gibt es Anlass, diese Eingriffe auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung hin zu überprüfen. Es gibt jedoch grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheiten, die konfliktträchtig sind, etwa die Berufsausübungsfreiheit, die Nutzung von Eigentum oder die allgemeine Handlungsfreiheit. Sie führen zwar nicht stets zu Konflikten mit anderen Rechten oder Gütern. Es wird jedoch Fälle geben, in denen ihre Ausübung andere beeinträchtigt. Damit wird eine gesetzliche Abgrenzung der verschiedenen Interessen notwendig. In solchen Fällen ist nicht klar, dass Gerichte die Kompetenz zu letztverbindlicher Beurteilung haben sollten. Der Gesetzgeber greift nicht in einen ihm prinzipiell vorenthaltenen Bereich ein, sondern erfüllt die ihm obliegende Aufgabe, allgemeinverbindliche Regelungen zu setzen. Wenn er dies ohne Fehler tut, sollten Gerichte dies akzeptieren.

Die Forderung der Optimierung des Grundrechtsschutzes kann zudem gegen eine gerichtliche Kontrollkompetenz sprechen. So verwendet das Bundesverwaltungsgericht das Argument der Optimierung des Grundrechtsschutzes, um Beurteilungsspielräume der Exekutive zu rechtfertigen.

Das Bundesverwaltungsgericht verwendet diesen Ansatz bei der Begründung von Beurteilungsspielräumen bei der Indizierung jugendgefährdender Schriften. Die Abwägungsentscheidung über die widerstreitenden Belange der Presse- und Kunstfreiheit einerseits, des Jugendschutzes andererseits sei vom Gesetzgeber der Bundesprüfstelle zugewiesen. Das Gericht habe diese Entscheidung nur zu kontrollieren.²⁷⁴ Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet allerdings zwischen der Prüfung der Voraussetzungen der Abwägung und der eigentlichen Abwägungsentscheidung. Die Voraussetzungen der Abwägung sollen, anders als die Abwägung selbst, vom Gericht vollständig überprüfbar sein: "Was zur Herstellung praktischer Konkordanz in die jeweilige

Waagschale zu werfen ist, unterliegt uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle".²⁷⁵ Für die Kontrolle der eigentlichen Abwägung wird demgegenüber eine kompetenzielle Beschränkung für die gerichtliche Überprüfung angenommen. Der Grund für die Anerkennung sei, dass Entscheidungen, die die Presse- und Kunstfreiheit betreffen, "möglichst in einer gewissen Staatsferne und aufgrund einer pluralistischen Meinungsbildung ergehen sollen".²⁷⁶ Durch die Zusammensetzung der Bundesprüfstelle werde ein "Element der 'Selbstverwaltung' geschaffen, das die Kunstfreiheit in einem rechtlich nur schwer fassbaren und daher besonders sensiblen Bereich optimiert".²⁷⁷

Ein Beurteilungsspielraum wird also mit der Forderung der Grundrechtsoptimierung begründet. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums soll eine Optimierung der Kunstfreiheit darstellen und eine entsprechende Beschränkung der gerichtlichen Kontrollkompetenz verfassungsrechtlich rechtfertigen. Nach dem Optimierungsansatz können auch andere Verfassungsprinzipien zur Begründung eines Beurteilungsspielraums führen. Dies können, je nach Fallgestaltung, Grundrechtsprinzipien oder auch objektive Verfassungsprinzipien sein. Jedes verfassungsrechtliche Prinzip ist zu berücksichtigen, aus dem sich rechtliche Folgerungen hinsichtlich der Anerkennung eines exekutiven Beurteilungsspielraums ergeben.

Eine entsprechende Argumentation ist für die Abgrenzung verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen gegenüber dem Gesetzgeber möglich. Prinzipiell ist die vollständige gerichtliche Kontrolle der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesetzgeber geboten. Dies wird in der Regel zu einer Optimierung des Grundrechtsschutzes wie der effektiven Durchsetzung der Verfassung insgesamt führen. In einzelnen Bereichen kann jedoch der Gesetzgeber besser als ein Verfassungsgericht in der Lage sein, die verfassungsrechtlichen Anforderungen umzusetzen. Dies kann etwa bei komplexen Problemlagen der Fall sein, die ein Gericht nicht in Form von Urteilen regeln kann. Allerdings wird auch in solchen Fällen nicht jede verfassungsgerichtliche Kontrolle auszuschließen sein, sondern lediglich die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Anforderungen dem Gesetzgeber überlassen werden können. Zu beachten ist zudem, dass eine gerichtliche Kontrolle unter Umständen für den demokratischen Prozess oder allgemeiner die Verwirklichung von Demokratie förderlich sein kann. Dies ist ein Thema der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität staatlichen Handelns sowie der dazu autorisierten Organe.

4. *Voraussetzungen der Legitimität staatlichen Handelns*

Der Gesichtspunkt demokratischer Legitimität spricht zwar grundsätzlich eher für eine Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers. Jedoch hat demokratische Legitimität Voraussetzungen, die gerichtlich kontrolliert werden sollten.²⁷⁸

274 BVerwGE 91, 213 (216).

275 BVerwGE 91, 215.

276 BVerwGE 91, 217, unter Verweis auf BVerfGE 83, 150.

277 BVerwGE 91, 217 (222).

278 Zu unterschiedlichen Varianten dieser Konzeption von Grundrechten vgl. Habermas 1994, 151ff.; Sieckmann 1995b, 164ff.

Zunächst kann die Anerkennung von Grundrechten als Voraussetzung der Legitimität des politischen Systems angesehen werden.²⁷⁹ Allerdings folgt aus der Anerkennung von Grundrechten nicht notwendig die einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Erst zusammen mit dem Argument des effektiven Grundrechtsschutzes ergibt sich ein Argument für diese Kontrolle.

Die Forderung der Kontrolle von Legitimitätsvoraussetzungen führt zu spezifischen Rechtfertigungen der gerichtlichen Kontrolle der Gewährleistung politischer Rechte, insbesondere Beteiligungs- und Wahlrechte. Er lässt sich aber auch auf weitere Rechte anwenden, die nicht im engeren Sinne politische Rechte sind, die aber gleichwohl Elemente eines funktionierenden demokratischen Prozesses bilden. Zu diesen Voraussetzungen gehören die Berücksichtigung der Interessen aller und das Fehlen von Diskriminierungen. Aber auch soziale Rechte, wie der Zugang zu Bildungseinrichtungen und zu den Mitteln, die für ein gesellschaftlich integriertes Leben notwendig sind, können nach diesem Kriterium Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle sein. Ferner können Institutionen mit großem Einfluss auf das gesellschaftliche Leben und die Politik Machtfaktoren sein, deren Auswirkungen auf den politischen Prozess einer Kontrolle bedarf. Der Ansatz der Kontrolle der Legitimationsvoraussetzungen des politischen Systems hat daher zwar eine spezifische Perspektive, erlaubt aber durchaus, weitgehende gerichtliche Kontrollkompetenzen zu rechtfertigen.

VI. Fazit

- (1) Bei der Diskussion von Beschränkungen gerichtlicher Kontrolle ist zwischen Fragen der Kontrollkompetenz, des Kontrollmaßstabs und der Kontrollintensität zu unterscheiden.
- (2) Eine Beschränkung des Kontrollmaßstabs würde, soweit Grundrechte Kontrollmaßstab sind, die partielle Aufhebung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit dieser Grundrechte bedeuten und ist praktisch nicht zu rechtfertigen.
- (3) Die Kontrollintensität ist ein Problem der faktischen Möglichkeiten gerichtlicher Kontrolle sowie der angemessenen Verteilung beschränkter institutioneller Ressourcen.
- (4) Abwägungskompetenzen verschiedener Organe sind der Ansatzpunkt für die Lösung von Konflikten verschiedener Entscheidungsträger im Rechtssystem, insbesondere Verfassungsgerichten und Gesetzgeber.
- (5) Es ist zwischen positiver und negativer Kontrolle von Abwägungsentscheidungen zu unterscheiden.
- (6) Hinsichtlich positiver Abwägungsurteile sind verschiedene Abwägungskompetenzen an konkurrierende Organe zuzuordnen. So lässt sich begründen, dass grundsätzlich Gerichte Abwägungsprobleme im Anwendungsbereich subjektiver Rechte aufgrund eigener Wertung entscheiden müssen. Auch wenn Objektivitätskriterien nicht greifen, muss das Abwägungsurteil notwendigerweise als verfassungsrechtlich begründet behauptet werden.
- (7) Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen. Verfassungsinterpretationen des einfachen Gesetzgebers

279 Vgl. auch Habermas 1994, 155.

sind prinzipiell von den Gerichten bei ihren Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen.

(8) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen erfolgt in einem Modell konkurrierender Konzeptionen der Verfassungsinterpretation. Sie orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts.

3. Teil: Legitimität des Rechts

§ 9 Recht und praktische Vernunft

I. Vernunft und Autonomie

Der Zusammenhang zwischen Recht und praktischer Vernunft ist der Kern der Lehren des Vernunftrechts. Er ist aber auch zentral für den Anspruch der Rechtsdogmatik, mit wissenschaftlichem Anspruch Anleitung für die Rechtspraxis zu geben, wie für die Legitimation der Gerichte zur Rechtsfortbildung und für die Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaats. Vernunftrechtliche Ansätze behaupten die Existenz bestimmter, der menschlichen Erkenntnis zugänglicher Rechtsprinzipien, die als Leitideen und Maßstab der Kritik, wenn nicht gar als Kriterium rechtlicher Geltung angesehen werden. Eine Rechtsdogmatik mit praktischem Anspruch setzt die Möglichkeit, praktische Fragen rational begründet zu entscheiden, ebenso voraus wie die, die jeweilige Rechtsordnung jedenfalls in Teilbereichen als kohärentes System darstellen zu können. Richterliche Rechtsfortbildung beansprucht, nicht explizit entschiedene Fragen mit Anspruch auf rechtliche Richtigkeit entscheiden zu können, was wiederum eine rationale Begründung erfordert. Der demokratische Verfassungsstaat basiert auf Prinzipien von Freiheit, Gleichheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie der gerichtlichen Durchsetzbarkeit dieser Prinzipien. Er inkorporiert somit die Grundsätze des Vernunftrechts in das positive Recht.²⁸⁰

Der kognitive Anspruch des Vernunftrechts steht allerdings in Konflikt mit der Idee individueller Autonomie als Selbstgesetzgebung. Selbstgesetzgebung setzt voraus, dass die Geltung einer Norm von der Zustimmung der Normadressaten abhängt. Wäre eine Erkenntnis der Geltung von Normen möglich, bliebe kein Raum für autonome Entscheidungen darüber, welche Normen gelten sollen. Als Reaktion auf dieses Problem wird Autonomie häufig reduziert auf die Möglichkeit, einem durch praktische Vernunft bestimmten und für autonome Subjekte erkennbaren Gesetz positiv oder negativ Stellung zu nehmen.²⁸¹ Andere bestreiten die Möglichkeit einer autonomen Begründung von Moral und Recht.²⁸² Im Rahmen einer kognitiven Konzeption der Moral erscheint ein Verständnis von Autonomie als Selbstgesetzgebung in der Tat nicht möglich.

Der hier vertretene Ansatz sieht in der Struktur der Abwägung normativer Argumente die "Logik der Autonomie". Sie erlaubt es, den Charakter freier Entscheidung mit der normativen Gebundenheit moralischer und rechtlicher Entscheidungen zu kombinieren und - mit Einschränkungen - verbindliche Moral- und Rechtsnormen zu begründen.

280 Vgl. Dreier 1986, 29; 1991, 107.

281 So Pavlakos 2007, 7, 143. Vgl. Baumann 2001, 154 m.w.N.

282 Wolff 1998; Bittner 1983.

Ausgangspunkt ist der Verzicht auf eine kognitive Begründung normativer Argumente.²⁸³ Sie stellen nicht Behauptungen mit kognitivem Anspruch dar, sondern normative Forderungen, die autonome Subjekte legitimerweise und ohne substantielle Begründung geltend machen dürfen.

Die Konsequenz daraus ist, den zentralen Zusammenhang zwischen Moral, Recht und praktischer Vernunft neu zu definieren. Praktische Vernunft kann keine normativen Inhalte begründen, sondern dies ist allein aufgrund der Autonomie vernünftiger Subjekte möglich. Autonome Entscheidungen unterliegen allerdings formalen Rationalitätsanforderungen. Die Idee praktischer Vernunft ist daher nicht zu verabschieden, sondern vernünftige Subjekte können charakterisiert werden als solche, die in der Lage sind, autonome Urteile gemäß den Anforderungen rationaler Argumentation zu begründen. Sie müssen sich einerseits ihrer Autonomie bewusst sein, andererseits die Fähigkeit zu rationaler Argumentation besitzen. Vernunft ergibt sich demnach aus der Kombination von Autonomie und Rationalität.²⁸⁴

Da allerdings die normativen Inhalte nicht durch Vernunft, sondern durch autonome Entscheidungen bestimmt werden, sollte als Leitidee normativer Argumentation die der Autonomie angesehen werden, nicht die der praktischen Vernunft. Es geht um die Bildung korrekter autonomer Urteile, nicht um Vernunftserkenntnis. Dies wirft zwei Fragen auf:

- (1) Ist der Übergang von der Idee praktischer Vernunft zu der individueller Autonomie als Leitidee der Rechts- und Moralphilosophie gerechtfertigt?
- (2) Welche Bedeutung hat praktische Vernunft im Rahmen einer solchen, auf Autonomie gegründeten Konzeption von Recht und Moral?

II. *Das Scheitern kognitiver Ansätze der Normbegründung*

Die Rechtfertigung für die Ablösung der Idee praktischer Vernunft liegt in der Erfolglosigkeit der Versuche, eine kognitive Begründung von Normen vorzulegen. Solche Versuche haben eine lange Tradition. Ansätze dazu sind die Berufung auf ein göttliches Recht, die klassischen Naturrechtslehren, die Normen in der Natur des Menschen oder der Gesellschaft finden wollen, Vernunftrechtslehren wie die *Kants*, die die Grundlage der Normbegründung in a priori-schen Voraussetzungen praktischer Erkenntnis sehen, und schließlich diskurstheoretische Ansätze, die versuchen, Normen mit a priori-Voraussetzungen menschlicher Kommunikation zu begründen.²⁸⁵ Auch bei diskurstheo-

283 Wahrheitsansprüche im Recht werden auch von anderen Autoren kritisiert, z.B. Patterson 1996. Allerdings zielt die hier vertretene Konzeption darauf, Rationalitätsforderungen im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung anzuwenden. Autonome Argumentation kann zu Ergebnissen führen, die mit Anspruch auf Wahrheit festgestellt werden können. Lediglich als Ausgangspunkt einer normativen Argumentation müssen Wahrheitsansprüche vermieden werden.

284 Dies ist allerdings nicht als Dichotomie zu verstehen. Da Rationalitätsforderungen prinzipiellen Charakter haben können und somit Abwägungen erfordern können, kann ihre Anwendung autonome Entscheidungen erfordern. Autonomie und Rationalität sind somit verschiedene, aber miteinander verbundene Aspekte praktischer Vernunft.

285 Apel 1973; Habermas 1983, 86ff.; Nino 1991; Alexy 1991.

retischen Ansätzen mit kognitivem Anspruch geht es noch darum, einen Begründungsersatz für die unhaltbaren Objektivitätsansprüche religiöser Moralvorstellungen zu finden.²⁸⁶ Jedoch kann dieser Versuch, wie auch seine Vorläufer, nicht gelingen.

Der Grund dafür ist, dass diese Ansätze die Idee individueller Autonomie nicht ernst nehmen. Sobald ein normatives Problem auftritt, ist die Entscheidung für autonome Subjekte offen. Selbst in der kommunikativen Praxis anerkannte Normen können Autonomie nicht beschränken. Erst die *Möglichkeiten* kommunikativer Praxis begrenzen individuelle Autonomie, nicht das, was in solchen Praktiken vorausgesetzt wird. Jeder Versuch, dies mit kognitivem Anspruch zu bestreiten, ist aus Sicht autonomer Subjekte nicht akzeptabel. Eine im Ansatz kognitive Normbegründung erscheint daher nicht möglich. Dies soll an der Diskurstheorie Alexys belegt werden.²⁸⁷

1. Alexys diskurstheoretische Konzeption der Normbegründung

Rechtserkenntnis setzt voraus, dass Aussagen über das geltenden Recht mit Anspruch auf Richtigkeit getroffen werden können. Es ist fraglich und umstritten, inwieweit dies möglich ist. Sind nur empirische oder analytische Fragen einer Beurteilung als wahr oder falsch zugänglich? Können normative Aussagen über das geltende Recht, wenn nicht wahr, so doch richtig sein? Der Richtigkeitsanspruch rechtlicher Aussagen ist Alexys Ansatzpunkt der Normbegründung.

Alexy zufolge bildet die These vom notwendigen Anspruch des Rechts auf Richtigkeit die Grundlage für die Rechtfertigung von Regeln des Diskurses,²⁸⁸ für die "Sonderfallthese", dass der juristische Diskurs ein besonderer Fall des allgemeinen praktischen Diskurses sei,²⁸⁹ sowie für eine substantielle Folgerungen aus der Diskurstheorie, wie die notwendige Verbindung von Recht und Moral²⁹⁰ und die Rechtfertigung der Menschenrechte.²⁹¹

Die Grundlage für seine These vom notwendigen Richtigkeitsanspruch des Rechts ist eine Analyse von Voraussetzungen des Diskurses. Alexy entwickelt ein transzendental-pragmatisches Argument zur Begründung der Notwendigkeit von Diskursregeln aus der Analyse des Sprechakts der Behauptung sowie der Annahme, es bestehe eine transzendental-pragmatische Notwendigkeit, Behauptungen zu machen. Seine Grundthese für die Rechtfertigung der Regeln des Diskurses lautet:

286 Dies wird deutlich bei Habermas' Konzeption nachmetaphysischen Denkens, Habermas 1996.

287 Ein neuerer kognitivistischer Ansatz, der Autonomie zum Kern der Normbegründung macht, ist der "pragmatische Rationalismus" von Pavlakos 2007, 7, 143. Er beschränkt jedoch Autonomie auf Ermessen bei der Anwendung von Normen, erlaubt also nicht die Begründung von Normen im Sinne von Selbstgesetzgebung. Soweit eine von verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten gewählt wird, kann man dies zwar als durch die interpretierte Norm gerechtfertigt erklären. Der normative Anspruch für die Wahl gerade dieser Alternative bleibt jedoch ungeklärt.

288 Alexy 1995a, 127ff. Vgl. auch Habermas 1996, 62f.

289 Alexy 1978; id., 1999b, 374ff.

290 Alexy 1994, 63ff.; 1998, 205ff. Kritisch dazu Heidemann 2005, 127ff.; Bulygin 2000. Ferner Alexy 2000b.

291 Alexy 1995a, 132ff.

- (1) Wer etwas behauptet, erhebt einen Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit.²⁹²

Alexy zufolge stellt die Negierung dieses Wahrheitsanspruchs einen performativen Widerspruch dar, d.h. der betreffende Sprechakt setzt etwas voraus, das im Inhalt des Sprechakts verneint wird. Seine zweite These lautet:

- (2) Der Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit impliziert einen Anspruch auf Begründbarkeit.²⁹³

Der Anspruch auf Begründbarkeit erfordere, dass Gründe für die betreffende Behauptung angegeben werden könnten. Dies müssten nicht unbedingt gute Gründe sein, und sie müssten auch nicht stets angeführt werden. Wenn allerdings ein Grund gefordert werde und es keine Rechtfertigung gebe, eine Begründung zu verweigern, dann bestehe eine Verpflichtung, Gründe anzugeben. Daraus folgt Alexys dritte These:

- (3) Der Anspruch auf Begründbarkeit impliziert eine prima facie-Pflicht, das Behauptete auf Verlangen zu begründen.

Darüber hinaus bedeute das Aufstellen von Behauptungen, in den Bereich der Argumentation einzutreten. Daraus folgten weitere Voraussetzungen mit normativem Gehalt. Wer etwas begründe, müsse voraussetzen, dass bestimmte Anforderungen erfüllt seien.²⁹⁴ In Alexys Theorie sind diese normativen Voraussetzungen in folgender These enthalten:

- (4) Mit Begründungen werden, jedenfalls was das Begründen als solches anbelangt, die Ansprüche auf Gleichberechtigung, Zwanglosigkeit und Universalität erhoben.²⁹⁵

Daraus werden die Rechte eines jeden auf Teilnahme am Diskurs und Freiheit und Gleichheit im Diskurs abgeleitet. Allerdings betont Alexy selbst, dass dieses Argument nicht ausreicht, Rechte oder Normen außerhalb des Diskurses zu rechtfertigen.²⁹⁶

Der nächste Schritt ist die Begründung der Notwendigkeit des Anspruchs auf Richtigkeit. Alexy hält den Anspruch auf Richtigkeit nicht für eine bloße Frage der Definition, was eine Behauptung sei, sondern hält es für notwendig, Behauptungen zu machen. Dies bildet die erste Prämisse für ein transzendentes Argument.²⁹⁷ Seine These lautet:

292 Alexy 1995a, 135.

293 Alexy 1995a, 136.

294 In Habermas' Theorie sind diese Anforderungen das Recht auf chancengleiche Teilnahme am Diskurs, die Aufrichtigkeit der Teilnehmer und das Fehlen von Zwang, Habermas 1996, 62. Diese Voraussetzungen sollen das Diskursprinzip D rechtfertigen, dass nur solche Normen Gültigkeit beanspruchen können, die die Zustimmung aller Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden können, ebd., 49.

295 Alexy 1995a, 138.

296 Alexy 1995a, 147; Habermas 1996, 62f.

297 Alexy 1995a, 139.

- (5) Wer sein ganzes Leben lang keine Behauptung (im durch (1)-(3) definierten Sinn) aufstellt und keine Begründung (im durch (4) definierten Sinn) gibt, nimmt nicht an der allgemeinsten Lebensform des Menschen teil.

Alexy hält es für praktisch unmöglich, nicht in irgendeiner Weise einmal an einer Argumentation teilzunehmen. Alle Lebensformen enthielten universelle Elemente von Argumentation, wie sie durch die Diskursregeln beschrieben würden.²⁹⁸ Er räumt allerdings ein, dass die Fähigkeit, Konflikte durch Argumentation zu lösen, nicht impliziert, dass von ihr auch Gebrauch gemacht wird. Dies wäre nur der Fall, wenn alle Menschen ein überwiegendes Interesse an richtiger, gerechter Konfliktlösung hätten.²⁹⁹

An dieser Stelle führt Alexy eine Unterscheidung von idealer und realer Geltung ein. Diskursregeln seien nur ideal oder hypothetisch gültig, nämlich dann, wenn sie von allen akzeptiert werden müssten, für die eine regulative Idee der Richtigkeit ein positiver Wert sei. Dies sei nur eine hypothetische, faktisch begrenzte Geltung.³⁰⁰ Daher ergänzt Alexy sein Argument, um zu zeigen, dass alle Menschen ein Interesse an Richtigkeit haben, das stark genug sei, andere Interessen zu überwiegen. Allerdings sei dies nicht tatsächlich bei allen gegeben. Alexy unterscheidet daher subjektive und objektive Geltung. Erstere bedeute Motivation, letztere beziehe sich auf das äußere Verhalten.³⁰¹ Die objektive Anerkennung der Diskursregeln sei notwendig, weil im Hinblick auf die Nutzenmaximierung auf lange Sicht vorteilhaft. Dies sei so, weil man damit rechnen müsse, auf Menschen zu treffen, die ein Interesse an Richtigkeit hätten, und es daher vorteilhaft sei, selbst ein solches Interesse zumindest nach außen hin vorzugeben.³⁰²

2. Kritik

Probleme der These Alexys von der Notwendigkeit eines Richtigkeitsanspruch betreffen die Fokussierung auf Behauptungen, die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks "Richtigkeit" und die Notwendigkeit eines solchen Anspruchs.

2.1. Behauptungen im normativen Diskurs

Alexy sieht den Sprechakt der Behauptung als von überragender Bedeutung für einen rationalen Diskurs, neben solchen des Fragens oder Rechtfertigens. Diese Annahme ist allerdings problematisch in einer diskursiven oder, allgemeiner, prozeduralen Theorie der Begründung. Das Problem ist, dass Behauptungen beanspruchen, Tatsachen festzustellen, also die Existenz solcher Tatsachen behaupten. So bedeutet eine normative Aussage:

"Man soll andere nicht verletzen",

298 Ebd., 140.

299 Ebd., 141.

300 Ebd., 142.

301 Ebd., 143.

302 Ebd., 143, 144.

dass eine Norm existiert, die das Verletzen anderer verbietet. Aussagen beanspruchen somit, wahr oder richtig zu sein wegen der Existenz korrespondierender Tatsachen. Das Problem einer solchen Annahme im Rahmen einer prozeduralen Theorie der Normbegründung ist, wie man solche Behauptungen von Tatsachen am Anfang einer Begründungsprozedur aufstellen kann. Wenn dies möglich wäre, bräuchte man die Begründungsprozedur nicht mehr. Aussagen behaupten mithin etwas, das man am Beginn einer Argumentation noch nicht wissen kann.³⁰³ Das erste Problem ist damit, dass die Interpretation von Argumenten als Behauptungen oder Aussagen eine prozedurale Rechtfertigung redundant macht, ihr allenfalls sekundäre Bedeutung belässt.

