

GRUNDRECHTE, DEMOKRATIE UND FORMELLE PRINZIPIEN¹

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS FORMAIS

FUNDAMENTAL RIGHTS, DEMOCRACY AND FORMAL PRINCIPLES

Guilherme Augusto Azevedo Palu²

ÁREAS DO DIREITO: Direito Constitucional; Filosofia do Direito

Zusammenfassung

In der vorliegenden Arbeit geht es um das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten und dem Demokratieprinzip. Dabei stellt sich die Frage, wie die Entscheidungskompetenzen zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht verteilt werden sollen. Diese Frage soll vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie untersucht werden, wobei dieses Thema anhand formeller Prinzipien behandelt wird. Trotz der Wichtigkeit formeller Prinzipien besteht immer noch keine Einstimmigkeit in der Lehre über ihre Struktur und Funktion im Rechtssystem. Das Ziel dieser Abhandlung besteht somit darin, sich mit den wichtigsten Auffassungen zu den formellen Prinzipien auseinanderzusetzen und ihre Struktur zu klären. Dabei werden die Ansätze von Martin Borowski, Jan-Reinard Sieckmann und Robert Alexy berücksichtigt. Auf dieser Grundlage wird der Schluss gezogen, dass die Auffassung von Martin Borowski zwar vorzugswürdig ist, muss aber ergänzt werden, damit ein kohärentes und vollständiges Modell formeller Prinzipien erzeugt wird. Dafür muss erstens die Variable „S“ aus ihrer Struktur entfernt werden und zweitens die Anwendung akzessorischer formeller Prinzipien sowohl auf Abwägungsspielräume als auch auf Mittelwahlspielräume erweitert werden.

Stichwörter: Prinzipientheorie; Verfassungsgericht; Demokratie; Formelle Prinzipien.

Resumo

O presente trabalho trata do permanente atrito existente entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Nesse contexto, questiona-se qual a melhor de forma de se dividir as competências decisórias entre o legislador e o tribunal constitucional. Analisar-se-á tal questionamento à luz da teoria dos princípios, a qual utiliza como ferramenta para elucidá-la os princípios formais. Apesar da grande relevância dos princípios formais, não há qualquer unanimidade na doutrina sobre tal tema a respeito de sua estrutura e suas funções no sistema jurídico. Assim, o objetivo da presente pesquisa consiste em analisar as principais

¹ Recebido em 10/09/2017. Aceito para publicação em 30/10/2017.

² Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pelas Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg/Ludwig-Maximilians-Universität München. Doutorando em Direito Constitucional pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Pesquisador. E-mail: <guilhermepalu56@hotmail.com>.

concepções doutrinárias acerca dos princípios formais e delinear de maneira mais clara sua estrutura. Analisar-se-ão as opiniões de Martin Borowski, Jan-Reinard Sieckmann e Robert Alexy. Concluir-se-á que a concepção de Martin Borowski deve obter preferência frente às demais. No entanto, ela precisa ser complementada para que se possa configurar um modelo coerente e completo de princípios formais. Nesse sentido, partindo-se do modelo de Martin Borowski deve-se, em primeiro lugar, retirar a variável „S“ da estrutura de tais princípios e, em segundo lugar, estender sua aplicação a todas as margens de discricionariedade legislativas existentes, especialmente a do sopesamento e a escolha de meio.

Palavras-chave: Teoria dos princípios. Tribunal constitucional. Democracia. Princípios formais.

Abstract

The following paper deals with the tension between fundamental rights and the principle of democracy. Thus, it is questionable how the competences between legislative and constitutional courts should be divided. This question shall be examined taking into account the theory of principles, which uses the formal principles to answer it. Despite the importance of formal principles, there is still great controversy in the doctrine regarding its structure and function in the legal system. Therefore, this paper aims to examine the most important conceptions on formal principles and clarify their structure. The approaches of Martin Borowski, Jan-Reinard Sieckmann and Robert Alexy are the ones taken into account. Hence, it will be concluded that although Martin Borowski's view is preferable, it must be complemented in order to generate a coherent and comprehensive model of formal principles. Thereupon, two changes on Martin Borowski's view are necessary. First, the variable „S“ has to be removed from the structure of the formal principles. Second, extend its application to all possible civil servants autonomy of interpretation, specially regarding pondering and choosing the appropriate environment.

Keywords: Theory of Principles. Constitutional Court. Democracy. Formal Principles.

Inhaltsverzeichnis: A. Einleitung; B. Ausgangspunkte; I. Der demokratische Verfassungsstaat; II. Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit; III. Zwischenergebnis; C. Grundgedanken zu formellen Prinzipien; I. Materielle Prinzipien; II. Formelle Prinzipien; a) Ronald Dworkin und die Conservative Principles; b) Robert Alexy und die formellen Prinzipien im Rahmen der Theorie der Grundrechte; III. Zwischenergebnis; D. Gesetzgeberische Spielräume; I. Strukturelle Spielräume; a) Zwecksetzungsspielraum; b) Abwägungsspielraum; c) Mittelwahlspielraum; II. Erkenntnis spielräume; a) Empirischer Erkenntnis spielraum; b) Normativer Erkenntnis spielraum; III. Zwischenergebnis; E. Struktur formeller Prinzipien; I. Alexys Weiterentwicklung bezüglich formeller Prinzipien; a) Die Gewichtsformel zur Prinzipienabwägung Robert Alexys; b) Die Sicherheit der Erkenntnis empirischer Prämissen; c) Formelle Prinzipien; d) Kritik an Alexy; aa. Bei der Variable „S“ handelt es sich um kein (formelles) Prinzip; bb. Die Variable „S“ betrifft nur Erkenntnis spielräume; cc. Die Variable „S“ kann nicht einmal Erkenntnis spielräume begründen; II. Die Auffassung Jan-Reinard Sieckmanns zu formellen Prinzipien; a) Sieckmanns Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln; b) Sieckmanns Konzeption zu formellen Prinzipien; c) Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen; d) Kritik an Sieckmann; III. Martin Borowski und formelle Prinzipien; a) Unterscheidung von formellen und materiellen Prinzipien; b) Nicht akzessorische formelle Prinzipien und Zwecksetzungsspielräume; c) Akzessorische formelle Prinzipien und Erkenntnis spielräume; d) Struktur und Gewicht akzessorischer formeller Prinzipien; aa. Das abstrakte Gewicht; bb. Eingriffsintensität durch Nichterfüllung; cc. Sicherheit der Erkenntnis der zugrundeliegenden relevanten Prämissen; e) Kritik an Borowski; aa. Der Einbezug der Variable „S“ in die Struktur

akzessorischer formeller Prinzipien verstößt gegen den Begriff des formellen Prinzips; bb. Seine Auffassung klärt nicht auf, wie die anderen Arten von strukturellen Spielräumen anhand formeller Prinzipien erzeugt werden; IV. Zwischenergebnis; F. Gesamtergebnis; Literaturverzeichnis.

Sumário: A. Introdução; B. Pontos de partida; I. O Estado democrático constitucional; II. Legitimidade do controle de constitucionalidade; III. Resultado parcial; C. Fundamentos dos princípios formais; I. Princípios materiais; II. Princípios formais; a) Ronald Dworkin e os Conservative Principles; b) Robert Alexy e os princípios formais no âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais; III. Resultado parcial; D. Margens de discricionariedade legislativas; I. Margens de discricionariedade estruturais; a) Margem de determinação de fim; b) Margem de sopesamento; c) Margem de escolha de meio; II. Margens de discricionariedade epistêmicas; a) Margem epistêmico-empírica; b) Margem epistêmico-normativa; III. Resultado parcial; E. Estrutura dos princípios formais; I. Refinamento da posição de Alexy sobre princípios formais; a) A fórmula do peso; b) A segurança epistêmica das premissas empíricas; c) Princípios formais; d) Crítica a Alexy; aa. A variável „S“ não é um princípio formal; bb. A variável „S“ refere-se apenas a margens epistêmicas; cc. A variável „S“ não consegue sequer justificar a existência de margens epistêmicas; II. A visão de Jan-Reinard Sieckmanns sobre princípios formais; a) A diferenciação de Sieckmann entre princípios e regras; b) A concepção de Jan-Reinard Sieckmanns sobre princípios formais; c) O modelo das concepções jurídicas concorrentes; d) Crítica a Sieckmann; III. Martin Borowski e os princípios formais; a) A diferenciação de princípios formais e materiais; b) Princípios formais não-acessórios e margens de determinação de fim; c) Princípios formais acessórios e margens epistêmicas; d) Estrutura e peso dos princípios formais acessórios; aa. O peso abstrato; bb. A intensidade da violação por meio do não-preenchimento; cc. Segurança epistêmica das premissas pertinentes; e) Crítica a Borowski; aa. A inclusão da variável „S“ na estrutura dos princípios formais acessórios viola o conceito de princípios formais; bb. Sua concepção não esclarece, como as outras formas de margens estruturais decorrem dos princípios formais; IV. Resultado parcial; F. Resultado final; Referências.

Summary: A. Introduction; B. Starting points; I. The Democratic Constitutional Cate; II. Legitimacy of the Judicial Review; III. Interim Result; C. Fundamentals of Formal Principles; I. Material Principles; II. Formal Principles; a) Ronald Dworkin and the Conservative Principles; b) Robert Alexy and the Formal Principles within the Framework of the Theory of Fundamental Rights; III. Interim Result; D. Legislative Margins of Appreciation; I. Structural Margins; a) Margin in ends-setting; b) Margin in balancing; c) Margin in means-selecting; II. Epistemic Margins; a) Empirical Epistemic Discretion; b) Normative Epistemic Discretion; III. Interim Result; E. Structure of Formal Principles; I. Alexy's Refinement regarding Formal Principles; a) The Weight Formula of Robert Alexy; b) The Certainty of Empirical Epistemic Premisses; c) Formal Principles; d) Critique of Alexy; aa. The Variable „S“ is not a (formal) principle; bb. The Variable „S“ concerns only epistemic margins; cc. The Variable „S“ can not even constitute epistemic margins; II. The View of Jan-Reinard Sieckmanns on Formal Principles; a) Sieckmann's Distinction between Principles and Rules; b) Sieckmann's Conception on Formal Principles; c) The Model of Competing Legal Concepts; d) Critique of Sieckmann; III. Martin Borowski and Formal Principles; a) Distinction between Formal and Material Principles; b) Non-Accessory Formal Principles and Margins in Ends-Setting; c) Accessory Formal Principles and Epistemic Margins; d) Structure and Weight of Accessory Formal Principles; aa. The Abstract Weight; bb. Intensity of Violation by Non-Fulfillment; cc. Epistemic Certainty of the Relevant Premisses; e) Critique of Borowski; aa. The inclusion of the variable "S" in the structure of accessory formal principles violates the concept of formal principles; bb. His view does not clarify how the other types of structural margins can be created by means of the formal principles; IV. Interim Result; F. Final Result; References.

A. EINLEITUNG

Die Haltung, dass die Menschen grundlegende Rechtspositionen gegenüber dem Staat innehaben, die die Ausübung seiner Hoheitsgewalt begrenzen, wird für eine der bedeutsamsten staatsrechtlichen Eroberungen der Menschheit gehalten. Sie ergibt sich aus jahrhundertelangen Anstrengungen der menschlichen Gemeinschaften für staatliche Machtbegrenzung und Mitwirkung an der Staatswillensbildung und wurde im Laufe der Gründung der modernen demokratischen Verfassungsstaaten festgelegt (vgl. STERN, 1988: S. 54ff., 176).

Die Bedeutung der Grundrechte hat insbesondere zwei rechtliche Folgen für den Staat, denn (i) alle staatlichen Teilgewalten sind daran gebunden (Art. 1 III GG) und (ii) können sie nicht ohne Weiteres beseitigen. Sie wirken also wie negative Kompetenznormen, die die Ausübung der Gesetzgebungsfunktion durch das Parlament begrenzen, indem sie festlegen, was nicht entschieden werden darf bzw. entschieden werden muss (vgl. ALEXY, 1994: S. 407).

Daraus ergibt sich, dass die Grundrechte und das Demokratieprinzip nicht nur in einem inneren Zusammenhang (Implikationsverhältnis), sondern auch in einem Spannungsverhältnis stehen (vgl. ALEXY, 1994: 454). Dies kommt hauptsächlich dadurch zustande, dass das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit (insbesondere nach Maßgabe der Grundrechte) des gesetzgeberischen Handelns (d.h. des Parlamentsgesetzes) überprüft.

Die daraus folgende Frage lautet: Wie kann man die Kollision zwischen Demokratieprinzip und Grundrechten (Verfassungsgerichtsbarkeit) am besten lösen? Die formellen Prinzipien spielen eine zentrale Rolle bei der Antwort auf diese Fragen. Ihr Zweck ist es, Entscheidungskompetenzen (insbesondere des demokratisch legitimierten Gesetzgebers) im Rahmen der Prinzipienabwägung *prima facie* zu schützen und dadurch eine legitime (d.h. zugleich begrenzte und effektive) Verfassungsgerichtsbarkeit zu ermöglichen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 152f.). Trotz dieser großen Bedeutung gibt es noch wichtige Kontroversen in der Lehre über ihre Struktur. Das Ziel dieser Arbeit besteht somit hauptsächlich darin, sich mit den wichtigsten Auffassungen zu den formellen Prinzipien auseinanderzusetzen und ihre Struktur zu klären.³

³ Die Kontroversen in der Forschung über formelle Prinzipien sind zahlreich und komplex. Aus Platzgründen werden lediglich die Grundlinien dieses Themas behandelt und die wichtigsten Auffassungen zu ihrer Struktur erörtert.

Die Untersuchung ist folgendermaßen gegliedert: (i) zunächst werden die dieser Arbeit zugrundeliegenden Ausgangspunkte bezüglich des erwünschten Verfassungsgerichtsbarkeitsmodells und der Funktion der formellen Prinzipien geklärt; (ii) anschließend werden die materiellen und die formellen Prinzipien unterschieden und ihre Entwicklung wird ferner kurz dargestellt; (iii) sodann werden die Arten der gesetzgeberischen Spielräume geklärt; (iv) abschließend werden die wichtigsten Auffassungen zur Struktur der formellen Prinzipien diskutiert.

B. AUSGANGSPUNKTE

Wie oben erwähnt, steht das Thema der formellen Prinzipien im Mittelpunkt des Verhältnisses zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber. Bevor man darauf eingeht, ist zu untersuchen, ob bzw. wie die Verfassungsgerichtsbarkeit (d.h. die Beseitigung von Entscheidungen des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers durch ein nur mittelbar demokratisch legitimiertes Verfassungsgericht) in modernen demokratischen Verfassungsstaaten legitim sein kann. Infolge der Komplexität dieses Gegenstands und da er nicht im Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung steht, wird er nicht ausführlich behandelt.

I. Der demokratische Verfassungsstaat

Der demokratische Verfassungsstaat bildet sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts nach dem Zusammenbruch des Absolutismus heraus (vgl. BÖCKENFÖRDE, 2006: 244; STARCK, 1995: S. 1ff.). Seine zwei Hauptmerkmale sind zum einen die staatliche Machtbegrenzung durch eine Verfassungsurkunde und die darin vorgesehenen Anforderungen der Grundrechte und Gewaltenteilung und zum anderen die Legitimation der Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt durch das Volk (vgl. ENZMANN, 2012: S. 2ff.).

