

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,<sup>258</sup> 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 Optimierungsgepunktten 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.<sup>259</sup>

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 hypothetisch<sup>260</sup> - 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.<sup>261</sup> 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.<sup>262</sup>

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 sei<sup>263</sup> und dass ein Gebot zur Berücksichtigung fremder Verfassungsinterpretationen mit der Annahme eines objektiven, unabhängig von der Person des Anwenders existierenden Rechts<sup>264</sup> 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 Erkenntnisspielräume 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 Unabhängigkeit<sup>265</sup> unvereinbar sei und die Grundrechtsbindung der Gerichte gem. Art. 1 Abs. 3 GG missachte.<sup>266</sup>

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.<sup>267</sup> 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.<sup>268</sup>

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 *Raabes* 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.<sup>269</sup> 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.<sup>270</sup> 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.<sup>271</sup> 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.