2.2. Konzeptionen von Richtigkeit

Das zweite Problem ist, dass in Alexys Theorie verschiedene Verwendungsweisen des Ausdrucks "Richtigkeit" zu finden sind: (1) Richtigkeit im Sinne der Wahrheit von Aussagen, oder von etwas Wahrheitsanalogem im Fall normativer Aussagen. (2) Richtigkeit als diskursive Möglichkeit.³⁰⁴ (3) Richtigkeit als oberstes Kriterium für Bewertungen, analog dem der Wahrheit für Aussagesätze und der Gerechtigkeit für die richtige Verteilung von Gütern.³⁰⁵ (4) Richtigkeit im Sinne moralischer Richtigkeit im Zusammenhang der Diskussion von Interessen an Richtigkeit.³⁰⁶

All diese Konzeptionen können als Varianten eines allgemeinen Begriffs der Richtigkeit verstanden werden in dem Sinne, dass etwas bestimmten normativen Anforderungen entspricht. Wahre Aussagen sind so, wie sie sein sollten. Mögliche Diskursergebnisse stehen in Einklang mit den Diskursregeln. Richtige Güterverteilungen stimmen mit Forderungen der Gerechtigkeit überein. Richtige Handlungen folgen Normen der Moral. In dieser Interpretation ist Richtigkeit ein relationaler Begriff, der Konformität mit normativen Anforderungen ausdrückt.

Man kann allerdings Zweifeln, ob die verschiedenen Konzeptionen von Richtigkeit miteinander vereinbar sind. Die Interpretationen von Richtigkeit als Wahrheit und als diskursive Möglichkeit scheinen unvereinbar, und beide passen nicht zu einer prozeduralen Theorie der Rechtfertigung.

Die Definition von Richtigkeit als diskursive Möglichkeit ist ein besonderes Merkmal der *Alexyschen* Diskurstheorie.³⁰⁷ Ein Urteil ist diskursiv möglich, wenn es das Ergebnis eines idealen Diskurses sein kann.³⁰⁸ Diese Interpretation ist jedoch zum einen wenig plausibel. Richtigkeit meint mehr als bloße Zulässigkeit. Man kann sagen, es war richtig, das gefundene Geld zurückzugeben, aber nicht, es war richtig, Tee statt Kaffee

303 Alexy verteidigt die Notwendigkeit des Richtigkeitsanspruchs im Sinne einer regulativen Idee, die Orientierung in der Argumentation biete, Alexy 2007b, 333ff. Eine regulative Idee rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass das, was Ziel der Argumentation ist, bereits anfangs erreicht ist.

304 Alexy 1978; 1995c, 121.

305 Vgl. Alexy 1999a, 24.

306 Alexy 1995a, 141f.

307 Alexy 1991, 357, 413; 1995c, 110.

308 Vgl. auch Habermas 1999, 285 (ideal gerechtfertigte Akzeptabilität).

zu trinken, es sei denn, es gibt gute Gründe, die für diese Wahl sprechen. Richtigkeit meint, das Richtige zu tun, nicht nur, eine erlaubte Alternative zu wählen.

Darüber hinaus ist die Interpretation von Richtigkeit als diskursive Möglichkeit unvereinbar mit der als (oder analog zu) Wahrheit. Der Anspruch auf Wahrheit schließt andere Alternativen aus, der auf diskursive Möglichkeit hingegen nicht. *Alexy* versucht, diesem Problem mit der Unterscheidung eines relativen, prozeduralen und eines absoluten, nicht prozeduralen Begriffs der Richtigkeit zu begegnen. Der relative erlaube verschiedene Lösungen, der absolute nicht. Für individuelle Urteile gelte der absolute Begriff der Richtigkeit.³⁰⁹ Ein Individuum könne nicht verschiedene unvereinbare Lösungen akzeptieren, sondern müsse seine Antwort als richtig vertreten.³¹⁰ Jedoch bleibt unklar, wie ein Individuum im Rahmen einer prozeduralen Rechtfertigung, die verschiedene Lösungen zulässt, begründet zu der Ansicht gelangen kann, seine Auffassung sei die allein richtige. Wäre dies möglich, müsste es eine andere Begründungsgrundlage geben, die eine prozedurale Rechtfertigung überflüssig machte. Die Unterscheidung des relativen und des absoluten Richtigkeitsbegriffs führt zu der Konsequenz, dass Individuen letzteren verwenden müssen und damit nicht auf der Grundlage der Diskurstheorie argumentieren können.

2.3. Die Elemente eines Anspruchs auf Richtigkeit

Eine weitere Mehrdeutigkeit betrifft das Erheben eines Anspruchs. *Alexy* unterscheidet drei Elemente im Erheben eines Anspruchs: die Behauptung der Richtigkeit und Rechtfertigbarkeit, die Garantie der Rechtfertigbarkeit und die Erwartung der Akzeptanz des Richtigkeitsanspruchs durch die Normadressaten.³¹¹ Problematisch sind die Garantie der Rechtfertigbarkeit und die Erwartung der Akzeptanz. Solche Ansprüche können im Rahmen autonomer Normbegründung nicht erhoben werden. Da das Ergebnis der Argumentation auch von den Positionen anderer autonomer Subjekte abhängt, kann niemand eine Garantie dafür geben, dass seine Position das Ergebnis des Begründungsverfahrens sein wird. Ebenso kann niemand erwarten, dass seine Position von anderen autonomen Subjekten als definitiv gültig akzeptiert werden wird. Lediglich die Gültigkeit als normatives Argument muss begründbar sein und, wenn dies der Fall ist, von anderen akzeptiert werden.

2.4. Die Notwendigkeit eines Anspruchs auf Richtigkeit

Die Kritik der *Alexyschen* Konzeption eines Richtigkeitsanspruchs zeigt, dass man einen solchen Anspruch vernünftigerweise nicht erheben kann. Unabhängig davon kann die Notwendigkeit eines solchen Anspruchs auch deshalb nicht angenommen werden, weil das Modell autonomer Normbegründung eine Alternative bietet, die ohne solche kognitiven

309 *Alexy* 1991, 413f.

310 *Ebd.*, 414.

311 *Alexy* 1998b, 206; 2000c.

Richtigkeitsansprüche auskommt. Normative Argumente stellen Forderungen dar, nicht Behauptungen über die Geltung von Normen, die erst als Feststellungen der Ergebnisse von Abwägungen möglich sind. Wenn ein Richtigkeitsanspruch für normative Aussagen erhoben wird, dann ist die Argumentation schon vorbei. Selbst wenn Richtigkeitsansprüche im *Alexyschen* Sinne notwendig sein sollten, würden sie für die Argumentation nichts mehr austragen.

III. Praktische Vernunft im Rahmen autonomer Normbegründung

Was bleibt vom Vernunftrecht im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung? Die Frage ist, welche normativen Aussagen sich im Rahmen einer autonomen Normbegründung nicht nur autonom, sondern rational begründen lassen und somit als Kern eines rational begründeten Rechts Grenzen für autonome Entscheidungen setzen.

1. Grundsätze des Vernunftrechts

Eine rationale Normbegründung beansprucht zu zeigen, dass jeder vernünftig Urteilende die betreffende Norm als gültig anerkennen muss. Auch im Rahmen autonomer Normbegründung sind Anforderungen rationaler Argumentation zu beachten. Diese werden allerdings auf autonom, nicht kognitiv begründete Forderungen angewandt. Daraus resultieren Begründungsstrukturen, die von jedem vernünftigerweise anerkannt werden müssen und die sich jedenfalls teilweise in Form normativer Prinzipien formulieren lassen. Zu diesen strukturellen Anforderungen an autonome Normbegründung gehören:

- (1) die Notwendigkeit einer Begründung für die Behauptung der Geltung von Normen.
- (2) das Gebot, alle relevanten Argumente zu berücksichtigen.
- (3) die Zustimmungsfähigkeit normativer Argumente.
- (4) das Gebot korrekter Abwägung mit drei Unterprinzipien:
- (5) dem Gebot faktischer Optimalität der Entscheidung.
- (6) dem Gebot normative Optimalität der Entscheidung.
- (7) dem Gebot kohärenter Abwägung.
- (8) die Berücksichtigung der normativen Urteile anderer als notwendige Bedingung für korrekte normative Urteile auf definitive Geltung und allgemeine Verbindlichkeit.
- (9) das Gebot, eine allgemeine Norm festzusetzen, nicht nur eine partikulare Entscheidung zu treffen.
- (10) die Notwendigkeit einer verbindlichen Regelung als Voraussetzung der Möglichkeit, eine verbindliche Norm begründen zu können.

Diese Bedingungen lassen sich in Form normativer Prinzipien formulieren. Sie lassen sich in verschiedenen Gruppen zusammenfassen. Als Leitideen lassen sich Rationalität, Universalisierbarkeit, Korrektheit und Liberalität unterscheiden. Diesen sind verschiedene Rationalitätsforderungen zuzuordnen:

- dem Rationalitätsprinzip die Forderungen der Begründung von Normen und der Verbindlichkeit von Normen.

- dem Prinzip der Universalisierbarkeit die Forderungen der Zustimmungsfähigkeit normativer Argumente, der Berücksichtigung der normativen Urteile anderer autonomen Subjekte und der Allgemeinheit der festgesetzten Norm.
- dem Prinzip der Korrektheit die Forderungen faktischer und normativer Optimalität sowie der Kohärenz.
- dem Prinzip der Liberalität die Beschränkung der Normbegründung auf Bereiche, in denen gemeinsame Normen notwendig sind sowie auch die allgemeine Forderung der Begründung von Normen.

Insofern lassen sich durchaus Restbestände eines Vernunftrechts feststellen.

Im Verfassungsrecht lassen sich diese Prinzipien der Proportionalität, Gleichheit und Freiheit zuordnen. Das Gebot der Proportionalität setzt legitime Gründe für Freiheitseinschränkungen voraus und fordert mit den Teilgrundsätzen der Geeignetheit und Erforderlichkeit faktische Optimalität und mit dem der Angemessenheit normative Optimalität. Der Gleichheitssatz fordert gleiche Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen, kohärente Abwägung entsprechenden den Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgraden und den relativen Gewichten der einschlägigen Prinzipien sowie die allgemeine Geltung von Normen für alle, die die maßgeblichen Merkmale erfüllen. Die Notwendigkeit der Begründung normativer Beschränkungen wiederum lässt sich als residuales Freiheitsprinzip interpretieren, das zur Anwendung kommt, wenn solche Begründungen nicht gegeben werden, das allerdings im positiven Verfassungsrecht von anderen, spezifischeren Prinzipien wie den Freiheitsgrundrechten und dem grundrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes überlagert ist.

2. *Proportionalität*

Der Grundsatz der Proportionalität verlangt im Fall des Konflikts verschiedener Belange einen angemessenen Ausgleich zwischen diesen.³¹² Der Proportionalitätsgedanke ist vor allem für Eingriffe in Grundrechte ausgearbeitet worden, hat aber einen umfassenderen Anwendungsbereich. Er lässt sich auf alle Rechtsgüter beziehen, also auf alle Belange, deren Realisierung prinzipiell rechtlich geboten ist. Ein Verlust an einem Gut ist nur gerechtfertigt, wenn dem ein hinreichender Zugewinn an Realisierung eines anderen Gutes gegenübersteht. Daraus folgt die Forderung faktischer Optimalität, d.h. keine Lösung zu wählen, die hinter dem tatsächlich Möglichen zurückbleibt, sowie die

312 Die Idee der Gerechtigkeit als Proportionalität ist von Aristoteles formuliert worden, vgl. id., *Nikomachische Ethik* (1983), 1131b: "Das also ist das Gerechte: das Proportionale. Und das Ungerechte ist der Verstoß gegen das Proportionale. ... Daraus folgt, dass (bei der ungerechten Verteilung) ein Glied (der Proportion) ungebührlich vergrößert, das andere verkleinert wird." Die Konzeption der Abwägung als Optimierung lässt sich als eine Präzisierung dieser Idee auffassen. Die weitere Unterscheidung von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit mit der Zuordnung zu den Rechtsbeziehungen einerseits Privater, andererseits einer öffentlichen Gewalt zu ihren Rechtssubjekten, hat hingegen für die Anwendung des Proportionalitätsgedankens keine systematische Bedeutung. Zudem ist der Kompensationsgedanke im Schadenersatz- und Entschädigungsrecht von dem des proportionalen Ausgleichs zu unterscheiden.

Forderung normativer Optimalität, d.h. die der Wahl einer der am besten bewerteten Alternativen hinsichtlich der kollidierenden Forderungen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit enthält drei Teilgrundsätze: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i.e.S.³¹³ Geeignetheit verlangt, dass eine Maßnahme, die ein Rechtsgut beeinträchtigt, ein legitimes Eingriffsziel zumindest fördern muss, also zu dessen Realisierung beitragen muss. Erforderlichkeit verlangt, dass es zu einer Maßnahme keine Alternative geben darf, die das Ziel in gleichem Maße realisiert, aber andere Rechtsgüter weniger beeinträchtigt. Verhältnismäßigkeit i.e.S. verlangt einen angemessenen Ausgleich kollidierender Belange entsprechend ihren relativen Gewichten. Diese Forderungen haben wiederum zwei Ausprägungen: für Eingriffe in Rechtsgüter gilt ein Übermaßverbot. Der Eingriff darf nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht des Eingriffsziels im konkreten Fall stehen. Für die Realisierung von Rechten gilt ein Untermaßverbot: Die staatliche Maßnahme darf nicht hinter dem zurückbleiben, was ein angemessener Ausgleich fordert.³¹⁴

Diese Formulierungen weichen allerdings teilweise von der der Grundsätze rationaler Abwägung ab. Sie lassen sich jedoch im Sinne dieser Grundsätze interpretieren. Faktische Optimalität schließt die Forderungen von Geeignetheit und Erforderlichkeit ein. Normative Optimalität enthält die Forderung eines angemessenen Ausgleichs kollidierender Belange.

Der Grundsatz der Proportionalität wird allerdings durch andere normative Forderungen überlagert. So hängt im Verfassungsrecht die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vom Umfang der gerichtlichen Kontrollkompetenz ab. Gerichte sind grundsätzlich darauf beschränkt, die Einhaltung der Forderungen korrekter Abwägung durch andere Organe zu überprüfen, und haben nicht eine eigene Abwägung durchzuführen. Die Rationalitätsgrundsätze sind daher direkt anwendbar nur auf Organe, die eigene Abwägungsurteile zu treffen haben. Dies ist insbesondere der Gesetzgeber. Eine andere Frage ist, inwieweit die Einhaltung dieser Grundsätze gerichtlich überprüft wird.

Im Privatrecht könnte eine "Vertragsgerechtigkeit" nach dem Grundsatz der Proportionalität definiert werden. Jedoch wird dies, soweit durchführbar, von der Anerkennung der Privatautonomie verdrängt.³¹⁵ Die Vertragsparteien bestimmen selbst, was sie als gerechte Austauschrelation ansehen. In dem Maße, wie die Voraussetzungen der Privatautonomie, also eine symmetrische Beziehung eigenverantwortlich handelnder

313 Dazu umfassend Clérico 2001; Bernal Pulido 2003. Ferner Rivers 2007.

314 Die genaue Bestimmung der Relation zwischen Übermaß- und Untermaßverbot ist allerdings nicht einfach. Während sich bei der Abwägung im Rahmen des Gebots der Angemessenheit eine Symmetrie annehmen lässt, gilt dies nicht für die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Dazu Clérico 2007.

315 Es handelt sich um den Fall einer Totalkollision von Prinzipien. Vertragsgerechtigkeit fordert die Anwendung von Gerechtigkeitsprinzipien auf Verträge, Privatautonomie schließt dies aus. Das Vorliegen einer Totalkollision hindert jedoch nicht an der Abwägung der kollidierenden Prinzipien und der Festsetzung von Vorrangrelationen, etwa des Vorrangs der Privatautonomie bei symmetrischen Beziehungen der Beteiligten, des Vorrangs der Forderung von Vertragsgerechtigkeit bei gestörter Symmetrie unter den Vertragsparteien.

Personen, nicht gegeben sind, kommt allerdings wiederum der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit zur Geltung.

3. *Gleichheit*

Gebote der Gleichbehandlung finden sich in Form des Gebots der Behandlung aller autonomen Subjekte als gleichberechtigt sowie in verschiedenen Kohärenzforderungen für rationale Abwägungen.

Die Gleichberechtigung aller autonomen Subjekte muss anerkannt werden, weil die Festsetzung einer Norm unter Verletzung dieser Forderung einen vernünftigen Grund darstellen würde, die Verbindlichkeit der Norm zu bestreiten. Normbegründung ist daher nur unter Anerkennung dieser Voraussetzung möglich.

Aus der Gleichberechtigung folgt ein Gebot der Gleichbehandlung aller Interessen und normativen Vorstellungen autonomer Subjekte, sofern diese in Form kohärenter Lebenspläne und individueller normativer Konzeptionen präsentiert werden. Jedes autonome Subjekt kann somit gleichen Respekt für seine kohärente Konzeption eines guten Lebens verlangen. Erfüllt eine Konzeption diese Forderung nicht in vollem Umfang, darf sie allerdings gleichwohl nicht außer Acht gelassen werden, sondern muss in einer Weise rekonstruiert werden, die dem Anliegen des betreffenden Subjekts am besten gerecht wird. Andernfalls gäbe es wiederum einen vernünftigen Grund, die als Ergebnis festgesetzte Norm nicht anzuerkennen.

Eine entsprechende Forderung gilt für Interessen und normative Vorstellungen von Subjekten, die nicht fähig sind, autonome Urteile zu bilden. Auch deren Interessen und Vorstellungen dürfen nicht außer Acht gelassen werden, sondern müssen soweit wie möglich in Form eines kohärenten Lebensplans rekonstruiert werden. Dies lässt sich allerdings nicht aus einer Veto-Position begründen, wie sie autonome Subjekte hinsichtlich der Begründung verbindlicher Normen haben. Es ergibt sich jedoch aus einer Forderung der Kohärenz. Autonome Subjekte sehen bestimmte Güter oder Belange als wichtig an, und zwar nicht lediglich deshalb, weil dieses Subjekt dies meint, sondern wegen bestimmter Eigenschaften dieser Güter. Güter wie Leben, Gesundheit, Freiheit von Leid, Entfaltung der Persönlichkeit sind daher nicht nur wertvoll für autonome Subjekte, sondern für alle, die diese Eigenschaften aufweisen. Es wäre inkohärent, die Forderung nach Realisierung solcher Güter auf autonome Subjekte zu beschränken.

Aus dem Gebot, auch die Interessen und paternalistisch rekonstruierten Lebenspläne nicht autonomer Subjekte zu berücksichtigen, folgt allerdings nicht ohne weiteres, dass autonome Subjekte kohärente Konzeptionen eines guten Lebens von autonomen und nicht-autonomen Subjekten gleiches Gewicht geben müssen. Diese Konsequenz ergibt sich erst aus weiteren substantiellen Annahmen, insbesondere der Idee der Menschenwürde, die allen Menschen zukommt. Die Konzeption individueller Autonomie genügt nicht, diese Idee gleicher Menschenwürde abzuleiten. Autonome Subjekte, die die Entfaltung der Persönlichkeit für einen Wert halten, könnten der Ansicht sein, kohärente Lebenspläne seien danach zu bewerten, in welchem Maße sie diesen Wert realisieren. Dies könnte zu einer Abwertung von Lebensplänen derjenigen führen, die

hinter ihren Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung zurückbleiben oder die nach ihrer persönlichen Konstitution solche Möglichkeiten nicht haben. Die Konsequenzen, zu denen solche Auffassungen führen könnten, stellen allerdings ein starkes substantielles Argument dar, die Konzeption gleicher Würde aller Menschen zu akzeptieren.

Die dargelegten Gleichheitsgebote und -rechte sind rational begründet in dem Sinne, dass jeder vernünftig Urteilende sie anerkennen muss, sei es als Voraussetzung der Möglichkeit der Begründung verbindlicher Normen, sei es als Kohärenzforderung. Ihre Missachtung würde es unmöglich machen, eine Norm als definitiv gültig und verbindlich zu begründen, da eine solche Begründung jedenfalls angreifbar wäre und nicht von jedem vernünftig Urteilenden akzeptiert werden muss. In Bezug auf das positive Recht ergeben sich aus ihnen Forderungen für die Gestaltung von Verfassungen sowie von Rechtsordnungen insgesamt. Positivrechtliche Verfassungen können allerdings hinter diesen Forderungen zurückbleiben. Es stellt sich dann die Frage, welche der dargelegten Gleichheitsgebote diesen Verfassungen interpretativ zugeordnet werden können. Sollte dies nicht möglich sein, stellt sich die weitere Frage nach der Legitimität dieser Verfassung.

So wird das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG auf die Ergebnisebene bezogen: Differenzierungen müssen durch einen sachlichen oder hinreichenden Grund gerechtfertigt sein. Das heißt hinsichtlich der Forderung rationaler Normbegründung, Einschränkungen der allgemeinen Anwendbarkeit von Normen müssen sich aufgrund von korrekten Abwägungen rechtfertigen lassen. Andere Gleichheitsforderungen, wie die nach Berücksichtigung aller individuellen Interessen und normativen Vorstellungen, werden - in mehr oder weniger hohem Maße - über das demokratische System realisiert. Substantielle Gleichheitsforderungen können schließlich über die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG aufgenommen werden.

Die verfassungsrechtliche Abschwächung dieser Forderung zu einem reinen Willkürverbot, das lediglich sachliche, aber nicht hinreichende Gründe für eine Differenzierung fordert, lässt sich wiederum aufgrund einer Beschränkung gerichtlicher Kontrollkompetenzen erklären. Dem Gebot rationaler Normbegründung entspricht die Forderung eines hinreichenden Differenzierungsgrundes. Dieses Kriterium wird wiederum durch eine Abwägung kollidierender Belange und die auf dieser Grundlage festgesetzten Vorrangregeln angewandt.

4. *Freiheit*

Auf der Grundlage einer Konzeption autonomer Normbegründung lassen sich drei Aspekte von Freiheit als rational notwendig begründen.

Ein Freiheitsprinzip formaler Art ergibt sich aufgrund der Forderung der Begründung von normativen Beschränkungen. Lässt sich eine normative Beschränkung nicht rechtfertigen, gilt die betreffende Verhaltensweise als erlaubt. Dies bringt ein grundlegendes Rationalitätsprinzip zum Ausdruck, das wiederum verschiedene Begründungen hat. Zum einen kann es als allgemeine Argumentationslast verstanden werden. Derjenige, der eine substantielle These vorbringt, muss diese begründen. Eine skeptische Po-

sition, die sich einer Stellungnahme enthält, bedarf keiner Begründung. Eine zweite Begründung ergibt sich aus dem notwendigen Interesse autonomer Subjekte an Freiheit. Sie können an sie gerichtete Forderungen nicht ohne weiteres akzeptieren. Dies ist wegen der Unbegrenztheit möglicher Forderungen schon tatsächlich kaum vorstellbar. Jedenfalls können rationale Subjekte nicht ohne Prüfung jede an sie gerichtete Forderung als berechtigt ansehen. Dieses Argument macht allerdings Annahmen über die Forderungen, die autonome Subjekte vernünftigerweise stellen werden, und überschneidet sich mit der Begründung eines Rechts auf persönliche Autonomie.

Kants These von der Freiheit als einziges, ursprüngliches Menschenrecht kann als Variante eines formalen Freiheitsprinzips interpretiert werden. *Kant* definiert dieses Recht als "Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür, sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann".³¹⁶ Die Unvereinbarkeit mit der Freiheit anderer ist für *Kant* Bedingung der Rechtfertigung von Freiheitseinschränkungen. Gelingt diese Rechtfertigung nicht, bleibt das Freiheitsrecht bestehen. Autonome Normbegründung erschöpft sich allerdings nicht in dem Kriterium der Vereinbarkeit einer Freiheit mit der eines jeden anderen. Zum einen sind andere Gründe für Freiheitseinschränkungen möglich. Zum anderen genügt die bloße Unvereinbarkeit mit anderen Freiheiten nicht für ein definitives Abwägungsurteil. Die Grundstruktur ist jedoch die eines subsidiären oder residualen Freiheitsrecht.

Allerdings ist eine solche residuale Freiheit für die praktische Argumentation ohne Bedeutung. Sie hat keinerlei Relevanz als normatives Argument, da sie nicht die definitive Geltung von Freiheit fordert, sondern deren Geltung unter eine Bedingung stellt, deren Erfüllung ohne Rücksicht auf die residuale Freiheit selbst zu beurteilen ist. Jedes Auftreten eines Konflikts hebt diese residuale Freiheit auf.