Die Demokratie als politisches System ist an das Prinzip der Volkssouveränität geknüpft. Sie setzt voraus, dass „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“ (Art. 20 II S. 1 GG). Aus dem Demokratieprinzip ergibt sich aber nicht, dass das Volk unmittelbar herrscht (sog. direkte Demokratie), was in den modernen Staaten wegen ihrer Komplexität und Größe kaum realisierbar wäre. Die demokratische Form politischer Herrschaft ist tatsächlich mit dem Begriff der Repräsentation zu verbinden. Dies bedeutet, dass die Staatsgewalt durch selbsthandelnde Leitungsorgane ausgeübt wird, die im Namen des Volkes und für

das Volk handeln (vgl. BÖCKENFÖRDE, 1998: Rd. 4ff.; BÖCKENFÖRDE, 2004: Rd. 2ff.).

Die Handlungen dieser Organe müssen weitmöglichst dem Volkswillen entsprechen, um legitim zu sein. Dieser Anforderung wird entsprochen, wenn sowohl die Berufung der Amtswalter (sog. personelle Legitimation) als auch der Inhalt ihrer Beschlüsse (sog. sachliche Legitimation) auf eine direkte und eigenständige Entscheidung des Volkes (sog. Legitimationskette) zurückführbar ist (vgl. BÖCKENFÖRDE, 2004: Rd. 14ff.).⁴

Die wichtigste Form des unmittelbaren Volkswillensausdrucks besteht in der Parlamentswahl, in der die Abgeordneten (Volksvertreter) durch das Volk gewählt werden (vgl. DROSSEL, 2013: S. 257). Das Parlament ist somit die Haupteinbruchsstelle des Volkswillens in den Staat. Seine Beschlüsse (Gesetze) binden alle anderen Staatsteilgewalten (Art. 20 III GG) und legitimieren die Wahrnehmung ihrer Kompetenzen sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht (vgl. BÖCKENFÖRDE, 1998: Rd. 17ff.). Die Freiheit des Gesetzgebers beim Erlass von Gesetzen ist aber nicht unbegrenzt. Sie wird im Gegensatz dazu durch die Verfassung und insbesondere die darin festgeschriebenen Grundrechte gestaltet, indem diese Vorschriften einen Rahmen setzen und festlegen, was entschieden werden muss bzw. nicht entschieden werden darf (vgl. ISENSEE, 1981: S. 19).⁵

Daraus folgt nicht unbedingt eine Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. die gerichtliche Kontrolle der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit der gesetzgeberischen Beschlüsse. Die Frage, ob eine solche Kontrolle legitim ist, bedarf daher einer weiteren Untersuchung.

II. Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Debatte darum, wer letztlich die Verfassung auslegen soll, begleitete die ganze Herausbildung der Verfassungsgerichtsbarkeit seit ihren Anfängen durch die

⁴ Obwohl die demokratischen Legitimationsformen als selbstständig behandelt wurden, ist zu betonen, dass sie nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern miteinander verzahnt sind und einander ergänzen, bis ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht wird. Neben den oben erwähnten bestehen auch die funktionellen und institutionellen Legitimationsformen, die aus Platzgründen nicht erwähnt wurden.

⁵ Die Prinzipientheorie wird oft mit der Behauptung kritisiert, dass sie nicht vereinbar mit dem Verständnis der Verfassung als Rahmen sei und deswegen zu einem übermäßigen Zuwachs an Kompetenzen des Verfassungsgerichts führe. Dazu vermerkt Böckenförde: „Es vollzieht sich ein gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsrechtlichen Jurisdiktionsstaat“ (BÖCKENFÖRDE, 1991: S. 190). Diese Kritik kann anhand der formellen Prinzipien widerlegt werden, wie im Folgenden gezeigt wird.

Marbury-v.-Madison-Entscheidung von 1803 der US-amerikanischen *Supreme Court* über ihre Einführung in Kontinentaleuropa durch das Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich von 1920 und bleibt lebendig.⁶

Die wichtigsten Auffassungen darüber, welches Organ das letzte Wort dazu sprechen soll, lassen sich in drei verschiedene Gruppen unterteilen (vgl. MENDES, 2011: S. 19ff.).

- (i) die Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers sind vorrangig und absolut; die Verfassungsgerichtsbarkeit sei nicht legitim (vgl. WALDRON, 2006: S. 1348ff.);
- (ii) das Verfassungsgericht soll das letzte Wort zur Auslegung der Verfassung sprechen; die Verfassungsgerichtsbarkeit sei legitim (vgl. DWORKIN, 1995: S. 2ff.);
- (iii) es soll keinen einzigen Hüter der Verfassung und kein letztes Wort zu deren Auslegung geben, sondern einen dauernden Dialog zwischen Parlament und Verfassungsgericht, der durch die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Verfassungsgericht und Parlament und die zurückhaltende und vorsichtige Ausübung ihrer jeweiligen Kompetenzen (insbesondere des Verfassungsgerichts) zu fördern sei (vgl. BICKEL, 1961: S. 51; FRIEDMAN, 1993: S. 644).

Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass die letztere Auffassung Vorrang hat, da sie am besten geeignet ist, die Grundrechte zu schützen und das Demokratieprinzip zu bewahren.

Wie oben erwähnt, ist es der Zweck jedes demokratischen Staats, dem Willen des Volkes zu entsprechen. Er wird zum ersten Mal beim Erlass der Verfassung durch die dem Volk gehörende verfassungsgebende Gewalt geäußert, die vor allem die durch den Staat zu verfolgenden Ziele festsetzt. Diese Ziele sind insbesondere die Grundrechte.

Alle weiteren staatlichen Handlungen müssen dann darauf gerichtet sein, diese Ziele zu verwirklichen. Dienen sie nicht dazu, weichen sie vom Volkswillen ab und werden fehlerhaft. Somit ergibt sich aus jeder solcher Handlungen ein Anspruch

⁶ Zur historischen Debatte zum Thema vgl. vor allem KELSEN 2008; SCHMITT, 1931.

auf Richtigkeit (nach Maßgabe der in der Verfassung festgesetzten Ziele), die zu erfüllen ist (vgl. ALEXY, 2011: S. 62ff.).

Der Anspruch auf Richtigkeit kann nur mit Rücksicht auf alle ins Spiel kommenden Ziele (Grundrechte) entschieden werden, die gegebenenfalls kollidieren. Sie müssen dann abwägungsfähig sein und Prinzipiencharakter haben, da sonst Kollisionen zwischen gegenläufigen Zielen rechtlich unlösbar wären. Dies führt zu dem Ergebnis, dass Ansprüche auf Richtigkeit (d.h. die Verfassungsmäßigkeit) bezüglich der staatlichen Handlungen unbedingt anhand von Grundrechtsabwägungen zu entscheiden sind (vgl. ALEXY, 2011: S. 123ff.).⁷

Dabei können die Verfassungsgerichte viel zur Richtigkeit und somit zur Legitimität des ganzen Rechtssystems beitragen, da sie im Vergleich zu Parlamenten insbesondere aus zwei Gründen am besten geeignet sind, Prinzipienkollisionen zu lösen.

- (i) Das Verfassungsgericht (im Unterschied zum Parlament) ist nur insoweit legitim, als es die Grundrechte schützt. Es muss also seine Entscheidungen ausschließlich anhand von Prinzipienargumenten begründen (vgl. BICKEL, 1961: S. 77). Deswegen stehen die Grundrechte stets im Vordergrund seiner Entscheidungen, was zu ihrem Schutz beiträgt;
- (ii) Die Mitglieder des Verfassungsgerichts sind Juristen, verfügen somit über eine Rechtsausbildung und Sachkenntnis bezüglich grundrechtlicher Fragen. Somit ist es wegen seiner Organisation und Zusammensetzung am besten ausgestattet, Beschlüsse über Prinzipienkollisionen objektiv zu begründen und eine systematisierte und kohärente Rechtsprechung dazu zu schaffen (vgl. BICKEL, 1986: S. 25ff.).⁸

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts bedeutet aber nicht, dass das letzte Wort dazu gesprochen und letztliche Gültigkeit hergestellt worden ist. Sie soll nur als das letzte gerichtliche Wort einer Runde angesehen werden (vgl. FRIEDMAN, 1993: S. 655). Wenn die anderen staatlichen Teilgewalten bzw. die Gesellschaft nicht damit einverstanden sind, ist eine neue Runde zu beginnen, in der die Auslegung der

⁷ Zum notwendigen Zusammenhang zwischen Grundrechten und Abwägungsgebot vgl. BVerfGE 19, 342 (348).

⁸ Für weitere Argumente dazu, wie ein Verfassungsgericht den Dialog über Prinzipienfragen positiv fördern kann, vgl. FRIEDMAN, 1993: S. 668ff.

Verfassung geändert werden kann. Falls z.B. das Parlament nicht einverstanden ist mit den Argumenten, die das Verfassungsgericht zur Beseitigung eines Gesetzes vorbringt, kann es theoretisch ein neues mit demselben Inhalt erlassen oder sogar den Wortlaut der Verfassung ergänzen bzw. ändern, was den Dialog zwischen den Organen fördern würde.⁹ Wenn die Gesellschaft in derselben Weise der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht zustimmt, wird sie im öffentlichen Raum durch die Kommunikationsprozesse diskutiert. Die gesellschaftliche Diskussion tritt in einen Dialog mit den vorherigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ein und beeinflusst dadurch die Verfassungsrichter (die selbstverständlich auch Teil der Gesellschaft sind), die gegebenenfalls ihre individuellen Beschlüsse in der nächsten Entscheidungsrunde ändern können (vgl. FRIEDMAN, 1993: S. 651ff.).

Dieser andauernde Dialog zwischen den Organen und mit der Gesellschaft ist nicht nur erwünscht, sondern nötig, da zum einen den Richtern auch Fehler unterlaufen können und zum anderen die Verfassungenauslegung dynamisch sein soll (vgl. FRIEDMAN, 1993: S. 652). Damit dieser Dialog jedoch bestehen kann, bedarf es nicht nur einer geeigneten rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Verfassungsgericht und Parlament, sondern auch der zurückhaltenden Ausübung der Kompetenzen durch das Verfassungsgericht. Dies ist gegeben, indem das Verfassungsgericht eine Entscheidung des Parlaments (formelles Gesetz) nur beseitigt, wenn (i) es ein gegenläufiges verfassungsrechtliches Ge- bzw. Verbot gibt und (ii) es hinreichend sicher über die faktischen und normativen Prämissen ihrer Verfassungswidrigkeit ist (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 5).

Hat das Verfassungsgericht nicht ein Mindestmaß an Sicherheit über die Verfassungswidrigkeit eines Parlamentsgesetzes (oder auch im Fall der Abwesenheit von definitiven verfassungsrechtlichen Ge- bzw. Verboten), soll das Verfassungsgericht wegen seiner niedrigeren demokratischen Legitimation im Vergleich zum Parlament es für verfassungskonform halten.

Diese vorsichtige Haltung des Verfassungsgerichts, die nötig zur Förderung des Dialogs mit dem Parlament ist, wird im Rahmen der Prinzipienabwägung durch die Gewährung von Entscheidungsspielräumen dem Gesetzgeber gegenüber rekonstruiert.

⁹ Dieses Argument wird stark beeinträchtigt, wenn das Parlament (wie es in Deutschland und in vielen anderen Ländern geschieht) an die Entscheidungen des Verfassungsgerichts kraft Bindungswirkung (§31 BVerfGG) gebunden ist. Deswegen wurde oben betont, dass die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Verfassungsgericht und Parlament auch dazu geeignet sein muss, den Dialog zu fördern.

III. Zwischenergebnis

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist insoweit legitim, als sie gleichzeitig die Grundrechte schützt und das Demokratieprinzip nicht übermäßig beschränkt. Dafür ist es nötig, dass eine gewisse Autorität den Entscheidungen des Gesetzgebers zuerkannt wird. Hätten sie eine absolute Autorität, wäre die richterliche Kontrolle der gesetzgeberischen Entscheidungen unmöglich, was den Schutz der Grundrechte (wie oben gezeigt) in einer unerträglichen Weise schwächen würde. Falls sie aber keinerlei Autorität hätten, verstieße dies gegen das Demokratieprinzip. Die einzige mögliche Antwort besteht darin, ihnen relative Autorität zuzuerkennen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 155ff.). Dies bedeutet, dass die gesetzgeberischen Entscheidungen ein Eigengewicht haben, das in der Prinzipienabwägung zu berücksichtigen ist und durch formelle Prinzipien gewährleistet wird. Sie dienen letztlich dazu, dem Gesetzgeber Entscheidungsspielräume zu schaffen. Ihre Beachtung durch das Verfassungsgericht ist wesentlich für die Vermeidung eines unverhältnismäßigen Zuwachses an Kompetenzen, die Ermöglichung eines Dialogs mit dem Parlament und somit die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit als solche (vgl. BOROWSKI, 1998: S. 321ff.; AFONSO DA SILVA, 2003: S. 88).

C. GRUNDGEDANKEN ZU FORMELLEN PRINZIPIEN

Die Grundlage der weitgehend auf die Grundrechte angewendeten Prinzipientheorie wird von der rechtstheoretischen Unterscheidung von Regeln und Prinzipien gebildet, die Normen mit verschiedenen Eigenschaften seien (vgl. BOROWSKI, 2007: S. 68ff.). Während Regeln stets durch Subsumtion anzuwendende Normen seien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können, seien Prinzipien Optimierungsgebote, abwägungsfähige Normen, die gebieten, dass „etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“ (vgl. ALEXY, 1994: S. 75).¹⁰ Die Prinzipien lassen sich nach zwei verschiedenen Arten differenzieren, nämlich die materiellen und die formellen.¹¹

¹⁰ Diese Unterscheidung beruht auf der Prinzipienkonzeption von Alexy, die in Anlehnung an die Prinzipientheorie Dworkins skizziert wurde, und setzt eine starke Trennungsthese voraus. Es gibt aber andere Auffassungen zu dieser Unterscheidung und zahlreiche Einwände gegen die starke Trennungsthese, die in dieser Arbeit aus Platzgründen nicht zu behandeln sind. Zu einer Zusammenfassung (und Zurückweisung) der Haupteinwände gegen die starke Trennungsthese vgl. BOROWSKI, 2007: S. 105ff.

¹¹ Es gibt verschiedene Auffassungen zu der Struktur formeller Prinzipien, wonach sie nicht als Prinzipien i.e.S. (d.h. im Sinn der Prinzipientheorie) gelten. Diese Frage wird im Abschnitt „E“

I. *Materielle Prinzipien*

Materielle Prinzipien sind inhaltliche Gründe für rechtliche Entscheidungen, die die Realisierung eines idealen Sollens in höchstmöglichem Maß *prima facie* gebieten und die gegebenenfalls durch Abwägung mit gegenläufigen Gründen überspielt werden können (vgl. DWORKIN, 1994: S. 28ff.).¹² Wendet man eine solche Definition (und folglich die rechtstheoretische Prinzipientheorie) auf die Grundrechte des GG an, kommt man zu dem Ergebnis, dass materielle Prinzipien grundrechtliche Beschlüsse inhaltlich begründen (vgl. ALEXY, 1994: S. 117ff.).¹³ Kollidieren zwei Grundrechte (d.h. materielle Prinzipien) in einem konkreten Fall, stellt man durch Abwägung fest, welches unter diesen spezifischen Umständen schwerwiegender ist und sich gegenüber dem anderen durchsetzt (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 185).

