

“DIE ABWÄGUNG IM STUFENBAU DES RECHTS”

Prof. Dr. Martin Borowski
Professor für Rechtsphilosophie
und Öffentliches Recht
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Mit der Prinzipientheorie hat Robert Alexy in den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts die rechtstheoretische Erklärung für die Abwägung geliefert,¹ die in den Jahrzehnten vorher mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zentrale praktische Bedeutung erlangt hatte.² Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bildet zusammen mit der Abwägung mittlerweile eine zentrale Figur der deutschen Rechtsordnung,³ vieler anderer nationaler Rechtsordnungen und auch der Rechtsordnung des Unionsrechts⁴ und des Völkerrechts.⁵ Zudem ist die

¹Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. (Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1996), S. 71-157.

²Einen wichtigen Meilenstein bildet die „Wechselwirkungslehre“ im Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1958: „Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und ‚allgemeinem Gesetz‘ ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die ‚allgemeinen Gesetze‘ aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die ‚allgemeinen Gesetze‘ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“ (BVerfGE 7, 198 (208-209).

³Vgl. nur *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl. (C.F. Müller: Heidelberg, 2004), S. 541-612 (591-593); vgl. auch *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2 (C.H. Beck: München 1994), S. 761-837.

⁴Die Anforderung der Verhältnismäßigkeit unionalen Handelns wird in Art. 5 I 2 EUV im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und in Art. 52 I 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die nach Art. 6 I EUV in das bindende Primärrecht der Union inkorporiert wird, im Verhältnis von Union und Unionsbürger und sonstigem Gewaltunterworfenen etabliert. Vorher und darüber hinaus behandelten und behandeln die Unionsgerichte die Verhältnismäßigkeit zudem als „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ des Unionsrechts, vgl. nur *Paul Craig/Gráinne de Búrca*, *EU Law*, 5. Aufl. (Oxford University Press: Oxford, 2011), S. 109.

⁵In der Europäischen Menschenrechtskonvention als Teil des regionalen Völkerrechts Europas wird die Verhältnismäßigkeit besonders in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg sichtbar, siehe hierzu *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. (C.H. Beck/Helbing/Manz: München/Basel/Wien, 2012), S. 129-134; *Anne Peters/Tilman Altwicker*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. (C.H. Beck: München, 2012), S. 31-32. Im universellen Völkerrecht sind Tendenzen zur Entwicklung hin zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz

Abwägung als Methode der Rechtsanwendung kategorial gleichrangig neben die Subsumtion getreten,⁶ welche die klassische Methodenlehre noch ganz beherrschte.⁷

Die Abwägung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit und deren prinzipientheoretische Rekonstruktion sind jedoch nicht unbestritten geblieben. Ein grundlegender Einwand gegen die prinzipientheoretische Rekonstruktion von Normen besteht darin, diese und die mit ihr verbundene Abwägung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zerstöre den Stufenbau des Rechts. In den Worten Matthias Jestaedts:

„In seiner verfassungssolipsistischen Tendenz fällt es dem Prinzipienansatz schwer, Stufung und Ausdifferenzierung des Rechtsgewinnungsprozesses zu reflektieren. – Wie die Prinzipientheorie im ganzen ist auch ihr Herzstück, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Gefahr ausgesetzt, durch seinen differenzierungsfeindlichen Universalitätsanspruch den Stufenbau des Rechts zu konterkarieren.“⁸

Es verwundert nicht, dass gerade Jestaedt, der sich mit der Herausgeberschaft der Gesamtausgabe der Werke Kelsens rechtstheoretische Verdienste erworben hat und erwirbt, den Einwand auf den Stufenbau bezogen und klar formuliert hat. Ganz neu ist der Einwand indes nicht. Das allgemeine Unbehagen daran, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit traditionelle Strukturen der Rechtsordnung angeblich relativiert oder auflöst, ist schon früher verschiedentlich formuliert worden⁹ – so hat beispielsweise Fritz Ossenbühl vor einer „Knochenerweichung der Rechtsordnung“ durch Abwägung gewarnt.¹⁰

sichtbar, vgl. nur *Anne Peters* in Bruno Simma/Daniel-Erasmus Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus, *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. (Oxford University Press: Oxford, 2012), Art. 25 UN Charta, Rn 106.

⁶Vgl. *Robert Alexy*, On Balancing and Subsumption, *Ratio Juris* 16 (2003), S. 433-449; *Martin Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Matthias Klatt (Hg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2013), S. 151-199 (151).

⁷Vgl. nur *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. (Springer: Berlin et al., 1991), S. 271-277 *et passim*.

