

Jan-Reinard Sieckmann

Autonomie und Menschenrechte



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 82

Jan-Reinard Sieckmann

Autonomie und Menschenrechte



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-8487-7547-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-3522-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Dieses Buch setzt eine Reihe von Arbeiten fort, die eine Theorie des Rechts aufgrund der Idee der Autonomie entwickeln. Autonomie wird dabei als Struktur einer Entscheidung verstanden, die in der Abwägung normativer Argumente besteht. Autonome Normbegründung erfolgt in solchen Abwägungen. Es sind bisher die logischen Strukturen autonomer Normbegründungen (The Logic of Autonomy, 2012; Logik juristischer Argumentation, 2020), die Struktur des Rechts als normatives System (Recht als normatives System, 2009) und Rechtsphilosophie als Reflexion über Grundkonflikte des Rechts in Form normativer Abwägungen (Rechtsphilosophie, 2018) analysiert worden. In diesem Buch geht es um den Zusammenhang von Autonomie und Menschenrechten. Die Idee der Autonomie im Recht wird in Form eines Prinzipienmodells entfaltet, Menschenrechte in diesem Modell entwickelt und die Struktur der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte untersucht. Abschließend wird die Idee von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht skizziert.

Die Untersuchung ist in verschiedenen Hinsichten begrenzt. Methodisch ist der Ansatz analytisch. Es werden Begründungsstrukturen untersucht. Zudem geht es allein um die Begründbarkeit von Rechten im Rahmen der Konzeption autonomer Normbegründung, nicht um eine Diskussion konkurrierender Positionen, die die Voraussetzungen dieser Konzeption nicht teilen. Menschenrechtsprobleme werden daher nur aus einer bestimmten Perspektive erörtert.

Aus dem analytischen Ansatz können sich allerdings normative Folgerungen ergeben. Herrschaftsansprüche, die sich nicht begründen lassen, sind ungerechtfertigt. Sofern Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden können, aber, etwa weil sie in individuelle Rechte eingreifen, rechtfertigungsbedürftig sind, sind sie verboten. Soweit sich aus der Analyse von Begründungsstrukturen normative Folgerungen ergeben, ist mit ihnen ein starker Erkenntnisanspruch verbunden. Es geht also nicht um normative Auffassungen, die zwischen Individuen oder Kulturen variieren könnten. Insbesondere wird beansprucht, dass normative Aussagen über Menschenrechte, die sich aus der Konzeption autonomer Normbegründung ergeben, zutreffen und relativistische Positionen insoweit falsch sind.

Dieser Erkenntnisanspruch setzt allerdings eine bestimmte Konzeption der Normbegründung voraus. Die Grundannahmen dieser Konzeption lassen sich in Postulaten der Rationalität, Normativität und moralischen Autonomie formulieren. Rationalität erfordert, dass nur Aussagen getroffen werden, die begründet werden können. Normativität bedeutet, dass normative Aussagen einer spezifisch normativen Begründung bedürfen und sich nicht als Beschreibung einer normativen Realität rechtfertigen lassen. Moralische Autonomie impliziert, dass normative Aussagen nur aufgrund der freien Urteile autonomer Subjekte gerechtfertigt werden können. Da ein Bezug auf eine gegebene normative Realität ausgeschlossen ist, bleiben als Grundlage der Begründung normativer Aussagen nur die Urteile autonomer Subjekte, die aufgrund der Abwägung normativer Argumente gebildet werden.

Natürlich können diese Annahmen in Frage gestellt und möglicherweise widerlegt werden. Ich sehe jedoch keine brauchbare Alternative zur Konzeption autonomer Normbegründung. Diese skeptische Einschätzung wird in diesem Buch allerdings nicht näher begründet. Ziel ist lediglich, die Konzeption autonomer Normbegründung im Bereich der Menschenrechte zu entwickeln.

Ich danke den Herausgebern der "Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie" für die Aufnahme dieses Buchs in ihre Reihe. Ferner danke ich Malte Haas, Sarah Greilich und Marvin Ruppert für die Revision des Manuskripts sowie den Teilnehmern meines Doktorandenseminars für eine kritische Diskussion einiger Teile davon.

Erlangen, im August 2022

Jan Sieckmann

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Prinzipienmodell und Autonomie	13
§ 1 Das Prinzipienmodell der Menschenrechte	17
I. Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats	17
1. Autonomie	18
2. Menschenrechte	24
3. Grundrechte	27
4. Demokratie	28
II. Prinzipienmodell und Prinzipientheorien	29
III. Fazit	32
§ 2 Die Prinzipientheorie der Grundrechte	35
I. Kritik der Alexyschen Prinzipientheorie der Grundrechte	35
II. Das Prinzipienmodell der Menschen- und Grundrechte	40
1. Die "Prinzipienthese"	41
2. Nicht-Propositionalität und Reiterationsthese	43
3. Die Konzeption optimierender Abwägung	46
4. Die Konzeption autonomer Normbegründung	48
III. Fazit	49
§ 3 Probleme der Prinzipientheorie	51
I. Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie	51
II. Einwände	53
1. Normtheoretische Einwände	54
2. Methodologische Einwände	57
3. Institutionelle Einwände	59
4. Verfassungsrechtliche Einwände	61
5. Grundrechtstheoretische Einwände	64
6. Immunisierungseinwände	66
III. Fazit	67

2. Teil: Menschenrechtsprinzipien	69
§ 4 Begriff und Begründung von Menschenrechten	71
I. Menschenrechte als universell gültige Rechte	71
II. Begründungsprobleme	76
1. Menschenrechte und Menschenwürde	76
2. Anthropologische Begründungen	77
3. Diskursiv-existentialistische Menschenrechtsbegründung	79
III. Menschenrechte und Autonomie	80
1. Autonomierechte als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen	80
2. Zur Notwendigkeit autonomer Normbegründung	84
3. Die rechtliche Geltung von Autonomierechten	85
4. Menschenrechte	86
IV. Fazit	87
§ 5 Charakteristika von Menschenrechten	89
I. Elemente von Menschenrechten	90
1. Inhaber von Menschenrechten	90
1.1. Autonome Individuen	90
1.2. Nicht-autonome Individuen	91
1.3. Kollektive und Organisationen	92
2. Adressaten von Menschenrechten	93
2.1. Politische und moralische Konzeptionen von Menschenrechten	94
2.2. Staatliche und nicht-staatliche Akteure	96
3. Gegenstände von Menschenrechten	97
II. Normative Gehalte von Menschenrechten	99
1. Prinzipielle und definitive Rechte	100
2. Einfache und exklusionäre Rechte	101
III. Fundamentalität von Menschenrechten	105
IV. Fazit	107

§ 6	Systematik von Menschenrechten	109
I.	Allgemeine Menschenrechte	109
1.	Moralische Autonomie	110
1.1.	Schutzmodalitäten	111
1.2.	Autonomie und Menschenwürde	112
2.	Persönliche Autonomie	114
2.1.	Allgemeines Recht auf individuelle Selbstbestimmung	116
2.2.	Differenzierungen	119
2.3.	Schutzmodalitäten	121
2.4.	Einschränkungen	122
3.	Gleichheit	123
II.	Spezifische Menschenrechte	125
1.	Gegenstände: Integrität, Freiheiten, Eigentum	126
2.	Schutzmodalitäten	128
III.	Institutionelle Voraussetzungen von Menschenrechten	129
IV.	Fazit	131
§ 7	Vernünftigkeit als allgemeines Menschenrechtsprinzip	133
I.	Das Verhältnismäßigkeitsgebot	134
1.	Verhältnismäßigkeit und Abwägung	135
2.	Abwägungsregeln	137
2.1.	Grenzfälle	138
2.2.	Vergleiche	138
2.3.	Bewertungsfunktionen	140
3.	Autonome Abwägung	142
II.	Der Gleichheitssatz als Abwägungskriterium	143
1.	Gleichheit als negatives Abwägungskriterium	144
2.	Gleichheit als positives Abwägungskriterium	144
III.	Verhältnismäßigkeit und Gleichheit	146
IV.	Fazit	148

3. Teil: Grundrechte	149
§ 8 Die verfassungsrechtliche Geltung von Grundrechtsprinzipien	151
I. Grundrechte als Transformation von Menschenrechten	151
II. Die Institutionalisierungsforderung	152
III. Strukturen der Transformation	153
1. Verfassungsautonomie	153
2. Prinzipielle und definitive Rechte	155
3. Exklusiver Charakter und Vorrang von Grundrechten	156
4. Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete	158
IV. Die Systematik von Grundrechten	159
1. Grundrechtliche Gewährleistung von Autonomierechten	159
2. Grundrechtliche Gewährleistung spezifischer Menschenrechte	160
3. Institutionelle Garantien	161
V. Fazit	161
§ 9 Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote	163
I. Die Idee von Grundrechten als staatlichem Zugriff entzogene Rechte	163
II. Die Konstruktion prinzipieller Abwägungsverbote	165
1. Die Struktur von Abwägungsverböten	165
2. Struktur der Grundrechtsprüfung	167
III. Die Begründung prinzipieller Abwägungsverböte	169
1. Immune Grundrechte als Legitimitätsbedingung	170
2. Nicht-individualistische Begründung der Immunität von Grundrechten	172
IV. Die Rechtfertigung der Durchbrechung prinzipieller Abwägungsverböte	173
V. Fazit	175
§ 10 Grundrechte und Gesetzgebung	177
I. Menschenrechte und staatliche Organisationen	177

II. Legislative Kompetenzen und Grundrechtsgehalte	179
1. Grundrechte und Gesetz	180
2. Residuale Grundrechte	180
3. Grundrechte als Prinzipien	181
4. Prinzipiell immune Grundrechte	182
III. Legislative Bindungen und Spielräume	183
1. Strukturelle, epistemische und normative Spielräume	183
2. Strukturen legislativer Bindungen	185
2.1. Beurteilungsspielräume	186
2.2. Entscheidungsspielräume	188
IV. Fazit	189
§ 11 Gerichtlicher Rechtsschutz	191
I. Autonomie in Rechtsschutzsystemen	191
II. Die Konzeption formeller Prinzipien	194
III. Das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen	200
1. Grundstruktur	200
2. Grundprinzipien der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen	201
3. Gewichtungskriterien	203
4. Differenzierung nach der Struktur des Grundrechtsschutzes	203
IV. Konkurrenz von Rechtsschutzsystemen	204
V. Fazit	207
4. Teil: Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht	209
§ 12 Die Konzeption transnationalen Verfassungsrechts	209
I. Begriff und Erscheinungsformen transnationalen Verfassungsrechts	209
II. Zur Struktur transnationalen Verfassungsrechts	212
1. Universeller Richtigkeitsanspruch partikularer Transformationen	213
2. Die Entwicklung transnationalen Verfassungsrechts	214
3. Zum normativen Status von Konzeptionen transnationalen Verfassungsrechts	215

III. Universalität und Konvergenz im Menschenrechtsschutz	216
1. Substantielle Konvergenzen	218
2. Verhältnismäßigkeit als transnationales Verfassungsrecht	218
IV. Fazit	221
Résumé	223
Bibliographie	229
Sachverzeichnis	241

1. Teil: Prinzipienmodell und Autonomie

Ziel dieser Untersuchung ist die systematische Ausarbeitung der Konzeption autonomer Normbegründung¹ im Bereich der Menschenrechte. Autonome Normbegründung bezeichnet die Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente.² Autonomie ist durch diese Entscheidungsstruktur definiert.³ Ein Urteil ist autonom, wenn es als Ergebnis der Abwägung normativer Argumente begründet wird.⁴ Ein Merkmal dieser Abwägung ist, dass ihr Ergebnis nicht vollständig durch gegebene Kriterien determiniert ist. Es bleibt also eine freie Entscheidung des Urteilenden. Zugleich ist dieses Urteil normativ gebunden. Was immer das Ergebnis der Abwägung ist, der Urteilende muss es als durch die stärkeren Argumente geboten vertreten. Diese Bindung ergibt sich aus der Struktur der abzuwägenden normativen Argumente. Sie enthalten Forderungen, bestimmte Normen als Ergebnis einer Abwägung und damit als definitiv gültig anzuerkennen.⁵ Wird eine Norm dementsprechend als gültig anerkannt, muss der Urteilende dies als geboten ansehen.

Die Grundlage autonomer Normbegründung ist, dass autonome Subjekte die Kompetenz besitzen, selbst normative Argumente zu erzeugen. Indem sie bestimmte normative Forderungen stellen, begründen sie die Verpflichtung anderer autonomer Subjekte, sich mit diesen Forderungen auseinanderzusetzen.⁶ Am Anfang der Argumentation steht somit, dass autonome Subjekte normative Forderungen geltend machen. Es geht zunächst also nicht um Erkenntnis gegebener Normen, sondern um konstitutive Begründung von normativen Argumenten. Auch die autonomen Urteile, die aufgrund der Abwägung normativer Argumente gebildet werden, stellen für andere autonome Subjekte zunächst Forderungen dar, bestimmte Normen als definitiv gültig anzuerkennen. Die Autonomie anderer Subjekte impliziert allerdings, dass es keine Kompetenz einzelner

1 Dazu Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, 2012a.

2 Sieckmann 2012a, 13. Siehe auch Sieckmann, *Recht als normatives System*, 2009a, 33.

3 Sieckmann 2012a, 19; 2009a, 28f. S.u., § 1 I 1.

4 Sieckmann 2012a, 34.

5 Sieckmann 2012a, 30. Siehe auch Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, 75; 2009a, 26ff.

6 Sieckmann 2012a, 14, 70; 2009a, 17.

autonomer Subjekte geben kann, definitive Normen festzusetzen, also zu bestimmen, was für alle Betroffenen tatsächlich geboten ist. Normative Forderungen begründen somit keine normativen Tatsachen. Daraus folgt, dass normative Argumente eine andere logische Struktur als normative Aussagen haben müssen.⁷

Im Bereich des Rechts ist die Konzeption autonomer Normbegründung in Form des "Prinzipienmodells" entwickelt worden.⁸ Ausgangspunkt ist die Unterscheidung von Prinzipien als Gründen für Abwägungsurteile und Regeln als Ergebnis von Abwägungen.⁹ Die logische Grundlage dieser Unterscheidung ist die von normativen Argumenten und normativen Aussagen.¹⁰ Die abzuwägenden Prinzipien enthalten normative Argumente. Regeln im Sinne definitiver Normen werden in normativen Aussagen formuliert, die Ergebnis solcher Abwägungen sind. Beide folgen verschiedenen logischen Regeln.¹¹

Im Prinzipienmodell werden also zwei Ebenen unterschieden: Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und definitive Normen als das Ergebnis von Abwägungen. Prinzipien sind normative Argumente, die die Anerkennung bestimmter Normen als definitiv gültig fordern. Definitive Normen werden aufgrund der Abwägung normativer Argumente begründet. Im Recht ist allerdings, anders als in der allgemeinen praktischen Argumentation, keine Kompetenz autonomer Subjekte anzuerkennen, selbst rechtlich gültige Argumente zu erzeugen. Dazu wäre notwendig, dass Rechtsorgane zur Berücksichtigung dieser Argumente verpflichtet wären. Dies ist nicht für jedes autonom begründete Argument anzunehmen. Rechtlich gültig sind nur Argumente, die hinreichend gewichtig zur Begründung rechtlicher Verpflichtungen sind. Solche normativen Argumente sollen als Prinzipien bezeichnet werden.¹²

Die Konzeption autonomer Normbegründung wird im Recht also in Form des Prinzipienmodells angewandt. Thema dieser Studie ist demnach die systematische Entwicklung des Prinzipienmodells im Bereich der Menschenrechte. Ausgehend von der Idee der Autonomie soll eine Theorie

7 Dazu Sieckmann 2009a, 42ff.; 2012a, 35ff; ders., Logik juristischer Argumentation, 2020, 120ff.

8 Sieckmann 2009a, 19ff.

9 Sieckmann 2009a, 41; 1990, 75, im Anschluss an die Terminologie Dworkins, Taking Rights Seriously, 1978, 22ff.

10 Dazu insbesondere Sieckmann 2012a, 43ff.

11 Dazu insbesondere Sieckmann, Logik juristischer Argumentation, 2020, 101ff.

12 Zur terminologischen Abgrenzung von Prinzipien und normativen Argumenten Sieckmann, The Theory of Principles, ARSP-Beiheft 119 (2010), 50, 59ff.

der Menschenrechte und, daran anschließend, der Grundrechte entwickelt werden. Dies ist nicht nur ein theoretisches Anliegen, sondern betrifft die Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaats, wie im Übrigen generell der Organisation politischer Herrschaft. Deren Legitimation und Ausgestaltung sind in einer normativen Theorie zu begründen.

Der hier verfolgte analytische Ansatz soll dazu dienen, jedenfalls für einige der Legitimations- und Begründungsprobleme gesicherte Antworten zu geben. Substantielle normative Theorien sind notorisch umstritten, objektive Kriterien, welche der konkurrierenden Meinungen richtig sind, sind häufig nicht ersichtlich.¹³ Es wird daher hier nicht versucht, unmittelbar normative Probleme der Menschenrechte zu behandeln. Vielmehr sollen die Struktur von Normbegründungen analysiert und damit notwendige Bedingungen für die Möglichkeit von Normbegründungen aufgezeigt werden. Eine analytische Theorie der Normbegründung kann allerdings normative Implikationen haben, insofern Normbegründungen bestimmte Anforderungen erfüllen müssen. Dies zeigt normative Gehalte auf, die normative Systeme notwendig enthalten müssen.¹⁴

Das Ziel der Analyse ist somit beschränkt. Es geht um den Zusammenhang von Autonomie und Menschenrechten, nicht eine vollständige Theorie der Menschenrechte. Zunächst soll das Prinzipienmodell in seiner Grundstruktur erläutert werden. In den folgenden Teilen sollen Menschenrechtsprinzipien, Grundrechte sowie die Idee von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht behandelt werden.

13 Zu Problemen von ethischem Skeptizismus und Relativismus Griffin, *On Human Rights*, 2008, 27; Ernst, *Universal human rights and moral diversity*, in: Ernst/Heiling (eds.), *Philosophy of Human Rights*, 2012, 231ff. Ein Versuch, eine substantielle Theorie der Menschenrechte zu entwickeln, findet sich in Griffin 2008, insb. 20ff. zur Abgrenzung gegen strukturelle Konzeptionen von Rechten.

14 Als normative Systeme werden dabei Normensysteme bezeichnet, die nicht nur Normen enthalten, sondern deren Anspruch auf Normativität gerechtfertigt ist. Dazu Sieckmann, *Rechtsphilosophie*, 2018, 1f.

§ 1 Das Prinzipienmodell der Menschenrechte

1. Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats

Die Ideen von Autonomie, Menschenwürde, Menschen- und Grundrechten stellen Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats dar. Die Legitimität politischer Herrschaft erfordert, dass sie Menschenrechten dient¹⁵ und dass Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleistet werden.¹⁶ Autonomie und Menschenwürde bilden wiederum die Grundlage für die Begründung von Menschen- und Grundrechten. Es gibt somit enge begriffliche und begründungstheoretische Zusammenhänge zwischen diesen Ideen. Autonomie wird als Begründung der Menschenwürde¹⁷ sowie als Grundlage universell gültiger Menschenrechte angesehen.¹⁸ Menschenrechte wiederum werden in Form von Grundrechten in Verfassungssystemen institutionalisiert.¹⁹

Die theoretische Fundierung dieses Ideengebäudes ist jedoch keineswegs so klar, wie es die - jedenfalls nach außen hin - verbreitete Anerkennung von Menschenrechten vermuten lässt.²⁰ Der Begriff individueller Autonomie bereitet solche Probleme, dass vorgeschlagen wird, ihn aufzugeben.²¹ Der Zusammenhang von Autonomie und Menschenwürde gerät ins Zwielicht, sobald die Frage nach der Würde menschlicher Wesen gestellt wird,

15 Locke, *Two Treatises of Government*, 1924, Book II, § 95.

16 Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1994, 151.

17 Diesen Zusammenhang stellen etwa Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1968, 434, und Pico della Mirandola, *De hominis dignitate*, 1990, 7, her, jeweils mit unterschiedlichen Konzeptionen von Autonomie und Menschenwürde. Daneben gibt es andere Vorschläge zur Begründung der Menschenwürde. Dazu Menke/Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte*, 2007, 129ff.; Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde*, 2011, 36ff.

18 Nino, *The Ethics of Human Rights*, 1991; Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995a, 148ff.; Sieckmann 2012a, 142ff.

19 Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, 244ff.; Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 1995, 350f.

20 Siehe Griffin 2008, 9ff.; Sen, *The Idea of Justice*, 2009, 355.

21 Baumann, *Die Autonomie der Person*, 2001, 11. Lediglich den Begriff politischer Autonomie hält Baumann für sinnvoll.

die nicht die Fähigkeit zu autonomem Handeln besitzen.²² Die Annahme universell gültiger Menschenrechte wird als von westlichem Denken geprägt angegriffen und gerade mit der Idee politischer Selbstbestimmung, also politischer Autonomie, in Frage gestellt.²³ Auch Struktur und Reichweite des Grundrechtsschutzes sind umstritten.²⁴ Der Konflikt zwischen privater und politischer Autonomie, also dem Recht des Individuums, über sein Leben zu bestimmen, und dem der Gemeinschaft, allgemeinverbindliche Regeln festzusetzen, führt zu dem Problem, inwieweit individuelle Rechte beschränkt werden oder umgekehrt Grundrechte demokratisch legitimer öffentlicher Gewalt Grenzen setzen können.²⁵ Die Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle, die solche Grenzen zieht, ist umstritten und wird von manchen Verfassungstheoretikern sehr viel enger gefasst, als es verbreiteter verfassungsrechtlicher Praxis entspricht.²⁶

All dies führt zu dem Schluss, dass die theoretischen Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates keineswegs gesichert sind. Das Grundproblem ist die Idee der Autonomie. An ihr hängt die Begründung der anderen Elemente.

1. Autonomie

Autonomie bedeutet wörtlich genommen Selbstgesetzgebung.²⁷ Autonome Subjekte bestimmen demnach selbst die für sie geltenden Normen.

22 Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes, 2002.

23 Dazu Tugendhat, Die Kontroverse um die Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, 54; Honneth, Das Andere der Gerechtigkeit, 2000, 274.

24 Exemplarisch die Diskussion um Grundrechte als Rahmenordnung oder als Grundordnung. Dazu Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61, 2002, 14-15; Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung Demokratie, 2. Aufl., 1992a, 198; ders., Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., 1992b, 86f.

25 Zum Problem z.B. Habermas 1994, 161ff.

26 Siehe Habermas 1994, 292ff.; Nino, The Constitution of Democracy, 1996; Bickel, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 1986; Ackerman, We the People, 1991; Waldron, Law and Disagreement, 1999; ders., The Core of the Case against Judicial Review, in: Yale Law Journal 115 (2006), 1346-1406.

27 Sieckmann, The Concept of Autonomy, in: Gizbert-Studnicki/Stelmach (eds.), Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity, 2007a, 149; 2009a, 96; 2012a, 1.

In diesem Sinn geht es um die Begründung der Geltung von Normen, also um moralische Autonomie. Diese ist von persönlicher Autonomie im Sinne der Selbstbestimmung über das eigene Leben zu unterscheiden.²⁸ Beides sind Grundprinzipien des demokratischen Verfassungsstaats. Moralische Autonomie ist allerdings die Grundlage für Normbegründungen und damit hier von primärem Interesse.

Gemäß der Idee moralischer Autonomie kann die Geltung von Normen nicht unabhängig von der Zustimmung autonomer Subjekte begründet werden. Es ist nicht möglich, autonome Subjekte durch Normen zu binden, die nicht deren Zustimmung finden könnten.²⁹ Normative Geltung in dem Sinne, dass bestimmte Normen anerkannt, angewandt und befolgt werden sollen, hängt daran, dass autonome Subjekte diese Normen vernünftigerweise anerkennen könnten. Wie genau dieses Kriterium vernünftiger Zustimmung zu verstehen ist, ist präzisierungsbedürftig.³⁰ Jedenfalls aber lässt die Idee moralischer Autonomie Normbegründungen nur auf-

-
- 28 Zur Unterscheidung von Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung Nagl-Docekal, Autonomie zwischen Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung, 2003, 296ff.; Waldron, Moral Autonomy and Personal Autonomy, in: Christman/Anderson (eds.), Autonomy and the Challenges to Liberalism, 2005, 307ff.; Rössler, Autonomie, 2017, 33f. Zu Autonomie als Selbstbestimmung etwa Griffin 2008, 33 (not to be controlled or dominated by someone or something), Rössler 2017, 33. Zur gegenwärtigen philosophischen Diskussion um persönliche Autonomie (personal autonomy) siehe auch Betzler, Einleitung, in: dies. (Hg.), Autonomie der Person, 2013, 13.
- 29 Forst, Die Rechtfertigung der Menschenrechte, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral, 2010, 64, spricht von einem "Recht auf Rechtfertigung" in dem Sinn, nicht Handlungen oder Institutionen unterworfen zu sein, die einem gegenüber nicht angemessen gerechtfertigt werden können. Diese Formulierung nimmt jedoch die Perspektive desjenigen ein, der Eingriffen unterworfen ist. Das Zustimmungserfordernis unterscheidet sich davon in zwei Hinsichten: Die Frage, wie Normen begründet werden können, ist allgemeiner als die der Rechtfertigung von Eingriffen, und das Erfordernis der Zustimmung sieht autonome Subjekte als aktive Teilnehmer, nicht als passive Gewaltunterworfenen. Die Notwendigkeit der Partizipation an normativer Rechtfertigung sieht im Übrigen auch Forst, ebd., 65.
- 30 So kann die erforderliche Art der Zustimmung in verschiedener Weise charakterisiert werden, als tatsächliche Zustimmung oder derart, dass vernünftige Subjekte einem normativen Urteil zustimmen könnten, müssten oder würden. Ferner kann eine Zustimmung aller Beteiligten gefordert werden oder ein schwächeres Kriterium angenommen werden.

grund der Urteile autonomer Subjekte zu. Jeder andere Begründungsansatz ist aus Sicht derjenigen, die sich als autonom verstehen, unhaltbar.³¹

Die Konzeption von Autonomie als Selbstgesetzgebung ist allerdings nicht einfach zu verstehen.³² Wie ist Verbindlichkeit von Normen möglich, wenn die Normadressaten selbst über deren Geltung entscheiden? Wie können autonome Subjekte in ihrer Entscheidung über Normen frei sein, aber zugleich durch die von ihnen selbst bestimmten Normen gebunden sein?

Eine verbreitete Interpretation definiert Autonomie als Fähigkeit, das moralische Gesetz zu erkennen und danach zu handeln.³³ Mit der Erkennbarkeit des moralischen Gesetzes wird dessen Existenz jedoch vorausgesetzt. In einer realistischen Version wird ihm eine vom menschlichen Denken unabhängige Existenz zugeschrieben. Es existiert unabhängig davon, ob es von jemandem anerkannt wird. In einer konstruktivistischen Version wird die Notwendigkeit seiner Anerkennung im Rahmen bestimmter intellektueller Aktivitäten angenommen. In jedem Fall ist die Geltung des moralischen Gesetzes nicht Gegenstand autonomer Entscheidung. Diese Konzeptionen lassen sich nicht sinnvoll als Selbstgesetzgebung auffassen. Nimmt man die Idee von Autonomie als Selbstgesetzgebung ernst, muss die Geltung von Normen von der Anerkennung durch autonome Subjekte abhängen. Autonomie setzt damit eine Wahlmöglichkeit voraus. Wird die Existenz bestimmter Normen vorausgesetzt, besteht insofern gerade keine Autonomie.

Die Grundannahme der Konzeption individueller Selbstgesetzgebung ist somit, dass die Geltung von Normen von den Urteilen autonomer Subjekte abhängen muss. Dies führt zur Konzeption von Autonomie als Entscheidungsstruktur, der zufolge die Geltung einer Norm aufgrund der Abwägung normativer Argumente bestimmt wird.

So kann fraglich sein, ob es erlaubt sein sollte, aus politischen Motiven zum Boykott des Geschäfts einer Person aufzurufen. Prinzipiell ergibt sich

31 Eine nicht-autonome Normbegründung, etwa durch Verweis auf eine gegebene natürliche oder göttliche Ordnung, ist ausgeschlossen, weil es keine rationale Grundlage für derartige Annahmen gibt. Es gibt also keinen Grund, warum autonome Subjekte solche Normen als gültig akzeptieren müssten.

32 Zu diesem Problem etwa Sieckmann 2007a, 150ff. Zur philosophischen Diskussion Khurana, Paradoxien der Autonomie. Zur Einleitung, in: Khurana/Menke (Hg.), Paradoxien der Autonomie, 2. Aufl. 2019, 7ff., sowie die weiteren Beiträge dort. Diese Diskussion hat allerdings keinen Bezug zur hier verfolgten Konzeption von Autonomie als Abwägung normativer Argumente.

33 Dazu Baumann 2001, 154.

aus dem Prinzip der Meinungsfreiheit die Forderung, dass dies erlaubt sein sollte. Andererseits könnte der Boykottaufruf die Lebensgrundlage der betroffenen Person zerstören. Die Entscheidung hängt von einer Abwägung von Meinungsfreiheit und wirtschaftlichen Interessen ab. Diese Abwägung muss die relativen Gewichte der konfligierenden Prinzipien im konkreten Fall berücksichtigen. Für sie sind verschiedene Umstände, wie etwa die Art der Motive und die zu erwartenden Wirkungen des Boykottaufrufs, von Bedeutung. Eine rationale Argumentation über das Ergebnis ist damit möglich, es wird aber Fälle geben, in denen die Argumente nicht ausreichen, das objektiv richtige, von jedem vernünftig Urteilenden zu akzeptierende Ergebnis zu bestimmen.

Autonomie besteht in einer Situation, in der ein Urteil aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu treffen ist. Autonom ist jeder, der mit einer solchen Entscheidungsstruktur konfrontiert ist. Davon zu unterscheiden ist die Fähigkeit, eine autonome Entscheidung zu treffen. Jemand hat also Autonomie auch, wenn er nicht in der Lage ist, autonom zu urteilen. Dies ist wichtig, weil damit die Begründung von Autonomierechten nicht von der Fähigkeit zu autonomem Urteilen abhängt.

Autonomie als Entscheidungsstruktur ist auch vom Recht, autonome Entscheidungen zu treffen, zu unterscheiden. Für autonome Individuen ergibt sich dieses Recht allerdings als notwendige Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen.³⁴ Dennoch ist die Konfrontation mit einem Konflikt normativer Argumente, der durch eine autonome Abwägung zu entscheiden ist, von einer normativen Position in Form eines Rechts, eine solche Entscheidung zu treffen, zu unterscheiden.

Autonomie als Entscheidungsstruktur kann nicht nur für autonome Individuen, sondern auch für andere Akteure bestehen, etwa Gerichte oder auch Rechtssysteme insgesamt. Bei institutionellen Akteuren ist allerdings nicht selbstverständlich, dass sie das Recht zu autonomer Entscheidung haben. Dies hängt davon ab, welche Entscheidungskompetenzen ihnen rechtlich zugeordnet werden.

34 Dieses Recht ist unabhängig davon, ob Individuen ein Interesse an Autonomie haben. Jedes normative System muss dieses Recht anerkennen, um seinen Anspruch auf Normativität begründen zu können. Zudem werden Subjekte, die sich als autonom verstehen, auch ein Interesse an Autonomie haben. Daraus ergibt sich eine weitere, sekundäre Begründung.

Festzuhalten ist somit als Definition von Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung:

- (A) Autonomie ist gegeben, wenn eine Entscheidung aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu treffen ist.

Normative Argumente enthalten Forderungen der Anerkennung bestimmter Normen als definitiv gültig. Es handelt sich nicht um normative Aussagen, die die Geltung bestimmter Normen als Tatsache behaupten.³⁵ Normative Argumente sind gültig, weil und soweit sie von autonomen Individuen in legitimer Weise geltend gemacht werden. Dies schließt eine normative Kompetenz zur Begründung der Geltung von Normen ein.

Als Ergebnis der Abwägung normativer Argumente werden Abwägungsurteile formuliert, die beanspruchen, definitiv gültige Normen zu bestimmen. Allerdings haben Abwägungsurteile gegenüber anderen autonomen Individuen wiederum den Status normativer Argumente, sind also lediglich Forderungen, die definitive Geltung der betreffenden Norm anzuerkennen.

Die Geltung von normativen Argumenten ergibt sich aus der Ausübung von autonomen Kompetenzen, nicht als Erkenntnis vorgegebener Normen. Autonome Subjekte machen somit normative Argumente in ganz wörtlichem Sinn geltend, sofern sie entsprechende Forderungen vorbringen und dabei bestimmte Legitimitätsbedingungen einhalten. Legitimitätsbedingung ist, dass die geltend gemachten Forderungen zustimmungsfähig sind, die Geltung der betreffenden Normen also von jedem autonomen Subjekt anerkannt werden könnte.³⁶

Eine andere Frage ist die der Begründung verbindlicher, objektiv gültiger Normen. Da autonome Individuen nicht für andere Subjekte verbindliche Normen festsetzen können, kann die Begründung verbindlicher Normen nur Ergebnis eines diskursiven Prozesses sein, der intersubjektive Reflexion verschiedener normativer Forderungen oder Urteile einschließt.

35 Insofern unterscheidet sich die Konzeption normativer Argumente von der Konzeption von Argumenten als Mengen von Prämissen und Schlussfolgerungen, wie sie in Logik und Argumentationstheorie zugrunde gelegt wird. Dazu Sieckmann 2020, 102.

36 Dies wäre etwa nicht der Fall, wenn jemand die Autonomie anderer nicht respektiert. So liegt bei Mord, Raub oder Vergewaltigung begrifflich notwendig die Verletzung der Interessen anderer Individuen vor. Eine Forderung, dies tun zu dürfen, wäre nicht zustimmungsfähig und könnte daher kein gültiges Argument konstituieren.

In diesem Prozess werden Forderungen in Form normativer Argumente vorgebracht, die mit gegenläufigen Argumenten abzuwägen sind. Dies führt zunächst zu individuellen normativen Urteilen autonomer Subjekte über das, was sie für geboten halten. Verbindlichkeit von Normen lässt sich begründen, wenn sich in einer Frage, in der eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig ist, eine Konvergenz autonom Urteilender auf der Grundlage rationaler Argumentation und intersubjektiver Reflexion ergibt. Dies begründet zwar nicht die objektive Gültigkeit der Norm selbst, wohl aber die Legitimität, die durch vernünftige Konvergenz gestützte Norm als verbindlich zu behaupten und durchzusetzen.³⁷

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, weil - nach seinem Urteil - 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.³⁸ Die Struktur der Abwägung normativer Argumente ist damit die Struktur autonomen Urteilens.

Auf der Grundlage dieser Konzeption autonomer Normbegründung lassen sich die Notwendigkeit von Recht wie auch die von Menschen- und Grundrechten begründen. Autonome Subjekte haben zwar das Recht, normative Forderungen zu stellen. Ob und inwieweit diese im Konflikt mit anderen Forderungen realisiert werden können, lässt sich aber nur durch für die Beteiligten verbindliche Regelungen bestimmen, erfordert also Rechtsnormen. Die Anerkennung von Recht als verbindlicher Normenordnung ist also notwendig, um Interessenkonflikte zu lösen, aber auch, um die Ungewissheit hinsichtlich der rein moralischen Begründung von Normen zu kompensieren sowie die Einhaltung verbindlicher Normen zu sichern.³⁹ Vernünftige Subjekte müssen daher die Notwendigkeit

37 Sieckmann 2007a, 164f.; 2012a, 118ff. Dazu s.u., § 2 II 4.

38 Diese Konzeption autonomer Abwägung entspricht lediglich der Formulierung nach, aber nicht in der Sache der Kantischen Konzeption von Autonomie. Dazu Sieckmann 2007a, 152.

39 Zur Begründung der Notwendigkeit des Rechts Koller, Einführung in die Theorie des Rechts, 1997, 54ff.

des Rechts als autoritative Ordnung akzeptieren. Damit wird Rechtsetzung ohne Zustimmung der Normadressaten möglich.

Autonome Normbegründung erfordert auch die Anerkennung von Menschenrechten. Autonome Subjekte werden Normen nicht zustimmen, wenn nicht zumindest prinzipielle Rechte auf die Respektierung der von ihnen als fundamental angesehenen Interessen anerkannt werden. Zudem wäre es unvernünftig, eine Autorität des Rechts unbeschränkt zu akzeptieren.⁴⁰ Politische Herrschaft kann missbraucht werden und die Interessen Einzelner oder von nicht durchsetzungsfähigen Gruppen vernachlässigen. Prinzipien von Autonomie, Demokratie und Menschenrechten müssen aber beachtet werden, um die Zustimmungsfähigkeit des Rechts zu sichern. Dies erfordert die Anerkennung von Menschenrechten nicht nur in Form moralisch begründeter Forderungen an Rechtssysteme, sondern auch als notwendig rechtlich gültige Prinzipien.

2. Menschenrechte

Die Konzeption autonomer Normbegründung führt somit zur Notwendigkeit, Menschenrechte anzuerkennen. Menschenrechte sind moralische, d.h. aufgrund ihres Inhalts und unabhängig von positiver Setzung geltende Rechte.⁴¹ Sie sollen jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehen.⁴² Sie gelten somit für jede Rechtsordnung und beeinflussen Struktur

40 Insofern sind zwei Begründungslinien zu unterscheiden. Die direkte moralische Begründung von Menschenrechtsprinzipien zeigt, dass diese Prinzipien als moralische Forderungen von jedem Rechtssystem zu beachten sind. Die indirekte Begründung als Voraussetzung der Anerkennung legitimer Autorität des Rechts zeigt, dass Menschenrechtsprinzipien notwendig rechtlich gelten, also jedem Rechtssystem immanent sind. Beide Begründungslinien können sich auch im Ergebnis unterscheiden. Nicht jedes moralisch begründete Menschenrechtsprinzip ist notwendig auch Voraussetzung legitimer Autorität des Rechts. Wird die Autorität des Rechts mit seiner Funktion begründet, Frieden und Sicherheit zu gewährleisten, kann dies als Rechtfertigung genügen, auch wenn manche moralisch begründeten Prinzipien verletzt werden.

41 Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Aarnio et al. (eds.), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, 1997; ders., 1998, 249. Dazu auch unten, § 4.

42 Zu dieser Idee von Menschenrechten siehe Griffin 2008, 13, 16; Sen 2009, 355; Waldron, Rights and Human Rights, in: *Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge Encyclopedia, 2020, 159; Gosepath, Der Sinn der Menschenrechte nach 1945, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, 2010, 21.

und Inhalt des gesamten Rechts auf nationaler, supranationaler wie internationaler Ebene.⁴³ Idee und Konzeption von Menschenrechten sowie ihre Konsequenzen für Rechtsgeltung und Rechtsanwendung sind jedoch keineswegs geklärt.

- Die Idee universeller Menschenrechte steht zunächst vor dem allgemeinen Problem der Normbegründung: Wie lässt sich die Verbindlichkeit von Normen (einschließlich von Rechten) gegenüber autonomen Subjekten begründen, die selbst darüber bestimmen können, welche Normen sie für richtig halten?
- Der Anspruch auf universelle Geltung von Menschenrechten trifft auf den Einwand der Relativität von Normbegründungen. Autonome Individuen können zu divergierenden normativen Urteilen gelangen, Gruppen oder Gesellschaften verschiedene Normen- und Wertesysteme entwickeln.
- Es ist fraglich, wie allein aufgrund des Menschseins Rechte begründet werden können. Eine biologische Eigenschaft hat als solche keine normativen Konsequenzen.
- Der Universalitätsanspruch von Menschenrechten steht in Gegensatz zum kontingenten und partikularen Charakter von positiven Rechtssystemen. Stellen Menschenrechte universell gültige, notwendige Inhalte jedes Rechtssystems dar, oder können sie als universelle Rechte nur moralischen, nicht rechtlichen Charakter haben?
- Konzeptionen von Menschenrechten als unantastbare Mindestgarantien stehen Interpretationen als weitgefaste und abwägungsbedürftige Menschenrechtsprinzipien gegenüber.

Zentrales Problem der Theorie der Menschenrechte ist dabei deren Begründung.⁴⁴ Auf dieser Grundlage sind die übrigen Fragen zu beantworten. Die Begründung von Menschenrechten muss aus der Idee der Autonomie entwickelt werden.⁴⁵ Dieser Ansatz führt auf verschiedene Begründungslinien. Sie ergeben sich aus der Unterscheidung von *a priori*- und *a posteriori*-Begründungen sowie von individualistischen und institutionalistischen Argumentationen.

43 Daraus folgt nicht, dass die einzige Funktion von Menschenrechten ist, die Gestaltung des Rechts zu bestimmen. Siehe auch Sen 2009, 365f. Der Bezug auf das Recht unterscheidet sie jedoch von anderen moralischen Rechten und begründet die besondere Relevanz von Menschenrechten.

44 Siehe auch Griffin 2008, 14: "nearly criterionless".

45 Dazu s.u., § 4.

Zunächst erfordert autonome Normbegründung die Anerkennung bestimmter Rechte als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung. Dies führt zur Anerkennung bestimmter Rechte, die *a priori*-gültig sind, weil sie unabhängig von Informationen über spezifische Interessen und Forderungen von Menschen begründet werden können. Die Begründung dieser Rechte ergibt sich bereits aus der Struktur von autonomer Normbegründung.

Zweitens machen autonome Subjekte Forderungen geltend, die, sofern sie die Respektierung fundamentaler Interessen verlangen,⁴⁶ die Anerkennung bestimmter Menschenrechte notwendig machen. Damit werden *a posteriori*-Rechte begründet. Allerdings haben diese Rechte zunächst lediglich prinzipiellen Charakter. Sie können mit gegenläufigen Forderungen kollidieren und erfordern Abwägungen. Inwieweit bestimmte Rechte definitiv anerkannt werden können, lässt sich erst als Ergebnis dieser Abwägungen feststellen.

Eine dritte Begründungslinie verweist auf die Anerkennung bestimmter Rechte als empirisch notwendige Voraussetzung für die Realisierung von Normbegründungen. Bei ihnen geht es nicht um die individuelle Perspektive, welche Rechte anerkannt werden müssen, um die Zustimmung autonomer Individuen erreichen zu können. Vielmehr geht es um die Frage, welche institutionellen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit Normbegründungen gelingen könnten. So ist die Leistungsfähigkeit eines allgemeinen praktischen Diskurses begrenzt. Normbegründungsdiskurse erfordern Institutionalisierungen, um ihr Ziel der Normbegründung erreichen zu können.⁴⁷ Der demokratische Verfassungsstaat und in ihm insbesondere die Anerkennung von Grundrechten sind in diesem Sinn reale Voraussetzungen der Möglichkeit von Normbegründungen.

46 Nicht jede individuelle Forderung hat demnach menschenrechtliche Qualität. Als fundamental werden hier nur solche Interessen bezeichnet, die notwendig von Rechtssystemen als prinzipiell gültig anerkannt werden müssen. Welche dies sind, hängt wiederum jedenfalls auch von der Beurteilung durch die betroffenen Individuen ab. Fundamentale Interessen müssen ihnen so wichtig sein, dass deren Nichtberücksichtigung die Legitimität des Rechtssystems in Frage stellen könnte. Zur Fundamentalität von Menschenrechten s.u., § 5 III.

47 Siehe auch Alexy 1995, 164.

3. Grundrechte

Grundrechte bedeuten den Übergang von moralisch begründeten Menschenrechten zu verfassungsrechtlich geltenden Rechten.⁴⁸ Grundrechte sind verfassungsrechtliche Gewährleistungen individueller Rechte. Im materiellen Sinn sind sie verfassungsrechtliche Gewährleistungen menschenrechtlicher Gehalte.⁴⁹ Sie sind in modernen Verfassungssystemen nicht mehr nur politische Proklamationen und Programmsätze, sondern menschenrechtlich gebotene Bestandteile des geltenden, grundsätzlich auch gerichtlich durchsetzbaren Rechts. Wiederum wirkt die Konzeption von Grundrechten eine Reihe von Fragen auf:

- In welchem Verhältnis stehen Grundrechte zu Menschenrechten? Geben Grundrechte lediglich vorpositiv existierende Menschenrechte wieder? Können grundrechtliche Gewährleistungen universell gültige menschenrechtliche Forderungen modifizieren, und wenn ja, inwieweit? Oder existieren Grundrechte als positivrechtliche Garantien unabhängig von Menschenrechten als moralischen Rechten?
- In welchem Verhältnis stehen nationale, supranationale und internationale Systeme von Grund- oder Menschenrechtsgewährleistungen?

48 Daneben sind Positivierungen von Menschenrechten ohne Verfassungsqualität möglich, etwa in internationalen Verträgen oder einfachen Gesetzen. Dies wirft die Frage auf, wie rechtliche Regelungen von Menschenrechten ohne Verfassungsqualität einzuordnen sind. Werden Menschenrechte als moralische Rechte bezeichnet, scheint es sich bei positivrechtlichen Gewährleistungen nicht um Menschenrechte zu handeln. Borowski schlägt deshalb vor, im internationalen Recht gewährleistete Menschenrechte als "internationale Grundrechte" zu bezeichnen (Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, 87). Dies trifft einen richtigen Punkt, ist jedoch problematisch, weil internationale Regelungen, anders als Grundrechte, nicht notwendigerweise Verfassungsqualität besitzen. Zudem löst die Bezeichnung als "internationale Grundrechte" nicht das parallele Problem einfachrechtlicher Gewährleistungen von Menschenrechten. Die analoge Bezeichnung als "einfachrechtliche Grundrechte" erscheint unpassend. Im Rahmen einer materiellen Konzeption von Grundrechten wäre dies zwar möglich, würde aber ein charakteristisches Merkmal von Grundrechten nicht erfassen. Grundrechte haben im Rechtssystem eine besondere Qualität, die sich in ihrem Verfassungsrang zeigt. Die Institutionalisierung von Menschenrechten in Form von Grundrechten ist daher als verfassungsrechtliche Gewährleistung zu verstehen, nicht als jede beliebige Form rechtlicher Positivierung. Daneben kann es andere Formen der Positivierung geben.

49 Grundrechte im formellen Sinn sind hingegen lediglich durch ihre verfassungsrechtliche Positivierung charakterisiert, unabhängig von ihrer materiellen Begründung.

- Bilden Grundrechte ein System definitiv gültiger und unmittelbar anwendbarer Normen oder haben sie den Charakter abwägungsfähiger und -bedürftiger Prinzipien? Sofern letzteres angenommen wird, wie weit reichen solche Prinzipien? Und inwieweit lassen sich gerichtliche Entscheidungen auf die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien stützen?
- Führt der Grundrechtsschutz durch Gerichte zu illegitimen Eingriffen in Kompetenzen anderer Organe, insbesondere des Gesetzgebers? Inwieweit ist verfassungsgerichtliche Kontrolle grund- oder menschenrechtlicher Gewährleistungen vereinbar mit Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung?

Diese Fragen sind Gegenstand der folgenden Analysen von Menschen- und Grundrechten und ihrem Zusammenhang mit der Idee der Autonomie.

4. Demokratie

Ein Aspekt, der in dieser Arbeit im Hintergrund bleibt, aber dennoch erwähnt werden sollte, ist die Notwendigkeit, Menschenrechte nicht nur in Form von Grundrechten zu institutionalisieren, sondern auch in einem demokratischen System. Demokratie ist die Institutionalisierung individueller Autonomie in einem politischen System. Autonome politische Entscheidungen beanspruchen Verbindlichkeit für eine politische Gemeinschaft. In aller Regel kommen sie nicht aufgrund informeller Diskurse zustande, sondern erfordern die Organisation von Verfahren und Entscheidungen sowie die Sicherung ihrer Implementierung in einem politischen System.⁵⁰ Demokratie bedeutet die Organisation dieses Systems nach Prinzipien, die die Autonomie der beteiligten Subjekte zur Geltung bringen.

Dies hat wiederum verschiedene Aspekte. Insbesondere lassen sich formelle und materielle Konzeptionen von Demokratie unterscheiden. Nach einer formellen Konzeption wird demokratische Legitimation allein durch Verfahren, wie Wahlen und Abstimmungen, vermittelt. Es ist dementsprechend das Ziel der Politik, eine Mehrheit zu erhalten und auf dieser Basis frei entscheiden zu können. Maßstab ist demnach nicht die sachliche Angemessenheit der politischen Entscheidungen, sondern inwieweit

50 Dazu Alexy 1995a, 163.

politische Entscheidungen eine Mehrheit finden.⁵¹ Nach einer materiellen Konzeption der Demokratie muss es Ziel demokratischer Entscheidungen sein, eine für alle Bürger vernünftigerweise akzeptable Lösung zu finden. Damit sind sachliche Richtigkeit oder Akzeptabilität politischer Entscheidungen Maßstab ihrer Legitimität. Gefordert ist die angemessene Berücksichtigung aller relevanten Interessen und Forderungen in deliberativen Prozessen. Rationale Abwägung ist ein zentrales Element der materiellen Konzeption von Demokratie. Die Forderung rationaler Abwägung markiert den Übergang von einer formellen zu einer materiellen Konzeption der Demokratie.⁵²

Die materielle Konzeption der Demokratie erscheint notwendig für eine adäquate Konzeption demokratischer Legitimation. Sie bietet eine bessere theoretische Grundlage für die Legitimation öffentlicher Herrschaft als eine rein formelle Konzeption. Jeder Versuch der Rechtfertigung politischer Entscheidungen muss an individuellen Interessen der Bürger ansetzen und an der optimalen Realisierung dieser Interessen orientiert sein. Die Rechtfertigung muss zudem auf Zustimmung der Betroffenen zielen. Eine zentrale Aufgabe einer Theorie demokratischer Legitimation ist demnach, Bedingungen und Forderungen herauszuarbeiten, die zu erfüllen sind, um eine materielle Legitimation in Form eines möglichst hohen Maßes vernünftiger Akzeptanz der Bürger zu erreichen. Jedenfalls einen wesentlichen Teil dieser Forderungen bilden Menschenrechte. Eine materielle Demokratiekonzeption ist somit ein Aspekt der rechtlichen Realisierung von Menschenrechten. Allerdings haben Menschenrechte nicht nur die Funktion, die politischen Entscheidungsprozesse zu steuern, sondern auch, diese zu begrenzen und bestimmte, fundamentale menschliche Interessen vor politischen Entscheidungen zu schützen. Das Verhältnis von Menschenrechten und Demokratie ist somit ambivalent.

II. Prinzipienmodell und Prinzipientheorien

Den begrifflichen Rahmen für die Analyse von Autonomie, Menschen- und Grundrechten bildet das Prinzipienmodell des Rechts. Dieses wird auf

51 Vgl. auch die Gegenüberstellung von "Voluntarismus" und Richtigkeitsorientierung bei Becker, Verständigungsorientierte Kommunikation und deliberative Demokratie, 2003, 15f.

52 Die materielle Komponente entspricht demnach der Konzeption einer deliberativen Demokratie. Zu letzterer Becker 2003.

Menschen- und Grundrechte angewandt. Das Prinzipienmodell soll ferner von Prinzipientheorien unterschieden werden. Die Ausdrücke "Prinzipienmodell" und "Prinzipientheorie" erscheinen häufig austauschbar. In manchen Zusammenhängen wird von "Prinzipientheorie" gesprochen,⁵³ in anderen von "Prinzipienmodell".⁵⁴ Dennoch lassen sich beide Begriffe unterscheiden.

Ein Modell ist eine Menge von Sätzen sowie Folgerungen aus ihnen, das mit Blick auf einen bestimmten Gegenstandsbereich entworfen wird.⁵⁵ Die Bildung von Modellen dient der Analyse der Strukturen, die sich aus bestimmten Annahmen ergeben.⁵⁶ Einzelne Modelle können daraufhin überprüft werden, ob sie für einen intendierten Anwendungsbereich adäquat sind. Sie selbst enthalten jedoch noch keine Aussage über einen bestimmten Bereich. Eine Theorie besteht demgegenüber aus einer Menge von Aussagen sowie deren Folgerungen über einen bestimmten Gegenstand. Sie enthält demnach Aussagen über einen bestimmten Gegenstand, ein Modell lediglich eine Konzeption, die auf ihre Adäquatheit für die Erfassung eines bestimmten Gegenstands überprüft werden kann.

Das Prinzipienmodell expliziert dementsprechend die Struktur der Begründung von Menschen- und Grundrechten auf der Grundlage der Idee der Autonomie, verstanden als Struktur der Abwägung normativer Argumente. Prinzipien stellen Gründe für Abwägungsurteile und damit eine Form normativer Argumente dar, allerdings solche, die sich durch eine besondere Wichtigkeit, Generalität oder systematische Stellung auszeichnen. Normtheoretische Grundlage für das Prinzipienmodell ist die Unterscheidung von Prinzipien im Sinne von normativen Argumenten sowie von definitiven Normen, die das Ergebnis der Abwägung von Prinzipien bilden. Methodologische Grundlage ist die Konzeption der Abwägung als Optimierung. In diesem Sinne ist das Prinzipienmodell eine Konzeption der Normbegründung, der zufolge die Begründung definitiver Normen durch die Abwägung kollidierender Prinzipien erfolgt.⁵⁷ Es entwickelt die Grundbegriffe und Konsequenzen, die sich aus diesem Ansatz ergeben.

53 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985; Sieckmann 2009a.

54 So in Sieckmann 1990, 15, 141ff.; ders., *Modelle des Eigentumsschutzes*, 1998, 37ff.

55 Siehe auch Sieckmann 1990, 243. Zum Modellbegriff auch Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, 105ff., mit differenzierteren Erläuterungen.

56 Ein Modell kann auch als analytische Theorie bezeichnet werden, da es Aussagen über bestimmte Strukturen enthält.

57 Sieckmann 1990.

Das Prinzipienmodell des Rechts zielt darauf, mögliche Strukturen von Rechtssystemen zu analysieren. Es geht hingegen noch nicht um Aussagen, dass solche Strukturen in bestimmten oder allen Rechtssystemen zu finden sind. Das Prinzipienmodell der Menschen- oder Grundrechte ist eine Anwendung dieses Modells im Bereich dieser Rechte. Es entwickelt begrifflich mögliche Strukturen ihres Schutzes. Ob diese in einer konkreten Rechtsordnung Anwendung finden, ist wiederum eine vom Modell selbst zu unterscheidende Frage.

Während das Prinzipienmodell mögliche Strukturen aufzeigt, enthalten Prinzipientheorien darüber hinaus Thesen, dass bestimmte Rechtssysteme den Strukturen des Prinzipienmodells entsprechen oder entsprechen sollen.⁵⁸ Eine Prinzipientheorie enthält über die Annahmen des Prinzipienmodells hinaus Aussagen, dass dieses Modell auf einen bestimmten Gegenstandsbereich zutrifft (deskriptive Theorien) oder ein bestimmter Gegenstandsbereich im Sinne des Modells interpretiert und rekonstruiert werden sollte (normative Theorien). Sie enthält somit Aussagen über die Geltung prinzipientheoretischer Annahmen in bestimmten Bereichen, etwa deskriptive oder normative Aussagen über die Geltung von Menschen- oder Grundrechten.⁵⁹

Die Unterscheidung von Modell und Theorie ist sinnvoll, weil sie die Analyse der Strukturen der Begründung von Menschen- und Grundrechten von der Frage entlastet, ob und inwieweit bestimmte Rechtssysteme adäquat im Rahmen des Prinzipienmodells analysiert werden können oder interpretiert werden sollen. Sie ist ferner wichtig, weil ihre Beurteilung verschiedenen Kriterien folgt.

Ein Modell ist - neben seiner formalen Korrektheit - danach zu bewerten, ob es hilft, die Strukturen des Rechts oder seiner Teilbereiche zu analysieren und zu verstehen. Zu diesem Zweck hebt es relevante Merkmale hervor und untersucht, welche Folgerungen daraus gezogen werden können. Es ist darauf hin zu beurteilen, ob es für den untersuchten Gegenstand adäquat ist, schließt aber andere Ansätze nicht aus.

58 In Sieckmann 2009a geht es dementsprechend über die Analyse begrifflicher Zusammenhänge hinaus um die These, dass Recht als normatives System dem Prinzipienmodell entsprechen muss.

59 Schuhr 2006, 96ff., 105, unterscheidet positivistisch und rationalistisch verfasste Gegenstände einer Theorie und bezeichnet die einheitliche Verfassung des Gegenstands von Theorien als Modell. Deskriptive Theorien hätten in diesem Sinn einen positivistisch verfassten Gegenstand, normative Theorien einen rationalistisch verfassten, konstruierten Gegenstand.

Eine Theorie ist hingegen darauf hin zu beurteilen, ob ihre Aussagen zutreffen. Eine (deskriptive) prinzipientheoretische Aussage wäre, dass in bestimmten Rechtssystemen sämtliche definitiven Normen gemäß der in diesen Systemen bestehenden Rechtspraxis aufgrund von Prinzipienabwägungen zu begründen sind; eine andere (normative) Aussage wäre, dass sämtliche definitiven Normen aufgrund von Prinzipienabwägungen begründet werden sollten. Andere, weniger allgemeine prinzipientheoretische Aussagen behaupten Entsprechendes für einen Teilbereich von Normen, etwa den der Grundrechte. Solche Aussagen sind widerlegbar, wenn gezeigt wird, dass sie (in deskriptiver bzw. normativer Hinsicht) nicht zutreffen. Gegen ein Modell lässt sich hingegen nicht einwenden, dass es nicht in allen möglichen Anwendungsbereichen passt. Es dient dazu, begriffliche oder normtheoretische Strukturen zu entwickeln und ein besseres Verständnis seines Gegenstandsbereichs zu erreichen. Die Frage, inwieweit es tatsächlich einem Rechtssystem oder einer Rechtspraxis entspricht oder seine Anwendung gerechtfertigt oder geboten erscheint, ist von der Entwicklung des Modells selbst zu trennen.

Ziel dieser Studie ist zum einen die Entwicklung eines Prinzipienmodells der Menschenrechte einschließlich der mit ihnen begründbaren Grundrechte. Zum anderen wird die These vertreten, dass die im Prinzipienmodell begründbaren Rechte tatsächlich gelten, also von den Rechtsorganen angewandt und befolgt werden sollen. Es wird damit also nicht nur ein Prinzipienmodell, sondern auch eine Prinzipientheorie der Menschenrechte vorgestellt, letztere als normative Theorie.

III. Fazit

- (1) Grundidee der hier entwickelten Konzeption des Prinzipienmodells ist die Verbindung der Idee moralischer Autonomie mit der der Abwägung normativer Argumente. Autonomie ist eine Entscheidungsstruktur, die die Festsetzung einer definitiven Norm aufgrund der Abwägung normativer Argumente enthält. Die Abwägung normativer Argumente stellt eine autonome Entscheidung dar, weil sie einerseits nicht durch vorgegebene Kriterien determiniert und insofern frei ist, andererseits aber durch normative Argumente gebunden ist.
- (2) Prinzipien sind normative Argumente, die in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten Gründe für Abwägungsurteile darstellen.

- (3) Die Idee individueller Autonomie bestimmt die Struktur des Rechtssystems als normatives System, denn als normatives System bedarf es einer Rechtfertigung, und diese ist nur aufgrund der normativen Urteile autonomer Individuen möglich.
- (4) Menschenrechte bilden ein zentrales Element der Rechtfertigung des normativen Anspruchs des Rechts. Ihre Anerkennung ist zum einen Voraussetzung der Legitimität des Rechts. Sie müssen daher notwendig in jedem Rechtssystem anerkannt werden. Zum anderen dienen Menschenrechte der Sicherung individueller Autonomie. Menschenrechtliche Prinzipien schützen fundamentale menschliche Interessen. Sie sind daher notwendig anzuerkennen, sofern autonome Subjekte solche Interessen geltend machen.
- (5) Grundrechte transformieren Menschenrechte in verfassungsrechtlich garantierte Rechte. Sie gehören zu den institutionellen Voraussetzungen für die Realisierung von Menschenrechten.

§ 2 Die Prinzipientheorie der Grundrechte

Die bisher wichtigste Anwendung des Prinzipienmodells ist die Prinzipientheorie der Grundrechte. In diesem Bereich ragt wiederum die Theorie Robert Alexys heraus.⁶⁰ Sie hat die Entwicklung der Prinzipientheorie maßgeblich bestimmt.⁶¹ Allerdings ist sie Gegenstand intensiver Kritik⁶² und weist in der Tat Defizite auf. Als Alternative wird hier ein begründungstheoretischer Ansatz verfolgt. Dieser ist durch die "Prinzipienthese" charakterisiert. Sie besagt, dass jede definitiv gültige substantielle Rechtsnorm aufgrund einer Abwägung von Prinzipien rechtfertigbar sein muss. Zunächst soll jedoch die Alexysche Prinzipientheorie in ihrem Kern dargestellt und kritisiert werden.

I. Kritik der Alexyschen Prinzipientheorie der Grundrechte

Kernthesen der Alexyschen Prinzipientheorie der Grundrechte sind:

- (1) Prinzipien sind Optimierungsgebote, die fordern, etwas relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß zu realisieren, im Gegensatz zu Regeln, die Festsetzungen im Bereich der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten enthalten.⁶³

60 Grundlegend Alexy 1985; ders., Postscript, in: ders., *Theory of Constitutional Rights*, 2002b.

61 Auf der Linie der Alexyschen Theorie Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl., 2018.

62 Siehe insbesondere Hong, *Abwägungsfeste Rechte*, 2020; ferner Poscher, *Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle*, in: *Ratio Juris* 33 (2020), 134-149.

63 Alexy 1985, 75f.; 1995, 203f.; ders., *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000b, 31. In Alexy, *Die Konstruktion von Grundrechten*, 2009a, 9; ders., *Law's Ideal Dimension*, 2021, 21, werden Regeln schärfer als definitive Gebote charakterisiert.

- (2) Prinzipien sind im Wege der Abwägung anzuwenden, Regeln hingegen durch Subsumtion und Deduktion.⁶⁴ Die Abwägung wiederum wird durch drei Gesetze bestimmt: das "Kollisionsgesetz", das "Abwägungsgesetz" und die "Gewichtsformel".⁶⁵
- (3) Grundrechte haben einen Doppelcharakter. Grundrechtsbestimmungen sind sowohl Prinzipien als auch Regeln zugeordnet.⁶⁶

Ein Kernproblem dieser Theorie resultiert aus der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote.⁶⁷ Die Definition als Optimierungsgebote oder - in Reaktion auf verschiedene Kritiken - als zu optimierende Gebote⁶⁸ vermag es nicht, die argumentative Funktion von Prinzipien in Abwägungen zu erfassen. Die Idee der Prinzipientheorie ist, dass Prinzipien eine logisch von Regeln verschiedene Art von Normen sind, die durch ihre Abwägungsfähigkeit und Abwägungsbedürftigkeit charakterisiert ist. Optimierungsgebote sind hingegen nicht abwägungsfähig, da sie bereits auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten relativiert sind. Es liegt daher schon kein Konflikt verschiedener Optimierungsgebote vor, etwa den Geboten optimaler Realisierung von Ehrschutz und von Meinungsfreiheit im Fall beleidigender Äußerungen. Es gibt auch keine Rechtfertigung, hinter dem Gebot optimaler Realisierung zurückzubleiben. Gäbe es relevante Gründe gegen ein als optimal behauptetes Abwägungsergebnis, wären diese Gründe selbst bei der Bestimmung einer optimalen Lösung zu berücksichtigen. Sie können nicht gegen ein Optimierungsgebot abgewogen werden. Optimierungsgebote haben daher strikte Geltung. Die Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote passt somit nicht zu der Charakterisierung von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.⁶⁹

64 Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009a, 9; ders., On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris 16 (2003), 433.

65 Kollisionsgesetz und Abwägungsgesetz sind bereits in Alexy 1985, 83f., 146, enthalten. Die Gewichtsformel soll das Abwägungsgesetz weiter ausarbeiten, Alexy, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, in: AöR 140 (2015), 502.

66 Alexy 1985, 122.

67 Zur Kritik dieser Definition Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: ders. (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007b, 15ff.

68 Alexy, On the Structure of Legal Principles, in: Ratio Juris 13 (2000a), 294ff.; ders., Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000b, 39; ders., Ideales Sollen, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien, Argumentation, 2009b, 21ff.

69 Sieckmann 1990, 63ff.

Alexys Versuch, Optimierungsgebote als Regeln 2. Stufe und Prinzipien als Gegenstände von Optimierungsgeboten zu unterscheiden, erfasst ebenfalls nicht die Struktur von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile.⁷⁰ Gegenstände von Optimierungsgeboten haben keine spezifische Struktur und bilden daher keine nach ihrer logischen Struktur eigene Art von Normen. Mit einer weiteren Modifikation, den Gegenstand von Optimierungsgeboten nicht normativ zu fassen,⁷¹ scheint Alexy wiederum zur Ausgangsposition zurückzukehren. Allerdings verteidigt Alexy die Äquivalenz von Optimierungsgeboten und einem idealen Sollen, das durch einen indexierten deontischen Operator (O_i) ausgedrückt wird.⁷² Unklar bleibt wiederum, was durch den Index ausgedrückt werden soll. Alexy charakterisiert ein ideales Sollen als ein "abstraktes, noch nicht auf die begrenzten Möglichkeiten der empirischen und normativen Welt bezogenes Sollen".⁷³ Wenn der ideale Charakter lediglich durch die Abstraktion von Gegengründen erklärt wird, fehlt solchen Normen jedoch die Eignung, als Gründe in Abwägungen verwendet werden zu können. Denn Abwägungsgründe müssen auf Gegengründe bezogen werden, da sie gerade im Konflikt mit anderen normativen Argumenten anzuwenden sind.⁷⁴

Alexy bestreitet demgegenüber die These, dass der abstrakte Charakter des Sollens die Einbeziehung kollidierender idealer Normen in die Abwägung ausschließe.⁷⁵ Er meint, die Möglichkeit der Existenz konträrer idealer Normen eröffne die Abwägung, um eine der zwei konkreten Normen, die sich aus Anwendung des idealen Sollens auf den Fall ergeben, für die Ebene des realen Sollens auszuwählen.⁷⁶ Die von Alexy verwendete Formulierung "in die Abwägung einbeziehen" ist allerdings recht unklar. Natürlich kann ein abstraktes Sollen in eine Abwägung einbezogen werden, und es lässt sich auf dieser Grundlage auch erklären, dass Abwägungen notwendig sind, um zu einem realen Sollen zu gelangen. Worum

70 Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009b, 44; ders., Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente, in: ARSP 97 (2011), 178-197.

71 Alexy, Ideales Sollen und Optimierung, in: Isfen et al. (Hg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann, 2017, 25; ders., 2021, 199.

72 Alexy 2009b, 25; 2021, 191.

73 Alexy 2009b, 23.

74 So zu *pro tanto*-Gründen bereits Sieckmann 2009a, 45.

75 Alexy 2017, 29; 2021, 203.

76 Alexy 2017, unter Verweis auf von Alexy formulierte zwei Axiome: $M(O_i p \ \& \ O_i \neg p)$, sowie $\neg M(O_i p \ \& \ O_r \neg p)$. Zu den Axiomen Alexy 2017, 19; 2021, 192.

es aber geht, ist ein ideales Sollen, das einen Grund für ein bestimmtes Abwägungsurteil gerade in der Situation des Konflikts mit Gegengründen bilden kann.⁷⁷ Dies fehlt in der Alexyschen Konzeption. Festzuhalten ist, dass keiner der Alexyschen Ansätze eine brauchbare Definition von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile bietet.

Ferner lassen sich auf der Grundlage der Alexyschen Theorie Subsumtion und Abwägung nicht als Grundformen der Rechtsanwendung qualifizieren, die einerseits für das Regelmodell, andererseits für das Prinzipienmodell charakteristisch sind. Die Charakterisierung von Optimierungsgeboten als Regeln 2. Stufe und die der "Gewichtsformel"⁷⁸ als inferentielles Schlusschema hat zur Folge, dass die Alexysche Theorie auf ein komplexes Regelmodell hinausläuft und die Unterscheidung von Regel- und Prinzipienmodell untergräbt.⁷⁹ Abwägungen sind dadurch charakterisiert, dass ein Vorrang unter konfligierenden Normen festzusetzen ist. Mit der "Gewichtsformel" wird das Abwägungsergebnis aufgrund bestimmter Abwägungsfaktoren (Intensität der Beeinträchtigung, abstraktes Gewicht, Sicherheit der Prämissen) bestimmt. Diese Faktoren werden in der "Gewichtsformel" zwar numerisch angegeben, lassen sich aber auch sprachlich als Prämissen der Abwägungsbegründung formulieren. Ließe sich der Vorrang in der Abwägung jedoch aus gegebenen Prämissen ableiten, gäbe es keinen Grund, Abwägungen als eigenständige Begründungsform anzusehen. Es läge dann vielmehr eine komplexe Form von Subsumtion und Deduktion vor.⁸⁰

77 Sieckmann, Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, 71; ders., Zur Prinzipientheorie Robert Alexys, in: Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 272.

78 Die "Gewichtsformel" lautet:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Das konkrete relative Gewicht und damit der Vorrang kollidierender Prinzipien P_i , P_j soll demnach als Quotient aus den Produkten von Faktoren für die Intensität der Beeinträchtigung (I), das abstrakte Gewicht (W) und die Sicherheit (R) der Prämissen, die der Bestimmung der anderen Faktoren zugrunde liegen, für die Prinzipien P_i und P_j bestimmt werden.