II. *Formelle Prinzipien*

Im Gegensatz zu materiellen Prinzipien statuieren formelle Prinzipien Gründe für die Beachtung einer früheren autoritativen Entscheidung, unabhängig von ihrem Inhalt. Sie sind Prinzipien prozeduraler Art, die dazu dienen, die Kompetenz des für den Erlass einer bestimmten Entscheidung zuständigen Organs *prima facie* zu schützen, indem sie seine Autorität bei der Prinzipienabwägung rekonstruieren (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 147f.; SIECKMANN, 2009: S. 137f.; BOROWSKI, 2010: S. 25ff.).

Sie waren von vornherein Bestandteil der Prinzipientheorie und wurden erstmals von Ronald Dworkin begriffen und später von Robert Alexy auf seine Prinzipientheorie angewendet (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 160).

A) **RONALD DWORKIN UND DIE *CONSERVATIVE PRINCIPLES***

Zu Beginn seines Werks „Taking Rights Seriously“ aus dem Jahr 1977 ist Ronald Dworkin bestrebt, die positivistische Rechtstheorie (vor allem von Hart) zu bestreiten. Dazu behauptet er, dass ein Rechtssystem neben Regeln Prinzipien

untersucht. Trotzdem wird der Terminus „formelles Prinzip“ in der Rechtslehre allgemein verwendet.

¹² Dieser Begriff („substantive principles“) wurde erstmals von Ronald Dworkin im Rahmen der Darstellung seiner Prinzipientheorie verwendet (vgl. DWORKIN, 1994: S. 38).

¹³ Es ist wichtig zu betonen, dass die Prinzipientheorie allgemein bei der deutschen Verfassungslehre und dem BVerfG nicht nur auf die Grundrechte angewendet wird, sondern auch auf kollektive Verfassungsgüter (wie z.B. den Umweltschutz, vgl. Art. 20a GG).

enthalte, die auch richterliche Entscheidungen begründen können, unabhängig davon, ob sie autoritativ gesetzt seien. Dies seien die sog. *substantive principles* (materielle Prinzipien) und ihre Anwendung sei besonders wichtig auf diejenigen Fälle, auf die bestehende Rechtsregeln keine deutliche Antwort im sog. Offenheitsbereich geben können. Dabei begrenzen die Prinzipien das richterliche Ermessen und führen die Entscheidung (vgl. DWORKIN, 1994: S. 22ff.).

Solche Prinzipien können, so Dworkin, darüber hinaus als Gründe für die Beseitigung bzw. Änderung einer gegenläufigen institutionell anerkannten Rechtsregel genannt werden. Wäre diese Ermächtigung aber nicht begrenzt, wäre die Rechtssicherheit übermäßig beeinträchtigt, da geltende Regeln von Gerichten ohne Weiteres vernachlässigt werden könnten. Um dieses Problem zu vermeiden, kommt Dworkin zu dem Ergebnis, dass außer materiellen Prinzipien auch *conservative principles* (formelle Prinzipien) bestehen, die dazu dienen, den Status quo zu bewahren. Er nennt zwei Arten solcher Prinzipien: *doctrine of legislative supremacy* (Prima-facie-Gebot, dass gesetzgeberische Entscheidungen beachtet werden) und *doctrine of precedent* (das zu angelsächsischen Rechtssystemen gehörende Prima-facie-Gebot, dass Präjudizien beachtet werden). Will also ein Richter eine institutionell anerkannte Regel „A“ beseitigen, um ein gegenläufiges (materielles) Prinzip „B“ zu verwirklichen, muss er dann „B“ mit dem hinter der Regel „A“ stehenden materiellen Prinzip „C“ kombiniert mit dem jeweiligen formellen Prinzip „D“ abwägen. Wenn „B“ schwerer wiegend ist, trifft das Verfahren zu. Besitzen aber die Prinzipien „C“ und „D“ das höhere Gewicht, ist der Status quo zu bewahren (vgl. DWORKIN, 1994: S. 37ff.).

B) ROBERT ALEXY UND DIE FORMELLEN PRINZIPIEN IM RAHMEN DER THEORIE DER GRUNDRECHTE

Robert Alexy hat seine Konzeption zu formellen Prinzipien schon in seinem Werk „Theorie der Grundrechte“ aus dem Jahr 1985 skizziert, wobei er seine Prinzipientheorie entwickelt hat. Indem er sein durch Prinzipien und Regeln kombiniertes Rechtsmodell (Regel-Prinzipien-Modell) erklärt, unterscheidet er zwischen zwei Arten von Prinzipien: die inhaltlichen oder materiellen und die prozeduralen oder formellen (vgl. ALEXY, 1994: S. 120).

Letztere zielen darauf ab, autoritative Entscheidungen legitimer Autoritäten prima facie zu schützen (vgl. ALEXY, 1994, S. 89). Ein Beispiel dafür sei „das Prinzip, das sagt, dass der demokratische Gesetzgeber die für die Gemeinschaft

wichtigen Entscheidungen treffen soll“ (ALEXY, 1994: S. 120). Im Fall der Verfassungsmäßigkeitsprüfung einer vom Parlament gesetzten Regel komme es dann kombiniert mit dem die Regel stützenden (materiellen) Prinzip gegen das gegenläufige materielle Prinzip in Betracht (vgl. ALEXY, 1994, S. 120). Dies ist sein sog. „Law of Combination“.

Der anfänglich wichtigste Beitrag Alexys zu diesem Thema besteht jedenfalls darin, formelle Prinzipien als Gründe für die gesetzgeberischen Spielräume zu nennen. Dazu meint er: „Jenes formelle Prinzip ist ferner der Grund für die zahlreichen Spielräume, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einräumt“ (ALEXY, 1994, S. 120).

III. Zwischenergebnis

Während materielle Prinzipien inhaltliche Gründe für grundrechtliche Beschlüsse sind, zielen formelle Prinzipien darauf ab, die rechtliche Autorität früherer Entscheidungen im Rahmen der Prinzipienabwägung *prima facie* zu schützen. Als Grundlage dafür dient vor allem das Demokratieprinzip (Art. 20 I und II GG). Ihre Hauptfunktion ist es, den ursprünglich zuständigen Organen bzw. Personen Spielräume zu schaffen.¹⁴

D. GESETZGEBERISCHE SPIELRÄUME

Wie oben erwähnt, stehen die Spielräume im engen Zusammenhang mit formellen Prinzipien. Insofern ist es notwendig, deren Gestaltung darzustellen, bevor man tiefer auf Letzteres eingeht.

Weder Rechtsprechung noch deutsche Rechtslehre stimmen darin überein, welche verschiedene Arten von gesetzgeberischen Spielräumen es gibt und welche Fachbegriffe geeignet sind (vgl. AFONSO DA SILVA, 2003: S. 121). Da es nicht der Zweck dieser Arbeit ist, sich mit diesem Thema ausführlich auseinanderzusetzen, wird man schlechthin die Spielraumdogmatik von Robert Alexy übernehmen, die er vor allem in seinem Nachwort zur englischen Übersetzung seines Werks „Theorie der Grundrechte“ aus dem Jahr 2002 erläuterte.¹⁵ Danach werden die gesetzgeberischen Spielräume je nach stützender Prämisse aufgeteilt (vgl. AFONSO DA SILVA, 2003: S. 122). Sie gliedern sich in zwei Hauptarten:

¹⁴ Das Demokratieprinzip ist nicht der einzige Grund für den Bestand der formellen Prinzipien, die beispielsweise auch anhand der Rechtssicherheit begründet werden können. Jedenfalls steht es im Vordergrund aller möglichen Rechtfertigungen (vgl. RAABE, 1998: S. 210).

¹⁵ Siehe ALEXY, 2002: S. 388ff.. Eine andere wichtige Veröffentlichung Robert Alexys zum Thema aus dem Jahr 2002 ist der Aufsatz „Verfassungsrecht und einfaches Recht“.

- (i) Strukturelle Spielräume: wenn die Verfassung weder etwas gebietet noch verbietet (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 5);
- (ii) Erkenntnis- oder epistemische Spielräume: wenn die Erkenntnis dessen, was die Verfassung gebietet, verbietet oder freistellt, aus normativen oder empirischen Gründen unsicher ist (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 5).¹⁶

Spielräume ergeben sich also aus einem Paritätsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Entscheidungsmöglichkeiten im Rahmen einer Prinzipienabwägung, d.h. wenn diese Entscheidungsmöglichkeiten entweder aus strukturellen oder aus Erkenntnisgründen in etwa gleich scheinen (vgl. AFONSO DA SILVA, 2003: S. 184ff.). Sind daher zwei oder mehrere Entscheidungsmöglichkeiten gleich geeignet mit der Verfassung, bilden sie einen Spielraum, innerhalb dessen alle Alternativen verfassungsmäßig sind. Darunter soll der Gesetzgeber vor allem aufgrund des Demokratieprinzips frei entscheiden können (vgl. RAABE, 1998: S. 210; BOROWSKI, 2007: S. 127).

I. Strukturelle Spielräume

Strukturelle Spielräume leiten sich aus der Abwesenheit von definitiven verfassungsrechtlichen Ge- oder Verboten ab (vgl. ALEXY, 2002: S. 16). Sie untergliedern sich in drei verschiedene Arten.

A) ZWECKSETZUNGSSPIELRAUM

Ein Zwecksetzungsspielraum liegt vor, wenn der Gesetzgeber verfassungsrechtlich ermächtigt ist, Prinzipien mit Verfassungsrang zweiten Grades in Geltung zu setzen (vgl. BOROWSKI, 2007: S. 124f.; ALEXY, 2002: S. 395f.).¹⁷ Dies geschieht insbesondere durch den einfachen Gesetzesvorbehalt, wobei der Gesetzgeber zu verfolgende Zwecke für Eingriffe in Grundrechte frei bestimmen darf,

¹⁶ Trotz der Anerkennung, dass normative Unsicherheit bestehen kann, hat aber Alexy in seinen Werken aus den Jahren 2002 und 2003 infrage gestellt, ob dies zur Gewährung von gesetzgeberischen Spielräumen führe (vgl. ALEXY, 2002: S. 27ff.; ALEXY, 2002: S. 420ff.). In einer späteren Aufsatzsammlung in englischer Sprache von verschiedenen Autoren aus dem Jahr 2012 signalisiert er aber, dass normative Unsicherheit im Gegensatz zu seiner vorherigen Meinung auch Erkenntnispielräume begründen kann (vgl. ALEXY, 2012: S. 331). Dazu siehe Abschnitt E I c.

¹⁷ Prinzipien mit Verfassungsrang zweiten Grades unterscheiden sich von Prinzipien mit Verfassungsrang ersten Grades dadurch, dass sie nicht unmittelbar in der Verfassungsurkunde vermerkt sind. Sie gelten erst, wenn der Gesetzgeber sie gesetzt hat (vgl. ALEXY, 1994: S. 119).

soweit sie verhältnismäßig (nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeitsprüfung) sind und das GG sie nicht schon abstrakt verbietet (vgl. ALEXY, 2002: S. 17).¹⁸

B) ABWÄGUNGSSPIELRAUM

Die Abwägung ist neben der Subsumtion eine Anwendungsmethode von Rechtsnormen, die grundsätzlich auf Prinzipien anzuwenden ist. Sie ist aber nicht immer fähig, zu einer einzigen richtigen Antwort zu gelangen und kann gegebenenfalls zu sog. Abwägungspatts führen. Es entsteht, wenn in Bezug auf das Gewicht des durch den Eingriff zu verfolgenden Ziels auf der einen Seite und der Eingriffsintensität auf der anderen Seite nicht festgestellt werden kann, welches schwerer wiegend und somit unter den fraglichen Umständen vorrangig ist. In dem Fall stellt die Verfassung frei, wie die betreffende Kollision zu entscheiden ist, womit der Gesetzgeber sie aufgrund des Abwägungsspielraums frei beschließen darf (vgl. ALEXY, 2002: S. 18ff.).

Eine solche Möglichkeit betrifft die komplexe Frage nach der Rationalität der Abwägung und wird in der vorliegenden Untersuchung aus Platzgründen nicht näher behandelt. Es sei bemerkt, dass sie eng mit der Feinheit der Skalierung bei der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung verbunden ist. Während Abwägungspatts und die daraus sich ergebenden Spielräume bei einer infinitesimalen Skalierung dazu neigen zu verschwinden, sind sie eine unvermeidbare Folge einer limitierten Skalierung. Dies lässt sich dadurch verdeutlichen, dass Abwägungsspielräume bei der im Rahmen der Prinzipienabwägung meistverwendeten (groben) triadischen Skalierung, in der die abzuwägenden Faktoren entweder leicht, mittel oder schwer gewichtet werden, eine wichtige Rolle spielen (BOROWSKI, 2007: S. 125; ALEXY, 2002: S. 396ff.).¹⁹

C) MITTELWAHLSPIELRAUM

Mittelwahlspielräume entstehen dadurch, dass die Grundrechte positives Handeln (statt Unterlassen) durch den Staat fordern. Dies geschieht bei den sog. Leistungsgrundrechten (im formellen Sinn).²⁰ Wenn der

¹⁸ Ein Beispiel dazu ist das Prinzip der „Erhaltung und Förderung des Handwerks“, vgl. BVerfGE 13, 97 (110). Zur Diskussion über gesetzgeberische Zwecksetzungsspielräume im Fall von qualifiziertem Gesetzesvorbehalt und vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten vgl. BOROWSKI, 2009: S. 109f.

¹⁹ Zur triadischen Skalierung vgl. ALEXY, 2002: S. 21f.; ALEXY, 2002: S. 405ff.

²⁰ Leistungsgrundrechte im formellen Sinn verpflichten den Staat zu einem positiven Handeln – unabhängig davon, ob sie durch ein grundrechtliches Abwehren im materiellen Sinn oder das

Staat also zur Erreichung eines bestimmten Ziels verpflichtet ist, das durch verschiedene positive staatliche Handlungen (Mittel) verwirklicht werden kann, darf er prinzipiell das durchzuführende Mittel frei wählen, soweit kein wichtiger Unterschied bezüglich des Maßes des zu verwirklichenden Ziels und der Eingriffsintensität in die kollidierenden Grundrechte besteht (vgl. ALEXY, 2002: S. 396; BOROWSKI, 2007: S. 126; AFONSO DA SILVA, 2003: S. 124ff.).

II. Erkenntnispielräume

Erkenntnispielräume entstehen dort, wo epistemische Unsicherheit bezüglich der stützenden Prämissen einer Prinzipienabwägung vorliegt. Sie unterscheiden sich von den strukturellen Spielräumen dadurch, dass bei ersteren eine verfassungsrechtliche Anforderung besteht und nur ihre Erfüllung unsicher ist. Diese Unsicherheit kann sich sowohl aus empirischen als auch aus normativen Gründen ergeben (vgl. RAABE, 1994: S. 83ff.; RAABE, 1998: S. 114f.).

A) EMPIRISCHER ERKENNTNISSPIELRAUM

Empirische Unsicherheit bei der Prinzipienabwägung kann sich entweder aus den faktischen Voraussetzungen, z.B. wegen fehlender wissenschaftlicher Untersuchungen,²¹ die die Entscheidung stützen könnten, oder aus ihren zukünftigen Auswirkungen ableiten.²² Wenn sie besteht, soll das Verfassungsgericht die empirischen Prämissen des Gesetzgebers (*prima facie*) übernehmen, um den demokratischen Anforderungen (Art. 20 I und II GG) zu genügen. Dieses Prärogativ des Gesetzgebers wird durch die empirischen Erkenntnispielräume rekonstruiert (vgl. RAABE, 1998: S. 208ff.; ALEXY, 2002: S. 414ff.).