⁸*Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (Mohr Siebeck: Tübingen, 1999), S. 235, Fn. 119 [Anm. ausgelassen].

⁹Vgl. nur *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2 (Fn. 3), S. 774-775.

¹⁰*Fritz Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck: München, 1993), S. 151-164 (151). Vgl. bereits *ders.*, Diskussionsbeitrag, in:

Besteht das Skelett der Rechtsordnung – um Ossenbühls Metapher aufzunehmen – nicht zuletzt in der Gliederung der Normen der Rechtsordnung in verschiedene Stufen des Stufenbaus, dann liegt die beschworene „Knochenerweichung“ in der Zerstörung der klaren Strukturen des Stufenbaus.

Auch der jeweilige rechtsphilosophische Hintergrund und Kontext von Stufenbau und Abwägung nährt Zweifel, ob sich beide bruchlos verbinden lassen. Der Stufenbau des Rechts bildet ein zentrales Element der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens und seiner Kollegen und Schüler in der „Wiener rechtstheoretischen Schule“, der deutschsprachigen Variante des Positivismus im 20. Jahrhundert *par excellence*. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien hingegen geht zurück auf Ronald Dworkin und dessen Kritik an der positivistischen Lehre von H.L.A. Hart.¹¹ Dworkin verwendet Rechtsprinzipien in einer dezidiert antipositivistischen Stoßrichtung,¹² und das „Prinzipienargument“ wird bis heute als Argument für den Nichtpositivismus vorgebracht.¹³ Dies erweckt den Eindruck, der Stufenbau des Rechts weise einen positivistischen Charakter auf, die prinzipientheoretisch rekonstruierte Abwägung hingegen sei mit dem Naturrecht verbunden.

Als wäre all dies nicht schon genug, wendet sich Kelsen auch noch ausdrücklich gegen die Idee der Abwägung. In der ersten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ kritisiert er in § 37, „Die sogenannten Interpretationsmethoden“, in

VVDStRL 39 (1980), S. 189-190 (190): „Wir haben nämlich einen Obermaßstab, der alle anderen Verfassungsmaßstäbe gleichsam nivelliert und absorbiert, das ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist der große Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe.“

¹¹Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1977), S. 14 ff.

¹²Vgl. nur *ibid.*, S. 7: „[J]urisprudential issues are at their core issues of moral principle“. Vgl. auch den Hinweis auf die „old idea of individual human rights“ (*ibid.*, S. vii) – die Menschenrechte bilden den Kern jeder naturrechtlichen Konzeption, und es kommt nicht von ungefähr, dass Gustav Radbruch seinen „positivistischen“ Relativismus nach dem Zweiten Weltkrieg durch den Hinweis auf die „Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte“ eingeschränkt hatte, vgl. *Gustav Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: *ders.*, *Rechtsphilosophie*, hg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8. Aufl. (Koehler: Stuttgart, 1973), S. 327-329 (328). Zuerst veröffentlicht in der Rhein-Neckar-Zeitung vom 12. September 1945. Wieder abgedruckt: *Gustav Radbruch*, Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, bearb. von Winfried Hassemer (C. F. Müller: Heidelberg, 1990), S. 78-79 (79) (im Folgenden RGA 3); *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, hg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl. (C.F. Müller: Heidelberg, 2003), S. 209-210 (210) (im Folgenden StA).

¹³Vgl. insbesondere *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 5. Aufl. (Alber: Freiburg/München, 2011), S. 117-136.

dem Abschnitt „Die Interpretation“ ganz grundsätzlich die Idee, mit Hilfe der traditionellen canones der Auslegung lasse sich ein Auslegungsergebnis als „einzig richtiges Resultat“ erweisen.¹⁴ Anschließend heißt es:

„Auch der Grundsatz der sogenannten Interessenabwägung ist nur eine Formulierung, keine Lösung des Problems, das hier vorliegt. Er liefert nicht den objektiven Maßstab, nach dem entgegengesetzte Interessen miteinander verglichen und demnach Interessenkonflikte entschieden werden können.“¹⁵

In der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ findet sich eine wortgleiche Passage.¹⁶

Der Stufenbau des Rechts bildet eine ebenso zentrale wie im Grundsatz unbestrittene Figur in der Rekonstruktion moderner Rechtssysteme. Der Einwand der Zerstörung des Stufenbaus hat daher große Sprengkraft – sollte es sich als unmöglich erweisen, eine Rekonstruktion zu finden, in der Abwägung und Stufenbau vereint werden können, müsste man auf eines der beiden Elemente verzichten. Weder für den Stufenbau noch für die Abwägung sind ernsthafte Alternativen in Sicht, welche die jeweiligen charakteristischen Funktionen übernehmen könnten. Dies macht deutlich, dass die Rekonstruktion der Abwägung im Stufenbau einige Aufmerksamkeit verdient.