Ein zweiter Aspekt von Freiheit, der aus der Struktur rationaler Argumentation abgeleitet werden kann, ist die Beschränkung verbindlicher Normen auf Bereiche, in denen gemeinsame Regelungen notwendig sind. Dies ist eine notwendige Bedingung der Normbegründung in einer Konzeption autonomer Argumentation. Sie stellt einen speziellen Fall des Prinzips der Notwendigkeit von Freiheitsbeschränkungen dar. Verbindliche Normen schränken Freiheit ein. Gibt es keine Begründung für deren Notwendigkeit, ist die Beschränkung nicht gerechtfertigt. Damit wird ein liberales Toleranzprinzip begründet. Dieses erlaubt jedem, nach eigenen Vorstellungen zu leben, solange dies nicht in Konflikt mit den normativ relevanten Interessen anderer gerät.

Auch hier ist allerdings zu bemerken, dass der Anwendungsbereich dieses Toleranzprinzips begrenzt ist. Wird geltend gemacht, eine verbindliche Regelung einer Frage sei notwendig, dann mögen darüber verschiedene Auffassungen bestehen. Die Entscheidung dieses Konflikts zweiter Stufe erfordert jedenfalls eine gemeinsame, für alle Beteiligten verbindliche Regelung. Es hängt dann von einer normativen Festlegung ab, ob eine gemeinsame Regelung als notwendig angesehen wird oder nicht. Auch das dargelegte Toleranzprinzip ist ergebnisbezogen und hat im Rahmen der normativen Argumentation selbst keine Bedeutung.

316 Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (1797/98) AB 45, (Akad.-Ausg. VI, 237).

Ein dritter Aspekt rational begründeter Freiheit ist die persönliche Autonomie im Sinne des Rechts, nach eigenen Vorstellungen zu leben.³¹⁷ Allerdings ist in diesem Punkt zu unterscheiden. Rational notwendig erscheint die Anerkennung eines Rechts auf persönliche Autonomie als formales Prinzip, demzufolge autonome Subjekte das Recht haben, ihre eigenen Interessen und Lebenspläne zu entwickeln und zu formulieren. Deren Inhalt ergibt sich jedoch erst aus entsprechenden Forderungen autonomer Subjekte, nicht aus objektiven Rationalitätsgrundsätzen. Autonome Normbegründung wird notwendigerweise zur Anerkennung persönlicher Autonomie führen. Die Geltendmachung und Anwendung dieses Rechts erfordert jedoch substantielle Argumentation, die über rational begründbare Grundsätze praktischer Vernunft hinausgeht.

IV. Fazit

(1) Der kognitive Anspruch des Vernunftrechts wie auch anderer Ansätze, die versuchen, praktische Fragen rational zu entscheiden, stehen in Konflikt mit der Idee individueller Autonomie als Selbstgesetzgebung. Selbstgesetzgebung setzt voraus, dass die Geltung einer Norm auf der Entscheidung der Normadressaten basiert. Wäre eine Erkenntnis der Geltung von Normen möglich, bliebe kein Raum für solche autonome Entscheidungen.

(2) Konsequenz ist, das Verhältnis von Moral, Recht und praktischer Vernunft neu zu bestimmen. Praktische Vernunft sollte durch individuelle Autonomie als Leitidee der Rechts- und Moralphilosophie ersetzt werden.

(3) Die Rechtfertigung für die Ablösung der Idee praktischer Vernunft liegt einerseits in der Idee der individuellen Autonomie, andererseits in der Erfolglosigkeit der Versuche, eine kognitive Begründung von Normen vorzulegen.

(4) Auch im Rahmen autonomer Normbegründung sind Anforderungen rationaler Argumentation zu beachten. Diese werden allerdings auf autonom, nicht kognitiv begründete Forderungen angewandt. Daraus resultieren Begründungsstrukturen, die von jedem vernünftigerweise anerkannt werden müssen und die sich jedenfalls teilweise in Form normativer Prinzipien formulieren lassen.

(5) Leitideen autonomer Normbegründung sind Rationalität, Universalisierbarkeit, Korrektheit und Liberalität.

(6) Auf ihrer Grundlage lassen sich als Restbestände eines Vernunftrechts - neben Autonomierechten innerhalb der Argumentation - Gebote der Proportionalität und der Gleichbehandlung sowie verschiedene Aspekte eines allgemeinen Prinzips der Freiheit festhalten.

317 Um persönliche Autonomie geht es z.B. Raz 1986; Spector 1992.

§ 10 Recht, Moral und Gerechtigkeit

Eine rechtsphilosophische Theorie des Rechts muss sich mit der Frage befassen, welche begrifflichen Beziehungen zwischen Recht, Moral und Gerechtigkeit bestehen, wobei letztere im folgenden nicht unterschieden werden. Es sind zwei Fragen zu erörtern:

- (1) Die Frage nach dem Rechtsbegriff: Muss oder soll der Rechtsbegriff auf Moral oder Gerechtigkeit Bezug nehmen oder nicht, und wenn ja, in welcher Form? In klassischer, allerdings missverständlicher Formulierung geht es um die Wahl eines positivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriffs.
- (2) Das Problem eines Widerspruchs zwischen Recht und Moral oder Gerechtigkeit: Wenn das positive Recht in Widerspruch zur Moral oder Gerechtigkeit gerät, welcher der beiden Normenordnungen gebührt der Vorrang?

I. Verbindungen von Recht und Moral im Prinzipienmodell

Bei der Frage, ob der Rechtsbegriff auf Moral oder Gerechtigkeit Bezug nehmen soll, geht es zunächst um die Wahl eines deskriptiv-empirischen Rechtsbegriffs oder eines normativen Rechtsbegriffs, je nachdem, ob mit einer Aussage über die Rechtsgeltung auch eine Aussage über eine Pflicht zur Befolgung des Rechts impliziert wird. Für das Prinzipienmodell wurde ein normativer Rechtsbegriff zugrunde gelegt, da es um die Rekonstruktion normativer rechtlicher Entscheidungen aus der Perspektive des Rechtsanwenders geht. Aus dessen Sicht ist die Frage, wie gemäß den geltenden rechtlichen Normen entschieden werden soll. Diese normative Frage erfordert eine normative Antwort. Für das Prinzipienmodell ergeben sich daraus verschiedene Verbindungen von Recht und Moral, letztere verstanden als aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründete Normen.³¹⁸

- Die residuale Geltung moralischer Prinzipien im Recht: Jedes Prinzip, dessen Verbindlichkeit gerechtfertigt werden kann, kann als Rechtsprinzip angewendet werden, solange das positive Recht seine Anwendung nicht ausschließt.
- Die Unmöglichkeit, moralische Richtigkeit als Geltungskriterium auszuschließen: Die Verwendung des Kriteriums moralischer Richtigkeit lässt sich nicht begrifflich, d.h. für alle möglichen Rechtssysteme, als Kriterium rechtlicher Geltung ausschließen.
- Die Offenheit rechtlicher Abwägungen gegenüber der Moral: Rechtliche Abwägungsurteile sind normative Urteile mit einem absoluten, nicht nur system-relativen Richtigkeitsanspruch.

Allerdings ergeben sich daraus nur schwache Verbindungen zwischen Recht und Moral. Die ersten beiden Thesen, die Fragen der Geltung betreffen, sind lediglich subsidiär oder negativ. Sie schließen nicht aus, dass ein Rechtssystem nur positivrechtlich begründete Normen als geltendes Recht behandelt. Dies kann legitim sein, wenn eine hinreichende Übereinstimmung des positiven Rechts mit Forderungen von Moral oder Gerechtigkeit

318 Dazu s.o., § 5, II.

erreicht wird, etwa durch Inkorporation vernunftrechtlicher Prinzipien in das Verfassungsrecht.

Die Verbindung über den absoluten Richtigkeitsanspruch von rechtlichen Abwägungsurteilen ist insofern schwach, als nur die Gleichartigkeit des normativen Anspruchs von Abwägungsurteilen mit dem moralischer Urteile behauptet wird. Es kann sein, dass die in die Abwägung einzustellenden rechtlichen Prinzipien keine moralischen Prinzipien sind. Deren Gewichtung und die Festlegung eines Vorrangs erfordern allerdings materielle Begründungen.

Die Frage bleibt, ob jenseits der Strukturen des Prinzipienmodells stärkere Verbindungen von Recht und Moral zu finden sind. Eine andere offene Frage ist, ob sich ein schwacher, inklusiver Rechtspositivismus als allgemeine Theorie des Rechts begründen lässt, der annimmt, moralische Kriterien könnten nur rechtliche Relevanz erlangen, wenn dies durch positivrechtliche Normen bestimmt wird.

II. Folgerungen aus der Absolutheit des rechtlichen Richtigkeitsanspruchs

Eine Verbindung von Recht und Moral jenseits der Strukturen des Prinzipienmodells ergibt sich aus dem absoluten Charakter des Richtigkeitsanspruchs des Rechts. Da das Recht Verbote enthält, nicht nur Sanktionen als Preis für die Nichtbefolgung des Rechts, muss absolute Verbindlichkeit beansprucht werden. Andernfalls wäre die Sanktionierung nicht vollständig gerechtfertigt, sondern nur relativ auf das positive Recht, und d.h. gegenüber denjenigen, die das positive Recht nicht als verbindlich akzeptieren, gar nicht. Rechtliche Urteile müssen also einen absoluten Verbindlichkeitsanspruch erheben. Dies ist nach der Definition moralischer Richtigkeit als absoluter, nicht system-relativer Richtigkeit ein moralischer Anspruch. Zur Begründung dieser These sind zwei Ansätze zu unterscheiden:

- (1) Aus Sicht der Rechtsanwendungsorgane ist es notwendig, die moralische Rechtfertigung (Legitimität) ihres Handelns zu beanspruchen und entsprechende Begründungslasten zu akzeptieren.
- (2) Das Recht selbst ist institutionell mit einem moralischen Richtigkeitsanspruch verbunden.

1. Rechtsgeltung als Anwendungspflicht

Der erste Ansatz setzt an der Pflicht der Rechtsanwendungsorgane an, das geltende Recht anzuwenden. Rechtsgeltung impliziert demnach, dass jedenfalls die Rechtsanwendungsorgane eine rechtlich geltende Norm bei ihrer Entscheidung anwenden sollen. Diese Annahme erscheint trivial. Sie ist allerdings nicht unumstritten. Es ist typisches Merkmal positivistischer Konzeptionen des Rechts, die Rechtsgeltung von einer Pflicht zur Befolgung des Rechts zu trennen.³¹⁹ Solche Rechtskonzeptionen sind jedoch für

319 So etwa Hart 1994.

Rechtsanwendungsorgane nicht adäquat, da sie nicht die Frage beantworten, wie diese Organe entscheiden sollen.

Wenn angenommen wird, dass Rechtsanwendungsorgane geltende Rechtsnormen anwenden sollen, ergibt sich aus der weiteren Annahme, dass Rechtsanwendungsorgane Menschen sind, die neben spezifischen Amtspflichten zugleich allgemeinen moralischen Pflichten unterliegen, dass die Kriterien der Rechtsgeltung sicherstellen müssen, dass nicht solchen Normen Rechtsgeltung zuerkannt wird, die von einem Rechtsanwendungsorgan aus moralischen Gründen nicht angewandt werden dürften. Recht muss also zumindest moralisch legitim sein. Es muss zwar nicht aus moralischen Kriterien abgeleitet sein, sondern kann positives, gesetztes Recht sein. Es kann auch zu Konflikten mit der Moral kommen. Solche Konflikte dürfen aber nicht derart gravierend sein, dass ein Rechtsanwendungsorgan der betreffenden positivrechtlichen Norm den Gehorsam aus moralischen Gründen verweigern müsste.

Gegen den Ansatz, Rechtsgeltung aus Sicht der Rechtsanwendungsorgane als moralisch verantwortlicher Subjekte zu konstruieren, könnte eingewandt werden, dass Rechtsgeltung nicht als das bestimmt werden könne, was Richter moralisch tun sollten.³²⁰ Der hier vorgeschlagene Ansatz identifiziert jedoch nicht Recht mit dem, was Richter moralisch gesehen tun sollten. Er berücksichtigt durchaus den institutionellen Charakter des Rechts und die Notwendigkeit, allgemeine Rechtsregeln festzusetzen.

2. *Der institutionelle Richtigkeitsanspruch des Rechts*

Ein anderer Ansatz nimmt an, dass das Recht selbst notwendigerweise einen Richtigkeitsanspruch erhebe, der dazu führe, Gerechtigkeit oder moralische Richtigkeit als Kriterien der Rechtsgeltung zu begründen.³²¹ Ein Anspruch kann zwar, dem Wortsinn nach, nur durch handlungsfähige Subjekte erhoben werden, nicht durch das Recht als System. Gemeint ist damit, dass mit bestimmten Handlungen eine rechtliche Bedeutung verbunden ist, die unabhängig davon besteht, ob ein Rechtsorgan subjektiv diese Bedeutung mit seinem Akt verbinden will. Ein Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsakt würde demnach von Rechts wegen eine Behauptung implizieren, dass dieser Akt gerecht sei. Gerechtigkeit wäre nach diesem Ansatz nicht lediglich über die Pflichten der Rechtsanwendungsorgane als moralischer Subjekte als ein notwendiger Inhalt des Rechts begründet, sondern ein notwendiges Merkmal des Rechts als einer institutionalisierten Normenordnung. Der normative Rechtsbegriff stellt in der Tat eine solche Verbindung her. Da ein Rechtssystem nur existieren kann, wenn jedenfalls Teilnehmer des Rechtssystems diesen normativen Rechtsbegriff zugrunde legen, gehört dieser Anspruch auch zur institutionellen Realität des Rechts.

320 So der Einwand von Raz 1993, 1ff.. Vgl. auch Waluchow 1994, 33ff.

321 Alexy 2000b, 139ff.

III. *Moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung*

Wenn man davon ausgeht, dass das Recht ebenso wie Moral Verbindlichkeit beansprucht, dann ergeben sich Unterschiede des Rechts zur Moral auf der Ebene der Geltungskriterien. Das Recht verwendet andere Kriterien für die Bestimmung der rechtlich geltenden Normen als die Moral. In erster Linie sind die Kriterien rechtlicher Geltung die Inkraftsetzung einer Norm gemäß den im Rechtssystem festgelegten und anerkannten Bedingungen, z.B. Erlass eines Gesetzes durch das Parlament, Entstehung von Gewohnheitsrecht, richterliche Präjudizien (sofern diesen in einer Rechtsordnung rechtliche Verbindlichkeit zugeschrieben wird). Solche Kriterien der Rechtsgeltung sind jedenfalls teilweise unabhängig von denen der Moral. Es gibt rechtliche Regelungen, die überhaupt nichts mit Fragen der Moral oder Gerechtigkeit zu tun haben. Selbst in Bereichen, die Fragen der Moral oder Gerechtigkeit berühren, kommt es für die Rechtsgeltung jedenfalls in der Regel nicht auf die moralische Richtigkeit der Rechtsnorm an. Es bleibt die Frage, ob sich, wenn auch nicht für einzelne Normen, so doch für Rechtssysteme ein begrifflicher Zusammenhang zwischen rechtlicher und moralischer Geltung herstellen lässt. Es gibt eine Reihe solcher Ansätze.³²² Im Folgenden soll jedoch die *Alexysche* Konzeption der Verbindung von Recht und Moral diskutiert werden, da sie am Richtigkeitsanspruch des Rechts ansetzt und mit der These der Notwendigkeit eines Richtigkeitsanspruchs eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral begründen möchte.

1. *Alexys These vom notwendigen Anspruch des Rechts auf Richtigkeit*

Alexy nimmt an, dass das Recht selbst notwendigerweise einen Richtigkeitsanspruch erhebe, der dazu führe, Gerechtigkeit oder moralische Richtigkeit als Kriterien der Rechtsgeltung anzuerkennen. Ein Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsakt würde demnach von Rechts wegen eine Behauptung implizieren, dass dieser Akt gerecht sei. Die Begründung Alexys für die Annahme eines solchen Richtigkeitsanspruchs des Rechts ist,³²³ dass es performativ widersprüchlich sei, wenn eine Rechtsordnung in der Verfassung folgende Bestimmung enthielte:

"X ist ein souveräner, föderaler und ungerechter Staat."

Es handele sich um einen performativen Widerspruch, weil eine Verfassung, hier die des Staates X, implizit beanspruchen müsse, gerecht zu sein. Ebenso enthielten richterliche Urteile einen Richtigkeitsanspruch. Es sei widersprüchlich, wenn ein Gericht eine Entscheidung wie folgt begründete:

"Der Angeklagte wird zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, wenn auch falsch, weil das geltende Gesetz fehlerhaft ausgelegt wurde."

Aber handelt es sich bei dem Richtigkeitsanspruch um einen Anspruch auf moralische Richtigkeit oder lediglich um einen formalen, relationalen Richtigkeitsanspruch, der

322 Z.B. Atria 2001.

323 Alexy 2000b, 139ff.

unabhängig von den Kriterien der Rechtsgeltung ist? Letzteres scheint jedenfalls im Beispiel der richterlichen Verurteilung plausibel.

Dies führt zu der Frage, in welchem Verhältnis der Begriff der rechtlichen Richtigkeit zur moralischen Richtigkeit steht. In einer elementaren Form lässt sich ein relationaler Richtigkeitsbegriff definieren. Richtigkeit wird als Erfüllung eines Gebots verstanden. Ein Urteil ist richtig, wenn es so ist, wie es die geltenden Normen es fordern. Rechtlicher und moralischer Richtigkeitsbegriff sind beide relational. Ein rechtlicher Richtigkeitsanspruch impliziert jedoch nicht notwendig einen moralischen.

2. *Relationale Richtigkeit*

Der relationale Richtigkeitsbegriff definiert Richtigkeit als Erfüllung eines Gebots, schreibt also einem Gegenstand (einer Handlung oder Entscheidung) Richtigkeit in Bezug auf eine Norm zu und hat damit relationalen Charakter.

In seinem relationalen Charakter stimmt der Begriff rechtlicher Richtigkeit mit dem der moralischen Richtigkeit überein. Ebenso wie das moralisch Richtige durch die Normen der Moral bestimmt wird, wird das rechtlich Richtige durch die Normen des Rechts bestimmt. Handlungen oder Entscheidungen werden also als richtig bezeichnet, wenn sie den für sie geltenden normativen Anforderungen entsprechen. Für Normen erscheint diese Redeweise allerdings unpassend. Normsetzungsakte können hingegen als eine Form von Entscheidung als richtig im relationalen Sinne von normgemäß qualifiziert werden. Für Recht und Moral lässt sich somit ein gemeinsamer Begriff der Richtigkeit bilden.

Die Übereinstimmung im Richtigkeitsbegriff begründet allerdings noch keine inhaltliche Verbindung von Recht und Moral. Rechtliche Richtigkeit kann in Bezug auf Rechtsnormen beurteilt werden, moralische Richtigkeit in Bezug auf Moralnormen, ohne dass eine Beziehung zwischen beiden Normensystemen bestehen müsste. Der Umstand, dass manche Begriffe in Recht und Moral übereinstimmen, genügt nicht, eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral zu begründen.

3. *Richtigkeit als Gerechtigkeit*

Alexy stellt einen Zusammenhang zwischen Recht und Moral über den Bezug des Rechts zur Gerechtigkeit her. Da Gerechtigkeit ein Teilaspekt der Moral ist, folgt aus einem notwendigen Anspruch des Rechts auf Gerechtigkeit eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral. Allerdings ist die Frage, ob Recht einen notwendigen Anspruch auf Gerechtigkeit erheben muss.

Es erscheint zutreffend, dass Gerechtigkeit nicht prinzipiell als rechtlich irrelevant behandelt werden kann. Ein Prinzip, ungerecht zu handeln, kann nicht rechtliche Geltung besitzen. Es würde seinem Inhalt nach auf nicht zu rechtfertigende Regelungen zielen und ist daher nicht zustimmungsfähig. Daraus folgt allerdings nicht, dass Gerechtigkeit als Rechtsprinzip gelten muss. Eine Rechtsordnung kann die unmittelbare Berufung auf Gerechtigkeit ausschließen, aber nicht ungerecht sein.

Das Argument *Alexys* hat allerdings einen zutreffenden Kern, wenn statt auf Gerechtigkeit auf die Begründung einer verbindlichen Ordnung abgestellt wird. Recht zielt begrifflich notwendig auf die Bildung einer solchen Ordnung mit Anspruch auf Verbindlichkeit. In dieser Hinsicht lässt sich ein performativer Widerspruch begründen, wenn ein Gesetzgeber mit seinem Normsetzungsakt Voraussetzungen negiert, die zur Begründung einer verbindlichen Norm notwendig sind. Dazu gehört prinzipiell auch Gerechtigkeit, aber Gerechtigkeit kann mit anderen legitimen Zielen kollidieren und von ihnen verdrängt werden. Bedingungen, die strikt notwendig für die Begründung verbindlicher Normen sind, können hingegen in einem Normsetzungsakt nicht negiert werden, ohne dessen Charakter als Normsetzung zu konterkarieren.³²⁴ So kann ein Gesetzgeber nicht eine Norm erlassen:

"X ist ein souveräner Staat, der die berechtigten Interessen von Minderheiten nicht respektiert."

Ein solcher Akt wäre keine erfolgreiche Normsetzung, da er Gründe liefert, die Verbindlichkeit der formulierten Norm zu bestreiten. Allgemein lässt sich feststellen, dass Rechtserzeugungsakte nicht nur Anwendung und Befolgung beanspruchen müssen, sondern auch, dass es einen Grund dafür gibt, die gesetzte Norm als gültig anzuerkennen.

Insofern gibt es notwendige normative Voraussetzungen eines positivrechtlichen Rechtsbegriffs.³²⁵ Allerdings geht diese Verbindung von Recht und Moral nicht über den Verbindlichkeits- und Legitimitätsanspruch des Rechts hinaus. Er begründet insbesondere keine notwendige Verbindung auf der Ebene der Kriterien der Rechtsgeltung. Zwar setzt Rechtsgeltung voraus, dass ein Mindestmaß materieller Richtigkeit erreicht wird, also moralische Richtigkeit oder Gerechtigkeit in hinreichendem Maß realisiert wird. Recht kann - entgegen rechtspositivistischer Auffassung³²⁶ - nicht beliebigen Inhalt haben, sondern muss in gewissem Maß Forderung materieller Richtigkeit erfüllen. Dies wäre nicht der Fall, wenn das positive Recht Forderungen der Moral oder Gerechtigkeit in extremer Weise verletzte.³²⁷ Es lässt sich demnach nicht theoretisch, d.h. auf der Ebene des Rechtsbegriffs, ausschließen, dass moralische Richtigkeit oder Gerechtigkeit ein Element der Kriterien der Rechtsgeltung ist. Umgekehrt muss der Rechtsbegriff so gefasst werden, dass sich der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts rechtfertigen lässt. Aber daraus folgt nicht, dass materielle Richtigkeit ein Kriterium der Rechtsgeltung sein müsste. Eine Rechtsordnung kann ohne Bezug auf materielle Richtigkeit auskommen, wenn die positiven Normen die Anforderungen materieller Richtigkeit im Ergebnis erfüllen.

324 Dieser Ansatz findet sich auch bei Fuller 1969. Es soll hier jedoch nicht untersucht werden, inwieweit die von Fuller aufgelisteten Inhalte notwendig als Rechtsnormen gelten müssen. Zu Fullers These der "internen Moralität des Rechts" Doerfer 2006, 85ff., 116ff.

325 Für Rechtskonzeptionen, die Recht nicht auf Setzungsakte zurückführen, müsste allerdings eine andere Begründung für den Zusammenhang mit Recht und substantiellen normativen Forderungen von Moral oder Gerechtigkeit gegeben werden.

326 Z.B. Kelsen 1960, 201f.

327 Zu diesem "Unrechtsargument" Dreier 1991; Alexy 1994.

4. Die Kontingenzthese

Die Kontingenzthese lautet, dass es von der jeweiligen Rechtsordnung abhängt, ob materielle Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung verwendet wird. Diese Frage lässt sich nicht rechtsbegrifflich, für alle Rechtssysteme, beantworten. Es lassen sich drei Positionen unterscheiden:

- (1) Der Rechtsbegriff schließt materielle Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung aus.³²⁸ D.h., materielle Richtigkeit ist niemals ein Kriterium rechtlicher Geltung (starker Rechtspositivismus).
- (2) Materielle Richtigkeit ist begrifflich notwendig Kriterium der Rechtsgeltung, jedenfalls in dem Sinn, dass extremes Unrecht kein geltendes Recht ist.³²⁹ (schwache Naturrechtskonzeption³³⁰)
- (3) Es hängt vom Rechtssystem ab, ob materielle Richtigkeit zu den Kriterien der Rechtsgeltung gehört.