79 Dazu Sieckmann, Is Balancing a Method of Rational Justification?, in: Dahlman/Feteris (eds.), Legal Argumentation in Interdisciplinary Perspective, 2012b, 190.

80 Im Übrigen ist die "Gewichtsformel" durchgreifenden Einwänden ausgesetzt, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen. Zuletzt insbesondere Duarte, From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula, und Sampaio, Brute Balancing, Proportionality and Meta-weighting of Reasons, beide in: Sieckmann (ed.), Proportionality, Balancing and Rights, 2021, 11ff., 49ff.

Zudem ist fraglich, ob grundrechtliche Garantiegehalte vollständig mit der Konzeption von Optimierungsgeboten erfasst werden können. Die Konzeption von Prinzipien als Optimierungsgebote steht in Gegensatz zur Idee von Grundrechten als grundsätzlich staatlichem Zugriff entzogenen Rechten.⁸¹ Denn Abwägungen stellen gerade einen solchen Zugriff dar. Optimierungsgebote fordern aber diesen Zugriff. Die Alexysche Prinzipientheorie der Grundrechte scheint demnach mit einer zentralen Idee der Grundrechte nicht vereinbar.

Auch ist der kognitivistische Begründungsansatz, dem Alexy folgt, problematisch. Alexy nimmt an, dass die Faktoren der Abwägung jedenfalls in einer Verfassungspraxis objektiv bestimmbar seien und mittels der "Gewichtsformel" das Ergebnis der Abwägung bestimmt werden könne. Abwägungsurteile stellen sich so als Erkenntnis über das richtige Abwägungsergebnis dar. Ein Merkmal von Abwägungen als eigenständiger, von Subsumtion und Deduktion abzugrenzender Begründungsform ist aber, dass verschiedene Ergebnisse möglich erscheinen. Würden die gegebenen Prämissen ausreichen, ein eindeutiges Ergebnis abzuleiten, gäbe es - wie bereits dargelegt - keinen Grund, Abwägungen als eigenständige Begründungsform anzusehen. Wenn aber verschiedene Abwägungsergebnisse vertretbar sind, ist fraglich, wie jemand ein bestimmtes Abwägungsurteil für richtig halten kann.⁸²

Festzustellen ist somit, dass der Alexyschen Theorie ein adäquater Prinzipienbegriff und eine kohärente Konzeption der Abwägung fehlen.⁸³ Dennoch ist anzuerkennen, dass die Ideen des idealen Sollens und der Optimierung, die Alexy in die Diskussion um Prinzipien und Abwägung eingeführt hat, zutreffend und außerordentlich fruchtbar sind. Sie erfordern jedoch eine andere als die Alexysche Theorie. Im Folgenden soll ein Prinzipienmodell entwickelt werden, das die Struktur des Schutzes von Menschen- und Grundrechten auf der Grundlage der Idee individueller Autonomie rekonstruiert.

81 Dazu s.u., § 9.

82 Zum Problem Sieckmann 2007c, 189ff. Alexy, *Thirteen Replies*, in: Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007a, 347, versucht, dieses Problem mit der Unterscheidung von absolutem, nicht-prozeduralem und relativem prozeduralem Richtigkeitsbegriff zu lösen. Der relative qualifiziert als richtig, was diskursiv möglich ist. Der absolute wird in individuellen Urteilen verwendet. Damit bleibt jedoch das Problem, was Grundlage für einen absoluten Richtigkeitsanspruch sein kann. Die Diskurstheorie genügt dafür jedenfalls nicht.

83 Zu einer eingehenden Kritik Sieckmann 2013, 271ff.

II. Das Prinzipienmodell der Menschen- und Grundrechte

Das Prinzipienmodell, das auf Menschen- und Grundrechte angewandt werden soll, weist einige zentrale Unterschiede zur Alexyschen Theorie auf. Der Einfachheit halber soll es als Prinzipienmodell der Grundrechte bezeichnet werden, da es als Alternative zur Alexyschen Grundrechtstheorie eingeführt wird. Es ist aber auf Menschenrechte zu übertragen. Die wichtigsten Unterschiede zur Alexyschen Theorie betreffen folgende Punkte:

- (1) Definition der Prinzipientheorie: Alexy charakterisiert die Prinzipientheorie normtheoretisch durch die Unterscheidung von Prinzipien als Optimierungsgebote und Regeln als Normen mit Festsetzungsgehalt.⁸⁴ Im Gegensatz dazu wird hier eine begründungstheoretische Konzeption vertreten: Im Prinzipienmodell sind sämtliche definitiven substantiellen Normen durch die Abwägung von Prinzipien zu begründen (Prinzipienthese).⁸⁵
- (2) Prinzipienbegriff: Prinzipien werden nicht als Optimierungsgebote definiert, sondern als normative Argumente, die Gründe für Abwägungsurteile darstellen. Diese werden von normativen Aussagen unterschieden⁸⁶ (Nicht-Propositionalitätsthese) und haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote (Reiterationsthese).⁸⁷
- (3) Konzeption der Abwägung: Die Methode der Abwägung wird in einem Modell der normativen Optimierung definiert, nicht durch "Abwägungsgesetz" und "Gewichtsformel" (optimierende Abwägung).
- (4) Erkenntnistheoretischer Status der Abwägung: Abwägung wird nicht als ein epistemisches Problem verstanden, sondern als ein normatives. Es geht nicht um Erkenntnis der richtigen Entscheidung, sondern um die Begründung einer Entscheidung, die nicht aus gegebenen Prämissen ableitbar ist, für die aber gleichwohl ein

84 Dazu s.o., I. (1).

85 Eine Konsequenz daraus ist, dass ein Prinzipienmodell notwendig Prinzipien und Regeln enthält, ein Modell allein aus Prinzipien kann kein vollständiges Modell eines Rechtssystems sein. Im Unterschied zum Prinzipienmodell wird als Regel/Prinzipien-Modell eine Konzeption des Rechts bezeichnet, in der substantielle Normen existieren, die nicht aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet sind. Dazu Sieckmann 1990, 141ff.

86 Sieckmann 1990, 86.

87 Sieckmann 2009a, 51ff.

- normativer Richtigkeitsanspruch erhoben wird (autonome Normbegründung).
- (5) Konzeption von Grundrechten: Grundrechte enthalten nicht lediglich Abwägungs- und Optimierungsgebote, sondern jedenfalls einige von ihnen implizieren prinzipielle Abwägungsverbote (These prinzipieller Immunität).

1. Die "Prinzipienthese"

Die Prinzipientheorie der Grundrechte nimmt in ihrer stärksten Form an, dass, sofern normative Konflikte auftreten, sämtliche definitiven Grundrechtsgehalte nur aufgrund der Abwägung grundrechtlicher Prinzipien begründet werden können. Genauer geht es um die Begründung definitiver *substantieller* Grundrechtsgehalte. Gehalte, die sich aus der Struktur der Normbegründung ergeben, können hingegen bereits ohne Abwägung begründet werden. Dazu gehören die Forderungen, Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen (Willkürverbot), für die Rechtfertigung hinreichend gewichtige Gründe anzuführen (Verhältnismäßigkeitsgebot) sowie Grundrechte in möglichst hohem Maß zu realisieren (Optimierungsgebot). Solche strukturellen oder formalen Gehalte lassen sich unabhängig von Abwägungen feststellen. Die Begründung definitiver substantieller Grundrechtsgehalte erfordert hingegen Abwägungen. Der Einfachheit halber soll jedoch im Folgenden lediglich von definitiven Gehalten gesprochen werden und vorausgesetzt werden, dass es sich um substantielle Gehalte handelt.⁸⁸

Die "Prinzipienthese" lautet dementsprechend:

- (PT) Jede definitiv gültige Grundrechtsnorm muss aufgrund einer Abwägung von Prinzipien begründbar sein.

⁸⁸ Dies lässt sich auch terminologisch rechtfertigen. Definitive Geltung kann in verschiedener Weise verstanden werden: als Ergebnis einer Abwägungsprozedur oder als unmittelbar handlungsleitend (Sieckmann 2012a, 79ff.), oder aber als unabhängig von einer Abwägung gültig. In den beiden ersten Versionen unterscheidet sich definitive Geltung einer Norm von der Geltung aufgrund notwendiger Strukturen der Normbegründung. Diese sind nicht Ergebnis eines Verfahrens und auch nicht unmittelbar handlungsleitend, sondern auf Argumentation bezogen. Lediglich in der dritten Version müssten definitive substantielle und definitive strukturelle Gehalte unterschieden werden.

Definitive Grundrechtsgehalte sind Normen mit grundrechtlichem Inhalt, die tatsächlich angewandt und befolgt werden sollen. Sie sind also nicht nur Argumente, die gegen andere abzuwägen sind. Das Verbot zu foltern, das Recht, nicht im Interesse anderer aufgeopfert zu werden, das Recht zu sachlicher Kritik in der Auseinandersetzung über öffentliche Angelegenheiten oder das Recht des Eigentümers auf angemessene Entschädigung im Fall einer Enteignung sind definitive grundrechtliche Gehalte. Das allgemein formulierte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Meinungsfreiheit sowie die Garantie des Bestands oder des Verkehrswertes von Eigentumsrechten sind hingegen lediglich grundrechtliche Prinzipien, die im Fall des Konflikts mit kollidierenden Belangen abzuwägen sind.

Definitive Geltung eines Rechts bedeutet allerdings nicht, dass keine Änderungen oder Abweichungen von solchen Rechten möglich wären. Definitive Normen ergeben sich aufgrund der Berücksichtigung aller verfügbaren Argumente, können aber durch neue Argumente in Frage gestellt werden. Ohne neue Argumente ist eine weitere Argumentation jedoch nicht notwendig. Es ist erlaubt,⁸⁹ definitive Normen ohne weitere Argumentation anzuwenden und zu befolgen.

Die "Prinzipienthese" besagt nicht, dass sämtliche Grundrechtsnormen Prinzipiencharakter hätten. Abwägungen von Prinzipien zielen gerade auf die Festsetzung definitiver Normen. Letztere sind ein wesentlicher Teil des Modells. Jede definitive Grundrechtsnorm muss sich jedoch aufgrund abwägungsfähiger grundrechtlicher Prinzipien begründen lassen.⁹⁰ Die Prinzipientheorie lässt sich somit durch die These kennzeichnen, dass es keine Grundrechtsnormen außerhalb des Prinzipienmodells gibt.

Ein wichtiges Merkmal dieser Konzeption ist, dass sie nicht normtheoretisch, sondern begründungstheoretisch definiert wird. Als Konsequenz daraus werden Begriff und Struktur von Prinzipien nicht vorausgesetzt, sondern aus dem Abwägungsansatz entwickelt.⁹¹ Die Konzeption von

89 Ein Gebot kann hingegen nicht angenommen werden, denn es muss möglich sein, frühere Urteile zu überprüfen. Es ist also auch hinsichtlich definitiver Normen möglich, erneut in eine Argumentation einzutreten, ohne dass neue Argumente vorliegen.

90 Mit dieser Formulierung wird nicht gesagt, dass jede definitive Norm tatsächlich aufgrund einer Abwägung begründet werden muss. Sofern ein Prinzip nicht auf Gegengründe trifft, lässt sich eine ihm entsprechende definitive Norm ohne Abwägung begründen.

91 Dazu Sieckmann 2000, 69ff.; ders., Logische Eigenschaften von Prinzipien, in: Rechtstheorie 25 (1994), 163ff.

Prinzipien ergibt sich, indem nach den logischen Eigenschaften gefragt wird, die die in Abwägungen einzustellenden Argumente haben.⁹²

2. Nicht-Propositionalität und Reiterationsthese

Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile einerseits, definitive Normen als Ergebnisse von Abwägungen andererseits haben unterschiedliche logische Eigenschaften. Auf der Ebene der Abwägungsgründe sind Konflikte möglich, während Konflikte auf der Ebene der Abwägungsergebnisse einen Fehler darstellen. Dementsprechend sind kollidierende Prinzipien gleichermaßen gültig, während auf der Ebene der Abwägungsergebnisse unvereinbare Normen nicht zugleich gültig sein können.⁹³ Als Gründe für Abwägungsurteile folgen Prinzipien somit anderen logischen Regeln und haben andere logische Eigenschaften als diejenigen Normen, die als Abwägungsergebnis festgesetzt werden. Letztere werden als "definitive Normen" oder "Regeln" bezeichnet.⁹⁴ Damit wird eine klassifikatorische, nicht nur graduelle Unterscheidung vorgenommen. Prinzipien besitzen Eigenschaften, die definitive Normen nicht aufweisen, und umgekehrt. Dies ist Grundlage der prinzipientheoretischen "Trennungsthese":

- (TT) Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und definitive Normen als Abwägungsergebnisse unterscheiden sich in ihren logischen Eigenschaften.

Nicht gesagt ist damit allerdings, dass es nur zwei Klassen von Normen gibt, dass also jede Norm entweder eine definitive Norm oder ein Prinzip

92 Allerdings gibt es andere Verständnisse von Prinzipientheorie oder Prinzipienmodell. Zur Diskussion um den Prinzipienbegriff Sieckmann 2011, 178-197; Kallmeyer, *Ideales Sollen*, 2016, insb. 287ff.

93 Vgl. Dworkin 1978, 24f.; Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995b, 193.

94 Die übliche Gegenüberstellung von Prinzipien und Regeln folgt der Terminologie Dworkins 1978, 22ff. Sie ist nicht unproblematisch, da Dworkin mit der Bezeichnung als Regel die Normkonzeption H.L.A. Harts meint, die wiederum keinen Bezug zum Abwägungsmodell hat. Jedoch schließt dies nicht aus, Abwägungsergebnisse als Regeln zu bezeichnen. Klarer ist allerdings die Bezeichnung als definitive Normen.

sein muss.⁹⁵ Tatsächlich gibt es verschiedene Abgrenzungskriterien, die mehrere Klassen von Normen zu unterscheiden erlauben.⁹⁶

Festzuhalten ist, dass Prinzipien und definitive Normen Klassen von Normen mit je verschiedenen logischen Eigenschaften bilden. Fraglich ist allerdings, welches diese Eigenschaften sind. Zentrale These der hier vertretenen Konzeption ist, dass Prinzipien normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote sind, definitive Normen hingegen in Form (direkter) normativer Aussagen ausgedrückt werden.⁹⁷ Dies enthält negativ die Nicht-Propositionalitätsthese:

(NPT) Normative Argumente haben nicht die Struktur von Aussagen.

Dies ergibt sich daraus, dass unvereinbare normative Aussagen nicht zugleich als gültig angesehen werden können. Sie können daher nicht als Gründe für Abwägungsurteile dienen, die gerade in der Situation des Konflikts mit anderen Gründen gültig sein müssen.

Positiv sind normative Argumente durch die Reiterationsthese charakterisiert:

(RT) Normative Argumente haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote.

Die Grundstruktur von normativen Argumenten ist die von Anerkennungsgeboten "Die Norm N soll als definitiv gültig anerkannt werden", denen Geltungsgebote "Die Norm N soll definitiv gelten" korrespondieren.⁹⁸ Zu jedem solchen Geltungsgebot gibt es ein Geltungsgebot höherer Stufe, das dessen Geltung fordert. Daraus ergibt sich eine Kette von Geltungsgeboten:⁹⁹

- (1) O VAL_{DEF}N
 - (2) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N
 - (3) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N,
- etc.

95 Entgegen Alexy 1985, 77; 1995b, 205, in Bezug auf reales und ideales Sollen.

96 Sieckmann 1990, 74.

97 Zur Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote Sieckmann 2009a, 51ff.; 2012a, 45ff.; 2018a, 113ff.; 2020, 108ff.

98 Siehe auch Sieckmann 2009a, 51.

99 Dabei stehen "O" für den Gebotsoperator, "VAL_{DEF}" für die Zuschreibung definitiver Geltung und "N" für ein Normindividuum.

Ein normatives Argument ist gültig, wenn auf jeder Stufe das Geltungsgebot durch ein Geltungsgebot höherer Stufe begründet werden kann. Ihre Eigenschaft als Gründe für Abwägungsurteile ergibt sich daraus, dass jedes Abwägungsurteil vom Urteilenden als geboten vertreten werden muss. Obgleich es nicht aus vorgegebenen Kriterien abgeleitet werden kann, muss gleichwohl ein normativer Richtigkeitsanspruch für das Abwägungsurteil erhoben werden. Die Anerkennung der definitiven Geltung der betreffenden Norm muss als geboten vertreten werden. Sie ist richtig, weil sie geboten ist.

Die Rechtfertigung dieser Konzeption normativer Argumente ergibt sich zunächst daraus, dass sie den Charakter von Gründen für Abwägungsurteile erklären kann. Normative Argumente können in Konflikt mit anderen, aber gleichwohl als gültig anerkannten normativen Argumenten stehen. Der Konflikt ergibt sich daraus, dass die jeweiligen Norminhalte nicht zugleich realisiert werden können. So kann Ehrschutz und Meinungsfreiheit im Fall beleidigender Äußerungen nicht vollständig verwirklicht werden. Es liegt ein konträrer Widerspruch der Struktur Op und $O\neg p$ vor. So ist geboten, Ehrschutz zu gewähren (p), aber wegen des Gebots der Anerkennung von Meinungsfreiheit auch, Ehrschutz nicht zu gewähren ($\neg p$). Anders als bei normativen Aussagen¹⁰⁰ führt der konträre Widerspruch bei normativen Argumenten aber nicht zu einer Kontradiktion Op und $\neg Op$. Würde in einer Aussage ohne weitere Qualifizierung¹⁰¹ behauptet, dass Ehrschutz geboten ist, könnte nicht zugleich angenommen werden, dass geboten ist, Meinungsfreiheit zu gewähren. Mit der Aussage des Gebots des Ehrschutzes würde dies als normative Tatsache dargestellt. Damit würde die Existenz einer unvereinbaren Tatsache ausgeschlossen. Die gleichzeitige Geltung kollidierender normativer Argumente kann hingegen angenommen werden.

Normative Argumente als Geltungsgebote stellen zudem gerade in der Situation des Konflikts einen Grund für ein bestimmtes Abwägungsurteil dar. Sie fordern die Anerkennung der definitiven Geltung einer Norm. Ein Gebot, etwas anzuerkennen, stellt einen Grund für diese Anerkennung dar. Normative Argumente haben daher die Eigenschaft von Gründen für Abwägungsurteile.

Es gibt zudem eine Reihe von Gründen, die Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote nicht nur als eine Konstruktion

100 Dazu Sieckmann 2020, 90ff.

101 Eine Qualifizierung wäre etwa, dass *prima facie* Ehrschutz geboten ist. Damit würde die Möglichkeit von Ausnahmen eröffnet.

von Abwägungsgründen anzusehen, sondern als zutreffende Beschreibung der Struktur der normativen "Welt". Denn die Begründung normativer Argumente aufgrund individueller Interessen führt tatsächlich zu einer reiterativen Struktur von Geltungsgeboten. Die Abwägung normativer Argumente kann zudem die Idee moralischer Autonomie als zugleich freie, aber auch gebundene Entscheidung erklären. Sie ermöglicht ferner vollständige normative Begründungen, die nicht dem Begründungs-Trilemma deduktiver Argumentationen ausgesetzt sind.¹⁰²

3. Die Konzeption optimierender Abwägung

Das Prinzipienmodell interpretiert Abwägungen als ein Optimierungsproblem.¹⁰³ Die Optimierung muss in zwei Hinsichten erfolgen, den tatsächlichen und den rechtlichen¹⁰⁴ oder, allgemeiner, normativen Möglichkeiten. Die Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten wird durch das Kriterium der Pareto-Optimalität bestimmt. 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.¹⁰⁵ Es gewährleistet faktische Optimalität. 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

102 Siehe Sieckmann 2018a, 115ff.; 2009a, 54f.

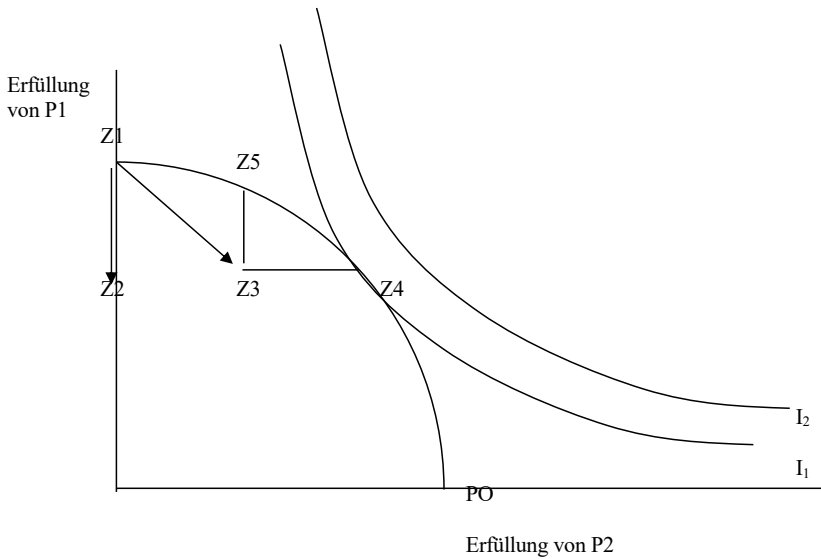
103 Dazu Sieckmann 2009a, 71ff.

104 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.

105 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, *Political Argument*, 2.ed., 1990, 49f. An die Stelle der Position der Beteiligten tritt hier die Erfüllung von Prinzipien.

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:¹⁰⁶



Die nach außen gekrümmte, konkave Kurve (PO für Pareto-Optimalität) 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, desto weniger an Persönlichkeitsschutz wird realisiert. Umgekehrt, je mehr Persönlichkeitsschutz gegenüber beleidigenden Äußerungen gewährt wird, desto geringer ist das Maß der Meinungsfreiheit. Die nach innen gekrümmten Kurven sind Indifferenzkurven (I). Sie verbinden mögliche Zustände, die vom Urteilen den als gleich gut bewertet werden. Optimal sind nun genau die Zustände,

106 Vgl. Hurley, *Natural Reasons*, 1989, 70; Barry 1990, xxxviii; H. Steiner, *An Essay on Rights*, 1994, 164; Sieckmann 1995, 48ff.; 2018a, 130ff.; Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, 1998a, 112f.; Rivers, *Proportionality, Discretion, and the Second Law of Balancing*, in: Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007, 176.

bei denen sich die Pareto-Optimalitätskurve mit einer Indifferenzkurve berührt. Besser bewertete Zustände liegen auf höheren Indifferenzkurven (wie I_2) und sind tatsächlich nicht erreichbar. Zu den auf niedrigeren Indifferenzkurven liegenden Zuständen gibt es hingegen bessere Alternativen.

Die Konzeption optimierender Abwägung erlaubt es zu definieren, was optimierende Abwägung bedeutet. Der Begriff der Optimierung und auch die dafür relevanten Kriterien (Erfüllungs- bzw. Beeinträchtigungsgrade sowie relative Gewichte der kollidierenden Prinzipien) lassen sich klar bestimmen. Sie geben an, welche Annahmen vom Urteilenden getroffen werden müssen, um ein Abwägungsurteil zu bilden. Offen bleibt allerdings, ob und inwieweit die Annahmen über die relevanten Abwägungsfaktoren und damit ein optimales Abwägungsergebnis objektiv bestimmt werden können.

4. Die Konzeption autonomer Normbegründung

Das Modell optimierender Abwägung gibt an, welche Annahmen notwendig sind, um ein Abwägungsurteil zu begründen. Es zeigt, dass rationale Abwägungen möglich sind. Der Urteilende muss die betreffenden Annahmen einführen und darauf das Abwägungsurteil stützen. Es ist jedoch nicht notwendig, dass diese Annahmen objektiv begründet sind. Es ist möglich, dass andere Urteilende abweichende Annahmen vertreten. Dennoch muss der Urteilende sein Abwägungsurteil als geboten vertreten. Dies folgt aus der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote.¹⁰⁷ Auch wenn der Urteilende hätte anders urteilen können, muss er die Geltung der Norm, die er vertritt, als aufgrund der stärkeren Argumente geboten ansehen.

Damit sind Probleme objektiver Erkennbarkeit von Gewichten und Vorrangrelationen kein Einwand gegen autonome Abwägungsbegründungen. Allerdings bleibt die Frage, ob und inwieweit objektive Bestimmungen der Abwägungsfaktoren und damit von Abwägungsurteilen möglich sind.¹⁰⁸ Zunächst ist festzustellen, dass eine Kritik von Abwägungsurteilen möglich ist, sofern Anforderungen an rationale Abwägungen nicht erfüllt

107 Dazu Sieckmann, *Autonome Abwägung*, in: ARSP 90 (2004), 66ff.; ders., 2009a, 30ff.

108 Dazu Sieckmann, *Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*, in: ARSP 83 (1997), 14ff.; ders., 2018a, 181ff.

werden. Ferner erscheint eine Begründung positiver Abwägungsurteile aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz möglich. Wenn ein rationaler Diskurs zu einer Konvergenz der Urteilenden führt und eine gemeinsame, für alle Beteiligten verbindliche Norm erforderlich ist, dann ist es objektiv gerechtfertigt, diese Norm als verbindlich zu behandeln, anzuwenden und durchzusetzen.

III. Fazit

- (1) Die Alexysche Prinzipientheorie enthält keine adäquate Definition von Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile sowie von Abwägung als Optimierung. Die Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote sowie die "Gewichtsformel" erlauben nicht die Konstruktion der Abwägung von normativen Argumenten, sondern reduzieren das Prinzipienmodell auf ein komplexes Regelmodell.
- (2) Das Prinzipienmodell ist durch die These charakterisiert, dass jede definitive substantielle Rechtsnorm als das Ergebnis einer Abwägung von Prinzipien rechtfertigbar sein muss (Prinzipienthese).
- (3) Prinzipien sind normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote, Regeln werden in Form normativer Aussagen ausgedrückt.
- (4) Abwägungen folgen dem Modell optimierender Abwägung.
- (5) Abwägungsurteile sind autonome Urteile. Sie müssen Anforderungen rationaler Abwägung genügen und sind zunächst subjektive Urteile, für die gleichwohl aufgrund der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote ein normativer Anspruch erhoben werden muss.

§ 3 Probleme der Prinzipientheorie

1. Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie

Die Prinzipientheorie des Rechts besagt in ihrer reinen Form, dass jede definitiv gültige substantielle Rechtsnorm aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden muss. Sie setzt ein Prinzipienmodell voraus und verbindet dieses mit Aussagen, dass Rechtssysteme oder Teile von ihnen dem Prinzipienmodell entsprechen oder entsprechen sollen. Eine zentrale Frage ist, ob diese Aussagen gerechtfertigt sind.

Das Problem der Rechtfertigung einer Prinzipientheorie stellt sich in verschiedener Weise. Es sind Varianten und unterschiedlich starke Formen einer Prinzipientheorie möglich. Zunächst sind deskriptive und normative Varianten zu unterscheiden. Eine deskriptive Variante besagt, dass alle definitiven Normen eines Systems durch Prinzipienabwägungen begründet werden. Ob dies für ein Rechtssystem zutrifft, ist eine empirische Frage. Die normative Variante der Prinzipientheorie fordert, dass die definitive Geltung jeder Norm durch Prinzipienabwägungen zu begründen ist. Als normative Theorie bedarf sie einer Rechtfertigung und kann durch Gegenargumente in Frage gestellt werden.

Verschieden starke Versionen der Prinzipientheorie ergeben sich, wenn die Prinzipienthese allgemein oder nur für bestimmte Rechtsbereiche oder Rechtsnormen vertreten wird, oder bestimmte Bereiche oder Normen von der Prinzipienthese ausgenommen werden. So könnte angenommen werden, dass Verfassungsnormen strikt gültig sind und nicht eine weitere Rechtfertigung aufgrund einer Prinzipienabwägung erforderlich ist. Oder einzelne Normen wie die Garantie der Menschenwürde oder das strafrechtliche Rückwirkungsverbot könnten als absolut gültig angesehen werden.

In jedem Fall setzt eine Prinzipientheorie ein Prinzipienmodell voraus und bestimmt dessen Anwendungsbereich in Bezug auf bestimmte Rechtssysteme. So verwendet die Prinzipientheorie der Grundrechte ein Prinzipienmodell zur Rekonstruktion grundrechtlicher Abwägungen. Die Prinzipientheorie der Grundrechte verbindet das Prinzipienmodell mit deskriptiven oder normativen Aussagen über Struktur und Anwendung von Grundrechten.

Eine deskriptive Aussage wäre etwa, dass die Anwendung von Grundrechten oder von Menschenrechten in Form der Abwägung von Prinzipien erfolgt. Eine solche deskriptive Theorie passt auf Rechtssysteme, in denen grundrechtliche Abwägungen vorkommen. Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass in manchen Rechtssystemen solche Abwägungen nicht vorgenommen oder jedenfalls nicht offengelegt werden, oder dass sich nicht bei allen Grundrechten solche Abwägungen finden, sondern abwägungsunabhängige definitive Grundrechtsgehalte behauptet werden. In dem Maße, wie dies vorkommt, trifft die Prinzipientheorie als deskriptive Theorie nicht zu.

In Gestalt einer normativen Theorie fordert die Prinzipientheorie, Grund- und Menschenrechte im Sinne des Prinzipienmodells zu interpretieren und anzuwenden, also definitive Rechtsgehalte aufgrund von Abwägungen grund- oder menschenrechtlicher Prinzipien zu begründen.

Im Folgenden soll es um diese normative Prinzipientheorie gehen. Die Begründung für die Prinzipientheorie ergibt sich aus folgenden Annahmen:

- (1) Der Anspruch des Rechts auf Verbindlichkeit erfordert eine normative Begründung.
- (2) Normbegründungen sind nur als autonome Normbegründung möglich.
- (3) Das Prinzipienmodell expliziert die Struktur einer autonomen Normbegründung im Recht.

Was im Prinzipienmodell begründbar ist, kann damit auch tatsächlich im Recht normative Geltung beanspruchen. Recht muss somit dem Prinzipienmodell entsprechen.

Die erste Prämisse ist ein Gebot der Rationalität. Ansprüche auf Verbindlichkeit oder normative Geltung können nicht ohne Begründung erhoben werden. Der Normativitätsanspruch des Rechts wiederum folgt aus dem Begriff des Rechts als - jedenfalls seinem Anspruch nach - verbindlicher Ordnung einer Gesellschaft.¹⁰⁹ Normative Begründungen sind damit im Recht notwendig.

Die zweite Prämisse ergibt sich daraus, dass jede Form der Normbegründung die Idee der Autonomie voraussetzen muss, folglich eine nicht-autonome Normbegründung nicht möglich ist. Dies ist das Fazit der Diskussion um die Möglichkeit rationaler Normbegründung,¹¹⁰ die letztlich nur

109 Zum Begriff des Rechts Sieckmann 2018a, 5ff.

110 Dazu insbesondere Alexy 1991.

prozedurale Formen der Begründung als möglich erscheinen lässt und damit normative Urteile der Beteiligten erfordert.

Die dritte Prämisse folgt daraus, dass das Prinzipienmodell die Idee moralischer Autonomie im Bereich des Rechts anwendet.¹¹¹ Normative Urteile, die aufgrund der Abwägung von Prinzipien begründet werden, sind zum einen frei, insofern sie nicht aus vorgegebenen Kriterien folgen, andererseits aber aus Sicht des Urteilenden gebunden, weil diese Urteile als durch die gewichtigeren Prinzipien geboten vertreten werden müssen.

Es folgt somit, dass die Begründung normativer rechtlicher Geltung einem Prinzipienmodell entsprechen muss.¹¹² Dies gilt auch für den Bereich der Menschenrechte.

II. Einwände

Obwohl sich bereits aus der Idee der Autonomie die Anwendung eines Prinzipienmodells für eine normative Theorie des Rechts rechtfertigen lässt, werden eine Reihe von Einwänden gegen die Prinzipientheorie erhoben. Sie wenden sich zumeist gegen die Alexysche Prinzipientheorie der Grundrechte.¹¹³ Es ist jedoch zu klären, ob sie die hier entwickelte Konzeption des Prinzipienmodells und dessen Anwendung im Bereich der Menschenrechte treffen. Fünf Hauptlinien der Kritik lassen sich unterscheiden, die im Folgenden diskutiert werden sollen:¹¹⁴

- Einwände der normtheoretischen Inadäquatheit: Prinzipien ließen sich nicht aufgrund ihrer Struktur von Regeln unterscheiden.

111 Sieckmann 2009, 28ff.

112 Nicht ausgeschlossen ist damit, dass eine ergebnisäquivalente Konstruktion der Normbegründung vorgeschlagen wird, die nicht die Prinzipien-Terminologie verwendet. Dies wäre jedoch nur eine terminologische Abweichung und würde die Prinzipientheorie nicht in Frage stellen.

113 Dazu zuletzt insbesondere Hong 2020; Poscher 2020, 134ff.; ferner Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59ff.; Jestaedt, Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Staat im Wort, Festschrift Isensee, 2007, 253ff.; Klement 2008, 756ff.

114 Dazu bereits Sieckmann 2009a, 42ff. Vgl. auch die Unterscheidungen von sieben Arten von Einwänden bei Alexy 2009a, 12ff. Die dort als "interpretationstheoretisch" und "geltungstheoretisch" bezeichneten Einwände werden hier als Einwände der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit zusammengefasst.

- Einwände der methodologischen Inadäquatheit: Optimierungsgebote erfordern Abwägungen, und diese seien subjektiv, irrational und nicht methodologisch kontrollierbar.
- Einwände der institutionellen Inadäquatheit: Die Optimierungskonzeption der Grundrechte führe zu einer übermäßigen Ausweitung gerichtlicher Kompetenzen und damit zu einem "Jurisdiktionsstaat".¹¹⁵
- Einwände der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit: Die verfassungsrechtliche Geltung grundrechtlicher Prinzipien müsse positivrechtlich begründet werden und lasse sich nicht generell für alle Grundrechte annehmen.¹¹⁶
- Einwände der grund- oder menschenrechtlichen Inadäquatheit: Die Abwägung von Rechten mit dem Ziel der Optimierung führe zur Aufweichung ihres Schutzes und sei mit dem Charakter von Grund- oder Menschenrechten als Begrenzungen staatlicher Gewalt nicht vereinbar.¹¹⁷

Hinzu kommen Einwände, die Prinzipientheorie würde sich gegen Kritik immunisieren und sei daher "wissenschaftstheoretisch" verdächtig.¹¹⁸

1. Normtheoretische Einwände

Die Existenz eines logischen oder strukturellen Unterschieds zwischen Prinzipien im Sinne von Gründen für Abwägungen im Vergleich zu Regeln oder anderen Normen wird von zahlreichen Autoren bestritten.¹¹⁹ Es wird eingewandt, dass es einen logischen oder strukturellen Unterschied

115 Entsprechend könnte dies für Menschenrechtsgerichte behauptet werden.

116 Wiederum könnte eine entsprechende Kritik für Menschenrechtsgerichte formuliert werden.

117 Habermas 1994, 315; Brandmauer; Dworkin 1978, xi: rights as trumps; Nozick, *State, Anarchy, Utopia*, 1974, 29: side-constraints; Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights*. *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 468; Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*. *Georgia Law Review* 27 (1993), 415, 429: shields.

118 Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 75.

119 Vgl. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in: *The Yale Law Journal* 81 (1972), 823-854; Bayón, *La normatividad del derecho*, 1991, 357ff.; García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, 1998, 131ff.; Marmor, *Positive Law and Objective Values*, 2001, 83f.; Ávila, *Theorie der Rechtsprinzipien*, 2006, 36ff.; Jakab, *Prinzipien*, in: *Rechtstheorie* 37 (2006), 49-65; Steiff, *Rechtsfindung im Umweltrecht*, 2006, 137ff.; Šušnjar, *Proportionality, Fundamental*

zwischen Regeln und Prinzipien nicht gebe, sondern allenfalls einen graduellen.¹²⁰ Nicht nur Prinzipien könnten gegeneinander abgewogen werden, sondern auch Regeln,¹²¹ und Regeln, die, wie von Dworkin behauptet, auf eine 'Alles-oder-Nichts-Weise' angewandt werden könnten, gebe es praktisch nicht.¹²² Die Kritik kulminiert in der These, die Prinzipientheorie sei eine "Theorie ohne Gegenstand".¹²³

Eine tragfähige Kritik an der These, Prinzipien seien logisch oder strukturell von anderen Normen unterscheidbar, ist jedoch nicht ersichtlich.¹²⁴ Es genügt nicht, eine Unterscheidung von Regeln und Prinzipien zu vertreten, bei der kein logischer Unterschied zwischen ihnen besteht,¹²⁵ oder einzelne Unterscheidungsvorschläge zu kritisieren.¹²⁶ Ersteres trifft nicht die von der Prinzipientheorie vorgenommene Unterscheidung von Regeln und Prinzipien und ist daher als Kritik der Prinzipientheorie irrelevant, letzteres trifft nur einzelne Interpretationen der Prinzipientheorie und kann diese Theorie nicht insgesamt zu Fall bringen. Auch die Existenz verschiedener Theorien zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist unschädlich.¹²⁷

Das zentrale Problem ist zu erklären, worin sich Prinzipien als Gründe für Abwägungsurteile und Regeln als Ergebnis von Abwägungen unterscheiden. Dies ermöglicht die Gegenüberstellung von normativen Argumenten und normativen Aussagen.¹²⁸ Tatsächlich ist offensichtlich, dass

Rights, and Balance of Power 2010; Goldmann, Dogmatik als rationale Rekonstruktion, in: *Der Staat* 53 (2014), 375ff.; Hong 2020.

120 Z.B. Poscher 2003, 77; Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1999, XXII.

121 So etwa Peczenik, *On Law and Reason*, 1989, 74ff.

122 So auch Alexy 1995b, 188ff.

123 So Poscher 2007, 70.

124 Siehe etwa Hong, 2020; Šušnjar 2010.

125 Etwa nach dem Kriterium der Generalität (Raz 1972), nach ihrer Funktion in der Rechtsanwendung (Günther 1988; Steiff 2006) oder ihrer Abstraktheit (Goldmann 2014, 378). Auch der Einwand Jansens (1998a, 95ff.), es gebe Prinzipien, die nicht nur Geltungsgebote, sondern Handlungsgebote enthielten, führt einen anderen Prinzipienbegriff ein.

126 So etwa Klement, *JZ* 2009, 560, der seine Kritik lediglich gegen die Alexysche Prinzipientheorie richtet. Missverständlich allerdings Klement 2008, 756ff., wo die Kritik gegen die Prinzipientheorie insgesamt gerichtet zu sein scheint.

127 Siehe etwa Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, in: *Rechtsphilosophie* 8 (2022), 84ff.

128 Diese Unterscheidung ist bisher nicht ernsthaft in Frage gestellt worden. Es gibt zwar Kritiken der Konzeption normativer Argumente als reiterierte Geltungsgebote, sie richten sich jedoch gegen eine frühere Fassung dieser Konzeption

sich Normen, die strikt anzuwenden und unmittelbar handlungsleitend sind, logisch von solchen unterscheiden, die als Gründe für Abwägungsurteile in Konflikt stehen können und gegeneinander abzuwägen sind.¹²⁹

Festzustellen ist, dass Prinzipien, die als Gründe für Abwägungsurteile dienen, sich als normative Argumente mit der Struktur reiterierter Geltungsgebote charakterisieren lassen, die von normativen Aussagen zu unterscheiden sind.¹³⁰ Sie enthalten gestufte Normen, die die Anerkennung bestimmter Normen erster Stufe als definitiv gültig fordern, haben also den Charakter von Meta-Normen. Eine andere Frage ist, ob solche Prinzipien begrifflich mit Optimierungsgeboten verbunden sein müssen. Das Prinzip der Meinungsfreiheit fordert etwa, dass eine in Konflikt mit dem Ehrschutz stehende Meinungsäußerung definitiv erlaubt sein soll. Diese prinzipielle Forderung lässt aber offen, in welcher Form das Prinzip angewandt werden soll. Es liegt nahe, dass ein rationaler Umgang mit dem zu beurteilenden Konflikt eine Abwägung mit dem Ziel erfordert, ein im Hinblick auf die kollidierenden Prinzipien bestmögliches Ergebnis zu erreichen. Dies ist jedoch nicht bereits Inhalt des Prinzips, sondern vielmehr einer Theorie rationaler Argumentation. Prinzipien implizieren demnach begrifflich nicht notwendig Optimierungsgebote. Dies schließt andererseits nicht aus, sie mit einem Gebot der Optimierung zu verbinden, weil dies die plausibelste und rationalste Konzeption der Anwendung von Grund- und Menschenrechten darstellt.¹³¹

(so Jansen 1998a, 98 Fn.92 zur Mehrdeutigkeit deontischer Operatoren in Geltungsgeboten, allerdings in einer Fassung, in der Operator O und Geltungsprädikat VAL noch nicht unterschieden wurden), stellen sie nicht korrekt dar (Alexy 2000b, 42, mit der Darstellung als "Oszillation" zwischen Geltungsaussage und bloßer Norm im semantischen Sinn) oder setzen sich mit den für sie vorgetragenen Argumenten nicht auseinander. So geht Mauer, *Zur logischen Form rechtlicher Regeln und Prinzipien*, Jahrbuch für Recht und Ethik 23 (2015), 445, 449f., bei seiner Kritik vom üblichen Verständnis deontischer Sätze aus und beachtet nicht, dass die Konzeption normativer Argumente gerade nicht dem üblichen Verständnis deontischer Sätze folgt. Zu einigen anderen Kritiken Sieckmann, *Principles as Normative Arguments*, 2005, 206f.; 2007b, 24.

129 Die Konstruktion eines idealen Sollens als reiterierte Geltungsgebote ist in einer eingehenden Untersuchung im Vergleich mit den Konzeptionen von Alexy und Wang bestätigt worden von Kallmeyer 2016, 242ff.

130 S.o., § 2 IV 4.

131 Kallmeyer, 2016, 174ff., 256, 262, hält demgegenüber an einer normtheoretischen Verknüpfung von Prinzipienbegriff und Optimierungsgebot fest. Er meint zudem, der teleologische Charakter von Prinzipien erfordere einen Wertbezug. In der hier vertretenen Konzeption normativer Argumente wird der

2. Methodologische Einwände

In methodologischer oder argumentationstheoretischer Hinsicht wird die Irrationalität der Abwägung behauptet. Es fehlten objektive Kriterien für die Bestimmung des Abwägingsergebnisses.¹³² Die abzuwägenden Prinzipien oder Werte seien inkommensurabel.¹³³ Abwägungen seien daher subjektiv und beliebig.¹³⁴

Es ist bereits dargelegt worden, dass dieser Einwand die Konzeption autonomer Abwägung nicht trifft. Autonome Urteile sind notwendig subjek-

Wertbezug hingegen erst dadurch hergestellt, dass normative Argumente von autonomen Subjekten geltend gemacht werden. Das Gebot der Optimierung ist dann eine Metaregel für den rationalen Umgang mit solchen Argumenten. Die Trennung von Struktur und Geltung normativer Argumente erscheint sinnvoll, weil damit eine strukturtheoretische Charakterisierung normativer Argumente im Sinne eines semantischen Normbegriffs möglich ist. Dies ist durchaus mit der argumentationstheoretischen These vereinbar, dass alle normativen Argumente mit einem Optimierungsgebot verbunden sind (wie in These (3) vertreten). Die Alternative, normativen Argumente begrifflich notwendig einen Wertbezug zuzuschreiben, führt zu dem Problem, dass es widersprüchlich erschiene, von der Ungültigkeit normativer Argumente zu sprechen. So wie eine Norm ohne Geltung keine Norm wäre (zur Widersprüchlichkeit dieser Ausdrucksweise Sieckmann 1990, 28), wäre ein normatives Argument ohne Wertbezug kein normatives Argument. Es ist zwar durchaus sprachlich plausibel, Geltung und Existenz von Normen zu identifizieren. Eine Unterscheidung von strukturtheoretischer und geltungstheoretischer Ebene vermeidet jedoch Konfusionen und ist für die Theorieentwicklung sinnvoll. Eine Trennung verschiedener Probleme stellt auch keine Immunisierung gegen Kritik dar (so Kallmeyer 2016, 175), sondern ermöglicht eine differenziertere Diskussion. Die Vermengung verschiedener Probleme führt auch nicht zu einer größeren "Aussagetiefe" (so Englisch, Wettbewerbsgleichheit, 2008, 43; Kallmeyer 2016, 176 Fn. 770).

132 So Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 460; ders., Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 11 (1984), 462; Habermas 1994, 315f.

133 Zum Einwand der Inkommensurabilität Afonso da Silva, Der Vergleich des Inkommensurablen, in: Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 236-270.

134 Zur Diskussion der Rationalität der Abwägung Jansen, Die Struktur rationaler Abwägung, ARSP-Beiheft 66 (1998), 152ff.; ders., Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 39ff.; Sieckmann, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: Rechtstheorie 26 (1995a), 45ff.; Bernal Pulido, The Rationality of Balancing, in: ARSP 92 (2006), 195-208; Riehm 2006; Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43 (2004), 167ff., mwN 180 Fn. 76.

tiv, aber deshalb nicht irrational. Sie müssen Rationalitätsanforderungen erfüllen, sind im Ergebnis aber nicht vollständig determiniert. Trotz des daraus folgenden subjektiven Charakters eines Abwägungsurteils muss der Urteilende dies gleichwohl aufgrund der Struktur normativer Argumente als geboten vertreten.¹³⁵

Dennoch bleibt es eine für die Adäquatheit der Prinzipientheorie wichtige Frage, inwieweit eine rationale Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung von Prinzipien möglich ist.¹³⁶ Je stärker der subjektive Charakter von Abwägungen ausgeprägt ist, desto stärker sind Einwände gegen die Methode der Abwägung in gerichtlichen Entscheidungen. Je höher das Maß an Objektivität, desto besser lässt sich die Legitimität dieser Methode bei der Rechtsanwendung begründen. Welches Maß an Rationalität bei Abwägungen erreicht wird, ist allerdings nicht durch das Modell selbst bestimmt, sondern durch die Sorgfalt und systematische Kohärenz von Abwägungen in der Rechtsanwendung.

Hinzu kommt, dass eine Alternative zur Abwägung, die ein höheres Maß an Rationalität in der Begründung von Normen oder normativen Aussagen gewährleisten würde, nicht ersichtlich ist.¹³⁷ Eine Begründung dafür ergibt sich aus der Forderung der Optimierung. Optimierung des Grund- und Menschenrechtsschutzes ist das Ziel der Abwägung. Die Forderung nach einem optimalen Rechtsschutz ergibt sich aus dem Rationalitätsgebot, von je zwei zur Entscheidung stehenden Optionen die bessere zu wählen. Auf diese Weise gelangt man schließlich zu Lösungen, zu denen es keine bessere Alternative gibt, die mithin optimal sind.

Zudem führt die Subjektivität von Abwägungsurteilen nicht dazu, dass Abwägungsurteile nicht als Rechtsanwendung angesehen werden könnten. In diesem Punkt muss die Struktur von normativen Argumenten beachtet werden. Ihre Struktur als Geltungsgebote führt dazu, dass mit jedem Abwägungsergebnis der Anspruch erhoben werden muss, dieses Ergebnis sei aufgrund des als vorrangig bestimmten Prinzips geboten.¹³⁸ Auch subjektive Abwägungsurteile müssen somit, soweit sie aufgrund von Rechtsprinzipien begründet sind, als Rechtsanwendung verstanden und vertreten werden.

135 S.o., § 2 II 4.

136 Vgl. auch Alexy 2009a, 13ff.

137 Siehe dazu Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 76, 269ff.

138 Vgl. Sieckmann 2009a, 30ff, 101ff.

Zunächst folgt daraus allerdings nur eine normative Forderung, dass eine bestimmte Norm als definitiv gültig anerkannt werden soll. Der Übergang zu der Aussage, dass die betreffende Norm definitiv rechtlich gültig sei, ist damit noch nicht gerechtfertigt.¹³⁹ Dieser Übergang erfordert den Nachweis, dass die betreffende Aussage objektiv begründbar ist oder dass der Urteilende die rechtliche Kompetenz besitzt, eine normative Festsetzung aufgrund subjektiver Urteile zu treffen. So können Gerichte die Kompetenz besitzen, rechtliche Urteile zu treffen, auch wenn sie nicht objektiv begründbar sind. Ob dies der Fall ist, hängt allerdings von der rechtlichen Gestaltung der Entscheidungskompetenzen von Gerichten ab.

Die Rationalität autonomer Abwägungen ist somit differenziert zu beurteilen. Sie enthalten ein subjektives Element, sind also nicht durch vorgegebene Kriterien objektiv determiniert. Sie müssen jedoch Rationalitätskriterien beachten und sind insofern kritisierbar. In manchen Fällen können auch bestimmte Ergebnisse objektiv begründbar sein, einerseits aufgrund notwendiger Bedingungen korrekter Abwägung, andererseits aufgrund vernünftiger Konvergenz¹⁴⁰ der Urteilenden. Auch wenn eine objektive Begründung nicht möglich ist, schließt dies eine gerichtliche Kompetenz zu Abwägungsentscheidungen nicht aus. Die Frage ist dann, wie gerichtliche Entscheidungskompetenzen abzugrenzen sind. Dies führt zum Einwand der institutionellen Adäquatheit der Prinzipientheorie.

3. Institutionelle Einwände

Das Problem der Rationalität der Abwägung steht in engem Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit Gerichte die Kompetenz haben sollten, Entscheidungen aufgrund solcher Abwägungen zu treffen. Dies betrifft insbesondere die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen anderer Organe.¹⁴¹ Ein Problem ist vor allem das Verhältnis von Verfassungsgerichten und Gesetzgeber. Die Ausweitung verfassungsgerichtlicher Kontrolle wird als Weg in einen "Jurisdiktionsstaat" kritisiert, der im Hinblick

139 Vgl. Sieckmann 2009a, 135.

140 Zum Kriterium vernünftiger Konvergenz Sieckmann 2009a, 184ff., 2018a, 231ff.

141 Bei Entscheidungen über Konflikte zwischen gleichgeordneten Parteien, etwa im Zivilrecht, lassen sich Abwägungen einfacher mit der Notwendigkeit einer autoritativen Entscheidung rechtfertigen. Bei der Kontrolle staatlicher Entscheidungen liegt hingegen bereits eine autoritative Regelung vor. Die Frage ist, aus welchen Gründen Gerichte solche Regelungen korrigieren dürfen.

auf die Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung problematisch sei.¹⁴²

Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien führt zu einer Ausweitung des Grundrechtsschutzes. Da grundrechtliche Prinzipien nicht strikt gelten, sondern aufgrund verfassungsrechtlich legitimer Eingriffsziele in angemessener Weise beschränkt werden können, können alle schutzwürdigen individuellen Interessen in den Grundrechtsschutz einbezogen werden. So kann z.B. ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, zu tun und zu lassen, was man will, anerkannt werden, aber auch Prinzipien, die die Anerkennung sozialer Rechte oder von Rechten gegenüber Privaten fordern. Dies ist allerdings keine notwendige Folge aus der Prinzipientheorie, sondern hängt von der Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche ab. Die Prinzipientheorie begünstigt allerdings eine Ausweitung grundrechtlicher Schutzbereiche, da mögliche Einwände gegen die Gewährung von Grundrechtsschutz in einer Abwägung berücksichtigt werden können.

Sofern Grundrechte gerichtlich durchsetzbar sind, ergibt sich aus der Erweiterung der grundrechtlichen Schutzbereiche eine Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten der Gerichte. Sie könnten damit im gesamten Anwendungsbereich grundrechtlicher Prinzipien ihre Auffassung der richtigen Abwägung von Grundrechten als maßgeblich ansehen. Dies wäre eine problematische Konsequenz aus dem Zusammenwirken der Prinzipientheorie und dem Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Grundrechte. Ihr zu begegnen, erfordert eine Konzeption gerichtlicher Kontrollkompetenzen, die das prinzipielle Gebot gerichtlicher Durchsetzbarkeit von Grundrechten mit den Prinzipien von Demokratie und Gewaltenteilung zu einem angemessenen Ausgleich bringt. Gerichtliche Kontrolle bedeutet also nicht, dass Gerichte jede Abwägungsfrage selbst entscheiden. Wie die Grenzen ihrer Kontrollkompetenzen zu konstruieren sind, bedarf allerdings theoretischer Klärung.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Konzeption formeller Prinzipien. Formelle Prinzipien enthalten, wie andere Prinzipien auch, normative Forderungen. Ihr Gegenstand ist, wer bestimmte Entscheidungen oder normative Festlegungen treffen soll. Für das Problem der Kontrollkompetenzen relevant sind Prinzipien, die von Gerichten die Respektierung von Entscheidungen anderer Organe, insbesondere des Gesetzgebers, fordern.¹⁴³ Beispiele sind das Demokratieprinzip und das

142 Insbesondere Böckenförde 1992a, 190.

143 Alexy 1985, 89, 120; Sieckmann 1990, 147ff.

Gewaltenteilungsprinzip. Mit beiden Prinzipien lässt sich dafür argumentieren, dass Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers in verfassungsrechtlichen Fragen zu respektieren sind.

Die Konzeption formeller Prinzipien sowie die Konstruktion von Gestaltungsspielräumen, etwa des Gesetzgebers, aufgrund solcher Prinzipien wirft allerdings eine Reihe von Problemen auf.¹⁴⁴ Die Prinzipientheorie gibt keine allgemeine Antwort auf diese Fragen. Kompetenzabgrenzungen sind vielmehr im betreffenden Verfassungssystem vorzunehmen und müssen dessen Besonderheiten berücksichtigen. Die Konzeption formeller Prinzipien bietet jedoch einen theoretischen Rahmen, in dem adäquate Kompetenzabgrenzungen begründet werden können.

4. Verfassungsrechtliche Einwände

Die Anwendbarkeit des Prinzipienmodells setzt das Vorhandensein von Prinzipienkollisionen voraus. Ohne Konflikte zwischen Prinzipien gibt es keine Abwägung. Der Einwand der verfassungsrechtlichen Inadäquatheit richtet sich gegen die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien, d.h. gegen die Annahme der verfassungsrechtlichen Geltung grundrechtlicher Prinzipien.¹⁴⁵ Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien hat zwei Aspekte: Die Erweiterung grundrechtlicher Gehalte einerseits und deren durchgängige, das gesamte Rechtssystem durchdringende Anwendung andererseits.

Der erste Aspekt betrifft die Begründung der verfassungsrechtlichen Geltung grundrechtlicher Prinzipien. Verfassungen wie das Grundgesetz enthalten dazu keine ausdrückliche Festlegung. Die Zuordnung von Prinzipien zu einzelnen Grundrechtsbestimmungen ist eine Frage juristischer Interpretation.¹⁴⁶ Dies bedeutet andererseits nicht, dass für jede einzelne Grundrechtsbestimmung eine je spezifische Argumentation erforderlich wäre. Es gibt durchaus allgemeine Argumente für eine generelle Interpretation von Grundrechten als Prinzipien.¹⁴⁷ Dies schließt definitive Grund-

144 Dazu s.u., § 11 III.

145 Vgl. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 216, 218; ders., 2007, 262f., 275; Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, 116f.; Gellermann, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand, 2000, 70; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 19; Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 15, 167; Poscher 2007, 79; Klement 2008, 761, 763.

146 Vgl. Borowski 2007, 114ff.; 2018, 161ff

147 Dazu Sieckmann 2007b, 25ff.

rechtsgehalte nicht aus, besagt aber, dass jeder grundrechtliche Gehalt jedenfalls auch in Form eines Prinzips gilt und jeder definitive grundrechtliche Gehalt aufgrund einer Abwägung grundrechtlicher Prinzipien gerechtfertigt werden kann.¹⁴⁸

Der zweite Aspekt, die Konsequenzen der Geltung grundrechtlicher Prinzipien für das Rechtssystem und die Rechtsanwendung, zeigt sich zunächst an der Ausweitung des Grundrechtsschutzes. Jeder - gemäß dem Maßstab grundrechtlicher Optimierungsgebote - verfassungsrechtlich relevante Fehler bei der Beeinträchtigung von Grundrechten führt zur Verfassungswidrigkeit der Maßnahme. Dies bedeutet allerdings nicht, dass Einschränkungen von Grundrechten nicht möglich wären. Ausgeschlossen ist lediglich, die Realisierung von Grundrechten ohne ausreichende Rechtfertigung zu unterlassen.¹⁴⁹ Optimierung bedeutet auch nicht, dass stets nur eine einzig mögliche Lösung verfassungsrechtlich zulässig wäre. Ob dies der Fall ist, hängt von der Struktur des Problems ab. Schließlich hat ein Gebot der Optimierung auch nicht zwangsläufig zur Folge, dass Gerichte zu bestimmen hätten, ob eine Lösung optimal ist. Grundrechtsprinzipien richten sich zunächst an den Gesetzgeber. Inwieweit Gerichte dessen Entscheidungen überprüfen können, ist eine Frage der Abgrenzung von Interpretations- oder Abwägungskompetenzen, also eine institutionelle Frage.

Grundrechtsprinzipien haben ferner Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung, auch auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Sie können als Definition individueller Güter oder Interessen verstanden werden, auf die von allen, auch von Privaten, Rücksicht genommen werden muss und die vom Staat auch gegenüber Handlungen anderer Privater zu schützen sind. Eine weitere Konsequenz der Annahme grundrechtlicher Prinzipien ist, dass normative Festsetzungen des historischen Verfassungsgebers in Frage gestellt werden können.¹⁵⁰

Aufgrund dieser Ausweitung und Aufweichung verfassungsrechtlicher Gehalte wird gegen die Prinzipientheorie eingewandt, mit ihr gehe die Bindung an den Normtext verloren. Denn ihr zufolge könne eine Grundrechtsnorm niemals für sich allein darüber entscheiden, was in einem bestimmten Fall von Verfassung wegen gesollt sei.¹⁵¹ Die Unmöglichkeit,

148 Dazu s.u., § 7 I.

149 Zum Zusammenhang zwischen Prinzipien und Notwendigkeit der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen Sieckmann 1990, 232.

150 Kritisch zu dieser Konsequenz Klement 2008, 759.

151 Ebd.

eine Norm isoliert, ohne Rücksicht auf andere Normen, als verbindlich zu begründen, ist in der Tat eine Konsequenz der Prinzipientheorie. Sie ist zugleich eine Konsequenz aus der Notwendigkeit, den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts zu rechtfertigen. Die Ausübung von Rechten, selbst wenn sie in der Verfassung explizit statuiert sind, kann zu gravierenden Verletzungen der Rechte anderer führen. Die Verbindlichkeit verfassungsrechtlicher Festsetzungen setzt voraus, dass es nicht zu solchen Verletzungen kommt. Es kann daher notwendig sein, verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte zu beschränken, selbst wenn dies nicht ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen ist. Entsprechendes gilt für Verfassungsnormen mit objektivem Charakter.

Unzutreffend ist allerdings, dass damit die Bindung an die Verfassung oder den Verfassungstext verloren ginge.¹⁵² Soweit verfassungsrechtliche Festsetzungen existieren, demokratisch legitimiert sind und nicht zu gravierenden Ungerechtigkeiten oder schweren Verletzungen von Menschenrechten führen, sind sie für die Rechtsanwendung verbindlich. Ohne diese Voraussetzungen lässt sich ihre Verbindlichkeit hingegen nicht begründen. Die Prinzipientheorie gibt insofern nichts auf, was in einem an Legitimität und Rationalität orientierten Rechtssystem gefordert werden kann.

Schließlich wird eingewandt, die Prinzipientheorie zerstöre den Stufenbau der Rechtsordnung und führe zu einer "Entstufung" des Rechts.¹⁵³ Richtig ist, dass im Verhältnis kollidierender Rechtsprinzipien die Annahme einer Stufenfolge, d.h. von strikten Vorrängen, nicht passt.¹⁵⁴ Vorränge zwischen kollidierenden Prinzipien sind gerade erst aufgrund von Abwägungen festzusetzen und nicht ihnen vorgegeben. Daraus folgt jedoch nicht, dass es im Prinzipienmodell keinen Stufenbau des Rechts geben würde. Soweit Vorrangfestsetzungen aufgrund von Prinzipienabwägungen begründet werden, entsteht eine Vorrangordnung, und soweit definitive

152 Allerdings lässt sich kein Vorrang für explizit in der Verfassung statuierte Prinzipien begründen. Das Prinzipienmodell drängt insofern auf eine Berücksichtigung aller normativ relevanten Prinzipien in verfassungsrechtlichen Abwägungen. Verfassungsrechtliche Geltung eines Prinzips schließt lediglich die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers aus, dieses Prinzip zu berücksichtigen oder nicht. Erst auf Festsetzungen von Abwägungsergebnissen lässt sich der Vorrang der Verfassung anwenden. Dazu Sieckmann 2007b, 34ff.

153 Jestaedt 2007, 269. Vgl. auch Jabloner, Stufung und 'Entstufung' des Rechts, in: ZöR 60 (2005), 163ff.

154 *Prima facie*-Vorränge mit der Zuordnung höherer abstrakter Gewichte sind hingegen möglich. Dazu Klatt/Meister, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Klatt (Hg.) 2013, 69.

Rechtsetzungskompetenzen begründet werden, die zur Setzung von Normen niederer Stufe ermächtigen, entsteht ein Stufenbau des Rechts. Die Prinzipientheorie besagt nicht, dass keine strukturierte Rechtsordnung mehr existierte. Sie erfordert lediglich deren Begründung aufgrund der Abwägung von Prinzipien.

5. Grundrechtstheoretische Einwände

Indem Grund- oder Menschenrechten Prinzipiencharakter zugeschrieben wird, wird ihr Geltungsanspruch relativiert. Ihr definitiver Gehalt kann erst unter Abwägung mit kollidierenden Prinzipien bestimmt werden. Dies entspricht nicht der Vorstellung, Grund- oder Menschenrechte seien eine dem staatlichen Zugriff entzogene Rechtssphäre. Sie sollen nach verbreiteter Auffassung in irgendeiner Form resistent gegenüber Abwägungen sein. Die Interpretation als Prinzipien scheint dem zuwiderzulaufen. Allerdings ist in diesem Punkt eine differenziertere Betrachtung erforderlich.

Bei Rechten mit Gesetzesvorbehalt ist die Möglichkeit staatlicher Beschränkung ausdrücklich vorgesehen. Der Prinzipiencharakter wirkt sich bei diesen Grundrechten in der Weise aus, dass überhaupt erst ein substantieller Schutz gegenüber dem Gesetzgeber möglich und ein "Leerlaufen" dieser Grundrechte verhindert wird.

Bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten trifft es allerdings zu, dass die Interpretation als prinzipielle Rechte Abwägungs- und Einschränkungsmöglichkeiten eröffnet. Würden sie als definitive Rechte aufgefasst, wären Einschränkungen nicht möglich. Dies führt jedoch nicht notwendig zu einem stärkeren Grundrechtsschutz, sondern eher zu einer engen Interpretation des grundrechtlichen Schutzbereichs, etwa einer Beschränkung auf einen "Kernbereich" mit der Folge, dass gegen Beeinträchtigungen, die nicht den Kern betreffen, kein Schutz gewährt wird, auch wenn es keine plausible Rechtfertigung für sie gibt. Die Interpretation als prinzipielle Rechte erlaubt hingegen eine weitere Interpretation des Schutzbereichs. Welche Konzeption den stärkeren Grundrechtsschutz erzielt, ist damit durchaus offen. In jedem Fall ermöglicht die Interpretation als prinzipielle Rechte aber angemessene Lösungen, die die Stärke der Eingriffsgründe berücksichtigen.

Darüber hinaus gibt es auch im Rahmen der Prinzipientheorie eine Reihe von Vorschlägen, wie dem Einwand der Aufweichung der Grundrechte begegnet werden kann. Alexy vertritt die Idee eines überproportional stei-

genden konkreten Gewichts von Prinzipien mit abnehmendem Grad ihrer Realisierung.¹⁵⁵ Diese Konzeption hat zur Konsequenz, dass sehr starke Beeinträchtigungen von Grundrechten praktisch nicht zu rechtfertigen sind. Ob diese Annahme ausreicht, um Grundrechte als dem staatlichen Zugriff prinzipiell entzogene Rechte zu konzipieren, ist allerdings fraglich.¹⁵⁶

Andere Ansätze gehen über den Optimierungsansatz hinaus. Vor allem zwei sind für die folgende Untersuchung von Interesse:

- Die Idee von individuellen Rechten als prinzipielle Abwägungsverbote, die es grundsätzlich ausschließen, diese Rechte Abwägungen mit anderen Belangen zu unterwerfen.¹⁵⁷
- Die Idee von Rechten als Bedingungen der Legitimität des Rechts, die es erfordern, dass staatliche Eingriffe aus Sicht jedes Einzelnen zu rechtfertigen sind und nicht einen legitimen Grund bieten dürfen, die Anerkennung der rechtlichen Geltung zu verweigern.¹⁵⁸

Die Konzeption prinzipieller Abwägungsverbote enthält dabei eine strukturtheoretische Alternative zur Konzeption einfacher Optimierung, die Idee von Legitimitätsbedingungen erlaubt eine Begründung für die Annahme prinzipieller Abwägungsverbote. Diese Ansätze nehmen Differenzierungen hinsichtlich der Konzeption der Abwägung vor. Ihnen zufolge bestehen grundrechtliche Abwägungen nicht stets und allein in der Optimierung kollidierender Prinzipien, sondern folgen jedenfalls in manchen Fällen anderen Kriterien.

Auch diese Ansätze bleiben jedoch im Rahmen des Prinzipienmodells und ersetzen nicht die Forderung optimaler Realisierung von Menschen- und Grundrechten, sondern ergänzen diese. Das Gebot der Optimierung stellt insofern einen Minimalgehalt menschen- und grundrechtlicher Garantien dar, nicht aber eine vollständige Konzeption dieser Garantien.

155 Alexy 1985, 271. Vgl. auch Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, 168.

156 Dazu Sieckmann 2009b, 64f.

157 Sieckmann 2009a, 241ff.

158 Sieckmann 2009a, 244ff. Vgl. auch Habermas 1994, 151. Dies kann eine Grundlage für das Kriterium der Zumutbarkeit sein, im Sinne eines individualisierten, auf die Situation des Betroffenen bezogenen Kriteriums der Abwägung. Vgl. dazu die Diskussion bei Clérico 2001, 223ff.

6. Immunisierungseinwände

Gegen die Prinzipientheorie ist eingewandt worden, sie sei "wissenschaftstheoretisch verdächtig", weil sich kein Einwand gegen sie vorbringen lasse.¹⁵⁹ Jeder Einwand, etwa Argumente der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, Gewaltenteilung oder Rechtssicherheit, werde von ihr in Form eines Arguments in die Abwägung einbezogen. Nun gilt Unfähigkeit der Kritiker, einen triftigen Einwand gegen eine Theorie zu formulieren, gemeinhin nicht als Einwand gegen diese Theorie.¹⁶⁰ Es ist daher nicht recht einzusehen, warum dies im Fall der Prinzipientheorie gegen sie sprechen sollte.

Der Einwand, die Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Theorien schließe die Möglichkeit ihrer Widerlegung ein, übersieht einen wesentlichen Unterschied zwischen analytischen Theorien einerseits, empirischen und normativen Theorien andererseits. Analytische Theorien weisen begrifflich oder logisch notwendige Zusammenhänge auf. Es ist gerade ihr Merkmal, dass sie keine eigenen empirischen oder normativen Thesen einführen, sondern lediglich Strukturen von Begriffen oder Theorien analysieren. Dies bedeutet nicht, dass sie nicht falsch sein und nicht kritisiert werden könnten. Kritik ist möglich, wenn analytische Zusammenhänge behauptet werden, die nicht existieren. Dass sich zu einer analytischen Theorie keine Alternative denken lässt, ist hingegen gerade Merkmal ihrer Korrektheit und begründet keinen Einwand gegen sie.

Das Prinzipienmodell ist nun aber eine analytische Theorie der Normbegründung, keine empirische oder normative. Es ist keine Alternative zu ihr denkbar, die beanspruchen könnte darzulegen, wie Normbegründungen möglich sind. Es ist nicht zu sehen, wie Normbegründung ohne die Idee der Autonomie möglich sein könnte. Autonomie wiederum ist begrifflich mit der Abwägung normativer Argumente verbunden. Jede normative Argumentation erfordert damit das Prinzipienmodell. Es gibt keine gültigen Argumente, die nicht in diesem Modell konstruiert werden könnten. Dass alle gegen das Prinzipienmodell vorgebrachten substantiellen Einwände in diesem Modell formuliert werden können, bestätigt dieses Modell.

Mit dem Prinzipienmodell können andererseits verschiedene prinzipientheoretische Thesen verbunden werden. So könnte als empirische These behauptet werden, eine bestimmte Rechtspraxis würde dem Prinzipien-

159 Poscher 2003, 75.

160 Siehe auch Borowski 2018, 192.

modell folgen. Dies könnte als falsch widerlegt werden. Eine mögliche normative These wäre, dass Richter das Prinzipienmodell anwenden sollten. Da dieses Modell eines der Normbegründung ist, besagt die These, dass Richter sich in Normbegründungen versuchen sollten. Dies könnte sich als falsch erweisen, wenn gezeigt werden könnte, dass Richter nicht Normen begründen sollten, sondern nur vorhandene Normen anwenden sollten. Der Umstand, dass eine solche These wenig plausibel erscheint, zeigt nicht, dass eine Widerlegung einer normativen These, die die Anwendung des Prinzipienmodells fordert, nicht möglich wäre.

