

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 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 unterliegen. 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 bestehé.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 wichtiger 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 Vorrangkriterien 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.