Position (1) ist mit dem Verbindlichkeitsanspruch des Rechts unvereinbar, weil positives Recht extrem ungerechte Normen enthalten kann, dem die Rechtsgeltung im Sinne von verbindlicher Geltung abzusprechen ist.³³¹ These (2) trifft nicht zu, weil es positive Rechtssysteme geben kann, die Forderungen der Moral oder Gerechtigkeit in hinreichendem Maß erfüllen, so dass Rechtsgeltung in keinem Fall unter Rückgriff auf rein materielle Kriterien bestimmt wird. Wenn z.B. eine Verfassung vernunftrechtliche Prinzipien von Menschenrechten, Rechtsstaat und Demokratie inkorporiert, dann werden Streitfragen niemals unter Bezug auf Moralnormen entschieden, sondern stets im Rahmen der positiven Verfassung.³³² Materielle Richtigkeit kommt in einem solchen System niemals als Kriterium der Rechtsgeltung zur Anwendung. Alles, was gesagt werden kann, ist, dass sie potentiell ein Kriterium der Rechtsgeltung darstellt und nicht bereits rechtsbegrifflich als Kriterium der Rechtsgeltung ausgeschlossen werden kann.

Die Kontingenzthese (3) kann wiederum in zwei Varianten vertreten werden, einer positivistischen und einer normativen. Die positivistische Variante ist die Konventionalitätsthese.³³³ Sie besagt, dass Recht eine Frage der Konvention ist, mithin beliebi-

328 So Raz 1979, 38.

329 So Radbruch 1946; Alexy 1994.

330 Eine starke Naturrechtsposition würde hingegen annehmen, dass - negativ - jede Moralwidrigkeit die Rechtsgeltung ausschließen würde oder - positiv - moralische Richtigkeit rechtliche Geltung implizieren würde. Diese Positionen sind jedoch nicht zu rechtfertigen.

331 Vgl. Alexy 1994; Radbruch 1946.

332 So auch Dreier 1991, 107.

333 Genauer sind zwei Thesen zu unterscheiden. Die an dieser Stelle diskutierte rechtsbegriffliche Konventionalitätsthese behauptet, dass Recht eine Sache der Konvention ist. Sie enthält keine Aussage zu den Geltungskriterien innerhalb eines Rechtssystems. Die Kriterien, die innerhalb eines Rechtssystems angewandt werden, können andere sein als die, nach der in der Theorie Recht identifiziert wird. Die geltungstheoretische Variante behauptet, dass die obersten Geltungskriterien eines Rechtssystems konventionalen Charakter haben. Dies impliziert, dass die Tatsache, dass eine Norm von den Beteiligten als rechtlich gültig anerkannt wird, in der Rechtspraxis für die Beurteilung der Rechtsgeltung verwendet wird, also Rechtsanwendungsorgane ihre Beurteilung von der anderer Organe abhängig machen. Vgl. Marmor 2001, 6, 8, 21. Die geltungstheoretische Variante ist eine Form der Inkorporationsthese, die im folgenden Abschnitt diskutiert wird.

gen Inhalt haben kann und damit auch materielle Richtigkeit ein Kriterium rechtlicher Geltung sein kann, wenn dies in der Rechtspraxis anerkannt wird. Diese These steht jedoch, als Konzeption des Rechts als normatives System verstanden, vor dem Problem, die Verbindlichkeit des Rechts begründen zu müssen. Eine Definition des Rechts nach rein empirischen Kriterien kann diese Verbindlichkeit nicht sicherstellen.

Die Konventionalitätsthese trifft sich allerdings mit der Prinzipientheorie in einem Punkt. Der objektive Charakter des Rechts schließt es aus, die rechtliche Geltung einer Norm allein aufgrund einer individuellen Überzeugung ihrer moralischen Richtigkeit zu behaupten.³³⁴ Rechtsgeltung setzt empirisch feststellbare Akte der Anerkennung der betreffenden Norm voraus. Jedoch verkennt die Konventionalitätsthese den Charakter dieser Anerkennung. Voraussetzung objektiver Geltung ist die vernünftige Konvergenz der Beteiligten auf der Basis rationaler Argumentation und intersubjektiver Reflektion. Der Umstand, dass andere eine bestimmte normative Position akzeptieren oder nicht, ist für die Argumentation als Faktum relevant, aber kein die Argumentation leitendes Kriterium. Die Beteiligten müssen dieses Faktum bei ihrer Beurteilung berücksichtigen, welche Norm in der Situation der Divergenz verschiedener vertretbarer Auffassungen definitiv gelten sollte. Für diese Beurteilung leitend ist jedoch die Frage, welche Norm jemand in der fraglichen Situation für richtig hält. Daraus ergibt sich ein zweiter Einwand gegen die Konventionalitätsthese. Muss ein Gericht eine Entscheidung treffen, ohne dass eine vernünftige Konvergenz über die Frage der Rechtsgeltung erreicht ist, muss es entsprechend seiner normativen Überzeugung über die Frage der rechtlichen Geltung einer Norm urteilen. Rechtssysteme müssen in solchen Fällen Aussagen über rechtliche Geltung aufgrund autonomer Urteile zulassen. Rechtsgeltung kann somit nicht konventional definiert werden.

Die normative Variante der Kontingenzthese macht die Definition oberster Kriterien der Rechtsgeltung von ihrer Rechtfertigung im Rahmen einer normativen Theorie der Rechtsgeltung abhängig. Die Grundfrage einer solchen Theorie ist, welche Normen rechtlich gelten müssen, um den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts - einschließlich seiner zwangsweisen Durchsetzung - zu rechtfertigen. Eine solche Theorie kann dazu führen, dass die obersten Kriterien rechtlicher Geltung in einem bestimmten Rechtssystem empirischen Charakter haben. So kann gefordert werden, dass nur solche Normen als rechtlich angesehen werden, deren Geltung in irgendeiner Weise aufgrund der Verfassung begründet werden kann. Dies ist insbesondere dann plausibel, wenn die Verfassung die Prinzipien des Vernunftrechts wie Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaat inkorporiert hat.³³⁵ Eine normative Konzeption des Rechts kann andererseits dazu führen, dass die rechtliche Geltung von Verfassungsprinzipien unmittelbar aufgrund ihrer materiellen Richtigkeit behauptet werden kann, auch ohne einen Akt der Inkorporation oder eine andere empirische Geltungsbasis. Dies ist geboten, wenn die empirisch identifizierbaren Verfassungsnormen nicht ausreichen, die Legitimität des Rechtssystems oder einzelner seiner Teile zu gewährleisten.

334 Dazu s.o., § 5, I.

335 Vgl. Dreier 1991, 107.

Eine Konzeption des Rechts als normatives System muss es ermöglichen, dessen Anspruch auf Verbindlichkeit zu rechtfertigen. Die Identifizierung des Rechts kann daher nicht auf empirische Kriterien beschränkt werden. Vielmehr ist die normative Variante der Kontingenzthese zugrunde zu legen. Nach der normativen Kontingenzthese lässt sich eine zumindest indirekte Abhängigkeit der rechtlichen Geltung von der moralischen Richtigkeit der Rechtsnormen feststellen. Dieser Zusammenhang zwischen rechtlicher und moralischer Geltung ist jedoch lediglich extensionaler Natur, nicht intensionaler Natur. Auf der Ergebnisebene müssen die rechtlichen Normen in hinreichendem Maße Anforderungen von Moral und Gerechtigkeit erfüllen, um Legitimität beanspruchen zu können. Moralische Richtigkeit ist jedoch nicht ein aufgrund des Rechtsbegriffs notwendiges Kriterium der Rechtsgeltung.

5. *Inklusiver Rechtspositivismus*

Die in Position (3) formulierte Kontingenzthese kann in zwei Varianten vertreten werden. In der soeben diskutierten schwachen, negativen Form bestreitet sie eine allgemeine, rechtsbegriffliche Relevanz materieller Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung. Eine stärkere, positive Variante ist die These, dass in jeder Rechtsordnung die rechtliche Relevanz materieller Richtigkeit von positivrechtlicher Anerkennung abhängt. Dies ist die These eines inklusiven (schwachen, weichen) Rechtspositivismus,³³⁶ der moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung zulässt, jedoch nur dann, wenn das positive Recht dies vorsieht.³³⁷ Dies kann als Inkorporationsthese bezeichnet werden.³³⁸ Mit ihr wird moralische Richtigkeit als oberstes Geltungskriterium innerhalb eines Rechtssystems ausgeschlossen. Sie steht allerdings vor einer Reihe von Problemen.

Ein erstes Problem ist, was für eine solche Inkorporation moralischer Kriterien in das Recht erforderlich ist. Es könnte explizite Anerkennung gefordert werden, andererseits könnte jede Form institutioneller Stützung ausreichen, oder es könnte eine mittlere, näher zu definierende Position angenommen werden. Die Forderung expliziter Anerken-

336 Vgl. Coleman 1983; Waluchow 1994; Soper 1996. Zum inklusiven Rechtspositivismus Székessy 2003. Die Terminologie wurde von Waluchow eingeführt. Eine andere Bezeichnung ist die als "soft positivism", vgl. Hart 1994, Postscript 247f., 250ff., 265f.; Kramer 1999, 152. Als Variante eines inklusiven Positivismus kann auch der "kritische Positivismus" von Tuori 2002 eingeordnet werden.

337 So z.B. Waluchow 1994.

338 Dies kann auch als Inkorporationsthese bezeichnet werden, so Sieckmann 1990, 193, in Abgrenzung zu anderen Formen eines schwachen Positivismus. Sie ist von der zuvor diskutierten Konventionalitätsthese zu unterscheiden. Die Konventionalitätsthese enthält eine These über die Natur des Rechts, während die Inkorporationsthese den möglichen Inhalt der obersten Geltungskriterien eines Rechtssystems betrifft. Anders als die Inkorporationsthese schließt die Konventionalitätsthese nicht aus, dass Gerechtigkeit oder moralische Richtigkeit als oberstes Geltungskriteriums innerhalb eines Rechtssystems anerkannt wird.

Allerdings ist nicht klar, ob diese Unterscheidung von Konventionalitäts- und Inkorporationsthese von Vertretern eines inklusiven Rechtspositivismus geteilt wird. Coleman 1983, 35, verteidigt die Konventionalitätsthese, unterscheidet andererseits aber auch Inkorporation und Konventionalität, Coleman 1998, 381ff.

nung erscheint zu stark, da die Begründung rechtlicher Aussagen durch Interpretation allgemein zugelassen wird. Lässt man jede Form institutioneller Stützung genügen, stellt sich das Problem, dass verschiedene unvereinbare Normen diese Stützung aufweisen können und dann die Frage der Rechtsgeltung nach anderen, nicht positiven Kriterien entschieden werden muss. Beide Extreme erscheinen inadäquat. Andererseits ist nicht offensichtlich, wie eine mittlere Position für die Forderung positivrechtlicher Stützung zu definieren wäre.

Ein zweites Problem ist, dass ein inklusiver Rechtspositivismus in zwei Varianten vertreten werden kann:

- (1) Eine positivrechtliche Stützung ist notwendige Voraussetzung für die Anwendung moralischer Kriterien im Recht.
- (2) Eine positivrechtliche Stützung ist hinreichende Voraussetzung für die Anwendung moralischer Kriterien im Recht.

Die erste Position dürfte für moderne Rechtssysteme allgemein zutreffen, ist jedoch nicht ausreichend, eine positivistische Geltungstheorie zu rechtfertigen, deren zentrales Element eine oberste Erkenntnisregel im Sinne *H.L.A. Harts* darstellt. Die oberste Erkenntnisregel muss erlauben, die Rechtsgeltung einer Norm festzustellen. Dazu sind hinreichende Bedingungen der Rechtsgeltung notwendig. In modernen Rechtssystemen wird man kaum Fälle finden, in denen die rechtliche Geltung einer Norm ohne jegliche positivrechtliche Stützung festgestellt werden könnte.³³⁹ Kennzeichen einer positivistischen Geltungstheorie ist demnach, dass sie empirische Kriterien nicht nur als notwendig, sondern auch als hinreichend für die Begründung rechtlicher Geltung ansehen.

Ein inklusiver Rechtspositivismus, der beansprucht, hinreichende Bedingungen rechtlicher Geltung zu formulieren, ist verschiedenen Einwänden ausgesetzt. Aus der normativen Interpretation rechtlicher Geltung ergibt sich der Einwand der Möglichkeit extremen Unrechts. Da eine Pflicht zur Anwendung und Befolgung extrem ungerechten Rechts nicht gelten kann, muss eine Theorie rechtlicher Geltung ausschließen, dass die Kriterien rechtlicher Geltung zu einem solchen Ergebnis führen. Der inklusive Rechtspositivismus kann dies jedoch nicht ausschließen.³⁴⁰

Der inklusive Positivismus führt zudem zu konstruktiven Problemen. Im Fall einer Kollision von positivrechtlichen Prinzipien ist das Abwägungsurteil ein normatives mit absolutem Richtigkeitsanspruch, aber mit dem Anspruch auf rechtliche Geltung. Genügt für den inklusiven Positivismus diese Stützung durch positivrechtliche Prinzipien? Damit würden rechtliche Urteile mit moralanalogem Richtigkeitsanspruch zugelassen, so dass sich die gleichen Begründungsprobleme wie bei rein moralischen Urteilen stellen. Die Frage ist dann, was die Motivation für die Annahme eines inklusiven Positivismus sein soll. Ausgeschlossen würde immerhin die Berücksichtigung rein mora-

339 Vgl. auch Dworkin 1978, 40 (der allerdings die Eignung als formellen Geltungstest bestreitet, 64ff., 338ff.); Dreier 1991, 106.

340 Wird andererseits ein deskriptiver Begriff der Rechtsgeltung verwendet, können zwar die Normen, die Kriterien moralischer Richtigkeit in das positive Recht inkorporieren, empirisch-deskriptiv erfasst werden, nicht aber die Normen, die anhand von Kriterien moralischer Richtigkeit identifiziert werden sollen. Als deskriptive Theorie erscheint ein exklusiver Positivismus vorzugswürdig.

lisch begründeter Prinzipien in rechtlichen Abwägungen. Dies wiederum wäre aber dem Unrechtsargument ausgesetzt.

Im Fall einer Kollision eines positivrechtlichen Prinzips mit einem nicht positivrechtlich anerkannten Prinzip könnte eine definitive Norm festgesetzt werden, die das positivrechtliche Prinzip teilweise beschränkt. Ist dieses Ergebnis eine Rechtsnorm, oder nur der Teil dieser Norm, der dem positivrechtlich anerkannten Prinzip Vorrang gibt? Nun lässt sich, wenn die jeweiligen Vorränge komplementär sind, ein Bikonditional bilden: R genau dann, wenn T. Ein Teil dieser Norm ist durch ein positivrechtliches Prinzip begründet, ein anderer nicht positivrechtlich. Soll es dementsprechend hybride Normen mit sowohl rechtlichen wie nicht-rechtlichem Charakter geben?

Der inklusive Positivismus wirft somit mehr Probleme auf als er löst und bietet weder allgemein noch für das Prinzipienmodell eine adäquate Theorie der Rechtsgeltung.

IV. Konflikte zwischen Recht, Moral und Gerechtigkeit

Wenn eine positivrechtliche Regelung eindeutig ungerecht ist, ist die Frage, ob sich Bürger oder Gerichte und andere Organe des Rechtssystems an das positive Recht halten sollen oder ob sie Geboten der Moral oder Gerechtigkeit folgen sollen. Typischerweise stellt sich dieses Problem allerdings erst nach dem Zusammenbruch eines Unrechtssystems. Dann ist die Frage, wie mit dem vergangenen Unrecht umzugehen ist. Sind ungerechte Regelungen oder Maßnahmen als rechtlich gültig anzusehen oder nicht? Die Frage kann sich allerdings auch innerhalb einer faktisch geltenden Rechtsordnung stellen.

Da es sich um eine normative Frage handelt, ist ein normativer Rechtsbegriff zugrunde zu legen. Die Qualifizierung einer Norm als geltendes Recht impliziert einem normativen Rechtsbegriff zufolge eine Pflicht der Rechtsanwendungsorgane zur Anwendung und Befolgung der geltenden Rechtsnormen. Daraus folgt, dass die moralische Zulässigkeit der Anwendung des geltenden Rechts gewährleistet sein muss. Daher sind Kriterien der Gerechtigkeit oder allgemeiner materieller Richtigkeit für die rechtliche Geltung einer Norm relevant. Sind sie nicht positiviert, müssen sie als überpositives Recht anerkannt werden.

Für die Definition dieser überpositiven Kriterien rechtlicher Geltung gibt es verschiedene Vorschläge. *Radbruch* hat in seiner "Radbruchschen Formel" die Kriterien der Verleugnung der Gerechtigkeit und der Unerträglichkeit des Widerspruchs zur Gerechtigkeit angeführt. *Alexy* hat dies auf die Kurzformel, dass extremes Unrecht kein Recht sei, gebracht und ferner Schwere und Evidenz des Unrechts unterschieden.

Diese Kriterien sind vage und wertungsabhängig. Jedoch lassen sich eindeutige und zweifelhafte Fälle unterscheiden.

- Die Judenverfolgung des NS-Systems ist ein Fall extremen und evidenten Unrechts. Sie zielte darauf, einer Gruppe von Menschen ihre Lebensgrundlage und letztlich ihr Leben zu nehmen. Regeln, die zu diesem System gehören, wie die Ausbürgerung und

Verlust des Vermögens im Fall der Auswanderung, ist die rechtliche Geltung abzusprechen.³⁴¹

- Der Fall der "Mauerschützen",³⁴² also die Tötung von unbewaffneten Republikflüchtlingen an den Grenzanlagen der ehemaligen DDR, ist ein nicht so eindeutiger Fall. Er erreicht nicht den Grad des NS-Unrechts. Aufgrund weiterer Umstände, zu denen die weitgehende Beschränkung von Ausreisefreiheit, Meinungsfreiheit und politischen Rechten zählen, lässt sich gleichwohl begründen, dass extremes Unrecht vorliegt. Es ist keine haltbare Rechtfertigung für die Tötung unbewaffneter Republikflüchtlinge ersichtlich, und es scheint, dass auch niemand die Auffassung vertritt, Richter und Staatsanwälte in der DDR hätten diese Praxis, soweit sie Gegenstand gerichtlicher Verfahren gewesen wäre, als dem geltenden Recht entsprechend anwenden sollen.
- Eine Norm, die es Ehemännern gestattet, ihre Ehefrau zu schlagen, soweit dabei kein Blut fließt,³⁴³ ist evidentes Unrecht. In seiner Schwere ist es zwar geringer als das NS-Unrecht oder das Grenzregime der DDR. Es ist aber eine offensichtliche Verletzung des Gebots der Gleichberechtigung. Zumindest müsste Ehefrauen das gleiche Recht zugestanden werden wie ihren Ehemännern. Zudem widerspricht diese Norm der Friedens- und Schutzfunktion des Rechts. Recht muss darauf zielen, Gewaltanwendung soweit wie möglich zu verhindern. Die Erlaubnis zur Anwendung von Gewalt ohne eine spezifischer Rechtfertigung widerspricht der Idee des Rechts.

In diesen Beispielen lassen sich überpositive Kriterien rechtlicher Geltung mittels des Kriteriums vernünftiger Konvergenz begründen. Auch wenn es einzelne Gegenauffassungen geben mag, die eine extreme Gewichtung zugunsten der Rechtssicherheit und als Folge davon eine strikte Geltung des positiven Rechts vertreten, lässt sich eine Tendenz zu weitgehender Anerkennung überpositiver Kriterien rechtlicher Geltung feststellen. Zudem leiden Gegenauffassungen an begrifflichen Konfusionen.³⁴⁴ Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass überpositive Kriterien rechtlicher Geltung durch vernünftige Konvergenz gestützt und in diesem Sinne objektiv gültig sind.

Allerdings gibt es Zweifelsfälle, in denen keine solche Konvergenz vernünftig Urteilender besteht. In wieder anderen Fällen lässt sich dies ausschließen. Ist etwa über die Genehmigung zum Schlachten eines Tieres ohne Betäubung im Streit, könnte ein Richter, der das Töten von Tieren generell für moralisch verwerflich hält, auf die Idee kommen, die rechtliche Möglichkeit der beantragten Genehmigung aus moralischen Gründen zu verneinen. Dies wäre als rechtliches Urteil jedoch nicht gerechtfertigt, weil über das Kriterium vernünftiger Konvergenz für eine Erlaubnis, Tiere zu Nahrungszwecken zu töten, spricht. Der Richter würde eine individuelle moralische Überzeugung zur Grundlage seiner Entscheidung machen, die keine objektive Gültigkeit beanspruchen kann. Dies wäre in einem rechtlichen Urteil unzulässig.

341 So BVerfGE 23, 98 - NS-Unrecht.

342 BVerfGE 95, 96 - "Mauerschützen".

343 Nach einem Zeitungsbericht Relikte eines feudalen Rechtssystems auf der Insel Sark.

344 So wird nicht dargelegt, ob ein deskriptiver und ein normativer Begriff des Rechts verwendet wird, oder es wird, im Fall der "Mauerschützen", nicht zwischen Fragen der Rechtmäßigkeit und weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit, insbesondere der Schuld, unterschieden. Dazu Sieckmann 2001.

Letztlich handelt es sich bei dem Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, allgemeiner zwischen positivrechtlicher Geltung und überpositiven Geltungskriterien, um ein Abwägungsproblem, das jedenfalls nicht vollständig durch allgemeine Regeln aufgelöst werden kann. Neben Divergenzen in der Beurteilung einzelner Fälle können zudem je nach Rechtssystem unterschiedliche Beurteilungen geboten sein. In einem System eines demokratischen Verfassungsstaats, das in vielfältiger Weise Gerechtigkeitsforderungen realisiert hat, wird es zum einen kaum notwendig sein, direkt und ohne positivrechtliche Stützung auf Prinzipien der Gerechtigkeit zurückzugreifen. Wenn doch, wird dies auf wenig Widerstand stoßen, da es der Perfektionierung des Rechtsstaats dient. In Systemen mit gravierenden Ungerechtigkeiten könnte eine Korrektur des positiven Rechts zu Verwerfungen führen, die die Friedensfunktion des Rechts beeinträchtigen können. Rechtssicherheit wird hier ein hohes Gewicht haben, aber das der Forderung nach Gerechtigkeit kann höher sein. In Systemen mit gravierenden Meinungsverschiedenheiten über Fragen der Gerechtigkeit kann es sinnvoll sein, die Justiz aus diesem Streit herauszuhalten. Es ist aber auch möglich, dass gerade die Justiz in der Lage ist, zu einer Verbesserung des Systems beizutragen. Diese Fragen lassen sich nicht unabhängig von der konkreten politischen Situation beurteilen. Die Wahl einer positivistischen oder nicht positivistischen Konzeption des Rechts wird damit zu einer der politischen Strategie.

V. *Fazit*

(1) Im Prinzipienmodell bestehen verschiedene Verbindungen von Recht und Moral im Sinne von aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründeter Normen:

- Die residuale Geltung moralischer Prinzipien im Recht.
- Die Unmöglichkeit, materielle Richtigkeit als Geltungskriterium auszuschließen.
- Die Offenheit rechtlicher Abwägungen gegenüber der Moral.

(2) Darüber hinaus ist es auf der Grundlage eines normativen Rechtsbegriffs notwendig, einen Bezug zu materieller Richtigkeit in den Rechtsbegriff aufzunehmen - der Richtigkeitsbegriff des Rechts entspricht dem der Moral - und hinsichtlich der Kriterien der Rechtsgeltung zu fordern, dass sie jedenfalls im Ergebnis, extensional, nicht in Widerspruch zu dem Verbindlichkeitsanspruch des Rechts stehen. Dies geschieht mit der Annahme, dass extremes Unrecht kein Recht ist.

(3) Es lässt sich hingegen nicht rechtfertigen, dass materielle Richtigkeit begrifflich notwendig - für alle denkbaren Rechtssysteme - ein Kriterium rechtlicher Geltung sein muss.

(4) Auf der Basis eines normativen Rechtsbegriffs ist ein Rechtspositivismus weder in seiner exklusiven noch seiner inklusiven Variante zu rechtfertigen.

§ 11 Autonomie und Menschenrechte

Die Idee der Menschenrechte ist zentral für die Legitimität des Rechts und Ausprägung der Idee individueller Autonomie. Als Menschenrechte werden Rechte bezeichnet, die für jedes menschliche Wesen allein wegen seiner Eigenschaft, Mensch zu sein, gelten. In diesem Sinne handelt es sich um universelle Rechte.³⁴⁵ Allerdings ist die Idee von universellen Menschenrechten nicht unumstritten: Gibt es tatsächlich universell gültige Menschenrechte, und welche sind dies? Und wie ist die Annahme universeller Menschenrechte mit der eines kulturellen Pluralismus vereinbar, der sich ebenfalls auf die Idee der Autonomie stützen kann?

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert eine Analyse, wie Menschenrechte begründet werden können. Es geht um ein normatives Problem, nicht um die faktische Anerkennung von universellen Menschenrechten. Im folgenden soll dargelegt werden, dass eine Begründung universeller Menschenrechte im Prinzipienmodell möglich ist, dass diese jedoch nicht alle Aspekte trägt, die mit Menschenrechten verbunden werden.