Ein anderer Einwand mit wissenschaftstheoretischem Anstrich ist der Vorwurf, die Prinzipientheorie immunisiere sich gegen Kritik, weil ihre Diskussion ein zu hohes Maß an theoretischer Kompetenz erfordere.¹⁶¹ Wiederum ist fraglich, inwiefern dies einen Einwand gegen die Prinzipientheorie begründen könnte. Wissenschaftliche Theorien streben nach Erkenntnis und setzen die dafür erforderlichen Instrumente ein. Für die Prinzipientheorie sind dies vor allem Logik, Sprachphilosophie, Theorie rationaler Entscheidung sowie Argumentationstheorie. Mangelnde Vertrautheit mit diesen theoretischen Grundlagen begründet keinen Mangel der Prinzipientheorie.

III. Fazit

- (1) Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie ergibt sich daraus, dass das Prinzipienmodell die einzig ersichtliche adäquate Form einer autonomen Normbegründung darstellt und Recht als normatives System deshalb dem Prinzipienmodell entsprechen muss.
- (2) Die Unterscheidung normativer Argumente und normativer Aussagen bildet die logische Grundlage für die von Prinzipien und definitiven Normen. Relevante Einwände gegen sie sind nicht ersichtlich.
- (3) Mangelnde Rationalität ist kein Einwand gegen autonome Abwägung. Abwägungen mit dem Ziel der Optimierung erlauben vielmehr ein größtmögliches Maß an Rationalität in normativen Urteilen.
- (4) Objektivität ist aufgrund normativer Abwägungen einerseits in Form notwendiger Bedingungen korrekter Abwägung, andererseits aufgrund vernünftiger Konvergenz der Urteilenden möglich.

¹⁶¹ Klement 2008, 756. Dazu siehe Sieckmann, Zum Nutzen der Prinzipientheorie für die Grundrechtsdogmatik. Erwiderung zu Klement, in: JZ 2009c, 557ff.

- (5) Die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen in nicht objektiv entscheidbaren Fällen erfolgt aufgrund einer Theorie formeller Prinzipien.
- (6) Aufgrund formeller Prinzipien lässt sich auch ein adäquates Maß an Stabilität des Verfassungssystems erreichen. Dem Problem der Aufweichung der Verfassungsordnung durch Abwägung lässt sich begegnen.
- (7) Der spezifische Charakter von Grund- und Menschenrechten als nicht abwärgungsfähigen Grenzen staatlichen Handelns ist eine Herausforderung für das Prinzipienmodell. Ihr kann mit der Konzeption von Grund- und Menschenrechten als prinzipielle Abwägungsverbote und als Bedingung der Legitimität des Rechts begegnet werden.
- (8) Die Tatsache, dass das Prinzipienmodell alle bisher vorgetragenen Einwände, sofern sie berechtigt sind, aufnehmen kann, stellt keine Immunisierung der Theorie dar, sondern belegt die Leistungsfähigkeit des Prinzipienmodells als analytische Theorie des Rechts.

2. Teil: Menschenrechtsprinzipien

Den normativen Kern des Prinzipienmodells der Menschenrechte bilden Prinzipien, die die Anerkennung von Menschenrechten fordern, etwa eines Rechts auf Leben, Gesundheit, Meinungsfreiheit oder Berufsfreiheit. Als Prinzipien haben sie nicht die Struktur von Rechten,¹⁶² ihnen korrespondieren aber Rechte auf angemessene Berücksichtigung dieser Forderungen bei rechtlichen Entscheidungen sowie prinzipielle Rechte auf Realisierung des betreffenden Schutzguts. Definitive Rechte ergeben sich hingegen, soweit es sich nicht unmittelbar aus der Struktur autonomer Normbegründung abgeleitete Rechte (Autonomierechte) handelt,¹⁶³ erst aufgrund der Abwägung menschenrechtlicher Prinzipien sowie in ihnen enthaltener prinzipieller Menschenrechte.

Die Unterscheidung prinzipieller und definitiver Rechte ist von zentraler Bedeutung für die Frage der Begründbarkeit von Menschenrechten. Prinzipielle Rechte lassen sich recht einfach aufgrund der Struktur autonomer Normbegründung rechtfertigen. Denn autonome Subjekte werden diese Rechte einfordern und keinen Ergebnissen zustimmen, die diese Rechte missachten. Definitive Rechte hängen hingegen von Abwägungen ab, die zwar Forderungen rationaler Argumentation unterliegen und nicht jedes beliebige Ergebnis zulassen, deren Ergebnis aber gerade wegen der Autonomie der Beteiligten offen ist.

162 Dazu Sieckmann 1998, 72f. Ein menschenrechtliches Prinzip fordert die Anerkennung der Geltung bestimmter Rechte. Ein prinzipielles Recht ist Gegenstand eines solchen Prinzips. Ihm korrespondiert ein definitives Recht auf angemessene Realisierung des menschenrechtlichen Prinzips sowie des ihm korrespondierenden prinzipiellen Rechts. Rechte haben hingegen die Struktur dreistelliger Relationen, die Rechtsinhabern gegenüber Rechtsadressaten einen Rechtsinhalt zuordnen. Alexy 1985, 171, beschreibt dies als Struktur von Rechten auf etwas, im Unterschied zu Freiheiten und Kompetenzen. Es lassen sich jedoch Freiheiten und Freiheitsrechte sowie Kompetenzen und das Recht zur Ausübung einer Kompetenz unterscheiden. Demnach liegt immer dann, wenn von einem Recht die Rede ist, eine solche dreistellige Struktur vor. Da diese Relation Individuen bestimmte Eigenschaften zuschreibt und damit propositionale Struktur hat, sind Rechte von Prinzipien im Sinne normativer Argumente zu unterscheiden.

163 Dazu s.o., § 2 II 1.

Bei der Frage der Begründung von Menschenrechten geht es also zunächst um die Begründung prinzipieller Rechte. Sie ist durchaus möglich aufgrund der Autonomie der Beteiligten und der Struktur autonomer Normbegründung. Aus ihr ergibt sich die Notwendigkeit, Autonomierechte sowie auf Forderungen autonomer Subjekte gestützte prinzipielle Rechte anzuerkennen. Aufgrund der Struktur ihrer Begründung lassen sich zudem Aussagen über Inhaber, Adressat und mögliche Gehalte von Menschenrechten treffen, wobei auch hier zwischen prinzipiellen und definitiven Aussagen zu unterscheiden ist. Die Idee von Menschenrechten als geschützte individuelle Rechtssphären führt zudem zu der Anerkennung exklusionärer Menschenrechte. Auch diese haben jedoch zunächst den Status prinzipieller Rechte.

Die Begründung definitiver Rechte erfordert Abwägungen, die dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterliegen. Menschenrechtliche Abwägungen werden im Ergebnis in manchen Fällen eindeutig sein, in anderen hingegen offen. Ein Versuch, eine Theorie definitiver Menschenrechte zu entwickeln, wird hier nicht unternommen. Als universelle Theorie hätte sie wenig Gehalt. Denn sie wäre auf die für alle Verfassungssysteme notwendig anzuerkennenden definitiven Gehalte beschränkt. Verfassungssysteme können aber über diesen menschenrechtlichen Minimalschutz hinausgehen, und entwickelte Systeme tun dies auch. Eine allgemeine Theorie definitiver Menschenrechte ist für den Schutz von Menschenrechten daher wenig interessant. Der Idee der Menschenrechte entspricht es vielmehr, menschenrechtliche Prinzipien soweit wie möglich in Verfassungssystemen zu verwirklichen. Was möglich ist, hängt dabei auch von der jeweiligen Verfassungskultur ab. Die Behandlung von Menschenrechten in diesem zweiten Teil bleibt somit auf die Begründung von Autonomierechten und darauf gegründeten prinzipiellen Rechten beschränkt. Wichtiger als eine Theorie definitiver Menschenrechte erscheint eine Theorie der Grundrechte, die im dritten Teil folgt.

§ 4 Begriff und Begründung von Menschenrechten

I. Menschenrechte als universell gültige Rechte

Der Idee der Menschenrechte zufolge stehen bestimmte Rechte allen Menschen unabhängig von weiteren Qualifikationen zu¹⁶⁴ und gelten somit notwendig in allen Rechtssystemen. Bereits die Definition von Menschenrechten bereitet jedoch Probleme.¹⁶⁵ Es sind verschiedene Ansätze möglich.¹⁶⁶ Da die Entwicklung von Menschenrechten auf das Recht bezogen ist, erscheint das Verständnis als moralisch begründete Rechte, die rechtliche Geltung fordern, von besonderem Interesse.¹⁶⁷

Ein Problem der Charakterisierung von Menschenrechten als Rechte, die jedem menschlichen Wesen allein aufgrund seiner Eigenschaft, Mensch zu sein, zustehen, ist, dass sie im Fall von Rechten mit spezifischen Anwendungsbereichen nicht anwendbar zu sein scheint.¹⁶⁸ So besteht ein Recht auf medizinische Versorgung im Fall einer Erkrankung für

164 Vgl. Höffe, Transzendentaler Tausch, 1998, 29; Wellman, An Approach to Rights, 1997, 15; Griffin 2008, 13, 16; Gewirth, Human Rights, 1982, 141; Waldron 2020, 159; Brugger, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, 102.

165 Alexy charakterisiert Menschenrechte durch fünf Merkmale: Universalität, moralische Geltung, Fundamentalität, Priorität und Abstraktheit (Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, 1998, 246). Außer Frage steht das Merkmal der moralischen Begründung von Menschenrechten. Die Bezeichnung positivrechtlich begründeter Menschenrechte im internationalen Recht betrifft ein anderes Verständnis, das hier nicht Thema ist. Die Merkmale der Universalität und Fundamentalität werden auch hier angenommen, allerdings in spezifischer Interpretation. Probleme bereiten die Merkmale der Priorität und der Abstraktheit. Priorität kann nur definitiven Rechten oder Normen zugeschrieben werden, nicht menschenrechtlichen Prinzipien, die erst noch gegen andere Prinzipien abzuwägen sind. Menschenrechtliche Prinzipien können zudem konkrete Inhalte haben. Dazu auch Sieckmann 2017, 418f.

166 Siehe Griffin, Human rights: questions of aim and approach, in: Ernst/Heilinger (eds.), Philosophy of Human Rights, 2012, 3; Hope, Common humanity as a justification of human rights claims, 2012, 211ff.

167 Ohne diesen Bezug hätte es wenig Sinn, neben der Bezeichnung als moralische Rechte von Menschenrechten zu sprechen.

168 Dazu auch Waldron 2020, 160f.

alle Menschen nur als bedingtes Recht, ist also nicht konkret anwendbar. Als konkretes Recht besteht es hingegen nur unter einer weiteren Bedingung (krank zu sein), nicht allein aufgrund der Eigenschaft, Mensch zu sein.¹⁶⁹

Solche abgeleiteten, konkreten Rechte können als menschenrechtlich begründete Rechte oder auch als Menschenrechte im weiteren Sinne bezeichnet werden. Es können jedoch nicht alle Rechte, die Menschen unter bestimmten Bedingungen zustehen, als Menschenrechte bezeichnet werden. Es kommt vielmehr darauf an, dass sie aus menschenrechtlichen Prinzipien begründet werden. Diese lassen sich als Prinzipien definieren, die die Anerkennung von Menschenrechten fordern. Damit bleibt die Frage, wie Menschenrechte zu definieren sind.

Möglich wäre, Menschenrechte als Rechte zu bezeichnen, die allen Menschen *kraft* oder *aufgrund* ihres Menschseins zustehen.¹⁷⁰ Die Eigenschaft des Menschseins müsste demnach zur Begründung der Menschenrechte dienen. Menschen haben diese Rechte, weil sie Menschen sind. Dieser Ansatz ist allerdings dem Einwand des Speziesismus ausgesetzt.¹⁷¹ Warum sollte die Zugehörigkeit zur biologischen Spezies "Mensch" die Zuordnung bestimmter Rechte begründen? Warum sollte die Eigenschaft "Mensch" moralisch relevant sein? Natürlich haben Menschen Eigenschaften, die moralisch relevant sind.¹⁷² Insbesondere sind sie autonom in dem Sinne, dass sie zur Selbstbestimmung fähig sind und selbst beurteilen können, welche Normen für sie gültig sein sollen. Damit wird aber die

169 Klar ist, dass erworbene Rechte nicht als Menschenrechte einzuordnen sind. Menschenrechte gelten notwendig und nicht aufgrund einer kontingenten Entscheidung, die einem Erwerb zugrunde liegt. Siehe auch Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, 248; Borowski 2006, 87. Das terminologische Problem, dass unter einer Bedingung abgeleitete Rechte nicht allen Menschen zustehen, sondern nur denen, die die Bedingung erfüllen, ist damit jedoch nicht gelöst. Die Beschränkung von Menschenrechten auf eine abstrakte Ebene (Alexy 1998, 253f.; Borowski 2006, 88) nimmt Menschenrechten weitgehend ihre praktische Anwendbarkeit.

170 Vgl. Brugger 1999, 104.

171 Siehe auch Sieckmann 2018a, 248. Zum Speziesismus-Einwand auch Alexy 1998, 247; Hörnle, Menschenwürde und Speziesismus, in: ARSP-Beiheft 142, 183; Hoerster 1991, 55ff.

172 Zu verschiedenen solcher Ansätze Chwaszcza 2013, 14f. Chwaszcza unterscheidet dabei "universalanthropologische" und "konsens-theoretische" Ansätze. Erstere stellen auf Eigenschaften ab, die jedem Menschen kraft Menschseins zustehen, letztere auf Eigenschaften, die interkulturell anerkannt oder als Ergebnis eines interkulturellen Diskurses anerkannt würden.

Begründung von Menschenrechten nicht mehr allein auf die Eigenschaft "Mensch" gestützt, sondern auf weitere Eigenschaften.

Werden Menschenrechte als Rechte definiert, die Menschen aufgrund ihrer Autonomie zustehen, ergibt sich das Problem, dass nicht alle Menschen die Fähigkeit zu autonomem Urteilen aufweisen und wenn ja, möglicherweise in verschiedenen Graden. Säuglinge, Kleinkinder oder geistig behinderte Menschen sind nicht oder nicht vollständig autonom. Ist die Fähigkeit zu autonomen Handeln der Grund für die Zuordnung von Menschenrechten, trifft dieser Grund auf diese Menschen nicht oder nicht in vollem Maß zu. Menschenrechte sollen aber allen Menschen zustehen, nicht nur denjenigen, die autonom handeln können.

Ein anderer Ansatz ist, nicht nach Eigenschaften zu fragen, die Menschenrechte begründen, sondern nach Rechten, die eine bestimmte Konsequenz haben, nämlich diejenige, in allen Rechtssystemen für alle Menschen zu gelten, unabhängig von positivrechtlichen Normen.¹⁷³ Diese Rechte müssen wichtig genug sein, sich gegen jedwede politische Gestaltungsbefugnis durchzusetzen.¹⁷⁴ Auch dieser Ansatz ist jedoch nicht unproblematisch. Auf abstrakter oder prinzipieller Ebene lassen sich wohl Rechte identifizieren, die notwendig in jedem Rechtssystem anzuerkennen sind. So kann angenommen werden, dass das Recht auf Selbstbestimmung oder persönliche Autonomie soweit wie möglich realisiert werden soll und dass Beschränkungen verhältnismäßig sein müssen. Jedoch ist fraglich, ob und inwieweit sich definitiv gültige und unmittelbar anwendbare Rechte begründen lassen.¹⁷⁵ Immerhin würde dies nicht die Definition der Menschenrechte als notwendig gültige Rechte in Frage stellen, sondern nur deren definitiven Anwendungsbereich.¹⁷⁶

173 Sieckmann 2019, 249ff. Eine ähnliche Unterscheidung ist die von moralischen und politischen Konzeptionen von Menschenrechten, dazu Mayr, *The political and moral conceptions of human rights: a mixed account*, 2012, 73.

174 Es gibt also durchaus einen Grund anzunehmen, dass Menschenrechte eine gewisse Wichtigkeit aufweisen müssen. Ein gewisser Grad an Wichtigkeit wird auch von Sen 2009, 367 verlangt, damit die Qualifizierung als Menschenrecht plausibel sei. Siehe andererseits Raz 2007, 3, mit der Kritik, die Annahme der Wichtigkeit von Menschenrechten werde nicht begründet.

175 Siehe auch Alexy 1998, 254, der auf die Kontingenz konkreter Rechte hinweist.

176 Eine stärkere Variante des Ansatzes universeller Geltung sieht Menschenrechte als Rechte an, deren Verletzung *prima facie* eine (gewaltsame) Intervention rechtfertigt. Siehe Beitz, *The Idea of Human Rights*, 2009; Rawls, *The Law of Peoples*, in: Susan Hurley/Stephen Shute (Hg.), *On Human Rights*, 1993, 41-82; auch Raz, *Human Rights Without Foundation*, 2007, 5 (Rechtfertigung von nicht notwendig gewaltsamer internationaler Aktion, in Abgrenzung zu Be-

Bei der Suche nach einer adäquaten Definition von Menschenrechten sollte es nicht darum gehen, einen einzig richtigen Begriff von Menschenrechten zu bestimmen.¹⁷⁷ Es geht vielmehr darum, den Gegenstand dieser Untersuchung festzulegen und zu klären, was Ziel der Begründung von Menschenrechten sein soll. In dieser Hinsicht erscheint folgende Definition plausibel:¹⁷⁸

(MR) Menschenrechte sind moralisch begründete Rechte, die in zwei Hinsichten universell sind:

- Sie stehen jedem Menschen zu und
- sie sind in jedem Rechtssystem notwendig gültig.

Der so definierte Kern von Menschenrechten wird ergänzt durch menschenrechtlich begründete Rechte, die aufgrund menschenrechtlicher Prinzipien als rechtlich notwendig begründet werden. Diese menschenrechtlich begründeten Rechte können bedingt sein (wie im Fall von Erkrankung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Rechts auf medizinische Versorgung).¹⁷⁹ Sind diese Bedingungen gegeben, gelten sie rechtlich notwendig. Das positive Recht kann also nicht über sie verfügen. Solche kontingenten Rechte gelten zwar nicht für alle, sondern nur für diejenigen, die die betreffende Bedingung erfüllen, ihre Verletzung stellt aber zugleich eine Verletzung von Menschenrechten dar.

dingungen der Legitimität politischer Autorität, 11). Kritisch dazu Chwaszcza 2013, 12, 33ff. Diese Konzeption verknüpft den Begriff der Menschenrechte allerdings mit der Rechtfertigung von Interventionen in andere Staaten, die umstritten ist. Im Gegensatz dazu soll hier lediglich die notwendige Geltung von Menschenrechten als begriffliches Merkmal angenommen werden.

177 Es geht also nicht um die Diskussion einer "Standardvorstellung" (standard picture) von Menschenrechten, wie bei Tasioulas, *The Moral Reality of Human Rights*, 2004.

178 Siehe auch Sieckmann 2018a, 249.

179 Menschenrechte i.w.S. können also kontingent und historisch bedingt sein. Auch Raz 2007, 16, bestreitet mit der universellen Gültigkeit von Menschenrechten nicht, dass es einige Rechte geben kann, die Menschen universell aufgrund ihres Menschseins zustehen. Wenn es aber universell gültige Menschenrechte gibt, erscheint es sinnvoll, an der Konzeption universeller Menschenrechte festzuhalten und zu untersuchen, welche Rechte sich auf dieser Grundlage begründen lassen. Andere Begründungsansätze, die nicht an der Idee der Menschenrechte ansetzen, werden damit nicht ausgeschlossen. Generell für eine Abhängigkeit von Menschenrechten vom historischen Kontext hingegen Tasioulas 2004, 2.

Präzisierungsbedürftig ist, was unter notwendiger Gültigkeit der Menschenrechte in jedem Rechtssystem zu verstehen ist. Notwendigkeit der Gültigkeit ist als *normative* Notwendigkeit zu verstehen, also als Gebot der Geltung von Menschenrechten in jedem Rechtssystem. Notwendig ist deren rechtliche Geltung insofern, als ihre Transformation in positives Recht *geboten* ist.¹⁸⁰ Dabei sind zwei Varianten zu unterscheiden: die definitive und die prinzipielle Gebotenheit der Transformation. Ein definitives Transformationsgebot würde bedeuten, dass die Anerkennung der rechtlichen Geltung der fraglichen Rechte unmittelbar geboten ist. Insbesondere besteht nicht die Möglichkeit, Gegengründe zu berücksichtigen und gegen die Transformationsforderung abzuwägen. Ein prinzipielles Transformationsgebot fordert, Menschenrechte soweit wie möglich in Grundrechte zu transformieren. Sie sind zwar moralisch begründet, wenn sich ein solches Recht im Bereich der Moral als definitiv gültig begründen lässt. Ein Rechtssystem kann sich jedoch gegen eine Transformation entscheiden, wenn es hinreichende außermoralische Gründe gegen sie gibt, insbesondere solche, die mit der institutionellen Struktur von Rechtssystemen zu tun haben. Da sich nicht ausschließen lässt, dass es solche Gründe geben kann, muss für die Qualifizierung als Menschenrecht das prinzipielle Gebot der rechtlichen Anerkennung genügen.¹⁸¹

Die Unterscheidung prinzipieller und definitiver Gültigkeit ist auch für die Bestimmung der Adressaten von Menschenrechten relevant. Gültigkeit einer Norm in einem Rechtssystem bedeutet, dass ihre Anwendung und Befolgung im Rechtssystem geboten ist. Dieses Anwendungs- und Befolgungsgebot gilt zumindest für Gerichte und andere Rechtsorgane, prinzipiell aber für jeden, der an rechtlichen Entscheidungen beteiligt ist. Wer genau Adressat dieses Gebots ist, hängt allerdings von Festsetzungen des jeweiligen Systems ab, die wiederum rechtfertigungsbedürftig sind.

180 Siehe auch Feinberg, In Defense of Moral Rights, 2003, 45. Dazu Tasioulas 2004, 10, mit dem Einwand, es gebe Menschenrechte, bei denen ein rechtlicher Anspruch ausgeschlossen sei. Beispiele seien das Recht, an wichtigen Familienentscheidungen beteiligt zu sein, oder das Recht auf eheliche Treue. Jedoch ist zweifelhaft, ob diese Rechte, soweit sie bestehen, als Menschenrechte bezeichnet werden sollten. Selbst wenn es möglich sein sollte, eine solche Konzeption von Menschenrechten zu entwickeln, ist dies kein Einwand gegen eine Konzeption, die die Forderung rechtlicher Anerkennung als zentrales Merkmal von Menschenrechten ansieht.

181 Wird definitive Geltung betrachtet, gelten Menschenrechte also nicht notwendig ausnahmslos und unabhängig von positivrechtlichen Festsetzungen in jedem Rechtssystem. Anders Tasioulas 2004, 1.

II. Begründungsprobleme

Die Begründbarkeit von universell gültigen Menschenrechten, die für jeden Menschen in jeder Rechtsordnung gelten, ist umstritten. Gegenpositionen kritisieren die mangelnde philosophische Begründung der zugrundeliegenden naturrechtlich-metaphysischen Vorstellungen¹⁸² und die kulturelle Relativität der westlichen Menschenrechtsvorstellungen,¹⁸³ die in Gegensatz zu sozialistischen, feministischen, afrikanischen, asiatischen oder lateinamerikanischen Vorstellungen von Menschenrechten stünden.¹⁸⁴ Auch die mangelnde Durchsetzbarkeit wird beanstandet.¹⁸⁵ Letzteres betrifft allerdings nicht direkt die Begründung von Menschenrechten, könnte allerdings einen Einwand gegen deren Verbindlichkeit darstellen.

Bei den Einwänden eines kulturellen Pluralismus und der moralischen Diversität geht es nicht nur um die Existenz unterschiedlicher moralischer Auffassungen und Kulturen. Jede Kultur hat auch das Recht, eigene normative Maßstäbe zu entwickeln, also das Recht zu politischer Autonomie. Diese Maßstäbe könnten von Prinzipien der Menschenrechte abweichen. Kulturelle und politische Autonomie könnten also in Konflikt mit der Idee der Menschenrechte stehen. Allerdings impliziert die Tatsache, dass Menschenrechte in verschiedenen Rechtskulturen unterschiedlich beurteilt und interpretiert werden, nicht, dass diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen auch gerechtfertigt sind. Die entscheidende Frage ist, ob eine Begründung von Menschenrechten als universell gültige Rechte möglich ist.

1. Menschenrechte und Menschenwürde

Ein Begründungsansatz sieht die Grundlage universell gültiger Menschenrechte in der dem Menschen innewohnenden Würde.¹⁸⁶ Es gibt jedoch

182 Geuss, *History and Illusion in Politics*, 2003, 47; Frick, *Relativismus und Menschenrechte*, in: EWE 24 (2013), 159ff.

183 Dazu Sieckmann, *Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights*, 2001, 235ff. Zum Problem moralischer Diversität auch Ernst 2012, 231ff., 236ff.

184 Dazu Frick 2013, 161; Tasioulas 2004, 5; Sieckmann 2018a, 250.

185 Siehe Geuss 2001; O'Neill, *Bounds of Justice*, 1999, 135. Dazu Tasioulas 2004, 6f.

186 Siehe auch Sieckmann 2018a, 251; Mertens, *A Philosophical Introduction to Human Rights*, 2020, 56ff.

unterschiedliche Vorstellungen von Menschenwürde.¹⁸⁷ Eine für die Begründung von Menschenrechten relevante Sicht verweist auf eine gottgewollte Sonderstellung des Menschen, etwa als besondere Stellung des Menschen im Universum (Cicero) oder als Gottesebenbildlichkeit.¹⁸⁸ Die Einbindung in einen theologisch-weltanschaulichen Zusammenhang ist jedoch nicht allgemein zustimmungsfähig.¹⁸⁹ Eine andere, rationalistische Begründung sieht die Grundlage der Menschenwürde in der Autonomie des Menschen, in der der Wert der Menschheit zum Ausdruck komme (Kant). Es wird jedoch bezweifelt, ob der Menschheit als solcher ein absoluter Wert zukommt, ob dieser als Zweck in jedem Individuum verwirklicht werden muss und ob der Wert im Vernunftgebrauch oder aber in etwas Anderem besteht. Es fehle an einem objektiven Maßstab, dies zu beurteilen.¹⁹⁰ Der rationalistische Ansatz wirft zudem die Frage auf, wie Menschenwürde im Fall von Menschen zu verstehen ist, die nicht die Fähigkeit zu autonomem Urteilen oder Handeln besitzen.

Die Berufung auf Menschenwürde scheint als Begründungsansatz nicht weiterzuführen, sondern eher weitere Begründungsprobleme zu erzeugen. Hinzu kommt die inhaltliche Unbestimmtheit der Idee der Menschenwürde. Die Anerkennung eines Eigenwerts des Menschen bestimmt noch nicht, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind. Es gibt unterschiedliche Interpretationen von Menschenwürde, deren Grundlage offen bleibt. Substantielle Interpretationen von Menschenwürde lösen daher das Problem der Begründung von Menschenrechten nicht, sondern sind selbst begründungsbedürftig.

2. Anthropologische Begründungen

Als anthropologisch sollen Begründungen bezeichnet werden, die sich auf bestimmte, Menschen zukommende Eigenschaften stützen. Es gibt verschiedene Ansätze dafür: Grundbedürfnisse,¹⁹¹ mehr oder weniger funda-

187 Dazu Sensen, *Kant's Conception of Human Dignity*, *Kant-Studien* 100 (2009), 309ff.; Mertens 2020, 57ff.; Rosen, *Dignity*, 2012, 125ff.

188 Dazu Mertens 2020, 58; Frick 2013.

189 Dazu Frick 2013, 165.

190 Frick 2013, 166.

191 Miller, *Grounding Human Rights*, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 15 (2012), 407-27; Waldron *The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" versus "Needs"*, in: *The Journal of Ethics*, 4 (2000), 115-135.

mentale Interessen,¹⁹² Fähigkeiten,¹⁹³ der Umstand, dass Menschen Ziele verfolgen¹⁹⁴ oder Akteure sind.¹⁹⁵ Gegenüber Interpretationen der Menschenwürde scheinen diese Ansätze jedenfalls weniger beliebig und ideologieabhängig zu sein.

Die empirischen Annahmen dieser Ansätze sind allerdings hinsichtlich ihrer Allgemeingültigkeit fraglich, oder sie sind so inhaltsleer (wie die Annahme, dass Menschen zielgerichtet handeln), dass sie kaum etwas begründen können. Wird andererseits angenommen, dass menschenrechtsbegründende Bedürfnisse, Interessen oder Fähigkeiten nicht bei allen Menschen gegeben sein müssen, ist wiederum fraglich, warum lediglich auf anthropologisch begründete Aspekte abgestellt wird und nicht den einzelnen Menschen überlassen wird, welche Forderungen sie geltend machen. Auf anthropologische Annahmen käme es dann nicht an.

Anthropologische Ansätze haben zudem das Problem, dass sie aus deskriptiven Merkmalen von Menschen normative Folgerungen abzuleiten versuchen.¹⁹⁶ Damit sind sie dem Einwand eines unberechtigten Übergangs von deskriptiven zu normativen Aussagen, also dem eines Sein-Sollen-Fehlschlusses, ausgesetzt.¹⁹⁷ Damit wird nicht die Relevanz empirischer Annahmen für die Begründung von Menschenrechten bestritten.

192 Griffin, *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society* CI, 2001, 1ff. (dazu Tasioulas 2004); Höffe, *Transzendentaler Tausch*, 34ff. (dazu von Harbou, *Empathie als Element einer rekonstruktiven Theorie der Menschenrechte*, 279ff.); Nussbaum, *Women and Human Development*, 2000 (dazu Tasioulas 2004).

193 Nussbaum, *Capabilities and Human Rights*, in: *Fordham Law Review* 66 (1997), 273-300; Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, in: *Philosophy & Public Affairs* 32 (2004), 315-56; ders., *Human Rights and Capabilities*, in: *Journal of Human Development* 6 (2005), 151-166. Kritisch zu Sen Raz 2007, 16. Sen beschränkt Menschenrechte allerdings nicht auf den Aspekt der "capabilities" im Sinne faktischer Freiheit, sondern betont auch den Verfahrensaspekt von Menschenrechten, siehe Sen 2009, 371.

194 Gewirth, *The Epistemology of Human Rights*, in: *Social Philosophy & Policy*, 1 (1984), 1-24.

195 Griffin 2008, 33 (als Explikation von "personhood").

196 Auf die Theorie von Griffin trifft dies allerdings nicht zu, da er explizit "personhood" als Wert einführt. Siehe Griffin 2008. Damit stellt sich allerdings das Problem der Begründung seiner Werttheorie.

197 Zu Gewirth Raz 2007.

Um mit diesen anthropologischen Annahmen Menschenrechte zu begründen, müssen jedoch weitere, normative Prämissen vorausgesetzt werden.¹⁹⁸

3. Diskursiv-existentialistische Menschenrechtsbegründung

Ein Ansatz, der von normativen Prämissen ausgeht, ist die diskurstheoretische Begründung von Menschenrechten bei Robert Alexy.¹⁹⁹ Praktische Diskurse haben transzendentallogische Voraussetzungen. Dazu gehört insbesondere die Anerkennung des Rechts eines jeden auf freie, gleiche und herrschaftsfreie Teilnahme an Diskursen. Diese Rechte im Diskurs bestimmen zwar nicht unmittelbar Handlungsnormen außerhalb von Diskursen. Aber um Diskurse zu realisieren, müssen bestimmte Rechte auch unabhängig von Diskursen anerkannt werden.

Die Alexysche Begründung ist allerdings nicht vollständig transzendentallogisch,²⁰⁰ sondern setzt letztlich eine existentielle Entscheidung voraus, sich auf Diskurse und die Frage nach dem normativ Richtigen oder Gebotenen einzulassen. Auch wenn es schwer vorstellbar ist, dass jemand tatsächlich jeder Frage nach dem Richtigen oder Gebotenen ausweichen könnte, bleibt eine Lücke - ein existentialistisches Element - in der Alexyschen Begründung.²⁰¹

Im Bereich der Rechtsphilosophie ist diese Begründungslücke jedoch ohne Bedeutung. Rechtssysteme erheben begrifflich notwendig normative Ansprüche.²⁰² Damit müssen die Voraussetzungen praktischer Diskurse in ihnen notwendigerweise anerkannt werden.

Problematisch erscheint die Alexysche Begründung unter einem anderen Aspekt. Der Anspruch auf Richtigkeit, von dem Alexy ausgeht, ist ein

198 Siehe auch von Harbou 2014, 359, sowie 283 zu Höffes Konzeption eines transzendentalen Tauschs.

199 Alexy 1995a, 127ff. Dazu auch von Harbou 2014; Hapla, The Problem of Recognition of Human Rights: Does Explicative-Existential Justification Really Work?, in: *Archiwum Filozofii Prawa I Filozofii Społecznej*, Journal of the Polish Section of IVR, 2021/2, 5-15, DOI: <https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2021.2.5>

200 Weitergehende transzendentalpragmatische Begründungsansätze versuchen auch zu zeigen, dass die kommunikativen Voraussetzungen des Diskurses notwendig anzuerkennen sind und zur Begründung von Rechten führen. Siehe Apel, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, 1973; Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* 1983, 86ff.; Nino 1991. Diese Versuche sind allerdings begründeter Kritik ausgesetzt.

201 Zu dieser Begründungslücke auch von Harbou 2014, 302; Hapla 2021, 6.

202 Zum Rechtsbegriff Sieckmann 2018a, 8.

kognitiver Anspruch. Diskursteilnehmer müssten demnach jedenfalls implizit behaupten, die von ihnen vorgebrachten normativen Aussagen seien richtig im Sinne von wahr oder einem wahrheitsähnlichen Anspruch. Wenn die Begründung von Normen aber von Diskursen abhängt, können einzelne Diskursteilnehmer keine Aussagen mit dem Anspruch auf eine wahrheitsanaloge Richtigkeit machen.²⁰³ Denn sie kennen das Ergebnis des Diskurses nicht. Sie können natürlich annehmen, dass der Diskurs ihre eigene Auffassung bestätigen wird. Aber damit müssten sie ein vom Diskurs unabhängiges Kriterium normativer Richtigkeit voraussetzen. Die diskurstheoretische Begründung von Menschenrechten bleibt damit unvollständig.

III. Menschenrechte und Autonomie

Die hier vorgeschlagene Begründung von Menschenrechten stützt sich auf eine formale Konzeption von Autonomie im Sinne der Abwägung normativer Argumente. Die Idee moralischer Autonomie, verstanden als Selbstgesetzgebung, ist die Grundlage jeder normativen Ordnung. Sie führt zur Notwendigkeit der Anerkennung bestimmter Autonomierechte. Sie müssen anerkannt werden, wenn eine Normbegründung möglich sein soll.²⁰⁴ Als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen bilden sie auch die Grundlage für die Begründung von Menschenrechten.²⁰⁵

1. Autonomierechte als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen

Autonomierechte, die als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung anerkannt werden müssen, sind zunächst moralische Rechte. Sie sind also allein aufgrund ihres Inhalts begründet und nicht auf Rechtssysteme, sondern den allgemeinen praktischen Diskurs bezogen. Welche

203 Dazu Sieckmann, Human Rights and the Claim to Correctness, 2007c, 195ff. Auch Alexy räumt ein, dass Diskursteilnehmer einen nicht-prozeduralen Begriff absoluter Richtigkeit voraussetzen müssten, allerdings nur als regulative Idee, die dem Diskurs eine Richtung gibt, Alexy 2007a, 348. Die Voraussetzung als regulative Idee erlaubt jedoch nicht, konkrete Aussagen als wahr zu behaupten.

204 Dazu auch Sieckmann 2018a, 234ff.

205 Siehe auch Sieckmann 2018a, 251ff.

Autonomierechte anerkannt werden müssen, ergibt sich daraus, was notwendig für eine autonome Normbegründung ist.

So muss im moralischen Diskurs das Recht anerkannt werden, eigene Interessen, Lebenspläne und Konzeptionen eines guten Lebens entwickeln und wählen zu können, also ein Recht auf persönliche Autonomie.

Das autonome Individuum bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, um zu bestimmen, was es will, und Respekt für seine Wünsche und normativen Vorstellungen zu fordern. Es ist auch nicht notwendig, dass es um Interessen geht, die von allen Menschen geteilt werden.²⁰⁶ Individuelle Interessen müssen nicht universell sein, um Schutz zu verdienen.²⁰⁷ Autonome Subjekte begründen normative Argumente, indem sie Forderungen der Respektierung ihrer Interessen stellen.

Definitive Rechte ergeben sich allerdings nicht unmittelbar aus individuellen Forderungen, sondern setzen normative Urteile voraus, die solche Forderungen, soweit sie legitim sind und damit normative Argumente konstituieren, gegeneinander abwägen. Zur Autonomie gehört daher auch das Recht, normative Argumente aufgrund individueller Interessen geltend zu machen, diese gegeneinander abzuwägen und zu Abwägungsurteilen zu gelangen, die von anderen wiederum als Argumente zu berücksichtigen sind.

Das Recht, Forderungen zu stellen, normative Urteile zu bilden und damit normative Argumente zu konstituieren, stellt eine Form einer normativen Kompetenz²⁰⁸ dar. Es gewährt eine Position, durch eigene Akte Normen in Geltung zu setzen. Diese Normen gelten als normative Argumente.²⁰⁹ Andere Akteure sind verpflichtet, diese normativen Argumente zu beachten und in Abwägungen zu berücksichtigen.

Diese Kompetenz hat allerdings wiederum Voraussetzungen. Die geltend gemachten Interessen müssen legitim sein. Es muss also theoretisch

206 Anders Mertens 2020, 14; auch 66 zu Kant; Griffin 2008, 8-9, 22 (dazu Raz 2007, 4f.).

207 Alle spezifischen Interessen lassen sich allerdings einem allgemeinen Interesse an einem guten Leben zuordnen. Dieses Interesse wäre bei allen Menschen gegeben, wenn auch mit unterschiedlichen Inhalten.

208 S.o., 1. Teil vor § 1; § 1 I 1. Dazu auch Sieckmann 2009a, 105.

209 Normative Argumente stellen also Normen dar. Dies entspricht einem semantischen Normbegriff, der Normen als Bedeutung von Normsätzen definiert (dazu Sieckmann 1990, 25ff.; 2009, 27). Es gibt andere Verwendungsweisen, die "Prinzipien" oder "Grundsätze" nicht als Normen ansehen. Sie erscheinen jedoch nicht zweckmäßig. Dazu Riechelmann, Sind Grundrechte keine Normen?, in: Rechtstheorie 37 (2006), 381ff.

möglich sein, dass andere autonome Subjekte darauf gestützte Forderungen akzeptieren können. Dies wäre ausgeschlossen, wenn sich Forderungen direkt gegen die Autonomie anderer autonomer Subjekte richten.

So können Interessen zu morden, zu rauben oder zu vergewaltigen keine legitimen Forderungen darstellen, da sie bereits begrifflich die Verletzung der Autonomie anderer Individuen einschließen.

Darüber hinaus sind im Rahmen einer Normbegründung nur Forderungen legitim, die selbst wiederum die Interessen anderer autonomer Subjekte berücksichtigen. Normbegründungen müssen auf die Zustimmung autonomer Subjekte zielen. Die vorgeschlagenen Normen müssen daher für alle Beteiligten zustimmungsfähig sein. Rücksichtslose Forderungen können von anderen autonomen Subjekten vernünftigerweise nicht akzeptiert werden.

So könnte etwa ein Anspruch, sich exklusiv Ressourcen anzueignen, auf die auch andere angewiesen sind, nicht von allen Beteiligten akzeptiert werden und stellt daher kein relevantes Argument in einer Normbegründung dar. Auch wenn es nicht direkt gegen die Autonomie anderer gerichtet ist, ist es in einem Normbegründungsdiskurs nicht zustimmungsfähig, weil es nicht die Interessen anderer autonomer Subjekte berücksichtigt.

Über die Bereitschaft, Interessen anderer autonomer Subjekte zu berücksichtigen, hinaus ist zudem zu fordern, dass deren Interessen als grundsätzlich gleich wichtig behandelt werden.²¹⁰ Auch eine grundsätzliche, nicht sachlich begründete Abwertung der eigenen Interessen gegenüber denen anderer Subjekte werden autonome Subjekte vernünftigerweise nicht anerkennen.

Auf einer zweiten Stufe sind normative Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu bilden. Diese Urteile sind zunächst subjektiv, nicht objektiv gültig. Verschiedene autonome Subjekte können zu unterschiedlichen Urteilen gelangen. Dennoch gehört zur individuellen Autonomie das Recht, solche individuellen normativen Urteile zu bilden. Für andere autonome Subjekte haben solche Urteile die Konsequenz, dass sie als Forderung, bestimmte Normen als definitiv gültig anzuerkennen, zu berücksichtigen sind. Autonome Urteile haben somit anderen autonomen Subjekten gegenüber wiederum den Status normativer Argumente.

Auch auf der Ebene normativer Urteile ist wiederum die Bereitschaft notwendig, sich mit den Urteilen anderer autonomer Subjekte auseinanderzusetzen und diese bei der Beurteilung, welche Norm als definitiv gültig anerkannt werden soll, zu berücksichtigen. Damit sind Urteile höherer

210 Siehe auch Habermas 1994, 139: im gleichmäßigen Interesse aller.

Stufe notwendig, die zwischen kontroversen normativen Urteilen abwägen. Moralische Autonomie bedeutet, an der Bestimmung verbindlicher Normen in einem solchen Prozess intersubjektiver Reflexion mitzuwirken. Für Individuen impliziert dies das Recht, an einem solchen - notwendig diskursiven - Prozess teilzunehmen. Sie müssen nur solche Normen als verbindlich akzeptieren, deren Geltung in einem Prozess intersubjektiver Reflexion begründet worden ist und die autonome Subjekte daher vernünftigerweise als verbindlich akzeptieren müssen.²¹¹

Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung erfordert demnach die Anerkennung von zunächst vier Autonomierechten:

- (AR1) ein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Entwicklung eigener Interessen, Lebenspläne und normativer Überzeugungen,
- (AR2) ein Recht, normative Argumente und Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu entwickeln,
- (AR3) ein Recht, die Beachtung von normativen Argumenten und Abwägungsurteilen zu fordern sowie
- (AR4) ein Recht auf Beteiligung an einem Prozess der Selbstgesetzgebung einschließlich des Rechts, nur solchen Normen unterworfen zu werden, die auf diese Weise als verbindlich begründet worden sind.

Da sich die Notwendigkeit der Anerkennung dieser Rechte aus der Struktur autonomer Normbegründung ergibt, hängt ihre Existenz nicht davon ab, ob jemand sie wahrnehmen kann oder möchte. Als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen haben sie strikte Geltung. Es ist nicht ersichtlich, dass es Gründe geben könnte, die eine Einschränkung dieser Rechte rechtfertigen könnten.²¹² Würden sie beschränkt, wäre das Projekt der Normbegründung insgesamt in Frage gestellt. Das Ergebnis von Prozeduren, in denen diese Rechte nicht beachtet würden, könnte keine Verbindlichkeit beanspruchen, wäre also tatsächlich nicht als Normbegründung anzusehen.

211 Nelson, *Das System der philosophischen Ethik und Pädagogik*, 3. Aufl., 1970, 55; Raz, *Morality of Freedom*, 1986, 370, Fn. 2; Alexy 1995a, 131. Eine schwächere Formulierung im Sinne der Zustimmungsfähigkeit einer Norm findet sich bei Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, 49. Vgl. auch Koller 1997, 251.

212 Außer solchen, die notwendig für die Durchführung der Argumentation selbst sind.

Neben diesen aus der Struktur der Normbegründung abgeleiteten Rechten muss eine Konzeption autonomer Normbegründung den Schutz individueller Autonomie berücksichtigen, also Elemente enthalten, die gewährleisten, dass autonome Individuen ihre Autonomierechte tatsächlich wahrnehmen können. Daraus folgt

- (AR5) ein Recht auf Schutz individueller Autonomie und ihrer Voraussetzungen.

Dieser Schutz bezieht sich auf die vier genannten Aspekte autonomer Normbegründung. Sie werden geschützt durch Normen, die die Beeinträchtigung der Autonomie verbieten²¹³ und die Bereitstellung der Mittel fordern, die zur Realisierung der Autonomie notwendig sind. Da es um die tatsächliche Wahrnehmung von Autonomierechten geht, können Rechte auf Schutz individueller Autonomie allerdings auf Probleme stoßen, die eine Einschränkung rechtfertigen können. Sie haben damit zunächst prinzipiellen Charakter, können also gegen andere Belange abzuwägen sein.

Terminologisch lassen sich die Rechte auf Bildung normativer Argumente und Urteile (AR2), auf deren Beachtung durch andere Subjekte (AR3) und auf diskursive Beteiligung (AR4) einem Recht auf moralische Autonomie zuordnen. Die Rechte auf individuelle Selbstbestimmung (AR1) sowie auf die Verwirklichung individueller Autonomie (AR5) können als Recht auf persönliche Autonomie bezeichnet werden. Moralische und persönliche Autonomie können als Formen individueller Autonomie zusammengefasst werden.

2. Zur Notwendigkeit autonomer Normbegründung

Gegen die notwendige Anerkennung von Autonomierechten könnte eingewandt werden, menschliches Zusammenleben ohne Normen sei möglich. Menschen könnten in einem Naturzustand leben, in dem es keinerlei Normen gebe. Es ist fraglich, ob dies zutrifft. Selbst wenn es möglich sein sollte, ohne Normen zu leben, gibt es jedenfalls Menschen, die ihr Zusammenleben normativ gestalten. Sie richten Forderungen an andere, deren Legitimität und Verbindlichkeit einer Begründung bedarf. Damit müssen

213 Siehe auch Nino 1991, 137.

aber Autonomierechte, die notwendige Bedingung für Normbegründungen sind, als gültig anerkannt werden. Deren Geltung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich manche Menschen nicht an normativen Diskursen beteiligen. Selbst wenn dies möglich wäre, würde die Nichtbeteiligung an normativen Diskursen es ausschließen, normative Argumente vorzubringen. Die Positionen derjenigen, die sich am Diskurs nicht beteiligen, sind für die Normbegründung ohne Bedeutung. Sie können auch diskursiv begründbare Normen oder Rechte nicht in Frage stellen.

Statt Diskurse insgesamt zu verweigern, könnte die Beteiligung an normativen Diskursen nur eingeschränkt erfolgen und die Anerkennung bestimmter Personen oder Gruppen verweigert werden. Aber auch dies kann die dargelegte Begründung von Menschenrechten nicht in Frage stellen. Ohne die Anerkennung der gleichen und freien Beteiligung aller Betroffenen am Diskurs lassen sich Normen nicht begründen. Was immer sich in einem beschränkten Diskurs als normative Position durchsetzen würde, könnte keine Verbindlichkeit gegenüber denjenigen beanspruchen, die vom Diskurs ausgeschlossen werden. Eine weitere Folge wäre, dass auch für diejenigen, die am beschränkten Diskurs beteiligt sind, keine Verbindlichkeit begründet werden kann. Denn die dominierende Auffassung kann von jedem Diskursteilnehmer als unbegründet zurückgewiesen werden.

3. Die rechtliche Geltung von Autonomierechten

Die Anerkennung von Autonomierechten ist somit eine Bedingung der Möglichkeit autonomer Normbegründung. Für ihren Status als universell gültige Menschenrechte muss ferner gezeigt werden, dass jede Rechtsordnung diese Rechte anerkennen muss. Dies ergibt sich aus dem Anspruch auf normative Verbindlichkeit des Rechts. Der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts erfordert eine Rechtfertigung. Diese kann nur im Wege autonomer Normbegründung erfolgen. Damit müssen Autonomierechte von jeder Rechtsordnung auch als rechtliche Rechte anerkannt werden.

Allerdings ist mit der Notwendigkeit, die rechtliche Geltung von Autonomierechten anzuerkennen, noch nicht gesagt, welche Art der Geltung diese Rechte haben. Zunächst folgt aus der rechtlichen Geltung nur ein Berücksichtigungsgebot bei der Rechtsanwendung. Autonomierechte dür-

fen rechtlich nicht als irrelevant behandelt werden. Offen ist, ob sie prinzipielle oder gar definitive Geltung haben.²¹⁴

Prinzipielle rechtliche Geltung bedeutet, dass diese Rechte soweit wie möglich als definitiv rechtlich gültig anerkannt und im Rechtssystem realisiert werden sollen. Eine Beschränkung wäre rechtfertigungsbedürftig und nur aufgrund hinreichender Gründe zulässig. Dies erscheint für Autonomierechte plausibel. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Rechtsordnung die Realisierung solcher Rechte ohne hinreichenden Grund verweigern dürfte.

Definitive rechtliche Geltung bedeutet, dass ein Recht von den zuständigen Rechtsorganen tatsächlich angewendet und befolgt werden soll. Gegengründe können nicht mehr angeführt werden, weil diese bereits in Abwägungen berücksichtigt werden mussten, in denen die definitive Geltung des Rechts bestimmt wurde. Nicht alle Rechte, die als Autonomierechte bezeichnet werden können, haben definitiven Charakter. Dies gilt zunächst nur für solche Rechte, die Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen sind (Autonomierechte i.e.S.). Sie umfassen die Ausübung moralischer Autonomie sowie persönliche Autonomie, soweit sie zur Bildung normativer Argumente notwendig ist. Rechte zu persönlicher Autonomie können jedoch darüber hinausgehen, als Rechte zur freien Gestaltung des eigenen Lebens sowie zur Entwicklung einer autonomen Persönlichkeit. Diese Rechte können als Autonomierechte im weiteren Sinn bezeichnet werden. Sie fördern zwar die Möglichkeiten autonomer Normbegründung. Es kann aber Gründe geben, die ihre Einschränkung rechtfertigen.

4. Menschenrechte

Menschenrechte ergeben sich aus der Anwendung der Konzeption von Autonomierechten auf Menschen als autonome Individuen. Sofern die aufgeführten Autonomierechte von Menschen in Anspruch genommen werden, handelt es sich also um Menschenrechte.²¹⁵ Sie umfassen, der Konzeption der Autonomierechte folgend, somit

214 Zur Unterscheidung von Berücksichtigungsgeboten, prinzipiellen und definitiven Geboten Clérico 2001, 174.

215 Siehe auch Sieckmann 2018a, 251f.

- (MR1) ein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Entwicklung eigener Interessen, Lebenspläne und normativer Überzeugungen,
- (MR2) ein Recht, normative Argumente und Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu entwickeln,
- (MR3) ein Recht, die Beachtung von normativen Argumenten und Abwägungsurteilen zu fordern sowie
- (MR4) ein Recht auf Beteiligung an einem Prozess der Selbstgesetzgebung einschließlich des Rechts, nur solchen Normen unterworfen zu werden, die auf diese Weise als verbindlich begründet worden sind.
- (MR5) ein Recht auf Schutz individueller Autonomie und ihrer Voraussetzungen.

IV. Fazit

- (1) Menschenrechte sind moralisch begründete Rechte, die jedem Menschen zustehen und in jedem Rechtssystem notwendig gültig sind, sowie diejenigen Rechte, die aufgrund menschenrechtlicher Prinzipien als rechtlich notwendig begründet werden.
- (2) Menschenrechte sind Autonomierechte, die Menschen zustehen.
- (3) Autonomierechte werden aufgrund der Idee der Autonomie als Selbstgesetzgebung begründet. Diese bildet das Fundament jeder normativ begründeten rechtlichen Ordnung. Notwendige Bedingungen autonomer Normbegründung gelten notwendig auch rechtlich, jedenfalls als prinzipielle Forderung an das Recht.
- (4) Die Struktur der Autonomie als Selbstgesetzgebung und das darauf basierende Recht autonomer Subjekte, an Prozessen autonomer Normbegründung teilzunehmen, sind Bedingungen der Möglichkeit der Normbegründungen und daher Abwägungen nicht unterworfen.
- (5) Aus dem Recht auf Selbstgesetzgebung folgen Rechte auf die Möglichkeit der Entwicklung eigener Interessen und Vorstellungen eines guten Lebens, auf die Möglichkeit, frei Abwägungsurteile bilden zu können und auf die Beteiligung an Prozessen intersubjektiver Reflexion.
- (6) Hinzu kommen Rechte auf Schutz dieser Autonomierechte.

§ 5 Charakteristika von Menschenrechten

Menschenrechte sollen als überpositive Rechte gelten, die von allen Rechtsordnungen anzuerkennen und somit universell gültig sind. Sie sind moralisch begründet, gelten also aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit und unabhängig von positiver Rechtsetzung, sind andererseits aber auf das Recht bezogen, insofern sie rechtliche Geltung verlangen. Menschenrechte haben aufgrund dieses Bezugs zum Recht juristischen Charakter.²¹⁶

Menschenrechte haben demnach die allgemeinen Merkmale subjektiver Rechte.²¹⁷ Sie enthalten also dreistellige Relationen mit Rechteinhaber, Rechtheadressat und Gegenstand des Rechts.²¹⁸ Diese Elemente sind im Einzelnen genauer zu bestimmen. Ein anderer Aspekt ist, dass Menschenrechte nach einer verbreiteten Intuition strikte Schranken für staatliches Handeln setzen. Damit ist neben der Begründung von Menschenrechten als universell gültige Rechte fraglich, ob es sich bei ihnen um abwägungsfeste Rechte handelt, die Abwägungen nicht unterworfen werden können oder sich jedenfalls in Abwägungen stets durchsetzen.²¹⁹ Diese Frage betrifft die Geltungsweise von Menschenrechten. Schließlich werden Men-

216 Ernst, *Universelle Menschenrechte und moralische Vielfalt*, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, 2010, 98, bezeichnet als juristische Rechte nur solche, die positivrechtlich gewährleistet sind. Dies erscheint jedoch zu eng. Menschenrechte enthalten Forderungen an Rechtssysteme, mit denen deren Organe sich auseinandersetzen müssen. Sie haben damit die Struktur juristischer Rechte und gelten zudem notwendig in jedem Rechtssystem unabhängig von positiver Setzung.

217 Anderer Ansicht Chwaszcza, *Menschenrechte und Staatlichkeit*, 2013, 11. Sie lehnt die Annahme, Menschenrechte seien eine spezifische Teilklasse individueller Rechte ab, und vertritt die These, Menschenrechte seien "Legitimitätsstandards für Institutionen, denen eine besondere Rolle in Phasen der Transformation und Innovation institutioneller Strukturen zukommt". Es erscheint jedoch fraglich, ob dieser alternative Ansatz weiterführt. Forderungen individueller Rechte sind Ausgangspunkt autonomer Normbegründung, allein aufgrund objektiver Normen erscheint Normbegründung nicht möglich (dazu Sieckmann 2012, 128, 140).

218 Dazu Alexy 1985, 171.

219 So sollen individuelle Rechte generell Vorrang vor politischen Zielen haben, siehe die "rights as trumps"-These bei Dworkin 1978, xi, 92, 364ff.; ders., *Rights as Trumps*, in: Waldron (ed.), *Theories of Rights*, 1984.

schenrechte als fundamental bezeichnet. Was Fundamentalität von Menschenrechten bedeutet, ist ebenfalls zu präzisieren.

1. Elemente von Menschenrechten

Entsprechend der dreistelligen Struktur von Rechten sind Inhaber, Adressaten und Inhalt von Menschenrechten zu klären.²²⁰

1. Inhaber von Menschenrechten

Menschenrechte sind von Autonomierechten abgeleitet. Sie sind Autonomierechte, die Menschen zustehen. Autonomierechte sind ihrem Inhalt nach nicht auf Menschen beschränkt, sondern universelle Rechte: Jedem, der an autonomen Normbegründungen beteiligt ist, stehen diese Rechte zu. Faktisch sind zu ihrer Wahrnehmung nach gegenwärtigem Kenntnisstand nur Menschen in der Lage. Dieser Zusammenhang ist jedoch kontingent, nicht begrifflich.

Autonomierechte stehen jedem zu, der an Normbegründungen teilnimmt oder von ihnen betroffen ist. Es lassen sich demnach aktive und passive Beteiligung an Normbegründungen unterscheiden. Aktive Beteiligung besteht in der Teilnahme an Normbegründungsdiskursen.²²¹ Passive Beteiligung ergibt sich aus der Betroffenheit in Interessen, die bei Normbegründungen zu berücksichtigen sind. Dies ist relevant für die Begründung von Rechten nicht-autonomer Individuen. Zu unterscheiden sind ferner Rechte von Individuen und solche von Kollektiven oder Organisationen.

1.1. Autonome Individuen

Menschenrechte stehen zunächst allen Menschen zu, die an Normbegründungen aktiv beteiligt sind, die also autonome Urteile treffen. Für sie müssen Menschenrechte anerkannt werden, weil sie sonst mit guten Gründen normative Ansprüche zurückweisen könnten und damit eine Normbegründung nicht möglich wäre.

220 Dazu auch Sieckmann 2018a, 254-6.

221 Wenn von Beteiligung ohne weitere Qualifizierung die Rede ist, soll damit aktive Beteiligung gemeint sein.

Die Grundlage der Anerkennung von Autonomierechten autonomer Individuen ist, dass eine Normbegründung, die nicht auf die Zustimmung der Beteiligten zielt, nicht möglich ist. Voraussetzung der Begründung von Autonomierechten ist somit, dass die Rechtsträger Beteiligte sind, auf deren Urteil es im Prozess der Normbegründung ankommt. Dies wiederum setzt voraus, dass es sich um potentielle Normadressaten handelt. Kann jemand von einer Norm nicht betroffen sein, gibt es keinen Grund, warum die Geltung dieser Norm von dessen Zustimmung abhängen soll. Soll jemand hingegen einer Norm unterworfen sein, lässt sich dies nur begründen, wenn er vernünftigerweise dieser Norm oder jedenfalls dem Anspruch auf Verbindlichkeit dieser Norm zustimmen muss. Der Bereich der Inhaber von Autonomierechten entspricht also dem Geltungsbereich der Normen, die begründet werden sollen. Sollen Normen allen Menschen gegenüber gelten, sind auch universelle Menschenrechte als notwendige Bedingung dieser Normgeltung anzuerkennen.²²²

1.2. Nicht-autonome Individuen

Die Begründung von Menschenrechten aufgrund von Autonomierechten könnte zu dem Schluss führen, die Anerkennung von Menschenrechten setze die Fähigkeit zu autonomen Urteilen voraus. Diese Annahme wäre jedoch unzutreffend. Für die Begründung von Menschenrechten aufgrund der Idee der Autonomie kommt es nicht darauf an, ob jemand tatsächlich in der Lage ist, autonom zu urteilen.²²³ Das Recht dazu existiert unabhängig von der Fähigkeit, es auszuüben.

Soweit Autonomierechte nicht selbst ausgeübt werden können, etwa im Fall von Kleinkindern, lassen sich stellvertretend die Interessen und vermutlichen Urteile der Betroffenen in den Diskurs einführen. Auf dieser Grundlage können auch Menschenrechte nicht-autonomer Individuen begründet werden. Sie haben allerdings keine *a priori*-Geltung, da sie nicht aus der Struktur möglicher Normbegründungen abgeleitet werden, sondern zunächst tatsächlich geltend gemacht werden müssen. Werden solche Forderungen geltend gemacht, ist deren Berücksichtigung aber not-

222 Sollen Normen auch nicht-menschlichen Wesen gegenüber gelten, müssten auch ihnen Autonomierechte zuerkannt werden.

223 Die Verknüpfung der Frage der Rechtsträgerschaft mit der der Handlungsfähigkeit (siehe etwa Griffin 2008, 83ff.) geht daher fehl.

wendig, wenn nicht das Projekt der Normbegründung in Frage gestellt werden soll.²²⁴

1.3. Kollektive und Organisationen

Da Autonomie als Entscheidungsstruktur - in Form der Abwägung normativer Argumente - aufgefasst wird, kommt jeder als Träger von Autonomierechten in Betracht, der mit dieser Entscheidungsstruktur konfrontiert ist. Dies können neben Menschen auch Kollektive²²⁵ oder Organisationen sein.²²⁶

Auch Organisationen können somit Autonomierechte geltend machen, indem sie autonome Forderungen stellen und normative Urteile treffen. Allerdings erfordert dies die normative Zurechnung der Handlungen und Urteile autonomer Subjekte zu diesen Organisationen. Autonome Subjekte handeln dann als deren Organe. Diese Zurechnung erfordert Regelungen, etwa der Bestellung von Organen und ihrer Vertretungsmacht, ebenso wie die Existenz der Organisationen selbst. Solche Regelungen müssen in ihrem Inhalt nicht rechtlich notwendig sein, sondern können von Rechtssystem zu Rechtssystem variieren. Wenn Organisationen und

224 Gegen die Notwendigkeit der Berücksichtigung solcher stellvertretenden Forderungen könnte als Alternative angeführt werden, dass diejenigen, deren Interessen nicht berücksichtigt werden, als nicht normativ gebunden betrachtet werden. Diese Alternative führte allerdings dazu, dass Rechtssysteme Normativität nur gegenüber denjenigen beanspruchen könnten, die tatsächlich an Normsetzungen beteiligt waren. Grundlage könnten nur tatsächliche Vereinbarungen sein. Der Geltungsanspruch von Rechtssystemen ist aber nicht auf diejenigen beschränkt, die tatsächlich den betreffenden Normen zugestimmt haben oder jedenfalls am Verfahren beteiligt waren. Recht beansprucht Verbindlichkeit gegenüber allen in seinem Geltungsbereich, auch denjenigen, die nicht an Rechtserzeugungsverfahren beteiligt waren. Daraus ergibt sich auch, dass der Normativitätsanspruch des Rechts auch gegenüber nachwachsenden und künftigen Generationen gerechtfertigt werden muss. Dies impliziert den Schutz ihrer fundamentalen Interessen durch Menschenrechte.

225 Zu einer Theorie kollektiver Rechte Jovanović, *Collective Rights*, 2012.

226 In Betracht kommen auch nicht-menschliche Wesen oder Systeme künstlicher Intelligenz, sofern sie Abwägungen normativer Argumente vornehmen könnten. Darauf soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Zu diesem Problem Alexy, *Data y los derechos humanos*, in: Alexy/García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos*, 2007b, 85ff (deutsch: *Data und die Menschenrechte. Positronisches Gehirn und doppeltriadischer Personbegriff*, Vortrag vom 8.2.2000 an der CAU Kiel (pdf)).

Zurechnungsregeln existieren, kann aber die Anerkennung bestimmter Autonomierechte dieser Organisationen rechtlich notwendig sein.

Soweit für Organisationen Autonomierechte begründbar sind, handelt es sich bei ihnen gleichwohl nicht um Menschenrechte. Auch wenn Rechte von Organisationen mittelbar Rechte von Menschen sind, existieren diese Rechte erst aufgrund der normativen Zurechnung von Handlungen und Urteilen autonomer Subjekte zu diesen Organisationen. Dies begründet einen Unterschied zu Menschenrechten, dem auch terminologisch Rechnung getragen werden sollte.²²⁷ Aus dem gleichen Grund sollten auch "Menschenrechte der 3. Generation", die Staaten oder Völkern zugeschrieben werden, nicht als Menschenrechte bezeichnet werden.²²⁸ Solche Kollektive können Träger von Autonomierechten sein. Es wäre jedoch begrifflich nicht korrekt, solche Rechte als Menschenrechte zu bezeichnen.

2. Adressaten von Menschenrechten

Bei der Bestimmung der Adressaten von Menschenrechten sind zwei Fragen zu unterscheiden: wer kann grundsätzlich Adressat von Menschenrechten sein, und, wer ist Adressat bestimmter Menschenrechte? Die konkrete Bestimmung von Adressaten von Menschenrechten hängt von deren Inhalt und der Rechtfertigung der Verpflichtung der Adressaten ab, bestimmte menschenrechtliche Forderungen zu beachten. An dieser Stelle soll es um mögliche Adressaten von Menschenrechten gehen.

Adressaten von Menschenrechten sind nur diejenigen, die verpflichtet sind, prinzipielle menschenrechtliche Forderungen zu beachten.²²⁹ Es kann also adressatenlose menschenrechtliche Forderungen geben, wenn sich solche Forderungen zwar sachlich begründen lassen, aber niemandem gegenüber begründet werden kann, dass er prinzipiell verpflichtet ist, die-

227 Andererseits zur Neutralität des Rechte-Schemas gegenüber "Menschenrechten der 3. Generation" Alexy 1998, 245.

228 So auch Lohmann, Kulturelle Besonderung und Universalisierung der Menschenrechte, in: Ernst/Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, 2010, 36.

229 Eine definitive Pflicht zur Beachtung menschenrechtlicher Prinzipien bedeutet zunächst ein Gebot, diese Prinzipien in Abwägungen zu berücksichtigen. Ob sich daraus definitive Handlungspflichten ergeben, ist erst in Abwägungen zu bestimmen. Bei einer lediglich prinzipiellen Pflicht, menschenrechtliche Prinzipien zu berücksichtigen, kann diese Berücksichtigungspflicht selbst durch gegenläufige Prinzipien, etwa das persönlicher Autonomie, verdrängt werden.

se zu erfüllen.²³⁰ So wird sich kaum bestreiten lassen, dass prinzipiell geboten ist, ungerechte Zustände zu beseitigen. Aber es ist möglich, dass es niemanden gibt, der verpflichtet ist, dieses Gebot zu erfüllen.²³¹

2.1. Politische und moralische Konzeptionen von Menschenrechten

Eine offene Frage bei der Bestimmung des Adressatenkreises von Menschenrechten ist, ob sie sich lediglich an Rechtsorgane oder politische Institutionen richten oder grundsätzlich jeder Mensch auch Adressat von Menschenrechten sein kann. Je nach theoretischem Kontext erscheinen verschiedene Festlegungen möglich, die als politische oder als moralische Konzeptionen von Menschenrechten bezeichnet werden können.

Der historischen Funktion von Menschenrechten, politischer Gewalt Grenzen zu setzen, und ihrer normativen Funktion, notwendige Bedingungen für die Legitimität politischer Herrschaft aufzuzeigen, entspricht es, staatliche Organe oder andere Träger hoheitlicher Gewalt als Adressaten von Menschenrechten anzusehen. Die Anerkennung von Menschenrechten ist Voraussetzung der (vollständigen) Rechtfertigung politischer Herrschaft. Ohne die Anerkennung von Menschenrechten könnten Widerstand und Revolution rechtfertigbar sein.

In diesem Sinn sind Menschenrechte an Hoheitsträger adressiert. Dies grenzt sie von anderen moralisch begründbaren Rechten von Menschen ab, etwa dem Recht auf gleichen Respekt oder dem, nicht von anderen körperlich verletzt zu werden. Allerdings kann politische Gewalt nicht nur von Staaten ausgeübt werden, sondern auch von privaten Organisationen, die die Macht haben, politische Entscheidungen zu beeinflussen. Dies legt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von Menschenrechten nahe. Es entspricht der Idee der Menschenrechte, Schutz gegen Beeinträchtigung fundamentaler Interessen umfassend zu gewährleisten. Daher sind Menschenrechte auch an andere Adressaten zu richten, die die Macht haben, über das Leben von Menschen zu bestimmen. Dies können auch private Personen oder Organisationen sein.²³² Kriterium für die Bindung an Men-

230 Griffin 2008, 110, nimmt an, der Adressat eines Menschenrechts müsse angebar sein, könnte aber nicht-existent sein. Seine Diskussion leidet jedoch an der fehlenden Unterscheidung prinzipieller und definitiver Rechte und Verpflichtungen.

231 Dies schließt nicht aus, dass sich konkrete Gebote, bestimmte ungerechte Zustände zu beseitigen, an bestimmte Adressaten richten.

232 Offengelassen in Sieckmann 2001, 238.

schenrechte bleibt aber die Fähigkeit, politischen Einfluss auszuüben, also Normsetzungen zu beeinflussen.

Eine moralische Konzeption von Menschenrechten knüpft hingegen an den Charakter menschenrechtlicher Prinzipien als Voraussetzung von Normbegründungen an. Menschenrechtsprinzipien fordern die Anerkennung und Respektierung bestimmter Rechte. Diese Forderung richtet sich prinzipiell an jeden, der normative Entscheidungen trifft oder an ihnen beteiligt ist, also an jeden, der normative Ansprüche stellt und damit von anderen die Erfüllung dieser Ansprüche fordert. Die Begründung solcher Ansprüche setzt die Anerkennung menschenrechtlicher Prinzipien voraus.

Damit wird allerdings die Abgrenzung von Menschenrechten zu moralisch begründeten Rechten von Menschen fraglich. Menschenrechte würden ihre spezifische Bedeutung verlieren, wenn sie mit moralischen Rechten gleichgesetzt würden.²³³ Es erscheint nicht plausibel, jede Verletzung eines Rechts, das jedem Menschen zusteht, als Menschenrechtsverletzung zu bezeichnen. Allerdings führt die Geltung menschenrechtlicher Prinzipien für diejenigen, die an Normbegründungen beteiligt sind, noch nicht zu einer Gleichsetzung von Menschenrechten mit moralisch begründeten Rechten von Menschen. Denn rein faktische Verletzungen der Rechte anderer ohne Bezug zu Normbegründungen werden davon nicht erfasst.