Erschwert wird diese Rekonstruktion durch die Tatsache, dass die Abwägung und der Stufenbau zwar in Grundzügen jeweils verstanden sind, hinsichtlich beider Gegenstände aber immer noch deutlicher Forschungsbedarf besteht. Dies gilt nicht zuletzt für formelle Prinzipien,¹⁷ welchen zentrale Bedeutung für die Verteilung von Abwägungskompetenzen über verschiedene Stufen des Prozesses der Konkretisierung des Rechts zukommt. Insofern kann dieser Aufsatz nur ein erster Versuch sein, die maßgebenden Fragen präzise zu formulieren und Ansätze zu Antworten zu entwickeln. Im Folgenden soll zunächst der Stufenbau des Rechts in groben Zügen dargelegt werden, und

¹⁴ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. (Deuticke: Leipzig/Wien, 1934), S. 96-97.

¹⁵ *Ibid.*, S. 97.

¹⁶ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (Deuticke: Wien, 1960), S. 350 (mit offensichtlichem Druckfehler: „Es“ statt „Er“).

¹⁷ Siehe Abschnitt II. 2. b).

dann die Idee der prinzipientheoretischen Abwägung. Anschließend soll skizziert werden, inwiefern die Abwägung harmonisch in den Stufenbau eingefügt werden kann.

I. DIE GRUNDZÜGE DES STUFENBAUS DES RECHTS NACH DER REINEN RECHTSLEHRE

Die Lehre vom Stufenbau des Rechts wurde nicht von Hans Kelsen entwickelt, sondern von seinem jüngeren Kollegen Adolf Julius Merkl. Die Entwicklung von Merkl's Lehre vollzog sich in zwei Perioden. In der ersten Periode entwickelte er in einer Reihe von Aufsätzen in den Jahren 1916 bis 1922 eine komplexe Lehre des Stufenbaus,¹⁸ die er in einem längeren Abschnitt in seiner Monographie „Die Lehre von der Rechtskraft“ aus dem Jahre 1923 zusammenfasste.¹⁹ Insbesondere widmet Merkl in den Arbeiten dieser Periode der Frage besondere Aufmerksamkeit, welche Stufen jedes Rechtssystem notwendig aufweisen muss. Er erkennt nur zwei notwendige Stufen an, und zwar einerseits die „Ursprungsnorm“²⁰ und andererseits die faktischen Vollzugsakte.²¹ Diese Konzeption zu einem rechtstheoretisch interessanten Problem wirft eine Reihe von Fragen auf,²² die in der Entwicklung der

¹⁸Vier Werke verdienen besonders hervorgehoben zu werden: (1) der Fortsetzungsaufsatz „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung“, der in fünf Teilen erschien: (a) Deutsche Richterzeitung 8 (1916), S. 584-592; (b) Deutsche Richterzeitung 9 (1917), S. 162-176; (c) Deutsche Richterzeitung 9 (1917), S. 394-398; Deutsche Richterzeitung 9 (1917), S. 443-450, (e) Deutsche Richterzeitung 11 (1919), S. 290-298, und zwar die Teile (c), (d) und (e) unter dem leicht variierten Titel „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“. Die Teile (a) bis (e) sind erneut abgedruckt in GS 1, Teilbd. 1, S. 85-146 und die Teile (b), (c) und (d) in Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross (Europa-Verlag: Wien/Frankfurt am Main/Zürich, 1968) (im Folgenden: WRS), Bd. 1, S. 1167-1201. Die Teile (b), (c) und (d) publizierte Merkl selbst zudem in Form eines kurzen Buches, *Adolf Julius Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (Helwing: Hannover, 1917); (2) der Aufsatz „Die Unveränderlichkeit von Gesetzen“, Juristische Blätter 1917, S. 97-98 und 109-111 (wieder abgedruckt in WRS 1, S. 1079-1090, und in Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Hg.), *Adolf Julius Merkl – Gesammelte Schriften* (im Folgenden: GS), Bd. 1, Teilbd. 1 (Duncker & Humblot: Berlin, 1993), S. 155-168); (3) der Aufsatz „Das doppelte Rechtsantlitz“, Juristische Blätter 1918, S. 425-427, 444-447 und 463-465 (wieder abgedruckt in WRS 1, S. 1091-1113, und in GS 1, Teilbd. 1, S. 227-252); (4) der Aufsatz „Gesetzesrecht und Richterrecht“, Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), S. 337-344 (wieder abgedruckt in WRS 2, S. 1615-1624, und in GS 1, Teilbd. 1, S. 317-327).