Daraus kann aber nicht folgen, dass Grundrechte aufgrund von bloß unsicheren Prämissen eingeschränkt werden können, was zu einer unerträglichen Minderung des Grundrechtsschutzniveaus führen würde (vgl. RAABE, 1998: S. 208f.; ALEXY, 2002: S. 416ff.). Andererseits ist es auch nicht vernünftig, den Gesetzgeber zu ermächtigen, nur unter ganz sicheren Prämissen zu handeln, da empirische Unsicherheit kaum vollständig beseitigt werden kann. Um diese Frage zu lösen, wird

Leistungsrecht im materiellen Sinn begründet werden. Zu einer ausführlichen Erklärung dieser Unterscheidungen vgl. BOROWSKI, 2007: S. 213ff.

²¹ Für ein Beispiel dazu aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe BVerfGE 90, 145: Cannabis-Entscheidung.

²² Für ein Beispiel dazu aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe BVerfGE 50, 290: Mitbestimmung-Entscheidung.

festgestellt, dass die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen umso größer sein muss, je schwerer die Eingriffsintensität ist (vgl. ALEXY, 2002: S. 419).²³

B) NORMATIVER ERKENNTNISSPIELRAUM

Ein normativer Erkenntnispielraum (d.h. normative Unsicherheit) entsteht, wenn die Gewichtung der einander entgegenstehenden Prinzipien unsicher ist (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 6).²⁴ Ist die Einordnung der Eingriffsintensität bzw. des Gewichts des rechtfertigenden Grunds in einen bestimmten Wert der Einordnungsskala umstritten, wird dem Gesetzgeber ein Erkenntnispielraum gewährt (vgl. ALEXY, 2002: S. 415ff.).²⁵

Aufgrund der Schwierigkeiten sowohl bei der Unterscheidung von strukturellen Spielräumen als auch bei dessen Harmonisierung mit der Bindung aller Staatsteilgewalten (Art. 1 III GG) an die Grundrechte ist in der Forschung umstritten, ob das Bestehen dieser Art von Erkenntnispielraum anzuerkennen ist (vgl. ALEXY, 2002: S. 420ff.). Diese Frage kann innerhalb der vorliegenden Untersuchung nicht näher behandelt werden. Es reicht aus, wenn es hervorgehoben wird, dass dann, weil normative Prämissen auch eine Rolle bei der externen Rechtfertigung von Abwägungsentscheidungen spielen, sind normative Erkenntnispielräume als vorhanden festzustellen.²⁶ Sie müssen aber eng gefasst werden.

III. Zwischenergebnis

Erkenntnispielräume werden in der Forschung zu Recht als sehr problematisch eingestuft, da dabei der Gesetzgeber eine vermeintliche Kompetenz hat, selbst zu entscheiden, inwieweit er an die Verfassung gebunden ist (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 5). Außerdem werden sie viel öfter mit den formellen Prinzipien verknüpft. Es gibt verschiedene Auffassungen zu der Struktur formeller Prinzipien. Sie sind aber völlig zufriedenstellend nur insoweit, als sie alle oben genannten Arten von gesetzgeberischen Spielräumen im Rahmen der Prinzipienabwägung rekonstruieren können und gleichzeitig dem Begriff des formellen Prinzips nicht widersprechen.

²³ Dies ist das sog. zweite Abwägungsgesetz (siehe Abschnitt E I b).

²⁴ Siehe auch BVerfGE 97, 169 (176).

²⁵ Für ein entsprechendes Beispiel aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe BVerfGE 97, 169: Kündigungsschutz-Entscheidung.

²⁶ In Bezug auf normative Erkenntnispielräume vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 51f.; AFONSO DA SILVA, 2003: S. 143f.; BADENHOP, 2010: S. 366f. Zur Unterscheidung zwischen externer und interner Rechtfertigung eines Abwägungsergebnisses vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 13f.

E. STRUKTUR FORMELLER PRINZIPIEN

Wie oben gezeigt, dienen formelle Prinzipien dazu, die Kompetenz des für den Erlass einer bestimmten Abwägungsentscheidung zuständigen Organs *prima facie* zu schützen, indem sie ihre Autorität im Rahmen der Prinzipienabwägung rekonstruieren und dadurch eine Argumentationslast aufseiten des Verfassungsgerichts auslösen.²⁷

Ferner sorgen sie für verschiedene Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers, was wesentlich für den Bestand eines institutionellen Dialogs zwischen Parlament und Verfassungsgericht ist und folglich entscheidend zur Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst beiträgt.²⁸

Die Einbeziehung formeller Prinzipien in das Abwägungsverfahren ist aber nicht selbstverständlich. Die Viabilität ihrer Abwägung mit materiellen Prinzipien wurde nur in Grundzügen von Dworkin und dem frühen Alexy skizziert.²⁹ Diese Idee wurde nachträglich von verschiedenen Rechtswissenschaftlern weiterentwickelt, die unterschiedliche Modelle zur Struktur formeller Prinzipien und deren Einbeziehung in die Abwägung konzipiert haben. Die wichtigsten Auffassungen dazu lassen sich folgendermaßen gliedern:³⁰

- (i) Es werde eine gemeinsame Abwägung von materiellen und formellen Prinzipien durchgeführt (Martin Borowski);
- (ii) es werde eine Abwägung ausschließlich zwischen formellen Prinzipien durchgeführt, und zwar das der Kompetenz des ursprünglich zuständigen Organs und das der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts, die inzident die materielle Dimension der jeweiligen konkurrierenden Rechtskonzeptionen berücksichtige (Jan-Reinard Sieckmann);
- (iii) es werde eine Abwägung ausschließlich zwischen materiellen Prinzipien durchgeführt, deren Gewichte durch das Maß an Sicherheit der Erkenntnis der zugrundeliegenden empirischen Prämissen beeinflusst werden (Robert Alexy).³¹

²⁷ Siehe Abschnitt C II.

²⁸ Siehe Abschnitt B II.

²⁹ Siehe Abschnitt B II a, b.

³⁰ Diese Gliederung basiert grundlegend auf BOROWSKI, 2013: S. 158ff. Vgl. auch BOROWSKI, 2009: S. 113ff.

³¹ Wie gezeigt wird, ist es fraglich, ob es darin überhaupt um formelle Prinzipien geht.

Im Folgenden sollen diese Ansätze näher betrachtet werden. Es ist zu untersuchen, welche Auffassung die verschiedenartigen gesetzgeberischen Spielräume im Rahmen der Prinzipienabwägung am besten rekonstruieren kann. Da die Auffassung (insbesondere die Gewichtsformel) Alexys die Grundlagen für alle weiteren bildet, wird sie zuerst behandelt.

I. Alexys Weiterentwicklung bezüglich formeller Prinzipien

Trotz der anfänglichen Erkenntnis zur Bedeutung formeller Prinzipien zur Theorie der Grundrechte hat Robert Alexy seine Konzeption dazu nur in den Jahren 2002 und 2003 weiterentwickelt, indem er sowohl die Struktur der Prinzipienabwägung als auch die Spielräumedogmatik verfeinert hat. Diese Weiterentwicklung wurde im Rahmen der Rekonstruktion der Gewichtsformel durchgeführt und kann nur im Zusammenhang damit behandelt werden.

A) DIE GEWICHTSFORMEL ZUR PRINZIPIENABWÄGUNG ROBERT ALEXYS

Im Mittelpunkt der Alexy'schen Theorie der Grundrechte steht das Abwägungsverfahren zwischen kollidierenden Prinzipien, das im dritten und letzten Schritt (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (d.h. nach den Teilgrundsätzen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit) durchgeführt wird. Sein Leitgedanke wird durch das sog. erste Abwägungsgesetz festgesetzt, das lautet:

„Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“ (ALEXY, 1994: S. 146).

Das erste (materielle) Abwägungsgesetz an sich ist sogar erläuternd, bedarf aber einer weiteren Präzisierung. Es wird daher in drei Teilschritte gegliedert. Erstens soll der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips („P₁“) festgestellt werden. Zweitens ist die Bedeutung der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips („P₂“) zu bestimmen und drittens soll man beschließen, ob die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips („P₂“) die Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des anderen („P₁“) rechtfertigen kann. Diese Teilschritte bilden zusammen ein rationales Verfahren, das die Willkürlichkeit der Abwägung begrenzt (vgl. ALEXY, 2003: S. 773).³²

³² Zu Kritiken an der Rationalität der Abwägung siehe vor allem HABERMAS, 1994: S. 315f.

Sie lassen den ersten Bestandteil der Berechnung des konkreten Gewichts („G“) eines Prinzips erkennen, der durch die Variable „I“ gekennzeichnet wird. Während sie bei der Gestaltung des konkreten Gewichts vom Prinzip „P₁“ („I₁“) die Intensität des Eingriffs durch seine Nichterfüllung oder Beeinträchtigung betrifft, steht sie im Rahmen des konkreten Gewichts des Prinzips „P₂“ („I₂“) für die Intensität des hypothetischen Eingriffs durch den Nichteingriff in „P₁“ (vgl. ALEXY, 2003: S. 780f.).

Die Variable „I“ allein genügt aber nicht, das konkrete Gewicht eines Prinzips vollständig zu rekonstruieren. Dafür braucht man eine zusätzliche Variable, und zwar die „AG“, die für die jeweiligen abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien im Verhältnis mit allen anderen Prinzipien steht. Obwohl sie oft gleichwertig sind, unterscheiden sie sich manchmal, z.B. wenn das Recht auf Leben gegen die abstrakt schwächer wiegende allgemeine Handlungsfreiheit kollidiert. Diese Möglichkeit muss somit auch in der Gewichtsformel dargestellt werden (vgl. ALEXY, 2003: S. 787f.).

Daraus kann man zusammenfassend schlussfolgern, dass das konkrete Gewicht eines Prinzips von der Intensität seiner Nichterfüllung und seinem abstrakten Gewicht abhängt. Diese Variablen werden nach verbreiteter Ansicht durch eine triadische Skalierung eingestuft, in der zwischen den Begriffen „leicht“, „mittel“ und „schwer“ zu unterscheiden ist (vgl. ALEXY, 2003: S. 777ff.; BOROWSKI, 2007: S. 84).³³ Die konkreten Gewichte der beiden Prinzipien werden dann verglichen, woraus eine Vorrangrelation zwischen ihnen im betreffenden Fall folgt (vgl. BOROWSKI, 2007: S. 86).

Diese Formel ist allerdings noch nicht vollständig. Es fehlt noch ein letzter Faktor, der nach Alexy im engen Zusammenhang mit den formellen Prinzipien steht und die Sicherheit der Erkenntnis der empirischen Prämissen berührt.

³³ Möchte man diese triadische Skalierung verfeinern, kann man sie leicht zu einer doppeltriadischen oder sogar noch präziseren Skalierung erweitern. Fraglich ist aber, ob damit die Rationalität und Verständlichkeit der Einstufung beibehalten werden kann. Da diese Möglichkeit nicht plausibel scheint, ist die triadische Skalierung vorzuziehen (vgl. ALEXY, 2003: S. 783; BOROWSKI, 2007: S. 84). Sie kann jedenfalls mit Hilfe von Zahlen veranschaulicht werden, z.B. 1, 2, 3 oder 2⁰, 2¹, 2², wobei die zweite Zahlenreihe am besten darstellt, dass Prinzipien bei zunehmender Eingriffsintensität an Wert gewinnen (vgl. ALEXY, 2003: S. 783ff.; ALEXY, 2002: S. 409f. und Fn. 65).

B) DIE SICHERHEIT DER ERKENNTNIS EMPIRISCHER PRÄMISSEN

Die letzte in die Gewichtsformel einzubeziehende Variable wurde von Alexy geschaffen, indem er in Anlehnung an die Mitbestimmung-Entscheidung des BVerfG das zweite (epistemische) Abwägungsgesetz formulierte:³⁴

„Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein“ (ALEXY, 2003: S. 789).

Es zielt vor allem darauf ab zu vermeiden, dass der Gesetzgeber unter unsicheren Umständen schwere Grundrechtseingriffe durchführen kann. Um diesen Aspekt im Rahmen der Prinzipienabwägung zu rekonstruieren, hat Alexy die Variable „S“ in die Gewichtsformel einbezogen. Wie oben erwähnt, betrifft sie die Sicherheit der Erkenntnis der empirischen Prämissen, die der Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers zugrunde liegen (vgl. ALEXY, 2003: S. 789f.). Je nach dem Grad an Sicherheit darüber, ob und inwieweit das Ergreifen der fraglichen Maßnahme das P_1 bzw. ihr Nichtergreifen das P_2 einschränkt, werden ihre jeweiligen konkreten Gewichte vergleichend gemindert oder erhöht (vgl. ALEXY, 2003: S. 789).

Die Variable „S“ ist also ein echter epistemischer Operator, durch den die Gewissheit der gesetzgeberischen Prognosen das konkrete Gewicht eines Prinzips beeinflusst (vgl. KLATT/SCHMIDT, 2010: S. 12f.).³⁵ Daraus ergibt sich die vollständige Gewichtsformel (vgl. ALEXY, 2003: S. 790):³⁶

$$G_{1,2} = \frac{I_1 \cdot AG_1 \cdot S_1}{I_2 \cdot AG_2 \cdot S_2}$$

Das Ergebnis dieser Division ist folgendermaßen zu verstehen: Ist das konkrete Gewicht von „ P_1 “ höher als das von „ P_2 “, geht „ P_1 “ unter den betreffenden

³⁴ BVerfG 50, 290.

³⁵ Die Anwendung einer triadischen Skalierung (z.B. mit den Faktoren hoch, mittel, gering) auf die Variable „S“ ist auch empfehlenswert, vgl. ALEXY, 2003: S. 789f. Illustriert man sie anhand von Zahlen, müssen die Zahlenwerte mit steigender Unsicherheit (wie z.B. bei der Zahlenreihe $2^0, 2^{-1}, 2^{-2}$) abnehmen, vgl. ALEXY, 2003: S. 790.

³⁶ Der Ausdruck „ $G_{1,2}$ “ steht für das Gewicht der kollidierenden Prinzipien „ P_1 “ und „ P_2 “ unter den konkreten Umständen des zu entscheidenden Falls.

Umständen vor und somit ist die überprüfende Maßnahme verfassungswidrig; wiegt „P₂“ im konkreten Fall mehr als „P₁“, hat ersteres Vorrang und folglich steht die überprüfende Maßnahme im Einklang mit der Verfassung. Wenn aber beides gleichwertig erscheint, liegt ein Abwägungspatt und dementsprechend ein gesetzgeberischer Entscheidungsspielraum vor (vgl. ALEXY, 2003: S. 790f.).³⁷

C) FORMELLE PRINZIPIEN

Aus der bisherigen Beschreibung lässt sich nicht deutlich erkennen, welche Rolle formelle Prinzipien in der Prinzipienabwägung spielen. Dafür benötigt man eine weitere Erläuterung: Nach Alexy sind formelle Prinzipien mit epistemischer Unsicherheit verknüpft. Mit dem Einbezug der Variable „S“ in die Gewichtsformel zielt er also darauf ab, formelle Prinzipien im Rahmen des Abwägungsverfahrens zu berücksichtigen und sie ins Verhältnis zu den materiellen Prinzipien zu setzen. Dabei wirken formelle Prinzipien nur mittelbar, indem sie mittels der erwähnten Variablen das gesamte konkrete Gewicht des betreffenden materiellen Prinzips nach Maßgabe des zweiten Abwägungsgesetzes beeinflussen (vgl. ALEXY, 2012: S. 331; ALEXY, 2002: S. 414f.).