Diese Abgrenzung wirft allerdings die Frage auf, warum rein faktische Verletzungen von Rechten - etwa eine Körperverletzung - als Menschenrechtsverletzung angesehen werden, wenn sie durch staatliche Organe erfolgen. Es scheint, dass unterschiedliche Konzeptionen von Menschenrechten verwendet werden und die politische Konzeption von Menschenrechten nicht lediglich ein spezieller Fall der moralischen Konzeption ist. Die Anwendung von Menschenrechten auf die Teilnahme an Normbegründungen bietet zwar eine systematisch schlüssige Bestimmung des Adressatenkreises von Menschenrechten. Allerdings erfasst sie die Funktion von Menschenrechten als Schutz gegen staatliche Gewalt nicht vollständig.²³⁴

233 Anders Borowski 2006, 87, der Menschenrechte als Rechte "aller gegen alle" versteht.

234 Zwar könnte versucht werden, sie als Grundkonzeption darzustellen, die die auf staatliche Organe begrenzte Konzeption einschließt. Es müsste etwa erklärt werden, dass eine Körperverletzung durch staatliche Organe als Menschenrechtsverletzung anzusehen, auch wenn nicht der Versuch gemacht würde, sie zu rechtfertigen, und es damit nicht um Normbegründung geht. Ein Ansatz dafür könnte sein, dass der Legitimitätsanspruch des Staates auch bei bloß faktischen Handlungen und damit normative Ansprüche in Frage stehen. Damit würde allerdings ein zentraler Bereich des Menschenrechtsschutzes nur indirekt erfasst.

Es sind demnach zwei Konzeptionen zu unterscheiden: Menschenrechte als Voraussetzung von Normbegründungen und Menschenrechte als Voraussetzung legitimer politischer Autorität. In beiden Fällen geht es um Voraussetzungen normativer Begründungen. Die Begründung legitimer politischer Autorität hat dabei weitere Voraussetzungen, die über die von Normbegründungen hinausgehen. Sie erfordert nicht nur korrekte Normbegründungen, sondern wird auch durch Normverletzungen in Frage gestellt. Ein Staat, der fundamentale Rechte seiner Bürger verletzt, verliert damit seine Rechtfertigung.

Damit können je nach theoretischem Kontext unterschiedliche Menschenrechtskonzeptionen adäquat sein. Die Verwendung einer politischen Konzeption hat dabei den Vorteil, dass sie voraussetzungsreicher und damit theoretisch fruchtbarer ist, also mehr Aussagen erlaubt. In den folgenden Kapiteln soll daher generell davon ausgegangen werden, dass Adressaten von Menschenrechten staatliche Organe sind. Dennoch bleibt es möglich, auch nicht-staatliche Akteure als Adressaten von Menschenrechten anzusehen.

2.2. Staatliche und nicht-staatliche Akteure

Festzuhalten ist, dass systematisch gesehen menschenrechtliche Prinzipien bei Normbegründungen anwendbar sind und damit an alle adressiert sein, die an Normbegründungen teilnehmen. Gleichwohl sind Staaten und staatliche Organe als Adressaten von Menschenrechten von besonderer Bedeutung, da es bei ihnen um die Legitimität ihres Herrschaftsanspruchs geht.

Aber auch nichtstaatliche Rechtsordnungen sowie Normenordnungen, die nicht den Charakter von Rechtssystemen aufweisen, z.B. interne Regelungen von Organisationen, sind durch menschenrechtliche Prinzipien gebunden. Demnach können auch private Organisationen, soweit sie normative Entscheidungen treffen, Adressaten von Menschenrechten sein.

Die Annahme der Geltung von Menschenrechten im Verhältnis Privater führt allerdings zu dem Problem, dass sich die Interessen verschiedener privater Rechtssubjekte gegenüberstehen, die sich jeweils auf Menschenrechte berufen können. In der Tat kollidieren menschenrechtliche Forderungen im Verhältnis Privater mit dem ebenfalls menschenrechtlich geschützten Interesse an individueller Freiheit. Insofern kollidiert der menschenrechtliche Anspruch gegen Private in vollem Umfang, nicht nur teilweise, mit einem gegenläufigen Anspruch. Es liegt auf dieser Seite ein

totaler, nicht nur partieller Konflikt vor. Dies ist aber durchaus möglich. Wie bei partiellen Konflikten ist eine Abwägung erforderlich, um einen Vorrang zwischen den kollidierenden Belangen festzulegen. Dabei ist zu bestimmen, inwieweit menschenrechtliche Forderungen den Anspruch auf individuelle Freiheit beschränken und als definitiv gültig anzuerkennen sind.

3. Gegenstände von Menschenrechten

Gegenstände von Menschenrechten können vielfältig sein. Inhaltlich können sie aufgrund von drei Begründungsansätzen identifiziert werden: als Autonomierechte (philosophische Begründung), als spezifische Forderungen autonomer Subjekte zum Schutz ihrer fundamentalen Interessen (individualistische Begründung) oder als Instrument zur Realisierung von Autonomie- oder Menschenrechten (institutionalistische Begründung). Diese Unterscheidung wird zur Grundlage der Systematisierung von Menschenrechten dienen.²³⁵

Eine andere Unterscheidung ist die von Freiheiten, Ansprüchen und Kompetenzen.²³⁶ Freiheiten enthalten Erlaubnisse. Sie erlauben, etwas zu tun oder nicht zu tun. Wenn etwas erlaubt und zugleich geboten ist, ist hingegen nicht von Freiheit zu sprechen.²³⁷ Das Gebot bestimmt die normative Situation. Ansprüche sind Rechte, von einem anderen etwas zu verlangen. Ihnen korrespondieren Pflichten der Rechtheadressaten, den Anspruch zu erfüllen. Kompetenzen ermöglichen, die rechtliche Situation aufgrund eigener Entscheidung zu beeinflussen. Sie entsprechen keiner deontischen Modalität, sondern ergeben sich aus bedingten Normen, deren Tatbestand die Vornahme einer auf Bestimmung der normativen Situation gerichteten Handlung ist und deren Rechtsfolge die Geltung einer Norm ist, die durch die betreffende Handlung bestimmt wird.²³⁸

Bei den Ansprüchen sind wiederum Rechte auf positive Handlungen und auf negative Handlungen (Unterlassungen) zu unterscheiden. Eine

235 Dazu das folgende Kapitel.

236 Siehe Alexy 1985, 171ff., allerdings in Bezug auf "Rechte auf etwas".

237 Es gibt die Bezeichnung als "positive Freiheit", aber dies trifft die normative Situation nicht. Zur Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969.

238 Sieckmann, *Structures of Legal Competences*, in: Spaak/Villa Rosas (eds.), *Legal Competence: Concept, Norms, Formalization, and Exercise* (2022, im Erscheinen).

spezielle Form von Rechten auf ein Unterlassen sind Rechte auf Nichtbeeinträchtigung bestimmter Positionen (Abwehrrechte). Bei den Rechten auf positive Handlungen können wiederum Rechte auf Schutz und Rechte auf Förderung unterschieden werden. Bei den Rechten auf Schutz geht es darum, ein bestehendes Rechtsgut vor Beeinträchtigungen zu schützen. Bei den Rechten auf Förderung geht es darum, einen noch nicht existierenden Zustand zu schaffen oder jedenfalls dazu beizutragen.

Zu den Rechten auf Förderung können auch "soziale Rechte" gehören. Der Begriff sozialer Rechte ist allerdings keineswegs klar.²³⁹ Soziale Rechte enthalten nicht nur Förderungsrechte, sondern schließen auch abwehrrechtliche Elemente ein. So kann das Recht auf ein Existenzminimum als Abwehrrecht interpretiert werden. Wird durch staatliche Organe das Existenzminimum - durch Tun oder Unterlassen - beeinträchtigt, kann dies als Beeinträchtigung der Menschenwürde angegriffen werden. Soziale Rechte können auch Freiheiten einschließen, etwa das Recht zu gewerkschaftlicher Betätigung.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, was das Spezifische von sozialen Rechten ist. Dies lässt sich zunächst für Ansprüche auf positives Handeln erklären. Bei positiven Ansprüchen kann es um die Zuordnung individueller Rechtspositionen oder um die Teilhabe an sozialen Institutionen gehen. Letztere können als soziale Rechte im engeren Sinn bezeichnet werden. So wäre ein Anspruch auf eine bestimmte medizinische Behandlung eine individuelle Rechtsposition, der Zugang zu den Leistungen einer Krankenversicherung eine Teilhabe an einer sozialen Institution. Das Recht auf Teilhabe ist ein Anspruch auf positives Tun, nämlich auf die Gewährung von Zugang zur betreffenden Institution. Diese Teilhabe kann wiederum Rechte verschiedener Struktur einschließen und insgesamt abwehrrechtlich geschützt sein. Soziale Rechte im weiteren Sinn sind dann alle Rechte, die auf soziale Rechte im engeren Sinn bezogen sind.

Eine Besonderheit von Teilhaberechten ist, dass sich die weiteren Ansprüche nach den Regeln der betreffenden Institution richten und damit nicht unmittelbar menschenrechtlich begründet sind. Diese Regeln können allerdings wiederum durch menschenrechtliche Prinzipien bestimmt oder beeinflusst werden. Ist die Anerkennung bestimmter Rechte in der betreffenden Institution aufgrund menschenrechtlicher Prinzipien geboten, handelt es sich um menschenrechtlich begründete Rechte.

239 Zu sozialen Rechten De Fazio, *Teoría principalista de los derechos sociales*, 2019; Clérico, *Proportionality in Social Rights Adjudication*, in: Duarte/Sampaio (eds.), *Proportionality in Law*, 2018, 25ff.

II. Normative Gehalte von Menschenrechten

Menschenrechte sind eine Art von Normen, also durch einen spezifischen normativen Gehalt gekennzeichnet. Sie verlangen zunächst, wie Normen oder Rechte allgemein, Anerkennung, Anwendung und Befolgung. Dieser normative Gehalt kann wiederum in verschiedenen Varianten bestehen. Damit sind die unterschiedlichen Geltungsweisen von Menschenrechten angesprochen, insbesondere die von prinzipieller und definitiver Geltung.

Ein Charakteristikum von Menschenrechten könnte ihre strikte oder zumindest definitive Geltung sein. Dabei soll strikte Geltung als abwägungsunabhängig verstanden werden, definitive Geltung als Vorrang aufgrund einer Abwägung.²⁴⁰ In beiden Varianten wären Menschenrechte anderen politischen Zielen vorgeordnet und staatlichem Eingriff entzogen.

Ob Menschenrechte allerdings diesen strikten oder jedenfalls definitiven Charakter haben, ist fraglich. Universelle Gültigkeit von Menschenrechten impliziert zwar eine Immunität gegenüber Abwägungen insofern, als diese Menschenrechte in jedem Rechtssystem anerkannt werden müssen, diese Systeme also nicht über die Anerkennung von Menschenrechten entscheiden können. Daraus folgt allerdings noch nicht, dass Menschenrechte generell Abwägungen ausschließen. Sie können vielmehr auch lediglich prinzipiellen Charakter haben.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass Menschenrechte in Konflikt miteinander geraten können, so dass Abwägungen unvermeidbar werden.²⁴¹ Ferner sind nicht nur Menschenrechte schutzwürdige Belange. Kollektive Güter, etwa die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege oder des Gesundheitssystems, können in gleicher Weise schutzwürdig sein. Abwägungen sind damit nicht nur zwischen Menschenrechten, sondern auch im Verhältnis von Menschenrechten und dem Schutz kollektiver Güter notwendig.

Zur Notwendigkeit von Abwägungen trägt ferner die inhaltliche Ausweitung von Menschenrechten bei. Wird nicht nur ein Kernbereich liberaler Abwehrrechte gegenüber dem Staat garantiert, sondern ein möglichst umfassender und starker Schutz von Menschenrechten angestrebt, werden zudem soziale Rechte und andere Rechte auf positive Handlungen der Staaten anerkannt und ferner ein Schutz auch gegenüber nicht-staatlichen

240 Zur Unterscheidung strikter und definitiver Geltung Sieckmann 1990, 100. Im weiteren Sinn, hinsichtlich des unmittelbar handlungsleitenden Charakters, können allerdings auch strikt gültige Normen als definitiv gültig bezeichnet werden.

241 Siehe auch Meyers, *Inalienable Rights*, 1985, 3.

Adressaten angenommen, vervielfachen sich die Abwägungsprobleme. Die Vorstellung von Menschenrechten als abwägungsfester Kern des Rechts erscheint jedenfalls nicht generell haltbar.

1. Prinzipielle und definitive Rechte

Die Frage, ob es abwägungsfeste Menschenrechtsgehalte gibt, ist differenziert zu beantworten. Es kommt darauf an, um welche menschenrechtlichen Gehalte es geht.

Als Menschenrechte begründbar sind zum einen die genannten Autonomierechte,²⁴² zum anderen weitere Rechte, die aus Autonomierechten resultieren, weil autonome Subjekte diese Rechte fordern. Autonomierechte gelten als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung strikt und lassen Einschränkungen nur zu, wenn dies für die Realisierung von Normbegründungen notwendig ist. Einschränkungen aus anderen Gründen würden das Ziel der Normbegründung zur Disposition stellen. Dies könnte aus pragmatischen Gründen zu rechtfertigen sein, wenn die äußeren Umstände Normbegründungen nicht oder nur beschränkt zulassen. Sie lassen sich aber in einem normativ idealen System, in dem das, was geboten ist, auch erfüllt wird, nicht rechtfertigen.

Rechte, die von autonomen Subjekten gefordert werden, haben zunächst prinzipielle Geltung. Als Forderungen können sie mit anderen Belangen in Konflikt stehen und abzuwägen sein. Als prinzipielle Rechte sind sie jedoch von jedem anzuerkennen. Hinzu kommen Forderungen einer institutionellen Gewährleistung von Menschenrechten, die der Realisierung dieser Rechte, einschließlich der Durchführung von Begründungsverfahren, dient.

Aufgrund von Forderungen autonomer Subjekte oder institutionell begründeter Forderungen zur Realisierung von Menschenrechten lassen sich somit prinzipielle Rechte begründen. Da diese Forderungen in Konflikt mit anderen Forderungen treten können, begründen sie zunächst nur Rechte mit prinzipiellem Charakter sowie entsprechende Abwägungs- und Optimierungsgebote. Die Begründung definitiver Menschenrechte erfordert die Abwägung dieser prinzipiellen Rechte mit kollidierenden Prinzipien.

Hinsichtlich prinzipieller Menschenrechte sind weitere Differenzierungen möglich. So kann es normative Argumente für die Annahme bestimm-

242 S.o., § 4 III 4.

ter Menschenrechtsprinzipien geben, z.B. für die Annahme eines Rechts der allgemeinen Handlungsfreiheit. Andere Argumente können dieser Annahme entgegenstehen. Wenn sich die Gegenargumente durchsetzen, ist zwar prinzipiell geboten, ein prinzipiell gültiges Menschenrecht anzuerkennen. Dieses prinzipielle Recht gilt aber nicht definitiv als prinzipielles Recht. Prinzipielle Rechte können somit wiederum prinzipiell oder definitiv gelten. Eine weitere Frage ist, ob ein definitiv gültiges prinzipielles Recht sich in Abwägungen mit kollidierenden Argumenten durchsetzt und damit ein definitives Recht begründet wird.²⁴³

So lässt sich moralisch begründen, dass eine allgemeine Handlungsfreiheit anerkannt werden sollte.²⁴⁴ Prinzipiell soll also ein solches Recht gelten, allerdings zunächst als prinzipielles, abwägungsfähiges Recht. Es kann aber Gegenargumente geben, die dazu führen, dass ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit nicht anerkannt wird. Es wäre dann prinzipiell die verfassungsrechtliche Geltung eines prinzipiellen Rechts auf allgemeine Handlungsfreiheit geboten, aber nicht definitiv.

Festzuhalten ist somit, dass Autonomierechte weitgehend abwägungsfest sind und nur Einschränkungen unterworfen werden dürfen, die in der Ermöglichung der Argumentation selbst begründet sind. Auf Forderungen autonomer Subjekte gegründete, "spezifische" Menschenrechte haben hingegen zunächst prinzipiellen Charakter und können erst aufgrund von Abwägungen als definitive Rechte begründet werden und damit auch wieder in Abwägungen in Frage gestellt werden.

2. Einfache und exklusionäre Rechte

Als prinzipielle Rechte stellen Menschenrechte Gründe für Abwägungsurteile dar. Es ist allerdings fraglich, ob bloße Abwägungsgebote ausreichen, ein Menschenrecht zu begründen. Die Idee von Menschenrechten ist gera-

243 Die Unterscheidung prinzipiell und definitiv gültiger prinzipieller Rechte scheint im Bereich der Moral keine Anwendung zu finden. Sie würde eine Unterscheidung von Teilsystemen innerhalb der Moral erfordern. Dies ist zwar möglich, wenn empirisch verschiedene Moralsysteme unterschieden werden. In einer normativen Argumentation scheinen moralische Argumente hingegen stets anwendbar und nicht systemrelativ zu sein. Die Unterscheidung prinzipiell und definitiv gültiger normativer Argumente lässt sich demnach im Bereich der Moral nicht treffen.

244 Sieckmann 2018a, 262.

de, Eingriffe in das geschützte Gut auszuschließen.²⁴⁵ Abwägungen sollen hingegen bestimmen, inwieweit ein Gut definitiv geschützt wird, setzen also eine Befugnis voraus, über das geschützte Gut zu bestimmen. Ein Ansatz, diese Unverfügbarkeit von Menschenrechten zu erfassen, ist die Unterscheidung einfacher und exklusionärer Menschenrechtsprinzipien.²⁴⁶

Einfache Menschenrechtsprinzipien fordern möglichst weitgehende Realisierung im Konflikt mit anderen prinzipiell gültigen Forderungen. Dies führt jedoch dazu, dass individuelle Rechte als unbeschränkt abwägungsfähig behandelt werden und jeder kollidierende Belang zu ihrer Einschränkung führen könnte. Für einige Menschenrechte erscheint diese Konsequenz problematisch.

Gehört etwa zum Recht auf persönliche Autonomie, seinen Beruf und sonstige Tätigkeiten frei wählen zu können, könnte jemandem, der Kunst oder Philosophie studieren möchte, aber das Talent zu einem hervorragenden Chirurgen hätte, entgegengehalten werden, dass er mit seiner Tätigkeit als Chirurg zahlreiche Menschenleben retten könnte, während seine Befassung mit Kunst oder Philosophie keinen greifbaren Nutzen verspräche. Das Recht auf persönliche Autonomie als einfaches prinzipielles Recht würde einen solchen Einwand zulassen und dem Staat eine Abwägung mit kollidierenden Belangen erlauben. Es erscheint jedenfalls möglich, dass dies im Ergebnis dazu führen würde, dem Schutz von Menschenleben Vorrang gegenüber anderen Interessen der betreffenden Person zu geben. Eine solche umfassende Abwägung erscheint jedoch im Hinblick auf die Idee, dass Menschenrechte gegenüber staatlichem Zugriff geschützt und in gewissem Sinne "abwägungsresistent" sein sollen, problematisch.²⁴⁷

245 Zu diesem Verständnis von Menschenrechten Arai-Takahashi, *Proportionality*, 2013, 465f.; Tsakyrakis 2009, 489 (justification-blocking function); Dworkin 1984, 153-167; ders., 1978, 193; Nozick 1974, 28ff. (side constraints); Nagel, *Personal Rights and Public Space*, in: *Phil & Public Affairs* 24 (1995), 83, 86f.; Webber *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), 201; Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, 3.

246 Siehe auch Sieckmann 2018a, 257f.

247 Einen ähnlichen Einwand hat Rawls gegen utilitaristische Theorien vorgebracht. Die Verschiedenheit der Individuen von anderen werde nicht ernst genommen, wenn ihre Interessen unbeschränkt gegen die anderer Individuen abgewogen würden und von ihm verlangt werde, seine Interessen aufzugeben, soweit dies zur Erreichung eines Maximums an Interessenbefriedigung notwendig ist, Rawls 1971, 26f. Siehe auch Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, 204; Spector, *Autonomy and Rights*, 152ff.

Das Merkmal der Abwägungsresistenz führt zur Idee exklusionärer Menschenrechte. Jedenfalls manche Menschenrechte sind nicht einfach prinzipielle Rechte, die möglichst weitgehende Realisierung verlangen, sondern sind Rechte, die prinzipiell Abwägungen mit kollidierenden Belangen nicht unterworfen werden sollen. Exklusionäre Menschenrechte enthalten insofern prinzipielle Abwägungsverbote.

Es scheint, dass bereits aus der Struktur normativer Argumente ein prinzipiell exklusionärer Charakter folgt. Diese fordern die vollständige Anerkennung einer Freiheit oder eines Rechts als definitiv gültig.²⁴⁸ Es gilt etwa:

(1) Prinzipiell soll jeder frei über sein Leben bestimmen können.

Vollständige Anerkennung impliziert den Vorrang des betreffenden Prinzips. Abwägung setzt hingegen voraus, dass das Ergebnis offen ist und noch kein Vorrang eines der Prinzipien feststeht. Die Forderung vollständiger Anerkennung schließt daher ihrem Inhalt nach die Ergebnisoffenheit der Abwägung aus. Es gilt demnach auch:

(2) Prinzipiell soll die Freiheit, über sein Leben bestimmen zu können, nicht Abwägungen mit Gegengründen unterworfen werden.

Der Konflikt mit anderen normativen Argumenten führt allerdings zur Notwendigkeit einer Abwägung. Diese betrifft zunächst das prinzipielle Abwägungsverbot (2). Eine Abwägung des prinzipiellen Rechts auf Selbstbestimmung (1) ist erst möglich, wenn das prinzipielle Abwägungsverbot überwunden ist.

Demnach haben alle prinzipiell gültigen Menschenrechte als normative Argumente prinzipiell exklusionären Charakter, der aber aufgrund des Konflikts mit anderen Argumenten eingeschränkt werden kann. Dieser Konflikt erfordert die Abwägung der kollidierenden Argumente. Nur wenn menschenrechtliche Prinzipien in diesem Konflikt ihren exklusionären Anspruch aufrechterhalten können, begründen sie definitiv ein exklusionäres prinzipielles Recht. Dieses wäre, soweit der exklusionäre Charakter reicht, zugleich ein definitives Recht, da seine Geltung nicht durch Gegengründe in Frage gestellt werden kann. Kann hingegen der exklusionäre Anspruch nicht aufrechterhalten werden, bleibt nur ein einfaches prinzipielles Menschenrecht, das gegen kollidierende Argumente abzuwägen ist.

Es ist Gegenstand einer materialen Theorie der Menschenrechte zu bestimmen, welche Rechte definitiv exklusionären Charakter haben. Jedenfalls gilt dies für Autonomierechte, soweit ihre Einschränkung nicht aus

248 Zur Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote s.o., § 2 II 2.

Notwendigkeiten rationaler Argumentation selbst begründet wird.²⁴⁹ Bei spezifischen, mit individuellen Interessen begründeten Menschenrechten ist hingegen fraglich, welche Rechte definitiv exklusionären Charakter haben können. Als Ansatz bietet sich die Idee persönlicher Autonomie an.²⁵⁰ Das Recht, einem eigenen Lebensplan folgen zu dürfen, erfordert, dass eine Sphäre privater Lebensführung öffentlicher Einflussnahme entzogen ist. Es darf bei staatlichen Entscheidungen also nicht um die Frage gehen, ob bestimmten Formen der Ausübung persönlicher Freiheit gewichtigere Belange gegenüberstehen. Die Wahl etwa, erfolgloser Künstler zu sein oder als erfolgreicher Arzt Menschenleben zu retten, ist kein zulässiger Gegenstand staatlicher Abwägung. Jedoch bleibt die Frage, in welchem Umfang persönliche Autonomie prinzipiell Abwägungen entzogen sein soll.

Für eine allgemeine Handlungsfreiheit kann ein exklusionärer Charakter nicht angenommen werden. Denn wenn prinzipiell jeder tun darf, was er will, muss auch allen anderen zugestanden werden, beliebige Interessen zu verfolgen. In diesem Verhältnis kann niemand beanspruchen, dass seine Position privilegiert ist. Andererseits ist das Argument für die Annahme eines exklusionären Charakters um so stärker, je deutlicher der Bezug zum Bereich privater Lebensgestaltung ist. So ist die Berufswahl in erster Linie eine persönliche Angelegenheit, auch wenn sie Auswirkungen auf andere hat. Die Argumente für einen exklusionären Charakter von Rechten können somit mehr oder weniger stark sein.

Bei den institutionellen Voraussetzungen der Realisierbarkeit von Normbegründungen liegt es zunächst nahe, wie bei Autonomierechten einen exklusionären Charakter anzunehmen. Jedoch finden Normbegründungen unter realen Bedingungen statt und können daher mit anderen Forderungen kollidieren. Das menschliche Leben besteht nicht nur aus Normbegründungen. Daher wird sich ein exklusionärer Charakter der institutionell begründeten Menschenrechte nicht ohne Weiteres annehmen lassen.

Festzuhalten ist, dass menschenrechtliche Prinzipien zwar prinzipiell exklusionäre Rechte fordern, aber ein definitiv exklusionärer Charakter - außer im Fall der Autonomierechte - erst aufgrund von Abwägungen begründet werden kann.

249 S.o., II 1., zum definitiven Charakter von Autonomierechten.

250 Vgl. auch die Idee einer "normative authority" über das eigene Leben bei Schaber, *Human rights without foundations?*, 2012, 70.

III. Fundamentalität von Menschenrechten

Ein begriffliches Problem der Theorie der Menschenrechte ist, dass nicht alle moralisch begründbaren Rechte von Menschen als Menschenrechte angesehen werden können oder sollten.²⁵¹ Menschenrechte sollen fundamentale Rechte sein.²⁵² Was damit gemeint ist, ist allerdings keineswegs klar.²⁵³ Es sollte jedenfalls nicht in dem Sinn verstanden werden, dass keine Begründung von Menschenrechten möglich ist.²⁵⁴

Menschenrechte können als fundamental bezeichnet werden, weil ihre Geltung in jeder Rechtsordnung prinzipiell geboten ist.²⁵⁵ Sie bilden insofern eine Grundlage für die Gestaltung von Rechtssystemen. Auch der exklusionäre Charakter prinzipieller Menschenrechte kann als fundamental bezeichnet werden, weil prinzipielle Abwägungsverbote Rechtspositionen auszeichnen, die dem positiven Recht prinzipiell vorgegeben sind. Wenn von fundamentalen Rechten die Rede ist, wird damit allerdings häufig die besondere Wichtigkeit dieser Rechte betont. Sie soll zu einer Unverfügbarkeit für das Recht und die politische Ordnung,²⁵⁶ aber auch für das Individuum selbst²⁵⁷ führen. Demnach schützen Menschenrechte fundamentale Interessen von Individuen, etwa Leben, Freiheit von schwerem Leiden sowie einen Kernbereich der Autonomie,²⁵⁸ Interessen, die so wichtig sind, dass sie politischer Mehrheitsentscheidung entzogen sind,²⁵⁹ oder Interessen, die für den Einzelnen so wichtig sind, dass sie Vorrang vor anderen Belangen haben, was immer die Konsequenzen für andere aggregierte Werte seien.²⁶⁰

Das Merkmal der Wichtigkeit lässt sich mit dem Gebot der Geltung von Menschenrechten kombinieren, indem Menschenrechte als Rechte charakterisiert werden, die so wichtig sind, dass ihre verfassungsrechtliche Geltung in jedem Rechtssystem geboten ist. Ein Problem des Kriteriums

251 Siehe auch Ernst 2012, Anders Tasioulas 2004.

252 Siehe Alexy 1998, 251.

253 Dazu auch Sieckmann, Art. Fundamentalität, Unveräußerlichkeit, Unteilbarkeit, in: Pollmann/Lohmann (Hg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2012b, 165ff.

254 So aber Ernst 2012, 235.

255 Zu anderen Interpretationen Sieckmann 2018a, 259.

256 Menke/Pollmann 2007, 120.

257 Meyers 1985.

258 Alexy 1998, 251. Siehe auch Meyers 1985, 53ff.

259 Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, 1998, 142.

260 Vgl. auch Nino 1991, 33f.

der Wichtigkeit ist allerdings seine Unbestimmtheit, zum einen im Hinblick darauf, was als hinreichend wichtig gilt, um als Menschenrecht qualifiziert zu werden, zum anderen, was genau die Konsequenz aus dem Gebot ihrer verfassungsrechtlichen Geltung ist, etwa absolute Unverfügbarkeit, Beschränkung nur aus überragend wichtigen Gründen, nur mit qualifizierter Mehrheit oder nur einstimmig. Daher soll hier die Notwendigkeit rechtlicher Anerkennung als maßgebliche Charakterisierung der Fundamentalität von Menschenrechten dienen.

Menschenrechte sollen also als fundamental bezeichnet werden, weil jedes Rechtssystem verpflichtet ist, sie als rechtlich gültig anzuerkennen. Menschenrechte setzen sich also gegenüber der Autonomie von Rechtssystemen, ihre Inhalte selbst zu bestimmen, durch. Dies kann zur Anerkennung prinzipiell oder auch definitiv gültiger Menschenrechte führen, ferner zur Anerkennung einfacher oder exklusionärer prinzipieller Rechte. Die schwächste Variante ist die notwendige Geltung als einfache prinzipielle Rechte. Die zweite Stufe ist die notwendige Geltung als exklusionäre prinzipielle Rechte. Beide können zu definitiven Rechten werden. Die stärkste Variante ist die notwendige definitive Geltung eines Rechts.

Es gibt somit verschiedene Formen der Fundamentalität von Menschenrechten. Die Begründung ihres fundamentalen Charakters ergibt sich daraus, dass ihre Anerkennung Voraussetzung für die Legitimität des Rechts oder des politischen Systems sind.²⁶¹ Menschenrechtsprinzipien sind also solche, deren Verletzung möglicherweise zum Verlust der Legitimität der Rechtsordnung führen kann. Dies kann sich einerseits aus abwägungsunabhängigen Kriterien ergeben, insbesondere der Notwendigkeit der Anerkennung von Autonomierechten. Es kann sich aber auch aus einer Abwägung nach der Wichtigkeit der geschützten Interessen und Rechte ergeben. Sie müssen so wichtig sein, dass es Rechtsorganen in allen Rechtssystemen geboten sei, sie anzuwenden. Das Kriterium der Wichtigkeit hat insofern durchaus einen Bezug zur Fundamentalität von Menschenrechten. Fundamental sind Menschenrechte demnach insofern, als sie als Autonomierechte oder aufgrund ihrer Wichtigkeit notwendig von Rechtssystemen anzuerkennen sind.

261 Siehe auch Habermas 1994, 151ff., der allerdings von "Grundrechten" spricht.

IV. Fazit

- (1) Menschenrechte sind universell gültige Rechte von Menschen. Sie gelten notwendig für alle Menschen in allen Rechtssystemen.
- (2) Sie stehen allen Menschen zu, die an autonomen Normbegründungen beteiligt oder von ihnen betroffen sind. Es kommt nicht auf die Fähigkeit an, sich an Normbegründungen zu beteiligen.
- (3) Adressaten sind Rechtsorgane und andere Träger politischer Gewalt, können aber auch private Personen sein, die über politische Macht verfügen oder - allgemeiner - an Normbegründungen beteiligt sind.
- (4) Menschenrechte schließen Autonomierechte, spezifische Menschenrechte sowie Rechte auf die Gewährleistung von institutionellen Voraussetzungen der Möglichkeit der Begründung von individuellen Rechten ein.
- (5) Menschenrechte können prinzipielle oder definitive Rechte sein.
- (6) Es sind einfache und exklusionäre Menschenrechtsprinzipien und entsprechende prinzipielle Menschenrechte zu unterscheiden.
- (7) Menschenrechte sollen als fundamental bezeichnet werden, insofern sie prinzipiell in jedem Rechtssystem und insofern notwendig rechtlich gelten sollen.

§ 6 Systematik von Menschenrechten

Menschenrechte lassen sich in verschiedener Weise systematisieren. In dieser Untersuchung geht es um die Begründung von Menschenrechten aufgrund der Idee der Autonomie. Es lassen sich drei Begründungsansätze unterscheiden:²⁶²

- Die direkte Ableitung aus der Struktur autonomer Normbegründung (philosophische Begründung): Ohne die Anerkennung bestimmter "Autonomierechte" ist Normbegründung nicht möglich. Diese Rechte haben daher *a priori*-Charakter. Auf sie gegründete Rechte sollen als "allgemeine Menschenrechte" bezeichnet werden.
- Spezifische Forderungen autonomer Individuen hinsichtlich fundamentaler Interessen, Güter oder Rechte (individualistische Begründung): Forderungen autonomer Individuen sind von anderen autonomen Subjekten als normative Argumente anzuerkennen und begründen damit prinzipiell gültige Menschenrechte. Sie haben *a posteriori*-Charakter, da sie davon abhängen, welche Forderungen autonome Individuen tatsächlich geltend machen, und sollen als "spezifische Menschenrechte" bezeichnet werden.
- Institutionelle Voraussetzungen für die Begründung oder Ausübung von Menschenrechten (institutionalistische Begründung): Diese Rechte hängen von tatsächlichen Voraussetzungen für die Realisierung von Menschenrechten ab. Sie haben somit *a posteriori*-Charakter, sind allerdings unabhängig von spezifischen Forderungen autonomer Subjekte und können als "institutionelle Menschenrechte" bezeichnet werden.

I. Allgemeine Menschenrechte

Allgemeine Menschenrechte schließen Rechte auf moralische und persönliche Autonomie als Voraussetzung von Normbegründung ein. Ihre Anerkennung ist auch unabdingbar für die Begründung der Legitimität einer Verfassung und eines auf sie gegründeten politischen Systems. Jede legiti-

262 S.o., § 5 I 3; ferner Sieckmann 2018a, 260. Die folgende Darstellung weicht allerdings in verschiedenen Punkten von der früheren ab und ist zumindest deutlich differenzierter.

me Verfassung muss daher die Rechte autonomer Subjekte auf Entwicklung eigener Interessen und Lebenspläne sowie Bildung normativer Argumente und Urteile anerkennen. Sie darf Forderungen, die in Ausübung dieser Rechte erhoben werden, nicht als irrelevant behandeln.

Andererseits hängen Autonomierechte nicht davon ab, ob jemand sie geltend macht.²⁶³ Sie sind daher Konstruktionsprinzipien jeder legitimen Rechtsordnung. Sie gelten universell in einem starken, unbedingten Sinn, nicht nur in der Weise, dass sie stets anerkannt werden müssen, wenn sie geltend gemacht werden. Dies macht ihren Charakter als allgemeine, von individuellen Forderungen unabhängige Menschenrechte aus.

Unter den Autonomierechten ist die Anerkennung eines Rechts auf moralische Autonomie zentral. Als Voraussetzung für die Wahrnehmung moralischer Autonomie folgen Rechte auf individuelle Selbstbestimmung (persönliche Autonomie) und auf Partizipation an normativen Diskursen. Welche Inhalte mit diesen Rechten verbunden sind, ist weiter zu präzisieren.

1. Moralische Autonomie

Moralische Autonomie besteht darin, normative Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente zu treffen. Das Recht zu moralischem Urteilen impliziert, dass Prozesse normativer Urteilsbildung frei und ungehindert vollzogen werden dürfen. Es enthält verschiedene Elemente: die Freiheit zu moralischem Urteilen, die normative Kompetenz, Forderungen in Form normativer Argumente geltend zu machen, und das Recht, dass der Prozess normativer Urteilsbildung nicht beeinträchtigt wird.²⁶⁴ Diese Elemente finden sich in allen Teilen des Prozesses normativer Urteilsbildung: bei der Entwicklung normativer Argumente, bei der Bildung normativer Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente, wie auch im Hinblick auf die Teilnahme an Diskursen der Normbegründung.

263 Theoretisch wäre es möglich, dass autonome Subjekte kein Interesse hätten, ihre Autonomie auszuüben. Sie würden sich dann nicht an Normbegründungen beteiligen. Das Recht dazu müsste gleichwohl anerkannt werden.

264 Zu "Autonomierechten" s.o., § 4 III 1.

1.1. Schutzmodalitäten

Es lassen sich Abwehrrechte, Rechte auf Schutz und Rechte auf Förderung unterscheiden:²⁶⁵

- Rechte auf Nichtbeeinträchtigung des Gegenstands des Rechts (Abwehrrechte),
- Rechte auf Schutz gegen Beeinträchtigungen des Rechts seitens Dritter oder äußerer Umstände (Schutzrechte),
- Rechte auf Förderung der Realisierung des Rechts (Leistungsrechte).

Das Recht auf moralische Autonomie enthält zunächst Abwehrrechte, die Beeinträchtigungen der Fähigkeit und Möglichkeit zu autonomer Entscheidung verbieten. Darüber hinaus sind Rechte auf Schutz der Autonomie gegenüber Eingriffen seitens Dritter notwendig. Die lediglich formale Anerkennung moralischer Autonomie ohne Gewährleistung der Möglichkeit, sie tatsächlich auszuüben, wäre in einem rationalen Diskurs nicht zustimmungsfähig. Es muss also die Möglichkeit der effektiven Durchsetzung abwehrrechtlicher Ansprüche geben. Die Realisierung solcher Schutzrechte kann allerdings mit anderen Belangen kollidieren und ist daher zunächst nur als prinzipielles Recht zu gewährleisten.

Fraglich ist, ob auch Rechte auf Förderung individueller Autonomie zu den *a priori* anzuerkennenden Autonomierechten gehören. Nun setzt autonome Normbegründung nicht voraus, dass jeder Einzelne zu autonomem Urteilen fähig und in der Lage ist. Es genügt die Beteiligung derjenigen, die zu autonomen Urteilen fähig sind. Andererseits kann Verbindlichkeit von Normen nur denjenigen gegenüber beansprucht werden, deren Interessen bei der Normbegründung berücksichtigt worden sind. Auch diejenigen, die nicht zu autonomem Urteilen in der Lage sind, können von Normen betroffen sein. Ihre Interessen sind daher bei der Normbegründung zu berücksichtigen. Dies ist eine Forderung an autonome Subjekte. Jedoch können diese Interessen stellvertretend durch Dritte im Diskurs geltend gemacht werden. Die Möglichkeit autonomer Normbegründung setzt somit nicht voraus, dass alle Betroffenen zu autonomem Urteilen fähig sind und selbst am Diskurs teilnehmen. Daher lässt sich ein Gebot, dass die Fähigkeit zu autonomem Urteilen gefördert wird, nicht *a priori* begründen. Förderungsrechte mit dem Ziel, Autonomiedefizite einzelner Menschen zu beseitigen, lassen sich demnach nicht als notwendige Bedingung der Möglichkeit von Normbedingungen begründen.

265 Siehe auch Sieckmann 1998, 213f.; 2018a, 263; Alexy 1985, 173, 402ff.

Das Recht auf moralische Autonomie ist auf Normbegründung bezogen, also auf kommunikative Prozesse. Dementsprechend impliziert es in erster Linie kommunikative Freiheiten, insbesondere solche der Information, der Bildung von Überzeugungen, der Meinungsäußerung und des Geltendmachens von Forderungen. Es impliziert ferner normative Argumente für die Anerkennung von Rechten und korrespondierenden Pflichten Dritter auf Berücksichtigung und Respektierung dieser Forderungen.²⁶⁶ Über kommunikative Freiheiten hinaus erfordert autonome Normbegründung aber auch die Gewährleistung der bloßen Existenz der autonomen Subjekte, die an Normbegründungen teilnehmen. Normbegründungen müssen auf die Zustimmung der beteiligten autonomen Subjekte zielen. Dies setzt deren Existenz voraus. Ein prinzipielles Recht auf Leben autonomer Subjekte ist daher *a priori* anzuerkennen.

1.2. Autonomie und Menschenwürde

Autonomie kann als Grund der Anerkennung von Menschenwürde angesehen werden. Die Berücksichtigung und Respektierung der Interessen und Forderungen autonomer Subjekte allein, weil sie von ihnen geltend gemacht werden, lässt sich auch als die Achtung ihrer Würde bezeichnen. Die Würde autonomer Subjekte besteht darin, im dargelegten Sinn selbstgesetzgebend zu sein.²⁶⁷ Indem autonome Subjekte selbst normative Urteile und Forderungen entwickeln, sind sie "Zweck an sich selbst".²⁶⁸ Die Gültigkeit ihrer Forderungen bedarf keiner weiteren Begründung oder Ableitung aus übergeordneten Zwecken oder Werten. Da *a priori* begründete Autonomierechte für jede legitime politische Ordnung unantastbar sind, können sie als Kern der Garantie der Menschenwürde angesehen werden. Wird autonomen Subjekten ihr Status sowie die Wahrnehmung ihrer Autonomie grundsätzlich bestritten, verletzt sie dies in ihrer Würde.

266 Terminologisch entspricht dies Dworkins Recht auf "equal concern and respect", Dworkin 1978, 180ff., 272ff. Der Begründungsansatz ist allerdings ein anderer. Dennoch kann man in der hier vorgestellten Argumentation eine Bestätigung der Dworkinschen These sehen, dass das Recht auf gleiche Berücksichtigung und Respekt die Grundlage des gesamten Rechts ist.

267 Die Formulierung entspricht der Kants, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Akademie-Ausg., 1968, 440. Die Konzeption moralischer Autonomie ist jedoch eine andere.

268 In der Formulierung von Kant, a.a.O., 429.

Auf der Grundlage der Konzeption von Autonomierechten erscheinen folgende Forderungen als Gehalte der Garantie der Menschenwürde möglich:

- die Beachtung der Zustimmungsfähigkeit rechtlicher Regelungen für autonome Subjekte,
- die Respektierung von Autonomierechten,
- die Anerkennung von Menschen als Eigenwert oder Zweck an sich selbst.

Wenn autonome Individuen rechtlichen Regelungen unterworfen werden, die nicht ihre Zustimmung finden könnten, kann dies als Verletzung ihrer Würde bezeichnet werden. Sie werden nicht als autonome Subjekte behandelt, sondern als bloße Objekte der Regelungen.

Die Verletzung von Autonomierechten kann hingegen nicht ohne weiteres als Verletzung der Menschenwürde bezeichnet werden. Plausibel erscheint dies allerdings für eine absichtliche Verletzung, d.h. grundsätzliche Missachtung, dieser Rechte. Bloße Fehler bei ihrer Interpretation und Anwendung reichen hingegen nicht aus. Dies gilt erst recht für weitere, aus Autonomierechten abgeleitete Rechte. Die rechtliche Anerkennung spezifischer autonomer Forderungen ist ein Abwägungsproblem. Autonome Subjekte müssen hinnehmen, dass ihre Forderungen gegen andere legitime Belange abgewogen werden. Es ist nicht zu vermeiden, dass es dabei zu Fehlern kommen kann. Erst die grundsätzliche Missachtung ihrer Forderungen kann als ein Angriff auf ihre Würde angesehen werden. Entsprechendes gilt für definitive Rechte. Eine fehlerhafte Bestimmung definitiver Rechte ist ebenfalls nicht ohne weiteres eine Beeinträchtigung der Menschenwürde. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Recht autonomer Subjekte auf Berücksichtigung ihrer Forderungen grundsätzlich nicht anerkannt wird.

Die Anerkennung von Menschen als Eigenwert oder Zweck an sich selbst ist wiederum zu unbestimmt, als dass damit spezifische Gehalte verbunden werden könnten, die über das Kriterium der Zustimmungsfähigkeit und die grundsätzliche Anerkennung von Autonomierechten hinausgehen. Mit der Forderung, dass jeder einer Norm vernünftigerweise zustimmen könnte, und der Respektierung von Autonomierechten werden Menschen in gewisser Weise als Eigenwert oder Zweck an sich selbst behandelt. Normbegründungen werden nicht auf Werte oder Ziele gestützt, die außerhalb autonomer Individuen liegen. Das autonome Subjekt ist vielmehr Ausgangs- und Bezugspunkt der Normbegründung.

Festzuhalten ist somit, dass Menschenwürde die Anerkennung des Kriteriums der Zustimmungsfähigkeit sowie der grundsätzlichen Geltung von

Autonomierechten verlangt. Dieser formalen Konzeption der Menschenwürde entsprechend erschöpft sich der sachliche Gehalt der Menschenwürdegarantie in denjenigen Rechten, die sich aus der Grundstruktur autonomer Normbegründung ergeben. Die Anerkennung der Menschenwürde zeigt sich in der Respektierung der Autonomie und der grundsätzlichen Anerkennung der Rechte autonomer Subjekte.

Eine eigenständige, über diese formale Konzeption hinausgehende Bedeutung kommt der Konzeption der Menschenwürde allerdings bei der Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs von Menschenrechten zu.²⁶⁹ Menschenrechte können auch Menschen zuerkannt werden, die nicht oder nicht vollständig autonom sind und daher menschenrechtliche Forderungen nicht selbst geltend machen können. Sie können ihre Rechte also nicht über die Bedingung der Zustimmungsfähigkeit im Diskurs durchsetzen. Es ist daher nicht Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen, Rechte dieser Individuen anzuerkennen. Die Zuschreibung von Menschenwürde bedeutet dann, dass sie wie autonome Subjekte zu achten sind und daher für sie in gleicher Weise Menschenrechte anzuerkennen sind.

2. Persönliche Autonomie

Ein zweiter Aspekt individueller Autonomie ist das Recht auf persönliche Autonomie oder individuelle Selbstbestimmung. Wie bei der moralischen Autonomie²⁷⁰ ist persönliche Autonomie als Entscheidungsstruktur von der Fähigkeit, dem Interesse und dem Recht zu selbstbestimmten Entscheiden und Handeln zu unterscheiden. Persönlich autonom ist jeder, der mit Entscheidungsoptionen konfrontiert ist. Eine andere Frage ist, ob jemand die Fähigkeit hat, solche Entscheidungen zu treffen. Wieder eine andere Frage ist, ob ein Interesse an selbstbestimmten Entscheidungen besteht. Diese Aspekte sind wiederum unter der Perspektive relevant, was

269 Eine andere mögliche Anwendung einer Konzeption der Menschenwürde betrifft die Anerkennung von autonomen Subjekten, die nicht Menschen sind. Die strukturtheoretische Konzeption von Autonomie lässt die Möglichkeit nicht-menschlicher autonomer Subjekte offen. Es stellt sich dann die Frage, wer als gleichberechtigter Teilnehmer an Normbegründungen anerkannt werden soll. Diese Frage kann mit der Zuschreibung oder Negierung von Würde beantwortet werden.

270 S.o., I 1.

ein Recht auf persönliche Autonomie enthält und wie dies zu begründen ist.

Die folgende Analyse geht von der Frage nach einem Recht auf persönliche Autonomie aus. Fragen nach Begriff, Fähigkeit zu oder Interesse an persönlicher Autonomie werden also nicht direkt erörtert,²⁷¹ sondern nur soweit sie bei der Frage nach einem Recht auf persönliche Autonomie relevant werden.

Der Kern des Rechts auf persönliche Autonomie besteht in der Freiheit, über das eigene Leben zu entscheiden. Es liegt nahe, dass dies auch die Freiheit impliziert, nach der eigenen Entscheidung zu handeln. Jedoch ist begrifflich beides zu unterscheiden. Hinzu kommen Rechte auf Schutz oder Förderung persönlicher Autonomie. Zunächst geht es um die Freiheit zu selbstbestimmten Entscheidungen.

Es gibt verschiedene Begründungen für ein Recht auf persönliche Autonomie. Soll es sich in der hier vorgeschlagenen Systematik um ein "allgemeines" Menschenrecht handeln, geht es um dessen Anerkennung als notwendige Bedingung für die Möglichkeit einer Normbegründung. Eine andere Begründung stützt sich darauf, dass Individuen ein fundamentales Interesse an Selbstbestimmung haben. Diese Begründung gehört allerdings zur Gruppe der "spezifischen" Menschenrechte, da es um Forderungen von Individuen geht, die diese im Diskurs geltend machen, nicht um Voraussetzungen der Möglichkeit von Normbegründung. Zunächst geht es um die Freiheit selbstbestimmten Entscheidens als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung. Es muss also ohne weitere Information über Interessen, Bedürfnisse oder sonstige Eigenschaften von Menschen gezeigt werden, dass ohne Anerkennung dieser Freiheit eine Zustimmung autonomer Subjekte zum Ergebnis einer Normbegründung nicht zu erreichen ist.

Ohne die Anerkennung individueller Selbstbestimmung wäre in der Tat Normbegründung gegenstandslos. Normen schränken Freiheit ein. Wird nicht vorausgesetzt, dass individuelle Selbstbestimmung anzuerkennen ist, gäbe es keinen Grund, nach der Rechtfertigung von Normen zu fragen. Allerdings setzt die Frage nach einer Normbegründung lediglich voraus, dass individuelle Freiheit nicht generell abgelehnt wird, dass es also Fälle

271 Es geht also nicht um die Bestimmung des Begriffs personaler Autonomie, wie er in der philosophischen Diskussion verwendet wird (dazu Betzler 2013, 9ff.; Rössler 2017, 29ff.), oder um die Fähigkeit zu autonomem Handeln (dazu Rössler 2017, 43ff.), sondern um die Begründung von Rechten, die individuelle Selbstbestimmung betreffen.

gibt, in denen eine individuelle Freiheit grundsätzlich anzuerkennen ist.²⁷² Es folgt noch nicht die Anerkennung einer allgemeinen, umfassenden Freiheit, selbstbestimmt zu entscheiden.

2.1. Allgemeines Recht auf individuelle Selbstbestimmung

In der weitesten Interpretation schließt die Freiheit zu individueller Selbstbestimmung eine allgemeine Entscheidungsfreiheit autonomer Subjekte ein.²⁷³ Dazu gehört das Recht, über sein Leben zu bestimmen, sowie auch, nach der eigenen Entscheidung zu handeln.²⁷⁴ Die Anerkennung einer solchen umfassenden Freiheit ist allerdings umstritten. Eine Gegenposition hält nur spezifische, auf bestimmte Handlungsweisen bezogene Freiheitsrechte für möglich.²⁷⁵ Teils wird die begriffliche Möglichkeit einer umfassenden Freiheit bestritten. Teils wird die argumentative Relevanz bestritten, weil es kein Maß für eine umfassende Freiheit gebe oder diese kein Gewicht haben könne.

Demgegenüber ist zunächst zu präzisieren, was unter einem allgemeinen Freiheitsrecht verstanden werden soll. Es ist nicht zu sehen, warum eine Freiheit eines jeden, jede sein Leben betreffende Entscheidung selbst treffen zu dürfen, begrifflich nicht möglich sein sollte.²⁷⁶ Zudem können jedenfalls in manchen Fällen Aussagen, dass diese Freiheit in mehr oder

272 Zur Unterscheidung universeller und existentieller Freiheiten Sieckmann 1990, 40f.; 2020, 82f.

273 Alexy unterscheidet von einer allgemeinen Handlungsfreiheit eine noch weitere allgemeine Eingriffsfreiheit, Alexy 1985, 311. Ein Recht auf Eingriffsfreiheit setzt jedoch voraus, dass zunächst ein Gegenstand definiert wird, der subjektiv-rechtlich geschützt ist. Dann folgt das prinzipielle Verbot von Eingriffen aus dem so definierten Recht, nicht oder nicht notwendig aus dem Recht auf individuelle Selbstbestimmung.

274 Siehe etwa BVerfGE 6, 32, 36 - Elfes: Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als Recht, zu tun und zu lassen, was man will.

275 Zu dieser Diskussion Carter, *A Measure of Freedom*, 1999, 11, 18ff. Dabei geht es allerdings um Handlungsfreiheit. Diese wird nicht von Entscheidungsfreiheit unterschieden.

276 Siehe auch Carter 1999, 28, der "overall freedom" als Allquantifizierung "all conceivable specific freedoms" interpretiert. Dies entspricht allerdings der Interpretation im Sinne bloßer Handlungsmöglichkeiten. Das Argument stützt aber auch die Interpretation allgemeiner Handlungsfreiheit als Freiheit zu tun, was immer man will.

weniger hohem Maß beschränkt werde, sinnvoll sein.²⁷⁷ Dem Einwand, dass einem allgemeinen Freiheitsrecht eine Dimension des Gewichts fehle, die es erlaubte, es gegen andere Belange abzuwägen,²⁷⁸ ist entgegenzuhalten, dass die Entscheidung autonomer Subjekte über ihr Leben ungeachtet ihres Inhalts respektiert werden muss. Wird freie Entscheidung als solche als wertlos behandelt,²⁷⁹ wird der Eigenwert persönlicher Autonomie negiert. Deren Anerkennung ist aber notwendige Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung. Autonome Subjekte müssen die Möglichkeit haben, Interessen und Lebenspläne zu formulieren und in Form normativer Argumente geltend zu machen. Alles, was sie - in legitimer Weise - geltend machen, ist als Argument in einer Abwägung mit kollidierenden Argumenten zu berücksichtigen. Dies setzt voraus, dass sie selbst über ihre Interessen und Lebenspläne entscheiden können. Wird ihnen dieses Recht bestritten, haben sie einen guten Grund, das Ergebnis einer Normbegründungsprozedur nicht anzuerkennen. Die Freiheit zu individueller Selbstbestimmung muss also umfassend anerkannt werden, jedenfalls soweit sie Voraussetzung für die Bildung normativer Argumente ist.²⁸⁰

Daraus folgt allerdings noch nicht die Anerkennung einer allgemeinen Handlungsfreiheit. Während die Möglichkeit, Entscheidungen über das eigene Leben zu treffen, Voraussetzung für die autonome Bildung normativer Argumente ist, ist die Freiheit, diese Entscheidungen ausführen zu können, nicht Voraussetzung für die Möglichkeit autonomer Normbegründung.

277 Siehe auch Carter 1999, 28, in Bezug auf Handlungsfreiheit; Alexy 1985, 320. Im Übrigen ist die Graduierbarkeit des Norminhalts nicht Voraussetzung der Abwägungsfähigkeit, Sieckmann 1990, 73.

278 So Dworkin 1978, 319ff.; Griffin 2008, 159ff. Dazu auch Sieckmann 2018a, 262f.

279 So Pauer-Studer, *Autonom leben*, 2000, 11, die meint, Freiheit könne nicht mit Willkürfreiheit identifiziert werden und Freiheit als Wert setze Einschränkungen voraus. Nun ist Willkürfreiheit zwar nicht mit Freiheit identisch, daraus folgt jedoch nicht, dass die Freiheit zu beliebiger Entscheidung als solche nicht als Wert anerkannt werden könnte.

280 Im Sinne von Carter 1999, 36, wäre dies als "konstitutiv wertvoll" anzusehen, konstitutiv für die Möglichkeit von Normbegründung. Das Argument Carters (1999, 36f.) für eine "overall freedom" stützt sich darauf, dass diese Freiheit einen nicht-spezifischen, also nicht auf bestimmte Freiheiten bezogenen Wert habe. Dieser müsse "on balance" gegeben sein (61). Carter trifft damit der Sache nach eine Unterscheidung zwischen prinzipiell und definitiv gültigen Aussagen, macht aber keinen Gebrauch von prinzipiell gültigen Wertaussagen.

Allerdings impliziert eine Entscheidung über das eigene Leben die Forderung, diese Entscheidung auch ausführen zu können. Dies lässt sich *a priori*, ohne Kenntnisse spezifischer Interessen oder Forderungen autonomer Individuen, feststellen. Andererseits könnte man annehmen, dass Forderungen, eigene Entscheidungen ausführen zu können, erst existieren, weil und soweit autonome Individuum sie geltend machen, und dass deshalb keine *a priori*-Begründung vorliegt, sondern eine interessenbasierte *a posteriori*-Begründung. Letztere würde zur Begründung von spezifischen Menschenrechten führen, nicht von allgemeinen Menschenrechten. Jedoch setzt die Forderung, Entscheidungen über das eigene Leben auch ausführen zu können, nicht ein spezifisches Interesse eines autonomen Individuums voraus, sondern lediglich dessen Rationalität. Es wäre irrational, sich zu entscheiden etwas zu tun, aber diese Handlung nicht ausführen zu wollen. Das Interesse, eigene Entscheidungen ausführen zu können, ist somit rational notwendig und kann daher *a priori* und ohne weitere empirische Belege festgestellt werden. Damit lässt sich als allgemeines Menschenrecht die Freiheit begründen, selbstbestimmte Entscheidungen ausführen zu können, und somit eine prinzipielle allgemeine Handlungsfreiheit.

Somit ist das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit eine Implikation des Rechts auf allgemeine Entscheidungsfreiheit. Dabei geht es um Handlungsfreiheit als das Recht, für jede beliebige Handlung fordern zu können, sie tun zu dürfen. Davon zu unterscheiden ist ein Recht, jede beliebige Handlung tun zu dürfen. Es ist schon fraglich, ob ein Recht, beliebige Handlungen tun zu dürfen, ohne Bezug auf eine vorausliegende Entscheidung, etwas tun zu wollen, sinnvoll ist.²⁸¹ Jedenfalls wäre nicht zu sehen, welche normative Relevanz eine solche Freiheit haben sollte. Handlungsmöglichkeiten als solche haben keinen Wert, der ihre Ausübung schutzwürdig machte. Hingegen geht es bei der allgemeinen Handlungsfreiheit als Recht, zu tun und zu lassen, was man will, nicht um mögliche Handlungen als solche, sondern um die Möglichkeit, den

281 Es dürfte zum Begriff der Handlung gehören, dass das, was getan wird, unter einer bestimmten Beschreibung vom Handelnden beabsichtigt ist. Es kann Beschreibungen geben, unter denen eine Handlung vom Handelnden nicht beabsichtigt ist. Wenn es jedoch keine Beschreibung eines Vorgangs gibt, unter der dieser Vorgang als beabsichtigt beschrieben werden kann, liegt keine Handlung vor. Immer, wenn es um eine Handlung geht, muss demnach eine Entscheidung des Handelnden vorliegen, etwas tun zu wollen. Jede Beschränkung der Handlungsfreiheit impliziert damit eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Handelnden.

eigenen Willen zu realisieren. Dies erscheint als Ausdruck persönlicher Autonomie durchaus schutzwürdig.²⁸²

Eine Freiheit zu individueller Selbstbestimmung einschließlich einer allgemeinen Handlungsfreiheit lässt sich somit prinzipiell auf der Grundlage der Konzeption autonomer Normbegründung rechtfertigen.²⁸³ Es gilt damit:

- (1) Jeder hat prinzipiell die Freiheit, jede sein Leben betreffende Entscheidung selbst zu treffen.
- (2) Jeder hat prinzipiell die Freiheit, jede selbstbestimmte Entscheidung ausführen zu dürfen.

Die Anerkennung eines prinzipiellen Rechts zu individueller Selbstbestimmung impliziert, dass Beschränkungen dieser Freiheit einer Rechtfertigung bedürfen. Die Auffassung, dass die staatliche Gewalt autonome Handlungen ohne Rechtfertigung beschränken dürfte, ist mit dem Recht autonomer Subjekte, eigene Interessen und Lebenspläne zu entwickeln und zu realisieren, nicht vereinbar.

Das prinzipielle Recht auf individuelle Selbstbestimmung oder persönliche Autonomie lässt sich somit aufgrund der moralischen Autonomie der Betroffenen begründen. Es schließt eine umfassende prinzipielle Entscheidungs- und Handlungsfreiheit ein. Wer sich als autonom versteht, wird nur Normen akzeptieren, die die Freiheit, über die eigene Lebensführung zu bestimmen, nicht ohne hinreichenden Grund beschränken.

2.2. Differenzierungen

Ein Recht auf individuelle Selbstbestimmung ist damit als prinzipielles Recht *a priori*, also als allgemeines Menschenrecht, anzuerkennen. Es bleibt die Frage, welche Handlungen in diesem Sinn als selbstbestimmte, freie Handlungen gelten sollten.

Zunächst ist fraglich, ob nur Handlungen als frei angesehen werden sollten, die einem, wenn auch selbstbestimmten, Gesetz folgen.²⁸⁴ Die Bezeichnung als "Autonomie" legt dies mit der Übersetzung als "Selbst-

282 Siehe auch Alexy 1985, 325, mit einem Zitat von Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969, LX: "To be free to choose, and not to be chosen for, is an inalienable ingredient in what makes human beings human".

283 Dazu auch, allerdings weniger differenziert, Sieckmann 2018a, 262.

284 Im Sinne einer allgemeinen Regel oder einer *Maxime* im Sinne des kategorischen Imperativs Kants.

gesetzgebung" nahe, die als "Selbstbestimmung" hingegen nicht. Anders als bei der moralischen Autonomie gibt es bei der individuellen Selbstbestimmung über das eigene Leben keinen Grund, warum diese notwendig die Form eines Gesetzes annehmen müsste. Es genügt eine Entscheidung über das eigene Leben, die auf eine bestimmte Situation beschränkt sein kann. Daher sollte jede Entscheidung über das eigene Leben als prinzipiell schutzwürdig angesehen werden.

Sodann sind auch im Rahmen dieser Interpretation von Selbstbestimmung verschiedene Konzeptionen eines Rechts auf persönliche Autonomie möglich.²⁸⁵ So lassen sich unterscheiden:

- (1) ein Recht auf persönliche Autonomie im weitesten Sinne, d.h. zu jeder Entscheidung, die als eigene angesehen wird.
- (2) ein Recht auf persönliche Autonomie im weiteren Sinn, d.h. zu jeder Entscheidung, die zutreffend als eigene angesehen wird. Ausgeschlossen werden damit Entscheidungen, die seitens Dritter manipuliert sind, ohne dass dies dem Handelnden bewusst ist.
- (3) ein Recht auf persönliche Autonomie im Sinne von Entscheidungen, die Ausdruck der persönlichen Identität sind. Entscheidungen müssten also kohärent mit stabilen und reflektierten Präferenzen sein, die die persönliche Identität bestimmen.
- (4) ein Recht auf vernünftige autonome Entscheidungen. Über die Kohärenz mit der persönlichen Identität hinaus müssten autonome Entscheidungen weitere Rationalitätsanforderungen erfüllen, damit sie vom Recht auf persönliche Autonomie umfasst werden.
- (5) ein Recht auf objektiv wertvolle Entscheidungen. Diese Konzeption würde allerdings in einer extremen Form der Idee persönlicher Autonomie zuwiderlaufen. Sie lässt sich aber in gemäßigter Form mit persönlicher Autonomie vereinbaren, wenn lediglich verlangt wird, dass die Gründe, die die Handlung motivieren, objektiv wertvoll sind. Die Abwägung dieser Gründe wäre dann Gegenstand persönlicher autonomer Entscheidung. Es bliebe ein Rest an Autonomie, diese würde nicht vollständig negiert.

In der Diskussion, was als autonomes Handeln anzusehen ist, werden verschiedene Anforderungen gestellt (Reflektiertheit, Authentizität, persönliche Kohärenz, Rationalität, ethische Rechtfertigung),²⁸⁶ die zu mehr oder

285 Dazu auch Sieckmann 2018a, 240f. Siehe auch Rössler 2017, 34ff., zu unterschiedlichen Interpretationen persönlicher Autonomie.

286 Dazu Rössler 2017, 46ff. Pauer-Studer 2000, 11, etwa sieht eine vernünftige Begründung als Voraussetzung einer autonomen Entscheidung an.

weniger engen Konzeptionen persönlicher Autonomie führen. Solche Einschränkungen erscheinen in normativer Sicht nicht gerechtfertigt. Selbst dann, wenn Entscheidungen manipuliert sind, spricht der Umstand, dass der Handelnde sie als eigene ansieht, dafür, ein prinzipielles Recht auf solche Handlungen anzuerkennen. Es kann allerdings Gründe geben, dieses Recht einzuschränken. Diese Einschränkung ist umso einfacher zu rechtfertigen, je weniger die dargelegten Anforderungen an die betreffende Handlung erfüllt werden.

Das Gewicht oder die Stärke des Rechts auf persönliche Autonomie nimmt also zu, je mehr Anforderungen hinsichtlich des Zusammenhangs mit der persönlichen Identität, der Rationalität oder der objektiven Werthaltigkeit erfüllt werden. Eine Handlung, die auf korrekter Abwägung objektiv gültiger Handlungsgründe basiert, kann kaum in gerechtfertigter Weise verboten werden. Rationalitätsdefizite oder ein fehlender Bezug zur persönlichen Identität führen zu einem schwächeren Schutz. Bei manipulierten Handlungen kann zudem der Schutz persönlicher Autonomie selbst als Grund für eine Beschränkung der Handlungsfreiheit angeführt werden.

Das prinzipielle Recht auf persönliche Autonomie ist somit weit zu fassen. Je weniger der Anforderungen, die an autonome Handlungen gestellt werden können, erfüllt werden, desto geringer ist allerdings das Gewicht dieses Rechts in einer Abwägung mit kollidierenden Belangen anzusetzen.

2.3. Schutzmodalitäten

Wie beim Schutz der moralischen Autonomie stellt sich auch beim Recht auf persönliche Autonomie die Frage, ob der Schutz neben Abwehr- und Schutzrechten auch Förderungsrechte einschließt. Es ist jedenfalls ein Abwehrrecht anzuerkennen, so dass prinzipiell Beeinträchtigungen der Ausübung persönlicher Autonomie verboten sind. Daraus folgt zunächst ein Verbot, solche Beeinträchtigungen zu bewirken. Ferner folgt jedenfalls für die Organe eines Rechtssystems, Beeinträchtigungen autonomen Handelns seitens Dritter zu unterbinden, mithin ein prinzipielles Recht auf Schutz.

Hingegen ist ein Gebot, die Fähigkeit und die sonstigen Voraussetzungen für autonomes Handeln herzustellen, nicht *a priori* begründbar. Die umfassende Ermöglichung der Ausübung persönlicher Autonomie ist nicht Voraussetzung der Möglichkeit autonomer Normbegründung. Autonome Normbegründung ist auch mit den Menschen, wie sie sind, möglich. Es müssen nicht ihre Handlungs- und Entfaltungsmöglichkeiten

erweitert werden, um autonome Normbegründung zu ermöglichen. Erst wenn autonome Individuen dies einfordern, wird damit ein normatives Argument für die Anerkennung solcher Förderungsrechte begründet.

Wiederum gibt es aber Aspekte der persönlichen Autonomie, die notwendige Elemente autonomer Normbegründung sind. Die Entwicklung von Interessen und kohärenten Lebensplänen ist Voraussetzung dafür, normative Argumente zu entwickeln und geltend zu machen. Dies impliziert allerdings nicht ein umfassendes Recht auf Förderung persönlicher Autonomie. Der Anspruch, unabhängig von Voraussetzungen autonomer Normbegründung jedem die Entwicklung einer eigenen, autonomen Persönlichkeit zu ermöglichen, ist lediglich als spezifisches Menschenrecht oder als institutionelle Voraussetzung rationaler Diskurse zu begründen, nicht als Voraussetzung der Möglichkeit von Normbegründungen.

2.4. Einschränkungen

Die Weite des Rechts auf persönliche Autonomie führt zur Notwendigkeit, Einschränkungen dieses Rechts einführen zu müssen. Das Recht auf persönliche Autonomie kann somit zunächst nur als prinzipielles Recht anerkannt werden.

Eine weitere Frage ist, welche Einschränkungen dieses Rechts gerechtfertigt werden können und wie weit das Recht zu persönlicher Selbstbestimmung definitiv reicht. Dies erfordert Abwägungen mit kollidierenden Forderungen. Diese Abwägungen erfordern Annahmen über den Grad der Beeinträchtigung²⁸⁷ sowie das relative Gewicht des Rechts zu individueller Selbstbestimmung. Ein Ansatz ist die Gewichtung dieses Rechts entsprechend der Qualität der betreffenden Entscheidung hinsichtlich des Grades von Autonomie, den sie aufweist. Je reflektierter, authentischer, kohärenter, rationaler eine Entscheidung ist und je stärker sie durch objektiv begründete Werte gestützt wird, desto höher ist das Gewicht, das dem Recht auf persönliche Autonomie in ihrem Fall beizumessen ist. Es sind jedoch auch weitere Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das Gewicht der Gegengründe. Eine verfassungsrechtliche Diskussion erscheint dabei fruchtbarer als eine rechtsphilosophische, die auf allgemeingültige, möglichst für alle Rechtssysteme gültige Aussagen über die Inhalte eines Rechts auf persönliche Selbstbestimmung zielen müsste.

287 Zu diesem Problem Carter 1999, 169ff.

3. Gleichheit

Da Autonomierechte für alle autonomen Subjekte in gleicher Weise gelten, muss auch der gleiche Status aller autonomen Subjekte hinsichtlich dieser Rechte anerkannt werden.²⁸⁸ Auf der Ebene der Autonomierechte ist also ein Status strikter Gleichheit rechtlich notwendig.²⁸⁹ Gebote der Gleichbehandlung finden sich in Form des Gebots der Behandlung aller autonomen Subjekte als gleichberechtigt sowie in verschiedenen Kohärenzforderungen für rationale Abwägungen.²⁹⁰ Dies kann als Gebot formeller Gleichheit bezeichnet werden und ist von Forderungen materieller Gleichheit zu unterscheiden.