I. Menschenrechte als universelle Rechte

Das Merkmal der Universalität von Menschenrechten ist präzisierungsbedürftig. Rechte können universell in ihrem Inhalt, ihrem Geltungsanspruch und der Art ihrer Begründung sein.

(1) Inhaltlich können Rechte universell hinsichtlich ihrer Träger, ihrer Adressaten und ihrer Anwendungsbedingungen (ihres Tatbestands) sein.³⁴⁶ Die Universalität hinsichtlich der Träger ist Begriffsmerkmal von Menschenrechten, wobei Bezugsklasse Menschen sind. Hingegen müssen Menschenrechte in anderen Hinsichten nicht universell sein.

- Menschenrechte müssen nicht gegenüber jedermann gelten. So ist der Adressat des Rechts, zu wählen, die politische Einheit, der jemand angehört.³⁴⁷ Zudem ist es Merkmal jedenfalls einer historisch begründeten und verbreiteten, allerdings beschränkten Sicht von Menschenrechten, dass sie Menschen gegen Staaten oder öffentliche Gewalt schützen sollen, nicht gegen Private.³⁴⁸

- Menschenrechte können zudem Anwendungsbedingungen haben. So ist ein Recht auf faires Verfahren nur auf Prozessbeteiligte anwendbar. Gleichwohl ist es ein Menschenrecht. Nur als bedingtes Recht ist es universell gültig. Daraus ergibt sich, dass Menschenrechte begrenzte Anwendungsbereiche haben können.

345 Vgl. Höffe 1998, 29; Wellman 1997, 15.

346 Vgl. Koller 1998, 99.

347 Alexy 1998a, 248; Koller 1998, 101.

348 Martin 1993, 87; Brugger 1999, 104. Vgl. auch Alexy 1997, 34, zu Rechten, die zu wichtig seien, als das sie parlamentarischer Entscheidung überlassen werden dürften.

(2) Menschenrechte wird universelle Gültigkeit zugeschrieben. Sie müssen von jedem als gültig anerkannt werden. Allerdings ist universelle Gültigkeit kein spezifisches Merkmal von Menschenrechten. Auch eine universelle Moral, die nichts mit Menschenrechten zu tun hat, beansprucht universelle Gültigkeit.

(3) Hinsichtlich ihrer Begründung sind Menschenrechte universell, insoweit ihre Rechtfertigung keine anderen Voraussetzungen hat als die des Menschseins oder damit verbundene Eigenschaften.³⁴⁹ Allerdings lässt sich nicht ausschließen, dass eine Rechtfertigung von Rechten weitere Umstände berücksichtigen muss, insbesondere bei bedingten Menschenrechten. Alles, was verlangt werden kann, ist, dass jeder Mensch als gleichberechtigt behandelt wird, als Zweck an sich selbst mit gleichem Eigenwert und Anspruch auf gleiche Achtung. Diese Beschreibungen sind allerdings vage und in einer Konzeption der Rechtfertigung von Rechten zu präzisieren.

II. Das Modell der Rechtfertigung von Menschenrechten

Normbegründung im Prinzipienmodell basiert auf der Abwägung von kollidierenden normativen Forderungen, die in Form von Prinzipien oder, allgemeiner, normativen Argumenten geltend gemacht werden. Die Offenheit dieser Abwägung macht sie zu einer autonomen Entscheidung. Das vollständige Modell autonomer Normbegründung enthält allerdings neben der Formierung und Abwägung normativer Argumente erster Stufe weitere Elemente der intersubjektiven Reflektion erster und höherer Stufe mit dem Ziel der Begründung objektiv gültiger, verbindlicher Normen.

In diesem Modell lässt sich klären, was es heißt, Menschen als gleichberechtigte autonome Subjekte zu behandeln. Es erfordert die Anerkennung von zwei Kompetenzen autonomer Subjekte zur Geltendmachung normativer Argumente und der Bildung normativer Urteile, sowie weiterer Elemente, die die Funktion des Schutzes individueller Rechtssphären gegenüber Eingriffen insbesondere der öffentlichen Gewalt rekonstruieren.

1. Autonome Kompetenzen

Individuelle Autonomie macht es notwendig, in Argumentationen, die auf die Begründung verbindlicher Normen zielen, eine Kompetenz autonomer Subjekte anzuerkennen, interessen-basierte normative Argumente vorzubringen. Wird dieses Recht nicht respektiert und eine Norm als verbindlich behauptet, die die selbstbestimmten Interessen eines autonomen Individuums missachtet, gibt es für dieses keinen Grund, das Ergebnis der Argumentation als verbindlich anzuerkennen. Ebenso muss eine Kompetenz autonomer Subjekte zur Bildung eigener normativer Urteile anerkannt werden. Wiederum gilt, dass die Nichtanerkennung einer solchen Kompetenz in einem Verfahren der Normbegründung autonomen Subjekten eine Rechtfertigung gibt, die Verbindlichkeit der festgesetzten Normen zu bestreiten. Sie haben keinen Grund, Normen zu akzeptieren,

349 Vgl. Brugger 1999, 104.

die ohne Rücksicht auf ihr autonomes Urteil bestimmt worden sind. Normative Argumente geltend zu machen eigene normative Urteile zu bilden, sind somit zwei Kompetenzen autonomer Subjekte, die in jedem Verfahren der Normbegründung respektiert werden müssen. Kompetenz meint dabei die Fähigkeit, die normative Situation innerhalb einer Argumentation zu verändern. Dies entspricht dem Konzept einer Kompetenz als Rechtsmacht. Es geht nicht um die faktische Fähigkeit, an einer Argumentation teilzunehmen und Argumente korrekt zu bilden und zu bewerten.

Als Konsequenz dieser Kompetenzen müssen individuelle Interessen und normative Urteile autonomer Subjekte in einer Argumentation Berücksichtigung finden. In dieser Hinsicht müssen alle autonomen Subjekte gleichbehandelt werden. Zudem müssen ihren Konzeptionen guten Lebens, soweit diese kohärent sind, gleiches Gewicht gegeben werden. Andernfalls hätten autonome Subjekte wiederum einen Grund, die als Ergebnis der Argumentation festgesetzte Norm abzulehnen.

2. *Demokratischer Totalitarismus und konstitutioneller Liberalismus*

Das Prinzipienmodell sieht den Kern der Normbegründung in einer Abwägung normativer Argumente, die in politischen oder rechtlichen Verfahren vorzunehmen ist. Wenn allerdings Normbegründung im Rahmen politischer oder rechtlicher Verfahren stattfinden muss, ist fraglich, wie die Idee von Menschenrechten als unabhängig von politischen Entscheidungen und immun gegenüber solchen Entscheidungen verstanden werden kann. Es scheint, dass Menschenrechte nur das Ergebnis von Rechtserzeugungsverfahren sein können, nicht aber diese substantiell beschränken können. Das Prinzipienmodell muss modifiziert werden, um diesem Einwand Rechnung zu tragen. Es sind zwei Konzeptionen von Menschenrechten zu unterscheiden.

Das einfache Prinzipienmodell führt zu einer Konzeption von Menschenrechten, die diese demokratischen Entscheidungen unterwirft.³⁵⁰ Da diese Konzeption annimmt, jede normative Frage könne Gegenstand demokratischer Verfahren sein, kann sie als "demokratischer Totalitarismus" bezeichnet werden. Ihr Grundprinzip ist: "Jeder ist gleichberechtigt, über das Leben eines jeden zu unterscheiden."

Im Gegensatz dazu kann die Konzeption von Menschenrechten im engeren Sinne definiert werden als Rechte, die, jedenfalls prinzipiell, nicht Entscheidungen der öffentlichen Gewalt (oder anderen Entscheidungsträgern) unterworfen sind. Nach dieser Konzeption fordern Menschenrechte, dass öffentliche Entscheidungen nicht in bestimmte individuelle Interessen oder Rechtssphären eingreifen und solche Rechtssphären immun gegenüber öffentlichen Entscheidungen sind. Diese Position kann als "konstitutioneller Liberalismus" bezeichnet werden. Sie nimmt an, das Menschen im Ausgangspunkt frei sind und öffentliche Entscheidungskompetenzen erst aufgrund ihrer Zustimmung begründet werden müssen. Das Grundprinzip dieser Position ist: "Jeder hat das gleiche Recht, über sein Leben zu bestimmen, und kein Recht, über das Leben anderer zu

350 Ein Beispiel ist die Grundrechtskonzeption von Habermas 1994, 151ff. Allerdings verwirft Habermas das Prinzipienmodell, ebd. 310f.

bestimmen." Allerdings muss auch ein konstitutioneller Liberalismus die Existenz und Notwendigkeit einer öffentlichen Gewalt akzeptieren, die in das Leben der Bürger eingreift. Es muss daher politische Rechte geben, über das Leben anderer zu entscheiden. Aber diese Eingriffsmöglichkeiten können nicht unbegrenzt akzeptiert werden. Autonome Subjekte werden manche ihrer Interessen gegen Eingriffe schützen. Ein Kriterium dafür kann sein, ob Interessen so wichtig sind, dass Individuen eher auf die Vorteile gemeinsamer Regelungen verzichten als auf die Realisierung dieser Interessen.

III. Ein System von Menschenrechten

Die Struktur des Prinzipienmodells führt zu einer Unterscheidung verschiedener Aspekte von Menschenrechten. Die Grundlage ist die Idee individueller Autonomie mit der Konsequenz der Anerkennung bestimmter Autonomierechte. Hinzu kommen Menschenrechtsprinzipien, die fundamentale menschliche Interessen schützen, und definitive Menschenrechte, die sich als Ergebnis der Abwägung von Menschenrechtsprinzipien mit anderen Belangen ergeben.

1. Autonomierechte

Autonome Normbegründung fordert die Anerkennung von zwei Autonomierechten: der Kompetenz, interessen-basierte Argumente vorzubringen und der Kompetenz, eigene normative Urteile zu bilden. Diesen Kompetenzen korrespondieren Pflichten der anderen Argumentationsteilnehmer, die vorgebrachten Argumente und Urteile in ihren eigenen Urteilen zu berücksichtigen und insoweit zu akzeptieren, wie keine gewichtigeren Gegen Gründe gegen sie geltend gemacht werden können. Es lassen sich ferner weitere Rechte begründen, die notwendig sind, um von den Kompetenzen autonomer Begründung Gebrauch zu machen: die Gewährleistung der Möglichkeit, Interessen und individuelle Konzeptionen eines guten Lebens zu formen, das Recht, diese zum Ausdruck zu bringen und das Recht, zu den Forderungen und Ansichten anderer Stellung zu nehmen.

Diese Konzeption der Autonomierechte als Kompetenzen unterscheidet sich von Konzeptionen, die Autonomie als Wert einführen. Sie begründet Autonomierechte als Voraussetzung einer erfolgreichen Normbegründung. Natürlicherweise werden Subjekte mit der Fähigkeit zu autonomer Entscheidungen ihre Autonomie auch positiv bewerten. Die Begründung der Autonomierechte ist davon jedoch unabhängig. Dies ist wichtig, weil ein Einwand gegen die Universalität von Menschenrechten ist, dass sie auf Werten basierten, die kulturell relativ seien. Auf diese wertbasierte Begründung kommt es jedoch nicht an. Autonomierechte definieren Voraussetzungen der Möglichkeit, verbindliche Normen zu begründen, die universell gültig sind.

2. Menschenrechtsprinzipien

Menschenrechtsprinzipien fordern die Respektierung bestimmter Rechte durch öffentliche Entscheidungsträger. Allerdings wird nicht jedes beliebige Interesse als Gegenstand

eines Menschenrechts behandelt. Aufgrund seiner Autonomierechte kann zwar jeder die angemessene Berücksichtigung seiner Interessen bei der Festlegung verbindlicher Normen verlangen. Für die Annahme eines eigenen Menschenrechtsprinzips muss jedoch etwas hinzukommen, was als Fundamentalität dieses Interesses bezeichnet werden kann.³⁵¹ Klärungsbedürftigkeit ist allerdings, was darunter zu verstehen ist. Mehrere Ansätze zur Interpretation, was fundamentale Interessen sind, kommen in Betracht.

(1) Interessen, die jeder vernünftigerweise als Teil eines guten Leben ansehen muss.

Dies ist jedoch problematisch, weil etwa Religion nicht von allen für wichtig gehalten werden muss, gleichwohl aber für diejenigen fundamental ist, die tiefe religiöse Überzeugungen haben.

(2) Interessen obersten Abstraktionsgrades, die nicht von weiteren Interessen abgeleitet sind.

Dies ist jedoch problematisch, weil die Abstraktheit eines Interesses nicht dessen Schutzwürdigkeit bestimmt. So ist das Recht auf medizinische Versorgung relativ konkret. Es kann einem Recht auf Gesundheit oder noch abstrakter auf ein gutes Leben untergeordnet werden. Gleichwohl erscheint die Annahme eines Menschenrechts auf medizinische Versorgung durchaus plausibel.

(3) Interessen, deren Respektierung Voraussetzung der Legitimität einer Rechtsordnung ist.

Dies ist plausibel, schränkt Menschenrechte allerdings auf Rechte gegen Staaten oder andere Hoheitsträger ein. Zudem ist die Abgrenzung gegenüber Autonomierechten problematisch, aufgrund derer die angemessene Berücksichtigung eines jeden Interesses verlangt werden und zur Voraussetzung der Legitimität einer Rechtsordnung werden kann. Hier wird die mangelnde Berücksichtigung eines legitimen Interesses nicht ohne weiteres die Legitimität einer Rechtsordnung in Frage stellen. Als Menschenrechtsprinzipien können demnach solche angesehen werden, deren Verletzung möglicherweise zum Verlust der Legitimität der Rechtsordnung führen kann.

Die Interpretation von Menschenrechtsprinzipien als Rechte, deren Respektierung Bedingung der Legitimität einer Rechtsordnung ist, erscheint plausibel. Sie kann auf die weite wie auf die enge Konzeption von Menschenrechten bezogen werden.

Legt man - im Sinne eines "demokratischen Totalitarismus" - die weite Konzeption von Menschenrechten zugrunde, die jedes fundamentale menschliche Interesse umfasst, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Glück etc., dann lassen sich solche Prinzipien als universell gültig begründen. Sie verlangen allerdings lediglich Berücksichtigung in Abwägungen durch rechtserzeugende Instanzen. Dies lässt offen, in welchem Umfang sie definitiv anerkannt werden.

Die enge Konzeption von Menschenrechten des "konstitutionellen Liberalismus" beschränkt Menschenrechte auf solche, die nicht den Entscheidungen einer öffentlichen Gewalt unterworfen sein sollen. So ist das Interesse an persönlicher Freiheit, tun und lassen zu können, was man will, unabhängig von rechtlicher Reglementierung. Es ist nicht lediglich ein Interesse, das angemessene Berücksichtigung in einer Abwägung

351 So Alexy 2004.

verlangt, sondern eines, nicht fremden Entscheidungen hinsichtlich seiner Lebensführung unterworfen zu sein. Es ist nicht eine Forderung, die Abwägung verlangt, sondern eine, keinen Abwägungen fremder Entscheidungsträger unterworfen zu sein. Die korrespondierenden Prinzipien können als exklusionäre Prinzipien bezeichnet werden,³⁵² da sie die Abwägung der betreffenden Interessen ausschließen. Allerdings kann ein solcher prinzipieller Abwägungsausschluss wiederum Abwägungen unterworfen sein und durch gegenläufige Gründe verdrängt werden, die öffentliche Entscheidungskompetenzen fordern.

Für die Konzeption von Menschenrechten als exklusionäre Prinzipien ist nicht klar, ob sie universell gültig und kulturinvariant ist. Die Frage der Abgrenzung öffentlicher Entscheidungskompetenzen ist keine Sache individueller Entscheidung. Es ist eine gemeinsame, verbindliche Regelung erforderlich, die exklusionäre Menschenrechte und öffentliche Entscheidungskompetenzen voneinander abgrenzt. Dies erfordert eine rechtliche Regelung und kann nicht durch individuelle autonome Entscheidung bestimmt werden. Solche Regelungen können für verschiedene Rechtsordnungen differieren.

Dieser Einwand schließt allerdings die universelle Geltung exklusionärer Menschenrechtsprinzipien nicht aus. Öffentliche Gewalt benötigt eine Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung muss auf objektive Kriterien rekurrieren, zumindest das Kriterium vernünftiger Konvergenz. Daraus ergeben sich zwei Möglichkeiten, Menschenrechte in Form exklusionärer Prinzipien zu begründen. Zum einen könnte objektiv begründet werden, dass ein solches Prinzip vernünftigerweise anerkannt werden muss. Dies ist jedenfalls in Extremfällen möglich. So kann ein Recht, nicht zu dem Zweck getötet zu werden, seine Organe anderen zu implantieren, nicht ernsthaft bestritten werden. Zum anderen, selbst wenn objektive Kriterien die Anerkennung einer öffentlichen Entscheidungskompetenz nahe legen, kann eine solche Kompetenz als unvereinbar mit individueller Autonomie angesehen werden, weil Autonomieinteressen die Gründe für die Anerkennung einer öffentlichen Entscheidungskompetenz überwiegen. Die Berechtigung solcher Ansprüche muss zwar letztlich von Gerichten entschieden werden, nicht von Individuen selbst. Das Recht, exklusionäre Menschenrechtsprinzipien geltend zu machen, kann jedoch nicht bestritten werden und muss universell anerkannt werden.

3. *Definitive Menschenrechte*

Eine vollständige Konzeption von Menschenrechte muss angeben, welche Menschenrechte definitiv gültig sind. Dies hängt von der Abwägung von Menschenrechtsprinzipien mit kollidierenden Prinzipien ab. Auf definitiver Ebene ist fraglich, ob universelle Menschenrechte begründet werden können. Kulturelle Diversität kann aufgrund zweier Faktoren entstehen. Zum einen hängt die Abwägungsprozedur von Umständen ab, die kulturspezifisch sein können. Zum anderen können partikuläre kulturelle Werte das Abwägungsergebnis beeinflussen.

352 Dies verwendet die Idee exklusionärer Gründe von Raz 1999, 40.

Prinzipienabwägungen erfordern normative Urteile, in denen autonome Akteure zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können. Dies ist in Bezug auf konkrete normative Fragen sogar wahrscheinlich. Daher ist zu erwarten, dass definitive Menschenrechte in verschiedenen Rechtskulturen differieren werden. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass es einen gemeinsamen Kern definitiv gültiger Menschenrechte gibt, der in allen Rechtsordnungen gilt oder jedenfalls aufgrund des Kriterium vernünftiger Konvergenz objektiv gerechtfertigt werden kann. Daher muss die Existenz definitiver universeller Menschenrechte akzeptiert werden. Darüber hinaus muss das Recht eines jeden Individuums anerkannt werden, menschenrechtlichen Schutz für fundamentale Interessen zu fordern. Die Reichweite der Anerkennung solcher Forderungen ist allerdings ein Problem, das erst verfassungsrechtlich zu entscheiden ist.

Eine andere Ursache für kulturelle Differenzierungen im Bereich definitiver Menschenrechte sind kulturelle Werte, die in Abwägungen relevant sein können. Dies setzt allerdings voraus, dass solche Werte mit der Konzeption einer autonomen Normbegründung vereinbar sind, also als autonom begründete Entscheidung eines Kollektivs verstanden werden können. Dies ist nicht der Fall sein, wenn kulturelle Traditionen ohne Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen entstanden sind und eine rationale Argumentation über sie unterdrückt wird. Dennoch besteht die Möglichkeit, dass kulturelle Werte die Abwägung menschenrechtlicher Prinzipien beeinflussen und dementsprechend die definitiv anerkannten Menschenrechte in verschiedenen Rechtskulturen differieren.

IV. Grundrechte

Grundrechte können als verfassungsrechtlich anerkannte Menschenrechte definiert werden. Sie basieren also auf der Idee universeller Menschenrechtsprinzipien. Verfassungen können diese Prinzipien jedoch in unterschiedlicher Weise in positives Recht übersetzen.

Entsprechend dem einfachen Abwägungsmodell von Menschenrechten einerseits und der Konzeption von Menschenrechten als exklusionäre, öffentlicher Entscheidungsgewalt prinzipiell entzogener Rechte lassen sich verschiedene Konzeptionen von Grundrechten unterscheiden. In einem einfachen Abwägungsmodell bedeutet die verfassungsrechtliche Anerkennung lediglich, dass Grundrechtsabwägungen als Rechtsfragen behandelt werden, nicht nur als politische Fragen. In modernen Verfassungsstaaten ist damit die Anerkennung einer gerichtlichen Kontrolle solcher Grundrechtsabwägungen verbunden. Sie führt zu dem Problem konkurrierender Abwägungskompetenzen von Gerichten und anderen Organen.

In einem Modell von Grundrechten als exklusionären Rechten ergibt sich hingegen eine andere Struktur grundrechtlicher Abwägungen. Zunächst handelt es sich um ein spezifisch verfassungsrechtliches Problem, weil exklusionäre Menschenrechtsprinzipien nicht unmittelbar autonom begründet werden können, sondern positivrechtlich, und das heißt: verfassungsrechtlich, festgelegt werden müssen. Ferner führt der Anspruch solcher exklusionäre Grundrechte, Abwägungen öffentlicher Entscheidungsträger entzogen zu sein, zu einer spezifischen Struktur grundrechtlicher Abwägung. In einer grundrechtlichen Abwä-

gung ist zunächst zu klären, ob der Anspruch auf Immunität grundrechtlicher Positionen definitiv gerechtfertigt ist. Wenn ja, ist eine öffentliche Eingriffskompetenz in das Grundrecht in dem betreffenden Fall zu verneinen. Wenn nicht, sind einfache Grundrechtsprinzipien gegen kollidierende Belange abzuwägen.

Ein Problem der Grundrechtstheorie ist somit, welche Besonderheiten sich für Grundrechte in einem Abwägungsmodell der Normbegründung ergeben. Im Folgenden soll dargelegt werden, wie sich mit einem Prinzipienmodell der Normbegründung aufgrund der Idee individueller Autonomie individuelle Rechte begründen lassen, die nur beschränkt Abwägungen unterworfen werden dürfen und zu einer strukturellen Modifikation des Abwägungsmodells führen. Es sollen ferner Kriterien dafür vorgeschlagen werden, welchen individuellen Rechten ein solcher abwägungsresistenter Status zukommt.

1. Zur Begründung prinzipiell immuner Rechte

Ein einfaches Abwägungsmodell führt zu Problem, dass individuelle Rechte als unbeschränkt abwägungsfähig behandelt werden und jeder kollidierende Belang zu ihrer Einschränkung führen könnte. So ist insbesondere gegen utilitaristische Theorien eingewandt worden, dass das Individuum als solches, seine Verschiedenheit von anderen Individuen, nicht ernst genommen werde, wenn seine Interessen unbeschränkt gegen die Interessen anderer Individuen abgewogen würden und von ihm verlangt werde, seine Interessen aufzugeben, soweit dies zur Erreichung eines Maximums an Interessenbefriedigung notwendig ist.³⁵³ Andererseits könnte argumentiert werden, dass individuelle Rechte, die die Realisierung des optimalen, alle Interessen in gleicher Weise, nämlich entsprechend ihrem Gewicht, berücksichtigenden Ergebnisses verhinderten, die egoistische Verfolgung eigener Interessen rechtfertigten, ohne auf andere Interessen Rücksicht nehmen zu müssen. Die Ideen der Universalisierbarkeit und der gleichen Berücksichtigung aller scheinen durch den Utilitarismus besser realisiert zu werden.³⁵⁴ Wenn jedenfalls bestimmte individuelle Rechte einer allgemeinen, umfassenden Abwägung entzogen werden sollen, bedarf es daher einer moralisch fundierten Begründung dieser Rechte. Als Ansatz hierfür bietet sich die Idee individueller Autonomie an.

1.1. Normbegründung und individuelle Autonomie

Die Idee individueller Autonomie umfasst verschiedene Aspekte, nämlich das Interesse, die Fähigkeit und das Recht, sein Leben selbst gestalten und kontrollieren zu können. Persönliche Autonomie besteht in der Fähigkeit, einen eigenen Lebensplan entwerfen und auch durchführen zu können.³⁵⁵ Moralische Autonomie fordert, dass Individuen von ihnen selbst anerkannten Normen folgen können und nur solche Normen für sie

353 Rawls 1971, 26f.; Hart 1983, 204; Spector 1992, 152ff.

354 Vgl. Hare 1981, 107ff., 147ff., und insbesondere Hare 1982, 29 Fn. 11. Ferner Dworkin 1978, 275.

355 Raz 1986, 369f.; Nino 1991, 137; Spector 1992, 29f.

verbindlich sind, deren Anerkennung von ihnen vernünftigerweise verlangt werden kann. Soweit verbindliche Normen nicht begründet werden können, muss es Individuen erlaubt sein, ihren eigenen Interessen und normativen Überzeugungen zu folgen, insbesondere sich als Individuen mit eigenen Konzeptionen eines guten Lebens zu verstehen.