Daraus folgt, dass weder formelle Prinzipien allein materielle übertreffen können, was ansonsten nach Alexy den Verfassungsvorrang gefährden würde, noch können sie direkt an der Abwägung teilnehmen. Es ergibt sich daraus nicht, dass formelle Prinzipien (und folglich die Autorität der gesetzgeberischen Abwägungsentscheidung) kein Eigengewicht haben, sondern dass es vom Grad der epistemischen Unsicherheit abhängt und durch die Einordnung der Variable „S“ in den entsprechenden Faktor der triadischen Skalierung dargestellt wird (vgl. ALEXY, 2012: S. 330; ALEXY, 2002: S. 423).

Außerdem haben formelle Prinzipien Bedeutung nur im Fall von Unsicherheit der Erkenntnis der fraglichen Prämissen. Sobald die epistemische Unsicherheit beseitigt ist, verlieren sie ihre ganze Kraft und können vernachlässigt werden. Wenn sie aber vorliegt, gewähren sie, so Alexy, dem Gesetzgeber Erkenntnisspielräume durch die Variable „S“ (vgl. ALEXY, 2002: S. 420 und 424; ALEXY, 2012: S. 330). Ob das zutrifft, wird weiter unten untersucht.

Schließlich sei betont, dass Robert Alexy in seinen ersten Werken zur Weiterentwicklung der Struktur der Prinzipienabwägung die Variable „S“ und folglich

³⁷ Siehe auch oben D I b.

formelle Prinzipien lediglich mit unsicheren empirischen Prämissen verknüpft hat. Obwohl er von vornherein erkannt hat, dass normative Unsicherheit auch bestehen kann, war er immer vorsichtig, sie mit der Gewährung gesetzgeberischer Erkenntnispielräume zu verbinden, da sonst der Gesetzgeber selbst feststellen könnte, ob und inwiefern er an die Verfassung gebunden sei (vgl. ALEXY, 2002: S. 420). Daraus folgt, dass formelle Prinzipien nach der anfänglichen Alexy'schen Auffassung nur empirische Erkenntnispielräume begründen können.

Bei einer späteren Veröffentlichung aus dem Jahr 2012 hat Alexy seine Ansicht anscheinend geändert und oberflächlich signalisiert, dass die Variable „S“ auch die Unsicherheit der Erkenntnis normativer Prämissen betreffe und folglich normative Erkenntnispielräume begründen könne.³⁸

D) KRITIK AN ALEXY

Trotz des unbestreitbaren Fortschritts, den der Einbezug der Variable „S“ in die Gewichtsformel darstellt, gibt die Auffassung Robert Alexys zu formellen Prinzipien Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Angemessenheit, formelle Prinzipien in ihrem ganzen Umfang nachvollziehen zu können. Die Bedenken beziehen sich auf drei einander ergänzende Aspekte, die unten ausführlicher behandelt werden (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 175ff.).

aa. Bei der Variable „S“ handelt es sich um kein (formelles) Prinzip

Wie oben gezeigt, dient die Variable „S“ dazu, den Grad der Sicherheit der Erkenntnis der Prämissen einer Abwägungsentscheidung im Rahmen der Prinzipienabwägung einzuführen, wobei er ein wichtiges Element ist und bis dahin beiseitegelassen worden war.

Sie wirkt also wie ein Faktor im Zusammenhang der Berechnung der konkreten Gewichte kollidierender materieller Prinzipien, indem sie neben anderen gleichrangigen Elementen das letztliche Ergebnis dazu beeinflusst.

Nimmt man an, dass nach der Alexy'schen Auffassung die Variable „S“ formellen Prinzipien entspricht, kommt man zum Ergebnis, dass sie ein bloßer zusätzlicher Bestandteil einer Abwägung ausschließlich zwischen kollidierenden

³⁸ Dazu stellt er fest: „This formal principle acquires an independent weight in cases of epistemic uncertainty. This applies to empirical uncertainty as well as to normative uncertainty“ (ALEXY, 2012: S. 331).

materiellen Prinzipien ist. Aus dem Einbezug dieser Variable in die Gewichtsformel folgt durchaus nicht, dass ein zusätzliches (formelles) Prinzip im Sinn der Prinzipientheorie, d.h. mit der Struktur eines Optimierungsgegenstands, zu der Abwägung hinzugefügt wird, das neben den materiellen Prinzipien wirkt (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 177ff.).

Diese Konzeption scheint seiner früheren Feststellung zum Thema zu widersprechen: „Dies formelle Prinzip kann zusammen mit einem nur relativen Gemeinschaftsinteressen dienenden inhaltlichen Prinzip gegen ein individuelle Rechte gewährendes grundrechtliches Prinzip abgewogen werden“ (ALEXY, 1994: S. 120). Sie lässt nämlich den Eindruck entstehen, dass formelle Prinzipien unmittelbar und zusätzlich zu den materiellen auf die Abwägung wirken, und nicht mittels eines bloßen Faktors der Gewichtsrechnung des materiellen Prinzips (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 179f.).

Diese Kritik könnte vernachlässigt werden, wenn die Variable „S“ geeignet wäre, die Funktion formeller Prinzipien vollständig zu rekonstruieren, nämlich alle verschiedenartigen gesetzgeberischen Spielräume im Rahmen der Prinzipienabwägung zu begründen. Dies ist aber auch fraglich, wie unten gezeigt wird.

bb. Die Variable „S“ betrifft nur Erkenntnispielräume

Abgesehen davon, dass die Variable „S“ weder strukturell ein Prinzip im Sinn der Prinzipientheorie ist noch ein formelles Prinzip zum Abwägungsverfahren zwischen zwei materiellen hinzufügt, kann sie aufgrund des begrifflichen Verständnisses analytisch nicht alle vielfältigen gesetzgeberischen Spielräume begründen.

Wie oben erwähnt, betrifft die Variable „S“ lediglich die Sicherheit der Erkenntnis empirischer Prämissen, die dadurch im Rahmen der Prinzipienabwägung berücksichtigt wird. Je höher der Grad an Sicherheit solcher Prämissen ist, desto leichter wird das konkrete Gewicht des betreffenden materiellen Prinzips im Verhältnis zu dem damit kollidierenden Prinzip.

Zieht man in Betracht, dass Robert Alexy später mit der Erweiterung des Umfangs der Variable „S“ signalisiert hat, sie umfasse neben der empirischen auch die normative Unsicherheit, kommt man zum Ergebnis, dass die Variable „S“ bestenfalls lediglich die zwei Arten der Erkenntnispielräume, und zwar den

empirischen und den normativen, rekonstruieren kann (vgl. ALEXY, 2002: S. 414; ALEXY, 2012: S. 331). Die drei Arten struktureller Spielräume werden aber nach Robert Alexy nicht durch die Variable „S“ und folglich durch formelle Prinzipien begründet (vgl. ALEXY, 2002: S. 414). Diese Auffassung begrenzt allerdings unnötigerweise deren Funktion.

cc. Die Variable „S“ kann nicht einmal Erkenntnispielräume begründen

Die Variable „S“ basiert auf den Gedanken, dass Grundrechtseingriffe unter unsicheren Umständen möglichst vermieden werden sollen, und dass die gesetzgeberischen Prämissen nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeitsprüfung Vorrang haben, wenn ein Grundrecht in solch einer Lage eingeschränkt wird (vgl. ALEXY, 2002: S. 416f.). In der Theorie scheint sie dann geeignet, wenigstens die Erkenntnispielräume im Rahmen der Prinzipienabwägung zu begründen.

Dies passiert aber nicht, da sie in der Gewichtsformel als ein bloßer Faktor wirkt, der das konkrete Gewicht eines materiellen Prinzips je nach dem Grad an Sicherheit der es stützenden Prämissen beeinflusst. Daraus kann aber kein Spielraum folgen, sondern nur eine mögliche Änderung des letztlichen Abwägungsergebnisses. Ihre Wirkung darauf ist daher lediglich punktuell, wobei sie den Quotienten der Gewichtsformel zugunsten des einen oder des anderen materiellen Prinzips modifiziert. Sie ist allerdings nicht geeignet, einen Raum verfassungsmäßiger Abwägungsergebnisse (d.h. einen Spielraum) zu erzeugen, innerhalb dessen der Gesetzgeber frei entscheiden darf (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 176f.).

Daraus kann man schlussfolgern, dass die Variable „S“, obwohl ihre Einfügung eine wichtige Weiterentwicklung der Prinzipientheorie darstellt, nicht die Funktion formeller Prinzipien im Rahmen des Abwägungsverfahrens rekonstruieren kann. Relative Autorität der ursprünglichen Abwägungsentscheidungen und dadurch die Schaffung von Spielräumen für den Gesetzgeber sind nicht beschreibbar.

II. Die Auffassung Jan-Reinard Sieckmanns zu formellen Prinzipien

Im Hintergrund der Auffassung Sieckmanns zu formellen Prinzipien steht seine Konzeption zur starken Trennungsthese zwischen Regeln und Prinzipien.³⁹

³⁹ Die starke Trennungsthese geht davon aus, dass Prinzipien und Regeln unterschiedliche logische Normstrukturen enthalten. Ihre Hauptvertreter sind Ronald Dworkin, Robert Alexy und Jan-Reinard

Obwohl sie einerseits in vielerlei Hinsicht mit der Alexy'schen Prinzipientheorie übereinstimmt, weicht sie andererseits davon in wichtigen Aspekten ab. Eine ausführliche Untersuchung dieser Unterscheidungen ist in der vorliegenden Arbeit nicht möglich, muss aber in Grundzügen vorgestellt werden.

A) SIECKMANNS UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN PRINZIPIEN UND REGELN

Während das Verständnis von Prinzipien als Optimierungsgebote im Mittelpunkt der Prinzipientheorie Alexys steht und es genügt, sie von Regeln zu differenzieren, verwendet Sieckmann verschiedene Kriterien, um diese Unterscheidung zu gestalten.

Nach seiner Auffassung sind Prinzipien ideale Zielbestimmungen (ideales Sollen), die als Gründe in Abwägungen verwendet werden. Obwohl sie ein Gebot vollständiger Geltung in allen Anwendungsfällen implizieren, gelten sie nicht strikt (definitiv), sondern lediglich *prima facie*, da sie im Rahmen des Abwägungsverfahrens durch gegenläufige normative Gründe (Prinzipien) gegebenenfalls überspielt werden können (SIECKMANN, 1990: S. 75ff.).⁴⁰

Daraus ergibt sich, dass Prinzipien sich nach Sieckmann anhand von drei Kriterien erkennen lassen (vgl. BOROWSKI, 2007: S. 96ff.):

- (i) Beteiligung an der Abwägung als Grund (Argument);
- (ii) woraus seine nicht strikte Geltung folge;
- (iii) da die Bestimmung seines Geltungsbereichs neben den tatsächlichen auch von den normativen Möglichkeiten abhängt.

Im Gegensatz dazu stehen die Regeln, die sich in zwei Arten gliedern:

- (i) die strikt geltenden Regeln, also Normen, deren Ausnahmen vollständig erfasst sind, womit sie vollständig in allen durch ihre jeweiligen Tatbestände umfassten Anwendungsfällen gelten (SIECKMANN, 1990: S. 55f.);

Sieckmann. Dieser steht sowohl die schwache Trennungsthese als auch die Übereinstimmungsthese entgegen. Zur Diskussion dazu vgl. BOROWSKI, 2007: S. 70ff.

⁴⁰ Sieckmanns Erläuterung zum Verständnis von Prinzipien als ideales Sollen: „Der ideale Charakter des Sollens besteht in der Abhängigkeit seiner Geltung von den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, verbunden mit einem Gebot vollständiger Geltung“ (SIECKMANN, 1990: S. 72).

- (ii) die nicht strikt geltenden Regeln, also subsidiäre Normen, deren vollständige Geltung rechtlich nicht geboten sei, womit sie nicht abwägungsfähig sind, die aber nicht strikt gelten, da ihre Anwendung weitere Prinzipienabwägungen erfordere (SIECKMANN, 1990: S. 74f.).

Anhand dieser Differenzierung kritisiert Sieckmann die von Alexy vertretene Einstufung von Prinzipien als Optimierungsgebote. Ihm zufolge gelten letztere strikt und seien folglich nicht abwägungsfähig, da die Relativierung ihrer jeweiligen Gebote schon in den Norminhalt einbezogen wird. Als Beispiel lässt sich das Prinzip (i.w.S.) der „Meinungsfreiheit“ nennen. Sein zu realisierendes Ziel (Prinzip i.e.S.) ist, dass „die Meinungsfreiheit herrschen soll“ (SIECKMANN, 1990: S. 64ff.). Wird die Meinungsfreiheit in einem bestimmten Fall beschränkt, wirkt das betreffende Prinzip als ein Argument im Rahmen der Abwägung, die alle ins Spiel kommenden Prinzipien (Argumente) berücksichtigen muss.

Wendet man die Definition von Optimierungsgebot auf die Meinungsfreiheit an, kommt man zum folgenden Norminhalt: „Die Meinungsfreiheit soll herrschen, soweit dies tatsächlich und rechtlich möglich ist.“ Dadurch wird die Relativierung des zu verfolgenden Gegenstands („Meinungsfreiheit“), die anhand der durchzuführenden Abwägung zu bestimmen ist, schon in die Norm einbezogen. Sie ist somit als strikt geltend und nicht abwägungsfähig zu verstehen, da – trotz ihrer Allgemeinheit – keine Ausnahme zu ihrem Inhalt denkbar ist. Daraus folgt, dass Optimierungsgebote, so Sieckmann, keinen Prinzipien-, sondern Regelcharakter haben und nicht zur Kennzeichnung von Prinzipien angewendet werden können (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 64f.).

B) SIECKMANNS KONZEPTION ZU FORMELLEN PRINZIPIEN

Wie oben gezeigt, lassen sich Prinzipien Sieckmann zufolge als ideales Sollen begreifen. Neben den materiellen beschreibt er formelle Prinzipien, die die Bindung an das Ergebnis früherer Rechtsetzungs- wie gesetzgeberischer Beschlüsse oder Rechtsanwendungsprozeduren wie gerichtlicher Urteile statuieren (vgl. SIECKMANN, 1988: S. 46f.; SIECKMANN, 1990: S. 147f.; SIECKMANN, 2009: S. 135ff.).

Nach Sieckmann können formelle Prinzipien einerseits als originär geltend und andererseits als aus materiellen Prinzipien abgeleitet angesehen werden. Damit deutet er darauf hin, dass ein und dasselbe formelle Prinzip verschieden begründet werden kann. Entscheidend ist, ob man es direkt anhand der Autorität der früheren

Entscheidung oder mittels eines materiellen Prinzips wie etwa der Rechtssicherheit oder des Demokratieprinzips rechtfertigt. Im letzteren Fall wäre es theoretisch sogar möglich, die Kompetenzebene einer Prinzipienabwägung ausschließlich mit Hilfe von materiellen Prinzipien zu rekonstruieren, was den Fokus der Diskussion zur Einführung der formellen Prinzipien in die Abwägung ändern könnte. Obwohl Sieckmann diese Möglichkeit erwähnt, entwickelt er sie nicht weiter (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 149). Stattdessen hat er sein sog. Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen geschaffen, das im Folgenden zu erläutern ist.