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. Diese Konzeptionen müssen verschiedene kollidierende Argumente gegeneinander abwägen und dabei Anforderungen rationaler Abwägung erfüllen. Dazu gehört die Berücksichtigung aller abwägungsrelevanten Belange wie auch die gleichmäßige Anwendung von Gewichtungskriterien. Das Gebot der Abwägung bezieht sich sowohl auf die Gewichtung der eigenen Interessen und Ziele wie auf die Abwägung

288 Dazu auch Sieckmann 2018a, 261. Pauer-Studer 2000, 28, hält es allerdings für irreführend, das Prinzip gleicher Achtung und Rücksichtnahme als Gleichheitsprinzip einzuordnen. Es handele sich vielmehr um die Idee der personalen Anerkennung. Richtig daran ist, dass das Prinzip gleicher Achtung jedes Menschen nicht ohne Weiteres zu einem Egalitarismus führt, der Gleichheit Vorrang vor Freiheit gibt und sozio-ökonomische Gleichheit fordert (so auch Pauer-Studer 2000, 28f.). Dies ist jedoch kein Grund, es nicht als Gleichheitsprinzip anzusehen. Auch das Prinzip formaler Gleichheit impliziert nicht eine egalitaristische Position.

289 Es handelt sich also nicht nur um ein normatives Argument, sondern der Status formeller Gleichheit ist Abwägungen entzogen. Allerdings gilt dies nur im Bereich von Autonomierechten. In anderen Bereichen kann formale rechtliche Gleichheit hingegen Gegenstand von Abwägungen sein, etwa bei der Frage positiver Diskriminierung beim Zugang benachteiligter Gruppen zu Positionen oder öffentlichen Ämtern.

290 Siehe Sieckmann 2009a, 221f.

mit den Forderungen anderer Individuen. Aufgrund rationaler Abwägung müssen Konflikte jedenfalls aus Sicht des Urteilenden gelöst und eine kohärente normative Konzeption darüber entwickelt werden, welche Normen von den Beteiligten definitiv anerkannt werden sollten. Werden die Anforderungen rationaler Abwägung erfüllt, kann jedes autonome Subjekt gleichen Respekt für seine normative Konzeption eines guten Lebens verlangen. Erfüllt eine Konzeption sie nicht in vollem Umfang, muss sie in einer Weise rekonstruiert werden, die dem Anliegen des betreffenden Subjekts am besten gerecht wird. Andernfalls gäbe es für diejenigen, deren Interessen und Lebenspläne nicht berücksichtigt werden, 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 so weit wie möglich in Form eines kohärenten Lebensplans rekonstruiert werden. Dies lässt sich allerdings nicht, wie bei autonomen Subjekten, aus der Notwendigkeit, sich um ihre Zustimmung zu bemühen, begründen. 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 ein 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 die rekonstruierten Lebenspläne nicht autonomer Subjekte zu berücksichtigen, folgt allerdings nicht ohne weiteres, dass autonome Subjekte kohärenten 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 einer 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. Jedoch bedarf dies einer Rechtfertigung, die die Legitimität der Verfassung gewährleistet.

II. Spezifische Menschenrechte

Spezifische Menschenrechte haben ihre Grundlage in Forderungen autonomer Subjekte hinsichtlich der Realisierung ihrer Interessen und Lebenspläne sowie ihrer normativen Vorstellungen.²⁹¹ Autonome Subjekte können Forderungen vorbringen, die prinzipielle Menschenrechte begründen. Dies ist eines der dargelegten Autonomierechte. Allerdings folgen spezifische Menschenrechte nicht unmittelbar aus Autonomierechten, sondern setzen voraus, dass autonome Subjekte bestimmte Interessen als fundamental für sie qualifizieren und die Anerkennung entsprechender Rechte fordern. Sie sind dementsprechend nicht *a priori*, sondern erst aufgrund bestimmter im Diskurs geltend gemachter Interessen und Forderungen und damit *a posteriori* begründet.

So schützen Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Gewissens- und Meinungsfreiheit fundamentale Interessen autonomer Subjekte. Diese Interessen sind jedoch kontingent. Sie ergeben sich aus bestimmten natürlichen Eigenschaften und damit zusammenhängenden Interessen von Menschen. Wären Menschen unsterblich und unverletzbar, wären Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit für sie uninteressant. Soweit fundamentale Interessen bei allen Menschen vorliegen, ließe sich von einer anthropologischen Begründung sprechen.²⁹² Jedoch müssen Men-

291 Siehe auch Sieckmann 2018a, 263.

292 Dazu s.o., § 4 II 2.

schen nicht in ihren fundamentalen Interessen übereinstimmen. Welche Interessen existieren und als fundamental angesehen werden, hängt von individuellen Präferenzen ab. Dies folgt aus dem Recht auf persönliche Autonomie. Daher erscheint es passender, bei spezifischen Menschenrechten von einer individualistischen Begründung zu sprechen.²⁹³

Autonome Subjekte können jedes Interesse geltend machen, das sie in ihrem Leben verfolgen wollen. Soweit dieses Interesse legitim ist, also sich nicht unmittelbar gegen andere autonome Subjekte richtet oder deren Interessen grundsätzlich missachtet, sind alle anderen Subjekte verpflichtet, es prinzipiell zu respektieren. Soweit es zudem fundamentalen Charakter hat, muss es auch als rechtlich relevant anerkannt werden.²⁹⁴

Nach dem Gegenstand spezifischer Menschenrechte lassen sich drei Bereiche unterscheiden: Interessen an persönlicher Integrität, an spezifischen Freiheiten sowie an einer äußeren Rechtssphäre, die materielle Voraussetzungen individueller Selbstbestimmung sichert. Letztere kann in einem weiteren Sinn als Eigentum bezeichnet werden.

1. Gegenstände: Integrität, Freiheiten, Eigentum

Der erste Gegenstand fundamentaler menschlicher Interessen ist der Schutz der Person selbst. Autonome Subjekte, jedenfalls einige von ihnen, haben Interesse daran, nicht in ihrer physischen oder psychischen Existenz beeinträchtigt zu werden. Entsprechende Forderungen können als Forderungen auf Schutz persönlicher Integrität zusammengefasst werden. Dazu gehört zunächst physische und psychische Integrität, aber auch der Schutz einer Privatsphäre, wenn Individuen diese einfordern. Wiederum genügt es, dass einzelne Menschen diesen Schutz fordern. Es kommt nicht darauf an, dass solche Forderungen von anderen geteilt werden. Autonome Subjekte sind nicht auf Zustimmung anderer angewiesen, wenn sie Schutz bestimmter für sie fundamentaler Interessen einfordern.

Über den Schutz persönlicher Integrität hinaus werden autonome Subjekte ein Interesse haben, ihre Autonomie ausüben zu können, und damit

293 Abweichung von Sieckmann 2018a, 255.

294 Die Voraussetzung eines fundamentalen Charakters ist notwendig, um zu begründen, dass Rechtsorgane zur Berücksichtigung dieser Interessen verpflichtet sind. Von einzelnen Individuen vorgebrachte Interessen, Forderungen und normative Argumente können nicht ohne weiteres Rechtspflichten begründen. Zum Kriterium der Fundamentalität s.o., § 5 III.

ein Interesse an Autonomierechten. Diese Rechte müssen bereits als Bedingungen der Möglichkeit von Normbegründung anerkannt werden. Sofern autonome Subjekte auch ein Interesse an Autonomie haben, ergibt sich daraus eine weitere Begründungslinie. Rechte, an normativen Argumentationen mitwirken zu können (moralische Autonomie) sowie über das eigene Leben bestimmen zu können (persönliche Autonomie) lassen sich somit auch aufgrund fundamentaler Interessen autonomer Subjekte an diesen Rechten begründen. Insbesondere wird, wer sich als autonom versteht, ein Interesse an allgemeiner Handlungsfreiheit haben. Denn aus diesem Recht ergibt sich die Notwendigkeit, Freiheitsbeschränkungen rechtfertigen zu müssen.

Über eine allgemeine Handlungsfreiheit hinaus können Menschen spezifische Freiheiten fordern, etwa Religions- und Gewissensfreiheit, Meinungsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit sowie Kunstfreiheit. Die Anerkennung solcher spezifischen Rechte ergibt sich nicht - jedenfalls nicht notwendig²⁹⁵ - bereits aus der Struktur autonomer Normbegründung. Ihre Begründung stützt sich vielmehr darauf, dass sie von Individuen als für sie wichtig eingefordert werden.

Ein dritter Bereich individueller Interessen betrifft eine äußere Rechtssphäre, die materielle Voraussetzungen individueller Selbstbestimmung sichert. Wird dies durch die Zuordnung individueller Rechte verwirklicht, lässt sich von Eigentumsrechten sprechen. Merkmal solcher Eigentumsrechte ist, dass sie grundsätzlich nicht entzogen werden dürfen, ihre Zuordnung also nicht von den jeweils geltenden rechtlichen Regelungen abhängt, sondern gegenüber generellen Eigentumsregelungen verselbständigt ist.²⁹⁶ Solche Eigentumsrechte können nicht nur private Eigentumsrechte an Sachen oder anderen individuell zugeordneten Gütern sein, sondern auch die Teilhabe an kollektiven Systemen, die materielle Leistungen gewähren.²⁹⁷ Eigentumsrechte können also sowohl in Form privater vermögenswerter Rechte als auch in Form von Rechten auf die Teilhabe

295 Bei Meinungs- und Gewissensfreiheit ist allerdings teilweise eine *a priori*-Begründung möglich, weil Bildung und Äußerung von Überzeugungen notwendige Elemente von Normbegründungsprozeduren sind. Jedoch erfasst diese Begründung nicht den gesamten Umfang dieser Rechte.

296 Zu dieser Konzeption von Eigentumsrechten Sieckmann 1998, 75ff.

297 Allerdings ist die Annahme selbständiger Eigentumsrechte in Bezug auf spezifische Rechte, die mit der Teilhabe an einem kollektiven System verbunden sind, schwer zu begründen, da Teilhaberechte den Regeln der Institution folgen. Die Position der Teilhabe selbst kann jedoch durchaus grundsätzlich gegen Entzug geschützt sein.

an kollektiven Sicherungssystemen bestehen. Letztere können als "soziale Rechte" bezeichnet werden.²⁹⁸ In beiden Fällen ist zwischen dem Schutz bestehender Eigentumsrechte und Rechten auf Eigentum zu unterscheiden.

Wenn Menschen private Eigentumsrechte, also die exklusive Zuordnung vermögenswerter Güter, für die Realisierung ihrer Lebenspläne fordern, begründet dies prinzipielle menschenrechtliche Forderungen. Ihr Gegenstand ist ein Recht auf Eigentum. Da Eigentumsrechte erst durch rechtliche Regelungen geschaffen werden, können Individuen nicht durch ihre Forderungen selbst solche Rechte erzeugen. Forderungen der Zuordnung von Eigentumsrechten begründen aber normative Argumente für die Anerkennung und Zuordnung solcher Eigentumsrechte. Wie stark diese Argumente sind, hängt von weiteren Begründungen der geltend gemachten Ansprüche ab. Diese Begründungen können etwa darauf verweisen, dass bestimmte Güter durch eigene Leistung erworben worden sind oder dass sie für ein selbstbestimmtes Leben notwendig sind.

Auf der anderen Seite können soziale Rechte gefordert werden. Dies kann sich auf die Einrichtung sozialer Sicherungssysteme oder auf die von ihnen gewährten Leistungen richten. Bei den Leistungen ist weiter zu unterscheiden zwischen bereits gewährten Rechten auf bestimmte Leistungen und noch nicht gewährten Rechten. Im letzteren Fall geht es allein um ein Recht auf Eigentum. Ist hingegen bereits ein Recht gewährt worden, geht es auch um einen Eingriff in ein bestehendes Eigentumsrecht. In beiden Fällen wird aber ein Anspruch auf Gewährung von Eigentumsrechten geltend gemacht, also ein Recht auf Eigentum.

2. Schutzmodalitäten

Wie der Schutz allgemeiner Menschenrechte²⁹⁹ hat auch der Schutz spezifischer Menschenrechte verschiedene Dimensionen. Jedem Interesse korrespondieren verschiedene Schutzmodalitäten:

- Rechte auf Nichtbeeinträchtigung des Gegenstands des Interesses (Abwehrrechte), wobei Gegenstand die Ausübung einer Freiheit oder ein anderes Schutzgut sein kann,

298 Zum Begriff sozialer Rechte s.o., § 5 I 3.

299 S.o., § 6 I 2.3.

- Rechte auf Schutz gegen Beeinträchtigungen des Interesses seitens Dritter oder äußerer Umstände (Schutzrechte),
 - Rechte auf Förderung der Realisierung des Interesses (Leistungsrechte).
- Spezifische Menschenrechte schließen alle diese Dimensionen ein, allerdings wiederum zunächst nur im Sinne prinzipieller Rechte, die Abwägungen mit kollidierenden Belangen erlauben. Inwieweit sie als definitive Rechte anzuerkennen sind, hängt vom Ergebnis dieser Abwägungen ab.

III. Institutionelle Voraussetzungen von Menschenrechten

In einem dritten Ansatz lassen sich objektiv - d.h. unabhängig von individuellen Forderungen - Gebote begründen, die der Realisierung von Autonomierechten und daraus folgenden Menschenrechten dienen. Die Möglichkeit von Normbegründungen impliziert nicht nur die Notwendigkeit, Autonomierechte anzuerkennen, sondern es ist auch notwendig, dass Argumentationen mit dem Ziel der Normbegründung tatsächlich durchgeführt und Autonomierechte in diesen Argumentationen wahrgenommen werden können. Daher ist die Anerkennung von komplementären Rechten geboten, die die Möglichkeit der Ausübung von Autonomierechten sichern.

Es müssen etwa die Möglichkeit von Kommunikation gewährleistet werden, Informationen zur Verfügung gestellt werden, Verfahrensregeln zur Sicherung gleicher Beteiligungsmöglichkeiten eingeführt und durchgesetzt werden. Es müssen auch Verfahren bereitstehen, um Streitigkeiten hinsichtlich der Ausübung von Autonomierechten entscheiden zu können.

Dass es solche komplementären Rechte geben muss, ist bereits eine Folgerung aus den *a priori*-begründeten Autonomierechten. Sie implizieren Rechte auf Schutz der Ausübung von Autonomie. Welche Rechte aber notwendig zur Gewährleistung der Wahrnehmung von Autonomierechten sind, lässt sich nicht *a priori*, ohne weitere Information über die Bedingungen, unter denen autonome Normbegründungen stattfinden, bestimmen. Es handelt sich also um eine dritte Begründungsvariante, die sich von der *a priori*-Begründung als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründung und von der interessenbasierten *a posteriori*-Begründung unterscheidet. Es ist eine *a posteriori*-Begründung, die aber von individuellen Interessen unabhängig ist, weil es um die tatsächliche Ermöglichung von Normbegründungen geht und die daraus abzuleitenden Folgerungen nicht von den Interessen der Beteiligten abhängen. Da es um tatsächliche Voraussetzun-

gen der Realisierung von autonomen Normbegründungen geht, handelt es sich in ihrer Struktur um instrumentelle oder teleologische Begründungen.

Bei den Instrumenten, die die Realisierbarkeit autonomer Normbegründung gewährleisten sollen, handelt es sich letztlich um politische und rechtliche Institutionen, also um Verfahren wie Wahlen und Abstimmungen, legislative, exekutive und judikative Verfahren sowie die Einrichtungen und Organe, die diese Verfahren durchführen. Autonome Normbegründung muss letztlich in Rechtssystemen realisiert werden. Autonomierechte fordern somit auch die Gewährleistung bestimmter institutioneller Voraussetzungen, die notwendig sind, damit autonome Normbegründung innerhalb eines Rechtssystems möglich ist. Soweit solche Institutionen und die entsprechenden Verfahren notwendig für die Realisierung autonomer Normbegründungen sind, lassen sich prinzipiell Rechte auf deren Existenz oder Durchführung begründen, ferner Rechte auf Beteiligung. Da diese Rechte auf Eigenschaften von Institutionen bezogen sind, kann ihre Begründung als institutionalistisch bezeichnet werden.³⁰⁰

Institutionelle Forderungen hinsichtlich der Realisierbarkeit von Menschenrechten haben zunächst prinzipiellen Charakter, da ihre Realisierung mit anderen Belangen kollidieren kann. Sie können auf Autonomierechte wie auf spezifische Menschenrechte bezogen sein. Im Folgenden sollen lediglich Voraussetzungen der Realisierbarkeit von Autonomierechten betrachtet werden.

Zu den institutionellen Voraussetzungen autonomer Normbegründung gehören:³⁰¹

- die gleiche Möglichkeit für alle autonomen Subjekte, sich an autonomen Normbegründungen zu beteiligen,
- die Ermöglichung der Ausbildung autonomer Fähigkeiten,
- die Möglichkeit gleichberechtigter Partizipation in Verfahren autoritativer Normerzeugung,
- die Gewährung von Rechtsschutz zur Durchsetzung von Autonomierechten.

300 Chwaszcza 2013, 17, weist durchaus zutreffend darauf hin, dass Menschenrechte die Gewährleistung spezifischer institutioneller Strukturen und bestimmte Gestaltungen von Normensystemen fordern. Dieser überindividuelle Aspekt bestimmter Gewährleistungsgehalte rechtfertigt es jedoch nicht, den individualrechtlichen Aspekt von Menschenrechten auszublenden. Zudem gibt es auch andere, nicht menschenrechtlich begründete Forderungen hinsichtlich der Gestaltung normativer Systeme.

301 Siehe auch Sieckmann 2018a, 264f.

Diese Liste ist nicht abschließend. Die Aspekte der Gleichheit, der Fähigkeit zu Autonomie, der Partizipation und des Rechtsschutzes erscheinen jedoch zentral für die Realisierung von Autonomierechten.

Gleiche Beteiligungsmöglichkeit an der Begründung von Normen erfordert zunächst die Anerkennung eines grundsätzlich gleichen rechtlichen Status autonomer Subjekte. Sie müssen gleiche Rechte haben, sich zu informieren, zu äußern und zu urteilen. Dies geht über die Anerkennung der Gleichheit autonomer Subjekte in der Abwägung hinaus und fordert auch Gleichheit auf der Ergebnisebene. Das bedeutet, dass die Normen, die als Abwägungsergebnis festgesetzt werden, nicht nur die prinzipielle Gleichheit autonomer Subjekte respektieren, sondern auch die Voraussetzungen schaffen müssen, dass autonome Subjekte als Gleiche agieren können. Es müssen also auch definitiv gleiche Rechte autonomer Subjekte in Bezug auf Normbegründungsprozesse anerkannt werden.

Es müssen ferner nicht nur gleiche Rechte autonomer Subjekte anerkannt werden, sondern auch tatsächliche Voraussetzungen, die für die Ausübung von Autonomierechten und daraus abgeleiteten Rechten notwendig sind, gewährleistet werden. Dazu gehört Gleichheit in der Ausbildung autonomer Fähigkeiten, in den Partizipationsmöglichkeiten und im Rechtsschutz. Die Ausübung von Autonomierechten erfordert zudem ein politisches System, das diese Rechte anerkennt, also eine Demokratie. Was damit im Einzelnen verbunden ist, ist in einer Theorie der Demokratie auszuarbeiten.

Eine weitere institutionelle Forderung betrifft den Schutz von Autonomierechten. Diese stehen unter realen Bedingungen in der Gefahr, nicht beachtet zu werden. Zwar ist die freiwillige Anerkennung und Befolgung durchaus möglich und in funktionierenden Rechtssystemen die Regel. Ohne autoritative Anwendung und, wenn erforderlich, zwangsweise Durchsetzung bleibt der Schutz von Autonomierechten jedoch unvollständig. Es muss daher Zugang zu Rechtsschutz gewährt werden. Die Ausgestaltung lässt verschiedene Möglichkeiten zu. Sie steht jedoch unter dem Gebot, einen möglichst effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

IV. Fazit

- (1) Das System von Menschenrechten basiert auf der Unterscheidung von *a priori* begründeten allgemeinen Menschenrechten (Autonomierechten), *a posteriori*-begründeten spezifischen Menschenrechten

sowie Rechten auf die Gewährleistung von institutionellen Voraussetzungen der Realisierbarkeit von Menschenrechten.

- (2) *A priori*-begründete, also als Bedingung der Möglichkeit von Normbegründungen anzuerkennende Menschenrechte gelten notwendig und absolut, für jede Gesellschaft und jedes Rechtssystem. Sie sind nur mit Forderungen abzuwägen, die sich aus der Struktur der Normbegründung selbst ergeben.
- (3) *A posteriori*-begründete, spezifische Menschenrechte gelten aufgrund spezifischer, interessenbasierter Forderungen, solche Rechte anzuerkennen. Sie gelten notwendig für jedes Rechtssystem, wenn entsprechende Forderungen erhoben werden. Ihre Geltung ist damit aber auch relativ oder kontingent.
- (4) Die institutionalistische Begründung von Menschenrechten ist eine *a posteriori*-Begründung, aber nicht interessenbasiert. Der Schutz von institutionellen Voraussetzungen der Realisierbarkeit von Menschenrechten ist von individuellen Forderungen unabhängig, aber relativ auf empirische Gegebenheiten.

§ 7 Vernünftigkeit als allgemeines Menschenrechtsprinzip

Menschenrechte haben im Prinzipienmodell zunächst den Status prinzipieller Rechte. Sie fordern, als definitiv gültig anerkannt zu werden, sind aber gegen kollidierende Forderungen abzuwägen. Die Einschränkung oder mangelnde Erfüllung von Menschenrechtsprinzipien verlangt stets eine Rechtfertigung aufgrund einer Abwägung der kollidierenden Belange. Die Rechtfertigung kann aufgrund von kollidierenden Rechten, anderen Prinzipien oder legitimen Zielen, die staatliche Organe verfolgen dürfen, erfolgen.

So kann im Fall eines Konflikts von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit wegen der Veröffentlichung von Fotos ohne Zustimmung des Betroffenen³⁰² die Abwägung folgende Elemente enthalten:

- (1) Das Prinzip des Persönlichkeitsrechts (P1) mit der Implikation, dass geboten ist, die Veröffentlichung von Fotos einer Person ohne deren Zustimmung zu verbieten.
- (2) Das Prinzip der Pressefreiheit (P2) mit der Implikation, dass geboten ist, die Veröffentlichung von Fotos einer Person durch die Presse ohne deren Zustimmung nicht zu verbieten.
- (3) Der Vorrang für die Pressefreiheit, wenn es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt und die Fotos nicht deren Privatsphäre betreffen und nicht Kinder abgebildet werden.

Aus dieser Vorrangregel folgt:

- (4) Die definitive Norm, dass die Veröffentlichung von Fotos ohne deren Zustimmung erlaubt ist, wenn es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt, die Fotos nicht deren Privatsphäre betreffen und nicht Kinder abgebildet werden.

Diese Abwägung unterliegt bestimmten Rationalitätsanforderungen.³⁰³ Rechtlich werden diese Anforderungen mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit formuliert.³⁰⁴ Jedoch erfasst Verhältnismäßigkeit nicht alle Forderungen rationaler Abwägung. Umfassender lässt sich von einem Gebot der Vernünftigkeit sprechen.³⁰⁵ Es schließt Gebote der Verhältnismäßigkeit

302 So der Fall BVerfGE 101, 361 - Caroline.

303 Dazu Sieckmann 2018a, 136ff.

304 Dazu insbesondere Alexy 1985, 100ff., 143ff.; 2021, 220ff.

305 Zum Kriterium der Vernünftigkeit Clérico 2001, 253.

und der Gleichbehandlung ein, kann aber auch weitere Anforderungen insbesondere prozeduraler Natur³⁰⁶ enthalten. Letztlich geht es um die allgemeine Forderung rationaler Argumentation im Bereich der Menschenrechte.

Im Folgenden sollen die Prüfung der Verhältnismäßigkeit wie auch der Gleichbehandlung in die Struktur der Begründung von Abwägungsurteilen eingeordnet werden. Zunächst soll die Struktur des Verhältnismäßigkeitsgebots behandelt werden, sodann der Gleichheitssatz als Abwägungskriterium und seine Relation zum Verhältnismäßigkeitsgebot.

1. Das Verhältnismäßigkeitsgebot

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist der primäre rechtliche Anknüpfungspunkt für Kriterien korrekter Abwägungen. Zwar wird nicht bei jeder Abwägung ausdrücklich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen.³⁰⁷ Denn im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sind Fragen zu beurteilen, die nicht bei allen Abwägungen relevant oder problematisch sind. Dies betrifft insbesondere empirische Beziehungen hinsichtlich Mittel und Zweck von Eingriffen.³⁰⁸ Dennoch ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Standard, der rechtliche Abwägungen leitet, auch wenn es nicht stets in allen seinen Teilen angewandt wird. Es enthält drei Untergrundsätze: das Gebot der Geeignetheit, das Gebot der Erforderlichkeit und das Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S.³⁰⁹

Das Gebot der Geeignetheit einer Maßnahme fordert, dass diese Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks beitragen muss. Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass es kein milderes, d.h. weniger belastendes, aber für die relevanten Ziele mindestens gleich wirksames

306 Solche prozeduralen Anforderungen sind etwa die Berücksichtigung aller relevanten Umstände, die Nachprüfung einmal getroffener Festsetzungen in Bezug auf relevante Änderungen der Umstände oder die Forderung von Unparteilichkeit und Rollentausch.

307 Vgl. BVerfGE 7, 198; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 45 m.w.N.

308 In den Zusammenhang empirischer Probleme gehören die Analyse von Zweck-/Mittel-Beziehungen im Rahmen der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung sowie Unterscheidungen subjektiver und objektiver Ziele und von ex ante- und ex post-Beurteilungen.

309 Dazu im Einzelnen Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; Hirschberg 1981; Clérico 2001.

Mittel geben darf. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S. fordert, dass die durch eine Maßnahme bewirkte Beeinträchtigung eines Rechts nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck (und dem mit ihr erreichten Erfolg) stehen darf, sie also angemessen sein muss und nicht übermäßig belastend sein darf. Ziel der Abwägung ist eine möglichst weitgehende, optimale Erfüllung der kollidierenden Prinzipien.³¹⁰

1. Verhältnismäßigkeit und Abwägung

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit lässt sich vollständig mit dem Gebot korrekter Abwägung erfassen. Abwägungen unterliegen, wie jede Entscheidung, dem Rationalitätsgebot, die besser begründete Alternative oder allgemeiner, sofern mehrere Alternativen zur Verfügung stehen, eine bestmögliche Lösung zu wählen.³¹¹ Für Abwägungen gilt spezifischer das Gebot, den Argumenten oder Prinzipien zu folgen, die unter den Umständen des zu entscheidenden Falles das größere Gewicht haben. Was darunter zu verstehen ist, wird durch das Modell optimierender Abwägung erklärt.³¹² Dieses Modell erlaubt zudem, die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu vereinfachen.³¹³ Die Unterprinzipien der Geeignetheit und Erforderlichkeit sind in der Forderung korrekter Abwägung enthalten. Der dritte Teil, das Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S., ist das Gebot korrekter Abwägung selbst.

Die Beziehung der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zur allgemeinen Theorie der Abwägung stellt sich wie folgt dar:

- Die erste Frage ist die Betroffenheit eines gültigen Prinzips, etwa eines Grund- oder Menschenrechts. Dies setzt zunächst dessen rechtliche Gültigkeit voraus, und zwar auch im Hinblick auf den konkreten Fall. Prinzipien können ungenau formuliert und daher nur *prima facie* anwendbar sein. Der zu beurteilende Sachverhalt muss tatsächlich in den Anwendungsbereich des Prinzips (den Schutzbereich des Rechts) fallen. Darüber hinaus muss eine Beeinträchtigung des Prinzips vorliegen, also eine Abweichung des tatsächlichen vom prinzipiell gebotenen Zustand.

310 Zum Modell optimierender Abwägung s.o., § 2 II 3.

311 Vgl. auch Broome 1991, 11.

312 S.o., § 2 II 3.

313 Dazu bereits Sieckmann, Proportionality as a Universal Human Rights Principle, in: D. Duarte/J.S. Sampaio (eds.), Proportionality in Law, 2018b, 18ff.

- Die Legitimität des Eingriffsziels bedeutet, dass es abstrakt als Argument zur Rechtfertigung von Rechtseinschränkungen verwendet werden kann. Zusammen mit der Annahme eines Eingriffs führt dies zur Feststellung eines Konflikts zwischen kollidierenden Prinzipien. Dies ist Bedingung für das Vorliegen eines Abwägungsproblems.
- Mit der Geeignetheit des eingesetzten Mittels wird festgestellt, dass das Eingriffsziel ein im vorliegenden Fall relevantes Argument ist. Fördert das Mittel im konkreten Fall nicht das Eingriffsziel, gibt es kein relevantes Argument für diese Maßnahme in der betreffenden Abwägung. Es läge wiederum kein durch Abwägung zu entscheidender Konflikt vor.
- Die Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels dient der Feststellung, ob das eingesetzte Mittel in faktischer Hinsicht optimal im Hinblick auf die Realisierung des Rechts ist. Optimalität im Hinblick auf das Eingriffsziel ist hingegen im Gerichtsverfahren in der Regel nicht Gegenstand der Prüfung. Dies folgt jedoch nicht aus der Struktur der Abwägung, sondern aus der Struktur des Gerichtsverfahrens, das die Kompetenzen der Gerichte auf die Prüfung der Rechte der Kläger beschränkt.
- Die Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. schließlich hat die Optimalität des Mittels in normativer Hinsicht zum Gegenstand. Hier geht es um die wertende Abwägung der kollidierenden Prinzipien.

Die Struktur der Abwägung bestimmt somit den Rahmen für die Konstruktion der Verhältnismäßigkeitsprüfung. In dieser Struktur sind zur Rechtfertigung von Einschränkungen individueller Rechte Aussagen auf drei Ebenen notwendig:

- in Bezug auf die anzuwendenden Argumente: individuelle Rechte und legitime Eingriffsgründe;
- in Bezug auf die Relevanz dieser Argumente im konkreten Fall: Beeinträchtigung des Rechts, Förderung des Eingriffsziels durch das eingesetzte Mittel;
- in Bezug auf die Entscheidung des Konflikts: faktische und normative Optimalität der getroffenen Regelung.

Die ersten beiden Ebenen betreffen die Feststellung eines Konflikts, die dritte die Lösung dieses Konflikts.

Diese Gliederung in Gültigkeit der Argumente, Relevanz und Optimalität ist für die Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen in Grund- oder Menschenrechte jedoch nicht zweckmäßig, da sowohl das betroffene Recht als auch die Eingriffsrechtfertigung im konkreten Fall relevant sein müssen und daher die prinzipielle Gültigkeit des fraglichen Arguments

wie auch die tatsächliche Betroffenheit einschließen müssen. Es bietet sich daher folgende Struktur der Prüfung an:

- Relevanz und Betroffenheit des individuellen Rechts;
- Relevanz und Betroffenheit des Eingriffsgrunds;
- Abwägung.

Es sind demnach einerseits Anwendbarkeit und Beeinträchtigung eines Rechts, andererseits Legitimität des Eingriffsziels und dessen Förderung durch die rechtsbeeinträchtigende Maßnahme festzustellen. Damit liegt ein Konflikt vor, der durch Abwägung zu lösen ist. Diese Abwägung muss eine faktisch und normative optimale Lösung finden. Welche Lösungen optimal sind, hängt wiederum einerseits von den Graden ab, indem individuelles Recht sowie Eingriffsziel durch sie beeinträchtigt oder erfüllt werden, andererseits von den relativen Gewichten des individuellen Rechts und des Eingriffsziels.³¹⁴

2. Abwägungsregeln

Autonome Abwägungen sind im Ergebnis nicht durch vorgegebene Vorrangregeln bestimmt, andererseits können Abwägungen sich an früheren Entscheidungen orientieren und müssen einen Fall nicht von Grund auf neu beurteilen. Frühere Beurteilungen können zwar in Frage gestellt werden, wenn dazu kein Anlass besteht, können Annahmen über Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrade sowie relative Gewichte aber beibehalten werden, sofern der neue Fall keine relevanten Unterschiede aufweist. Dies ermöglicht die Anwendung von Abwägungsregeln.

Abwägungsregeln erlauben die Entscheidung eines Konflikts aufgrund von Annahmen über Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade, abstrakte oder konkrete relative Gewichte der kollidierenden Prinzipien, ohne dass eine Gewichtung dieser Prinzipien im konkreten Fall vorgenommen werden müsste. Ein Beispiel sind die Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, die sich aus der Anwendung des Kriteriums der Pareto-Optimalität im Verfassungsrecht ergeben. Diese Regeln sind jedoch in verschiedenen Hinsichten zu erweitern.

314 Zum Modell optimierender Abwägung s.o., § 2 II 3. Dabei ergibt sich das abstrakte relative Gewicht aus dem geforderten Austauschverhältnis der Erfüllung der kollidierenden Prinzipien, das konkrete relative Gewicht aus dem abstrakten zusammen mit dem jeweiligen Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrad. Dazu Sieckmann 2018a, 165.

2.1. Grenzfälle

Zunächst gibt es Grenzfälle der Abwägung, in denen keine Beeinträchtigung oder Erfüllung der relevanten Belange vorliegt oder die angeführten Rechte oder Eingriffsziele keine Geltung beanspruchen können. In diesen Fällen folgt ein Ergebnis, ohne dass eine Vorrangfestsetzung erfolgen müsste.

So könnte die Anwendbarkeit eines Rechts verneint werden, weil sein Schutzbereich nicht betroffen ist oder es keine rechtliche Geltung beanspruchen kann. Die Legitimität eines Eingriffsziels kann verneint werden, oder die rechtsbeeinträchtigende Maßnahme kann keinen positiven Effekt für die Erfüllung des Eingriffsziels haben und daher nicht geeignet sein.

In diesem Fall gibt es kein als rechtlich gültig anzuerkennendes Argument auf der Seite des individuellen Rechts oder des Eingriffsziels. Es liegt kein echter Konflikt vor. Sofern nur ein Argument rechtlich gültig ist, wird das Ergebnis durch dieses Argument bestimmt.

2.2. Vergleiche

Eine zweite Gruppe von Abwägungsregeln betrifft Vergleiche von Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgraden, von abstrakten Gewichten sowie von konkreten Gewichten in verschiedenen Fällen.

Als Grundregel dieser Vergleiche lässt sich feststellen, dass Fälle, in denen alle Werte der Abwägungsfaktoren gleich sind, auch gleich zu entscheiden sind.

So sind beim Vergleich von heterosexuellen und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften im Hinblick auf die Möglichkeit einer Ehe, sofern diese nicht mit dem Zweck der Fortpflanzung verbunden ist, alle relevanten Faktoren gleich. Beide Formen sind somit gleich zu behandeln.

Ferner gilt ausgehend von einer Gleichgewichtssituation, in dem die kollidierenden Prinzipien als gleich gewichtig angesehen werden, dass eine Änderung im Wert eines der Abwägungsfaktoren zugunsten eines der Prinzipien bei gleichbleibenden übrigen Faktoren zu einem Vorrang dieses Prinzips führt. Werden die Erfüllungswerte der möglichen Lösungen hinsichtlich der jeweiligen Prinzipien betrachtet, führt ein höherer Wert im abstrakten Gewicht oder im Erfüllungsgrad zu einem höheren Erfüllungswert und damit dem Vorzug für diese Lösung.³¹⁵

315 Zur Konzeption von Erfüllungswerten Sieckmann 2018a, 171ff.

Ein Vergleich von Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgraden wird bei der Prüfung der Erforderlichkeit eines Eingriffs vorgenommen. So bedeutet mangelnde Erforderlichkeit, dass es eine Alternative gibt, die den gleichen Grad an Erfüllung des Eingriffsziels, aber einen höheren Grad an Erfüllung des beeinträchtigten Rechts erreicht. Der Erfüllungswert für die Alternative ist damit größer. Sie ist daher zu wählen.³¹⁶

So wird bei der Berichterstattung über eine Straftat das legitime Informationsinteresse der Öffentlichkeit in der Regel in gleichem Maß erfüllt, wenn die Berichterstattung ohne Bild und Namensnennung des Täters erfolgt.

Entsprechende Überlegungen lassen sich bei einem Vergleich abstrakter Gewichte der vorgebrachten Argumente bei jeweils gleichem Beeinträchtigungsgrad anstellen. Ein eindeutiges Ergebnis folgt, wenn das abstrakte Gewicht des Eingriffsziels im Vergleichsfall gleich, das des beeinträchtigten Rechts aber höher ist, oder umgekehrt das abstrakte Gewicht des beeinträchtigten Rechts gleich, aber das des Eingriffsziels niedriger ist. In diesem Fall würde sich ein eindeutiger Vorrang für das beeinträchtigte Recht ergeben.

So sind bei verletzenden Meinungsäußerungen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit grundsätzlich gleich wichtig und der Grad der Beeinträchtigung im Normalfall, ohne besondere Annahmen über den Fall, als gleich anzusehen. Bei Meinungsäußerungen in der Auseinandersetzung in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage hat das Prinzip der Meinungsfreiheit jedoch ein erhöhtes abstraktes Gewicht. Daraus ergibt sich ein Vorrang für die Meinungsfreiheit, eine "Vermutung für die freie Rede", der nur durch besondere Umstände des konkreten Falls aufgehoben werden kann.

Ein Vergleich ist nicht nur in Bezug auf Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade sowie abstrakte Gewichte möglich, sondern auch in Bezug auf das konkrete Gewicht der kollidierenden Prinzipien. Dieses bestimmt den Vorrang im konkreten Fall. Ist bekannt, dass in einem Vergleichsfall das konkrete Gewicht der kollidierenden Prinzipien gleich ist, im vorliegenden Fall das eines der Prinzipien gleich, höher oder niedriger, bestimmt

316 Eine andere Interpretation ist, dass die Differenz, die sich aus verschiedenen möglichen Abwägungsergebnissen für den Erfüllungsgrad des Eingriffsziels ergibt, Null ist. Daraus folgt, dass das konkrete Gewicht des Arguments für die Wahl des eingesetzten Mittels im Vergleich zur Wahl der Alternative gleich Null ist. Es gibt also kein gültiges Argument, das eingesetzte Mittel statt der Alternative zu wählen.

diese Relation das Ergebnis. Um dies zu begründen, sind allerdings Annahmen über Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade sowie abstrakte relative Gewichte notwendig.

Vergleiche sind auch bei Veränderungen im Erfüllungswert oder im konkreten Gewicht möglich. Ist ausgehend von einer Gleichgewichtssituation der zusätzliche Erfüllungswert hinsichtlich eines der Prinzipien eindeutig größer als der Verlust hinsichtlich des anderen, muss das erstere Prinzip Vorrang erhalten. Entsprechendes gilt, wenn die Minderung des Erfüllungswerts hinsichtlich eines der Prinzipien eindeutig größer ist als die des anderen.

So könnte im Fall der Berichterstattung über eine Straftat ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit an der Nennung der Nationalität des Täters angenommen werden, aber in der Regel die damit verbundenen Beeinträchtigungen als so gewichtig angesehen werden, dass ein Gleichgewicht der kollidierenden Belange anzunehmen ist. In manchen Fällen kann jedoch ein spezifisches Interesse an der Kenntnis der Nationalität gegeben sein. Dies würde zu einem Vorrang des Informationsinteresses führen.

Entsprechende Regeln lassen sich auch für Ausgangsfälle formulieren, in denen kein Gleichgewicht gegeben ist, sondern eines der Prinzipien Vorrang hat. Eine Änderung in den Abwägungsfaktoren oder Erfüllungswerten zugunsten des vorgehenden Prinzips muss zum gleichen Abwägungsergebnis führen. Dies hat die Form eines "erst recht"-Arguments. Bei einer gegenläufigen Änderung ist das Ergebnis allerdings offen.

In allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, dass Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrade sowie abstrakte oder konkrete relative Gewichte aufgrund früherer Entscheidungen oder als Ergebnis früherer Argumentationen bereits bekannt sind. Der Vorrang eines der kollidierenden Prinzipien folgt dann aus den gegebenen Annahmen. Allerdings bleibt als normative Entscheidung, die früheren Entscheidungen oder Ergebnisse als maßgeblich zu akzeptieren. Es bleibt also stets möglich, in eine erneute Abwägung einzutreten.

2.3. Bewertungsfunktionen

Abwägungsregeln ergeben sich auch aus Bewertungsfunktionen, die die Werte für Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrade sowie für abstrakte relative Gewichte mit konkreten relativen Gewichten, Erfüllungswerten

und entsprechenden Vorrangrelationen verknüpfen.³¹⁷ Es wird dann nicht mehr auf Vergleichsfälle Bezug genommen, sondern ein Vorrang allein aufgrund der Werte für Beeinträchtigungs- oder Erfüllungsgrade sowie abstrakte Gewichte bestimmt.

Es sind verschiedene Bewertungsfunktionen möglich, ordinale oder kardinale,³¹⁸ numerische oder nicht-numerische.³¹⁹ Bei einer ordinalen Funktion wird für bestimmte Wertekombinationen (z.B. Beeinträchtigungsgrad von Prinzip P1 hoch, abstraktes Gewicht P1 mittel, Beeinträchtigungsgrad von P2 mittel, abstraktes Gewicht von P2 mittel) ein Vorrang unter den betreffenden Prinzipien festgelegt (z.B. Vorrang für P1). Bei einer kardinalen Funktion müssen die Abstände zwischen den Werten bestimmt sein, so dass Unterschiede verglichen werden können (z.B.: bei den kollidierenden Prinzipien wird der Unterschied von hoch und mittel beim Beeinträchtigungsgrad durch den von mittel und hoch beim abstrakten Gewicht kompensiert). Wird zudem eine metrische Funktion verwendet, die einen Nullpunkt der verwendeten Skalen enthält, werden Rechenoperationen möglich. Es liegt dann nahe, das konkrete Gewicht eines Prinzips als Produkt aus dem Wert für den Beeinträchtigungsgrad und dem für das abstrakte Gewicht zu bilden. Allerdings könnten auch andere Bewertungsfunktionen möglich sein.

Wenn die Werte der Abwägungsfaktoren und die Bewertungsfunktion feststehen, lässt sich das Abwägungsergebnis aufgrund der Bewertungsfunktion bestimmen. Es handelt sich dann um eine Regelanwendung. Ein Problem der Anwendung von Bewertungsfunktionen ist, dass die Festlegung der Werte der Abwägungsfaktoren zu der betreffenden Funktion passen muss.

So kann angenommen werden, dass die Abwägungsfaktoren als hoch, mittel oder niedrig bewertet werden und die Abstände jeweils gleich sind, also etwa die Kombination hoch/niedrig der Kombination mittel/mittel gleichzubewerten ist. Es kann auch angenommen werden, dass es möglich ist, Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade sowie abstrakte Gewichte für bestimmte Prinzipien als hoch/mittel/niedrig einzuordnen. Eine Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen auf Tabakprodukten kann etwa als

317 Dazu Sieckmann 2018a, 166ff.

318 Siehe auch Petersen 2015, 57f.

319 Numerische Funktionen arbeiten mit Zahlenwerten, nicht-numerische verwenden nicht Zahlen, sondern Bewertungen wie hoch, mittel, niedrig. Zu nicht-numerischen Bewertungsfunktionen Sartor, *The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-numerical Magnitudes*, GLJ 14 (2013), 1429ff.

leichter Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit angesehen werden, ein Verkehrsverbot als mittelschwerer Eingriff.³²⁰ Diese Annahmen mögen für sich plausibel sein. Es folgt aber nicht, dass die Einsetzung der intuitiv plausiblen Werte für Erfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade sowie für abstrakte Gewichte in eine Bewertungsfunktion zu zutreffenden Ergebnissen führt. Dies setzte den Nachweis voraus, dass die Bewertungen der Abwägungsfaktoren als hoch/mittel/niedrig sicherstellen, dass die Abstände jeweils gleich sind und dass die Bewertungen in Bezug auf verschiedene Prinzipien (wirtschaftliche Freiheit/Gesundheitsschutz) die gleiche Bedeutung haben. Dies ist aber allein mit der Plausibilität isolierter Annahmen nicht gezeigt. Vielmehr müsste dargelegt werden, dass die Abwägungsergebnisse, zu denen diese Annahmen führen, plausibel sind.

Es genügt also nicht, dass es möglich ist, hohe, mittlere oder niedrige Beeinträchtigungsgrade oder abstrakte relative Gewichte zu unterscheiden. Die Bewertung muss vielmehr so erfolgen, dass die Einsetzung in die Bewertungsfunktion zu passenden Ergebnissen führt. Mit der Einführung einer Bewertungsfunktion wird das Abwägungsproblem somit zwar zu einem der Anwendung eines vorgegebenen Kriteriums. Das Abwägungsproblem verschiebt sich damit jedoch auf die Bestimmung der Abwägungsfaktoren, insbesondere auf die des abstrakten Gewichts der kollidierenden Prinzipien.

Auch bei der Verwendung einer Bewertungsfunktion bleibt die Möglichkeit, die gegebenen Bewertungen in Frage zu stellen und erneut in eine offene Abwägung einzutreten. Auch die Wahl der Bewertungsfunktion kann thematisiert werden. Es ist eine offene Frage, ob sich eine Bewertungsfunktion als die einzig richtige oder zumindest adäquateste ausweisen lässt oder ob auch dies eine Frage autonomer Entscheidung ist.

3. Autonome Abwägung

Lässt sich eine Entscheidung nicht aufgrund von Abwägungsregeln begründen, ist eine autonome Vorrangfestsetzung mit Blick auf die Umstände des konkreten Falls notwendig. Diese autonome Abwägung muss die Kriterien rationaler Abwägung beachten, ist im Ergebnis aber nicht vollständig bestimmt. Es bleiben verschiedene Ergebnisse möglich. Aufgrund der Struktur normativer Argumente muss der Abwägende aber für das

320 Dazu Alexy 2009a, 16.

Abwägungsurteil, wie immer es ausfällt, beanspruchen, dass es durch die stärkeren Argumente geboten und in diesem Sinn richtig ist.

Systematisch sind demnach bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Abwägungsmodell drei Fragestellungen zu unterscheiden: die nach der Relevanz oder Anwendbarkeit von Prinzipien im konkreten Fall, die Anwendung von Abwägungsregeln, insbesondere bei dem Vergleich verschiedener Alternativen hinsichtlich Beeinträchtigungsgraden und abstrakten relativen Gewichten, sowie die autonome Abwägung der kollidierenden Prinzipien, bei der der Abwägende das Gewicht der Prinzipien im konkreten Fall nach seinem persönlichen Urteil bestimmen muss.

Diese Fragestellungen sind erforderlich, um eine möglichst rationale Begründung von Abwägungsurteilen zu erreichen. Soweit Menschenrechte betroffen sind, ist es jedenfalls prinzipiell menschenrechtlich geboten, Abwägungen nach diesen Kriterien durchzuführen.

II. Der Gleichheitssatz als Abwägungskriterium

Vergleiche in der Abwägung lassen sich als eine Anwendung des Gleichheitssatzes verstehen. Das Gebot der Gleichbehandlung kann in verschiedener Weise interpretiert werden. Es kann ein Kriterium darstellen, anhand dessen Regelungen als gleichheitsgemäß oder gleichheitswidrig qualifiziert werden, weil sie wesentlich gleiche Fälle ungleich oder wesentlich ungleiche Fälle gleich behandeln.³²¹ Es kann ferner selbst ein Prinzip darstellen, das in Abwägungen einzustellen ist, z.B. als Gebot der Herstellung faktischer Gleichheit, aber auch als Gebot rechtlicher Gleichheit, wenn aus bestimmten Gründen - etwa bei einer "positiven" oder "umgekehrten Diskriminierung"³²² - rechtliche Differenzierungen vorgenommen werden. Es kann aber auch ein Kriterium für Abwägungen darstellen, das bestimmte Bewertungen im Rahmen von Abwägungen disqualifiziert oder als richtig ausweist.

Im Folgenden interessiert Gleichheit als Abwägungskriterium. Die Anwendung von Gleichheitskriterien sowie Abwägungen im Bereich von Gleichheitsrechten ist hingegen ein Thema, das nicht allgemeine Struk-

321 Vorausgesetzt wird dabei ein Kriterium, anhand dessen bestimmt wird, was als wesentlich gleich oder ungleich anzusehen ist.

322 Dazu etwa Dworkin 1978, 223ff.

turen grundrechtlicher Abwägung, sondern ein spezifisches Grundrecht betrifft.³²³

1. Gleichheit als negatives Abwägungskriterium

Negative Abwägungskriterien qualifizieren bestimmte Abwägungsurteile oder Abwägungsbegründungen als falsch. Sie erlauben also, Abwägungsfehler festzustellen. In Bezug auf das Kriterium der Gleichheit in der Abwägung liegen Fehler vor, wenn in vergleichbaren Fällen unterschiedliche Bestimmungen der Abwägungsfaktoren vorgenommen werden.

So nimmt das Bundesverfassungsgericht im Fall des Rauchverbots für Gaststätten an, der Gesetzgeber hätte dem Gesundheitsschutz ein solch hohes Gewicht beimessen können, dass ein ausnahmsloses Rauchverbot gerechtfertigt wäre. Der Gesetzgeber hat aber Ausnahmen zugelassen, z.B. für Festzelte. Er gibt damit zu erkennen, dass nach seiner Einschätzung ökonomische oder kulturelle Interessen u.U. wichtiger sein können als der Gesundheitsschutz. Im Fall von Gaststätten mit nur einem Raum und ohne Möglichkeit, einen getrennten Raum für Raucher einzurichten, werden vom BVerfG Interessen der Gastwirte und der Raucher aber als ebenso wichtig wie im Fall von Festzelten angesehen. Folglich ist die Abwägung des Gesetzgebers inkonsequent und fehlerhaft.

Aus einem Abwägungsfehler ergibt sich nicht ohne Weiteres, welches Abwägungsergebnis richtig ist. Lediglich die Kritik einer Abwägungsentcheidung ist möglich.

2. Gleichheit als positives Abwägungskriterium

Positive Abwägungskriterien bestimmen, welches Abwägungsergebnis richtig ist. Grundkriterium für die Bestimmung des Abwägungsergebnisses ist, wie dargelegt, das des konkreten Gewichts. Die Frage ist, welche Gleichheitsaspekte in diesem Kriterium zu finden sind oder aus der Struktur von Abwägungen begründet werden können.

Ein positives Kriterium für die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist das Gebot relativ gleichmäßiger Erfüllung von

323 Dazu etwa Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, in: JZ 1994, 541ff.; Michael, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: J. Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 123ff.

grundrechtlich geschützten Interessen, sofern diese Interessen in etwa gleiches Gewicht haben. Unterscheiden sich ihre abstrakten relativen Gewichte, muss sich dies entsprechend im Grad ihrer Erfüllung widerspiegeln (sofern Graduierungen in der Erfüllung möglich sind). Dies entspricht dem Kriterium eines angemessenen Ausgleichs und stellt ein objektives Prinzip der Gleichbehandlung dar.

Ein Abwägungsurteil, das der Urteilende aufgrund einer eigenen Einschätzung der Abwägungsfaktoren begründet, soll als absolutes positives Abwägungsurteil bezeichnet werden. Es ist positiv, weil es ein Abwägungsergebnis als richtig behauptet, und absolut, weil es die Überzeugung des Urteilenden ausdrückt und nicht von Urteilen anderer abgeleitet wird. Davon zu unterscheiden sind relative positive Abwägungsurteile, die ausgehend von vorgegebenen Abwägungsurteilen eines Gerichts oder Gesetzgebers begründet werden. Diese relativen Begründungen übertragen Beurteilungen in anderen Fällen auf den zu entscheidenden Fall und verwenden dabei Gleichheitskriterien.

Relative positive Abwägungsurteile nehmen an, dass eine bestimmte Abwägung korrekt ist, also einen angemessenen Ausgleich darstellt, und folgern, dass der Grad der Erfüllung der Interessen im Verhältnis zueinander nicht wesentlich verändert werden darf, nachteilige Veränderungen hinsichtlich eines Interesses also kompensiert werden müssen. Sie können ferner von einem vorgegebenen Abwägungsurteil ausgehen und positiv folgern, dass in anderen Fällen (aufgrund anderer Beeinträchtigungsgrade oder Wichtigkeiten von Interessen) bestimmte Veränderungen vorzunehmen sind.

Während somit bei einer absoluten Begründung eines Abwägungsurteils der Abwägende vollständig aufgrund von Wichtigkeits- und Beeinträchtigungsgraden im zu entscheidenden Fall urteilt, übernimmt er bei einer relativen Begründung Bewertungen aus einem vorangegangenen, eigenen oder fremden Abwägungsurteil und urteilt relativ auf diese Bewertungen über die richtige Vorrangrelation im zu entscheidenden Fall. Sie muss den gleichen Annahmen folgen, die dem Ausgangsfall zugrundeliegen. Folglich müssen gleichgelagerte Fälle gleich entschieden werden. Relative Abwägungsurteile können auf zwei Grundregeln gestützt werden:

(1) Hat im Ausgangsfall ein Prinzip P1 den Vorrang erhalten und ist im zu beurteilenden Fall der Beeinträchtigungsgrad oder Wichtigkeitsgrad von P1 höher, die beteiligten Prinzipien und deren Beeinträchtigungs- und Wichtigkeitsgrade im Übrigen aber unverändert, dann muss P1 auch im zu beurteilenden Fall Vorrang erhalten.

(2) Hat im Ausgangsfall ein Prinzip P1 den Vorrang erhalten und enthält der zu beurteilende Fall Veränderungen, die hinsichtlich der Beeinträchtigungs- und Wichtigkeitsgrade der kollidierenden Prinzipien in Bezug auf P1 schwerer wiegen als in Bezug auf das kollidierende Prinzip, dann muss P1 auch im zu beurteilenden Fall Vorrang erhalten.

Im ersten Fall erfordert das Abwägungsurteil nur Vergleiche von Beeinträchtigungs- und Wichtigkeitsgraden, jedoch keine erneute Abwägung. Im zweiten Fall ist eine weitere Abwägung in Bezug auf die Veränderungen gegenüber dem Ausgangsfall erforderlich.

Ein Beispiel ist die Trennung genereller und spezifischer Abwägung. Hat der Gesetzgeber eine allgemeine Regelung getroffen, die seine Gewichtung der kollidierenden Rechte oder Prinzipien zum Ausdruck bringt, können Abweichungen in einzelnen Fällen zu dem Ergebnis führen, dass eine andere Regelung gelten muss. Allerdings hängt dies davon ab, ob die Änderungen so gravierend sind, dass sie zu einer anderen Bewertung im Vorrangverhältnis der kollidierenden Belange führen. Damit hängt die Beurteilung wieder an einer Abwägung.

Das Gebot möglichst rationaler Abwägung verlangt, Abwägungen möglichst kohärent durchzuführen. Dazu gehört auch, möglichst umfassend Abwägungsurteile zu treffen, weil so die Vergleichsbasis erweitert wird und bessere Begründungen und Kontrollen möglich werden. Das Gebot möglichst weitgehender Rationalität der Rechtsordnung stellt durchaus eine für jedes Rechtssystem gültige prinzipielle Anforderung dar. Der Autoritätsanspruch des Rechts erfordert Rechtfertigungen, und diese müssen wiederum möglichst weitgehend Rationalitätsanforderungen entsprechen. Ähnlich wie menschenrechtliche Prinzipien sind auch Rationalitätsforderungen als universell gültige prinzipielle Forderungen anzusehen. Ob und inwieweit sie verfassungsrechtlich anerkannt werden, hängt allerdings, wie bei menschenrechtlichen Prinzipien, von autonomen verfassungsrechtlichen Festsetzungen ab.³²⁴

III. Verhältnismäßigkeit und Gleichheit

Wird Vernünftigkeit als Grundsatz verstanden, der Gebote der Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung umfasst, liegt die Frage nahe, in welcher Relation diese Teilgrundsätze zueinander stehen. Beziehungen zwischen Verhältnismäßigkeit und Gleichheit lassen sich in zwei Richtungen fin-

324 Dazu s.u., § 8 III 1.

den: Gleichheitskriterien können - wie dargelegt - als Abwägungskriterien im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit angewandt werden, oder das Gebot der Verhältnismäßigkeit und das Gebot der Gleichbehandlung können als jeweils eigenständige Forderungen angewandt werden. In letzterem Fall ist fraglich, in welcher Relation die Anwendung von Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgeboten stehen kann. Es erscheinen zwei Ansätze möglich:

- es wird primär das Verhältnismäßigkeitsgebot angewandt und das Gleichheitsgebot daran anschließend als eine subsidiäre oder residuale Regel verwendet, oder
- es wird das Gleichheitsgebot als Prinzip behandelt, das selbst als Grund in eine Abwägung einzustellen ist und auf das das Gebot der Verhältnismäßigkeit anzuwenden ist.

Letzteres wäre allerdings nicht eine bloße Rationalitätsforderung, sondern die Anwendung eines eigenständigen Gleichheitsprinzips. Dieser Aspekt soll hier nicht weiter verfolgt werden.³²⁵

Als residuale Regel wird ein Gleichheitsgebot angewendet, wenn eine Gleichbehandlung als geboten angesehen wird, sofern sich eine Differenzierung nicht als verhältnismäßig begründen lässt.³²⁶ Die Interpretation des Gleichbehandlungsgebots als residuale Regel findet sich in zwei Varianten: als Verbot von Differenzierungen ohne sachlichen Grund und als Verbot von Differenzierungen ohne angemessenen Grund.

Ein sachlicher Grund ist anzunehmen, wenn es ein rechtlich gültiges Prinzip gibt, das die fragliche Differenzierung rechtfertigen kann. Dies führt allerdings noch nicht zu einer vollständigen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Es umfasst lediglich die Forderungen eines legitimen Grundes und der Geeignetheit und Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels. Gibt

325 Zu Gleichheit als Prinzip Sieckmann 2018a, 312ff. Siehe auch Huster 1994, 543f. Das Gleichheitsgebot wird als Prinzip aufgefasst, wenn für die Rechtfertigung einer Differenzierung ein Grund verlangt wird, der hinreichend gewichtig ist, um diese Differenzierung - und zwar auch das Maß der Differenzierung - zu rechtfertigen. Es sind dann die Gründe für die Differenzierung gegen das Gleichheitsgebot sowie u.U. andere Prinzipien abzuwägen, die gegen die Differenzierung sprechen. Für diese Abwägung kommt es darauf an, welches Gewicht dem Gleichheitsgebot beigemessen wird und in welchem Grad es betroffen ist. Da Gleichheit oder Ungleichheit stets in Bezug auf etwas besteht, ist ferner relevant, in Bezug auf welches Recht oder Interesse eine Ungleichbehandlung vorliegt und welches konkrete Gewicht dieses Recht oder Interesse hat.

326 Eine entsprechende Unterscheidung ist für das Gebot der Ungleichbehandlung von wesentlich Ungleichem zu treffen.

es keinen legitimen Grund für eine Differenzierung oder lässt sich das angestrebte Ziel ohne Ungleichbehandlung erreichen, fehlt es an einem sachlichen Grund für sie.

Die Forderung eines angemessenen Grundes führt zur Anwendung des Gebots der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Ein angemessener Grund für eine Differenzierung liegt vor, wenn sich die Differenzierung als Ergebnis einer angemessenen Gewichtung der kollidierenden Prinzipien, also einer korrekten Abwägung, darstellt. Diese Abwägung liegt allerdings der Anwendung des Gleichheitssatzes voraus. Das Gebot der Gleichbehandlung wird erst in Bezug auf das Abwägungsergebnis angewandt.

IV. Fazit

- (1) Menschenrechtliche Prinzipien sind zu erfüllen, soweit ihre Beeinträchtigung nicht gerechtfertigt werden kann. Diese Rechtfertigung muss Anforderungen des Gebots der Vernünftigkeit genügen, das aus dem allgemeinen Gebot rationaler Argumentation folgt.
- (2) Vernünftigkeit enthält Forderungen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung.
- (3) Die Elemente des Gebots der Verhältnismäßigkeit folgen aus dem Gebot optimierender Abwägung. Es handelt es sich um ein allgemeines Rationalitätsgebot. Angewandt auf Menschenrechte ist das Verhältnismäßigkeitsgebot ein prinzipiell universell gültiges Gebot.
- (4) Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat eine komplexe Struktur. Sie kann in verschiedenen Varianten durchgeführt werden, insbesondere hinsichtlich der Verbindung von Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitskriterien.
- (5) Aus der Struktur von normativen Abwägungen folgen auch Kohärenzforderungen, die rechtlich als Gleichbehandlungsgebote formuliert werden.

3. Teil: Grundrechte

Grundrechte realisieren menschenrechtliche Prinzipien in Verfassungssystemen. Sie sind entscheidend für die Effizienz der Geltung von Menschenrechten. Die Struktur der Transformation von Menschenrechten in Verfassungsrecht ist allerdings durchaus komplex. Verfassungssysteme besitzen Autonomie gegenüber menschenrechtlichen Forderungen. Daraus resultieren Spielräume bei der Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien.

Ein wichtiges Element des Grundrechtssystems sind exklusionäre Rechte, die den staatlichen Zugriff auf die geschützten Rechte prinzipiell ausschließen. Es wird sich zeigen, dass die Anerkennung exklusionärer Grundrechte eine individualistische Konzeption von Grundrechten voraussetzt. Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte muss somit nicht notwendig zur Anerkennung exklusionärer Grundrechte führen. Es sind jedenfalls begrifflich auch nicht-individualistische Konzeptionen von Grundrechten möglich.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte hängt ferner von institutionellen Rahmenbedingungen ab. Sie setzt die Existenz staatlicher oder anderer politischer Organisationen voraus und muss daher die Kompetenzen dieser Organisationen im Hinblick auf Grundrechtseingriffe regeln. Ein besonderes Kompetenzproblem ist dabei die Konkurrenz zwischen Verfassungsgerichten, denen der Schutz von Grundrechten als zentrale Aufgabe obliegt, und anderen Organen, insbesondere dem Gesetzgeber, die Entscheidungen im Grundrechtsbereich zu treffen haben.

§ 8 Die verfassungsrechtliche Geltung von Grundrechtsprinzipien

I. Grundrechte als Transformation von Menschenrechten

Grundrechte können formal als verfassungsrechtlich garantierte Rechte verstanden werden, aber auch material als Institutionalisierung der Idee der Menschenrechte. Im letzteren Sinne sind Grundrechte verfassungsrechtlich anerkannte Menschenrechte. Grundlage ihrer normativen Geltung sind universelle Menschenrechtsprinzipien.

Grundrechte im materialen Sinn ergeben sich somit aus der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in verfassungsmäßige Rechte.³²⁷ Ihre rechtliche Geltung ist menschenrechtlich geboten. Mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung wird dieses Gebot erfüllt. Demnach sind Grundrechte dadurch definiert, dass sie menschenrechtliche Forderungen erfüllen.³²⁸

(GR) Grundrechte sind Rechte, die aufgrund menschenrechtlicher Prinzipien verfassungsrechtlich gewährleistet werden.

Als verfassungsmäßige Rechte binden sie alle Organe des Rechtssystems, einschließlich der gesetzgebenden Organe. Während Menschenrechte moralisch begründete Forderungen an die Organe der Rechtsordnung (und andere an rechtserzeugenden Prozessen Beteiligte) enthalten, ist Merkmal der Grundrechte ihre umfassende rechtliche Bindungswirkung. Die Verfassungsqualität dieser Grundrechte ergibt sich zunächst daraus, dass ihre rechtliche Anerkennung menschenrechtlich geboten und somit normativ notwendig ist.³²⁹ Werden sie in die Verfassung aufgenommen oder in der

327 Zur Transformationsthese Alexy 1998, 244ff. Eine andere Konzeption vertritt Habermas, der es ablehnt, Grund- oder Menschenrechte aus der Moral zu begründen. Siehe Habermas 1994, 135ff.

328 Dies ist eine materielle Grundrechtskonzeption. Eine formelle Grundrechtskonzeption könnte Grundrechte allein aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung identifizieren. Hier interessiert jedoch nur die materielle Grundrechtskonzeption.

329 Verfassungscharakter wird hier also nicht notwendig mit einem Vorrang gegenüber einfachem Recht verbunden, sondern ergibt sich aus der normativen

Rechtsprechung als verfassungsmäßige Rechte anerkannt, gelten sie auch als positives Verfassungsrecht.

II. Die Institutionalisierungsforderung

Die Idee der Menschenrechte als universell, also in jedem Rechtssystem gültige Rechte fordert, dass jedem moralisch begründeten Menschenrecht ein Grundrecht entspricht. Eine materiale Theorie von Grundrechten muss somit normativ eine Korrespondenz von Grund- und Menschenrechten annehmen (Korrespondenzthese):

(KT) In jedem verfassungsrechtlichen System soll jedem Menschenrecht prinzipiell ein inhaltsgleiches Grundrecht korrespondieren.

Das Gebot der verfassungsrechtlichen Transformation impliziert die Forderung der Institutionalisierung von Menschenrechten. Es genügt nicht, sie in einen Katalog der Grundrechte aufzunehmen. Es muss auch Institutionen geben, die Grundrechte anwenden und durchsetzen. Die verfassungsrechtliche Geltung von Menschenrechten ist ohne Institutionalisierung nicht vollständig zu realisieren. Dies folgt zum einen aus der Unbestimmtheit von Menschenrechten in ihrem konkreten normativen Gehalt, die autoritative Entscheidungen über ihre Interpretation und Anwendung erforderlich macht, zum anderen aus der Durchsetzungsschwäche von Menschenrechten als rein moralisch begründete Rechte.

Die Korrespondenzthese entspricht der Idee der Menschenrechte, allerdings nicht einem positivistischen Verständnis des Verfassungsrechts. Positivrechtlich kann gefragt werden, ob bestimmte Grundrechtsprinzipien die Geltungskriterien der betreffenden Rechtsordnung erfüllen, ob etwa der Verfassungsgeber diese Prinzipien in die Verfassung aufgenommen hat. Die verfassungsrechtliche Festsetzung wird als alleiniger Geltungsgrund angesehen. Demnach ist eine verfassungsrechtliche Geltung für alle Rechte ausgeschlossen, die nicht verfassungsrechtlich anerkannt werden.³³⁰ Dieses Verfassungsverständnis ist jedoch in normativer Hinsicht zweifelhaft. Es

Bindungswirkung der Verfassungsnormen. Zu dieser Verfassungskonzeption Sieckmann 2007b, 30f.

330 Dies entspricht der Vorstellung eines abschließenden Grundrechtskatalogs oder einer kodifizierten Verfassung.

entspricht insbesondere nicht der Idee menschenrechtlicher Prinzipien, die unabhängig von positiver Setzung von jeder Rechtsordnung zu beachten sind.

So gilt die menschenrechtliche Forderung der Transformation unabhängig von positivrechtlicher Umsetzung. Das positive Verfassungsrecht kann lediglich Festsetzungen treffen, bestimmte menschenrechtliche Forderungen nicht anzuerkennen. Soweit menschenrechtliche Forderungen nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, gelten sie auch verfassungsrechtlich. Da menschenrechtliche Prinzipien unabhängig von positiver Festsetzung prinzipiell verfassungsrechtlich gelten, geht es bei der Gewährleistung von Grundrechten genau genommen darum, welche prinzipiell zu beachtenden Menschenrechte *nicht* verfassungsrechtlich gewährleistet werden sollen. Damit bleibt die Frage, ob und welche Grundrechtsprinzipien notwendigerweise in einer Verfassung enthalten sein müssen.

III. Strukturen der Transformation

1. Verfassungsautonomie

Das Gebot der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte bedeutet nicht, dass diese Prinzipien inhaltsgleich in das Verfassungsrecht übernommen werden müssen. Es kann legitime Gründe geben, warum ein Verfassungssystem manche moralisch begründeten Menschenrechte nicht übernimmt.

So gilt das Prinzip allgemeiner Handlungsfreiheit menschenrechtlich.³³¹ Seine Transformation in geltendes Verfassungsrecht könnte aber aus Gründen von Demokratie und Gewaltenteilung abgelehnt werden, weil dies zu einer Verschiebung von Kompetenzen zugunsten der Gerichte führen würde. Denn mit der Anerkennung eines Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit wird jede staatliche Freiheitsbeeinträchtigung zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung.

Soziale Rechte, etwa auf angemessene Gesundheitsversorgung, Wohnung oder Bildungschancen, sind als prinzipielle Rechte menschenrechtlich begründbar. Es könnten aber Gründe der begrenzten Leistungsfähigkeit des Staates, der Überforderung der Justiz oder der Zuweisung dieser Aufgaben an andere gesellschaftliche Organisationen rechtfertigen, solche

331 S.o., § 6 I 2.1.

Rechte nicht als Grundrechte zu gewährleisten, nicht einmal als lediglich prinzipielle Rechte.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte erfolgt somit als autonome Entscheidung des Verfassungssystems. Als autonome Entscheidung unterliegt sie normativen Bindungen, die sich aus menschenrechtlichen Prinzipien ergeben. Es kann jedoch Gründe gegen eine Transformation geben. Ist dies der Fall, ist in einer Abwägung menschenrechtlicher Prinzipien mit diesen Gegengründen zu bestimmen, was verfassungsrechtlich gelten soll. Diese Abwägung kann der Verfassungsgeber vornehmen, oder sie kann im Rahmen einer Verfassungsinterpretation erfolgen.³³²

Trotz des zunächst lediglich prinzipiellen Charakters des Transformationsgebots ergibt sich jedenfalls die Notwendigkeit der Existenz von Grundrechten im Verfassungsrecht eines jeden Rechtssystems.³³³ Da nicht zu sehen ist, wie ein vollständiger Verzicht auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Menschenrechten gerechtfertigt werden könnte und sich somit kein Abwägungsproblem stellt, gilt diese Existenzforderung strikt und nicht erst als Ergebnis einer Abwägung.³³⁴

Zudem beseitigen Gründe gegen eine inhaltsgleiche Gewährleistung menschenrechtlicher Prinzipien im Verfassungsrecht nicht die prinzipielle Forderung, alle moralisch begründbaren Menschenrechte als Grundrechte verfassungsrechtlich zu garantieren. Damit ist dem Verfassungssystem eine Tendenz in Richtung auf Vervollständigung des Grundrechtssystems vorgegeben.