Für die Kritik des Utilitarismus ergeben sich daraus zwei Ansatzpunkte, der Übergang von einer Beobachter- zu einer Teilnehmerperspektive und die Begründung von Abwägungsverboten. Es genügt für die Begründung moralischer Normen nicht, dass eine Norm aus der Sicht eines unbeteiligten, unparteilichen Beobachters als richtig erscheint. Normen müssen vielmehr gegenüber den Beteiligten als verbindlich begründet werden, d.h. es muss nicht nur begründet werden, dass die Beteiligten bestimmten Normen folgen sollen, sondern auch, dass jeder die Anwendung dieser Normen als gerechtfertigt ansehen muss. Es ist unter diesem Aspekt problematisch, die Interessen verschiedener Individuen unbeschränkt gegeneinander aufzurechnen (und insofern Individuen gleich zu behandeln, als niemandem ein intrinsischer Wert beigemessen wird³⁵⁶), wie es die Maximierung der Erfüllung dieser Interessen als Kriterium der Normbegründung vorsieht. Nur wenn und soweit eine Begründung dieses Kriteriums aus der Teilnehmerperspektive gelingt, ist eine utilitaristische Begründung verbindlicher Normen möglich.

Auf der Grundlage der individuellen Autonomie der Beteiligten lassen sich als verbindlich nur Normen begründen, denen die Beteiligten vernünftigerweise zustimmen müssen. Diese werden keinem Kriterium der Normbegründung zustimmen, das ihre Autonomie nicht respektiert. Eine unbeschränkte Abwägung von Rechten ist im Hinblick auf die individuelle Autonomie der Rechtsträger problematisch, da Individuen auf diese Weise die Kontrolle über die Gestaltung ihres eigenen Lebens verlieren. Welche Normen sich daraus ergeben, hängt entscheidend davon ab, welche anderen Individuen beteiligt sind, welche Interessen diese haben und welche Intensität deren Interessen haben. Die individuelle Autonomie wird in Gruppen mit hoher Mitgliederzahl praktisch vollständig zur Disposition gestellt. Darauf kann sich aber ein Subjekt, das ein Interesse an individueller Autonomie hat, nicht vorbehaltlos einlassen, auch wenn es, soweit die Notwendigkeit allgemeinverbindlicher Normen begründet werden kann, Einschränkungen seiner Autonomie hinnehmen muss. Individuelle Rechte müssen eingeführt werden, um diese Vorbehalte näher zu definieren. Sie sind einer allgemeinen, auf Optimierung aller relevanten Interessen gerichteten Abwägung entzogen und insofern abwägungsresistent. Ihre Anerkennung schafft eine Voraussetzung dafür, dass vernünftige Subjekte mit einem Interesse an individueller Autonomie den als Abwägungsergebnis festgesetzten Normen zustimmen können und damit die Begründung der Verbindlichkeit dieser Normen möglich ist.

Daher muss derjenige, der Verbindlichkeit für eine Norm beansprucht, noch näher zu spezifizierende individuelle Rechte beachten, die die Autonomie der Beteiligten sichern. Diese Rechte ergeben sich aus den Anforderungen, die an verbindliche Norm-

356 So Hart 1983, 200.

begründungen zu stellen sind.³⁵⁷ Nun beanspruchen Rechtssysteme und deren Organe Verbindlichkeit für ihre normativen Festsetzungen. Wegen der individuellen Autonomie der Beteiligten setzt dieser Anspruch die Anerkennung individueller Rechte voraus. Demzufolge lassen sich diese Rechte jedenfalls innerhalb von Rechtssystemen begründen.³⁵⁸

1.2. Subjektive Rechte als Voraussetzung der Normbegründung

Normbegründungen erfordern somit ein diskursives Verfahren, in dem die Beteiligten aufgrund einer Abwägung von Prinzipien individuelle normative Konzeptionen entwickeln, darin auf 2. Stufe die individuellen Normkonzeptionen der anderen Beteiligten berücksichtigen und versuchen, einen Konsens über die verbindlichen definitiven Normen oder jedenfalls über ein autoritatives Verfahren zu deren Festlegung zu finden. Individuelle Rechte sind in diesem Modell in zwei Hinsichten Voraussetzung für die Möglichkeit der Begründung verbindlicher Normen. Einerseits müssen die Beteiligten diejenigen Rechte haben, die zur Durchführung dieses Begründungsverfahrens notwendig sind. Dazu gehören prozedurale Rechte i.e.S. auf Teilnahme an diesem Begründungsverfahren sowie substantielle prinzipielle Rechte (prozedurale Rechte i.w.S.) auf die Berücksichtigung legitimer normativer Argumente und korrekt gebildeter normativer Urteile. Von ihnen sind definitive substantielle Rechte mit Blick auf die möglichen Ergebnisse dieser Verfahren zu unterscheiden.

Die Begründung abwägungsresistenter substantieller Rechte ist im Abwägungsmodell allerdings problematisch. Welche Rechte kann ein Individuum noch geltend machen, wenn eine korrekt durchgeführte Begründungsprozedur, die seine Interessen und normativen Vorstellungen korrekt berücksichtigt hat, aufgrund eines autoritativen, aber diskursiv gerechtfertigten Entscheidungsverfahrens zu einem Ergebnis kommt, das der normativen Konzeption dieses Beteiligten widerspricht?³⁵⁹ Kann es solche Rechte überhaupt geben, ohne die autoritative Entscheidung und damit die Möglichkeit einer verbindlichen Normbegründung selbst wieder in Frage zu stellen?

Ein Ansatz zur Begründung abwägungsresistenter substantieller Rechte ist das Interesse an individueller Autonomie und dem begrenzten Interesse des Individuums an

357 Vgl. auch Nino 1991, 253, der zudem annimmt, dass Individuen letztlich selbst darüber entscheiden könnten, ob ihre Interessen in korrekter Weise berücksichtigt worden sind. Dies vernachlässigt jedoch die Unterscheidung zwischen der Forderung und der Begründung von Rechten und dürfte allenfalls für moralische Rechte gelten. Hinsichtlich der Verbindlichkeit von Rechtsnormen muss auch über die Einhaltung der Bedingungen eines rationalen Diskurses u.U. autoritativ entschieden werden.

358 Im Bereich der Moral könnte demgegenüber mit der Begründung von Verpflichtungen auch die Begründung von Rechten scheitern. Gelingt eine moralische Begründung von Normen nicht, würde ein Zustand einfacher Freiheit bestehen, aber keine Rechte. In Rechtsordnungen lassen sich demgegenüber wegen des in Rechtssystemen erhobenen Verbindlichkeitsanspruchs individuelle Rechte unabhängig von allgemeinen Problemen der Normbegründung einführen. Rechte sind bei dieser Begründung nicht vorrechtlich, sondern normative Implikationen des positiven Rechts.

359 Vgl. Habermas 1994, 229: "im Taumel (kommunikativer) Freiheit gibt es keine Fixpunkte mehr außer dem des demokratischen Verfahrens selber."

der Geltung verbindlicher Normen. Das Interesse an individueller Autonomie und an der Geltung verbindlicher Normen können kollidieren. Individuelle Autonomie wird sich nicht vollständig realisieren lassen. Ein gewisser Verlust an Kontrolle über das eigene Leben wird sich in Rechtssystemen nicht vermeiden lassen. Individuelle Autonomie kann aber auch nicht vollständig aufgegeben werden, die eigene Lebensgestaltung nicht vollständig zur Disposition gestellt werden.³⁶⁰ Die Regelung von Interessenkonflikten durch allgemeinverbindliche Normen ist ein wesentlicher Aspekt in den individuellen Konzeptionen eines guten Lebens, aber nicht das einzige oder oberste, alles andere überlagernde Interesse von Individuen.

Dies bedeutet eine Modifikation des Kriteriums der Verbindlichkeit von Normen. Verbindlichkeitsansprüche sind generell gerechtfertigt, wenn vernünftige Konvergenz über eine Norm besteht und eine gemeinsame, für alle Beteiligten verbindliche Regelung notwendig ist. Diese Notwendigkeit muss wiederum begründet werden. Es treten Probleme normativer Begründung wie hinsichtlich der Normen erster Stufe auf. Verschiedene Subjekte können unterschiedliche Auffassungen vertreten. Dieser Streit ist wiederum nach dem Kriterium vernünftiger Konvergenz zu entscheiden. Die Notwendigkeit einer gemeinsamen Regelung ist auf der zweiten Stufe notwendigerweise gegeben. Das Argument der Existenz abwägungsresistenter Rechte macht nun geltend, dass sich vernünftige Konvergenz über die Notwendigkeit einer verbindlichen Regelung nicht erreichen lässt, wenn Autonomieinteressen mancher Beteiligter in derart starker Weise beeinträchtigt werden, dass sie vernünftigerweise einen ungeregelten Zustand einer rechtlichen Regelung vorziehen.

Die Beurteilung dieser Frage erfordert wiederum eine Abwägung, und zwar der jeweiligen individuellen Interessen an individueller Autonomie und an der Geltung allgemeinverbindlicher Normen durchgeführt werden. Diese Abwägung unterscheidet sich jedoch in ihrem Gegenstand von der der Begründung einer verbindlichen Norm erster Stufe. Fraglich ist auch, wer das Abwägungsurteil zu treffen hat und welche Kriterien sich für diese Abwägung angeben lassen, und damit dafür, welche individuellen Rechte als notwendige Bedingung für die Begründung verbindlicher Normen anerkannt werden müssen.

Der Gegenstand dieser Abwägung sind nicht einfach die faktischen Interessen des Betroffenen und deren Intensität. Vielmehr ist zu vergleichen, wie weit die autoritativ begründete Regelung von der normativen Konzeption des Betroffenen, also den von ihm für richtig gehaltenen Regelungen, abweicht. Es ist zu fragen, inwieweit diese Abweichung von der eigenen normativen Konzeption die betreffende Person in ihren Interessen, also in ihrer Konzeption eines guten Lebens, beeinträchtigt und ob diese Beeinträchtigung so weit geht, dass sie ein Interesse an einer verbindlichen Regelung überwiegt. Im letzteren Fall kann die Regelung als unzumutbar bezeichnet werden.

Zur Frage, wessen Abwägungsurteil maßgeblich sein soll, ist davon auszugehen, dass das Urteil, ob die Beeinträchtigung einer individuellen Lebenskonzeption das Interesse an verbindlicher Regelung überwiegt und die Regelung damit unzumutbar ist,

360 Vgl. auch Nagel 1991, 3ff., 16.

wiederum ein individuelles Urteil sein muss. Es kann jedoch nicht das des Betroffenen selbst sein. Denn dies würde zwar eine Forderung des Betroffenen begründen, aber keine Begründung von Rechten als Voraussetzung der Verbindlichkeit von Normen erlauben. Eine Begründung von Rechten als Voraussetzung einer verbindlichen Normbegründung erfordert, dass derjenige, der die Verbindlichkeit einer Norm behauptet, dies korrekt nur unter Beachtung bestimmter individueller Rechte tun kann. Diese Rechte werden jedoch nicht ohne weiteres durch entsprechende Forderungen der Betroffenen begründet. Es können unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, welche individuellen Rechte anzuerkennen sind. Da individuelle Rechte als Begrenzung von Verbindlichkeitsansprüchen dienen sollen, müssen sie Teil der normativen Konzeption desjenigen sein, der solche Verbindlichkeitsansprüche erhebt. Es kommt also darauf an, welche individuellen Rechte der Proponent einer Regelung notwendigerweise anerkennen muss, um die Verbindlichkeit dieser Regelung legitimerweise behaupten zu können. Damit ist aber auch das Urteil über das Verhältnis von individueller Beeinträchtigung und Verbindlichkeitsinteresse des Betroffenen nicht durch diesen selbst, sondern durch denjenigen zu treffen, der eine Norm als richtig behauptet und als Ergebnis einer autoritativen Entscheidung vorschlägt.

Als Kriterien für diese Abwägung kommen ein Rollentauschkriterium und ein Universalisierbarkeitskriterium in Betracht. Das Rollentauschkriterium fordert von anderen Beteiligten die Beantwortung der Frage, ob sie eine Regelung akzeptieren würden, die in einem Maß in ihre Lebensgestaltung eingreift, wie dies die fragliche Regelung in Bezug auf die Konzeption des nachteilig Betroffenen tut.³⁶¹ Es ist z.B. zu fragen, ob jemand es akzeptieren würde, wenn seine Privatsphäre durch Fotoveröffentlichungen ohne seine Zustimmung in einer Weise beeinträchtigt würden, wie dies bei der Bildberichterstattung über Prominente üblich ist. Eine andere Möglichkeit ist, vergleichbare Beeinträchtigungen in anderen Fällen zu suchen und zu fragen, ob eine Beeinträchtigung der fraglichen Intensität akzeptabel wäre. Dies kann Probleme bereiten, erscheint aber nicht unmöglich. Akzeptieren der Regelung bedeutet hier, sie zwar nicht notwendig als richtig, aber dennoch als verbindlich anzusehen. Dies erfordert eine positive normative Einstellung und ist damit mehr als ein Sichabfinden mit einer Regelung, etwa weil keine Chance besteht, sie zu ändern oder sich ihr zu entziehen und Sanktionsdrohungen es vorteilhaft erscheinen lassen, der Regelung zu folgen. Es muss also vom Proponenten einer Regelung beansprucht werden, dass diese Regelung von jedem vernünftigen Subjekt freiwillig, ohne Ausübung von Zwang, als verbindlich anerkannt werden muss. Dies kann er legitimerweise nur tun, wenn er selbst, sollte er von einer entsprechenden Regelung betroffen sein, diese akzeptieren und für gerechtfertigt halten würde.

Ein Universalisierbarkeitskriterium lässt sich in Form der Frage einführen, ob in der fraglichen Gesellschaft von allen vernünftigen Beteiligten eine Norm akzeptiert werden würde, die die Interessen eines jeden Mitglieds in einer Intensität einschränkte,

361 Ein Rollentauschkriterium verwendet auch Dworkin zur Erläuterung seines Rechts zu "equal concern and respect", ders., 1978, 357. Vgl. ferner Nagel 1991, 17.

wie dies bei der fraglichen Regelung für einzelne Betroffenen der Fall ist. Dies lässt sich auch als eine Frage nach der Stabilität der Gesellschaft verstehen.³⁶² Wenn Eingriffe gegenüber einzelnen eine Intensität haben, die, würden sie alle oder die meisten der Beteiligten treffen, vermutlich nicht hingenommen werden würden und damit die Stabilität des Rechtssystems in Frage stellten, wäre es nicht zumutbar, sie einzelnen Betroffenen aufzuerlegen. Sie wären dann nur als Unterdrückung einer Gruppe der Beteiligten möglich, da sie als allgemeine, jeden treffende Beeinträchtigung nicht akzeptiert würden.

Unter Akzeptierung ist wiederum nicht faktische Akzeptierung aufgrund äußeren Zwangs, sondern Akzeptierung als verbindliche Regelung zu verstehen. Diese fehlt, wenn die Beteiligten Regelungen nicht als an der Idee der Richtigkeit orientierte, für alle Beteiligten verbindliche Normen ansehen, sondern lediglich als Instrument zur Durchsetzung von Interessen. Die Beteiligten könnten zwar weiterhin normative Ansprüche erheben und Normen als richtig oder verbindlich behaupten, jedoch nur, weil und soweit dies der Durchsetzung ihrer Interessen förderlich ist. Es bestünde keine normative Gemeinschaft³⁶³ im Sinne einer Menge von Personen, die, soweit erforderlich, nach gemeinsamen, für alle verbindlichen Normen lebt und in der, als Voraussetzung dafür, Interessenkonflikte mit dem Ziel einer für alle akzeptablen Regelung entschieden werden. Beeinträchtigungen individueller Interessen können so weit gehen, dass die betroffenen Individuen diese nicht mehr als Regelungen innerhalb einer normativen Gemeinschaft verstehen. Soweit nur einzelne Individuen betroffen sind, führt dies jedoch nicht notwendig zu feststellbaren gesellschaftlichen Auswirkungen. Das Universalisierbarkeitskriterium fordert eine Abschätzung, welche Auswirkungen sich ergeben, wenn nicht einzelne, sondern alle Individuen in entsprechender Weise Beeinträchtigungen unterworfen würden. Es kann daher zu deutlicheren Ergebnissen führen als die Betrachtung der Situation einzelner Beteiligter aufgrund des Rollentauschkriteriums. Auch das Universalisierbarkeitskriterium erfordert Abschätzungen, die schwer begründbar sein können, aber jedenfalls nicht generell unmöglich sind.

Als abwägungsresistente Rechte, die nicht unbeschränkt Abwägungen unterworfen werden dürfen, sind demnach diejenigen Rechte anzuerkennen, deren Beeinträchtigung ein solches Maß erreichen kann, dass sie die vernünftige Akzeptanz der Verbindlichkeit von Normen in Frage stellen kann. Es lassen sich bestimmte, besonders wichtige Rechte angeben, wie sie in verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalogen enthalten sind. Jedoch kann für eine solche Aufzählung keine Vollständigkeit beansprucht werden, weil es auf die Wichtigkeit bestimmter Interessen in individuellen Lebenskonzeptionen und das

362 Zur Stabilität von Gesellschaften und "overlapping consensus" Rawls 1992, 293ff., 333ff. Rawls sieht einen über Kosten-Nutzen-Überlegungen hinausgehenden Konsens über eine regulative politische Gerechtigkeitskonzeption als notwendig für die Stabilität einer Gesellschaft an. Dieses Argument hat empirischen Charakter. Demgegenüber wird hier das Kriterium der Stabilität normativ als Bedingung der Begründung von Verbindlichkeitsansprüchen eingeführt.

363 Gemeinschaft wird hier in einem weiten Sinn verstanden, ohne Voraussetzung fester Grenzen der Mitgliedschaft, gemeinsamer substantieller Prinzipien oder einer eigenen Identität. Zu anderen Gemeinschaftsbegriffen Dworkin 1986, 208ff., der mit dem "model of principle" einen erheblich stärkeren Gemeinschaftsbegriff verbindet (ebd., 211ff.).

Maß von deren Beeinträchtigung ankommt. Jedes Interesse, das eine hinreichend gewichtige Form persönlicher Freiheit darstellt, kann grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Hinreichend gewichtig ist es, wenn seine völlige Verdrängung die Akzeptabilität einer verbindlichen Regelung in Frage stellen würde.

2. *Sonderstatus von Grundrechten in Abwägungen*

Ein Problem von Grundrechten im Prinzipienmodell ist, ob und wie sich ein Sonderstatus solcher Rechte in Abwägungen, also in optimierenden Normbegründungsverfahren, konstruieren lässt. Es lassen sich prozedurale und substantielle Grundrechte als Voraussetzung der Möglichkeit einer verbindlichen Normbegründung unterscheiden. Zu den prozeduralen Rechten gehören Rechte auf Teilnahme an diskursiven und autoritativen Entscheidungsverfahren sowie Rechte auf die Berücksichtigung der eigenen Interessen und normativen Konzeptionen durch die anderen Beteiligten. Substantielle Grundrechte bestimmen Grenzen der Abwägung dieser Interessen und Konzeptionen. Sie umfassen ein prinzipielles Recht auf Anerkennung der individuellen Autonomie jedes einzelnen sowie definitive Rechte, die sich aus der Abwägung dieses Rechts auf Autonomie gegen das Interesse des betreffenden Individuums an allgemeinverbindlichen Normen ergeben.

Dies führt zu einer Trennung von zwei Problemen und Abwägungen, zum einen die Bestimmung der richtigen, optimalen Norm im Hinblick auf die Interessen und Überzeugungen der Beteiligten, zum anderen die Prüfung, ob diese Norm bei keinem der Beteiligten dazu führt, dass dessen Interesse an individueller Autonomie sein Interesse an der Geltung verbindlicher Normen überwiegt. Prozedurale Grundrechte sind in beiden Abwägungen zu beachten. Substantielle Grundrechte sind zwar auch prinzipielle Rechte auf der ersten, optimierenden Stufe der Abwägung.³⁶⁴ Ihren Status als Grundrecht haben sie jedoch deshalb, weil ihre Beeinträchtigung auf der zweiten Stufe zu einem Überwiegen des Interesses individueller Autonomie führen kann und damit die Verbindlichkeit der als Abwägungsergebnis festgesetzten Norm in Frage stellen kann. Ob dies der Fall ist, ist vom Urteilenden aufgrund von Rollentausch- und Universalisierbarkeitskriterien zu prüfen. Sie können der Realisierung eines insgesamt optimalen Ergebnisses entgegenstehen. Es ist demgegenüber nicht möglich, diese Rechte in einer Abwägung erster Stufe zu berücksichtigen, indem der individuellen Autonomie ein besonders hohes Gewicht beigemessen wird. Dies würde dazu führen, dass auch die Autonomie der anderen Beteiligten in gleicher Weise zu gewichten wäre und damit die Mehrheitsmeinung stets überragendes Gewicht erhielte. Abwägungsresistente Rechte einzelner lassen sich im Abwägungsmodell nur begründen, wenn der Gegenstand der Abwägung verändert wird. Statt einer Optimierung in Bezug auf sämtliche relevanten Interessen muss der Urteilende die Zumutbarkeit für einzelne Beteiligte nach Rollentausch- und Universalisierbarkeitskriterien beurteilen.

364 Als prinzipielle Rechte haben sie zugleich prozeduralen Charakter, insofern sie eine Optimierung verlangen.

(1) Die Analyse der Idee von Menschenrechten im Rahmen des Prinzipienmodells zeigt, dass in manchen Hinsichten eine universelle Begründung von Menschenrechten möglich ist, in anderen jedoch kulturelle Differenzierungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können.

(2) Es sind verschiedene Unterscheidungen zu treffen: zwischen Autonomierechten, die die Basis der Menschenrechtsbegründung bilden, Menschenrechtsprinzipien und definitiven Menschenrechten. Ferner sind Menschenrechtskonzeptionen, die lediglich die Abwägung fundamentaler Interessen verlangen, von solchen, die exklusionäre Menschenrechtsprinzipien enthalten, zu unterscheiden. Entsprechend wurden Konzeptionen eines "demokratischen Totalitarismus" und eines "konstitutionellen Liberalismus" unterschieden.

(3) Die Idee individueller Autonomie kann als universell gültig verteidigt werden. Keine akzeptable Konzeption der Normbegründung kann die Rechte, interessenbasierte Argumente vorzubringen, und eigene normative Urteile zu bilden, bestreiten.

(4) Interessenbasierte Menschenrechtsprinzipien sind ebenfalls universell gültig, verlangen aber Abwägungen.

(5) Exklusionäre Menschenrechtsprinzipien müssen rechtlich festgelegt werden und können daher in verschiedenen Rechtskulturen differieren. Das Recht, solche prinzipiellen Rechte zu fordern, kann jedoch nicht bestritten werden. Ferner kann ein Kern exklusionärer Menschenrechtsprinzipien notwendigerweise in allen Rechtsordnungen anzuerkennen sein.

(6) Definitive Menschenrechte sind abwägungsabhängig und damit kulturell relativ. Jedoch lässt sich wiederum das Recht, solche Rechte einzufordern, nicht bestreiten. Ferner wird sich wiederum ein Kern definitiver Menschenrechte als universell gültig begründen lassen, der allerdings für demokratische Verfassungsstaaten wenig interessant ist, weil verfassungsrechtliche Regelungen über ihn hinaus gehen werden.

(7) Grundrechte lassen sich ebenfalls in verschiedenen Konzeptionen konstruieren, als einfache Prinzipien oder als prinzipiell immune, abwägungsresistente Rechte. Letzteres führt in Verbindung mit der Idee individueller Autonomie auf eine Struktur der Normbegründung, die individuelle normative Konzeptionen mit Richtigkeitsanspruch, autoritative Entscheidungen und individuelle Rechte als Begrenzung des Verbindlichkeitsanspruchs autoritativer Entscheidungen enthält.

(8) Grundrechte im Sinne prinzipiell immuner Rechte haben einen Sonderstatus in Abwägungen insofern, als sie gesonderte Abwägungen mit einem eigenem Gegenstand erfordern. In solchen Abwägungen geht es um die individuelle Zumutbarkeit autoritativer Regelungen für autonome Individuen, die eigene Konzeptionen eines guten Lebens sowie ein Interesse an allgemeinverbindlichen Normen haben. Der Sonderstatus solcher Rechte erfordert eine Modifikation eines einfachen Abwägungsmodells.

Das Prinzipienmodell enthält eine Konzeption des Rechts, die die Idee individueller Autonomie zur Grundlage der Verbindlichkeit des Rechts macht und auf diese Weise aufzeigt, inwieweit der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts begründbar ist. Es erscheint adäquat insbesondere für die Darstellung der Strukturen moderner Verfassungsstaaten sowie allgemein aller Rechtssysteme, die die Frage nach der Legitimität ihres Anspruchs auf Verbindlichkeit ernst nehmen. Auf der Grundlage des Prinzipienmodells lassen sich eine Reihe von Aussagen über das Recht als normatives System treffen, die den Kern der Prinzipientheorie des Rechts bilden:

- (1) Rechtssysteme, soweit sie als normative Systeme verstanden werden, müssen gemäß dem Prinzipienmodell konstruiert werden.