C) DAS MODELL KONKURRIERENDER RECHTSKONZEPTIONEN

Im Zusammenhang des Verhältnisses zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht weist Sieckmann darauf hin, dass die Funktion formeller Prinzipien die Begrenzung richterlicher Kontrollkompetenzen durch die Gewährung gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume ist (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 160).⁴¹ Sie wird anhand seines Modells konkurrierender Rechtskonzeptionen gestaltet, das der Rechtfertigung dient, warum Verfassungsrichter ihrer Ansicht nach verfassungswidrige Gesetze gegebenenfalls gültig beibehalten sollen.

Indem das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit einer autoritativen gesetzgeberischen Entscheidung überprüft, wägt es zunächst auf einer ersten Stufe die gegensätzlichen normativen Argumente ab, die diese Frage betreffen. Dabei setzt es eine Vorrangsrelation unter den ins Spiel kommenden materiellen Prinzipien fest, die dem Verfassungsgericht zufolge wahr und richtig ist und seiner (autonomen) Rechtskonzeption entspricht (vgl. SIECKMANN, 1988: S. 44; SIECKMANN, 2009: S. 28ff.).

Das Abwägungsverfahren kann aber nach Sieckmann zu unterschiedlich „richtigen“ (i.S.v. konsistenten, kohärenten und empirisch korrekten) Entscheidungen führen, da sie nicht aus vorgegebenen Kriterien abgeleitet werden können (vgl. SIECKMANN, 2009: S. 32f.). Weicht die Abwägungsentscheidung des Verfassungsgerichts von der des Gesetzgebers ab, wird es fraglich, welche Rechtskonzeption, die grundsätzlich gleichgeordnet sind und sich objektiv korrekt begründen lassen, vom Verfassungsgericht für vorrangig erachtet werden soll.⁴²

⁴¹ Zu weiteren Funktionen formeller Prinzipien (insbesondere Bindung an Präjudizien) vgl. SIECKMANN, 1990: S. 158ff.

⁴² Wenn es aber möglich sei, rational und objektiv festzustellen, dass die Rechtskonzeption des Gesetzgebers gar nicht vertretbar sei, sollen formelle Prinzipien vernachlässigt werden, vgl. SIECKMANN, 2009: S. 57.

Wenn es zum einen an seine Auslegung der Verfassung (Art. 1 III GG) gebunden sei, deren Vorrang gegenüber dem einfachen Recht abzusichern ist, müsse es zum anderen die Einschätzung des Gesetzgebers zu dem betreffenden Parlamentsgesetz, das offenbar von ihm für verfassungsgemäß gehalten wird, infolge der Gewaltenteilung respektieren (vgl. SIECKMANN, 2002: S. 399; SIECKMANN, 2009: S. 139f.).

Die Lösung dazu benötige Sieckmann zufolge eine weitere Abwägung (zweiter Stufe), nämlich zwischen den zwei konkurrierenden Rechtskonzeptionen, worunter die Kompetenzen des Gesetzgebers und des Verfassungsgerichts zu verstehen sind, das Recht zu interpretieren. Sie sind als formelle Prinzipien anzusehen und durch das Verfassungsgericht ausschließlich gegeneinander abzuwägen, was dem sog. Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen entspricht. Je nach Gewichtung im konkreten Fall wird die Kollision zugunsten des Verfassungsgerichts aufgelöst, wobei das Gesetz für verfassungswidrig erklärt wird, oder zugunsten des Parlaments, wobei es gültig bleibt (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 163; SIECKMANN, 2002: S. 398f.). Erst nach der Abwägung zweiter Stufe werde eine strikte Rechtsbindung bezüglich des Verfassungsgerichts erzeugt (vgl. SIECKMANN, 1988, S. 55; SIECKMANN, 1990: S. 163f.).

Es verdient auch hervorgehoben zu werden, dass dann, obwohl sich formelle Prinzipien lediglich auf Kompetenz-Aspekte zur Verfassungsinterpretation beziehen, der Grad der Beeinträchtigung des betreffenden materiellen Prinzips – so Sieckmann in einem späteren Aufsatz aus dem Jahr 2009 – auch eine Rolle bei der Bestimmung ihres konkreten Gewichts spielt (vgl. SIECKMANN, 2009: S. 59).

Die Abwägung anhand formeller Prinzipien (d.h. zweiter Stufe) diene Jan-Reinard Sieckmann zufolge der Feststellung, ob der Gesetzgeber sich im Rahmen seiner Entscheidungskompetenzen bewege. Wird dies bejahend beantwortet, soll die verfassungsgerichtliche Rechtskonzeption zurückgezogen und dem Gesetzgeber ein Spielraum gewährt werden, der sämtliche nach Maßgabe der Verfassung vertretbaren Rechtsinterpretationen zur betreffenden Frage umfasst (vgl. SIECKMANN, 1990: S. 160ff; SIECKMANN, 2002: S. 400; SIECKMANN, 2009: S. 59).⁴³

⁴³ Dazu behauptet Sieckmann, dass sein Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen dem Gesetzgeber neben strukturellen und Erkenntnis- auch sog. „kompetentiell begründete[.] Spielräume[.]“ gewähren kann, „die sich aus der Respektierung der Entscheidungskompetenzen des Gesetzgebers ergeben“ (SIECKMANN, 2002: S.400). Es ist aber fragwürdig, ob sie sich tatsächlich von den normativen Erkenntnispielräumen unterscheiden.

D) KRITIK AN SIECKMANN

Indem Sieckmann eine Abwägung zweiter Stufe ausschließlich zwischen formellen Prinzipien vertritt, die den Charakter von Optimierungsgegenständen im Sinn der Prinzipientheorie haben, rekonstruiert er die Autorität gesetzgeberischer Entscheidungen im Rahmen der Prinzipienabwägung in anderer Weise als die Alexy'sche Variable „S“. Seine Auffassung bildet aber eine Inkongruenz zwischen dem Begriff und der Struktur formeller Prinzipien.

Wie oben gezeigt, verbinden sich formelle Prinzipien mit früheren autoritativen Entscheidungen.⁴⁴ Sie sind mit den Worten von Sieckmann selbst „auf *Kompetenzen* bezogene Prinzipien“ (SIECKMANN, 2009: S. 56), die „prinzipiell die Geltung der in diesen Entscheidungen bestimmten Normen *unabhängig von ihrem Inhalt* begründen“ (SIECKMANN, 2009: S. 137).

Angenommen dass inhaltliche Aspekte der vom Verfassungsgericht nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu überprüfenden gesetzgeberischen Entscheidung keine Rolle bei der Abwägung zweiter Stufe spielen, wobei lediglich interprozedurale Strukturen (d.h. formelle Prinzipien) betrachtet werden, wird fragwürdig, ob sie überhaupt zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und somit verschieden umfangreiche Spielräume erzeugen können.

Es ist davon auszugehen, dass im Verhältnis von Verfassungsgericht und Gesetzgeber stets dieselben formellen Prinzipien ins Spiel kommen, nämlich die der Bindung an der eigenen und an der legislativen Rechtskonzeption. Da sie sich lediglich auf statische Aspekte der Kompetenz beziehen und sich auf den Inhalt des betreffenden Beschlusses – das Ergebnis der Kollision zwischen den materiellen Prinzipien – durchaus nicht stützen, besitzen sie aus Gründen der Kohärenz jeweils immer dieselben Gewichte.⁴⁵ Es wird also praktisch unmöglich, dass sich unterschiedliche Ergebnisse aus der Abwägung zweiter Stufe ergeben, womit sowohl die sich durchsetzende Rechtskonzeption als auch das angeblich daraus resultierende Ausmaß des Spielraums als unveränderbar anzusehen sind. Dies wäre selbstverständlich nicht vereinbar mit einem geeigneten Grundrechtsschutzsystem,

⁴⁴ Siehe Abschnitt C II.

⁴⁵ Indem Martin Borowski seine Konzeption formeller Prinzipien entwickelt, präzisiert er deren Auffassung als Optimierungsgegenstände und ermöglicht dadurch, dass das Gewicht formeller Prinzipien je nach den Bedingungen des konkreten Falls variiert. Dies relativiert die betreffende Behauptung. Siehe dazu Abschnitt E IV d.

wobei die Aufteilung der Entscheidungszuständigkeiten und die Bestimmung gesetzgeberischer Spielraumdimensionen anhand der Besonderheiten den konkreten Fall betreffender verfassungsrechtlicher Bedingungen festgesetzt werden müssen (vgl. AFONSO DA SILVA, 2003: S. 156f.).

Um dieser Kritik zu begegnen, hat Sieckmann später darauf hingewiesen, dass die Intensität der Beeinträchtigung bzw. Nichterfüllung der den zu untersuchenden Fall betreffenden Grundrechte das konkrete Gewicht formeller Prinzipien beeinflusse (vgl. SIECKMANN, 2009: S. 59). Dadurch könnte man unterschiedliche Ergebnisse im Rahmen des Abwägungsverfahrens zweiter Stufe erreichen und dessen Unveränderlichkeit vermeiden.

Indem dieser Alternativvorschlag aber ein materielles Element des zu überprüfenden Beschlusses als einen das Gewicht formeller Prinzipien bestimmenden Faktor berücksichtigt, widerspricht er deren Begrifflichkeit selbst, nach dem sie ausschließlich auf Kompetenzen bezogen und von inhaltlichen Entscheidungsaspekten völlig unabhängig sind. Er erschwert außerdem die tatsächliche Differenzierung zwischen materiellen und formellen Prinzipien, was die Rationalität der Abwägung beeinträchtigt. Dementsprechend ist die Auffassung Sieckmanns bezüglich formeller Prinzipien (zumindest in ihrer gegenwärtigen Lage) nicht geeignet, deren Funktion und die gesetzgeberischen Spielräume zufriedenstellend zu rekonstruieren.⁴⁶

III. Martin Borowski und formelle Prinzipien

Im Mittelpunkt der Auffassung Borowskis zu formellen Prinzipien steht das Verständnis, dass sie als Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie und somit als Optimierungsgegenstände zu kennzeichnen sind. Daraus ergebe es sich, so Borowski, dass eine gemeinsame Abwägung zwischen materiellen und formellen Prinzipien, deren Strukturen entsprechend seien, einfach und rational durchgeführt werden könne.

A) UNTERSCHIEDUNG VON FORMELLEN UND MATERIELLEN PRINZIPIEN

Sowohl materielle als auch formelle Prinzipien weisen Borowski zufolge einen Optimierungsgegenstand auf. Seine Auffassung nimmt somit ernst, dass

⁴⁶ Zu weiteren Kritiken an der Auffassung Sieckmanns bezüglich formeller Prinzipien siehe RAABE, 1998: S. 271ff.

prozedurale Prinzipien als Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie erfasst werden sollen. Daraus folgt nicht, dass beide gleichzusetzen sind. Der Unterschied besteht darin, dass der Optimierungsgegenstand (d.h. das, was sie inhaltlich prima facie verlangen) materieller Prinzipien aprioristisch, von einem beliebigen autoritativen Beschluss unabhängig festgelegt ist (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 24f.; BOROWSKI, 2013: S. 184ff.).

Im Gegensatz dazu ermächtigen formelle Prinzipien eines Organs bzw. einer Person, einen Optimierungsgegenstand in inhaltlicher Hinsicht zu bestimmen. Er wird durch die Ausübung der Kompetenz, Ermächtigung oder Rechtsmacht eines bestimmten Organs bzw. einer bestimmten Person festgelegt. Die Setzung eines solchen Optimierungsgegenstands erfolgt mittels einer institutionellen Handlung. Dadurch wird ein normatives Objekt (ein Teil einer Rechtsnorm) erzeugt, das durch das Verfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsmäßigkeitsprüfung des betreffenden Beschlusses (z.B. Parlamentsgesetzes) zu berücksichtigen ist (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 28f.; BOROWSKI, 2013: S. 186f.).

Bis zur Festsetzung ihres zu konkretisierenden Gegenstands sind formelle Prinzipien somit nicht abwägungsfähig. Indem die dadurch vorgesehene Kompetenz bzw. Ermächtigung ausgeübt und folglich ihr Optimierungsgegenstand bestimmt wird, erhalten sie die gleiche Struktur wie materielle Prinzipien und können damit abgewogen werden (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 187f.).

Formelle Prinzipien gliedern sich nach Borowski in zwei verschiedene Arten: akzessorische und nicht akzessorische formelle Prinzipien. Diese Differenzierung wird im Folgenden behandelt.

B) NICHT AKZESSORISCHE FORMELLE PRINZIPIEN UND ZWECKSETZUNGSSPIELRÄUME

Nicht akzessorische formelle Prinzipien sollen Borowski zufolge als formelle Prinzipien i.w.S. bezeichnet werden. Obwohl sie durch die bisherige Diskussion zum Thema vernachlässigt wurden, spielen sie auch eine Rolle im Rahmen der Rekonstruktion von gesetzgeberischen Spielräumen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 189).

Ihr Begreifen als formelle Prinzipien wird dadurch gerechtfertigt, dass sie ein Organ bzw. eine Person ermächtigen, den Inhalt ihres jeweiligen Optimierungsgegenstands festzusetzen. Nachdem diese Kompetenz ausgeübt wird,

identifizieren sie sich in Hinsicht auf die Struktur und das Kollisionsverhalten vollständig mit materiellen Prinzipien. Sie können dann unmittelbar miteinander abgewogen werden (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 31f.; BOROWSKI, 2013: S. 189f.).

Daraus lässt sich schließen, dass das konkrete Gewicht eines nicht akzessorischen Prinzips nach der Bestimmung seines Optimierungsgegenstands aus drei Variablen besteht: aus seinem abstrakten Gewicht; aus der Intensität des Eingriffs durch seine Nichterfüllung oder Beeinträchtigung; und aus der Sicherheit der Erkenntnis der zugrundeliegenden relevanten Prämissen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 195).

Da die oben erwähnten Faktoren genau dieselben sind, die das konkrete Gewicht eines materiellen Prinzips beeinflussen, behauptet Borowski, dass das nicht akzessorische formelle Prinzip (nach der Ausübung der Ermächtigung) ebenso wie ersteres als „inhaltliches Prinzip“ bezeichnet werden kann (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 190).

Als Beispiel dafür lässt sich die gesetzgeberische Zwecksetzungskompetenz nennen.⁴⁷ Setzt der Gesetzgeber ein kollektives Gut (Prinzip mit Verfassungsrang zweiten Grades wie z.B. die „Erhaltung und Förderung des Handwerks“⁴⁸) fest, dessen Verfolgung in ein Grundrecht (z.B. die Berufsfreiheit, Art. 12 I GG⁴⁹) eingreift, wird eine Kompetenz ausgeübt, die sich aus einem nicht akzessorischen formellen Prinzip ergibt. Sein zu optimierender Gegenstand – bis dann unbestimmt – wird durch den Erlass des betreffenden Gesetzes festgelegt. Will das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes prüfen, muss es dieses formelle Prinzip, dessen Optimierungsgegenstand („Erhaltung und Förderung des Handwerks“) durch den Gesetzgeber festgelegt wurde, direkt mit dem beschränkten Grundrecht (Berufsfreiheit) abwägen (vgl. BOROWSKI, 2010: 31f.; BOROWSKI, 2013: S. 189f.).

Es verdient betont zu werden, dass die Ausübung dieser Kompetenz bzw. Ermächtigung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit möglich, nicht aber zwingend ist. Die Entscheidung, ob der fragliche zu verfolgende Zweck erzeugt wird, gehört zum gesetzgeberischen Ermessen – Zwecksetzungsspielraum (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 32).