Andererseits bleiben verfassungsrechtliche Spielräume bei der Gewährleistung von Grundrechten nicht nur bei der Anerkennung menschenrechtlicher Prinzipien als Grundrechte, sondern auch bei der Festlegung, ob Grundrechte als prinzipielle oder als definitive Rechte sowie ob sie in

332 Dabei gibt es nicht nur einen Akt der Transformation im Sinne einer historisch ersten Verfassung, sondern einen fortlaufenden Prozess der Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte. Menschenrechtliche Forderungen sind nicht zeitlich begrenzt. Verfassungsrecht bleibt ständig Gegenstand menschenrechtlicher Forderungen und muss diesen Forderungen gerecht werden. Dies kann Anpassungen des Verfassungsrechts erfordern. Daher lässt sich Verfassungsinterpretation nicht auf die Bestimmung des historischen Willens des Verfassungsgebers oder der historischen Bedeutung des Textes beschränken. Demgegenüber zur Verteidigung des "originalism" Solum, *Originalism or Living Constitution*, in: *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, Issue 6, April 2019, 1243ff.

333 So auch Alexy 2021, 238.

334 Dazu auch s.o., § 5 II 1.

Form exklusionärer oder lediglich einfacher Prinzipien gewährleistet werden sollen, ob - wie in modernen Verfassungen - Grundrechten ein Vorrang im Rechtssystem zukommen soll,³³⁵ welche Einschränkungen von Grundrechten möglich sind, inwieweit diese gerichtlich überprüfbar sind und welche Rechte definitiv gewährleistet werden. Auch Bestimmungen über Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete sind möglich.

2. Prinzipielle und definitive Rechte

Die Transformationsforderung gilt für moralisch definitiv gültige wie für moralisch prinzipiell gültige Rechte. In beiden Fällen hat sie zunächst prinzipiellen Charakter. Es kann institutionelle Gründe geben, die gegen eine Anerkennung als rechtlich geltendes Recht sprechen.

Ein Beispiel für eine moralisch prinzipiell gültige menschenrechtliche Forderung ist die nach dem umfassenden Schutz ungeborenen Lebens gegen Abtreibung. Der Schutz ungeborenen menschlichen Lebens ist eine legitime moralische Forderung. Sie ist allerdings umstritten. Es sieht nicht so aus, dass die Gegenauffassung als fehlerhaft erwiesen werden könnte. Da vernünftiger Streit über den gebotenen Schutz ungeborenen Lebens besteht, kann für dieses Gebot nicht definitive moralische Geltung beansprucht werden. Dennoch ist der Schutz ungeborenen Lebens eine legitime moralische Forderung an Rechtssysteme. Letztere müssen abwägen, wie sie mit dieser moralischen Forderung umgehen.

Ein Beispiel für ein moralisch definitiv gültiges Menschenrecht ist das Gebot, nur verhältnismäßigen Beschränkungen seiner Rechte unterworfen zu werden. Daraus ergibt sich die Forderung an Rechtssysteme, das Verhältnismäßigkeitsgebot verfassungsrechtlich anzuerkennen. Diese ist allerdings zunächst nur prinzipiell gültig. Es kann legitime Gründe geben, das Verhältnismäßigkeitsgebot nicht oder nicht in vollem Umfang als Verfassungsprinzip zu gewährleisten, etwa weil dies zu Verschiebungen im Gefüge der Gewaltenteilung führen würde. So könnte die verfassungsrechtliche Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsgebots abgelehnt werden, weil eine

335 Diese Frage scheint aktuell nicht relevant zu sein und wird hier nicht vertieft. Für die Weimarer Verfassung war ein Vorrang der Grundrechte hingegen nicht anerkannt. Auch das englische Common Law kann als Beispiel dienen, dass individuelle Rechte als rechtlich notwendig anerkannt werden können, ohne ihnen Vorrang gegenüber Gesetzesrecht einzuräumen.

inkompetente oder ideologisierte Justiz dieses nicht korrekt anwenden würde.

Für die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Rechtssysteme macht es zunächst keinen Unterschied, ob sich auf moralischer Ebene bereits definitive Rechte begründen lassen. Ein Unterschied besteht nur insofern, als bei lediglich prinzipiell gültigen Menschenrechten die Transformation in das Rechtssystem auch moralische Abwägungen einschließen muss. Bei definitiv gültigen Menschenrechten geht es hingegen um die Abwägung moralisch definitiv begründeter Forderungen gegen institutionell begründete Einwände.

Die Anerkennung als Ergebnis der Transformation kann wiederum als prinzipiell oder als definitiv gültige Grundrechte erfolgen. In der Regel werden Grundrechte den Charakter prinzipiell gültiger Rechte haben, da nicht alle legitimen Gründe für eine Einschränkung im Voraus berücksichtigt werden können. Möglich ist aber auch, dass ein moralisch prinzipiell gültiges Recht verfassungsrechtlich als definitiv gültiges Grundrecht gewährleistet wird.

So wird sich ein Recht zur Abtreibung moralisch nicht als definitiv gültig begründen lassen. Dennoch kann ein Verfassungssystem ein solches Recht als definitiv gültig anerkennen.

3. Exklusiver Charakter und Vorrang von Grundrechten

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in Grundrechte führt nicht notwendig dazu, diesen Grundrechten Vorrang gegenüber anderen rechtlichen Regelungen zu gewähren. Sie kann sich darauf beschränken, menschenrechtliche Prinzipien rechtlich verbindlich zu machen. Diese können umfassend gegen andere Rechtsprinzipien abzuwägen sein. Das Verfassungsrecht könnte aber auch eine Abwägung nur mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien zulassen und insofern einen Vorrang grundrechtlicher Prinzipien gegen lediglich einfachrechtliche Prinzipien vorsehen. Zudem könnte ein Vorrang für bestimmte definitiv gültige Grundrechtsgehalte festgesetzt werden.

Ein Vorrang für grundrechtliche (und andere verfassungsrechtliche) Prinzipien bedeutet, dass ihnen ein partiell exklusiver Charakter zukommt. Sie stellen zwar, anders als exklusive Menschenrechtsprinzipien, keine generellen Abwägungsverbote dar, beschränken die Abwägung aber auf eine bestimmte Klasse von Gegenargumenten. Prinzipien ohne verfassungsrechtliche Geltung können in Abwägungen mit Grundrechten

nicht berücksichtigt werden. Einfachen, nicht-exklusionären Grundrechtsprinzipien kann Vorrang hingegen nicht zukommen. Denn sie verlangen gerade eine Abwägung mit allen anderen einschlägigen Forderungen. Wenn grundrechtliche Prinzipien als vorrangig behandelt werden, bedeutet dies somit, dass sie als (partiell) exklusionäre Prinzipien verstanden werden. Allerdings wird dies wiederum durch Gesetzesvorbehalte in Grundrechtsbestimmungen durchbrochen. Gesetzesvorbehalte ermächtigen den Gesetzgeber dazu, Grundrechte mit anderen legitimen Forderungen abzuwägen, auch solchen ohne verfassungsrechtliche Qualität. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Vorrang grundrechtlicher Prinzipien mit deren (partiell) exklusionärem Charakter äquivalent ist.

Die Annahme eines exklusionären Charakters - oder Vorrangs - grundrechtlicher Prinzipien ist problematisch, wenn bei einem sehr geringen Grad der Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Prinzips das konkrete Gewicht des Grundrechts als gering anzusehen ist und auf der anderen Seite gewichtige Belange ohne verfassungsrechtliche Qualität stehen. Außerdem könnte die Kumulation mehrerer nicht verfassungsrechtlich anerkannter Prinzipien zu einem Argument von hohem Gewicht führen. Es ist daher fraglich, ob der Ausschluss einer Abwägung grundrechtlicher Prinzipien mit nicht verfassungsrechtlich anerkannten Prinzipien rational gerechtfertigt werden kann.

So würde ein Vorrang der Kunstfreiheit als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrechtsprinzip Einschränkungen aus nicht verfassungsrechtlich begründeten Belangen ausschließen, was bei einem weiten, formalen Kunstbegriff durchaus zu problematischen Ergebnissen führen kann.

Die Anerkennung als grundrechtliches Prinzip ist kein Urteil, das bereits alle relevanten Umstände berücksichtigen müsste. Es bleibt daher ein Begründungsdefizit. Dem lässt sich begegnen, indem der Schutzbereich von Grundrechten so definiert wird, dass geringfügige Beeinträchtigungen ausgeschlossen werden. Aber diese Konstruktion ist jedenfalls nicht einfach und erfordert nähere Bestimmungen, was als geringfügig anzusehen ist. Es sollte daher davon ausgegangen werden, dass der exklusionäre Charakter grundrechtlicher Prinzipien und damit deren Vorrang gegenüber nicht-verfassungsrechtlichen Forderungen nur prinzipiell gültig ist, selbst also wiederum Gegenstand von Abwägungen sein kann.

Diese Probleme bestehen nicht bei definitiv gültigen Grundrechtsgehalten. Definitive Geltung setzt eine Festsetzung auf der Grundlage einer Abwägung voraus, in der alle relevanten Belange berücksichtigt worden sind. Der Vorrang der Verfassung lässt sich daher unproblematisch nur auf definitive Grundrechtsgehalte anwenden.

4. Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete

Verfassungsrecht kann Bestimmungen über Grundrechtsträger und Grundrechtsverpflichtete enthalten, die von menschenrechtlichen Forderungen abweichen. So kann es Gründe geben, manche Grundrechte nur Staatsbürgern vorzubehalten. Dies gilt insbesondere für politische Rechte oder Rechte in Bezug auf politische Betätigung. Da Staaten eine bestimmte Form der politischen Organisation einer Gesellschaft darstellen, liegt es nahe und ist bereits in der Struktur der Organisation angelegt, bei politischen Rechten zwischen Mitgliedern und Externen zu unterscheiden. Dies bedeutet allerdings eine Einschränkung der menschenrechtlichen Forderungen, die auch Externe an politische Entscheidungen eines Staates stellen können. Grundsätzlich müssen Staaten menschenrechtliche Forderungen aller Menschen berücksichtigen, nicht nur die der eigenen Staatsangehörigen.

Eine Rechtfertigung dieser Einschränkung ist aber möglich, weil und soweit eine politische Organisation der Gesellschaften anders nicht oder nicht in gleicher Weise möglich ist. Die Einschränkung darf aber nicht weitergehen, als für Zwecke der politischen Organisation erforderlich und in der Sache gerechtfertigt. Auch wenn politische Rechte auf Staatsangehörige beschränkt werden, müssen politische Entscheidungen auch menschenrechtliche Forderungen von Nicht-Staatsangehörigen berücksichtigen. Sie ohne Rechtfertigung außer Acht zu lassen, stellt eine Verletzung von Menschenrechten dar.

Auch die Adressaten grundrechtlicher Verpflichtungen können verfassungsrechtlich bestimmt werden. Aus menschenrechtlicher Sicht ist jeder gebunden, der an Normbildungsprozessen beteiligt ist. Dies sind nicht nur staatliche Organe, sondern können auch gesellschaftliche Organisationen und selbst Einzelne sein, die an der Bildung rechtlicher Normen mitwirken. Verfassungsrechtlich kann die Grundrechtsbindung hingegen auf staatliche Organe oder andere Hoheitsträger beschränkt werden.

Dies ist jedoch wiederum eine Einschränkung menschenrechtlicher Prinzipien, die rechtfertigungsbedürftig ist. Sind gesellschaftliche Organisationen in Machtpositionen, die denen staatlicher Organe vergleichbar ist, kann es menschenrechtlich geboten sein, sie auch verfassungsrechtlich an Grundrechte zu binden.

IV. Die Systematik von Grundrechten

Es sind unterschiedliche Systematisierungen von Grundrechten möglich. Wie schon bei den Menschenrechten geht es in dieser Untersuchung um eine Systematisierung, die sich aus der Struktur des Prinzipienmodells ergibt. Da Grundrechte eine Institutionalisierung von Menschenrechten darstellen, folgt die Systematik grundrechtlicher Prinzipien der von Menschenrechten.³³⁶ Soweit kein verfassungsrechtlicher Ausschluss der Geltung menschenrechtlicher Prinzipien erfolgt, begründen Menschenrechte unmittelbar, also ohne weiteren Normsetzungsakt, die verfassungsrechtliche Geltung ihnen korrespondierender Grundrechte. Daher wird das System menschenrechtlicher Prinzipien auch das System der Grundrechte prägen. In jedem legitimen Verfassungssystem wird das Grundrechtssystem den menschenrechtlichen Prinzipien folgen. Demnach wird das Grundrechtssystem enthalten:

- Autonomierechte,
- spezifische Grundrechte, die dem Schutz fundamentaler Interessen dienen, die von autonomen Subjekten geltend gemacht werden,
- Grundrechtsprinzipien, die den Prozess autonomer Normbegründung sowie die Realisierung von Menschenrechten institutionell ermöglichen und gewährleisten.

Im Rahmen dieser Grundunterscheidung ist eine zentrale Frage für den Grundrechtsschutz, welche Einschränkungen Verfassungen gegenüber dem prinzipiell gebotenen Menschenrechtsschutz vornehmen oder zulassen können.

1. Grundrechtliche Gewährleistung von Autonomierechten

Die Einschränkungbarkeit von Autonomierechten ist differenziert zu beurteilen. Zunächst ist zwischen moralischer und persönlicher Autonomie zu unterscheiden.

Zur moralischen Autonomie gehören Rechte, Interessen zu formen, normative Argumente vorzubringen, Abwägungsurteile zu bilden und frei und gleich an Diskursen teilzunehmen. Sie gelten als Bedingung der Möglichkeit, dass eine Normbegründung gelingen kann. Rechte, die moralische Autonomie gewährleisten, können daher nur aus Gründen beschränkt werden, die der Realisierung des Prozesses der Normbegründung

336 S.o., § 6.

selbst dienen. Einschränkungen aus externen Gründen würden das Projekt der Normbegründung und damit die Legitimität des Verfassungssystems untergraben. Je stärker die Einschränkungen, desto schwächer wäre die Legitimität des Systems. Sollten dennoch Einschränkungen notwendig sein (etwa die Einschränkung demokratischer Verfahren in einer Notstandssituation), mag dies pragmatisch zu rechtfertigen sein. Das Verfassungssystem könnte aber dann nicht volle Verbindlichkeit beanspruchen, sondern würde nur aus Klugheitsgründen befolgt werden.

Hinsichtlich der persönlichen Autonomie ist ein Recht, selbstbestimmt zu entscheiden, menschenrechtlich begründet.³³⁷ Dies muss von Verfassungssystemen anerkannt werden. Es lässt sich auch eine allgemeine Handlungsfreiheit als prinzipielles Recht begründen. Als solches kann sie jedoch beschränkt werden, muss insbesondere nicht als gerichtlich durchsetzbares Recht gewährleistet werden und insofern, wenn Rechtsgeltung mit gerichtlicher Durchsetzbarkeit verbunden wird, nicht notwendig verfassungsrechtliche Geltung haben.

Das Prinzip der Gleichheit aller autonomen Subjekte muss ebenfalls als Grundprinzip der politischen Ordnung anerkannt werden. Es liegt nahe anzunehmen, dass es auch als Verfassungsprinzip das politische System bestimmen muss. Wenn im demokratischen System nicht formale Gleichheit aller autonomen Subjekte respektiert wird, untergräbt dies die Legitimität des Verfassungssystems. Subjekte, die nicht formal als gleich behandelt werden, können die Legitimität des Systems mit guten Gründen bestreiten.

2. Grundrechtliche Gewährleistung spezifischer Menschenrechte

Spezifische Menschenrechte haben zunächst prinzipiellen Charakter. Sie enthalten zwar einen Anspruch auf Exklusivität. Dieser Anspruch gilt jedoch wiederum nur prinzipiell. Spezifische Grundrechte können daher Abwägungen unterworfen werden.

Soweit der exklusionäre Charakter prinzipiell besteht, muss allerdings zunächst gerechtfertigt werden, warum ein Eingriff in das betreffende Grundrecht geboten ist. Damit wird der exklusionäre Charakter eingeschränkt. In einem zweiten Schritt erfolgt dann eine Abwägung grundrechtlicher und anderer Prinzipien mit dem Ziel der Optimierung.³³⁸

337 S.o., § 5 I 2.1.

338 S.o., § 5 II 2.

3. Institutionelle Garantien

Institutionelle Garantien haben eine Zwischenstellung zwischen Autonomierechten und spezifischen Menschenrechte. Einerseits gelten sie nicht *a priori*, werden also nicht direkt aus der Struktur autonomer Normbegründung abgeleitet. Vielmehr erfordert ihre Rechtfertigung empirische Annahmen, wie Normbegründungen realisiert oder Menschenrechte gewährleistet werden können. Andererseits hängt ihre Geltung nicht von individuellen Interessen ab. Es sind also nicht Konflikte wie bei spezifischen Menschenrechten zu erwarten. Soweit sie, ähnlich wie Autonomierechte, dem Ziel der Ermöglichung von Normbegründungen dienen, sollten sie nur aus Gründen beschränkt werden können, die sich aus Notwendigkeiten der Normbegründung selbst ergeben. Beschränkungen aus externen Gründen könnten hingegen die moralische Legitimität des Systems untergraben.

Allerdings können reale gesellschaftliche Bedingungen Einschränkungen erfordern. Institutionelle menschenrechtliche Forderungen müssen als moralische Forderungen auf gesellschaftliche Bedingungen bezogen werden. Es ist also - im Unterschied zu Autonomierechten - nicht mit ihrem Charakter unvereinbar, sie mit Rücksicht auf andere Belange, die nicht den Prozess der Normbegründung selbst betreffen, zu beschränken. Insofern können Einschränkungen gegenüber einer vollständigen Umsetzung institutioneller Garantien auch moralisch gerechtfertigt sein und untergraben nicht notwendig den normativen Anspruch des Verfassungssystems auf Verbindlichkeit.

V. Fazit

- (1) Grundrechte sind mit Menschenrechtsprinzipien begründet. Sie sind konstitutionalisierte Menschenrechtsforderungen.
- (2) Menschenrechtsprinzipien gelten verfassungsrechtlich, soweit sie nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, und es besteht ein prinzipielles Gebot, Menschenrechte in positives Verfassungsrecht zu transformieren.
- (3) Das Grundrechtssystem folgt dem der Menschenrechte. Allerdings können Verfassungssysteme aufgrund ihrer Autonomie Differenzierungen vornehmen und auch Lücken gegenüber dem der Menschenrechte aufweisen.

- (4) Solche Abweichungen sind allerdings rechtfertigungsbedürftig. Es besteht daher eine normative Tendenz zur Vervollständigung des Systems der Grundrechte, unabhängig von und möglicherweise gegen positive verfassungsrechtliche Normierungen.
- (5) Die Möglichkeiten der Einschränkungen sind für Autonomierechte, spezifische Menschenrechte und institutionelle Garantien der Realisierung von Menschenrechten differenziert zu beurteilen.

§ 9 Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote

1. Die Idee von Grundrechten als staatlichem Zugriff entzogene Rechte

Die Prinzipientheorie der Grundrechte stellt das Problem der Abwägung in den Vordergrund der Grundrechtstheorie. Prinzipien werden als Abwägungsgründe konzipiert, deren Anwendung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt. Dies erlaubt eine adäquate Rekonstruktion jedenfalls weiter Teile der Grundrechtsdogmatik und Verfassungsrechtsprechung.³³⁹

Ein Problem der Prinzipientheorie ist allerdings, dass sie der Idee von Grundrechten als grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzogene individuelle Rechtssphären³⁴⁰ zuwiderläuft.³⁴¹ Grundrechte als abzuwägende Prinzipien implizieren Abwägungsgebote und verlangen damit staatliche Gestaltung im Bereich der Grundrechte. Sie sind somit gerade nicht staatlichem Zugriff entzogen. Auch die Zuerkennung eines besonders hohen abstrakten Gewichts³⁴² erfasst diese Idee von Grundrechten nicht. Vielmehr entspricht es der Idee von dem staatlichen Zugriff entzogenen Rechtssphären, Grundrechte nicht als Abwägungsgebote, sondern als Ab-

339 Siehe insbesondere Alexy 1985; Borowski 2018.

340 Diese Idee findet sich etwa bei Dworkin 1978, 193 (rights as trumps); Habermas 1994, 315 (Brandmauer); Nozick 1974, 28ff. (side constraints); Tsakyrakis 2009, 468, 470, 473; Greer, The European Convention on Human Rights, 2006, 208; Webber, The Negotiable Constitution, 2009; ders., 2010, 201; Waldron, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, in: OJLS 1993, 30. Dazu auch Klatt/Meister 2013, 67.

341 Dies wird insbesondere in Bezug auf die Abwägfähigkeit der Menschenwürdegarantie diskutiert. Dazu insbesondere Alexy 2021, 205ff.; Bäcker, Begrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit, in: Der Staat 55 (2016), 433ff.

342 So Alexy 2015, 497ff.; 2021, 205ff.; Klatt/Meister 2013, 68ff. Alexy versucht, die Funktion von Grundrechten als Grenze staatlicher Gewalt durch eine progressive Interpretation des Abwägungsgesetzes aufrechtzuerhalten. Die Forderung, dass mit der Intensität der Beeinträchtigung die Wichtigkeit der Eingriffsgründe steigen muss, wird so verstanden, dass nicht nur ein proportionaler Anstieg ihrer Wichtigkeit, sondern ein überproportionaler Zuwachs verlangt wird. Siehe Alexy 1985, 147. Dazu Clérico 2001, 167ff. Daher sollen sehr intensive Grundrechtseingriffe nur sehr schwer und extreme Eingriffe praktisch überhaupt nicht zu rechtfertigen sein. Dies soll sich auch aus der Anwendung der "Gewichtsformel" ergeben, Alexy 2015, 508, 511; 2021, 216ff., 218.

wägungsverbote zu konzipieren. Die zugrundeliegende Intuition lässt sich an Beispielen verdeutlichen:

- Lässt sich eine Gefahr für das Leben von Menschen nur durch Maßnahmen beseitigen, die die Tötung anderer Menschen zur Folge haben, ist nicht die Frage, welche Menschenleben das größere Gewicht haben. Würde man diese Frage stellen, wäre kaum zu bestreiten, dass es auf die Zahl der Menschenleben ankommt, auf die verbleibende Lebenserwartung und vielleicht auch auf die Qualität dieser Leben. Aber solche Fragen sind verfehlt. Eine Abwägung von Menschenleben darf grundsätzlich nicht stattfinden.³⁴³
- Der Schutz der Privatsphäre hängt grundsätzlich nicht davon ab, ob ein Eingriff öffentlichen Interessen dient, die als gewichtiger als das private Interesse angesehen werden könnten. Eine Abwägung mit kollidierenden Interessen, etwa an der Kenntnis des Inhalts von Tagebuchaufzeichnungen für einen Strafprozess, soll nicht erfolgen.
- Geht es um die Ausübung von Religions-, Gewissens- oder Meinungsfreiheit, kommt es nicht darauf an, ob diese grundrechtliche Betätigung negative gesellschaftliche Folgen haben könnte, die das Interesse an der Religions-, Gewissensfreiheit oder Meinungsfreiheit überwiegen. Der Sinn von Religions- und Gewissensfreiheit ist vielmehr, solche Erwägungen in staatlichen Entscheidungen nicht zuzulassen.
- Die Garantie von Eigentumsrechten hängt nicht davon ab, ob die gegebene Zuordnung oder Nutzung von Eigentumsrechten die effizienteste im Hinblick auf relevante gesellschaftliche Interessen ist.

Der primäre Sinn von Grundrechten ist demnach, Abwägungen auszuschließen. Demnach sind prinzipielle grundrechtliche Abwägungsverbote anzuerkennen, die staatliche Entscheidungsmöglichkeiten strukturieren und begrenzen. Der Ausschluss von Abwägungen ist allerdings nicht strikt möglich. Abwägungen können auch bei Grundrechten, die prinzipielle Abwägungsverbote enthalten, notwendig sein. Ihre Ausübung kann mit anderen Rechten oder verfassungsrechtlich relevanten Belangen kollidieren. Es kann nicht beansprucht werden, dass die eigene Grundrechtsausübung stets Vorrang vor anderen Belangen haben muss und Abwägungen unzulässig sind. Grundrechtliche Abwägungsverbote müssen daher prinzipiellen Charakter haben. Andererseits gibt es Bereiche, in denen als Ergebnis einer Abwägung ein Abwägungsverbot definitiv anzuerkennen

343 Selbst wenn eine Vorrangentscheidung unausweichlich ist, hat sie nicht nach Gewichtungskriterien zu erfolgen. Die Abwägung muss sich vielmehr am Kriterium vernünftiger Zustimmung autonomer Subjekte orientieren. Dazu s.u. IV.

ist und somit ein abwägungsfester Vorrang eines Grundrechts bestehen kann, soweit sich das Abwägungsverbot für dieses Grundrecht durchsetzt.

II. Die Konstruktion prinzipieller Abwägungsverbote

Abwägungsverbote können, wie andere Normen auch, prinzipiellen oder definitiven Charakter haben. Prinzipielle Abwägungsverbote sind selbst wiederum Gegenstand der Abwägung, können also durch überwiegende Gründe verdrängt werden. Definitive Abwägungsverbote sind das Ergebnis solcher Abwägungen.

1. Die Struktur von Abwägungsverbotten

Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote haben als Inhalt die Forderung, dass die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen nicht zum Gegenstand einer Abwägung gemacht werden dürfen. Ihr Inhalt lässt sich demnach wie folgt beschreiben:

- (1) Das Recht auf X soll prinzipiell nicht gegen andere Rechte, Prinzipien oder sonstige Belange abgewogen werden.
- (2) Staatliche Organe sollen prinzipiell nicht die Kompetenz haben, das Recht auf X zum Gegenstand einer Abwägung mit anderen Belangen zu machen.

Da die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen stets Abwägungen erfordert und ohne solche Abwägungen unzulässig sind, implizieren prinzipielle Abwägungsverbote auch prinzipielle Eingriffsverbote sowie das prinzipielle Fehlen von Eingriffskompetenzen:

- (3) In das Recht auf X soll prinzipiell nicht eingegriffen werden.
- (4) Staatliche Organe sollen prinzipiell nicht die Kompetenz haben, in das Recht auf X einzugreifen.

Das Fehlen einer Kompetenz zu Eingriffen in eine Rechtsposition kann auch als Immunität dieser Rechtsposition gegenüber dem betreffenden Organ oder Rechtssubjekt bezeichnet werden.³⁴⁴ Prinzipielle Abwägungsverbote implizieren somit die prinzipielle Immunität der durch sie geschützten Rechtspositionen gegenüber staatlichen Eingriffen.

Die Abwägung grundrechtlicher Abwägungsverbote kann zu definitiven Abwägungsverbotten führen oder aber eine Abwägung des betreffenden

344 Zur Immunität von Rechten Hohfeld 1923, Alexy 1985, 219 (Nicht-Subjektion).

Grundrechts - in seiner Dimension als abzuwägendes Prinzip - mit kollidierenden Belangen zulassen. Das Abwägungsergebnis wird von bestimmten Bedingungen abhängen. Grundrechte werden auch als prinzipielle Abwägungsverbote somit keinen absoluten Charakter haben, sondern unter bestimmten Bedingungen Abwägungen unterworfen werden können. Es wird aber keine generelle Erlaubnis oder Ermächtigung des Staates bestehen, Grundrechte gegen andere Belange abzuwägen.³⁴⁵

Ist eine Abwägung zulässig, ist in einer zweiten Abwägung zu bestimmen, ob es eine hinreichende Rechtfertigung für die Nichterfüllung des fraglichen grundrechtlichen Prinzips gibt. Die Frage der Abwägung 1. Stufe - der materiellen oder substantiellen Abwägung - ist von der vorausgehenden Abwägung 2. Stufe - der über die Zulässigkeit der Abwägung 1. Stufe - zu unterscheiden. So kann ein definitives Abwägungsverbot angenommen werden, obwohl Eingriffsgründe vorliegen, die bei einer Abwägung 1. Stufe einen Eingriff rechtfertigen würden.

- Bei der Frage, ob der Abschuss eines von Terroristen entführten Zivilflugzeugs unter Inkaufnahme des Todes der Passagiere erlaubt sein kann, um eine größere Zahl von Menschenleben zu retten, wird man bei einer Abwägung von Leben gegen Leben (Abwägung 1. Stufe) nicht unbedingt zu einem Verbot des Abschusses gelangen. Wird dies gleichwohl strikt ausgeschlossen, lässt sich der Grund darin sehen, dass staatliche Organe eine solche Abwägung nicht vornehmen dürfen. Es besteht demnach ein prinzipielles Abwägungsverbot, das sich im Ergebnis durchsetzt und Abwägungen von Menschenleben definitiv verbietet (Ergebnis der Abwägung 2. Stufe).
- Geht es um die Verwertung eines Tagebuchs in einem Strafprozess, um einen Serienmörder überführen zu können, wird man angesichts der substantiellen Frage durchaus der Ansicht sein können, dass der Schutz des Lebens wichtiger ist als die Respektierung der Intimsphäre

345 In diesem Punkt unterscheidet sich die Konzeption von Grundrechten als prinzipielle Abwägungsverbote von der Konzeption der Grundrechte als Optimierungsgebote. Dazu s.o., § 2 I. Prinzipien im Sinne von Optimierungsgeboten implizieren nicht Abwägungsverbote, sondern verlangen Abwägungen. Optimierung erfordert Abwägung. Abwägung setzt wiederum die Kompetenz voraus, über den definitiven Umfang von Rechtspositionen zu bestimmen. Denn Gegenstand der Abwägung ist, was definitiv gelten soll. Grundrechte im Sinne von Optimierungsgeboten können daher nicht gegenüber staatlichen Entscheidungen immun sein, und zwar auch nicht prinzipiell immun. Es ist gerade umgekehrt geboten abzuwägen und damit Entscheidungen im Anwendungsbereich des Grundrechts zu treffen.

des potentiellen Mörders (Abwägung 1. Stufe). Das Verwertungsverbot ergibt sich damit nicht aus einer einfachen Abwägung, sondern dem Verbot einer Abwägung (aufgrund einer Abwägung 2. Stufe).

- Bei der Ausübung von Religions-, Gewissens-, oder Meinungsfreiheit ist nicht danach zu fragen, ob die Möglichkeit zur Grundrechtsausübung wichtiger ist als die durch sie beeinträchtigten Interessen (Abwägung 1. Stufe), sondern es geht zunächst darum, dass der Staat nicht über den Wert oder Nutzen dieser grundrechtlichen Betätigungen bestimmen soll (Abwägung 2. Stufe).
- Beim Schutz der Nutzungsfreiheit des Eigentümers geht es nicht darum, ob die vom Eigentümer gewählte Nutzung den größten Nutzen erbringt oder eine andere Nutzung, eventuell durch einen anderen Eigentümer, wertvoller wäre (Abwägung 1. Stufe). Es geht darum, dass der Staat grundsätzlich nicht zu fragen hat, welchen Nutzen die vom Eigentümer gewählte Nutzung hat (Abwägung 2. Stufe).

In vielen Fällen erscheint somit ein einfaches Abwägungsmodell, in dem Grundrechte lediglich Optimierungsgebote und keine prinzipiellen Abwägungsverbote enthalten, nicht passend. Der Grundrechtsschutz lässt sich in diesen Fällen vielmehr durch prinzipielle Abwägungsverbote konstruieren, die unter bestimmten Bedingungen zu definitiven Abwägungsverboten führen.³⁴⁶

2. Struktur der Grundrechtsprüfung

Die Einführung prinzipieller Abwägungsverbote führt zu einer spezifischen Struktur der Grundrechtsprüfung. Im einfachen Abwägungsmodell geht es darum, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt und eine hinreichende

346 Auf diese Weise lässt sich auch ein spezifischer abwehrrechtlicher Grundrechtsschutz konzipieren. Ein Eingriff in ein Abwehrrecht bedeutet, die grundsätzliche Immunität des Grundrechts zu durchbrechen. Die bloße Nichterfüllung prinzipieller grundrechtlicher Forderungen kann hingegen - in Abgrenzung zu Eingriffen im engeren Sinn - als Beeinträchtigung bezeichnet werden, die Bestimmung des definitiven Gehalts prinzipiell gewährleisterter Rechte als Ausgestaltung dieser Rechte. Abwehrrechte im engeren Sinne sind demnach prinzipiell immune Rechte. Rechte, die lediglich durch prinzipielle Gebote, diese Rechte nicht zu beeinträchtigen, geschützt sind, können hingegen als Abwehrrechte im weiteren Sinn bezeichnet werden. Siehe auch Sieckmann 1998, 29, zur Selbständigkeit von Eigentumsrechten. Letztere folgt aus der prinzipiellen Immunität von Eigentumsrechten.

verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs gegeben ist. Das Prüfungsschema lautet im Ansatz:

- (I) Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts.
 - Definition des Schutzbereichs.
 - Feststellung einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs
 - (II) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung.
- Bei grundrechtlichen Abwägungsverböten geht es hingegen um die Frage, ob ein solches Verbot besteht und ob hinreichende Gründe vorliegen, dieses Verbot zu durchbrechen. Das Prüfungsschema enthält demnach folgende Aspekte:
- (I) Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts.
 - Definition des Schutzbereichs.
 - Begründung eines prinzipiellen Abwägungsverbots für dieses Grundrecht.
 - Feststellung eines Eingriffs.
 - (II) Rechtfertigung der Durchbrechung dieses Abwägungsverbots.
 - (III) Sofern die Rechtfertigung gelingt: Prüfung, ob hinreichend gewichtige Gründe für den Eingriff vorliegen (im Sinne des einfachen Abwägungsmodells).

Der dritte Punkt - die Abwägung aller relevanten Belange - ist für die Konzeption prinzipieller Abwägungsverböten allerdings nicht notwendig. Der Grundrechtsschutz durch Abwägungsverböten könnte ohne diese Abwägung konstruiert werden. Damit würde jedoch ein wesentlicher Aspekt des Grundrechtsschutzes vernachlässigt. Grundrechte schützen Interessen, die als besonders wichtig erscheinen, so wichtig, dass ihre Anerkennung jedenfalls politischen Mehrheitsentscheidungen entzogen werden sollte. Die substantielle Wichtigkeit von Grundrechten ist aber der Ansatz des Abwägungsmodells. Ein vollständiger Grundrechtsschutz erfordert die Berücksichtigung der substantiellen Wichtigkeit von Grundrechten und damit die Anwendung des einfachen Abwägungsmodells neben dem prinzipieller Abwägungsverböten.

Das Modell prinzipieller Abwägungsverböten wird hier also nicht dem einfachen Abwägungsmodell gegenübergestellt, sondern als Erweiterung und Vervollständigung des Grundrechtsschutzes verstanden. Es führt zwei zusätzliche Elemente des Grundrechtsschutzes ein:

- die Begründung prinzipieller Abwägungsverböten sowie
 - die Frage nach der Rechtfertigung der Durchbrechung solcher Verböten.
- Für die Struktur der Grundrechtsprüfung ergibt sich daraus eine Doppelung der Abwägung. Bei Grundrechten als prinzipiellen Abwägungsverböten ist zunächst zu fragen, ob hinreichende Gründe für eine Durchbre-

chung des Abwägungsverbots vorliegen, sodann, ob die Eingriffsgründe hinreichend gewichtig sind, die Beeinträchtigung des Schutzguts zu rechtfertigen. Beide Abwägungen können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Es kann

- die Abwägung (die Durchbrechung des Abwägungsverbots) und ihr Ergebnis (die substantielle Grundrechtsbeeinträchtigung) gerechtfertigt sein;
- die Abwägung gerechtfertigt sein, aber ihr Ergebnis (die Grundrechtsbeeinträchtigung) nicht;
- die Abwägung nicht gerechtfertigt sein, obwohl, wenn sie zulässig wäre, das Ergebnis (die Grundrechtsbeeinträchtigung) substantiell zu rechtfertigen wäre;
- Abwägung und Ergebnis nicht gerechtfertigt sein.

Eine weitere Konsequenz ist, dass ein Eingriff in ein Grundrecht als prinzipielles Abwägungsverbot bereits vorliegt, wenn eine Ermächtigung zu einem solchen Eingriff begründet wird. Im einfachen Prinzipienmodell könnte hingegen argumentiert werden, die bloße Ermächtigung zu einem Eingriff sei noch kein Eingriff.³⁴⁷ Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote sind hingegen prinzipiell immun gegenüber staatlichen Regelungen. Die bloße Ermächtigung zu Eingriffen schränkt diese Immunität ein und stellt damit bereits einen Grundrechtseingriff dar.³⁴⁸

III. Die Begründung prinzipieller Abwägungsverbote

Prinzipielle Abwägungsverbote folgen bereits aus der Struktur von Geltungsgeboten. Allerdings ergibt sich daraus lediglich ein Argument, ein prinzipielles Abwägungsverbot anzuerkennen. Dieses Argument würde zur verfassungsrechtlichen Geltung eines prinzipiellen Abwägungsverbots führen, wenn es keine Gegenargumente gäbe. Jedoch kollidiert die Annahme prinzipieller Abwägungsverbote mit dem Demokratieprinzip. Die Kompetenz zu autoritativer Rechtsetzung ist mit der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers begründet. Diese schließt die Kompetenz zur umfassenden Abwägung aller relevanten Belange ein. Einfache Grundrechtsprinzipien, die im politischen Prozess abzuwägen und in definitiv

347 So in der Tat Alexy 1985, 255.

348 Wenn Lerche 1999, 106, das Ermächtigungsgesetz als "eingreifende Norm" bezeichnet, könnte dies mit der Konzeption von Grundrechten als prinzipielle Eingriffsverbote erklärt werden.

gültige Rechtsnormen umzusetzen sind, sind ohne Weiteres mit dem demokratischen Modell vereinbar. Die Annahme prinzipiell immuner Rechte, die politischen Entscheidungen entzogen sein sollen, schränkt das demokratische Modell hingegen ein.

Grundrechte im Sinne prinzipieller Abwägungsverbote sind demnach nur dann anzuerkennen, wenn die aus ihnen folgende Einschränkung demokratisch legitimierter Kompetenzen gerechtfertigt werden kann. Gezeigt werden muss, dass eine Entscheidung nicht nach der Wichtigkeit der im Konflikt stehenden Belange im konkreten Fall entschieden werden soll, sondern ein Recht als grundsätzlich immun gegenüber staatlichem Eingriff angesehen werden soll. Es sind verschiedene Argumentationslinien möglich:

- die Anerkennung prinzipieller Immunität von Grundrechten als Bedingung der Zustimmungsfähigkeit der Rechtsordnung (Grundrechte als Legitimitätsbedingung);
- die Anerkennung prinzipieller Immunität von Grundrechten, weil dies insgesamt zum größten Nutzen der Gesellschaft führt (nicht-individualistische, regelutilitaristische Grundrechtsbegründung).

1. Immune Grundrechte als Legitimitätsbedingung

Der Ansatz, die prinzipielle Immunität von Grundrechten als Bedingung der Legitimität autoritativer Rechtsetzung sowie der staatlichen Ordnung insgesamt anzusehen, kann wiederum auf verschiedene Argumentationen zurückgreifen.

Zunächst ist zwischen normativen Argumenten für die prinzipielle Immunität von Grundrechten und der definitiven Anerkennung ihrer prinzipiellen Immunität zu unterscheiden. Persönliche Autonomie fordert generell, dass Individuen selbst über ihr Leben bestimmen und staatliche Organe keine Kompetenzen haben sollen, über die individuelle Lebensgestaltung zu entscheiden. Jedes Freiheitsrecht fordert somit prinzipielle Immunität. Jedoch ist dies zunächst lediglich ein Argument und begründet noch nicht die definitive Anerkennung einer prinzipiellen Immunität von Freiheitsrechten. Diese würde sich erst ergeben, wenn die Forderung nach prinzipieller Immunität im Ergebnis definitiv anerkannt werden müsste. Dies kann aus zwei Argumentationen folgen.

Erstens könnte verneint werden, dass eine autoritative Rechtsetzung in bestimmten Bereichen notwendig ist. Dies kann jedenfalls für Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Intim- und Privatsphäre sowie für

Rechte, deren Ausübung sich innerhalb dieser Sphären hält, angenommen werden. So besteht kein Grund für Regelungen über die Bildung religiöser Überzeugungen oder persönlicher Meinungen sowie über künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeiten oder über die Berufswahl, sofern diese keine Auswirkungen auf andere haben. Eine Anerkennung prinzipieller Immunität erscheint daher notwendig bei Grundrechten, die die Integrität der Person und ihre Intim- oder Privatsphäre schützen. Auch bei anderen Grundrechten ist zunächst zu fragen, ob die Grundrechtsausübung zu Beeinträchtigungen anderer Belange führen kann.

Zweitens könnten zwar Einwirkungen auf andere gegeben oder nicht auszuschließen sein, das grundrechtliche Interesse an Freiheit von staatlicher Einwirkung aber die Belange überwiegen, die für eine staatliche Eingriffsmöglichkeit sprechen. So betrifft die Berufswahl in erster Linie die eigene Person, kann allerdings Auswirkungen auf andere haben. Entscheidet sich ein begnadeter Mediziner etwa dazu, Schafe zu hüten, wäre dies ein Verlust für die Gesellschaft. Dennoch verlangt der Respekt vor der persönlichen Autonomie, dem Einzelnen die Freiheit zu einer solchen Entscheidung zu lassen. Autonome Subjekte werden diese Entscheidung nicht staatlichen Organen überlassen. Die Freiheit der Berufswahl darf daher grundsätzlich nicht Gegenstand staatlicher Abwägung sein. Gleiches gilt für persönliche Meinungen, wissenschaftliche Erkenntnisse oder religiöse Überzeugungen, selbst wenn diese Auswirkungen auf andere haben. Autonome Subjekte würden ihren Anspruch auf Autonomie aufgeben, wenn sie in diesen Bereichen ihre eigene Beurteilung derjenigen staatlicher Organe oder anderer Rechtssubjekte unterordnen würden.

Umgekehrt wird für grundrechtliche Freiheiten, deren Wahrnehmung zu erheblichen Beeinträchtigungen anderer Belange führen kann, eine prinzipielle Immunität gegenüber Abwägungen nicht anzuerkennen sein. Auch wenn etwa die verfassungsrechtliche Anerkennung einer allgemeinen Handlungsfreiheit prinzipiell geboten ist und ein Freiheitsrecht prinzipiell die Forderung impliziert, dass es nicht Abwägungen unterworfen werden soll, kann diese Forderung verfassungsrechtlich nicht anerkannt werden, wenn - wie bei der allgemeinen Handlungsfreiheit - nicht bekannt ist, in welcher Weise diese Freiheit ausgeübt werden soll und welche Beeinträchtigungen daraus resultieren.

Neben Freiheitsrechten können auch positive Rechte, etwa auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, mit prinzipiellen Abwägungsverböten verbunden sein. Dem Gesetzgeber kann also grundsätzlich verboten sein, die Erfüllung dieser Rechte von Abwägungen mit anderen Belangen abhängig zu machen. In diesem Fall setzt die Begründung prinzi-

pieller Immunität allerdings stets bereits Abwägungen voraus, kann also nicht lediglich mit dem Fehlen der Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung begründet werden.

Allgemein sind verfassungsrechtlich als abwägungsresistente Rechte, die nicht unbeschränkt Abwägungen unterworfen werden dürfen, diejenigen Rechte anzuerkennen, deren Beeinträchtigung eine solche Intensität erreichen kann, dass sie die Akzeptanz der Verbindlichkeit rechtlicher Normen in Frage stellen kann. Jedes Interesse, das eine hinreichend gewichtige Form persönlicher Freiheit darstellt, kann demnach grundrechtlichen Schutz in Form eines prinzipiellen Abwägungsverbots beanspruchen. Hinreichend gewichtig ist es, wenn seine Verdrängung durch andere Belange die Akzeptabilität einer verbindlichen Regelung in Frage stellen würde. Wann dies anzunehmen ist, hängt wiederum von Abwägungen ab, in denen individuelle Interessen sowie Gründe für die Anerkennung der Verbindlichkeit des Rechts zu berücksichtigen sind. Soweit solche Abwägungen im Ergebnis offen sind, hängt es von verfassungsrechtlichen Festsetzungen ab, ob Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote anerkannt werden.

2. Nicht-individualistische Begründung der Immunität von Grundrechten

Ein nicht-individualistischer Ansatz nimmt an, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen die Anerkennung grundsätzlich immuner individueller Rechtssphären verlangt. Die Freiheit von staatlicher Einflussnahme ist nicht nur eine Forderung autonomer Subjekte, sondern eine Voraussetzung für ein optimales Funktionieren bestimmter gesellschaftlicher Bereiche.

So ist ein freier Prozess der Meinungsbildung eine Voraussetzung für das Funktionieren des demokratischen Systems. Wissenschaftliche Erkenntnis wird am besten nach eigenen Gesetzmäßigkeiten und nicht nach staatlichen Vorgaben gewonnen. Das Wirtschaftssystem funktioniert am besten, wenn grundsätzlich ökonomische Entscheidungen Privaten überlassen und Eigentumsrechte privaten Rechtssubjekten zur freien Nutzung übertragen werden.

Es gibt also durchaus auch nicht-individualistische Begründungen für die Anerkennung prinzipiell immuner Grundrechte. Wiederum sind für diese Argumentationen Abwägungen erforderlich, ob prinzipiell immune Rechte anerkannt werden sollten. Dies ist wiederum eine Frage der Gestaltung des Verfassungsrechts.

IV. Die Rechtfertigung der Durchbrechung prinzipieller Abwägungsverbote

Es lässt sich somit aufgrund verschiedener Ansätze die prinzipielle Immunität jedenfalls einiger Grundrechte gegenüber staatlichen Entscheidungen begründen. Aus dem prinzipiellen Charakter grundrechtlicher Immunität folgt, dass deren Einschränkung aufgrund einer Abwägung jedenfalls theoretisch möglich ist. Eine solche Abwägung unterscheidet sich jedoch von der substantiellen Abwägung mit Blick auf die Umstände des konkreten Falls. Auf der Seite des Grundrechts geht es nicht darum, wie stark es im konkreten Fall betroffen ist, sondern um die Beeinträchtigung durch Anerkennung einer Eingriffskompetenz bestimmten Umfangs.

- Bei der Abwägung des Lebens der Flugzeuginsassen gegen eine möglicherweise zu rettende größere Zahl von Menschenleben geht es nicht darum, ob das Leben der Flugzeuginsassen ohnehin mit hoher Wahrscheinlichkeit in kurzer Zeit beendet sein wird, sondern es geht darum, welche Beeinträchtigung eine Ermächtigung des Staates zu derartigen Eingriffen für den Lebensschutz bedeutet.
- Bei der Verwertung eines Tagebuchs geht es nicht darum, inwieweit jemand sich dadurch beeinträchtigt sieht, dass bestimmte Geheimnisse aus seinem Intimleben bekannt werden. Diese Beeinträchtigung mag im konkreten Fall gering sein. Es geht um die Beeinträchtigung, die aus der in Frage stehenden Ermächtigung zu solchen Eingriffen resultieren kann.
- Bei dem Schutz von Religions- und Gewissensfreiheit geht es nicht darum, ob die individuellen Belange gewichtiger sind als die der Gesellschaft, sondern darum, ob eine staatliche Kontrolle von Glaubens- und Gewissensfragen als akzeptabel angesehen werden kann.
- Bei der Abwägung von Meinungs- oder Pressefreiheit gegen andere Belange, wie Persönlichkeitsrechte, geht es nicht darum, wie stark sich die Untersagung einer bestimmten Äußerung oder Veröffentlichung auf die Meinungs- oder Pressefreiheit auswirkt, sondern darum, wie stark die Beeinträchtigung wäre, wenn staatliche Stellen derartige Abwägungen vornähmen.
- Beim Schutz der Eigentumsfreiheit geht es nicht darum, wie stark Eigentümer getroffen würden, wenn sie etwa zu einer wirtschaftlich effizienteren Nutzung ihres Eigentums verpflichtet würden. Diese Beeinträchtigung kann gering sein oder gar fehlen, wenn die erzwungene Nutzung den Eigentümer sogar besserstellt. Zu fragen ist vielmehr, wie stark die Beeinträchtigung einzelner Eigentumsrechte wie auch der

Eigentumsordnung insgesamt wäre, wenn derartige staatliche Eingriffe zulässig wären.

Von der Struktur der Abwägung abgesehen, ist ein anderer, zentraler Unterschied die Bestimmung, welches Gewicht prinzipiell immunen Grundrechten abstrakt, also ohne Berücksichtigung des Grades ihrer Beeinträchtigung, zugeschrieben werden soll. Bei einer substantiellen Abwägung könnte man sich an der Stärke der beeinträchtigten Interessen orientieren. Bei der Abwägung prinzipieller Immunität ist dies nicht ohne weiteres möglich. Es geht vielmehr um die Zustimmungsfähigkeit bestimmter Eingriffskompetenzen oder um Fragen des gesamtgesellschaftlichen Nutzens aus der Anerkennung bestimmter dem staatlichen Eingriff entzogener Grundrechtssphären.

Die Frage nach der Zustimmungsfähigkeit erfordert eine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen autonome Subjekte bereit wären, staatliche Eingriffskompetenzen in bestimmten Bereichen zu akzeptieren, und zwar unabhängig davon, ob diese Eingriffe im konkreten Fall zu einem nach Abwägung aller Umstände besseren Ergebnis führten. Das Problem ist, dass es für die erforderliche Gewichtung prinzipieller Immunität an konkreten Maßstäben fehlt. Es geht vielmehr darum, welches Gewicht dem Grundrechtsschutz als solchem gegeben wird, also um einen Eigenwert von Grundrechten, der sich nicht auf eine bloße Interessenabwägung zurückführen lässt. Es geht vielmehr darum, einen Schutz fundamentaler individueller Interessen auch gegenüber einem als optimal angesehenen Ergebnis einer Interessenabwägung zu gewährleisten, also eine grundsätzlich individualistisch ausgerichtete Gesellschaftskonzeption.

Die Gewichtung des Grundrechtsschutzes ist ein Akt normativer Selbstbestimmung einer Gesellschaft. Nach einer Unrechtserfahrung mit einem diktatorischen Regime kann eine Gesellschaft äußerst sensibel reagieren und Grundrechten einen hohen Eigenwert zuschreiben. Es ist aber auch möglich, dass eine Gesellschaft keinen Grund sieht, Grundrechten einen solchen Eigenwert zuzuschreiben, sondern von politischen und rechtlichen Organen verlangt, nach optimalen Lösungen unter Abwägung aller relevanten Belange zu streben.

Der Eigenwert von Grundrechten muss nicht für alle Grundrechte der gleiche sein, sondern kann und wird differieren. Er kann auch vom jeweiligen Kontext abhängen. So kann das Gewicht des Eigentumsschutzes davon abhängen, in welchem Maß die Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung von privaten Eigentumsrechten abhängt. Entscheidend ist, dass es nicht um das substantielle Gewicht des Grundrechts im konkreten

Fall geht, also um das mit ihm geschützte individuelle Interesse, sondern um das Gewicht des Grundrechts als solchem.

Auf der Seite der Eingriffsgründe ist, wie bei substantiellen Abwägungen auch, zu fragen, welches Gewicht die zur Rechtfertigung der Eingriffskompetenz dienenden Gründe haben. Dieses Gewicht hängt wiederum vom abstrakten Gewicht der Ziele oder Prinzipien, die mit dem Eingriff verfolgt werden, sowie von dem Maß ab, in dem die Anerkennung der Eingriffskompetenz zur Realisierung dieser Ziele oder Prinzipien beiträgt. Dabei wird zu unterscheiden sein, ob eine Eingriffskompetenz in einem Einzelfall³⁴⁹ oder für einen weiteren Anwendungsbereich gerechtfertigt werden soll.

So kann bei der Frage der Zulässigkeit der Verwertung eines Tagebuchs in einem Strafprozess die Abwägung auf den Einzelfall beschränkt werden. Es geht dann darum, wie hoch der Schutz der Intimsphäre vor staatlichem Zugriff gewichtet wird und wie wichtig die Verwertung der Aufzeichnungen für den Schutz vor Straftaten ist. Das Gewicht der Intimsphäre ist dabei nicht lediglich das individuelle Interesse an ihr, sondern der Wert, der dem Grundrecht auf Schutz dieser Sphäre beigemessen wird. Würde es lediglich um das geschützte Interesse gehen, wäre schwer einzusehen, warum dessen Beeinträchtigung gewichtiger sein sollte als der Schutz von Menschenleben.

Gegenstand der Abwägung kann aber auch eine über den Einzelfall hinausgehende Eingriffskompetenz sein, etwa unter der Bedingung, dass es um eine besonders schwere Straftat geht und bereits gewichtige Indizien auf den Verdächtigen deuten. Es geht dann um die Begründung einer Regel mit allgemein gefassten Voraussetzungen. Je weiter ihr Anwendungsbereich, desto schwerer ist der Eingriff und dementsprechend desto schwieriger ihre Rechtfertigung in der Abwägung.

V. Fazit

- (1) Das Modell der Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote rekonstruiert die zentrale Idee von Grundrechten, individuelle

349 Auch eine auf einen Einzelfall beschränkte Entscheidung muss allerdings für alle Fälle gelten, die die gleichen relevanten Merkmale aufweisen. Der Unterschied zu einer Entscheidung für einen eng begrenzten Bereich ist, dass die relevanten Merkmale nicht explizit ausgewiesen werden, sondern erst in späteren Verfahren zu bestimmen sind.

Rechtssphären dem staatlichen Zugriff zu entziehen. Ob und welche Grundrechte in einem verfassungsrechtlichen System in diesem Sinne zu verstehen sind, ist allerdings eine Frage des positiven Rechts und seiner Interpretation.

- (2) Die Konstruktion als prinzipielle Abwägungsverbote entspricht grundsätzlich dem Charakter von Freiheitsrechten. Allerdings ergibt sich zunächst nur die prinzipielle Forderung nach Anerkennung einer prinzipiellen Immunität dieser Rechte.
- (3) Eine definitive Anerkennung prinzipieller Immunität erscheint notwendig insbesondere bei Grundrechten, die die Integrität der Person und ihre Intim- oder Privatsphäre schützen.
- (4) Auch positive Rechte, etwa auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, können mit prinzipiellen Abwägungsverböten verbunden sein.
- (5) Der Grundrechtsschutz folgt dem einfachen Abwägungsmodell bei Grundrechten, deren Ausübung regelmäßig in Konflikt mit anderen Interessen geraten kann, ohne dass eine Entscheidung dieses Konflikts vorgegeben wäre. In diesen Fällen erscheint die Annahme prinzipieller Abwägungsverböte nicht adäquat.
- (6) Das einfache Abwägungsmodell findet subsidiär auf alle Grundrechte Anwendung. Es kann neben dem Grundrechtsschutz durch prinzipielle Abwägungsverböte zur Anwendung kommen, nämlich dann, wenn das prinzipielle Abwägungsverbot durch hinreichend gewichtige Gegengründe verdrängt wird und so die Abwägung grundrechtlicher Interessen mit den Eingriffsgründen eröffnet wird.
- (7) Insofern bildet das Abwägungsmodell der Grundrechte mit der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den Mindeststandard des Grundrechtsschutzes.

§ 10 Grundrechte und Gesetzgebung

Grundrechte als Institutionalisierung von Menschenrechten setzen die Existenz von Institutionen voraus, die verbindliche Regelungen treffen können. Diese Institutionen sind in erster Linie, dem Verständnis von Grundrechten als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte entsprechend, staatliche Organisationen.³⁵⁰ Grundrechte erfordern somit die Existenz von staatlichen Institutionen mit legislativen Kompetenzen. Andererseits sind sowohl die Existenz dieser Institutionen wie auch deren Kompetenzen zu autoritativer Normsetzung problematisch im Hinblick auf die Umsetzung menschenrechtlicher Prinzipien. Der universelle Geltungsanspruch dieser Prinzipien kollidiert mit den begrenzten Zuständigkeitsbereichen staatlicher Organisationen. Legislative Kompetenzen dienen zudem mindestens ebenso sehr der Beschränkung wie der Realisierung menschenrechtlicher Forderungen.

Die Transformation menschenrechtlicher Prinzipien in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte wirft demnach jedenfalls zwei Probleme auf: die Einrichtung staatlicher Organisationen und die legislativen Kompetenzen innerhalb dieser Organisationen.

I. Menschenrechte und staatliche Organisationen

Staaten sind durch territorial abgegrenzte Hoheitsgewalt charakterisiert. Sie beanspruchen äußere wie innere Souveränität und damit das Recht, auf ihrem Territorium selbst die für erforderlich gehaltenen Regelungen zu treffen.³⁵¹ Staaten sind daher in ihrem Hoheitsbereich für die Realisierung von Grundrechten verantwortlich. Sie müssen Grundrechte gewährleisten, dürfen nicht ohne hinreichende Rechtfertigung in sie eingreifen und müssen auch die erforderlichen Voraussetzungen für die Realisierung grundrechtlich geschützter Interessen schaffen. Diese Pflichten sind jedoch grundsätzlich auf ihren Hoheitsbereich beschränkt. Für die Anerkennung

350 Jedoch können auch supranationale oder internationale Organisationen menschenrechtliche Prinzipien in positives Recht umsetzen.

351 Zum Souveränitätsbegriff Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 127ff.

und Einhaltung von Grundrechten in anderen Staaten sind sie nicht verantwortlich. Wenn sie über die Gewährleistung von Menschenrechten in anderen Staaten bestimmen wollten, käme es zudem zu einem Konflikt mit deren Autonomie, die im Prinzip staatlicher Souveränität und dem Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten³⁵² ihren Ausdruck findet.

Die territoriale Abgrenzung staatlicher Verantwortlichkeit steht jedoch in Konflikt mit dem Gebot der Realisierung menschenrechtlicher Prinzipien.³⁵³ Menschenrechtliche Forderungen richten sich nicht nur an den Staat, in dessen Gebiet die betreffenden Menschen leben, sondern grundsätzlich an alle Hoheitsträger, die zur rechtlichen Realisierung dieser Prinzipien beitragen können. Der Adressatenkreis menschenrechtlicher Forderungen ist demnach prinzipiell universell und nicht auf ein Staatsgebiet begrenzt. Die Einrichtung staatlicher Organisationen steht auch insofern in Konflikt mit dem universellen Geltungsanspruch menschenrechtlicher Prinzipien, als staatliche Organisationen bestimmte Rechte auf Staatsangehörige beschränken und primär die Interessen ihrer eigenen Staatsangehörigen wahrnehmen. Die territoriale Abgrenzung staatlicher Organisationen sowie die Abgrenzung nach Staatsangehörigkeiten bedeuten somit eine Einschränkung in der Erfüllung menschenrechtlicher Prinzipien.

Es gibt allerdings Gründe für die territoriale und personelle Abgrenzung staatlicher Hoheitsgewalten. Sie vermeidet Konflikte zwischen konkurrierenden Herrschaftsansprüchen und fördert damit ein friedliches Zusammenleben. Auch erlaubt sie eine klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, was die Verwirklichung menschenrechtlicher Ansprüche fördert. Zudem ist der Zusammenschluss von Menschen in Staaten auch Ausdruck politischer Selbstbestimmung und hat damit selbst wiederum eine Legitimation in menschenrechtlichen Prinzipien. Es ist daher grundsätzlich gerechtfertigt, das Gebot der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien auf den abgegrenzten Verantwortungsbereich des jeweiligen Staates zu beschränken. Menschenrechtliche Prinzipien sind somit in den Verfassungssystemen der einzelnen Staaten umzusetzen. Ihr Geltungsanspruch wird dadurch aber auch auf die jeweiligen Verfassungssysteme begrenzt.³⁵⁴

352 Dazu UN-Charta Art. 2 Ziff. 7.

353 Siehe zum Problem auch Martinsen, Grenzen der Menschenrechte, 2019, in Bezug auf politische Partizipation.

354 Wenn bestimmte Menschenrechte verfassungsrechtlich nur für Staatsangehörige gewährleistet werden, bedeutet dies somit nicht, dass diese Rechte aus der Staatsangehörigkeit abgeleitet wären. Die Kritik von Martinsen 2014, 14, trifft diese Konzeption daher nicht.

Dennoch hat diese Rechtfertigung Grenzen. Die Rechtfertigung ergibt sich vor allem aus der Notwendigkeit, Konflikte zwischen Staaten so weit wie möglich zu vermeiden, und reicht nur soweit, wie diese Notwendigkeit besteht. Dies ist ein Kerngedanke der Verhältnismäßigkeit. Die Notwendigkeit territorialer Abgrenzung von Hoheitsgewalten ist somit keine Rechtfertigung dafür, menschenrechtliche Interessen derjenigen, die nicht dem betreffenden Staat angehören oder auf dessen Territorium leben, zu ignorieren. Zwar gehört zur territorialen Abgrenzung wie auch zur Einrichtung von Staatsangehörigkeiten, dass bestimmte Rechte den Staatsangehörigen oder Einwohnern vorbehalten sind und Staaten in erster Linie für das Wohl der eigenen Bevölkerung verantwortlich sind. Eine Rechtfertigung, die Interessen der Menschen in anderen Ländern zu ignorieren, folgt daraus jedoch nicht. Erst recht gilt dies für die Interessen derjenigen, die in einem Staat leben, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu besitzen.

Es ist demnach festzuhalten, dass menschenrechtliche Forderungen von Staaten auch dann zu berücksichtigen sind, wenn diese nicht die jeweiligen Staatsangehörigen oder Einwohner betreffen.³⁵⁵

II. Legislative Kompetenzen und Grundrechtsgehalte

Die Institutionalisierung von Grundrechten erfordert nicht nur die Existenz von (staatlichen) Rechtssystemen, sondern auch Gesetze, und damit die Existenz legislativer Kompetenzen. Diese schließen die Kompetenz zur Verfassungsgebung und Verfassungsänderung wie auch die zu einfacher Gesetzgebung auf der Grundlage der Verfassung ein. Die Kompetenz zur Verfassungsgebung ist durch menschenrechtliche Prinzipien gebunden. Grundrechte sind das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Transformation menschenrechtlicher Prinzipien. Insoweit besteht kein Konflikt von Grundrechten mit menschenrechtlichen Prinzipien. Das Verhältnis von Grundrechten zu einfacher Gesetzgebung ist hingegen durchaus komplex.³⁵⁶

355 Wie dies geschehen sollte, ist eine normative Frage. Dazu Martinsen 2014, 195ff.

356 Zu diesem Thema auch Borowski, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, in: Clérico/Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 99ff.

1. Grundrechte und Gesetz

Grundrechte setzen einerseits dem einfachen Gesetzgeber Grenzen. Andererseits dient Gesetzgebung der Realisierung von Grundrechten.³⁵⁷ Der Gesetzgeber ist Adressat der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus Grundrechten ergeben, und damit zur Realisierung grundrechtlicher Forderungen verpflichtet. Dies verlangt auch die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien, sei es bei der Frage, ob prinzipiell immune Grundrechte Abwägungen zulassen, sei es in Form optimierender Abwägung. Legislative Entscheidungen sind damit an Prinzipien gebunden und aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht im Ergebnis beliebig und rein politisch, sondern Anwendung geltenden Verfassungsrechts.

Der Gesetzgeber muss somit grundrechtliche Prinzipien umsetzen. Dabei sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: natürliche Freiheiten, die ohne gesetzliche Regelung in Anspruch genommen werden können (residuale Grundrechte), prinzipiell gewährleistete Grundrechte, die erst aufgrund einer weiteren rechtlichen Regelung in Anspruch genommen werden können,³⁵⁸ und regulierungsresistente Grundrechte, die nicht nur ohne gesetzliche Regelung in Anspruch genommen werden können, sondern auch prinzipiell immune Rechte darstellen, die gesetzliche Regelungen grundsätzlich ausschließen.

2. Residuale Grundrechte

Residuale Rechte sind solche, die bestehen, solange sie nicht gesetzlich beschränkt oder entzogen werden. Natürliche Freiheiten (Handlungsfrei-

357 Die beiden Aspekte der Grenzziehung und der Zielvorgabe werden in verschiedenen Modellen der Grundrechtsinterpretation hervorgehoben: Grundrechte als Rahmenordnung und Grundrechte als Grundordnung. Dazu Alexy 2002b, 390; Afonso da Silva, Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung, in: Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2009, 217ff.; Poscher 2003, 82; Habermas 1994, 315; Šušnjar 2010, 77.

358 Dabei muss es sich nicht notwendig um eine Ausgestaltung von Grundrechten im Sinne von Cornils, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2005, 14, handeln. Es muss sich nicht notwendig um grundrechtlich gebotene oder spezifisch grundrechtlich erlaubte Regelungen handeln. Auch die grundrechtsbeschränkende Festlegung des definitiven Gewährleistungsgehalts bei lediglich prinzipiell geltenden Grundrechten stellt eine solche Regelung dar. Es geht also nicht um einen Gegensatz zur Schrankengesetzgebung, wie bei Gellermann 2000, 33ff.

heiten, Rechte zu etwas³⁵⁹) bilden den Gegenstand solcher residualen Grundrechte. Gleiches gilt für *prima facie*-Rechte mit positivem Gehalt (Ansprüche, Rechte auf etwas³⁶⁰). Als *prima facie*-Rechte sind sie als Regel anerkannt, können aber Ausnahmen haben. Sie bestehen, solange sie nicht gesetzlich beschränkt werden.

Residuale Rechte sind von prinzipiell gültigen Rechten zu unterscheiden. Die Anwendbarkeit prinzipieller Rechte wird von gesetzlichen Regelungen nicht aufgehoben. Ihre normativen Konsequenzen können zwar durch gesetzliche Regelung verdrängt werden. Das prinzipielle Recht als solches bleibt jedoch bestehen und bildet einen ständigen Gegengrund gegenüber dem Gesetz. Ein residuales Recht hat hingegen keine Widerstandskraft gegenüber rechtlichen Beschränkungen.

3. Grundrechte als Prinzipien

Die Interpretation von Grundrechten als Prinzipien bildet den Kern eines substantiellen Grundrechtsschutzes. Sie können in Konflikt mit kollidierenden normativen Forderungen stehen und implizieren dann Abwägungsgebote, die fordern, die betreffenden Grundrechte in möglichst hohem Maß zu realisieren. Die damit gebotene Abwägung muss darauf zielen, eine optimale Lösung des Konflikts zu finden. Das grundrechtlich definitiv Gebotene hängt vom Ergebnis dieser Abwägung ab.

Eine Konsequenz aus diesem Abwägungsmodell ist, dass prinzipiell geschützte Grundrechte zunächst lediglich einen Anspruch auf korrekte Abwägung enthalten und zu einem substantiellen Anspruch, den Grundrechtsgehalt zu realisieren, erst führen, wenn eine rechtliche Regelung hinsichtlich ihres definitiven Anwendungsbereichs getroffen wird. Grundrechtsausübung erfordert also rechtliche Regelungen. Solche rechtlichen Regelungen müssen allerdings nicht notwendig durch Gesetz getroffen werden. Auch richterliche Entscheidungen können die erforderlichen definitiven Festsetzungen enthalten. Ferner kommen exekutive Regelungen oder Gewohnheitsrecht in Betracht. Inwieweit gesetzliche Regelungen erforderlich sind, hängt von der Reichweite eines Vorbehalts des Gesetzes ab.

Ein bekanntes Beispiel für gesetzesabhängige Grundrechte ist die Garantie von Eigentumsrechten. Auch wenn Eigentumsrechte durch einzelne

359 Alexy 1985, 194.

360 Alexy 1985, 171.

Akte erworben oder übertragen werden, existieren sie aufgrund rechtlicher Regelungen und sind damit gesetzesabhängig. Aber ganz generell sind prinzipielle Rechte in ihrer Realisierung von rechtlichen Regelungen abhängig. Erst wenn prinzipiell gewährleistete Grundrechte zugleich als residuale Rechte interpretiert werden, ist ein Grundrechtsschutz auch ohne rechtliche Regelung gegeben.

4. Prinzipiell immune Grundrechte

Auch wenn der definitive Schutz prinzipiell geschützter Grundrechte gesetzliche Regelungen voraussetzt, ist ein Grundrechtsschutz nicht nur in Form einfacher Abwägung möglich. Eine Rechtsordnung kann vielmehr subjektive Rechte gegenüber dem objektiven Recht verselbständigen und sie als prinzipiell immun behandeln.³⁶¹

Prinzipiell immune Rechte sind durch das grundsätzliche Fehlen einer Kompetenz des Gesetzgebers zu Eingriffen in dieses Recht charakterisiert. Sie sind prinzipiell nicht der legislativen Kompetenz zu Eingriffen unterworfen. Weil und soweit Grundrechte lediglich prinzipiell und nicht absolut gelten, kann diese Immunität jedoch eingeschränkt werden. Es ist dafür eine Rechtfertigung erforderlich, die die Kompetenz des Gesetzgebers zu einem Grundrechtseingriff begründet.