Die Begründung ergibt sich aus folgenden Annahmen:

- (1.1) Normative Systeme sind strukturierte Mengen von Normen mit Verbindlichkeitsanspruch, d.h. dem Anspruch, von ihren Adressaten als gültig anerkannt, angewandt und befolgt zu werden.
 - (1.2) Das Prinzipienmodell ist ein normatives System, in dem aufgrund der Abwägung normativer Argumente normative Aussagen über definitiv geltende Normen begründet werden.
 - (1.3) Normbegründung ist nur im Rahmen einer Konzeption moralischer Autonomie möglich.
 - (1.4) Das Prinzipienmodell expliziert die Logik moralischer Autonomie.
- Somit gibt es für die Konzeption des Rechts als normatives System keine Alternative zum Prinzipienmodell.

- (2) Die normtheoretische Grundlage des Prinzipienmodells ist die Unterscheidung von normativen Argumenten als Gründe für Abwägungsurteile einerseits, normativen Urteilen oder Aussagen über Abwägungsergebnisse andererseits.

Diese These basiert auf folgenden begrifflichen Festlegungen:

- (2.1) Normative Argumente fordern, dass eine bestimmte Norm anerkannt werden und definitiv gelten soll. Sie haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote.
- (2.2) Normative Urteile drücken eine als Abwägungsergebnis festgesetzte Norm aus. Sie schreiben dieser Normen implizit definitive Geltung zu.
- (2.3) Normative Aussagen behaupten die Geltung von Normen.
- (2.4) Normativen Aussagen, die die definitive Geltung von Normen als Abwägungsergebnis behaupten, korrespondieren normative Urteile.

(2.5) Als Prinzipien werden Anfangsgründe einer Argumentation bezeichnet. Sie können Grundprämisse normativer Argumente sein oder als Rationalitätsforderung strikt gelten.

(3) Normative Abwägungen sind Begründungsverfahren, in denen die definitive Geltung einer Norm aufgrund der Bestimmung eines Vorrangs unter kollidierenden normativen Argumenten festgesetzt wird.

Die Konzeption normativer Abwägung steht in Gegensatz zu Konzeptionen der Normbegründung, die Argumente als normative Aussagen verstehen. Sie ist mit weiteren, spezifischeren Thesen zur Begründung von Abwägungsurteilen verbunden:

(3.1) Abwägungen unterliegen dem allgemeinen Rationalitätsgebot, die besser begründete Alternative oder allgemeiner, sofern mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, eine bestmögliche Lösung zu wählen.

(3.2) Für Abwägungen gilt spezifischer das Gebot, den Argumenten oder Prinzipien zu folgen, die unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht haben. Allerdings ergibt sich dieses Gewicht erst aus der Abwägung der kollidierenden Prinzipien hinsichtlich der Umstände des konkreten Falls.

(4) Die Struktur autonomen Urteilens besteht in der Abwägung normativer Argumente.

Diese These stellt die Grundlage für die Bezeichnung des Prinzipienmodells als "Logik der Autonomie" dar. Sie ergibt sich wie folgt:

(4.1) Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente sind einerseits frei, insofern sie nicht durch vorgegebene Kriterien determiniert sind.

(4.2) Sie sind andererseits durch normative Argumente gebunden. Aufgrund der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote impliziert dies den Anspruch, dass das einem normativen Argument folgende Urteil geboten und in diesem Sinne richtig ist.

(4.3.) Beide Merkmale zusammen ergeben den Anspruch von Abwägungsurteilen, eine Norm aufgrund freier Entscheidung festzusetzen.

Abwägungsurteile haben daher den Charakter autonomer Entscheidungen.

(5) Der Richtigkeitsanspruch normativer Urteile ist normativ, nicht kognitiv zu verstehen.

(5.1) Es ist zwischen Normativität, Richtigkeit und Verbindlichkeit von Normen zu unterscheiden.

(5.2) Normativität bedeutet die normative Geltung einer Norm im Sinne eines Gebots der Anerkennung, Anwendung oder Befolgung dieser Norm.

(5.3) Richtigkeit einer Norm bedeutet, dass ihre Anerkennung und Geltung geboten ist.

(5.4) Verbindlichkeit einer Norm bedeutet ihre definitive normative Geltung.

(5.5) Aus dem Richtigkeitsanspruch in Bezug auf die Geltung einer allgemeinen Norm folgt lediglich ein prinzipieller Anspruch auf Verbindlichkeit, nicht ein definitives Gebot allgemeiner Befolgung.

- (6) Anforderungen und Bedingungen für korrekte normative Urteile ergeben sich als notwendige Bedingungen für die Rechtfertigung deren Anspruchs auf Verbindlichkeit.

Es lassen sich folgende Anforderungen an korrekte normative Urteile festhalten:

- (6.1) Verbindlichkeitsansprüche autonomer Subjekte gegenüber anderen autonomen Individuen können nur prinzipiellen Charakter haben können.
- (6.2) Es besteht somit bei der Begründung verbindlicher Normen ein Optimierungsproblem.
- (6.3) Gültige normative Argumente sind diejenigen, die autonome Subjekte (unter Beachtung formeller Rationalitätsanforderungen) als Argument vorbringen. Individuelle Autonomie impliziert eine normative Kompetenz, Forderungen in einer Argumentation geltend zu machen und andere damit zu verpflichten, solche Forderungen in ihren Abwägungen zu berücksichtigen.
- (6.4) Autonome Subjekte haben das Recht, eigene normative Konzeptionen zu entwickeln.
- (6.5) Sie sind verpflichtet, die von anderen autonomen Subjekten vorgebrachten normativen Konzeptionen in ihrer Argumentation über verbindliche Normen zu berücksichtigen.
- (6.6) Für die Begründung verbindlicher Normen ist erforderlich - allerdings nicht hinreichend -, eine Konzeption zu finden, der alle Beteiligten vernünftigerweise zustimmen können.

- (7) Eine Begründung der Verbindlichkeit von Normen ist nur eingeschränkt in dem Sinne möglich, dass die Berechtigung der Behauptung der Verbindlichkeit von Normen gegenüber Opponenten objektiv gerechtfertigt werden kann.

(7.1) Opponenten müssen zwar nicht die behauptete Norm als verbindlich akzeptieren, aber anerkennen, dass die Vertreter dieser Norm diese legitimerweise als verbindlich ansehen.

(7.2) Voraussetzung für die Rechtfertigung des Anspruchs auf Verbindlichkeit einer Norm ist eine vernünftige Konvergenz über deren Geltung sowie die Notwendigkeit einer gemeinsamen, allgemeinverbindlichen Regelung.

(7.3) Ein Konflikt zwischen Autonomie und Rationalität kann insofern entstehen, als das Kriterium vernünftiger Konvergenz eine Bewertung der Rationalität normativer Auffassungen einschließt.

- (8) Recht ist ein System von Normen mit Anspruch auf Verbindlichkeit für einen nicht individuell bestimmten Adressatenkreis.

(8.1) Der normative Rechtsbegriff 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.

(8.2) Eine Theorie rechtlicher Geltung muss sowohl formelle als auch materielle Kriterien enthalten.

(8.3) Die Anerkennung materiell begründeter Rechtsprinzipien führt zu einer Umkehrung der Funktion positiven Rechts: Es muss nicht die rechtliche Geltung interessenbasierter Prinzipien begründet werden, sondern Kriterien rechtlicher Geltung können lediglich deren rechtliche Geltung ausschließen.

(8.4) Der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts verlangt eine objektiv begründete Geltung. Aussagen der rechtlichen Geltung einer Norm müssen sich auf mehr stützen als auf individuelle Abwägungsurteile.

(8.5) Die Grundlage der Geltung autoritativer Entscheidungen im Prinzipienmodell sind formelle Prinzipien. Formelle Prinzipien begründen die Verbindlichkeit bestimmter Entscheidungen unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit.

(9) Ein Rechtssystem ist autonom, wenn es selbst über die in ihm definitiv geltenden Normen entscheidet.

(9.1) Autonomie des Rechts bedeutet nicht Unabhängigkeit von anderen normativen Forderungen anderer Rechts- oder Moralsysteme.

(9.2) Autonomie eines Rechtssystems schließt die Unterordnung unter ein anderes System (d.h. dessen Dominanz) aus.

(10) Das Prinzipienmodell erlaubt die Formulierung eines geltungstheoretischen Begriffs der Interpretation, der interpretative Aussagen solchen rechtlicher Geltung gegenüberstellt.

(10.1) Während Aussagen der rechtlichen Geltung einer Norm objektiv rechtfertigbar sein müssen, genügt für Interpretationen des Rechts ein Anspruch auf möglichst objektive Begründung verbunden mit einem subjektiven Richtigkeitsanspruch.

(10.2) Juristische Interpretation zielt nicht auf die Bestimmung sprachlicher Bedeutung, sondern auf rationale Begründung von Normen und normativen Entscheidungen. Semantische Interpretation ist nur als ein Argument unter anderen anzusehen.

(10.3) Eine vollständige Vorrangordnung verschiedener Auslegungskriterien ist nicht möglich. Die relevanten Auslegungskriterien sind gegeneinander abzuwägen.

(11) Juristische Abwägungen weisen gegenüber der Grundform der autonomen Abwägung Besonderheiten auf. Sie ergeben sich aus dem autoritativen und dem systematischen Charakter des Rechts mit der Konsequenz spezifischer Kohärenzforderungen für juristische Abwägungen.

(11.1) Es lassen sich Forderungen interner Kohärenz, die im Rahmen von Abwägungsurteilen zu beachten sind, von solchen externer Kohärenz, die abwägungsunabhängige Kriterien enthalten, unterscheiden.

(11.2) Forderungen interner Kohärenz können die Bildung eines Abwägungsurteils betreffen oder eine Abwägung an Faktoren binden, die unabhängig von der durchzuführenden Abwägung bestimmt werden.

(11.3) Die Forderungen interner Kohärenz lassen sich in Form von Abwägungsregeln darstellen, die die Kriterien des abstrakten relativen Gewichts und des Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrades der abzuwägenden Prinzipien verwenden.

(11.4) Zentrales Thema der juristischen Abwägung ist die Ermittlung objektiv geltender, von jedem vernünftigerweise zu akzeptierender Abwägungsregeln. Juristische Abwägung zielt damit auf objektiv rationale, nicht autonome Begründung von Abwägungsurteilen.

(12) Konflikte verschiedener Entscheidungsträger im Rechtssystem bei der Interpretation des Rechts sind mit einem Modell konkurrierender Interpretationen des Rechts zu erfassen.

(12.1) Das Modell konkurrierender Konzeptionen der Verfassungsinterpretation nimmt an, dass sowohl Verfassungsinterpretationen von Verfassungsgerichten und Gesetzgeber bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind und ein Abwägungsproblem gegeben ist, wie die Entscheidungskompetenzen der betreffenden Organe abzugrenzen sind.

(12.2) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts.

(13) Der kognitive Anspruch des Vernunftrechts ist mit der Idee individueller Autonomie als Selbstgesetzgebung unvereinbar.

(13.1) Im Rahmen autonomer Normbegründung werden Anforderungen rationaler Argumentation auf autonom begründete Forderungen angewandt. Es ist nicht notwendig, diese Forderungen kognitiv zu begründen.

(13.2) Aus den Strukturen autonomer Normbegründung ergeben sich Voraussetzungen rationaler Normbegründung, die von jedem Urteilenden vernünftigerweise anerkannt werden müssen und die sich jedenfalls teilweise in Form normativer Prinzipien formulieren lassen.

(13.3) Leitideen autonomer Normbegründung sind Rationalität, Universalisierbarkeit, Korrektheit und Liberalität.

(13.4) Als Grundprinzipien eines Vernunftrechts lassen sich Proportionalität, Freiheit und Gleichheit festhalten.

(14) Im Prinzipienmodell bestehen verschiedene Verbindungen von Recht und Moral, letztere verstanden als aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründete Normen.

(14.1) Aus der Struktur des Prinzipienmodells ergeben sich als notwendige Verbindungen von Recht und Moral:

- Die residuale Geltung moralischer Prinzipien im Recht.
- Die Unmöglichkeit, materielle Richtigkeit als Geltungskriterium auszuschließen.
- Die Offenheit rechtlicher Abwägungen gegenüber der Moral.

(14.2) Der normative Rechtsbegriff macht es notwendig, einen Bezug zu materieller Richtigkeit in den Rechtsbegriff aufzunehmen - der Richtigkeitsbegriff des Rechts entspricht dem der Moral - und hinsichtlich der Kriterien der Rechtsgeltung zu fordern, dass sie jedenfalls im Ergebnis nicht in Widerspruch zu dem Verbindlichkeitsanspruch des Rechts stehen. Dies geschieht mit der Annahme, dass extremes Unrecht kein Recht ist.

(14.3) Moralische Richtigkeit ist nicht begrifflich notwendig - für alle denkbaren Rechtssysteme - ein Kriterium rechtlicher Geltung.

(15) Die Begründbarkeit von Menschenrechten als universell gültige Rechte ist differenziert zu beurteilen.

(15.1) Die Idee individueller Autonomie sowie die zu ihrer Realisierung notwendigen Autonomierechte können als universell gültig begründet werden.

(15.2) Interessenbasierte Menschenrechtsprinzipien sind universell gültig, verlangen aber Abwägungen.

(15.3) Exklusionäre Menschenrechtsprinzipien müssen rechtlich festgelegt werden und können daher in verschiedenen Rechtskulturen differieren. Das Recht, solche prinzipiellen Rechte zu fordern, kann jedoch nicht bestritten werden.

(15.4) Definitive Menschenrechte sind abwägungsabhängig und damit kulturell relativ. Jedoch lässt sich wiederum das Recht, solche Rechte einzufordern, nicht bestreiten. Ferner wird sich ein Kern definitiver Menschenrechte als universell gültig begründen lassen.

(16) Grundrechte lassen sich in verschiedener Weise konstruieren, als einfache Prinzipien oder als prinzipiell immune, abwägungsresistente Rechte.

(16.1) Die Konzeption von Grundrechten als prinzipiell immune Rechte führt in Verbindung mit der Idee individueller Autonomie auf eine Struktur der Normbegründung, deren Elemente individuelle normative Konzeptionen mit Richtigkeitsanspruch, autoritative Entscheidungen sowie individuelle Rechte als Begrenzung des Verbindlichkeitsanspruchs autoritativer Entscheidungen sind.

(16.2) Grundrechte im Sinne prinzipiell immuner Rechte haben einen Sonderstatus in Abwägungen insofern, als sie Abwägungen mit einem eigenem Gegenstand - der Rechtfertigung des Verbindlichkeitsanspruchs des Rechts mit Bezug auf die betroffenen individuellen Rechte und Interessen - erfordern.

Literatur

- Aarnio, Aulis (1987), *The Rational as the Reasonable*, Dordrecht: Kluwer
- (1990), *Taking Rules Seriously*, in: ARSP-Beih. 42, 180-192
- Afonso da Silva, Virgilio (2003), *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos
- Albert, Hans (1980), *Traktat über kritische Vernunft*, 4. Aufl., Tübingen
- Alchourrón, Carlos E. (1996), *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, in: *Studia Logica* 57, 5-18
- Alchourrón, Carlos E./Bulygin, Eugenio (1971), *Normative Systems*, New York/Berlin: Springer
- Alexy, Robert (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1991: Suhrkamp
- (1979), *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie-Beih.* 1, 59-87
 - (1980), *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ARSP-Beiheft 14, 181-212.
 - (1985), *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985: Nomos; 2. Aufl., 1991, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
 - (1986), *Ermessensfehler*, in: JZ 1986, 701-715
 - (1987), *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in: *Rechtstheorie* 18, 405-419
 - (1991), *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt/M. (mit einem Nachwort): Suhrkamp
 - (1993), *Mauerschützen*, Hamburg
 - (1994), *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München
 - (1995a), *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: id.: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 127-164
 - (1995b), *Juristische Interpretation*, in: id.: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 71-92
 - (1995c), *Probleme der Diskurstheorie*, in: id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 109-126
 - (1995d), *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in: id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 94-108
 - (1997), *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, Dordrecht: Kluwer, 27-42
 - (1998a), *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 244-264
 - (1998b), *Law and Correctness*, *Current Legal Problems* 51, 205-221
 - (1999a), *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in: L.J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht: Kluwer, 23-45
 - (1999b), *The Special Case Thesis*, in: *Ratio Juris* 12, 374-384
 - (2000a), *On the Structure of Legal Principles*, in: *Ratio Juris* 13, 294-304
 - (2000b), *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, in: *Ratio Juris* 13 (2000), 139-147
 - (2000c), *Recht und Richtigkeit*, in: *Festschrift Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 3-19
 - (2002), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL* 61, 7-33
 - (2003a), *Die Gewichtsformel*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, hg. v. J. Jickeli, P. Kreutz und D. Reuter, Berlin: de Gruyter, 771-792

- (2003b), On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: *Ratio Juris* 16, 433-449
 - (2004), Menschenrechte ohne Metaphysik, in: *Zeitschrift für Philosophie* 52, 15-24
 - (2007a), An Answer to Joseph Raz, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon): Hart, 37-55
 - (2007b), Thirteen Replies, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon): Hart, 333-366
- Apel, Karl-Otto (1973), *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Aristoteles (1983), *Nikomachische Ethik*, Berlin: Akademie-Verlag
- Atienza, Manuel (2006), *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, 2. Aufl., Barcelona: Editorial Ariel
- Atienza, Manuel/Ruiz Manero, Juan (1998), *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer.
- Atria, Fernando (2001), *On Law and Legal Reasoning*, Oxford/Portland Oregon: Hart
- Ávila, Humberto Bergmann (2006), *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin: Duncker & Humblot
- Bäcker, Carsten (2008), *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Nomos, Baden-Baden
- Barry, Brian (1990), *Political Argument*, 2. Aufl., New York et al.: Harvester/Wheatsheaf
- Baumann, Peter (2001), *Die Autonomie der Person*, Paderborn: mentis
- Bayón, Juan Carlos (1991), *La normatividad del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- Bayón, Juan Carlos/Rodríguez, Jorge (2003), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Behrend, Jürgen (1977), *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, Berlin: Duncker & Humblot
- Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- (2004), The Structure and the Limits of Balancing, in: *ARSP-Beih.* 97, 79-84
 - (2006a), On Alexy's Weight Formula, in: A.J. Menendez/E. O. Eriksen, *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht: Springer, 101-110
 - (2006b), The Rationality of Balancing, in: *ARSP* 92, 195-208
- Besson, Samantha (2005), *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford/Portland (Oregon): Hart
- Bittner, Rüdiger (1983), *Moralisches Gebot oder Autonomie?*, Freiburg/München: Alber
- Böckenförde, E.-W. (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Borowski, Martin (2005), Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Merkl, in: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, hg. von S. Paulson/M. Stolleis, Tübingen: Mohr, 122-159
- (2007), *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos
- Bracker, Susanne (2000), *Kohärenz und juristische Interpretation*, Baden-Baden: Nomos
- Brandom, Robert B. (1994), *Making it Explicit. Reasoning, Representing, & Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard Univ. Press
- Brink, David (1989), *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge et al.
- Broome, John (1991), *Weighing Goods*, Oxford: Oxford Univ. Press
- Brożek, Bartosz (2007a), *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa: Oficyna (Kluwer)
- (2007b), The Weight Formula and Argumentation, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 319-330
- Brugger, Winfried (1999), *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, Baden-Baden: Nomos

- Buchwald, Delf (1990), *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Baden-Baden: Nomos
- (1996), *Prinzipien des Rechtsstaats*. Aachen: Shaker.
- Bulygin, Eugenio (2000), *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, in: *Ratio Juris* 13, 133-137
- Bumke, Christian (1998), *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos
- Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (2007), *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot
- Clérico, Laura (2001), *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos
- (2007), *Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot*, in: J. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 159-178
- Coleman, Jules L. (1983), *Negative and Positive Positivism*, in: M. Cohen (Hg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 28-48
- (1998), *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in: *Legal Theory* 4, 381-425
- Doerfer, Achim (2006), *Die Moral des Rechts. Zur Rechtsphilosophie von Lon L. Fuller*, Baden-Baden: Nomos
- Dreier, Ralf (1986), *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- (1991), *Der Begriff des Rechts*, in: ders., *Recht-Staat-Vernunft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 95-119
- Dworkin, Ronald (1978), *Taking Rights Seriously*, 2. Aufl., Cambridge/Mass.: Harvard University Press
- (1986), *Law's Empire*, London: Fontana Press.
- Esser, Josef (1974), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr
- Forsthoff, Ernst (1976), *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: Dreier, R./Schwegmann, F. (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden: Nomos, 51-79
- Frege, Gottlob (1879), *Begriffsschrift. Eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, Halle: Verlag von Louis Nebert.
- (1891), *Funktion und Begriff*, in: ders., *Funktion, Begriff und Bedeutung*, hg. v. G. Patzig, Göttingen 1975: Vandenhoeck, 17-39
- Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law*, Revised edition, New Haven/London
- García Figueroa, Alfonso (1998), *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Günther, Klaus (1988), *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Habermas, Jürgen (1983), *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- (1991), *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
 - (1994), *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp
 - (1996), *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
 - (1999), *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Hage, Jaap (1996), *A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match*, in: *Artificial Intelligence and Law* 4, 199-273 (wiederabgedruckt in Prakken, H./Sartor, G. (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1997, 43-117)
- (1997) *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer
 - (2001), *Formalizing legal coherence*, *Proceedings of the 8th. International Conference on Artificial Intelligence*, New York: ACM

- (2005), *Studies in Legal Logic*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer.
- Hage, Jaap/Peczenik, Aleksander (2000), *Law, Morals and Defeasibility*, in: *Ratio Juris* 13, 305-325
- Hain, Karl-Eberhard (1999), *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos
- Hardin, Russel (2006), *Why Know?*, in: C. Engel/L. Daston (eds.), *Is there Value in Inconsistency?*, Nomos: Baden-Baden, 149-176
- Hare, Richard M. (1952), *The Language of Morals*, Oxford: Clarendon
- (1963), *Freedom and Reason*, Oxford: Clarendon
- (1981), *Moral Thinking*, Oxford: Clarendon
- (1982), *Ethical Theory and Utilitarianism*, in: A. Sen/B. Williams (Hg.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge et al.: Cambridge Univ. Press, 23-38
- Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law* (1961), 2. Aufl., Oxford: Clarendon
- (1983), *Between Utility and Rights*, in: ders., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon, 198-222
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1970), *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Heidemann, Carsten (2005), *Law's Claim to Correctness*, in: S. Coyle/G. Pavlakos (eds.), *Jurisprudence or Legal Science*, Oxford/Portland: Hart, 127-146
- Hofmann, Ekkehard (2007), *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr
- Hohfeld, W.N., 1923, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919), New Haven: Yale Univ. Press
- Huerta Ochoa, Carla (2007), *Conflictos normativos*, 2. Aufl., Mexico: UNAM
- Hurley, Susan (1989), *Natural Reasons*, New York/Oxford: Oxford Univ. Press
- Iglesias Vila, Marisa (2001), *Facing Judicial Discretion. Legal Knowledge and Right Answer Revisited*, Dordrecht: Kluwer
- Jakab, András (2006), *Prinzipien*, in: *Rechtstheorie* 37, 49-65
- Jansen, Nils (1997), *Die Abwägung von Grundrechten*, in: *Der Staat* 36, 27-54
- (1998a), *Die Struktur der Gerechtigkeit*, Baden-Baden: Nomos
- (1998b), *The Validity of Public Morality*, in: *ARSP* 84, 1-15
- Jestaedt, Matthias (1999), *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr
- (2007), *Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen*, in: *Staat im Wort, Festschrift Isensee*, hg. v. O. Depenheuer et al., Heidelberg: Müller, 253-275
- Kähler, Lorenz (2004), *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, Baden-Baden: Nomos
- Kamp, Georg (2001), *Logik und Deontik*, Paderborn: mentis
- Kant, Immanuel (1785), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausg. Bd. IV, Berlin: de Gruyter, 1968
- (1788), *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Ausg. Bd. V, Berlin: de Gruyter, 1968
- (1797/1798), *Die Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausg. Bd. VI, Berlin: de Gruyter, 1968
- Kaufmann, Matthias (1996), *Rechtsphilosophie*, Freiburg/München: Alber
- Kaufmann, Marcel (1997), *Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip*, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 8, 161-186
- Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien
- Klatt, Matthias (2004), *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden: Nomos
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut (1982), *Juristische Begründungslehre*, München: Beck
- Koch, Hans-Joachim (2000), *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht*, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im Rechtssystem*, Wien: Verlag Österreich, 245-257
- Koller, Peter (1997), *Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar

- (2005), Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, hg. von S. Paulson/M. Stolleis, Tübingen: Mohr, 106-121
- Kramer, Matthew (1999), In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings, Oxford/New York: Oxford University Press
- Ladeur, Karl-Heinz (2004), Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen: Mohr
- Leisner, Walter (1997), Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin: Duncker & Humblot
- Luhmann, Niklas (1993), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- MacCormick, Neil (1978), Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon
- Mackie, John (1981), Ethik, Stuttgart: Reclam
- Marmor, Andrei (1992), Interpretation and Legal Theory, Oxford: Clarendon
- (2001), Positive Law and Objective Values, Oxford: Clarendon
- Martin, Rex (1993), A System of Rights, Oxford: Clarendon
- Merkel, Adolf (1931), Prolegomena zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Festschrift für H. Kelsen, hg. von A. Verdross, Wien, 252-294
- Michael, Lothar (2000), Methodenvergleich zwischen den Disziplinen des Rechts als Aufgabe der Rechtstheorie, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente, Wien: Verlag Österreich, 267-301
- Moore, Michael (2004), Objectivity in Ethics and Law, Ashgate/Dartmouth.
- Moreso, José Juan (2007), Alexy y la aritmética de la ponderación, in: Robert Alexy et al., Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 223-248
- Nagel, Thomas (1991), Equality and Partiality, New York/Oxford: Oxford Univ. Press
- Nagl-Doctel, Herta (2003), Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung, in: Pauer-Studer, Herlinde/Nagl-Doctel, Herta (Hg.), Freiheit, Gleichheit, Autonomie, Wien/Berlin: Oldenbourg/Akademie Verlag, 296-326
- Nelson, Leonard (1970), System der philosophischen Ethik und Pädagogik. Gesammelte Schriften Band V, 3. Aufl., Hamburg: Meiner
- Neuner, Jörg (2005), Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München: Beck
- Nino, Carlos S. (1991), The Ethics of Human Rights, Oxford: Clarendon
- Nortmann, Ulrich (1989): Deontische Logik ohne Paradoxien, München/Hamden/Wien: Philosophia
- Pache, Eckhard (2001), Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Versuch einer Modernisierung, Tübingen: Mohr
- Patterson, Dennis (1996), Truth and Law, Oxford: Oxford University Press
- Patzig, Günther (1994), Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie, in: ders., Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik, Göttingen, Wallstein Verlag, 174-189
- Pavlakos, George (2007), Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory, Oxford/Portland (Oregon): Hart
- Peczenik, Aleksander (1989), On Law and Reason, Dordrecht/Boston/London: Kluwer
- Poscher, Ralf (2003), Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen: Mohr
- (2007), Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: J. Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden: Nomos, 59-79
- Postema, Gerald J. (1996), Law's Autonomy and Public Practical Reason, in: Robert P. George (Hg.), The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism, Oxford: Clarendon, 79-118
- Prakken, Henry (1997), Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law. Dordrecht/Boston/London: Kluwer
- Putnam, Hilary (1995), Are Moral and Legal Values Made or Discovered, in: Legal Theory 1, 5-19

- Raabe, Marius (1998), *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden: Nomos
- Radbruch, Gustav (1932), *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, in: Dreier, R./Paulson, S. (Hg.), *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2. Aufl., Heidelberg: Müller, 2001
- (1973), *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., hg. von E. Wolf/H.-P. Schneider, Stuttgart
 - (1946), *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1946, 105 (wiederabgedr. in Radbruch, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2001, 221ff.)
- Ratschow, Eckart (1998), *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden: Nomos
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford Univ. Press
- (1985), *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, in: *Philosophy and Public Affairs* 14, 223-251
 - (1988), *The Priority of Right and Ideas of the Good*, in: *Philosophy and Public Affairs* 17, 251-276
 - (1992), *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
 - (1995), *Reply to Habermas*, in: *Journal of Philosophy*, 132-180
- Raz, Joseph (1972), *Legal Principles and the Limits of Law*, in: *The Yale Law Journal* 81, 823-854
- (1979), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon
 - (1983), *The Concept of a Legal System*, 2. Aufl., Oxford: Clarendon
 - (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon
 - (1993), *On the Autonomy of Legal Reasoning*, *Ratio Juris* 6, 1-15
 - (1996), *Intention in Interpretation*, in: George, R.P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford: Clarendon, 249-286
 - (1999), *Practical Reason and Norms*, London; 3. Aufl., Oxford: Clarendon
 - (2007), *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon): Hart, 17-35
- Reath, Andrew (2006), *Agency & Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays*, Oxford: Clarendon
- Riecken, Jörg (2003), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung von John Hart Elys prozeduraler Theorie der Repräsentationsverstärkung*, Berlin: Duncker & Humblot
- Riehm, Thomas (2006), *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation - Beweis - Wertung*, München: Beck
- Rivers, Julian (2006), *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in: *The Cambridge Law Journal* 65, 174-207
- (2007), *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon): Hart, 189-206
- Rodriguez, Jorge (2002), *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Rodriguez-Blanco, Veronica (2004), *Meta-Ethics, Moral Objectivity and Law*, Paderborn: mentis
- Ross, W.D. (1930): *The Right and the Good*, Oxford: Oxford Univ. Press
- Rowe, Nicola (2003), *Recht und sprachlicher Wandel. Entwicklung einer institutionellen Auslegungstheorie*, Baden-Baden: Nomos
- Rubel, Rüdiger (1982), *Planungsermessens. Norm- und Begründungsstruktur*, Frankfurt a.M.: Metzner
- Sartor, Giovanni (2005), *Legal Reasoning*, Berlin/New York: Springer
- Sauer, Heiko (2007), *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Berlin/New York: Springer

- Schilcher, Bernd (2000), Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im Rechtssystem, Wien: Verlag Österreich, 153-192
- Schilling, Theodor (1994), Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin: Berlin Verlag/Nomos
- Schinkels, Boris (2006), Prinzipien, Regeln und Modelle: Eine Analyse des Kanons der zivilprozessualen Maximen, in: Rechtstheorie 37, 407-425
- Schneewind, Jerome B. (1998), The Invention of Autonomy, New York: Cambridge Univ. Press
- Schuhr, Jan C. (2006), Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Berlin: Duncker & Humblot
- Schuppert, Gunnar Folke (1980), Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein
- Searle, John (1980), Prima facie Obligations, in: J. Raz (Hg.), Practical Reasoning, Oxford: Clarendon, 80-90
- Seoane, José Antonio/Rivas, Pedro (2005), El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz, Granada: Editorial Comares
- Shafer-Landau, Russ (2003), Moral Realism. A Defence, Oxford: Clarendon
- Sieckmann, Jan-R. (1990), Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden: Nomos
- (1992), Legal System and Practical Reason, Ratio Juris 5, 288-307
 - (1994a), Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien, ARSP Beih. 53, 205-213
 - (1994b), Semantischer Normbegriff und Normbegründung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 80, 227-245
 - (1994c), Logische Eigenschaften von Prinzipien, in: Rechtstheorie 25, 163-189
 - (1995a), Zur Begründung von Abwägungsurteilen, Rechtstheorie 26, 45-69
 - (1995b), Abwägung von Rechten, in: ARSP 81, 164-184
 - (1997a), Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell, ARSP 83, 14-36
 - (1997b), Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen, Analyomen 2., Bd. III, Berlin/New York: de Gruyter, 349-356
 - (1998), Modelle des Eigentumsschutzes, Baden-Baden: Nomos
 - (2001), Die Radbruch'sche Formel und die Mauerschützen, in: ARSP 87, 496-515
 - (2003), On the Tension Between Moral Autonomy and Rational Justification, Ratio Juris 16, 105-122
 - (2004), Autonome Abwägung, in: ARSP 90, 66-85
 - (2005), Principles as Normative Arguments, in: Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, hg. von Christian Dahlman/Werner Krawietz, Rechtstheorie Beih. 21, 197-210
 - (2007), The Concept of Autonomy, in: Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity, hg. von T. Gizbert-Studnicki/J. Stelmach, Cracow: Oficyna (Kluwers), 149-170
- Slote, Michael (1989), Beyond Optimizing, Cambridge, Mass./London: Harvard Univ. Press
- Somek, Alexander (2006), Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Soper, Philip (1996), Law's Normative Claims, in: R.P. George (Hg.), The Autonomy of Law, Oxford, 215-247
- Spaak, Torben (2007), Guidance and Constraint. The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning, Uppsala: Iustus Förlag
- Spector, Horacio (1992), Autonomy and Rights, Oxford: Clarendon
- Stavropoulos, Nicos (1996), Objectivity in Law, Oxford: Clarendon
- Steiff, Jakob (2006), Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen - verfassungsrechtliche Konditionierung - verwaltungs- und planungsdogmatische Einordnung, Baden-Baden: Nomos
- Steiner, Hillel (1994), An Essay on Rights, Oxford/Cambridge, Mass.

- Steiner, J.M. (1976), Judicial Discretion and the Concept of Law, *Cambridge Law Journal* 35, 135-157.
- Stück, Hege (1998), Subsumtion und Abwägung, *ARSP* 84, 405-419
- Stuhlmann-Laeisz, Rainer (1983), Das Sein-Sollen-Problem, Stuttgart/Bad Cannstatt: frommann-holzboog
- Székey, Lilja (2003), *Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*, Berlin: Duncker & Humblot
- Tugendhat, Ernst (1995), *Vorlesungen über Ethik*, 3. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- (1998), Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 48-61
- Tuori, Kaarlo (2002), *Critical Legal Positivism*, Burlington: Ashgate
- Wahl, Rainer (1996), Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, in: *DVBl.* 1996, 641-651
- Waldron, Jeremy (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon
- Waluchow, W.J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon
- Wang, Peng-Hsiang (2003), *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Baden-Baden: Nomos
- Watkins-Bienz, Renée M. (2004), Die Hart-Dworkin Debatte. Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart, Berlin: Duncker & Humblot
- Weinberger, Ota (1989), *Rechtslogik*, 2. Aufl., Berlin: Springer
- Wildt, Andreas (1982), *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart
- Wimsatt, William C. (2006), Inconsistencies, Optimization and Satisficing: Steps towards a Philosophy for Limited Beings: Comment on Russell Hardin, in: C. Engel/L. Daston (eds.), *Is there Value in Inconsistency?*, Nomos: Baden-Baden, 201-220
- Wolff, Robert Paul (1998), *In Defense of Anarchism*, Berkeley: Univ. of California Press
- Wood, Allen W. (2006), The supreme principle of morality, in: *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, hg. v. P. Guyer, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 342-380
- Wright, Georg Henrik v. (1963), *Norm and Action*, London/New York: Routledge
- Zimmer, Gerhard (1979), *Funktion - Kompetenz - Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche*, Berlin: Duncker & Humblot
- Zoglauer, Thomas (1998), *Normkonflikte - zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*. Stuttgart/Bad Cannstatt: frommann-holzboog
- Zuleta, Hugo R. (2008), *Normas y justificación. Una investigación lógica*, Barcelona: Marcial Pons

Sachregister

Abwägung 15f., 17f., 19ff., 28ff., 53ff., 65ff., 95ff., 108ff., 130ff., 139ff., 150, 152, 154f., 160, 162, 164ff., 169ff., 193ff., 197, 200ff., 212, 218ff., 235, 237, 239f., 244ff., 251ff., 253ff.

Abwägungsgesetz 91ff., 176

Abwägungskritik 89f., 94

Abwägungsmodell 35

Abwägungsurteil 20, 22, 25, 28ff., 39, 41f., 44, 61ff., 66, 74, 77, 81f., 84ff., 99f., 104, 106ff., 115, 132, 134f., 139, 150, 170ff., 180, 184ff., 198, 201, 207, 210, 220, 223, 225f., 235, 248f., 253ff.

Abwägungsverbot 138

Argument, normatives 7, 17, 19ff., 23ff., 41ff., 52, 65ff., 78, 83, 86ff., 90, 93, 97ff., 116, 118, 126, 130, 133, 143, 155, 164, 170ff., 185, 197, 205, 211f., 217f., 223, 239f., 253ff.

Argumentation, autonome 97, 99, 113, 153f., 212

Aussage, normative 15, 17f., 24ff., 39, 41ff., 50ff., 61ff., 63f., 66f., 89, 97, 101, 103, 107, 109ff., 213, 215f., 218, 253f.

Autonomie 15, 28ff., 35ff., 40, 53, 86, 95ff., 103ff., 113f., 116ff., 157, 160, 169, 211ff, 221, 224, 238ff., 253ff.

Autonomierechte 101, 142, 224, 241ff., 257

Beeinträchtigungsgrad 72, 75ff., 86, 93, 164, 170ff., 179ff., 186f., 191f., 219

Beobachterperspektive 61, 100, 119, 203

Deduktion, deduktive Struktur 20, 33f., 53ff., 60, 98, 152, 154, 162f., 166f., 175f., 190f.

Defeasibility 47, 88

Diskurs 37, 104f., 110ff., 117, 167, 185, 212ff., 247f., 251f.

Erfüllungsgrad 70, 72, 74ff., 171ff., 178, 182ff.

Erfüllungswert 80ff. 89ff., 178, 184, 186

Freiheit 18, 35, 96f., 100, 113, 211, 214, 219, 222ff.

Geltung, normative 59ff., 100, 108, 118, 120, 129f., 134, 195, 254

- objektive 17f., 32, 36, 103, 111, 116ff., 123, 153, 166, 184, 200, 215, 237

- normativen Arguments 27, 51, 53, 58

Geltungsaussage 18, 35, 52, 58ff., 68, 88, 110ff., 135, 153

Geltungsgebot 17, 19, 25ff., 41f., 48ff., 67f., 99, 126, 253

Gerechtigkeit 20, 45, 120, 131, 216, 220, 225ff.

Gewicht 20f., 70ff., 131f., 169ff.

- absolutes 181f.

- abstraktes 81ff., 140, 164, 172, 175ff.

- konkretes 73f., 78f., 84, 92f., 174, 176ff., 186ff.

- relatives 70, 72ff., 77ff., 81ff., 91ff., 136, 170ff., 177ff., 184ff.

Gewichtsformel 20, 175ff.

Gleichheit 18, 138, 211, 214, 219, 221ff., 257

Grund für Abwägung 18, 20, 25ff., 41ff., 53ff., 132, 139

Grundrecht 18, 35, 38, 67, 83, 86, 124, 146, 160, 182, 186ff., 193, 203ff., 219, 244ff.

Immunität 140, 240, 245f., 253

Indifferenzkurve 72ff., 83, 93, 170, 178, 102, 200

Interesse 38, 53, 55f., 76, 82, 104ff., 133, 150, 165, 170, 172, 182, 184ff., 224, 239ff.

Interpretation 18, 20f., 135, 141, 151ff., 188, 190f., 200ff., 256

Kognitivismus 17f., 32, 34f., 39f., 97, 105, 188, 194, 198, 211ff., 257

Kohärenz 18, 32, 85, 90ff., 105, 116, 158, 161ff., 169ff., 174f., 185, 190, 218ff., 256f..

Kollisionsgesetz 30, 175

Kompetenz 17f., 23, 40, 105, 115, 118, 125, 130, 133, 135, 148, 150, 192ff., 220, 222, 239f., 243f., 255ff.

Konsens 35, 37, 111, 122, 247

Kontrollkompetenz 18, 141, 192ff.

Konvergenz 17f., 35ff., 111ff., 124, 133f., 150, 165, 171, 184ff., 191f., 198, 200, 206, 232, 236f., 243f, 247f., 255

Legitimität 16, 18, 35, 40, 106, 120, 125ff., 140, 150, 192f., 205ff., 211ff.

Liberalismus 240, 243, 252

Logik, nicht-monotone 47, 88

Menschenrechte 40, 120, 218, 231f., 238ff.

- Menschenrechtsprinzipien 18, 241ff.
 Methodenlehre 17, 151
 Modell 19
 Moral 130
 Naturrecht 36, 212, 225, 231
 Norm im semantischen Sinn 27, 58
 Normativität 21, 53, 59, 101f., 111ff., 118, 121f., 254
 Normbegründung 7, 19ff., 95ff., 124f., 133, 151, 155f., 167, 194, 198, 204, 212ff., 218ff., 239ff., 244ff., 249, 251ff., 254ff.
 Normkonflikt, -kollision, -widerspruch 25, 27f., 33, 43, 45, 50, 55, 67, 69
 Objektivität 7, 35f., 40, 101, 103, 113, 116, 118, 123ff., 165ff., 184, 188f., 191, 206, 210, 213
 Optimalität 74
 Optimierung 23, 48, 54, 69ff., 79, 78, 83, 89, 103, 201, 207ff., 231, 232, 244
 Optimierungsgebot 21ff., 43, 48ff., 57, 74, 93, 132
 Optimierungsmodell 79, 83, 178ff.
 Pareto-Optimalität 70ff., 83, 91
 Prinzip 15ff., 19ff.
 - Anfangsgründe der Argumentation 29, 41, 61, 64
 - exklusionäres 18, 136, 138, 141, 243ff., 252, 257
 - formelles 131, 135ff., 150, 193ff., 200, 204, 256
 - als normatives Argument im elementaren Sinn 24
 Prinzipienmodell 7, 15ff., 19ff., 48, 106, 119f., 123, 128, 130, 132, 135, 137, 140ff., 149f., 153f., 167, 192, 225, 235, 237, 238ff., 245, 252, 253ff.
 Proportionalität 18, 219ff., 224
 Radbruchsche Formel 45, 235
 Rationalität 34, 37, 49, 56, 69, 88, 93, 105f., 116ff., 133, 140, 165, 169, 171f., 188, 190, 197, 205, 212, 218, 220, 222, 224, 254ff.
 Recht 15ff., 39f., 45, 119ff., 130ff., 142, 150, 153, 169, 185, 199, 204, 211, 218, 253ff.
 - und Moral 35, 38, 40, 119, 212f., 225ff., 236, 257
 Rechtsanwendung 17f., 19f., 115, 121ff., 132, 134f., 137, 148f., 151ff., 169, 192ff., 225ff.
 Rechtsbegriff 15, 17, 119ff., 143, 149f., 225ff., 236, 257, 257
 Rechtserzeugung 16f., 122, 124, 142, 148, 230, 240
 Rechtsetzung 17, 122, 125, 145, 148, 150, 157, 227f.
 Rechtsgeltung 15, 17, 21, 114f., 119, 122f., 125f., 127ff., 150ff., 167, 225ff.
 Rechtspositivismus 18, 20, 119, 226, 231ff.
 - exklusiver (starker) 131, 237
 - inklusiver 226, 233ff.
 - Konventionalitätsthese 231, 233
 - Inkorporationsthese 231, 233
 Rechtssystem 15ff., 19ff., 40, 119ff., 126ff., 158, 161, 165, 169f., 185, 189, 197, 232ff., 247
 Reflexion 36f., 107, 110, 112f., 116, 207
 Regel 22f., 25, 33, 39, 46, 48f., 140, 190
 Richtigkeit 17f., 29, 32ff., 86, 90, 101, 104, 108, 119, 125, 129f., 133, 137, 153, 165ff., 195, 211, 213ff., 227ff., 250, 255, 257
 Rollentausch 249, 251f.
 Stufenbau 20f., 142
 Subsumtion 20, 154, 162, 166
 System 15, 40, 64, 120ff., 133, 142ff., 165, 169, 187, 211, 232f., 239, 253, 256
 Teilnehmerperspektive 16, 38, 61ff., 100, 110, 119, 128f., 132f., 203, 227, 246
 Toleranz 206, 223
 Universalisierbarkeit 218, 224, 245, 249ff., 257
 Verbindlichkeit 15, 17f., 20, 35, 37f., 40, 48, 59, 62, 64, 95ff., 101ff., 109f., 120ff., 143, 150, 153, 171f., 190, 192, 205, 218, 221, 225f., 228ff., 239, 247ff., 253ff.
 Verfassungsstaat 15ff., 20, 40, 139, 196, 203, 205, 211, 237, 244, 253f.
 Vernunft 15, 18, 33, 39, 171, 211ff.
 Vernunftrecht 118, 36, 119, 211ff., 233, 257
 Vorrang 20, 24, 28ff., 41f., 54f., 61f., 65, 67, 75, 78ff., 87ff., 93f., 99, 108, 135, 138f., 146, 152, 159ff., 164, 167, 169ff., 178ff., 185ff., 222, 225f., 235, 254, 256
 Vorrang der Verfassung 140, 197ff., 210
 Vorrang des EG-Rechts 143
 Wahrheit 32f., 39f., 51, 103, 214, 216f., 254
 Wert 215, 221, 241, 246

Personenregister

- Aarnio 22
Afonso da Silva 137, 193, 204
Albert 54
Alchourrón 15, 47, 122
Alexy 7, 16, **18**, 21ff., 29, 30, 41, 44, 48, 55, 61, 69, 70, 73, 77ff., 92f., 110, 119, 129, 131, 134, 137, 154, 157f., 160, 172, **175ff.**, 185, 188, 193, 194, 198, 200, 212, **213ff.**, **228ff.**, **236**, 238, 241, 242
Apel 212
Aristoteles 219
Atienza 16, **46**, 67, 178
Atria 47, 148, 228
Ávila 21, 29, 154
Bäcker 41, 54
Barry 69, 70
Baumann 28, 211
Bayón 21, 47, 137
Behrend 20
Bernal Pulido 78, 177, 222
Besson 20
Bittner 211
Böckenförde 65, 193
Borowski 20, 41, 65
Bracker 172
Brandom 39
Brink 34
Broome 69
Brožek 23, 47, 69, 175, 178
Brugger 238, 239, 241
Buchwald 7, 22, 26, **46**, 198
Bumke 23
Bulygin 7, 15, 122, 213
Christensen 21
Clérico 7, 77, 128, 173, 190, 202
Coleman 233, 235
Doerfer 230
Dreier, R. 211, 230, 231, 233, 234
Dworkin 16, 19, **20**, **21**, 39, 126, **129**, 148, 234, 245, 249, 250
Esser 20
Fischer-Lescano 21
Forsthoff 193
Frege **51**, **62**
Fuller 230
García Figueroa 21
Günther 49, 190
Habermas 28, 209, 212, 213, 214, 216, 240, 248
Hage 7, 47, 151, 169, 172, 191
Hain 23, 198
Hardin 23
Hare 39, 43, 98, 245
Hart, H.L.A. **16**, 17, 20, **129**, 132, 226, 233, **234**, 245, 246
Hegel 28
Heidemann 213
Hofmann, E. 178
Hohfeld 105
Huerta 25
Hurley 45, 69, 70, 190
Iglesias Vila 191
Jakab 22
Jansen 7, 41, 45, 69, 70, 77, 177, **182**
Jestaedt 178, 202
Kähler 171
Kamp 43
Kant 33, **34**, **212**, **223**
Kaufmann, Matthias 28
Kaufmann, Marcel 201
Kelsen **16**, 20, **129**, 230
Klatt 156
Koch 99, 153, 158ff., **160**, 163, 188
Koller 20, 96, 157, 161, 238
Kramer 129, 233
Ladeur 65
Leisner 65
Luhmann 15
MacCormick 158, 169
Mackie 31
Marmor 31, 127, 129, 154, 232
Martin 238
Merkel 20
Michael 207
Moore 34, 103
Moreso 178
Nagel 248, 249
Nagl-Docetal 28
Nelson 28
Neuner 192
Nino 28, 98, 212, 246, 247
Nortmann 44
Pache 198
Patterson 212

Patzig 28
 Pavlakos 34, 103, 194, 211, 213
 Peczenik 21, 23, 44, 49, 151, 169
 Poscher 41, 132
 Postema 148
 Prakken 47
 Putnam 103
 Raabe 26, 137, 193, 194, 197, **202**, 203,
204
 Radbruch 45, 97, 131, 231, **235**
 Ratschow 47
 Rawls 245, 250
 Raz 15, 21, 33, 120, 121, 125, 127, **129**,
 132, **136**, 137, 154, 224, 227, 231, 243,
 246
 Reath 28
 Riecken 193
 Riehm 34, 178, 180, 195
 Rivas 137
 Rivers 194, 220
 Rodriguez 7, 47, 129
 Rodriguez-Blanco 103
 Ross, W.D. 44
 Rowe 122
 Rubel 68
 Ruiz **46**
 Rüßmann 158ff., **160**, 163
 Sartor 21
 Sauer 21
 Schilcher 188
 Schilling 20
 Schinkels 23
 Schneewind 28
 Schuhr 19
 Schuppert 200
 Searle 44, 45
 Seoane 137
 Shafer-Landau 34
 Sieckmann 5, 7, 22, 23, 26, 27, 31, 33, 42,
 69, 116, 131, 137, 154, 177, 180, 201,
 209, 233, 236, 241
 Slote 23, 69
 Somek 29, 192, 194
 Soper 233
 Spaak 158
 Spector 224, 245, 246
 Stavropoulos 103
 Steiff 41, 128, 132
 Steiner, H. 69, 70
 Steiner, J. 19
 Stück 154
 Stuhlmann-Laeisz 43
 Székessy 233
 Tugendhat 37
 Tuori 233
 Wahl 199
 Waldron 20
 Waluchow 227, 233
 Wang 47
 Watkins-Bienz 20
 Weinberger 43
 Wildt 28
 Wimsatt 23
 Wolff 211
 Wood 28
 Wright, G.H.v. 43, 46
 Zimmer 199
 Zoglauer 25, 42
 Zuleta 25, 152