⁴⁷ Siehe oben Abschnitt D I a. Ein weiteres von Borowski genanntes Beispiel dafür sind selbstverständnisgeprägte Grundrechte wie die Glaubens- und Gewissensfreiheit, vgl. BOROWSKI, 2013: S. 190; BOROWSKI, 2010: S. 32f.

⁴⁸ BVerfGE 13, 97 (110).

⁴⁹ Dieses Beispiel bezieht sich auch auf BVerfGE 13, 97.

Angesichts dessen kann geschlossen werden, dass nicht akzessorische formelle Prinzipien nach Borowski wenigstens mit Zwecksetzungsspielräumen verknüpft sind.

C) AKZESSORISCHE FORMELLE PRINZIPIEN UND ERKENNTNISSPIELRÄUME

Im Gegensatz zu nicht akzessorischen formellen Prinzipien treten akzessorische formelle Prinzipien einem materiellen Prinzip auch nach Ausübung der zugrundeliegenden Kompetenz nicht selbstständig gegenüber. Sie verlangen nur, dass eine autoritative (z.B. vom Gesetzgeber getroffene) Abwägungsentscheidung, die sich ihrerseits auf kollidierende materielle Prinzipien bezieht, prima facie beachtet wird. Ihr Zweck ist es dann, die relative Autorität von gesetzgeberischen Beschlüssen im Rahmen des Abwägungsverfahrens zu rekonstruieren, was insoweit wichtig ist, als deren Verfassungsmäßigkeit durch das Verfassungsgericht überprüft wird (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 34; BOROWSKI, 2013: S. 188ff.).

Akzessorische formelle Prinzipien werden Borowski zufolge dem sog. „Law of Combination“ von Robert Alexy gemäß angewendet, nach dem formelle Prinzipien nur kombiniert mit materiellen Prinzipien andere materielle Prinzipien übertreffen können.⁵⁰ Deswegen können sie auch als formelle Prinzipien i.e.S. bezeichnet werden (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 189).

Erlässt der Gesetzgeber ein in das materielle Prinzip „A“ eingreifendes Gesetz, dem das materielle Prinzip „B“ zugrunde liegt, wird das akzessorische formelle Prinzip „C“, das Abwägungsentscheidungen des Gesetzgebers prima facie schützt, bei der Abwägung zwischen den betreffenden materiellen Prinzipien auf der Seite des Prinzips „B“ eingeordnet, was dessen konkretes Gewicht erhöht. Das Verfassungsgericht kann also ein solches Gesetz nur dann für verfassungswidrig erklären, wenn das Gewicht des Prinzips „A“ das kombinierte Gewicht des materiellen Prinzips „B“ und des formellen Prinzips „C“ überwindet (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 193f.).

Dies kann anhand eines von Borowski genannten Beispiels erläutert werden: Nehmen wir an, dass der Gesetzgeber einen Grenzwert für die Schwefeldioxidmenge im Abgas von Kohlekraftwerken festsetzen will, um die Umwelt zu schützen. Die

⁵⁰ Siehe C II b. Das Alexy'sche „Law of Combination“ wird, so Borowski, auf nicht akzessorische formelle Prinzipien nicht angewendet.

Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, die aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) folgt und die Setzung eines höchstmöglichen Grenzwerts prima facie verlangt, und das Staatsziel des Umweltschutzes, das im Art. 20a GG vorgesehen ist und einen möglichst niedrigen Grenzwert prima facie gebietet, stehen sich gegenüber. Nach Abwägung dieser beiden Werte erlässt der Gesetzgeber ein Gesetz, das als Kompromiss einen Grenzwert von 1000mg Schwefeldioxid pro m³ Abluft von Kohlekraftwerken bestimmt (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 33; BOROWSKI, 2013: S. 154 und 191).

Die vom Verfassungsgericht durchzuführende Überprüfung seiner Verfassungsmäßigkeit wird nachher erforderlich. Es nimmt dann eine eigene Abwägung der kollidierenden materiellen Prinzipien Berufsfreiheit und Umweltschutz am Maßstab seiner Auslegung der Verfassung vor. Kommt es dabei zu demselben Ergebnis des Gesetzgebers und bestätigt es dessen Kompromiss, lässt sich das Gesetz als verfassungsgemäß einstufen (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 34; BOROWSKI, 2013: S. 191).

Weicht aber seine Abwägungsentscheidung von der des Parlaments ab, kommt das (akzessorische) formelle Prinzip, das die autoritative Dimension der gesetzgeberischen Entscheidung rekonstruiert, ins Spiel, wobei zwei Szenarien differenziert werden können. Der vom Verfassungsgericht für angemessen gehaltene Grenzwert kann niedriger oder höher als 1000mg ausfallen. Während im letzteren Fall das formelle Prinzip an die Seite der Berufsfreiheit tritt, da sie prima facie einen höheren Grenzwert fordert, soll es im ersteren auf die Seite des Umweltschutzes gestellt werden, der prima facie einen niedrigeren erfordert. Unabhängig davon, auf welcher Seite es bei der Abwägung betrachtet wird, verursacht es einen Anstieg des konkreten Gewichts des ihm nebenstehenden materiellen Prinzips. Dadurch wird ermöglicht, dass divergierende gesetzgeberische Abwägungsentscheidungen innerhalb bestimmter Grenzen, die umso breiter sind, je schwerer das formelle Prinzip ist, durch das Verfassungsgericht für verfassungsgemäß gehalten werden können (vgl. BOROWSKI, 2010: S. 34f.; BOROWSKI, 2013: S. 193f.).

Daraus ist zu schließen, dass das akzessorische formelle Prinzip erst ins Abwägungsverfahren und folglich in die Gewichtsformel aufgenommen wird, wenn sowohl die zu kontrollierende Abwägungsentscheidung getroffen als auch die Abwägung der einschlägigen materiellen Prinzipien durch das kontrollierende Organ durchgeführt wurden (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 194).

Die Anwendung eines solchen formellen Prinzips begründet, so Borowski, einen Spielraum des Gesetzgebers, der die jeweils größtmögliche Abweichung von dem verfassungsgerichtlichen Abwägungsergebnis (1000mg) der materiellen Prinzipien in jede Richtung umfasst. Dies bezieht sich nach Einstellung des formellen Prinzips sowohl auf die Seite der Berufsfreiheit als auch auf die Seite des Umweltschutzes. Angenommen, dass (i) das Verfassungsgericht in dem oben beschriebenen Beispiel einen Grenzwert von 800mg Schwefeldioxid pro m³ Abluft von Kohlekraftwerken für das richtige Abwägungsergebnis hält und (ii) das formelle Prinzip eine Abweichung von 300mg in beide Richtungen rechtfertigen könnte, läge der gesetzgeberische Spielraum zwischen einem Grenzwert von 500mg bis 1100mg Schwefeldioxid pro m³ Abluft (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 194).

Schließlich ist zu betonen, dass Borowski nicht darauf hinweist, ob akzessorische formelle Prinzipien alle Arten von gesetzgeberischen Spielräumen verursachen können. Indem er solche Prinzipien ausdrücklich mit dem Alexy'schen „Law of Combination“ verknüpft und dann feststellt, dass es „in der Rekonstruktion epistemischer Spielräume einen tiefen Sinn besitzt“ (BOROWSKI, 2013: S. 188)⁵¹, hinterlässt er den Eindruck, dass akzessorische formelle Prinzipien lediglich mit ErkenntnisSpielräumen zu verbinden seien.

D) STRUKTUR UND GEWICHT AKZESSORISCHER FORMELLER PRINZIPIEN

Akzessorische formelle Prinzipien sind nach Borowski auch Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie. Daraus folgt, dass sie genauso wie die nicht akzessorischen formellen Prinzipien strukturelle Gemeinsamkeiten mit materiellen Prinzipien aufweisen. Dementsprechend wird das konkrete Gewicht akzessorischer formeller Prinzipien auch aus drei Variablen bestimmt: ihrem abstrakten abstrakten Gewicht; der Intensität des Eingriffs durch ihre Nichterfüllung; und der Sicherheit der Erkenntnis ihrer zugrundeliegenden relevanten Prämissen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 194ff.).

Die Gestaltung dieser Variablen im Rahmen akzessorischer formeller Prinzipien weist allerdings Besonderheiten auf, die im Folgenden zu untersuchen sind.

⁵¹ Dazu stellt Borowski außerdem fest: „Alexy's ‚Law of Combination‘ points to an important property of formal principles employed in the reconstruction of epistemic discretion“ (BOROWSKI, 2010: S. 35).

aa. Das abstrakte Gewicht

Das abstrakte Gewicht eines akzessorischen formellen Prinzips bezieht sich auf dessen allgemeine Bedeutung im Vergleich zu anderen Prinzipien. Je größer das ihm beigemessene abstrakte Gewicht ist, desto umfangreicher ist der daraus sich ergebende Spielraum unter sonst gleichen Bedingungen (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 195f.).

In Hinsicht auf das formelle Prinzip der Entscheidungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers unter Bedingungen epistemischer Unsicherheit ist hervorzuheben, dass man ihm wegen des Demokratieprinzips (Art. 20 I und II GG) einen hoch abstrakten Wert beimessen muss. Dies wird offensichtlich, wenn man die Bedeutung dieses Prinzips im Vergleich zu anderen formellen Prinzipien betrachtet, die die relative Autorität von Abwägungsentscheidungen anderer Staatsorgane mit einem geringeren Grad an demokratischer Legitimation (wie z.B. der Exekutive) rekonstruieren (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 195f.).

bb. Eingriffsintensität durch Nichterfüllung

Wie oben gezeigt, verlangen akzessorische formelle Prinzipien, dass eine autoritative Abwägungsentscheidung *prima facie* beachtet wird. Dies ist ihr Optimierungsgegenstand, der so umfangreich wie möglich zu verwirklichen ist. Wenn das Verfassungsgericht somit ein Parlamentsgesetz beiseitelässt, greift es in das formelle Prinzip ein, das dessen Befolgung erfordert. Dementsprechend wird der Wert der Variable „I“ (Intensität des Eingriffs durch Nichterfüllung) und folglich das konkrete Gewicht dieses formellen Prinzips im Rahmen des Abwägungsverfahrens gesteigert (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 196).

Daraus ergibt sich die Frage, ob so ein Optimierungsgegenstand (i) graduell (ii) oder entweder doch oder nicht erfüllt werden kann. Wenn man der Meinung ist, dass eine Entscheidung nur beachtet oder nicht beachtet werden kann, wird die graduelle Erfüllbarkeit des akzessorischen formellen Prinzips unmöglich. In diesem Fall wird aber der Grad der Abweichung von dem Inhalt der früheren Entscheidung durch die Entscheidung des kontrollierenden Organs nicht berücksichtigt. Verdeutlicht man dies anhand des vorgenannten Beispiels, wird es bezüglich des formellen Prinzips völlig unbedeutend, ob das Verfassungsgericht einen Grenzwert von 999mg, 300mg oder 2000mg Schwefeldioxid pro m³ Abluft für richtig hält. In allen diesen Fällen wäre die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers (1000mg) als vollständig vernachlässigt zu betrachten (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 196).

Im Gegensatz dazu ist es auch möglich zu erachten, dass die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung mehr oder weniger respektiert werden kann. Je mehr die verfassungsgerichtliche Entscheidung von dem Inhalt des zu überprüfenden Gesetzes abweicht – so müsste das Ergebnis lauten – desto größer wird das Gewicht des einschlägigen formellen Prinzips. Illustriert am Beispiel des Schwefeldioxids lässt sich schlussfolgern, dass der Grad der Nichterfüllung des formellen Prinzips der Entscheidungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers bei einer verfassungsgerichtlichen Abwägungsentscheidung von 2000mg höher ausfällt als bei einer Festlegung von 999mg (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 196f.).

Da letztere Alternative am flexibelsten ist und akzessorische formelle Prinzipien an materielle Prinzipien, die auch graduell erfüllbar sind, annähert, scheint sie vorzugswürdig zu sein (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 197).

cc. Sicherheit der Erkenntnis der zugrundeliegenden relevanten Prämissen

Die dritte und letzte Variable, die auf das Gewicht akzessorischer formeller Prinzipien wirkt, bezieht sich auf die Sicherheit der Erkenntnis aller empirischen und normativen Prämissen, die der zu überprüfenden Gesamtabwägungsentscheidung zugrunde liegen. Sie entspricht der zuvor erwähnten Variable „S“⁵² und ihr Einbezug in die Struktur akzessorischer formeller Prinzipien wird dadurch gerechtfertigt, dass der daraus sich ergebende Spielraum, so Borowski, eine epistemische Natur (Erkenntnispielräume) hat und somit vom Maß der epistemischen Unsicherheit der Abwägungsentscheidung beeinflusst werden muss (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 197f.).

Dementsprechend wird das Gewicht des akzessorischen formellen Prinzips und folglich der Umfang des fraglichen gesetzgeberischen Spielraums umso höher, je größer die epistemische Unsicherheit ist. Verschwindet aber diese Unsicherheit, fällt das Gewicht des betreffenden formellen Prinzips auf null und der Erkenntnispielraum wird getilgt (vgl. BOROWSKI, 2013: S. 197f.).

E) KRITIK AN BOROWSKI

Wie oben gezeigt, gestaltet Martin Borowski formelle Prinzipien nach Maßgabe der Prinzipientheorie. Ihm zufolge sind sie als Optimierungsgegenstände zu verstehen, die darauf abzielen, gesetzgeberische Spielräume zu begründen.

⁵² Siehe oben Abschnitt E I b.

Im Mittelpunkt seiner Auffassung steht deren Gliederung in akzessorische und nicht akzessorische formelle Prinzipien. Während erstere mit sowohl empirischen als auch normativen Erkenntnispielräumen verknüpft seien, bezögen sich letztere auf Zwecksetzungsspielräume.

Seine Ansicht begreift formelle Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie und erläutert konsistent, wie ihr Charakter vom Optimierungsgegenstand erfasst werden soll und wie sie gesetzgeberische Spielräume verursachen. Borowski verbindet außerdem die Variablen – insbesondere die des abstrakten Gewichts und die der Eingriffsintensität –, die das Gewicht akzessorischer formeller Prinzipien bestimmen, im Wesentlichen nur mit prozeduralen Elementen. Dies bewahrt die Kohärenz des vorgeschlagenen Modells durch die Beachtung des Begriffs von formellen Prinzipien. Trotz dieser positiven Aspekte lässt sich seine Auffassung an zwei Punkten kritisieren.

aa. Der Einbezug der Variable „S“ in die Struktur akzessorischer formeller Prinzipien verstößt gegen den Begriff des formellen Prinzips

Borowski verknüpft, wie oben erwähnt, akzessorische formelle Prinzipien mit Erkenntnispielräumen. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Sicherheit der empirischen und normativen Prämissen, die der zu überprüfenden gesamten Abwägungsentscheidung zugrunde liegen, wegen seiner epistemischen Natur auch eine Rolle bei der Bestimmung der Größe des sich daraus ergebenden Spielraums spielen muss. Deswegen bezieht er die Variable „S“ in die Struktur solcher Prinzipien ein.

Indem er aber ein materielles Element der zu überprüfenden Entscheidung (nämlich die Sicherheit ihrer Prämissen) als einen Faktor berücksichtigt, der das Gewicht (akzessorischer) formeller Prinzipien bestimmt, widerspricht er ihrem Begriff, nach dem sie lediglich auf prozedurale Fragen bezogen sind und unabhängig vom Inhalt der betreffenden Abwägungsentscheidung gelten.