Verfassungsrechtlich sind prinzipiell immune Rechte durch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt oder das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts geschützt. Bei einem einfachen Gesetzesvorbehalt dürfte der Gesetzgeber hingegen aus beliebigen Gründen eingreifen. Wird demgegenüber aufgrund eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts eine besondere Rechtfertigung für einen Eingriff verlangt, bedeutet dies eine Einschränkung der Eingriffskompetenz des Gesetzgebers. Das Grundrecht ist partiell prinzipiell immun. Wenn kein Gesetzesvorbehalt besteht, ist das Grundrecht umfassend prinzipiell immun.

Der Schutz prinzipiell immuner Rechte kann unterschiedlich weit gehen. Bei uneingeschränkt prinzipiell immunen Grundrechten sind Einschränkungen generell ausgeschlossen. Ein Eingriff kann nur aufgrund gleichrangiger Belange, also kollidierender Grundrechte oder anderer Ver-

361 Zur prinzipiellen Immunität von Rechten s.o., § 9. Immunität einer Rechtsposition impliziert das Fehlen einer Kompetenz eines anderen zur Änderung dieser Position und das Fehlen einer Subjektion des Rechtsträgers unter die Kompetenz eines anderen.

fassungsnormen, gerechtfertigt werden. Eine partielle prinzipielle Immunität gilt hingegen nur unter bestimmten Voraussetzungen oder gegenüber bestimmten Arten von Eingriffen.³⁶²

So lässt sich Art. 14 GG in dem Sinn interpretieren, dass Eigentumsrechte gegenüber Enteignungen prinzipiell immun sind, nicht aber gegenüber Inhalts- und Schrankenbestimmungen.³⁶³ Art. 12 I GG lässt sich so verstehen, dass die Freiheit der Berufswahl prinzipiell immun ist, nicht aber die Freiheit der Berufsausübung.³⁶⁴

III. Legislative Bindungen und Spielräume

Wenn eine legislative Kompetenz zu Grundrechtseingriffen grundsätzlich gegeben ist, ist eine weitere Frage, wie weit diese reicht. Fraglich ist also, in welchem Umfang der Gesetzgeber Regelungen im Bereich von Grundrechten treffen kann und damit aufgrund der Abwägung grundrechtlicher Prinzipien den definitiven Geltungsbereich von Grundrechten bestimmen kann. Zu klären ist damit die Konstruktion der Bindung des Gesetzgebers durch grundrechtliche Prinzipien und um die dem Gesetzgeber verbleibenden Spielräume.

1. Strukturelle, epistemische und normative Spielräume

Der Begriff des "Spielraums" ist mehrdeutig. Alexy unterscheidet strukturelle und epistemische Spielräume. Strukturelle Spielräume sind durch die Offenheit der Verfassung definiert. In sie falle alles, was verfassungs-

362 Prinzipielle Immunität findet somit verfassungsrechtlich ihren Ausdruck im Fehlen eines Gesetzesvorbehalts oder in qualifizierten Gesetzesvorbehalten. Jedoch muss nicht jeder qualifizierte Gesetzesvorbehalt mit der Annahme eines prinzipiell immunen Rechts verbunden sein. Es kann andere Gründe für ihn geben. Um ein prinzipiell immunes Recht handelt es sich nur dann, wenn eine Eingriffskompetenz des Gesetzgebers zum Schutz des betreffenden fundamentalen Interesses soweit wie möglich ausgeschlossen sein soll.

363 Dazu Sieckmann 1998, 75ff., 244ff.

364 Dies wird durch den Wortlaut des Art. 12 I GG nahegelegt. Das BVerfG hat allerdings Berufsfreiheit als einheitlichen Schutzbereich interpretiert und die Eingriffsermächtigung des Art. 12 I 2 GG auf Berufswahl wie auf Berufsausübung bezogen.

rechtlich weder geboten noch verboten ist und somit freigestellt sei.³⁶⁵ Epistemische Spielräume sollen sich hingegen nicht aus der Offenheit der Verfassung ergeben, sondern aus den Grenzen der Fähigkeit zu erkennen, was die Verfassung gebiete, verbiete oder freistelle.³⁶⁶

Diese Unterscheidung erfordert zunächst eine Präzisierung. Während es bei strukturellen Spielräumen darum geht, dass verschiedene *Handlungen* (etwas zu tun oder nicht zu tun) deontisch möglich sind, geht es bei epistemischen Spielräumen darum, dass verschiedene *Urteile* (etwas für wahr zu halten oder nicht) epistemisch möglich sind. Es handelt sich also um verschiedene Gegenstände, nicht um dieselbe Art von Spielraum, der einerseits deontisch, andererseits epistemisch qualifiziert würde.

Ein einheitlicher Begriff des Spielraums ließe sich hingegen aus der Perspektive gerichtlicher Kontrolle einführen. Ein Spielraum liegt dann vor, wenn vom Gericht verschiedene legislative Entscheidungen (Erlass oder Nicht-Erlass einer Regelung) als verfassungsgemäß anerkannt werden müssen. Die Notwendigkeit, verschiedene legislative Entscheidung als verfassungsgemäß anzuerkennen, kann einerseits strukturell, andererseits epistemisch begründet werden. Bei einem strukturellen Spielraum sind verfassungsrechtlich verschiedene Entscheidungen erlaubt, bei einem epistemischen Spielraum kann das Gericht nicht erkennen, dass eine bestimmte Entscheidung verfassungswidrig wäre, und muss sie deshalb als verfassungsgemäß beurteilen.

Aus der Perspektive gerichtlicher Kontrolle wäre allerdings eine dritte Art von Spielraum möglich, ein normativer Spielraum, der sich daraus ergibt, dass es einem Gericht geboten ist, eine Entscheidung des Gesetzgebers (wie auch ihr Unterlassen) als verfassungsgemäß zu qualifizieren. Es könnte eine Autorität des Gesetzgebers anzuerkennen sein, eine verbindliche Entscheidung zu treffen, ohne dass aus Sicht des Gerichts ein struktureller oder epistemischer Spielraum gegeben ist. Dies zeigt sich in Fällen, in denen ein Verfassungsgericht nur offensichtliche Verstöße gegen die Verfassung kontrolliert. Dies impliziert, dass es Verfassungsverletzungen gibt, die zwar erkennbar, aber nicht offensichtlich sind und daher vom Gericht hinzunehmen sind. Dies lässt sich nicht epistemisch, sondern nur normativ begründen.

365 Alexy 1985, 423; 2002a, 16; siehe auch Alexy 2002b, 310, 393, 394f. Ferner Borowski 2018, 175, 177; Klatt/Schmidt, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, 5.

366 Alexy 2002a, 16, 27.

Ein anderer Ansatz für eine normative Begründung eines legislativen Spielraums ist das Argument, dass es bei autonomen Abwägungsurteilen nicht um Erkenntnis, sondern um normative Festsetzung geht.³⁶⁷ Die Festsetzung des relativen Gewichts kollidierender Prinzipien ist ein normatives Urteil, keine Erkenntnis. Denn autonome Abwägungen sind gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht aus vorgegebenen Kriterien ableitbar sind. Der Urteilende würde also sein Urteil nicht als Erkenntnis, sondern als rational begründete Festsetzung verstehen. Auch dies führt zur Notwendigkeit, normativ begründete Spielräume anzuerkennen.

Festzuhalten ist somit, dass aus Sicht des Rechtsanwenders neben strukturell und epistemisch begründeten Spielräumen auch normativ begründete legislative Spielräume möglich sind.

2. Strukturen legislativer Bindungen

Im Folgenden geht es darum, in welcher Weise grundrechtliche Prinzipien die Entscheidungen des Gesetzgebers bestimmen. Es geht also um die Perspektive des Gesetzgebers, nicht der gerichtlichen Kontrolle. Eine Bestimmung legislativer Entscheidungen durch grundrechtliche Prinzipien setzt deren Anwendbarkeit voraus. Es geht also um durch grundrechtliche Prinzipien gebundene Entscheidungen des Gesetzgebers.

Leitprinzip der Interpretation legislativer Bindungen ist das Gebot einer optimalen Realisierung grundrechtlicher Prinzipien. Dies erfordert die Abwägung grundrechtlicher Prinzipien mit kollidierenden Forderungen. Ist das Ergebnis dieser Abwägung eindeutig, ist es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich geboten, dem zu folgen. Das Ergebnis einer Abwägung kann jedoch in verschiedenen Hinsichten offen sein. Die Offenheit der Abwägung kann dazu führen, dass die verfassungsrechtliche Situation, also das, was verfassungsrechtlich geboten, verboten oder erlaubt ist, nicht eindeutig beurteilt werden kann (Beurteilungsspielraum). Sie kann auch dazu führen, dass verschiedene Entscheidungen verfassungskonform sind (Entscheidungsspielraum).

367 Es reicht daher nicht, empirische und normative epistemische Spielräume danach zu unterscheiden, ob empirische oder normative Prämissen in Frage stehen, so Alexy 2002b, 414; Klatt/Schmidt 2010, 5. Zwar können epistemische Spielräume in Bezug auf normative Prämissen gegeben sein, die Festsetzung der Vorrangrelation ist jedoch kein Akt der Erkenntnis.

Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume sind zu unterscheiden. Ein Beurteilungsspielraum führt nicht notwendig zu einem Entscheidungsspielraum. Auch bei Unsicherheit der verfassungsrechtlichen Beurteilung kann eine einzige Entscheidung verfassungsrechtlich geboten und richtig sein. Zu klären sind damit die Arten von Beurteilungsspielräumen und die Frage, inwieweit diese zu legislativen Entscheidungsspielräumen führen.

2.1. Beurteilungsspielräume

Beurteilungsspielräume ergeben sich, wenn das Ergebnis einer Abwägung nicht eindeutig bestimmt ist und daher verschiedene Urteile gleichermaßen möglich erscheinen. Dies kann aus verschiedenen Gründen der Fall sein.

Zunächst könnte es an Kriterien fehlen, die das Ergebnis bestimmen. Dies betrifft die Struktur des Rechtssystems. Man könnte wiederum von einem strukturellen Spielraum sprechen.³⁶⁸ Jedoch ist fraglich, ob das Fehlen von Beurteilungskriterien zu einem Beurteilungsspielraum führt. Konsequenz ist zunächst, dass kein begründetes Urteil möglich ist. Daraus folgt nicht, dass verschiedene Urteile gleichermaßen richtig sind.

Zudem ist das Problem der Abwägung nicht, dass Beurteilungskriterien fehlen, sondern dass Kriterien in Konflikt stehen, die verschiedene Ergebnisse fordern. Es fehlt also nicht an Kriterien für das Abwägungsergebnis, es fehlt allerdings ein Kriterium, einen Vorrang unter ihnen zu bestimmen, und damit ein Kriterium für die Bestimmung einer definitiv gültigen Norm. Dies berechtigt allerdings wiederum nicht dazu, ein normatives Urteil zu treffen, dass verschiedene Urteile gleichermaßen erlaubt sind. Es ist vielmehr ein normatives Urteil notwendig, wie in dieser Situation zu urteilen ist.

Wie zu urteilen ist, wird durch die Struktur der Abwägung bestimmt. Im Konflikt verschiedener Forderungen ist eine Vorrangentscheidung erforderlich, auch wenn diese nicht durch vorgegebene Kriterien bestimmt ist. Dabei sind verschiedene Arten von Beurteilungsspielräumen zu unterscheiden. Zunächst kann es sein, dass aus Sicht des Urteilenden (etwa des Gesetzgebers) verschiedene Urteile gleichermaßen möglich sind (subjektiver Beurteilungsspielraum), oder es können verschiedene Urteilende in

368 Allerdings bezieht sich dieser nicht auf die Handlungsebene, also darauf, was geboten, verboten oder erlaubt ist, sondern auf die Ebene der Abwägungsurteile.

vertretbarer Weise zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen (objektiver Beurteilungsspielraum). Es ist weiter zu unterscheiden, ob ein richtiges Ergebnis existiert, aber nicht erkennbar ist (epistemischer Beurteilungsspielraum), oder ob das Ergebnis erst aufgrund der abzuwägenden Argumente durch den Urteilenden zu bestimmen ist (normativer Beurteilungsspielraum).³⁶⁹

Da Abwägungsurteile autonome Urteile sind, gilt für sie, dass ein normativer objektiver Beurteilungsspielraum im Hinblick auf das Ergebnis der Abwägung besteht. Der Urteilende bestimmt das Ergebnis selbst, es ist nicht durch ein Beurteilungskriterium vollständig vorgegeben. Es geht also auch nicht um die Möglichkeit, das richtige Ergebnis zu erkennen. Die Offenheit des Abwägungsergebnisses besteht aus objektiver Perspektive. Der Urteilende selbst hält sein Urteil aufgrund der Struktur normativer Argumente notwendigerweise für geboten und in diesem Sinn für richtig. Subjektiv besteht demnach kein Beurteilungsspielraum. Ausnahmsweise kann allerdings eine Pattsituation bestehen, bei der der Urteilende verschiedene Ergebnisse für gleich gut begründet hält. Kommt jemand allerdings zu einem Ergebnis, muss er dieses subjektiv für richtig halten. Allerdings kann der Urteilende zugleich eine objektive Perspektive einnehmen und insofern feststellen, dass ein anderes Urteil objektiv möglich wäre.

Der normative Beurteilungsspielraum des Urteilenden besteht selbst dann, wenn alle Abwägungsfaktoren und deren Voraussetzungen bestimmt sind. Die Gewichtung der kollidierenden Argumente ist letztlich vom Urteil des Abwägenden abhängig. Wäre auch dies vorgegeben, läge keine autonome Abwägung vor.

Festzuhalten ist, dass die verfassungsrechtliche Lage im Hinblick auf das Ergebnis grundrechtlicher Abwägungen unbestimmt sein kann, der Urteilende aber gleichwohl sein Abwägungsurteil als geboten vertreten muss. Es gibt also objektive Beurteilungsspielräume, während der Urteilende selbst sein Urteil für verfassungsrechtlich geboten halten muss.

369 Zudem können Beurteilungsspielräume nicht nur im Hinblick auf das Ergebnis der Abwägung bestehen, sondern in Bezug auf einzelne Abwägungsfaktoren oder deren Voraussetzungen. Es sind dann wiederum verschiedene Arten von Beurteilungsspielräumen zu unterscheiden.

2.2. Entscheidungsspielräume

Ein Entscheidungsspielraum besteht, wenn in einer Situation verschiedene gegensätzliche Entscheidungen gleichermaßen erlaubt sind. Ein legislativer Entscheidungsspielraum besteht im Grundrechtsbereich, wenn sowohl eine eingreifende Regelung als auch das Unterlassen einer solchen Regelung grundrechtskonform sind.

Abwägungsurteile sind objektiv mit normativen Entscheidungsspielräumen verbunden. Solche Spielräume hat auch der Gesetzgeber bei der Anwendung grundrechtlicher Prinzipien. Die Existenz objektiver legislativer Entscheidungsspielräume könnte zu der Annahme führen, dass Gerichte verpflichtet seien, diese anzuerkennen. Gerichte dürften Entscheidungen des Gesetzgebers folglich nur dann aufheben, wenn diese als objektiv falsch erwiesen werden können. Dies entspricht jedoch nicht der Praxis der Gerichte in modernen Verfassungsstaaten. Gerichte entscheiden nach ihrem eigenen Urteil über das verfassungsrechtlich Gebotene. Die Frage, ob dieses Urteil objektiv begründbar ist, wird in Gerichtsentscheidungen generell nicht behandelt. Es gibt zwar Forderungen, dass Gerichte legislative Entscheidungen nur aufheben dürften, wenn dies objektiv begründbar wäre.³⁷⁰ Diese Forderungen bestimmen jedoch nicht die Verfassungspraxis.

Wenn demnach Gerichte wie Gesetzgeber ihre Entscheidungen auf lediglich subjektiv begründete normative Auffassungen stützen dürfen, ist die Möglichkeit von Konflikten eröffnet. Sollen Gerichte verpflichtet sein, legislative Entscheidungen zu respektieren, lässt sich dies wiederum nur normativ begründen. Der Spielraum des verfassungsrechtlich Zulässigen wird gegenüber möglicherweise abweichenden Auffassungen von Gerichten dadurch begründet, dass Gerichte verpflichtet sind, Entscheidungen des Gesetzgebers unter bestimmten Voraussetzungen zu respektieren und von einer Beurteilung nach eigener Auffassung abzusehen. Generell ergeben sich solche normativen Spielräume aus Geboten, Entscheidungen anderer Organe zu respektieren. Solche Gebote sind der Inhalt formeller Prinzipien.³⁷¹

Der Gesetzgeber kann etwa annehmen, es gebe Gesundheitsgefahren, die ein Verbot des Drogenkonsums rechtfertigen. Ein Verfassungsgericht

370 Siehe etwa Schlink 1976, 190.

371 Zu formellen Prinzipien s.u., § 11 III. Siehe auch Sieckmann 1990, 147ff.; 2009a, 137ff., 193ff.; 2018a, 196ff.

kann verpflichtet sein, dies zu respektieren, wenn es die Auffassung des Gesetzgebers nicht eindeutig als falsch erweisen kann.

Allerdings ist ein Gericht auch verpflichtet, nach eigener Überzeugung zu entscheiden. Es besteht ein Konflikt zwischen dem Gebot, ein eigenes Urteil zu treffen, und formellen Prinzipien, die fordern, Entscheidungen bestimmter anderer Organe zu respektieren. Die Entscheidung dieses Konflikts bestimmt, welche normativen Spielräume bei der Abwägung anzuerkennen sind.

IV. Fazit

- (1) Menschenrechtliche Prinzipien sind nicht nur an den jeweils territorial für die betreffenden Menschen zuständigen Staat adressiert, sondern sind prinzipiell für alle Menschen von allen staatlichen Organisationen zu berücksichtigen. Differenzierungen in den staatlichen Verantwortlichkeiten können aber gerechtfertigt werden.
- (2) Es sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: residuale, prinzipielle und prinzipiell immune Gehalte.
- (3) Aus Sicht des Rechtsanwenders können legislative Entscheidungsspielräume strukturell, epistemisch oder normativ begründet sein.
- (4) Hinsichtlich der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sind Beurteilungsspielräume und Entscheidungsspielräume zu unterscheiden.
- (5) Eine normative Begründung legislativer Spielräume erfolgt aufgrund formeller Prinzipien.

§ 11 Gerichtlicher Rechtsschutz

Ein wirksamer Schutz von Menschenrechten erfordert nicht nur deren verfassungsrechtliche Institutionalisierung als Grundrechte, sondern auch gerichtlichen Rechtsschutz für sie. Insbesondere die Entwicklung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist zentral für den Schutz von Grund- und Menschenrechten. Sie wirft aber zugleich Probleme hinsichtlich Demokratieprinzip und Gewaltenteilung auf. Im Folgenden soll es darum gehen, auf der Grundlage der Konzeption autonomer Normbegründung Strukturen eines Rechtsschutzes für Menschen- und Grundrechte aufzuzeigen, die die Entscheidungskompetenzen verschiedener beteiligter Rechtsorgane, insbesondere Verfassungsgerichte und Gesetzgeber, berücksichtigt. Es geht also nicht um Analyse oder Argumentation im Rahmen geltenden Verfassungsrechts, sondern um ein der Idee autonomer Akteure angemessenes Verfassungsdesign.

I. Autonomie in Rechtsschutzsystemen

Merkmal autonomer Argumentation ist, dass normative Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente gebildet und mit Anspruch auf Richtigkeit vertreten werden, auch wenn sie nicht objektiv begründbar sind.³⁷² Autonome Akteure sind berechtigt, solche Urteile zu bilden und entsprechende Forderungen an andere zu stellen, diese Urteile in ihren Argumentationen zu berücksichtigen. Diese Grundstruktur autonomer Argumentation betrifft nicht nur autonome Individuen, sondern auch Organe in Verfassungssystemen, die mit normativen Konflikten konfrontiert sind.

Folglich sind Gerichte wie auch andere Organe von Verfassungssystemen, die verfassungsrechtliche Prinzipien anzuwenden haben, prinzipiell berechtigt, normative Urteile aufgrund der Abwägung dieser Prinzipien zu treffen, auch wenn diese nicht objektiv gerechtfertigt sind und vernünftiger Streit über sie möglich ist. Gerichte sollen dies zudem tun, um eine möglichst weitgehende Realisierung der verfassungsrechtlichen Prinzipien zu erreichen.

372 Dies folgt aus der Struktur normativer Argumente als Geltungsgebote. S.o., § 2 II 2. Siehe auch Sieckmann 2020, 118.

Diese Berechtigung zu normativem Urteilen ist zunächst nicht an eine Zuständigkeitsordnung gebunden. Jeder Akteur, der mit verfassungsrechtlichen Fragen konfrontiert ist, ist berechtigt, dazu Stellung zu nehmen, und sollte dies auch tun, um den normativen Gehalt verfassungsrechtlicher Prinzipien wirksam werden zu lassen.³⁷³ Allerdings ist eine Zuständigkeitsordnung, die bestimmten Organen bestimmte Aufgaben zuweist, im Hinblick auf das Ziel einer möglichst umfassenden Realisierung verfassungsrechtlicher Prinzipien vorteilhaft und damit im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung zu rechtfertigen. Sie ist aber nicht Ausgangspunkt der Argumentation, sondern muss selbst argumentativ begründet werden.

Die Berechtigung, normative Abwägungsurteile bilden, auch wenn diese nicht objektiv begründbar sind, führt zu einem Kompetenzproblem. Gerichtliche Urteile, die Gesetze aufgrund grundrechtlicher Abwägung für verfassungswidrig erklären, beanspruchen Vorrang gegenüber den gesetzlichen Regelungen und der Beurteilung des Gesetzgebers, die diesen Regelungen zugrunde liegt. Wenn jedoch dieser Vorrang nicht objektiv begründet ist in dem Sinn, dass jeder vernünftig Urteilende zum gleichen Ergebnis kommen müsste, dann ist fraglich, warum der Gesetzgeber Urteilen von Gerichten untergeordnet sein soll, zumal er eine stärkere demokratische Legitimation als ein Gericht besitzt.

Eine Reaktion auf diesen Konflikt zwischen gerichtlichen und legislativen Beurteilungen ist die Beschränkung der Intensität oder Reichweite richterlicher Kontrolle durch Anerkennung von Einschätzungs- oder Entscheidungsspielräumen des Gesetzgebers sowie durch Differenzierungen im Kontrollmaßstab.³⁷⁴ So werden etwa nur evidente oder offensichtliche Verstöße beanstandet,³⁷⁵ es werden Regelungen akzeptiert, die vertretbar erscheinen,³⁷⁶ oder nur Regelungen beanstandet, die erheblich hinter dem verfassungsrechtlich Gebotenen zurückbleiben.³⁷⁷ Dies impliziert, dass das

373 Dies kann jeder Bürger sein, in der Richtung von Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297-305.

374 Zu dieser Problematik aus jüngerer Zeit Azevedo Palo, Grundrechte, Spielräume, Kompetenzen, 2019; Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014; Portocarrero Quispe, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, 2014.

375 So BVerfGE 154, 17, Rn. 110 - PSPP-Programm.

376 So BVerfGE 50, 290, 333 - Mitbestimmung.

377 So BVerfGE 157, 30 - Klimaschutz, Rn. 152: "Das Bundesverfassungsgericht stellt die Verletzung einer Schutzpflicht dann fest, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen

Gericht nicht nach dem entscheidet, was nach eigener Rechtsauffassung verfassungsrechtlich geboten wäre.

Beschränkungen richterlicher Kontrolle sind jedoch wiederum problematisch nicht nur im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes, sondern auch mit Blick auf die Rechtsbindung sowie die Unabhängigkeit der Gerichte. Wird richterliche Kontrolle beschränkt, wenden Gerichte das geltende Recht nicht so an, wie sie es nach eigener Überzeugung tun sollten. Die Bindung der Gerichte an das geltende Recht zusammen mit ihrer Unabhängigkeit verlangt aber gerade, dass sie so entscheiden, wie es nach ihrem Urteil dem geltenden Recht entspricht.³⁷⁸

Wegen des Konflikts mit der ebenfalls anzuerkennenden demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ist jedoch die uneingeschränkte Anwendung des geltenden Rechts nach der eigenen Überzeugung der Gerichte keine akzeptable Lösung. Es ist also eine Konstruktion erforderlich, die in diesem Konflikt von Kompetenzen und staatsorganisatorischen Prinzipien eine angemessene Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen erlaubt.

Im Folgenden soll es darum gehen, wie Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen von Verfassungsgerichten und anderen Organen, insbesondere dem Gesetzgeber, gegeneinander abgegrenzt werden können. Eine Konstruktion, die dies ermöglichen soll, ist die Konzeption formeller Prinzipien,³⁷⁹ die von Verfassungsgerichten fordern, prinzipiell die Entscheidungskompetenzen des parlamentarischen Gesetzgebers zu respektie-

und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.."

378 Dazu auch Sieckmann, Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung, in: *Der Staat* 41 (2002), 385ff.

379 Siehe dazu die Beiträge von Borowski, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, und Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, beide in Clérico/Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien, Argumentation*, 2009, sowie von Borowski, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, 2017; ders., *The Structure of Formal Principles*, in: *ARSP Beiheft* 119 (2010), 19ff.; und von Borowski, Formelle Prinzipien und die Gewichtsformel, sowie Portocarrero Quispe, *Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien*, in: Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013. Ferner umfassend Portocarrero Quispe, *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, 2014; Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, 2014; Azevedo Palu, *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, 2019; Gorzoni, *Der "margin of appreciation" beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, 2019.

ren.³⁸⁰ Dies kann wiederum nicht voraussetzungslos und absolut gelten. Es sind also Abwägungen formeller Prinzipien erforderlich, deren Struktur wiederum eigene Probleme aufwirft.

II. Die Konzeption formeller Prinzipien

Die Dichotomie formell/materiell ist notorisch mehrdeutig. Dementsprechend sind auch für die Konzeption formeller Prinzipien verschiedene Deutungen möglich.

Formelle Prinzipien können zunächst dadurch charakterisiert werden, dass sie die Ergebnisse früherer Normerzeugungs- oder Normerkenntnisverfahren verbindlich machen.³⁸¹ Solche Ergebnisse können nicht nur eine Entscheidung insgesamt, sondern auch einzelne Aspekte solcher Entscheidungen sein.³⁸²

Der Bezug auf frühere Verfahren ist allerdings zu eng. Formelle Prinzipien können auch begründen, dass erst noch zu treffende Entscheidungen für andere Organe verbindlich sein sollen. Bei dieser Interpretation begründen formelle Prinzipien nicht die Bindung an getroffene Entscheidungen, sondern die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen und damit die Bindung an künftige Entscheidungen.

Aber auch der Bezug auf die Bindungswirkung von Entscheidungen erfasst nicht das gesamte Spektrum formeller Prinzipien. Von der Bindungswirkung zu unterscheiden ist die Entscheidungsbefugnis, also die Frage, welches Organ über eine bestimmte Frage entscheiden darf. Welche Bindungen sich daraus für andere Organe ergeben, ist mit der Entscheidungsbefugnis noch nicht festgelegt. Eine zulässige Entscheidung kann für andere Organe unverbindlich sein, eine unzulässige Entscheidung gleichwohl verbindlich.

380 Zum gebotenen Respekt für Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers Alexy 1985, 120; Sieckmann 1990, 148; Raabe 1998, 209.

381 Siehe Sieckmann 1990, 147; Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, 2003, 145.

382 Als Entscheidungskompetenz wird dementsprechend hier nicht nur die Kompetenz des Gerichts zur Entscheidung eines Falles bezeichnet, sondern auch die Kompetenz, einzelne entscheidungsrelevante Fragen (genauer Abwägungsfragen) nach eigener Überzeugung zu entscheiden, im Gegensatz zu einer Pflicht des Gerichts, die Beurteilung anderer Organe des Rechtssystems, z.B. des Gesetzgebers, für seine Entscheidung zu übernehmen.

In einer systematischen Einteilung lassen sich materielle Prinzipien als Forderungen verstehen, wie geurteilt werden soll. Formelle Prinzipien können demgegenüber Fragen der Zuständigkeit oder der Bindungswirkung für Abwägungsurteile betreffen. Bei der Zuständigkeit geht es darum, wer Abwägungsurteile treffen darf, also die Frage der Entscheidungsbefugnis,³⁸³ bei der Bindungswirkung darum, welche normativen Konsequenzen sich aus einem Abwägungsurteil ergeben, sowie um die Frage nach einer Kompetenz, die Rechtslage zu bestimmen oder zu beeinflussen.

Demnach lassen sich drei Arten formeller Prinzipien unterscheiden:

- Bestimmungen über die Entscheidungsbefugnis,
- Bestimmungen über Bindungswirkung,
- Bestimmungen über Entscheidungskompetenzen.

Bestimmungen über die Entscheidungsbefugnis besagen, wer über bestimmte Gegenstände urteilen darf oder nicht darf. Sie können ferner mit einer Pflicht zur Entscheidung verbunden sein. Beschränkungen gerichtlicher Kontrollbefugnisse können als Verbot interpretiert werden, nicht über bestimmte rechtliche Fragen zu urteilen. Möglich erscheint auch eine Erlaubnis, dass Gerichte über bestimmte Fragen nicht entscheiden. Dies wäre eine Konzeption richterlicher Selbstbeschränkung.³⁸⁴

Bestimmungen über die Bindungswirkung eines Urteils legen fest, ob und welche normativen Konsequenzen sich aus ihm für andere Urteile oder Entscheidungen ergeben. So können Urteile strikt verbindlich sein. Sie können aber auch lediglich *prima facie* gelten und Ausnahmen zulassen, wenn sich diese begründen lassen. In beiden Fällen kann von autoritativen Festsetzungen gesprochen werden, da die Bindungswirkung der Urteile nicht von ihrer inhaltlichen Richtigkeit abhängt. Es ist aber auch möglich, dass normative Urteile andere lediglich dazu verpflichten, sich mit diesen Urteilen auseinanderzusetzen, dass sie also normative Argumente ohne autoritativen Charakter begründen. Letzteres ist der Charakter normativer Urteile in der Konzeption autonomer Normbegründung.

383 Als formelle Aspekte können neben der Zuständigkeit auch Fragen von Verfahren und Form eingeordnet werden. Allerdings geht es bei ihnen wiederum um Fragen, was in einer Abwägungsprozedur getan werden soll, also um materielle Fragen in Bezug auf eine Prozedur. Sie sollen hier nicht in der Konzeption formeller Prinzipien erfasst werden.

384 Allerdings ist fraglich, ob sich ein formelles Prinzip, das Gerichten die Entscheidung überlässt, ob sie eine Frage entscheiden oder nicht, als solches begründbar ist oder sich dies erst aus einer Abwägung einer prinzipiellen Entscheidungspflicht der Gerichte mit kollidierenden Prinzipien ergeben kann.

Die Konzeption autonomer Normbegründung zeigt zudem, dass eine Bindungswirkung auch ohne eine Regelung von Entscheidungsbefugnissen möglich ist. Denn jedes autonome Subjekt ist befugt, Abwägungsurteile zu bilden. Seine Urteile begründen wiederum normative Argumente, die von anderen autonomen Subjekten zu berücksichtigen sind.³⁸⁵

Die begriffliche Unterscheidung von Entscheidungsbefugnis und Bindungswirkung einer Entscheidung erlaubt nun, Entscheidungskompetenzen als Verbindung dieser beiden Elemente zu definieren. Bestimmungen über Entscheidungskompetenzen ordnen somit Entscheidungsbefugnisse zu und definieren die Bindungswirkung der betreffenden Entscheidungen. Formelle Prinzipien im engeren Sinn können dann als Zuordnung von Entscheidungskompetenzen definiert werden. Begrifflich sind auch formelle Prinzipien im weiteren Sinn möglich, die lediglich Entscheidungsbefugnisse ohne normative Konsequenzen festlegen oder lediglich normative Konsequenzen festlegen, ohne Entscheidungsbefugnisse zuzuordnen. Allerdings dürfte dies in Rechtssystemen praktisch kaum vorkommen.

Formelle Prinzipien im engeren Sinn ordnen demnach Kompetenzen zu und fordern Respekt für die aufgrund dieser Kompetenzen getroffenen Entscheidungen anderer Akteure. Die Existenz solcher Prinzipien begründet rechtliche Strukturen.³⁸⁶ Akteure, denen normative Kompetenzen zugeschrieben werden, werden damit zu Organen des Rechtssystems. Aus solchen Kompetenzen ergibt sich auch der autoritative Charakter des Rechts. Aufgrund dieser Kompetenzen erlassene Normen sind unabhängig von deren inhaltlicher Richtigkeit verbindlich und damit autoritativ gesetzt. Formelle Prinzipien begründen damit den autoritativen Charakter des Rechts.³⁸⁷

Eine zentrale Funktion formeller Prinzipien i.e.S. ist somit die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen. Die Zuschreibung normativer Kompetenzen ist wiederum in verschiedenen Konstellationen möglich. Entscheidungsbefugnisse können eindeutig abgegrenzt sein, so dass über denselben Gegenstand nur ein Organ entscheiden kann, oder sie können

385 Ein anderes Beispiel, in dem Bindungswirkung nicht mit Entscheidungsbefugnis verbunden sein muss, ist das Prinzip der Rechtssicherheit, das fordern kann, einmal getroffenen Entscheidungen zu folgen. Dies setzt nicht voraus, dass eine Entscheidungsbefugnis zu der Entscheidung bestand, deren Verbindlichkeit begründet wird.

386 Dies bestätigt die These Harts, dass die Einführung sekundärer Regeln über Erzeugung, Änderung und Anwendung von Normen Rechtssysteme von Moral abgrenzt. Siehe Hart 1994.

387 Sieckmann 2009a, 137.

sich überschneiden. In letzterem Fall sind Konflikte verschiedener Entscheidungen möglich, und es kann sich die Frage stellen, wie solche Konflikte zu lösen sind.

Das Problem gerichtlicher Kontrollkompetenzen lässt sich nun als eines der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen beschreiben. Es entsteht nur deshalb, weil ein Konflikt von Forderungen besteht, verschiedenen Organen die Kompetenz zur verbindlichen Entscheidung bestimmter Fragen zuzuordnen. Das Problem ist damit eines des Konflikts von formellen Prinzipien, und zwar von formellen Prinzipien im engeren Sinn.

Welche Urteils- und Entscheidungskompetenzen von Gerichten und Gesetzgeber bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen anzuerkennen sind, ist somit aufgrund von Abwägungen formeller Prinzipien zu bestimmen. Die Struktur dieser Abwägung ist allerdings umstritten.³⁸⁸ Es werden einstufige Modelle vertreten, bei denen - im Sinne eines "Kombinations-" oder "Aggregationsmodells" - formelle und materielle Prinzipien gemeinsam in eine Abwägung einbezogen werden,³⁸⁹ aber auch zweistufige Modelle, die zwischen der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien unterscheiden, was als "Trennungsmodell"³⁹⁰ bezeichnet werden kann.

Ein zentraler Einwand gegen das "Kombinationsmodell" ist, dass eine Abwägung formeller gegen materielle Prinzipien, in welcher Kombination auch immer, nicht möglich ist, weil beide auf verschiedene Gegenstände bezogen sind: formelle Prinzipien auf die Zuordnung von Kompetenzen, materielle Prinzipien auf die Anerkennung der Geltung bestimmter Normen. Geht es um die Zuordnung von Kompetenzen, ist die Abwägung als eine von formellen Prinzipien zu konzipieren. Materielle Prinzipien sind an dieser Abwägung jedenfalls nicht direkt beteiligt, da die in ihnen geforderte Rechtsfolge (die Anerkennung der Geltung einer Norm) nicht zum Gegenstand der Abwägung (die Zuordnung von Kompetenzen) passt.³⁹¹

388 Dazu Klatt 2014, 177ff.

389 Genauer werden nach dieser Konzeption materielle Prinzipien gegen eine Kombination von materiellen und formellen Prinzipien abgewogen, Borowski 2017, 452; auch noch Alexy 2002b, 423 (law of combination).

390 Ausdruck von Borowski 2017, 455.

391 Diese Unterscheidung der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien wird nicht dadurch relativiert, dass materielle Aspekte bei der Gewichtung formeller Prinzipien eine Rolle spielen. Die Relevanz eines Aspekts bei der Bestimmung von Abwägungsfaktoren bedeutet nicht, dass es sich um ein an der Abwägung beteiligtes Prinzip handelte. Anders Borowski 2009, 115; Azevedo Palu 2019, 318, 320; Gorzoni 2019, 283.

Sie könnten nur mittelbar insofern eine Rolle spielen, wie sie die formellen Prinzipien, die die Zuordnung von Kompetenzen fordern, stützen.³⁹² Sie sind aber nicht unmittelbar Gründe für die zu treffende Vorrangfestsetzung.³⁹³

Es bleibt allerdings die Frage, ob die Abwägung formeller Prinzipien nicht ergebnisäquivalent durch eine von materiellen Prinzipien ersetzt werden könnte, statt über Entscheidungskompetenzen also über eine materielle Rechtsfrage zu urteilen wäre.³⁹⁴ Neben die materiellen Argumente würden formelle Prinzipien treten, die Respekt für bestimmte Entscheidungen, etwa des Gesetzgebers, forderten. Bei dieser Argumentation wird jedoch vorausgesetzt, dass eine Kompetenz des Gesetzgebers für die Entscheidung, deren Berücksichtigung gefordert wird, tatsächlich besteht. Wenn hingegen die Anerkennung dieser Kompetenz in Frage steht, muss zunächst begründet werden, warum diese Kompetenz definitiv anzuerkennen ist. Erst wenn diese Frage geklärt ist, kann ein formelles Prinzip ein Argument für die Respektierung der betreffenden legislativen Entscheidung darstellen. Führt die Abwägung formeller Prinzipien zu dem Ergebnis, dass eine Kompetenz des Gesetzgebers zu einer bestimmten Entscheidung definitiv nicht anzuerkennen ist, kann diese Entscheidung keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage haben. Das "Kombinationsmodell" ist daher nicht anwendbar, soweit die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen fraglich ist. Dies ist aber das Problem bei der Abgrenzung gerichtlicher Kontrollkompetenzen und legislativer Entscheidungskompetenzen.

Festzuhalten ist somit, dass zwischen der Abwägung formeller und der materieller Prinzipien zu unterscheiden ist.³⁹⁵ Dies führt zu einer zweistu-

392 Wenn ein Gericht etwa eine Grundrechtsverletzung prüft, ist das Argument für seine Entscheidungskompetenz um so stärker, je intensiver der Grundrechtseingriff ist.

393 Vertreter des Kombinationsmodells behaupten zwar, dass eine andere Konstruktion möglich sei, es ist jedoch nicht ersichtlich, wie diese aussehen soll. Siehe Borowski 2017; 2009, 116f. Fn 72 (ergebnisäquivalente Konstruktion); Azevedo Palu 2019; Gorzoni 2019, 282f.; Portocarrero 2014, 188.

394 So die Frage von Borowski 2009, 117 Fn 72. In dieser Richtung bereits Raabe 1998, 241. Dazu Gorzoni 2019, 159.

395 Dem ist schließlich auch Alexy mit seinem "epistemischen Modell" formeller Prinzipien gefolgt, Alexy 2014, 511ff. Die Alexysche Konstruktion ist allerdings bereits eingehend widerlegt worden. Siehe insbesondere Borowski 2017, 457ff. Von Einwänden im Detail abgesehen, ist sie mit der Alexyschen "Gewichtsformel" verbunden und bereits deshalb zu verwerfen. Zur Kritik der "Gewichtsformel" Sieckmann 2012b; 2018a, 173ff.

figen Konstruktion, bei der formelle gegen formelle Prinzipien abgewogen werden, aber die Entscheidungen, deren Anerkennung durch die formellen Prinzipien gefordert wird, wiederum aufgrund der Abwägung materieller Prinzipien begründet werden.³⁹⁶

Die Struktur der Abwägung über Entscheidungskompetenzen ist damit symmetrisch: Auf beiden Seiten stehen formelle Prinzipien. Die Beteiligung formeller Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung ist erforderlich, weil die zur Entscheidung stehende Frage die der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen ist.³⁹⁷ Ein Prinzip, das eine bestimmte Kompetenzzuordnung gebietet, ist aber definitionsgemäß ein formelles Prinzip. Demnach sind zwei Stufen der Abwägung zu unterscheiden:

- (1) die Abwägung materieller Prinzipien, bei der es um die Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung geht und die – im Fall des Konflikts verschiedener Organe – zur Entwicklung verschiedener konkurrierender Rechtskonzeptionen, d.h. Interpretationen des Rechts, führt; und
- (2) die Abwägung der formellen Prinzipien hinsichtlich der Zuordnung von Kompetenzen, darüber zu bestimmen, welcher der konkurrierenden Konzeptionen gefolgt werden soll.³⁹⁸

Bei der Begrenzung von Kontrollkompetenzen geht es allerdings nicht lediglich um die Abwägung von Kompetenzen, sondern auch darum, dass von diesen Kompetenzen in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die den rechtlichen Bindungen der beteiligten Organe gerecht wird. Ein formelles

396 Eine andere Variante einer zweistufigen Abwägung stellt das von Klatt vertretene "Zweiebenenmodell" dar, Klatt 2014, 191ff. Es ähnelt der hier vertretenen Konzeption konkurrierender Verfassungskonzeptionen (s.u.), lässt aber offen, wie die Ebene formeller Prinzipien mit der materiell-rechtlichen Ebene verbunden werden kann. Im Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen wird diese Verbindung prozedural hergestellt, indem formelle Prinzipien nur solche Entscheidungen stützen, die als Abwägung materieller verfassungsrechtlicher Prinzipien begründet werden.

397 Eine andere Frage ist, inwiefern das Gewicht formeller Prinzipien von materiellen Faktoren abhängt. Dies können einzelne Abwägungsfaktoren, etwa die Intensität eines Grundrechtseingriffs, oder das Gewicht von Grundrechten im konkreten Fall sein. Es können aber auch die Qualität der Begründung von Entscheidungen, deren Beachtung formelle Prinzipien fordern, oder die Begründung formeller Prinzipien aufgrund materieller Prinzipien relevant sein.

398 Diese Abwägung kann in zwei Weisen konstruiert werden: in Bezug auf die Prinzipien oder auf die geforderten Ergebnisse. Dazu Sieckmann 2012a, 89. Die Charakterisierung als konkurrierende Rechtskonzeptionen folgt der zweiten Variante. Zugleich besteht aber auch ein Konflikt der formellen Prinzipien, die Beachtung dieser Auffassungen fordern.

Prinzip, das Respekt für jede beliebige Entscheidung des Gesetzgebers forderte, ist in einem Verfassungsstaat nicht möglich.³⁹⁹ Entscheidungen des an die Verfassung gebundenen Gesetzgebers können nur dann Respektierung durch die Gerichte beanspruchen, wenn sie vertretbare Interpretationen der Verfassung darzustellen. Dies führt zum Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen.

III. Das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen

1. Grundstruktur

Das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen nimmt an, dass im Fall unterschiedlicher Auffassungen über das geltende Recht verschiedene grundsätzlich gleichgeordnete Abwägungskompetenzen kollidieren und die Abgrenzung dieser Kompetenzen nach Optimierungsgesichtspunkten erfolgt.⁴⁰⁰ Es 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 prinzipiell 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 Konzeption des Rechts eines Urteilenden, die mit divergierenden Konzeptionen von anderen Urteilenden 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.

Ein Verfassungsgericht könnte demnach aufgrund eines formellen Prinzips 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 ver-

³⁹⁹ Siehe auch Sieckmann 2018a, 197.

⁴⁰⁰ Zum Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen Sieckmann 1990, 162ff.; 2009b, 57ff.; 2018a, 202.

fassungsrechtlichen 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. Voraussetzung ist, dass die Verfassungskonzeption 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 Verfassungsinterpretation an die Stelle der des kontrollierten Organs setzen darf.

2. Grundprinzipien der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen

Das Leitkriterium für die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen ist das einer optimalen Zuordnung von Kompetenzen.⁴⁰¹ Die Optimalität der Kompetenzzuordnung ist wiederum im Hinblick auf verfassungsrechtliche Prinzipien zu beurteilen, die bestimmte Kompetenzzuordnungen fordern. Für die Anerkennung verfassungsgerichtlicher Entscheidungskompetenzen können eine Reihe fundamentaler Prinzipien angeführt werden.

Relevant ist zunächst die Möglichkeit objektiver Urteilsbildung und damit der Grad, in dem der Anspruch auf rechtliche Richtigkeit, der mit dem verfassungsrechtlichen Urteil erhoben wird, gewährleistet werden kann.⁴⁰² Das Kriterium der objektiven Gültigkeit rechtlicher Urteile umfasst zwei Bereiche: die Bedingungen rationaler Argumentation und diejenigen Normen, die aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz gerechtfertigt werden.⁴⁰³ In diesen Bereichen ist objektive Rechtserkenntnis oder jedenfalls eine objektive Rechtfertigung der Durchsetzung des Rechts möglich. Eine gerichtliche Entscheidungskompetenz lässt sich in diesem Bereich sicher begründen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der traditionelle Anspruch auf Rechtserkenntnis, der mit Gerichtsurteilen erhoben wird, hier gerechtfertigt ist. Zum anderen besteht kein Grund, eine Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers oder anderer Organe in diesen Hinsichten anzunehmen.

Ferner ist das Ziel der Optimierung des Grundrechtsschutzes zu beachten. Eine Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der Schutz von

401 Dazu bereits Sieckmann 2009a, 209ff.; 2018a, 136ff.

402 Zum Anspruch auf Richtigkeit Sieckmann 2007c; 2018a, 7, 132, 223.

403 Dazu Sieckmann 2018a, 183ff.

Grundrechten. Dementsprechend gibt es im Bereich von Grundrechten jedenfalls ein gewichtiges Argument dafür, die Kompetenz zu letztverbindlichen Abwägungsurteilen Verfassungsgerichten zuzuordnen. Dieses Argument ist umso stärker, je wichtiger die betroffenen Grundrechte im konkreten Fall sind.

Zu beachten ist schließlich, 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. Der Gesichtspunkt demokratischer Legitimität spricht zwar grundsätzlich eher für eine Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers. Jedoch hat demokratische Legitimität Voraussetzungen, die gerichtlich kontrolliert werden sollten.⁴⁰⁴

Die Aspekte der Richtigkeitsgewähr, des Schutzes fundamentaler Rechte und der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen demokratischer Legitimität bilden einen argumentativen Ansatz, der durch detailliertere Argumente auszufüllen ist. Die Stärke dieser Argumente ist nicht stets gleich, sondern vom Gegenstand der Entscheidung sowie von deren Kontext abhängig. Auf der anderen Seite müssen Gegenargumente berücksichtigt werden, etwa die stärkere demokratische Legitimation des Gesetzgebers im Vergleich zu der von Verfassungsgerichten. Auch diese Argumente variieren in ihrer Stärke je nach Entscheidungsgegenstand und -kontext. Ferner können weitere Argumente von Bedeutung sein. Alle diese Argumente sind in einer komplexen Theorie verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen zu berücksichtigen.

Bemerkenswert ist, dass die Argumente, die für eine bestimmte Zuordnung von Kontrollkompetenzen geltend gemacht werden können, selbst wiederum materiellen Charakter haben. Entscheidungskompetenzen sind kein Selbstzweck, sondern müssen aufgrund anderer Argumente begründet werden. Diese bringen wiederum insbesondere fundamentale menschliche Interessen zur Geltung. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen ist letztlich somit in eine materiale Verfassungstheorie einzubinden.⁴⁰⁵

404 Zu unterschiedlichen Varianten dieser Konzeption von Grundrechten vgl. Habermas 1994, 151ff.; Sieckmann, Abwägung von Rechten, in: ARSP 81 (1995b), 164ff.

405 Es lässt sich zudem bezweifeln, ob es überhaupt rein formelle Rechtsprinzipien geben kann, die nicht wiederum mit materiellen Argumenten begründet werden müssen. Das einzige rein formelle Prinzip scheint das moralischer Autonomie zu sein. Autonome Subjekte können normative Argumente vorbringen,

3. Gewichtungskriterien

Die fundamentalen Prinzipien zur Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen sowie deren Implikationen sind in einer Abwägung im konkreten Fall zu gewichten. Da formelle Prinzipien wiederum in materiellen Prinzipien begründet sind, die Einordnung als formelles Prinzipien somit lediglich eine bestimmte Funktion dieser Prinzipien zum Ausdruck bringt, folgt deren Abwägung den allgemeinen Kriterien für die Abwägung von Prinzipien. Die relevanten Faktoren sind also die Beeinträchtigungs- bzw. Erfüllungsgrade sowie die abstrakten relativen Gewichte der kollidierenden Prinzipien hinsichtlich der zur Entscheidung stehenden Zuordnung von Kompetenzen.

Die Anwendung der Kriterien des Grades der Beeinträchtigung bzw. Erfüllung und des abstrakten Gewichts der kollidierenden Prinzipien stößt bei formellen Prinzipien allerdings auf Probleme.⁴⁰⁶ Letztlich hängt die Gewichtung formeller Prinzipien davon ab, wie politische Autonomie in einem demokratischen System realisiert werden sollte, und damit von einer materialen Theorie des demokratischen Verfassungsstaats. Eine isolierte Abwägung formeller Prinzipien kann es demnach nicht geben.⁴⁰⁷

4. Differenzierung nach der Struktur des Grundrechtsschutzes

Bei aller Komplexität der Thematik verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen erscheint ein Punkt bemerkenswert, der an die Struktur fundamentaler Rechte als prinzipielle Abwägungsverbote anknüpft. Die Unterscheidung prinzipiell exklusionärer Grundrechtsgehalte und einfacher Grundrechtsprinzipien legt eine Differenzierung in legislative und judikative Aufgaben nahe. Der Gesetzgeber hat primär die Aufgabe der Abwä-

ohne dafür eine weitere materielle Rechtfertigung geben zu müssen. Ihre Kompetenz als autonome Subjekte, selbst normative Argumente geltend zu machen, genügt, sofern als Legitimitätsbedingung die gleiche Autonomie anderer autonomer Subjekte beachtet wird. Demnach muss sich letztlich rechtliche Geltung aufgrund der moralischen Autonomie der Rechtssubjekte begründen lassen. Damit ist auch die Bestimmung gerichtlicher Entscheidungskompetenzen sowie insgesamt der gerichtliche Rechtsschutz für fundamentale Rechte im Rahmen einer Konzeption autonomer Normbegründung zu entwickeln.

⁴⁰⁶ Dazu Sieckmann 2018a, 208.

⁴⁰⁷ Unzutreffend Portocarrero Quispe 2013, 233, der einen Rückgriff auf materielle Kriterien ausschließt

gung grundrechtlicher und anderer Prinzipien. Gerichte haben primär die Aufgabe zu prüfen, ob ein Eingriff in exklusionäre Grundrechtsgehalte verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Diese Differenzierung negiert nicht, dass Gesetzgeber wie Gerichte beide Aufgaben zu erfüllen haben. Die These ist vielmehr, dass der Gesetzgeber besser für umfassende Abwägungen geeignet ist als für die Prüfung, ob der prinzipiell exklusionäre Grundrechtsschutz eines jeden Grundrechtsträgers gewahrt ist. Gerichte hingegen sind besser geeignet, eine Abwägung im Verhältnis der spezifisch grundrechtlich geschützten Interessen des Einzelnen gegenüber Staat und Gesellschaft vorzunehmen, als umfassende Abwägungen aller relevanten Aspekte vorzunehmen. In Bezug auf umfassende, optimierende Abwägungen käme ihnen lediglich die Aufgabe einer Fehlerkontrolle zu.

Eine Konsequenz dieses Ansatzes ist, dass die Diskussion, in welchen Bereichen Gerichte eine intensive Kontrolle legislativer Abwägungen durchführen sollten, als Frage danach zu fassen ist, welche Grundrechtsgehalte als prinzipiell exklusionär gelten sollen. Allerdings sind auch im Bereich prinzipiell exklusionärer Grundrechtsgehalte Abstufungen in der Kontrollintensität möglich, etwa nach der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der in Frage stehenden grundrechtlichen Interessen. Die Differenzierung spezifisch grundrechtlicher Abwägung und umfassender, optimierender Abwägung führt jedoch einen neuen Aspekt in die Diskussion ein, der präzisere Kriterien für die Bestimmung gerichtlicher Kontrollkompetenzen ermöglichen könnte.

IV. Konkurrenz von Rechtsschutzsystemen

Konflikte treten auch zwischen verschiedenen Systemen des Schutzes von Grund- und Menschenrechten auf. So können Verfassungsgerichte, Europäischer Gerichtshof und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte unterschiedliche Auffassungen zur selben Rechtsfrage entwickeln und u.U. im selben Fall unterschiedlich entscheiden. Es liegt nahe, auf diese Konstellation das Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen anzuwenden. Die Urteils- und Entscheidungskompetenzen der konkurrierenden Gerichte wären jeweils aufgrund formeller Prinzipien zu begründen, und eine Abwägung formeller Prinzipien müsste bestimmen, welchem Gericht für bestimmte Sachverhalte die Kompetenz zu verbindlicher Entscheidung zustehen soll.

Die Übertragung des Modells konkurrierender Verfassungskonzeptionen auf die Konkurrenz von Gerichten stößt jedoch auf Probleme. Zwar

lassen sich Menschen- und Grundrechtssysteme wie die der Europäischen Union oder der Europäischen Menschenrechtskonvention im weiteren Sinn als Verfassungsrecht qualifizieren, auch wenn sie nicht Teil einer Verfassung im Sinne der normativen Grundordnung eines demokratischen Verfassungsstaats sind. Ein Problem ist jedoch, dass die konkurrierenden Gerichte verschiedene Normen anwenden. Die Europäischen Gerichte wenden nicht nationale Verfassungsnormen an, Verfassungsgerichte nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, europäische Menschen- oder Grundrechtsnormen.⁴⁰⁸ Zwar können sie zur selben Frage unterschiedliche Rechtsauffassungen entwickeln, und ihre Entscheidungen können im Einzelfall in Konflikt geraten. Die normative Grundlage ihrer Entscheidungen ist jedoch verschieden. Sie urteilen nicht über denselben Gegenstand. Lediglich im Ergebnis können ihre Entscheidungen im Konflikt stehen. Insofern unterscheidet sich die Konstellation von dem Konflikt von Verfassungsgericht und Gesetzgeber, bei dem beide dieselben Verfassungsnormen anzuwenden haben.

Wenn aber der Gegenstand der Urteile nicht identisch ist, lässt sich der Konflikt nicht als Problem der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen konstruieren. Die Kompetenz der Gerichte, aufgrund der Normen ihres jeweiligen Schutzsystems zu urteilen, steht außer Frage. Das Problem ist vielmehr, inwieweit Gerichte die Rechtspositionen anderer Gerichte bei ihren Entscheidungen berücksichtigen können, sollen oder müssen.

Die Berücksichtigung fremder Entscheidungen kann wiederum auf formeller wie auf materieller Ebene erfolgen.⁴⁰⁹

408 Das BVerfG nimmt allerdings unter bestimmten Voraussetzungen an, dass es die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Grundrechte-Charta durch deutsche Stellen überprüfen müsse, wenn der betreffende Rechtsbereich vollständig durch EU-Recht vereinheitlicht ist, BVerfGE 152, 216 - Recht auf Vergessen II. Unter dieser Annahme entscheiden BVerfG und EuGH über dieselbe Materie. Der Kompetenzkonflikt ist allerdings durch EU-Recht zugunsten des EuGH entschieden. Das BVerfG erkennt dies grundsätzlich an, behält sich aber eine ultra-vires-Kontrolle vor, BVerfGE 154, 17 - PSPP-Programm. In diesem Punkt stellt sich die Frage der Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen aufgrund der Abwägung formeller Prinzipien.

409 Klatt sieht hingegen die Verschiedenheit der materiellen Rechtsfragen als Argument dafür an, dass nur eine Abwägung formeller Prinzipien im Mehrebenensystem möglich sei. Klatt 2014, 205f. Die Annahme, unterschiedliche materielle Prinzipien würden eine Abwägung auf materieller Ebene ausschließen, trifft jedoch nicht zu. Vielmehr sind alle Prinzipien, auch die anderer Systeme, zu berücksichtigen. Das Abwägungsproblem wird damit komplexer, aber eine materielle Abwägung ist möglich.

Auf formeller Ebene könnte ein Gericht seine Prüfungskompetenz beschränken und damit einen Vorrang des anderen Rechtsschutzsystems anerkennen.⁴¹⁰ Es geht zwar dabei nicht um die Zuordnung einer Entscheidungskompetenz an die eine oder andere Instanz. Es bleibt aber eine Frage des Umfangs der Entscheidungskompetenz eines Gerichts.

Auf materieller Ebene könnten Entscheidungen eines anderen Rechtsschutzsystems die eigene Entscheidung eines Gerichts beeinflussen. Die Interpretation des eigenen Verfassungsrechts wird dann um Argumente aus einem anderen Rechtsschutzsystem ergänzt.⁴¹¹ Es wird von einer materiellen Frage ausgegangen, wie ein bestimmter Sachverhalt entschieden werden soll. Die Antwort auf diese Frage kann nicht nur den Argumenten des eigenen Rechtsschutzsystems folgen, sondern die Auffassungen von Gerichten anderer Systeme berücksichtigen.

Der materielle Ansatz führt zu einem Modell, in dem bei der Abwägung materieller Prinzipien formelle Prinzipien zu berücksichtigen sind, allerdings lediglich in dem Sinn des Gebots, fremde Entscheidungen zu berücksichtigen, nicht im Sinne einer Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen. Im Verhältnis konkurrierender oberster Gerichte kommt keinem dieser Gerichte die Kompetenz zu autoritativer Rechtsetzung gegenüber den anderen Gerichten zu. Formelle Prinzipien können aber in einem schwächeren Sinn die Berücksichtigung der Auffassungen oder Entscheidungen anderer Gerichte fordern.

Die Berücksichtigung der Auffassungen und Entscheidungen oberster Gerichte anderer Systeme lässt sich in einem Modell konkurrierender normativer Systeme darstellen.⁴¹² Der Rechtsanwender unterliegt in diesem Modell den Forderungen verschiedener Systeme. Diese Forderungen werden von jedem System autonom begründet und können sich auch an andere Systeme richten. Inwieweit sie berücksichtigt werden, ist allerdings in dem jeweils anderen System zu entscheiden. Ein Rechtssystem kann die Berücksichtigung von Forderungen fremder Systeme ausschließen. Es kann aber auch offen gegenüber diesen Forderungen sein, also eine Kooperation verschiedener Systeme bei der Urteilsfindung zulassen.

410 Dies ist der Ansatz in BVerfGE 73, 339 - Solange II.

411 Dies ist der Ansatz einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation des Grundgesetzes. Siehe etwa BVerfGE 111, 307, 323ff.

412 Zu diesem Modell Sieckmann 2009a, 148f.; 2012a, 205f.; 2018a, 77ff.

V. Fazit

- (1) Abwägungskompetenzen verschiedener Organe sind der Ansatzpunkt für die Lösung von Konflikten verschiedener Entscheidungsträger im Rechtssystem, insbesondere Verfassungsgerichten und Gesetzgeber.
- (2) Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen. Vertretbare Verfassungsinterpretationen des einfachen Gesetzgebers sind prinzipiell von den Gerichten bei ihren Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen.
- (3) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen erfolgt in einem Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen, in dem formelle Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung stehen.
- (4) Die Abwägung orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts.
- (5) Gerichtliche Kontrollkompetenzen lassen sich ferner danach differenzieren, ob prinzipiell exklusionäre Grundrechtsgehalte oder lediglich einfache Grundrechtsprinzipien in Frage stehen.
- (6) Im Konflikt zwischen obersten Gerichten verschiedener Rechtssysteme geht es nicht um die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen, sondern um die materielle Frage, inwieweit Auffassungen und Entscheidungen fremder Rechtssysteme im eigenen System berücksichtigt werden sollen.

4. Teil: Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht

§ 12 Die Konzeption transnationalen Verfassungsrechts

Menschenrechte sind als universell gültige Rechte definiert worden, die moralisch begründet sind und in jedem Rechtssystem notwendig anzuerkennen sind. Als moralisch begründete Rechte sind sie von in Rechtssystemen positivierten Rechten zu unterscheiden, wie den verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten oder den Menschenrechten des internationalen Rechts. Neben der Ebene von Menschenrechten als universell gültigen Rechten sowie der des Schutzes individueller Rechte in partikularen Systemen lässt sich eine dritte Ebene des Schutzes von Grund- und Menschenrechten konstruieren. Diese ist von der universellen und der partikularen Ebene des Schutzes individueller Rechte zu unterscheiden, aber in verschiedener Weise mit ihnen verbunden. Diese intermediäre Ebene soll als "transnationales Verfassungsrecht" bezeichnet werden.⁴¹³

1. Begriff und Erscheinungsformen transnationalen Verfassungsrechts

Universelle Menschenrechte, Grundrechte im Sinne verfassungsrechtlich (oder internationalrechtlich) institutionalisierter Menschenrechte sowie transnational anerkannte Menschenrechte sollen zusammenfassend als fundamentale Rechte bezeichnet werden. Sie sind fundamental in dem Sinn, dass ihre Geltungsgrundlage nicht allein das positive Recht ist, sondern sie dem positiven Recht vorausliegende Gründe rechtlicher Geltung bilden.⁴¹⁴ Bei Menschenrechten ergibt sich dies bereits aus ihrer moralischen Begründung sowie ihrer universellen Geltung. Bei Grundrechten entspricht es dem Sinn einer materiellen Grundrechtskonzeption, dass

413 Dazu auch Sieckmann, Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht, in: M. Borowski/S. Paulson/J. Sieckmann (Hg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, 411ff.

414 Zu diesem Verständnis von Fundamentalität s.o., § 5 III.

sie die Positivierung universeller Menschenrechtsprinzipien darstellen und ihre Geltungsgrundlage daher nicht allein ihre positivrechtliche Anerkennung ist.⁴¹⁵ Transnationale Rechte sind zum einen in universellen Menschenrechtsprinzipien begründet, zum anderen ist ihre Geltung nicht auf einzelne Verfassungssysteme bezogen.

Warum sollte eine dritte Ebene transnationaler fundamentaler Rechte angenommen werden? Zunächst sieht sich der Schutz von Menschenrechten einem Problem gegenüber: der Idee nach sind Menschenrechte universelle, jedem Menschen zustehende Rechte, aber ihr Schutz als universelle Rechte ist wenig effektiv. Wenn der Schutz von Menschenrechten hingegen effektiv ist, dann als verfassungsrechtlicher Schutz von Grundrechten oder in regionalen Systemen des Menschenrechtsschutzes, aber eben nicht universell, sondern in partikularen Rechtsordnungen.

Die Charakterisierungen des Menschenrechtsschutzes als einerseits universell, aber nicht effektiv, andererseits effektiv, aber nur partikular erscheinen nicht nur im Hinblick auf die Realisierung von Menschenrechten unbefriedigend. Sie erfassen auch nicht die Entwicklung von systemübergreifenden Konvergenzen im Bereich des Schutzes von Menschenrechten, die sich vor allem in Europa und Lateinamerika beobachten lassen. Die Tendenzen zu einer Internationalisierung des Verfassungsrechts und einer Konstitutionalisierung des internationalen Rechts sind von einer Reihe von Autoren herausgearbeitet worden.⁴¹⁶ Für Europa wird von Peter Häberle die Entwicklung eines "gemeinen" Verfassungsrechts angenommen.⁴¹⁷ Armin von Bogdandy verfolgt das Projekt eines *ius commune*

415 Siehe auch Alexy 1995a, 127; ders., Grundrechte, in: Sandkühler/Pätzold (Hg.), Enzyklopädie Philosophie, 1999, 526; ders., Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: ARSP 95 (2009c), 151; ders., Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), 389.

416 Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 (2003), 61-75; Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, AÖR 128 (2003), 511-557; Kadelbach/Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 44 (2006), 235-266; Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012.

417 Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht (1991), in: ders., Europäische Rechtskultur, 1997.

constitutionale.⁴¹⁸ Kai Möller entwirft ein globales Modell der Grundrechte, basierend auf dem Recht auf Autonomie.⁴¹⁹

Es lässt sich demnach annehmen, dass in verschiedenen Verfassungssystemen oder Systemen des Menschenrechtsschutzes dieselben Rechte angewandt werden. Natürlich gibt es Differenzen, aber diese sind nicht unbedingt größer als die Streitigkeiten innerhalb der jeweiligen partikularen Systeme. Grundrechtliche Fälle lassen sich insofern in verschiedenen Systemen diskutieren, ohne dass es auf die Zuordnung zu einem bestimmten System ankommt. Besonders deutlich wird dies bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit.⁴²⁰ Trotz mancher Divergenzen entwickelt sich dieser Grundsatz zu einem universell gültigen Prüfungsmaßstab für den Schutz von Menschenrechten.⁴²¹

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich diese Entwicklung von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht theoretisch erfassen lässt. Was unter "transnational" zu verstehen ist, ist allerdings präzisionsbedürftig. Klar ist, dass es sich um ein grenzüberschreitendes, nicht auf nationales Recht beschränktes Phänomen handelt. Es muss sich allerdings nicht unabhängig vom staatlich gesetzten Recht entwickeln und auch nicht in Form spezialisierter Rechtsregime⁴²² auftreten. Insbesondere führt eine Entgegensetzung transnationalen Rechts zum staatlich gesetzten Recht bei menschenrechtlichen Gewährleistungen nicht weiter. Denn die verfassungsrechtliche Institutionalisierung von Menschenrechten soll ja gerade durch staatliches Recht erfolgen. Zwar kann und muss das Transformationsgebot auch auf nichtstaatliche Normenordnungen angewandt werden. Jedoch ist eine Abgrenzung zum staatlich gesetzten Recht in diesem Zusammenhang nicht sinnvoll.

Hier soll transnationales Recht schlicht im Sinne von Rechtsnormen verstanden werden, die systemübergreifende Geltung besitzen. Dies ist in dem Sinn zu verstehen, dass sie von den Organen verschiedener Systeme anzuwenden sind, zumindest bei ihren Entscheidungen als Argumente

418 v. Bogdandy, *Ius Commune Constitutionale in América Latina. A Conceptual Clarification*, in: id. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, 2017, 27ff.

419 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, 2012.

420 Dazu insbesondere Schlink 1976; Hirschberg 1981; Alexy 1985; Clérico 2001.

421 Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, 2004; Klatt/Meister 2013, 62ff.; dies., *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, 1ff.

422 So Calliess/Maurer, *Einleitung*, in: ders. (Hg.), *Transnationales Recht*, 2014, 3.

zu berücksichtigen sind.⁴²³ Dieselbe Norm gilt demnach also in verschiedenen Rechtssystemen.⁴²⁴ Die Frage ist demnach, ob Grundrechte nicht nur in einzelnen Verfassungssystemen gelten, sondern es neben der universellen moralischen Ebene und der partikularen Ebene einzelner Verfassungssysteme eine mittlere Ebene von fundamentalen Rechten gibt, die zugleich in verschiedenen Rechtssystemen gelten und insofern auch in einer systemübergreifenden Verfassungspraxis zu interpretieren sind.⁴²⁵

Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen das Verhältnis universell gültiger Menschenrechte zu partikularen Systemen. Was bleibt vom universellen Charakter dieser Rechte, wenn sie in partikularen Systemen positiviert werden? Zum anderen die Beziehungen zwischen partikularen Systemen, die Menschenrechte in positives Recht transformieren. Können sie weiterhin als unabhängig voneinander betrachtet werden, oder gibt es normative Beziehungen, die die Grundlage für ein transnationales Verfassungsrecht bilden können?

II. Zur Struktur transnationalen Verfassungsrechts

Gemäß der Korrespondenzthese soll in jedem Rechtssystem jedem Menschenrecht prinzipiell ein inhaltsgleiches Grundrecht korrespondieren.⁴²⁶ Aus dieser These ergibt sich die Forderung, Menschenrechte nicht nur zu proklamieren, sondern auch effektiv zu institutionalisieren und in positives Recht zu transformieren. Menschenrechte verlangen daher verfassungsrechtliche Geltung. Mit der Institutionalisierung wird die Geltung menschenrechtlicher Prinzipien zugleich auf Verfassungssysteme begrenzt.

Es scheint zunächst, dass die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte in jedem Verfassungssystem gesondert erfolgt. Dies entspricht der Annahme der Souveränität der Staaten und ihrer Verfassungen-

423 Siehe auch den Ansatz eines "interlegal balancing" bei Encinas, *Interlegal Balancing*, in: *Rivista di filosofia del diritto*, 2022, 75.

424 Insofern geht es nicht um einen Rechtspluralismus im Sinne der Geltung verschiedener Systeme im selben Bereich. Dazu Seinecke, *Das Recht des Rechtspluralismus*, 2015, 14ff. Allerdings wird eine Pluralität von Rechtssystemen vorausgesetzt.

425 Den Bezug von Menschenrechten auf bestimmte politische Systeme betont hingegen Besson, *European human rights pluralism: notion and justification*, in: *Maduro/Tuori/Sankari (eds.), Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, 2014, 170ff., 204.

426 S.o., § 8 II, ferner Sieckmann 2017, 423ff.

autonomie. Ein Menschenrecht etwa auf Meinungsfreiheit würde die Geltung entsprechender Grundrechte in den einzelnen Rechtssystemen fordern. Erfüllen diese Systeme die Transformationsforderung, gelten je verschiedene Grundrechte in den jeweiligen Systemen.

Dieses Bild erfasst jedoch die Struktur menschenrechtlicher Gewährleistungen nicht vollständig. Ein Argument für die Annahme verfassungsübergreifender Grundrechte ergibt sich aus dem universellen Geltungsanspruch von Menschenrechten. Die partikuläre Umsetzung menschenrechtlicher Forderungen steht in einem Gegensatz zum universellen Geltungsanspruch von Menschenrechten. Wenn Menschenrechte universelle Gültigkeit besitzen, warum sollten dann im Bereich des Rechts nur jeweils systemrelative Grundrechte existieren? Geht der universelle Charakter der Menschenrechte bei der Transformation nicht verloren, kann es auch im Bereich des Rechts systemübergreifend gültige Grundrechte geben.

1. Universeller Richtigkeitsanspruch partikularer Transformationen

Zunächst lässt sich eine Parallele zur Begründung einer autonomen Moral ziehen.⁴²⁷ Jedes autonome Subjekt kann seine eigene Moral begründen. Aber es wäre falsch anzunehmen, diese Moral beanspruchte Geltung nur für denjenigen, der sie vertritt. Eine Begründung moralischer Normen muss generellen Charakter haben. Sie muss also Normen formulieren, die für alle Individuen gelten, die die Anwendungsbedingungen dieser Normen erfüllen. Eine rational begründete Moral, die nur für ein Individuum gilt, ist nicht möglich. Ein Vegetarier etwa, der meint, es sei moralisch geboten, keine Tiere zu essen, muss dies nicht nur für sich, sondern für jeden Menschen annehmen.

Allerdings schließt die gleiche Autonomie anderer Individuen es aus, dass jemand verbindliche Normen für andere autonome Subjekte aufstellen könnte. Möglich und zugleich notwendig ist lediglich die Forderung, dass andere die von einem selbst für richtig gehaltenen Normen ebenfalls als gültig anerkennen. Als Forderung kann sie zunächst nur prinzipielle Geltung beanspruchen. Dieser im Prinzip universelle Geltungsanspruch trifft allerdings auf die Autonomie der anderen Akteure. Die gebotene Respektierung der Autonomie anderer führt dazu, den Geltungsanspruch universell begründeter Normen einzuschränken, so dass im Ergebnis keine Verbindlichkeit für andere Subjekte beansprucht wird.

427 Dazu Sieckmann 2012a, 111.

Das gleiche Verhältnis lässt sich zwischen Verfassungssystemen bei der Transformation von Menschenrechten feststellen. Menschenrechte haben universellen Charakter. Wenn ein Verfassungssystem Menschenrechte in Grundrechte transformiert, dann muss es für diese Grundrechte beanspruchen, dass sie - als Transformation menschenrechtlicher Prinzipien - für alle Verfassungssysteme gültig sind, die dem betreffenden System in allen relevanten Hinsichten gleichen. Nur soweit für die Transformation relevante Unterschiede bestehen, kann die Geltung dieser Grundrechte für andere Verfassungssysteme verneint werden. Andererseits wird dieser universelle Geltungsanspruch beschränkt durch die Autonomie anderer Verfassungssysteme. Ein Verfassungssystem kann nicht verbindliche Anordnungen für andere Systeme treffen. Insofern bleibt die Geltung der Grundrechte im Ergebnis auf das jeweils transformierende System beschränkt.

2. Die Entwicklung transnationalen Verfassungsrechts

Der universelle Richtigkeitsanspruch partikularer Transformationen genügt allerdings noch nicht, um die Existenz eines transnationalen Verfassungsrechts anzunehmen. Dieses ergibt sich erst aufgrund einer Interaktion der verschiedenen Systeme bei der Suche nach der richtigen Institutionalisierung menschenrechtlicher Prinzipien.

Werden in verschiedenen Verfassungssystemen unterschiedliche Transformationen vertreten, ist zunächst fraglich, welcher gefolgt werden sollte. Diese Frage verlangt nach einer rational begründeten Lösung. Denn die abweichende Transformation von Menschenrechten in einem System bedeutet aus der Sicht der anderen Systeme, dass Menschenrechte nur unvollkommen transformiert worden sind. Alle Systeme, die Menschenrechte in Grundrechte transformieren, erkennen menschenrechtliche Prinzipien und damit auch deren universellen Geltungsanspruch an. Dieser erstreckt sich auch auf die jeweils anderen Verfassungssysteme. Damit liegt ein Konflikt verschiedener normativer Auffassungen vor. Aus dem Gehalt von Menschenrechten folgt also, dass nach einer einheitlichen Lösung gesucht werden oder aber aufgezeigt werden muss, welche relevanten Unterschiede der Systeme zu unterschiedlichen Systemen der Grundrechte führen.

Der Konflikt unterschiedlicher Grundrechtskonzeptionen erfordert also einen rationalen Diskurs über die Frage, ob und welche dieser Transformationen die richtige oder jedenfalls vorzugswürdig ist. Es ist zumindest möglich, dass ein solcher Diskurs zu Konvergenzen in der Transformati-

on von Menschenrechten führt, die es rechtfertigen, von Grundrechten als einem transnationalen Verfassungsrecht zu sprechen.⁴²⁸ Offen ist allerdings, inwieweit die Suche nach richtigen Lösungen zu einem Ergebnis führt. Es ist möglich, dass gegensätzliche Auffassungen jeweils vertretbar sind und keine von ihnen als falsch oder unterlegen qualifiziert werden kann. Aber es ist zumindest plausibel anzunehmen, dass sich in manchen Bereichen Übereinstimmungen ergeben werden, dass es also Grundrechte als transnationales Verfassungsrecht geben wird.

3. Zum normativen Status von Konzeptionen transnationalen Verfassungsrechts

Der Streit um die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte ist zunächst ein theoretischer Streit, also ein Thema für die Rechtswissenschaft. Er hat keine unmittelbaren praktischen Konsequenzen. Das verbindliche Verfassungsrecht wird für jedes System selbst bestimmt, und es gibt, solange kein praktischer Konflikt zwischen verschiedenen Systemen, der eine verbindliche Entscheidung verlangt, auftritt, keine Notwendigkeit, nach einem Kompromiss zwischen verschiedenen Konzeptionen zu streben. Dennoch gibt es bereits auf dieser theoretischen Ebene gewichtige Implikationen der Annahme transnationalen Verfassungsrechts.

Zunächst verliert bei der Grundrechtsinterpretation die Frage nach dem Willen des Verfassungsgebers an Bedeutung. Interessanter als das, was die Autoren der Verfassung einmal gedacht haben, ist, welche Lösungen andere Verfassungsstaaten als Antwort auf die in allen Staaten gleichen Probleme der Grundrechtsgestaltung geben. Verfassungsvergleichende Argumente gewinnen damit nicht nur an Gewicht. Sie sind von konstitutiver Bedeutung für die Entwicklung von transnational anerkannten Grundrechten.

Sodann lässt sich Grundrechtsdogmatik nicht bezogen auf einzelne Verfassungssysteme betreiben, sondern muss verfassungsübergreifenden Charakter annehmen. Verschiedene Verfassungssysteme entwickeln Interpretationen desselben Bestands transnationaler Grund- und Menschenrechte. Sie können inhaltlich divergieren, haben aber denselben Gegenstand.

Transnationale Grund- und Menschenrechte können aber nicht nur von theoretischer Relevanz sein, sondern Konsequenzen auch auf praktischer Ebene haben, also für die Frage, welche Normen von den Organen der

428 Zur Konzeption vernünftiger Konvergenz Sieckmann 2009a, 111; 2018a, 230.

jeweiligen Rechtssysteme anzuwenden sind. Ein normativer Streit mit Relevanz für die Frage der Verbindlichkeit transnationaler Grundrechte setzt voraus, dass eine gemeinsame, für alle beteiligten Staaten verbindliche Regelung notwendig ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Grundrecht nicht in den Grenzen eines Staates geschützt werden kann (etwa Kommunikationsfreiheiten und Datenschutz) oder wenn die Regelung in einem Staat Auswirkungen auf andere Staaten hat (etwa im Umweltrecht).

Ein weiteres Problem ist, wie diese normativen Beziehungen zwischen verschiedenen Verfassungssystemen zu beschreiben sind. Da es darum geht, welcher der autoritativen Festsetzungen gefolgt werden soll, kommt eine Konstruktion mittels formeller Prinzipien⁴²⁹ in einem Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen in Betracht.⁴³⁰ Das Problem wäre dann eines der Zuordnung von Abwägungs- und Entscheidungskompetenzen. Jedoch besteht zwischen verschiedenen Verfassungssystemen ein Verhältnis der Gleichordnung. Es kann demnach nicht darum gehen, wer verbindliche Entscheidungen für andere Subjekte treffen kann.⁴³¹ Im Gleichordnungsverhältnis kann nur ein Diskurs zwischen autonomen Subjekten erfolgen. Auch die Entwicklung transnationalen Verfassungsrechts muss dieser Konzeption folgen.

III. Universalität und Konvergenz im Menschenrechtsschutz

Es ist demnach festzuhalten, dass es im Bereich des Menschenrechtsschutzes neben der Ebene universell gültiger Rechte und der Ebene partikularer, positivrechtlicher Gewährleistungen eine dritte Ebene von Menschen- und Grundrechten mit systemübergreifender rechtlicher Geltung gibt. Es lassen sich somit drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden:

Der erste ist die Idee der Menschenrechte als universell gültige Rechte, die allen Menschen unabhängig von weiteren Qualifikationen zustehen und in allen Rechtssystemen gelten oder zumindest gelten sollen. Diese

429 Siehe auch oben zur Konkurrenz von Rechtsschutzsystemen, § 11 IV.

430 Zu formellen Prinzipien s.o., § 11 II.

431 Anderes würde gelten, wenn Vorrangbeziehungen zwischen verschiedenen Systemen etabliert wären. Aber selbst wo dies beansprucht wird, wie im Verhältnis EU-Recht zu den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten, muss dies von den Adressaten anerkannt werden. Soweit diese Anerkennung existiert, stellt sich bei der Frage, wie weit die Anerkennung reicht, ein Problem der Kompetenzabgrenzung. Dieses könnte das allgemeine Problem der Bildung transnationalen Verfassungsrechts überlagern.

Idee findet sich zum einen in philosophischen Versuchen zur Begründung universeller Menschenrechte.⁴³² Zum anderen enthält das internationale Recht Menschenrechtsregelungen mit Anspruch auf universelle Geltung. Jedoch bleiben die universell begründbaren Rechte inhaltlich weitgehend unbestimmt und weisen Defizite in der Durchsetzung auf.

Der zweite Aspekt des Menschenrechtsschutzes sind verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte sowie regionale Systeme des Menschenrechtsschutzes, wie die EMRK oder das interamerikanische System des Menschenrechtsschutzes. Dieser Schutz erscheint sehr viel weitergehend und effektiver als der auf universeller Ebene. Es lässt sich ein Kern von Menschenrechten feststellen, dessen Geltung in demokratischen Verfassungsstaaten praktisch unbestritten ist - was nicht ausschließt, dass Menschenrechtsverletzungen auch in diesem Kernbereich vorkommen. Ernsthaft umstritten sind Rechte wie etwa bei der Frage der Abgrenzung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit bei der Abbildung prominenter Persönlichkeiten, die - im Vergleich zu Mord, Folter oder willkürlicher Verhaftung - eher als menschenrechtlicher Luxus erscheinen. Es gibt also durchaus einen effektiven Schutz von Menschenrechten. Dieser bleibt jedoch national oder regional, also partikular und nicht universell.

Hinzu kommt ein dritter Aspekt, die Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes. Dieses Phänomen ist mit der Bezeichnung von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht gemeint. Ungeachtet der Probleme der Begründung und Durchsetzung universell gültiger Menschenrechte lässt sich eine Konvergenz verschiedener Rechtssysteme in Fragen der Menschen- und Grundrechte feststellen. Inhaltlich findet eine Annäherung verschiedener Systeme im Schutz von Grund- und Menschenrechten statt. Es scheint, dass ein grenzüberschreitendes, transnationales Verfassungsrecht im Entstehen ist.

Wie weit diese Konvergenzen im Bereich von Grund- und Menschenrechten reichen, ist allerdings Gegenstand intensiver Diskussion. Es sind zwei Varianten zu unterscheiden. Zum einen kann es zu einer Konvergenz zunächst eigenständig entwickelter substantieller Auffassungen von Menschen- und Grundrechten kommen. Zum anderen kann es universell gültige Prinzipien geben, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von denen nur mit hinreichender Rechtfertigung abgewichen werden darf und die daher eine Tendenz zu Konvergenz mit sich bringen.

432 Dazu s.o., § 4.

1. Substantielle Konvergenzen

Es lassen sich substantielle Konvergenzen im Bereich von Menschen- und Grundrechten in verschiedenen Schutzsystemen feststellen, die über das hinausgehen, was sich rein philosophisch als universell gültige Menschenrechte begründen lässt, aber auch über das, was in partikularen Systemen an Schutz gewährleistet wird.

Die Konvergenz verschiedener Systeme im Bereich der Grund- und Menschenrechte legt die Annahme nahe, dass alle Systeme dieselben Menschenrechtsprinzipien interpretieren und anwenden. Das Recht auf Leben oder Meinungsfreiheit existiert nicht jeweils in einem bestimmten System, sondern ist dasselbe für alle Systeme, die diese Rechte anerkennen. Dabei können sich allerdings Differenzen ergeben. Dennoch bleibt ein Unterschied gegenüber der herkömmlichen Vorstellung systemrelativer Rechte. Wären etwa Recht auf Leben oder Meinungsfreiheit in verschiedenen Systemen verschiedene Rechte, wären abweichende Interpretationen lediglich ein Datum, das man zur Kenntnis nehmen könnte, aber keine direkte Relevanz im eigenen System hätte. Interpretieren verschiedene Systeme hingegen dieselben Rechte, sind Abweichungen zwischen den Systemen Anlass für einen Streit um die richtige Interpretation dieser Rechte.

Die Konzeption von Menschenrechten als transnationales Verfassungsrecht ist demnach, dass verschiedene Verfassungssysteme und Systeme des Menschenrechtsschutzes versuchen, Menschenrechte in positives Recht zu transformieren. Sie folgen dabei weitgehend denselben Menschenrechtsprinzipien. Ihre Interpretation und Ausgestaltung kann allerdings differieren. Dennoch rechtfertigt der gemeinsame Ausgangspunkt anzunehmen, dass verschiedene Rechtssysteme denselben Normen folgen. Diese Menschenrechtsnormen haben somit systemübergreifenden Charakter. Dieser systemübergreifende Korpus von Normen ist von nationalen Verfassungssystemen verschieden, seine universelle Gültigkeit bleibt andererseits offen.

2. Verhältnismäßigkeit als transnationales Verfassungsrecht

Während substantielle Gehalte eines transnationalen Menschenrechtsschutzes aus der Konvergenz verschiedener Rechtssysteme entstehen, ist eine andere Grundlage die strukturelle Notwendigkeit bestimmter Verfassungsgrundsätze. Allerdings ist zu präzisieren, was darunter zu verstehen ist.

Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erscheint als prinzipiell universell gültiger Verfassungsgrundsatz.⁴³³ Es ist jedoch in deskriptiver wie auch in normativer Hinsicht umstritten, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit systemübergreifende Anerkennung gefunden hat oder finden sollte. Die normative Kritik führt Probleme der mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbundenen Abwägung an, einerseits in methodischer Sicht, andererseits hinsichtlich der negativen Konsequenzen für die Rigidität des Verfassungsrechts sowie mit Blick auf den von einigen Autoren vertretenen absoluten Charakter von Menschenrechten.⁴³⁴ Die deskriptive Kritik bezweifelt, dass unter dem Etikett der Verhältnismäßigkeit tatsächlich die gleichen methodischen oder inhaltlichen Standards anerkannt werden.⁴³⁵

Gegenüber diesen Kritiken ist zunächst festzustellen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit menschenrechtlich begründet und insofern für jedes Verfassungssystem prinzipiell verbindlich ist.⁴³⁶ Verfassungssysteme können jedoch prinzipielle menschenrechtliche Forderungen gegen andere legitime Belange abwägen. Die menschenrechtlichen Prinzipien führen nicht dazu, dass in allen Verfassungssystemen Menschenrechte in gleicher Weise in Grundrechte umgesetzt werden.⁴³⁷ Dies gilt auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Unterschiedliche Interpretationen und Anwendungen des Gebots der Verhältnismäßigkeit sind nicht ausgeschlossen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich demnach zwar aus der Struktur der Abwägung von Prinzipien ableiten und bildet insofern ein universell gültiges Prinzip des Menschenrechtsschutzes. Damit ist noch nicht gezeigt, dass es sich um transnationales Verfassungsrecht handelt. Die Gültigkeit als Rationalitätsprinzip ist zwar ein auch rechtlich gültiges Argument dafür, diesen Grundsatz als Rechts- oder Verfassungsprinzip anzuerkennen. Es kann jedoch wiederum eine Frage der Abwägung sein,

433 So auch Beatty 2004, 162; Stone Sweet/Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72; Klatt/Meister 2013, 62-104; Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, in: *Der Staat* 51 (2012), 3ff.; Cohen-Eliya/Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in: *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), 463, 467; Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights*, in: Pavlakos (Hg.), *Law, Rights, and Discourse*, 2007, 131ff.

434 Siehe etwa Tsakyrakis 2009, 468, 470, 473.

435 Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights*, 2013, 10ff., 190ff.

436 S.o., § 7 I.

437 Dazu s.o., § 8 III 1, zur Verfassungsautonomie bei der Transformation menschenrechtlicher Prinzipien.

inwieweit Rechtssysteme diesen Grundsatz tatsächlich als rechtlich gültig anerkennen. Dabei können insbesondere die institutionellen Konsequenzen von Bedeutung sein, die die rechtliche Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einem Verfassungssystem hat. Diese können für verschiedene Rechtssysteme differieren.

Es ist demnach begründungsbedürftig, ob und inwieweit das Gebot der Verhältnismäßigkeit als transnationales Verfassungsrecht anzusehen ist und insofern eine systemtranszendierende Geltung besitzt. Die Anerkennung als transnationales Verfassungsrecht beurteilt sich nach dem Kriterium vernünftiger Konvergenz. Hat sich also aufgrund rationaler Argumentation eine Tendenz zur Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebildet, und in welchem Umfang ist dieser Grundsatz durch vernünftige Konvergenz gestützt?

Die Abwägung kollidierender Prinzipien ist ein notwendiges Instrument der Verfassungsinterpretation. Abwägung ist ein Problem der Normbegründung, nicht eines der Subsumtion unter vorgegebene Normen. Normbegründungen stehen unter einem allgemeinen Gebot der Rationalität oder Vernünftigkeit. Dieses wird durch die Kriterien rationaler Abwägung sowie allgemeine Anforderungen rationaler Argumentation spezifiziert. Im Verfassungsrecht werden solche Kriterien unter den Prinzipien von "Vernünftigkeit", "Verhältnismäßigkeit" oder "Gleichheit" behandelt.

Eine Abwägung verfassungsrechtlicher Prinzipien ist dementsprechend gängige Praxis im Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Methode mit der konsequenten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots im Bereich der Grundrechte durchgesetzt.⁴³⁸ Sie zeigt sich auch in der Methode der grundrechtsoptimierenden Verfassungsinterpretation.⁴³⁹ Andere Verfassungsgerichte, der Europäische Gerichtshof sowie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte führen ebenfalls Abwägungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit durch.⁴⁴⁰ Auch im Völkerrecht findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anerkennung.⁴⁴¹ Zudem verwenden manche Verfassungssysteme ähnliche Kriterien unter der Bezeichnung "Vernünftigkeit". Dies kann andere Kriterien wie das der Gleichbehand-

438 Zu Nachweisen und gegenläufigen Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG siehe Kahl 2004, 167ff.

439 Vgl. BVerfGE 81, 278 (292); 83, 130 (143).

440 Dazu Klatt/Meister 2013, 64 mwN.

441 Dazu Klatt/Meister 2013, 63 mwN.

lung einschließen, enthält aber auch eine Form der Anwendung von Verhältnismäßigkeitskriterien.⁴⁴²

Es ist allerdings auch festzustellen, dass terminologische Übereinstimmung noch nicht bedeutet, dass die unter der Bezeichnung "Verhältnismäßigkeit" angewandten Kriterien übereinstimmen. So werden nicht in allen Jurisdiktionen sämtliche Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit angewandt. Auch gibt es unterschiedliche Interpretationen, etwa hinsichtlich des Kriteriums der Erforderlichkeit. Da jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine bestimmte, durch das Modell der Abwägung als Optimierung⁴⁴³ vorgegebene Struktur zugrunde liegt, lässt sich annehmen, dass solche Divergenzen sich ausräumen oder im Rahmen des Abwägungsmodells rechtfertigen lassen.

Eine Tendenz zur definitiven Anerkennung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit lässt sich demnach durchaus feststellen. Rechtsprechung und wissenschaftliche Diskussionen in verschiedenen Verfassungssystemen haben zu einer Annäherung der Systeme in Bezug auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung geführt. Demnach gibt es eine vernünftige Konvergenz der Verfassungssysteme in Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz ist somit als transnationales Verfassungsrecht anzusehen.

IV. Fazit

- (1) Es lassen sich drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden: Menschenrechte als universell gültige Rechte, Grundrechte als positivrechtliche Transformation von Menschenrechtsprinzipien und Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht.
- (2) Menschenrechte als universell gültige Rechte stehen allen Menschen unabhängig von weiteren Qualifikationen zu und gelten in allen Rechtssystemen, zumindest normativ.
- (3) Positivrechtliche Transformationen von Menschenrechten sind verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte sowie regionale Systeme des Menschenrechtsschutzes. Dieser Schutz erscheint sehr viel weitergehend und effektiver als der auf universeller Ebene. Es lässt sich ein Kern von Menschenrechten feststellen, dessen Geltung in demokratischen Verfassungsstaaten praktisch unbestritten ist - was

⁴⁴² Dazu s.o., § 7.

⁴⁴³ Dazu s.o., § 2 II 3.

nicht ausschließt, dass Menschenrechtsverletzungen auch in diesem Kernbereich vorkommen.

- (4) Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht ergeben sich aus der Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes.
- (5) Transnationale Menschenrechte können durch Konvergenz aufgrund der Abwägung substantieller Menschenrechtsprinzipien oder aufgrund der Anwendung universell gültiger Strukturprinzipien, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entstehen.
- (6) Ungeachtet der Probleme der Begründung und Durchsetzung universell gültiger Menschenrechte lässt sich eine Konvergenz verschiedener Rechtssysteme in Fragen der Menschen- und Grundrechte feststellen. Inhaltlich findet jedenfalls in Europa und Amerika eine Annäherung im Schutz von Grund- und Menschenrechten statt. Es scheint, dass ein grenzüberschreitendes, transnationales Verfassungsrecht im Entstehen ist.

Résumé

In dieser Untersuchung ist zum einen das Prinzipienmodell der Menschenrechte einschließlich der Folgerungen für die Theorie der Grundrechte vorgestellt worden. Zum anderen ist dargelegt worden, inwieweit die im Prinzipienmodell begründbaren Rechte tatsächlich rechtliche Geltung beanspruchen können.

Grundidee der hier entwickelten Konzeption des Prinzipienmodells ist die Verbindung der Idee individueller Autonomie mit der der Abwägung normativer Argumente. Prinzipien sind normative Argumente, die in der Situation des Konflikts mit anderen Argumenten Gründe für Abwägungsurteile darstellen. Die Abwägung normativer Argumente erfordert ein autonomes Urteil, weil sie einerseits nicht vollständig durch vorgegebene Kriterien determiniert und insofern frei ist, andererseits aber durch normative Argumente gebunden ist. Diese Idee individueller Autonomie bestimmt auch die Struktur des Rechtssystems als normatives System, denn als normatives System bedarf es einer Rechtfertigung, die der Konzeption autonomer Normbegründung folgen muss. Als Kernthesen dieser Studie sind festzuhalten:

- (1.01) Normbegründung ist nur aufgrund der Idee individueller Autonomie möglich. Der Grund dafür ist die Unmöglichkeit, substantielle Normen zu erkennen. Eine Normbegründung kann sich daher nur aufgrund der freien Urteile autonomer Subjekte ergeben.
- (1.02) Autonome Normbegründung erfordert die Abwägung normativer Argumente. Eine Ableitung aus vorgegebenen Normen ist mit autonomem Urteilen nicht vereinbar, andererseits muss es Gründe für die behauptete Normgeltung geben. Diese Gründe sind normative Argumente, die die Anerkennung der Geltung einer bestimmten Norm fordern.
- (1.03) Normative Argumente sind von normativen Aussagen zu unterscheiden. Sie haben die Struktur reiterierter Geltungsgebote.
- (1.04) Das Abwägungsurteil ist autonom, insofern es nicht aus vorgegebenen Normen abgeleitet ist, aber als durch das vorgehende Argument gefordert verstanden werden muss.
- (1.05) Das Prinzipienmodell des Rechts ist eine Konzeption des Rechts, in der jede in einem Rechtssystem gültige substantielle Norm aufgrund von Prinzipienabwägungen gerechtfertigt ist.

- (1.06) Die Prinzipientheorie behauptet als normative Theorie, dass Recht dem Prinzipienmodell entsprechen soll.
- (1.07) Die Rechtfertigung der Prinzipientheorie ergibt sich daraus, dass das Prinzipienmodell eine adäquate Form einer autonomen Normbegründung darstellt, strukturell abweichende Begründungsmodelle nicht ersichtlich sind und Recht als normatives System deshalb dem Prinzipienmodell entsprechen muss.
- (1.08) Logische Grundlage der Unterscheidung von Prinzipien und Regeln ist die von normativen Argumenten und normativen Aussagen.
- (1.09) Abwägungen mit dem Ziel der Optimierung erlauben ein größtmögliches Maß an Rationalität in normativen Urteilen.
- (1.10) Objektivität im Sinne notwendiger Anerkennung durch jeden vernünftig Urteilenden kann für Urteile aufgrund normativer Abwägungen einerseits für notwendige Bedingungen korrekter Abwägung beansprucht werden. Andererseits ist die Begründung objektiver Normgeltung aufgrund vernünftiger Konvergenz der Urteilenden aufgrund eines rationalen Diskurses möglich.
- (1.11) Aus der Idee der Autonomie als Selbstgesetzgebung ergibt sich die Notwendigkeit, bestimmte Autonomierechte anzuerkennen. Die Struktur der Autonomie als Selbstgesetzgebung und das darauf basierende Recht autonomer Subjekte, an Prozessen autonomer Normbegründung teilzunehmen, sind Bedingungen der Möglichkeit von Normbegründungen und daher Abwägungen mit anderen Belangen nicht unterworfen.
- (1.12) Aus dem Recht auf Selbstgesetzgebung folgen Rechte auf die Möglichkeit der Entwicklung eigener Interessen und Vorstellungen eines guten Lebens, auf die Möglichkeit, frei Abwägungsurteile bilden zu können und auf die Beteiligung an Prozessen normativer Argumentation.
- (1.13) Hinzu kommen Rechte auf Schutz dieser Autonomierechte.
- (2.01) Menschenrechte sind universell gültige Rechte von Menschen. Sie gelten notwendig für alle Menschen in allen Rechtssystemen. Sie bilden ein zentrales Element der Rechtfertigung des normativen Anspruchs des Rechts, angewandt und befolgt zu werden.
- (2.02) Insofern Menschenrechte aus Autonomierechten folgen, ist ihre Anerkennung Voraussetzung der Möglichkeit von Normbegründungen und damit Bedingung der Legitimität des Rechts als Herrschaftsordnung. Sie müssen daher notwendig in jedem Rechtssystem als Forderungen an die Gestaltung des Rechts anerkannt wer-

- den. Sie sind *a priori* gültig, insofern sie bereits unabhängig von der Durchführung von Argumentationen über menschenrechtliche Forderungen begründet werden können.
- (2.03) Spezifische Menschenrechte dienen der Sicherung persönlicher Autonomie. Menschenrechtliche Prinzipien schützen fundamentale menschliche Interessen. Sie sind notwendig anzuerkennen, sofern autonome Subjekte solche Interessen geltend machen.
 - (2.04) Darüber hinaus hängt die Möglichkeit, Menschenrechtsbegründungen durchzuführen, und die Erfüllung menschenrechtlicher Forderungen an institutionellen Voraussetzungen, die unabhängig von individuellen Interessen gewährleistet werden müssen.
 - (2.05) Während *a priori*-begründete Rechte nur zur Ermöglichung von Normbegründungen eingeschränkt werden dürfen, sind die *a posteriori*-begründeten, auf individuelle Interessen oder institutionelle Anforderungen gegründeten Forderungen zunächst lediglich prinzipiell gültig.
 - (2.06) Menschenrechte stehen allen Menschen zu, die (im Bereich des Rechts) von autonomen Normbegründungen betroffen sind. Es kommt nicht auf die Fähigkeit an, sich an solchen Normbegründungen zu beteiligen.
 - (2.07) Adressaten sind Rechtsorgane und andere Träger politischer Gewalt, aber auch private Personen, die an Normbegründungen beteiligt sind.
 - (2.08) Hinsichtlich ihrer Geltungsweise können Menschenrechte prinzipielle oder definitive Rechte sein.
 - (2.09) Hinsichtlich ihres normativen Gehalts sind einfache und exklusive Menschenrechtsprinzipien zu unterscheiden.
 - (2.10) Menschenrechte sind fundamental, sofern sie originär begründet sind, notwendige Geltung besitzen, eine Grundlage des Rechts bilden oder Legitimitätsvoraussetzung des politischen Systems sind. Sie können auch wegen ihrer besonderen Wichtigkeit als fundamental bezeichnet werden.
 - (2.11) Die definitive Anerkennung menschenrechtlicher Forderungen lässt Spielräume für unterschiedliche, politisch autonome und kultursensitive Ausgestaltung.
 - (2.12) Die Nichterfüllung menschenrechtlicher Prinzipien bedarf einer Rechtfertigung, die allgemein dem Gebot der Vernünftigkeit unterliegt. Es bringt das allgemeine Gebot rationaler Argumentation zum Ausdruck und schließt Gebote von Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung ein.

- (2.14) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit von Menschenrechtsbeeinträchtigungen folgt aus dem Gebot optimierender Abwägung. In Bezug auf Menschenrechte handelt es sich um ein prinzipiell universell gültiges Gebot.
- (2.15) Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat eine komplexe Struktur. Sie kann in verschiedenen Varianten durchgeführt werden, insbesondere hinsichtlich der Verbindung von Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitskriterien.
- (2.16) Ein umfassender Schutz von Menschenrechten erfordert, Abwägungen mit dem Ziel einer optimalen Realisierung von Menschenrechten durchzuführen. Somit ist die vollständige Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Anforderung, die sich an alle Verfassungssysteme richtet und insofern universell ist.
- (3.01) Grundrechte werden aufgrund von Menschenrechtsprinzipien begründet. Sie sind konstitutionalisierte Menschenrechtsforderungen. Menschenrechtsprinzipien gelten verfassungsrechtlich, soweit sie nicht positivrechtlich ausgeschlossen werden, und es besteht ein prinzipielles Gebot, Menschenrechte in positives Verfassungsrecht zu transformieren.
- (3.02) Daraus ergibt sich, dass das Grundrechtssystem dem der Menschenrechte folgt. Allerdings können Verfassungssysteme Differenzierungen vornehmen. Abweichungen von menschenrechtlichen Prinzipien sind allerdings rechtfertigungsbedürftig. Es besteht daher eine normative Tendenz zur Vervollständigung des Systems der Grundrechte, unabhängig von und möglicherweise gegen positive verfassungsrechtliche Normierungen.
- (3.03) Das Modell der Grundrechte als prinzipielle Abwägungsverbote rekonstruiert die zentrale Idee von Grundrechten, individuelle Rechtssphären dem staatlichen Zugriff zu entziehen.
- (3.04) Ob und welche Grundrechte in einem verfassungsrechtlichen System in diesem Sinne zu verstehen sind, ist eine Frage des positiven Rechts und seiner Interpretation. Die Konstruktion als prinzipielle Abwägungsverbote entspricht grundsätzlich dem Charakter von Freiheitsrechten. Allerdings ergibt sich zunächst nur die prinzipielle Forderung nach Anerkennung einer prinzipiellen Immunität dieser Rechte.
- (3.05) Das einfache Abwägungsmodell findet subsidiär auch auf prinzipiell immune Grundrechte Anwendung. Insofern bildet das Abwägungsmodell der Grundrechte mit der Anwendung des Grundsatz-

- zes der Verhältnismäßigkeit den Mindeststandard des Grundrechtsschutzes.
- (3.06) Die Existenz staatlicher Organisationen und ihrer Kompetenzen ist ambivalent hinsichtlich menschenrechtlicher Forderungen. Sie dienen deren Realisierung, führen aber auch zu Konflikten mit ihnen.
 - (3.07) Es sind verschiedene Arten grundrechtlicher Gehalte zu unterscheiden: residuale, prinzipielle und prinzipiell immune Gehalte.
 - (3.08) Legislative Entscheidungsspielräume im Grundrechtsbereich können strukturell, epistemisch oder normativ begründet sein.
 - (3.09) Bei der legislativen Beschränkung von Grundrechten sind Beurteilungsspielräume und Entscheidungsspielräume zu unterscheiden.
 - (3.10) Für autonome Abwägungen bestehen objektiv normative Beurteilungsspielräume, während subjektiv ein Anspruch auf Richtigkeit des Abwägungsurteils erhoben werden muss.
 - (3.11) Im Grundrechtsbereich ist Gesetzgebung zugleich Grundrechtsanwendung. Damit ergibt sich eine Konkurrenz von Abwägungen des Gesetzgebers und von Verfassungsgerichten. Es besteht keine alleinige Kompetenz von Gerichten zur Entscheidung über verfassungsrechtliche Abwägungen.
 - (3.12) Die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen erfolgt in einem Modell konkurrierender Verfassungskonzeptionen, in dem formelle Prinzipien auf beiden Seiten der Abwägung stehen. Die Abwägung orientiert sich u.a. an den Möglichkeiten objektiver Entscheidungsbegründung, der Optimierung des Grundrechtsschutzes und der Gewährleistung von Voraussetzungen der Legitimität des Rechts. Gerichtliche Kontrollkompetenzen sind ferner danach zu differenzieren, ob prinzipiell exklusionäre Grundrechtsgehalte oder lediglich einfache Grundrechtsprinzipien in Frage stehen.
 - (3.13) Im Konflikt zwischen obersten Gerichten verschiedener Rechtssysteme geht es nicht um die Zuordnung von Entscheidungskompetenzen, sondern um die Frage, inwieweit Auffassungen und Entscheidungen fremder Rechtssysteme im eigenen System berücksichtigt werden sollen.
 - (4.01) Es lassen sich drei Aspekte des Menschenrechtsschutzes unterscheiden: Menschenrechte als universell gültige Rechte, Grundrechte als positivrechtliche Transformation von Menschenrechtsprinzipien und Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht.
 - (4.02) Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht ergeben sich aus der Konvergenz verschiedener partikularer Systeme des Menschenrechtsschutzes.

- (4.03) Die Konvergenz im Menschenrechtsschutz kann aufgrund der Abwägung substantieller Menschenrechtsprinzipien oder aufgrund der Anwendung universell gültiger Strukturprinzipien, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entstehen.

Bibliographie

- Ackerman, Bruce (1991), *We the People*, Vol. 1, Cambridge (Mass.), Harvard University Press
- Afonso da Silva, Virgilio (2003), *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos
- (2009), *Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung*, in: J. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 215-230
- (2013) *Der Vergleich des Inkommensurablen*, in: M. Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 236-270
- Alexy, Robert (1979), *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie-Beiheft* 1, 59-87
- (1985), *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos; 3. Aufl., 1996, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- (1991), *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), 2. Aufl., Frankfurt a.M. (mit einem Nachwort), Suhrkamp
- (1994), *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl., Freiburg/München, Alber
- (1995a), *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 127-164
- (1995b), *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 177-232 (Wiederabdruck von Alexy 1979)
- (1997), *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: A. Aarnio et al. (eds.), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, *Juristfölaget i Lund*, 27-42
- (1998), *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 244-264
- (1999), *Grundrechte*, in: H.J. Sandkühler et al. (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburg, Meiner, 526
- (2000a), *On the Structure of Legal Principles*, in: *Ratio Juris* 13, 294-304
- (2000b), *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien, Verlag Österreich, 27-52
- (2002a), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL* 61, 7-33
- (2002b), *Postscript*, in: ders., *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press
- (2003a), *Die Gewichtsformel*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, hg. v. J. Jickeli et al., 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), Thirteen Replies, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 333-366
- (2007b) Data y los derechos humanos, in: R. Alexy/A. García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos, tirant lo blanch*, Valencia, 85-100 (deutsch: Data und die Menschenrechte. Positronisches Gehirn und doppeltriadischer Personbegriff, Vortrag vom 8.2.2000 an der CAU Kiel (pdf))
- (2009a), Die Konstruktion von Grundrechten, in: L. Clérico/J. Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien, Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 9-19
- (2009b), Ideales Sollen, in: L. Clérico/J. Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien, Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 21-38
- (2009c), Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: *ARSP* 95, 151
- (2011), Die Doppelnatur des Rechts, in: *Der Staat* 50, 389-404
- (2014), Formal Principles: Some Replies to Critics, in: *International Journal of Constitutional Law (ICon)* 12 (2014), 511-524
- (2015), Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, in: *AöR* 140, 497-513
- (2017), Ideales Sollen und Optimierung, in: O. Isfen et al. (Hg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg, C.F. Müller, 17-30
- (2021), *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press
- Apel, Karl-Otto (1973), *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Arai-Takahashi, Yutaka (2013), Proportionality, in: D. Shelton (ed.), *Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 446-468
- Atienza, Manuel/Ruiz Manero, Juan (1998), *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht/Boston/London, Kluwer
- Ávila, Humberto Bergmann (2006), *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, Duncker & Humblot
- Azevedo Palu, Guilherme (2019), *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen. Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie*, Baden-Baden, Nomos
- Bäcker, Carsten (2016), Begrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit, in: *Der Staat* 55, 433-460
- (2022), Regeln, Prinzipien und Defeasibility, in: *Rechtsphilosophie* 8, 81-95
- 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

- Becker, Michael (2003), *Verständigungsorientierte Kommunikation und deliberative Demokratie*, Baden-Baden, Nomos
- Beitz, Charles (2009), *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press
- Berlin, Isaiah (1969), *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press
- Bernal Pulido, Carlos (2006a), *The Rationality of Balancing*, in: ARSP 92, 195-208
- Besson, Samantha (2014), *European human rights pluralism: notion and justification*, in: M. Maduro/K. Tuori/S. Sankari (eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 170-205
- Betzler, Monika (2013), *Einleitung: Begriff, Konzeptionen und Kontexte der Autonomie*, in: dies. (Hg.), *Autonomie der Person*, Paderborn, mentis, 7-36
- Bickel, Alexander (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Aufl., New Haven, Yale University Press.
- Böckenförde, E.-W. (1992a), *Grundrechte als Grundsatznormen*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 159-199
- (1992b), *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 53-89
- Bogdandy, Armin von (2017), *Ius Commune Constitutionale in América Latina. A Conceptual Clarification*, in: id. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New ius commune*, Oxford, Oxford University Press, 27-48
- Bomhoff, Jacco (2013), *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press
- Borowski, Martin (2005), *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Merkel*, in: S. Paulson/M. Stolleis (Hg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 122-159
- (2006), *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck
- (2007), *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos
- (2009), *Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung*, in: L. Clérico/J. Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 99-128
- (2010), *The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's 'Law of Combination'*, in: id. (ed.), *The Nature of Principles*, ARSP-Beiheft 119, 19-35
- (2017) *Alexys drittes Modell formeller Prinzipien*, in: M. Borowski/S. Paulson/J. Sieckmann (Hg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr, 2017, 449-476
- (2018), *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos
- Breckwoldt, Maik/Kleiber, Michael (2013), *Grundrechtskombinationen*, in: M. Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr, 1-33

- Broome, John (1991), *Weighing Goods*, Oxford, Oxford University Press
- Brugger, Winfried (1999), *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, Baden-Baden, Nomos
- Bryde, B.-O. (2003), Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: *Der Staat* 42, 61-75
- Calliess, Galf-Peter/Maurer, Andreas (2014), Einleitung, in: G.-P. Calliess (Hg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen, Mohr
- Carter, Ian (1999), *A Measure of Freedom*, Oxford, Oxford University Press
- Chwaszcza, Christine (2013), *Menschenrechte und Staatlichkeit*, Berlin, Duncker & Humblot
- Clérico, Laura (2001), *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos
- (2018), Proportionality in Social Rights Adjudication. Making It Workable, in: D. Duarte/J. Sampaio (eds.), *Proportionality in Law*, Cham, Springer, 25-48
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat, Iddo (2011), Proportionality and the Culture of Justification, in: *American Journal of Comparative Law* 59, 463-490
- Cornils, Mathias (2005), *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, Mohr
- Cremer, Wolfgang (2003), *Freiheitsgrundrechte*, Tübingen, Mohr
- De Fazio, Federico (2019), *Teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid et al., Marcial Pons
- Dechsling, Rainer (1989), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München, Vahlen
- Duarte, David (2021), From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula, in: J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing and Rights*, Cham, Springer, 11-48
- Dworkin, Ronald (1978), *Taking Rights Seriously*, 2. Aufl., Cambridge/Mass., Harvard University Press
- (1984), Rights as Trumps, in: J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 153-167
- (1986), *Law's Empire*, London, Fontana Press
- Encinas, Gabriel (2022), Interlegal Balancing. A Concept, Two Contexts, Some Circumstances, in: *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2022, 75-90
- Englisch, Joachim (2008), *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel*, Tübingen, Mohr Siebeck
- Ernst, Gerhard (2010), Universelle Menschenrechte und moralische Vielfalt, in: G. Ernst/S. Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, Stuttgart, Kohlhammer, 97-114
- (2012), Universal human rights and moral diversity, in: G. Ernst/ E.C. Heilinger (eds.), *Philosophy of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 231-247
- Feinberg, Joel (2003), In Defense of Moral Rights, in: ders., *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press
- Forst, Rainer (2010), Die Rechtfertigung der Menschenrechte, in: G. Ernst/S. Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, Stuttgart, Kohlhammer, 63-96

- García Figueroa, Alfonso (1998), *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Gellermann, Martin (2000), *Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand*, Tübingen, Mohr
- Geuss, Raymond (2001), *History and Illusion in Politics*, Cambridge, Cambridge University Press
- (2003), *Outside Ethics*, in: *European Journal of Philosophy* 11, 29-53
- Gewirth, Alan (1982), *Human Rights*, University of Chicago Press
- (1984) *The Epistemology of Human Rights*, in: *Social Philosophy & Policy* 1 (2), 1-24
- Goldmann, Matthias (2014), *Dogmatik als rationale Rekonstruktion*, in: *Der Staat* 53, 373-399
- Gorzoni, Paula (2019), *Der "margin of appreciation" beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion*, Baden-Baden, Nomos
- Gosepath, Stefan (2010), *Der Sinn der Menschenrechte nach 1945*, in: G. Ernst/S. Sellmaier (Hg.), *Universelle Menschenrechte und partikulare Moral*, Stuttgart, Kohlhammer, 17-32
- Greer, Stephen (2004), *"Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, in: *Cambridge Law Journal* 63, 412-434
- Griffin, James (2001), *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society CI*, 1-28
- (2008), *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press
- (2012), *Human Rights: questions of aim and approach*, in: G. Ernst/ E.C. Heilinger (eds.), *Philosophy of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 3-16
- Günther, Klaus (1988), *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Häberle, Peter (1997), *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht (1991)*, in: ders., *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 33-73
- Habermas, Jürgen (1983), *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- (1994), *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M., Suhrkamp
- (1996), *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Hain, Karl-Eberhard (1999), *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos
- Halter, Ulrich (2003), *Internationales Verfassungsrecht?*, in: *AöR* 128 (2003), 511-557
- Hapla, Martin (2021), *The Problem of Recognition of Human Rights: Does Explicative-Existential Justification Really Work?*, in: *Archiwum Filozofii Prawa I Filozofii Społecznej*, *Journal of the Polish Section of IVR*, 2021/2, 5-15, DOI: <https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2021.2.5>

- Harbou, Frederik von (2014), *Empathie als Elemente einer rekonstruktiven Theorie der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos
- Hart, H.L.A. (1983), *Between Utility and Rights*, in: ders., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 198-222
- (1994), *The Concept of Law* (1961), 2. Aufl., Oxford, Clarendon
- Hirschberg, Lothar (1981), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck
- Hörnle, Tatjana (2015), *Menschenwürde und Speziesismus*, in: D. Demko/K. Seelmann/P. Becchi (Hg.), *Würde und Autonomie*, ARSP-Beiheft 142, 183-193
- Hoerster, Norbert (1991), *Abtreibung im säkularen Staat*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- (2002), *Ethik des Embryonenschutzes*, Stuttgart, Reclam.
- Höffe, Ottfried (1998), *Transzendentaler Tausch - eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?*, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 29-47
- Hofmann, Ekkehard (2008), *Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung?*, in: AöR 133, 523-555
- Hohfeld, W.N., 1923, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919), New Haven, Yale University Press
- Hong, Mathias (2020) *Abwägungsfeste Rechte*, Mohr Siebeck, Tübingen
- Honneth, Axel (2000), *Das Andere der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- (2013), *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Hope, Simon (2012), *Common humanity as a justification of human rights claims*, in: G. Ernst/ E.C. Heilinger (eds.), *Philosophy of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 211-229
- Hurley, Susan (1989), *Natural Reasons*, New York/Oxford, Oxford University Press
- Huster, Stefan (1994), *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*, in: *Juristenzeitung (JZ)* 1994, 541-549
- Jablöner, Clemens (2005), *Stufung und 'Entstufung' des Rechts*, in: *ZöR* 60, 163ff.
- 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), *Die Struktur rationaler Abwägung*, in: ARSP-Beiheft 66 (1998), 152-168
- (2007), *Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht*, in: J. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 39-57
- Jestaedt, Matthias (1999), *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr
- (2007), *Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen*, in: O. Depenheuer et al. (Hg.), *Staat im Wort, Festschrift Isensee*, Heidelberg, Müller, 253-275
- Jovanović, Miodrag A. (2012) *Collective Rights - a Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press

- Kadelbach/Kleinlein, (2006), Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, in: Archiv des Völkerrechts 44 (2006), 235-266
- Kahl, Wolfgang (2004), Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43, 167-202
- Kallmeyer, Christoph (2016), Ideales Sollen. Eine Analyse der Prinzipienkonstruktion, Baden-Baden, Nomos
- Kant, Immanuel (1968), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Akademie-Ausg. Bd. IV, Berlin, de Gruyter
- Kelsen, Hans (1960), Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien, Deuticke
- Khurana, Thomas (2019), Paradoxien der Autonomie. Zur Einleitung, in: T. Khurana/C. Menke (Hg.), Paradoxien der Autonomie, 2. Aufl., Berlin, August-Verlag, 7-23
- Klatt, Matthias (2004), Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden, Nomos
- (2014), Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, Tübingen, Mohr Siebeck
- Klatt, Matthias/Meister, Moritz (2012), The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford, Oxford University Press
- (2013), Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: M. Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Tübingen, Mohr, 62-104
- Klatt, Matthias/Schmidt, Johannes (2010), Spielräume im Öffentlichen Recht, Tübingen, Mohr Siebeck
- Kleinlein, Thomas (2012), Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, Berlin/Heidelberg, Springer
- Klement, Jan Hendrik (2008), Vom Nutzen einer Theorie, die Alles erklärt, in: JZ 2008, 756-763
- (2009), Schlusswort, in: JZ 2009, 560-562
- Koller, Peter (1997), Theorie des Rechts, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar, Böhlau
- Kumm, Matthias (2007), Political Liberalism and the Structure of Rights, in: G. Pavlakos (Hg.), Law, Rights, and Discourse, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 131-166
- Lerche, Peter (1999), Übermaß und Verfassungsrecht (1961), 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot
- Lindner, F.J. (2005), Theorie der Grundrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot
- Locke, John (1924), Two Treatises of Government, London/Melbourne/Toronto, Dent
- Lohmann, Georg (2010), Kulturelle Besonderung und Universalisierung der Menschenrechte, in: G. Ernst/S. Sellmaier (Hg.), Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral, Stuttgart, Kohlhammer, 33-47

- Marmor, Andrei (2001), *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon
- Martinsen, Franziska (2019), *Grenzen der Menschenrechte. Staatsbürgerschaft, Zugehörigkeit, Partizipation*, Bielefeld, transcript Verlag
- Mauer, Michael (2015), *Zur logischen Form rechtlicher Regeln und Prinzipien*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 23, 413-460
- Mayr, Erasmus (2012), *The political and moral conceptions of human rights: a mixed account*, in: G. Ernst/ E.C. Heilinger (eds.), *Philosophy of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 73-104
- Menke, Christoph/Pollmann, Arnd (2007), *Philosophie der Menschenrechte*, Hamburg, Junius
- Mertens, Thomas (2020), *A Philosophical Introduction to Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press
- Michael, Lothar (2007), *Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien*, in: J. Sieckmann (Hg.), *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 123-149
- Miller, David (2012), *Grounding Human Rights*, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 15, 407-27.
- Möller, Kai (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press
- Nagel, Thomas (1995), *Personal Rights and Public Space*, in: *Philosophy & Public Affairs* 24, 83-107 (auch in: ders., *Concealment and Exposure & Other Essays*, Oxford, Oxford University Press)
- Nagl-Docekal, Herta (2003), *Autonomie zwischen Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung*, in: H. Pauer-Studer/H. Nagl-Docekal (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
- Nida-Rümelin, Julian (2020), *Eine Theorie praktischer Vernunft*, Berlin/New York, De Gruyter
- Nino, Carlos S. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon
- (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven/London, Yale University Press
- Nussbaum, Martha (1997), *Capabilities and Human Rights*, in: *Fordham Law Review* 66, 273-300
- (2000), *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press
- O'Neill, Onora (1999), *Bounds of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press
- Pauer-Studer, Herlinde (2000), *Autonom leben. Reflexionen über Freiheit und Gleichheit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Peczenik, Aleksander (1989), *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer
- Peters, Anne (2001), *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot

- Petersen, Niels (2015), *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen, Mohr Siebeck
- Pico della Mirandola, Giovanni (1990), *De hominis dignitate*, Hamburg, Meiner
- 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
- (2020), Resuscitation of a Phantom? On Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle, in: *Ratio Juris* 33, 134-149
- Raabe, Marius (1998), *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos
- Radbruch, Gustav (1932), *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., abgedruckt in: R. Dreier/S. Paulson (Hg.), *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2. Aufl., Heidelberg, Müller, 2001
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press
- (1993) *The Law of Peoples*, in: Susan Hurley/Stephen Shute (Hg.), *On Human Rights*, New York, Basic Books, 41-82
- Raz, Joseph (1972), *Legal Principles and the Limits of Law*, in: *The Yale Law Journal* 81, 823-854
- (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon
- (2007), *Human Rights without Foundations*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 14/2007
- Reimer, Franz (2001), *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin, Duncker & Humblot
- Riechelmann, Frank (2006), Sind Grundrechte keine Normen?, in: *Rechtstheorie* 37, 381-387
- Riehm, Thomas (2006), *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation - Beweis - Wertung*, München, Beck
- Rivers, Julian (2007), Proportionality, Discretion, and the Second Law of Balancing, in: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 167-188
- Rosen, Michael (2012), *Dignity. Its History and Meaning*, Cambridge/Mass., Harvard University Press
- Rössler, Beate (2017), *Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Sampaio, Jorge Silva (2021), Brute Balancing, Proportionality, and Meta-weighting of Reasons, in: J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing and Rights*, Cham, Springer, 49-84
- Sartor, Giovanni (2013), The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-numerical Magnitudes, *German Law Journal* 14, 1419-1456
- Sauer, Heiko (2007), *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Berlin/New York, Springer
- Saurer, Joachim (2012), Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: *Der Staat* 51, 3-33

- Schaber, Peter (2012), Human rights without foundations?, in: G. Ernst/E.C. Heilinger (eds.), *Philosophy of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 61-72
- Schauer, Frederick (1993), A Comment on the Structure of Rights, in: *Georgia Law Review* 27, 415-434
- Schlink, Bernhard (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot
- (2001), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura/H. Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen, Mohr, 445-465
- Schuhr, Jan C. (2006), *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot
- Seinecke, Ralf (2015), *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen, Mohr
- Sen, Amartya (2004), Elements of a Theory of Human Rights, in: *Philosophy & Public Affairs* 32, 315-56
- (2005), Human Rights and Capabilities, in: *Journal of Human Development* 6, 151-166
- (2009), *The Idea of Justice*, London, Penguin Books
- Sensen, Oliver (2009), Kant's Conception of Human Dignity, *Kant-Studien* 100, 309-331
- Sieckmann, Jan-R. (1990), Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden, Nomos
- (1994), Logische Eigenschaften von Prinzipien, in: *Rechtstheorie* 25, 163-189
- (1995), Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: *Rechtstheorie* 26, 45-69
- (1997), Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell, in: *ARSP* 83, 14-36
- (1998), Modelle des Eigentumsschutzes, Baden-Baden, Nomos
- (2000), Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien, Verlag Österreich, 69-82
- (2001), Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights, in: A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 235-249
- (2002), Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung, in: *Der Staat* 41, 385-405
- (2004), Autonome Abwägung, in: *ARSP* 90, 66-85
- (2005), Principles as Normative Arguments, in: *Rechtstheorie-Beiheft* 21, 197-209
- (2007a), The Concept of Autonomy, in: T. Gizbert-Studnicki/J. Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Cracow, Oficyna (Kluwers), 149-170
- (2007b), Grundrechte als Prinzipien, in: J. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 17-38
- (2007c), Human Rights and the Claim to Correctness, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 189-205

- (2009a), *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 17-38
- (2009b), *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*, in: L. Clérico/J. Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 39-66
- (2009c), *Zum Nutzen der Prinzipientheorie für die Grundrechtsdogmatik. Erwiderung zu Klement*, in: JZ 2009, 557-559
- (2010), *The Theory of Principles - A Framework for Autonomous Reasoning*, in: M. Borowski (ed.), *The Nature of Principles*, ARSP-Beiheft 119, 49-61
- (2011), *Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente*, in: ARSP 97, 178-197
- (2012a), *The Logic of Autonomy*. Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing
- (2012b), *Is Balancing a Method of Rational Justification?*, in: C. Dahlman/E. Feteris (eds.), *Legal Argumentation in Interdisciplinary Perspective*, Springer, 189-206
- (2012c), *Fundamentalität, Unveräußerlichkeit, Unteilbarkeit*, in: A. Pollmann/G. Lohmann (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar, Metzler, 165-170
- (2013), *Zur Prinzipientheorie Robert Alexys. Gemeinsamkeiten und Differenzen*, in: M. Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 271-295
- (2017), *Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht*, in: M. Borowski/S. Paulson/J. Sieckmann (Hg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr, 411-428
- (2018a), *Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr Siebeck
- (2018b), *Proportionality as a Universal Human Rights Principle*, in: D. Duarte/J.S. Sampaio (eds.), *Proportionality in Law*, Cham, Springer, 3-24
- (2020), *Logik juristischer Argumentation*, Baden-Baden, Nomos
- (2022), *Structures of Legal Competences*, in: T. Spaak/G. Villa Rosas (eds.), *Legal Competence: Concept, Norms, Formalization, and Exercise*, Springer (im Erscheinen)
- Slote, Michael (1989), *Beyond Optimizing*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press
- Solum, Lawrence (2019), *Originalism or Living Constitution*, in: *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, Issue 6, April 2019, 1243-1296
- Spector, Horacio (1992), *Autonomy and Rights*, Oxford, Clarendon
- Steff, Jakob (2006), *Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen - verfassungsrechtliche Konditionierung - verwaltungs- und planungsdogmatische Entfaltung*, Baden-Baden, Nomos
- Steiner, Hillel (1994), *An Essay on Rights*, Oxford/Cambridge, Mass., Blackwell
- Steiner, J.M. (1976), *Judicial Discretion and the Concept of Law*, *Cambridge Law Journal* 35, 135-157.
- Stone Sweet, Alec/Mathews, Jud (2008), *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 68-149

- Šušnjar, Davor (2010), *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Power*, Leiden/Boston, Nijhoff Publishers
- Tasioulas, John (2004), *The Moral Reality of Human Rights, Unesco Poverty Project: Ethical and Human Rights Dimensions of Poverty: New Perspectives in the Fight Against Poverty*, Philosophy Seminar Oxford, All Souls College, 2003
- Teifke, Nils (2011), *Das Prinzip Menschenwürde*, Tübingen, Mohr
- Tsakyrakis, Stavros (2009), *Proportionality: An Assault on Human Rights*, in: *International Journal of Constitutional Law (ICon)* 7, 468-493
- 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
- Urbina, Francisco J. (2017), *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge, Cambridge University Press
- Waldron, Jeremy (1993), *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 18-51
- (1999), *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon
- (2000) *The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" versus "Needs"*, in: *The Journal of Ethics*, 4 (1/2), 115-135
- (2005), *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in: J. Christman/J. Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 307-329
- (2006), *The Core of the Case against Judicial Review*, in: *Yale Law Journal* 115, 1346-1406
- (2020), *Rights and Human Rights*, in: *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, 152-170 (published online by Cambridge Encyclopedia, 15.06.2020)
- Webber, G. C. N. (2009), *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge, Cambridge University Press
- (2010), *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23, 179-202
- Wildt, Andreas (1998), *Menschenrechte und moralische Rechte*, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 124-145

Sachverzeichnis

- Abwägung 13, 29ff, 37ff, 52ff, 56ff,
– autonome 20ff, 29, 142f, 187
– optimierende 40, 46ff, 180, 204, 225
– rationale 29, 48, 123
„Abwägungsgesetz“ 36, 40, 163 Fn 342
Abwägungskompetenz 62, 200f
Abwägungsmodell 143, 181f
– einfaches 167, 182
Abwägungsresistenz 64, 102, 172
Abwägungsurteil 14, 44, 48, 143, 187, 200
– absolutes/relatives 145
– positives/negatives 144f
Abwägungsverbot 40, 65, 103, 156, 163ff
Abwehrrecht 97ff, 111, 121, 128, 167
 Fn 346
Adressaten
– Normadressaten 20
– von Grundrechten 158
– von Menschenrechten 75, 90, 93ff
Akzeptanz 172
– rationale/vernünftige 29
Anspruch 82, 96f, 122, 128
– auf Autonomie 96f, 171
– auf korrekte Abwägung 181
– auf Richtigkeit 79, 191, 201
– auf Verbindlichkeit 52, 58, 85, 91, 161
– exklusionärer 103, 160
– kognitiver 80, 201
– normativer 15 Fn 14, 58
Argument
– normatives 40, 43ff, 56f, 81, 100, 103,
 109, 112, 122, 195f
Aussage
– normative 14, 22, 44
Autonomie 13, 45, 66, 80
– als Entscheidungsstruktur 13, 21, 66, 92
– als Kompetenz 13, 193
– als Selbstbestimmung 19, 73
– als Selbstgesetzgebung 18ff, 22, 80, 83
– der Verfassung 149, 214
– formale Konzeption 80, 114 Fn 269
– individuelle 82, 84
– moralische 19, 83f, 110
– persönliche 81, 84, 110, 114ff
– politische 18, 76, 203
– von Rechtssystemen 106
Autonomierechte 69f, 80ff, 100ff, 109f,
 123, 125, 129f, 159
Beeinträchtigungsgrad 48, 137f, 139ff
Begründung
– a priori 25f, 91, 111f, 118f, 121, 129, 161
– a posteriori 25f, 118, 121, 125, 129
– kognitivistisch 39, 80
– philosophisch/individualistisch/institu-
 tionalistisch 97, 109
– transzendentallogisch 79
– utilitaristisch 102 Fn 247, 170
Demokratie 24, 28f, 60, 131, 153, 202
Diskurs 48, 79ff, 85, 91, 111, 115, 125, 214,
 216
Diversität, moralische 76
Durchsetzung 201, 217
– effektive 111, 130f
Eigentum 126
– Recht auf 128
Eigentumsrechte 127f, 172, 181
Eigenwert 113, 117
– von Grundrechten 174
Eingriff 128, 167 Fn 346, 168f
Entscheidungsbefugnis 194ff
Entscheidungskompetenz 21, 59, 191,
 193ff, 216
Erfüllungsgrad 48, 137ff
Erfüllungswert 138ff
Erkennbarkeit 20, 48, 184, 187
Erkenntnis 13, 22, 39f, 67, 185
Förderungsrechte 98, 111, 115, 121f, 129
Freiheit 96f, 103f, 110, 172
– Entscheidungsfreiheit/Handlungsfrei-
 heit 116ff
Freiheiten 97f, 126f, 171, 180
Freiheitsrecht, allgemeines 60, 101, 109,
 118, 153, 160
Fundamentalität 24, 26 Fn 46, 29, 90, 105f,
 125f, 174, 209f
Geltung
– Art 85

- definitive 22, 41f, 51, 86, 99, 106, 157, 201
- moralische 24, 155
- normative 19, 52
- notwendige 75
- objektive/objektiv begründbare 21ff, 59, 188, 191f
- prima facie 195
- prinzipielle 100, 213
- pro tanto 37 Fn 74
- rechtliche 71, 75, 85ff, 151
- strikte 36, 83, 99
- universelle 25, 217
- verfassungsrechtliche 54, 101, 105, 151ff, 212
- Geltungsaussage 56 Fn 128
- Geltungsgebot 40, 43ff, 223
 - reiteriertes 44f, 56, 58, 103
- Gesetzgeber 60, 62, 64, 149, 157, 171, 180ff, 191ff, 203f
- Gesetzesvorbehalt 64, 182f
- Gewicht 121, 135
 - abstraktes 38, 138f
 - konkretes 139f
 - relatives 46, 122
- „Gewichtsformel“ 36, 38ff, 163 Fn 342
- Gleichheit 123ff, 143ff
- Grundrechte 17, 27ff, 149ff
 - exklusionäre 149, 160, 204
 - gesetzesabhängige 180
 - Idee 39f
 - immune 182
 - prinzipielle 181
 - residuale 180
- Güter, kollektive 99

- Handlungsfreiheit 60, 101, 117ff, 127, 153, 160, 171

- Identität, persönliche 120f
- Immunität 99, 165, 169
 - prinzipielle 40, 170ff, 182
- Indifferenzkurve 47
- Institutionalisierung 28, 151f, 172, 179, 211f, 214
- Institutionalisierungsforderung 152
- Integrität 126, 171
- Interesse
 - an Autonomie 21 Fn 34, 110 Fn 263, 114f, 118, 127
 - an Freiheit 96
 - an gutem Leben 81 Fn 207
 - geltend machen 126
- Intersubjektivität
 - intersubjektive Reflexion 22f, 83

- Kohärenz 58, 124
 - persönliche 120
- „Kollisionsgesetz“ 36
- Kompetenz 13, 165, 169, 182f, 195
 - normative 22, 81, 110
 - rechtliche 59
- Kompetenzabgrenzung 61, 197f, 204, 216 Fn 431
- Konflikt 37, 45, 100, 103, 137f, 181, 186, 205, 214f
- Konfliktlösung 23
- Konstitutionalisierung 210
- Kontrollkompetenz 60, 197ff, 202ff
- Kontrollmaßstab 192
- Konvergenz 216ff
 - vernünftige 23, 48, 59, 201, 220f
- „Korrespondenzthese“ 152, 212

- Legitimität 17f, 23, 29, 63, 84, 96, 160f
 - Bedingung der - 65, 94, 106, 109, 170, 202
 - demokratische 18, 61, 63, 170, 202
 - des Eingriffsziels 136
- Leistungsrechte 111, 129

- Menschenrechte 24ff, 74
 - Adressaten 75, 93ff
 - allgemeine 109
 - →Autonomierechte
 - einfache/exklusionäre 101ff
 - im weiteren Sinn 72
 - Inhaber 90ff
 - institutionelle 109, 122, 129ff, 161
 - juridische 89
 - moralisch begründete 24
 - moralische Konzeption 94f
 - politische Konzeption 94f
 - spezifische 101, 109, 125ff, 130, 160
 - transnationale 209ff
 - Wichtigkeit 30, 73 Fn 174, 105f
- Menschenrechtsprinzipien 25, 69ff, 95, 101, 106, 151, 210
 - einfache/exklusionäre 102, 156
- Menschenwürde 17, 76f, 112ff, 124
- Modell 30ff

- „Nicht-Propositionalitätsthese“ 40
- Normativitätsanspruch 52, 92 Fn 224

- Normbegründung
 - autonome 52, 81, 111f, 130
- Notwendigkeit 74
 - von autonomer Normbegründung 84
 - von Autonomierechten 70, 80, 85, 129
 - von Grundrechten 154
 - vpn Recht 23
 - von Menschenrechten 23f, 106
- Objektivität 58
- Optimalität 46f, 136
 - der Kompetenzzuordnung 201
- Optimierung 30, 39, 40, 46, 58, 62, 160
 - einfache 65
 - normative 40
- Optimierungsgebot 35f, 41
- Pareto-Optimalität 46f, 137
- Pluralismus
 - kultureller 76
- Prinzip
 - als Grund für Abwägungsurteile 14, 30, 36, 40, 43ff, 55f, 223
 - normatives Argument 14
 - formelles 60, 194ff
 - formelle und materielle 203, 206
- Prinzipienmodell 14, 29ff
- Prinzipientheorie 30ff
- „Prinzipienthese“ 35, 40, 41ff
- Privatsphäre 126
- Proportionalität -> Verhältnismäßigkeit
- Rationalität 52, 58f, 63, 118, 120, 135, 146, 220
 - des Rechts 146
- Recht
 - als verbindliche (normative) Ordnung 52
 - Verbindlichkeitsanspruch 63, 84
- „Recht auf Rechtfertigung“ 19 Fn 29
- Rechte
 - abwägungsfeste 89, 100
 - abwägungsresistente 172
 - fundamentale 209
 - individuelle 136
 - menschenrechtlich begründete 72
 - prinzipielle 24, 64, 69f, 100f, 106, 154
 - prinzipiell definitive 101
 - prinzipiell prinzipielle 101
 - soziale 98f, 128, 153
- Rechtsanwendung 38, 85
 - Abwägung als - 58f
- Rechtskonzeption
 - konkurrierende 199, 216
- Rechtsschutzsysteme 191, 204
- Reflexion, intersubjektive 22f, 83
- Regel 14, 18, 35f, 43
 - residuale 147
- „Reiterationsthese“ 40, 43f
- Relativismus 76
- Richtigkeit
 - moralische (inhaltliche) 24, 80, 84, 195f
- Richtigkeitsanspruch 79f, 191
 - normativer 44
 - rechtlicher 201
- Schutzrechte 111, 115, 129
- Skeptizismus 15
- Sollen
 - ideales/reales 37ff
- Spielraum 184
 - Beurteilungs-/Entscheidungsspielraum 185f
 - struktureller/epistemischer/normativer 184
- Subjektion 182 Fn 361
- Subsumtion 35, 38f, 220
- System
 - normativ ideales 100
- Transformation 75, 78, 149, 151ff, 187f, 212ff
- „Transformationsthese“ 151
- „Trennungsthese“ 43
- Unverfügbarkeit 102, 105f
- Universalität 216
- Urteile, normative 13, 23, 25, 53, 58, 81f, 110, 112, 185, 1091, 195
- Verbindlichkeit 20, 22f, 49, 52, 63, 76, 83f, 87, 123, 125, 156, 172, 194f, 204, 216ff
 - Anspruch auf 28, 52, 83, 85, 91, 111, 160f, 213
 - direkte/indirekte Begründung 24 Fn 40
- Verfassungsautonomie 153
- Verfassungsgerichtsbarkeit 191, 201
- Verfassungskonzeption 201
 - konkurrierende 200ff
- Verfassungsrecht 137, 152ff, 201
 - transnationales 209ff
- Verfassungsstaat 17ff, 26, 188, 200, 205, 217

Sachverzeichnis

Verhältnismäßigkeit 70, 133ff, 163, 179,
211, 217ff
Vernünftigkeit 21, 29, 125, 133ff, 191, 220
Vorrang 38, 97, 99, 102ff, 138ff, 186, 192
– der Verfassung 63 Fn 152, 151 Fn 329,
165
– von Grundrechten 155ff
Wahlmöglichkeit 20
Wert 118, 124, 175
– der Menschheit 77

– von Abwägungsfaktoren 138, 141
Wichtigkeit 30
– von Menschenrechten 105f
Willkürverbot 41

Zustimmung 19, 23, 26, 29, 82, 91, 112,
124, 126
– vernünftige 19, 164 Fn 343
Zustimmungsfähigkeit 22, 24, 113ff, 170,
174
„Zweck an sich selbst“ 112f