Zieht man in Betracht, dass die Sicherheit der Prämissen, die der zu überprüfenden Entscheidung zugrunde liegen, schon im Rahmen des Abwägungsverfahrens berücksichtigt wird, da sie ein Bestandteil der Struktur materieller Prinzipien ist, lässt sich schließen, dass der Ausschluss der Variable „S“ aus den akzessorischen formellen Prinzipien (oder wenigstens ihrer Umgestaltung) vernünftig sein kann. Dies würde nämlich zum einen zu Rationalität und Kohärenz

ihrer Gestaltung (mittels der Beseitigung aller inhaltlichen Elemente) beitragen und zum anderen den Einfluss von epistemischen Fragen bei der Bestimmung der Größe Erkenntnispielräume nicht vermeiden. Die Bezeichnung akzessorischer formeller Prinzipien als Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie würde dadurch auch nicht beeinträchtigt, da sie den Charakter von Optimierungsgegenständen nicht verlieren.

bb. Seine Auffassung klärt nicht auf, wie die anderen Arten von strukturellen Spielräumen anhand formeller Prinzipien erzeugt werden

Die Auffassung Borowskis rekonstruiert mit Klarheit und Konsistenz Erkenntnispielräume (mittels akzessorischer formeller Prinzipien) und Zwecksetzungsspielräume (mittels nicht akzessorischer formeller Prinzipien). Es wird allerdings nicht erörtert, wie die anderen Arten von strukturellen Spielräumen – Abwägungsspielraum und Mittelwahlspielraum – anhand formeller Prinzipien erzeugt werden.

IV. Zwischenergebnis

Wie oben gezeigt, bestehen verschiedene Auffassungen zur Struktur formeller Prinzipien. Sie wurden unter Berücksichtigung zweier Faktoren untersucht und kritisiert: (i) ihr Verständnis des Begriffs formeller Prinzipien, die ausschließlich kompetenzorientierte Prinzipien sind, und (ii) ihre Angemessenheit, die Funktion formeller Prinzipien, die Begründung aller Arten gesetzgeberischer Spielräume, im Rahmen des Abwägungsverfahrens vollständig zu rekonstruieren.⁵³ Die folgenden Ergebnisse können festgehalten werden.

Alexy rekonstruiert formelle Prinzipien anhand der Variable „S“.⁵⁴ Sie beziehe sich auf die Prämissen, die der zu überprüfenden Abwägungsentscheidung zugrunde liegen, und verursache gesetzgeberische (epistemische) Spielräume. Obwohl der Einbezug dieser Variable einen wichtigen Fortschritt im Rahmen des Abwägungsverfahrens darstellt, erscheint dies nicht geeignet, Spielräume zu gestalten. Die Variable „S“ wirkt nämlich in der Gewichtsformel lediglich als ein bloßer Faktor, der das konkrete Gewicht eines materiellen Prinzips je nach dem Grad an Sicherheit der es stützenden Prämissen beeinflusst. Daraus ergibt es sich aber kein Spielraum, sondern nur eine mögliche Änderung des letztlichen Abwägungsergebnisses.

⁵³ Siehe oben Abschnitt C II.

⁵⁴ Siehe oben Abschnitt E I.

Die Auffassung Sieckmanns wirft auch eine Reihe von Fragen auf. Zugespitzt geht er davon aus, dass gesetzgeberische Spielräume anhand einer Abwägung zweiter Stufe ausschließlich zwischen formellen Prinzipien, die die zwei betreffenden konkurrierenden Rechtskonzeptionen vertreten, verursacht werden. Dies ist aber durchaus bedenklich.⁵⁵

Angenommen, im Verhältnis vom Verfassungsgericht zum Gesetzgeber kommen stets dieselben formellen Prinzipien – die der Bindung an die eigenen und an die legislativen Rechtskonzeptionen – ins Spiel, die sich lediglich auf statische kompetenzorientierte Aspekte beziehen und vermutlich immer dieselben Gewichte besitzen, wird es fragwürdig, ob solche Prinzipien überhaupt zu unterschiedlichen Abwägungsergebnissen führen und somit verschieden umfangreiche Spielräume erzeugen können. Diese Kritik verstärkt sich, wenn man berücksichtigt, dass der Einschluss von inhaltlichen Aspekten in die Struktur formeller Prinzipien, was die Erreichung von unterschiedlichen Abwägungsergebnissen ermöglichen könnte und von Sieckmann vorgeschlagen wurde, dem Begriff formeller Prinzipien selbst widerspricht und daher aus Gründen der Kohärenz vermieden werden sollte.

Die Auffassung Borowskis begreift formelle Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie und erläutert konsistent, wie deren Charakter vom Optimierungsgegenstand erfasst werden soll und wie sie gesetzgeberische Spielräume verursachen.⁵⁶ Die Struktur dieser Prinzipien wird im Wesentlichen mit prozeduralen Elementen verbunden, was zur Kohärenz des Modells beiträgt. Aus diesen Gründen ist sie unten den hier untersuchten Auffassungen vorzugswürdig.

Trotzdem dürfen zwei bedenkliche Aspekte nicht übersehen werden. Erstens stellt der Einbezug der Variable „S“ und deren Verknüpfung mit der Sicherheit der Erkenntnis von Prämissen, die der zu überprüfenden Abwägungsentscheidung zugrunde liegen, einen problematischen Einbezug des inhaltlichen Faktors in das formelle Prinzip dar, welches sich begrifflich lediglich auf prozedurale Fragen bezieht. Da diese Variable schon ein Bestandteil materieller Prinzipien ist und somit im Rahmen des Abwägungsverfahrens berücksichtigt wird, erscheint es vernünftig, sie entweder aus der Struktur formeller Prinzipien auszuschließen oder sie umzugestalten, um inhaltliche Aspekte vollständig zu beseitigen. Zweitens muss hervorgehoben werden, dass sich die Auffassung Borowskis darauf beschränkt,

⁵⁵ Siehe oben Abschnitt E II.

⁵⁶ Siehe oben Abschnitt E IV.

Zwecksetzungsspielräume mittels nicht akzessorischer formeller Prinzipien und sowohl empirische als auch normative Erkenntnispielräume mittels akzessorischer formeller Prinzipien zu begründen. Die anderen Arten von strukturellen Spielräumen – Abwägungsspielraum und Mittelwahlspielraum – werden zumindest ausdrücklich nicht behandelt.⁵⁷ Eine vollständige Rekonstruktion der Funktion formeller Prinzipien im Rahmen des Abwägungsverfahrens macht es aber erforderlich, dass sie dadurch auch begründet werden.

Zieht man in Betracht, dass Abwägungsspielräume sich aus Abwägungspatts ergeben, wenn zwischen dem Gewicht des durch den Eingriff zu verfolgenden Ziels auf der einen Seite und der Eingriffsintensität auf der anderen Seite nicht festgestellt werden kann, welches schwerer wiegend und somit unter den fraglichen Umständen vorrangig ist, lässt sich schließen, dass sie auch mittels akzessorischer formeller Prinzipien rekonstruiert werden können.⁵⁸ Dazu reicht es aus, die Entscheidungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Fall von Abwägungspatts in Form eines akzessorischen formellen Prinzips zu rekonstruieren und in das Abwägungsverfahren auf der Seite des durch die gesetzgeberische Maßnahme zu verfolgenden Ziels, d.h. des Grundrechts, einzustellen. Das zusätzliche Gewicht, das dieses Grundrecht durch das formelle Prinzip erlangt, löst das Abwägungspatt zugunsten des Gesetzgebers auf. Infolgedessen wird das Verfassungsgericht verpflichtet, die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung zu beachten und damit für verfassungsgemäß zu halten.

Dasselbe gilt für Mittelwahlspielräume. Sie entstehen dadurch, dass der Staat grundrechtlich zum positiven Handeln verpflichtet ist.⁵⁹ Will der Staat ein bestimmtes Ziel erreichen, das anhand verschiedener positiver staatlicher Handlungen (Mittel) und nur mittels eines Eingriffs in ein bestimmtes kollidierendes Grundrecht realisierbar ist, darf er das durchzuführende Mittel frei wählen, soweit darunter kein wichtiger Unterschied bezüglich des Maßes des zu verwirklichenden Ziels und der Eingriffsintensität in das kollidierende Grundrecht besteht.

Mittelwahlspielräume entstehen also dann, wenn das Abwägungsergebnis zwischen einem bestimmten Leistungsgrundrecht und dem fraglichen kollidierenden Grundrecht gleich ist, unabhängig davon, welche von den betreffenden staatlichen

⁵⁷ Siehe oben Abschnitt D I.

⁵⁸ Siehe oben Abschnitt D I b.

⁵⁹ Siehe oben Abschnitt D I c.

Maßnahmen (Mittel) berücksichtigt wird. Diese Lage entspricht einem Paritätsverhältnis nicht zwischen den kollidierenden Grundrechten, sondern zwischen verschiedenen Abwägungsergebnissen. Dieses Paritätsverhältnis zwischen verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten kann auch durch ein formelles Prinzip aufgelöst werden, indem es bei der Abwägung, die sich auf die vom Gesetzgeber getroffene Maßnahme bezieht, auf der Seite des zu verwirklichenden Leistungsgrundrechts eingestellt wird (AFONSO DA SILVA, 2003: S. 197f.). Dies steigert das Gewicht dieses Grundrechts, ändert das Ergebnis dieser Abwägung und dadurch zerstört es das Gleichgewicht zwischen den Abwägungsergebnissen der verschiedenen Maßnahmen.

Indem man also (i) die Auffassung Borowskis zu formellen Prinzipien übernimmt, (ii) die Variable „S“ aus ihrer Struktur entfernt und (iii) die Anwendung akzessorischer formeller Prinzipien sowohl auf Abwägungsspielräume als auch auf Mittelwahlspielräume erweitert, rekonstruiert man formelle Prinzipien im Rahmen des Abwägungsverfahrens in einer vollständig geeigneten Form. Dadurch beachtet man nämlich zum einen deren Begriff, da inhaltliche Elemente völlig ausgeschlossen sind, und vollzieht zum anderen deren vollständige Funktion nach, da alle Arten von gesetzgeberischen Spielräumen erzeugt werden.

F. GESAMTERGEBNIS

Das Ziel der vorliegenden Arbeit bestand hauptsächlich darin, die verschiedenen Auffassungen zu formellen Prinzipien einer kritischen Analyse zu unterziehen. Dafür ist in den Blick zu nehmen, dass sie sich begrifflich nur auf kompetenzorientierte Aspekte beziehen und alle Arten gesetzgeberischer Spielräume im Rahmen des Abwägungsverfahrens rekonstruieren sollen.

Als Gesamtergebnis kann festgestellt werden, dass die Auffassung Borowskis am konsistentesten gesetzgeberische Spielräume mittels formeller Prinzipien rekonstruiert und gleichzeitig ihren Begriff beachtet. Schließt man die Variable „S“ der Struktur akzessorischer formeller Prinzipien aus und erweitert man deren Anwendung auch auf Abwägungs- und Mittelwahlspielräume, wird ein vernünftiges und kohärentes Modell formeller Prinzipien erzeugt, das alle Arten von gesetzgeberischen Spielräumen begründet und inhaltliche Aspekte nicht einbezieht.

Dieses Modell ist daher dazu geeignet, den Dialog zwischen dem Verfassungsgericht und dem Gesetzgeber mittels der Gewährung von Spielräumen

zu fördern, was die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 I und II GG) in Einklang bringt und somit zu deren Legitimität beiträgt.⁶⁰

Literaturverzeichnis

Afonso da Silva, Virgílio, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, Baden-Baden 2003.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Sinzheim 1994.

_____, Postscript, in: A Theory of Constitutional Rights (übers. von Julian Rivers), Oxford 2002, S. 388–425.

_____, Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL, Berlin 2002 (N. 61), S. 7–30.

_____, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 771–792.

_____, Begriff und Geltung des Rechts, 3. Auflage (Studienausgabe), Bamberg 2011.

_____, Comments and Responses, in: Matthias Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Oxford 2012, S. 319–356.

Badenhop, Johannes, Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2010.

Bickel, Alexander M., Foreword: The Passive Virtues, in: Harvard Law Review, Cambridge, November 1961 (V. 75, N. 1), S. 40–79.

_____, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Binghamton 1986.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 159–199.

_____, Demokratische Willensbildung und Repräsentation (§30), in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, Heidelberg 1998, S. 29–48.

_____, Demokratie als Verfassungsprinzip (§24), in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Heidelberg 2004, S. 429–496.

_____, Recht, Staat, Freiheit, Baden-Baden 2006.

Borowski, Martin, Prinzipien als Grundrechtsnormen, in: ZöR, Wien 1998 (N. 53), S. 307–335.

_____, Grundrechte als Prinzipien, 2. Auflage, Baden-Baden 2007.

⁶⁰ Es verdient betont zu werden, dass das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit dessen Mitgliedstaaten auch von den formellen Prinzipien profitieren kann, wobei sie angewendet werden können, um die diesen Staaten gewährten Entscheidungsspielräume zu begründen und ihnen dadurch ein geeignetes Maß an Gestaltungsfreiheit zu gewährleisten. Da die Anwendung formeller Prinzipien auf europäischer Ebene aber durchaus komplex ist, war es aus Platzgründen nicht möglich, sie innerhalb dieser Arbeit zu erforschen.

_____, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, in: Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 99–128.

_____, The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s „Law of Combination“, in: ders. (Hrsg.), On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop „The Principles Theory“ held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Krakau 2007, Stuttgart 2010, S. 19–35.

_____, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Matthias Klatt (Hrsg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Tübingen 2013, S. 151–199.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Guildford 1994.

_____, Constitutionalism and Democracy, in: European Journal of Philosophy, April 1995 (V. 3, N. 1), S. 2–11.

Drossel, Jan-Marcel, Das letzte Wort des Bundesverfassungsgerichts: Ein undemokratischer Mechanismus?, in: Dominik Elser u.a. (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie: 53. Assistententagung Öffentliches Recht, Bern 2013, S. 255–274.

Enzmann, Birgit, Der demokratische Verfassungsstaat: Entstehung, Elemente, Herausforderungen, Wiesbaden 2012.

Friedman, Barry, Dialogue and Judicial Review, in: Michigan Law Review, Ann Arbor, Februar 1993 (V. 91, N. 4), S. 577–682.

Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1994.

Isensee, Josef, Grundrechte und Demokratie: Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, Bonn 1981.

Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.

Kelsen, Hans, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Tübingen 2008.

Klatt, Matthias/Johannes Schmidt, Spielräume im Öffentliches Recht, Tübingen 2010.

Mendes, Conrado H., Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, São Paulo 2011.

Raabe, Marius, Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag, in: Christoph Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft: 34. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Wien 1994, S. 83–100.

_____, Grundrechte und Erkenntnis, Baden-Baden 1998.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931.

Schmitt Glaeser, Walter, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung (§31), in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, Heidelberg 1998, S. 49–71.

Sieckmann, Jan-Reinard, Das System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen, in: Rudolf Mellinghoff/Hans-Heinrich Trute (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts: Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988, S. 39–60.

_____, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.

_____, Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung, in: *Der Staat*, Berlin 2002 (41. Band, Heft 1/4), S. 385–405.

_____, *Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden 2009.

_____, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden 2009, S. 39–66.

Starck, Christian, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen 1995.

Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, Teilbd. 1, München 1988.

Waldron, Jeremy, The Core of the Case Against Judicial Review, in: *The Yale Law Journal*, New Haven 2006 (N. 115), S. 1346–1406.