¹⁹ *Adolf Julius Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft* (Deuticke: Leipzig/Wien, 1923), S. 201-223.

²⁰ *Ibid.*, S. 209.

²¹ *Ibid.*, S. 209-213.

²² Dies ist erstens die Frage, ob ein Rechtssystem gänzlich ohne generell-abstrakte Normen auskommen kann, welche das Verhalten von Menschen regeln, vgl. hierzu *Martin Borowski, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl*, in: Stanley L. Paulson/Michael

Diskussion um den Stufenbau im Folgenden zugunsten der typischen Stufung des Rechts in modernen Rechtssystemen aber zunächst eher in den Hintergrund traten. Kelsen begann mit der Rezeption der Kernelemente der Merkl'schen Stufenbaulehre in seine Theorie im Jahre 1923.²³ Den Schlusspunkt in Merkl's Publikationen zur Lehre vom Stufenbau bilden die „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“ von 1931.²⁴ In diesem Aufsatz verengt sich auch Merkl's Betrachtung auf die Frage der Stufung des Rechts im „Rechtsstaate, dem parlamentarische Einrichtungen eigentümlich sind“.²⁵ Diese Stufenbaulehre bildete fortan einen integralen Bestandteil der Reinen Rechtslehre, wie die entsprechenden Abschnitte in Kelsens Hauptwerken zur klassischen Reinen Rechtslehre belegen.²⁶

1. Die typischen Stufen in modernen Rechtsordnungen

Moderne Rechtsordnungen variieren hinsichtlich der Zahl und Art der verschiedenen Stufen. Sie weisen in aller Regel mindestens eine Verfassung,

Stolleis (Hg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), S. 122-158 (137-138). Zweitens kann man mit Hans Nawiasky die Frage stellen, ob faktische Vollzugsakte, die ja keine Rechtsnormen darstellen, überhaupt einen Bestandteil des Rechtssystems bilden, vgl. *Hans Nawiasky*, Kritische Bemerkungen zum Stufenbau des Rechts, in: ZöR 4 (1927), S. 488-496 (489), hierzu *Borowski*, a.a.O., S. 135-136. Diese Frage wird, drittens, noch dringlicher aufgeworfen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass zwischen den Stufen nach Merkl die Relation der Bedingung herrschen soll, diese Relation aber nur eine Relation zwischen Normen sein kann, vgl. hierzu *Martin Borowski*, Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre, in: Ratio Juris 27 (2014), S. 79-93.

²³Siehe vor allem *Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/24), S. 374-408 (wieder abgedruckt in WRS 2, S. 1625-1660); *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Springer: Berlin/Heidelberg/New York, 1925), S. 229-61. Kelsen übernahm wesentliche Elemente der Stufenbaulehre Merkl's ohne nennenswerte Weiterentwicklung ihrer Elemente, vgl. zu dieser Rezeption *Stanley L. Paulson*, On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure, Liverpool Law Review 18 (1996), S. 49-62 (49 ff.); *Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl (Fn. 22), S. 156-158. Es kommt nicht von ungefähr, dass Kelsen seinen jüngeren Kollegen später dann auch als „Mitbegründer“ der Reinen Rechtslehre bezeichnete, *Hans Kelsen*, Adolf Julius Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht 10 (1959/60), S. 313-315 (313).

²⁴*Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Alfred Verdross (Hg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (Springer: Wien, 1931), S. 252-94 (wieder abgedruckt in WRS 2, S. 1311-1361, sowie in GS 1, Teilbd. 1, S. 437-492). Merkl kündigte verschiedentlich eine weitere Befassung mit dem Stufenbau an, zu der es jedoch nicht kam, vgl. hierzu *Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl (Fn. 22), S. 130-131.

²⁵*Merkl*, Prolegomena (Fn. 24), S. 255 (WRS 2, S. 1315; GS 1, Teilbd. 1, S. 442).

²⁶*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 62-89; *Hans Kelsen*, General Theory of Law and State (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1945), S. 123-162; *Kelsen*, Reine Rechtslehre², (Fn. 16), S. 196-282.

eine unterverfassungsrechtliche Ebene genereller Normen sowie die Ebene individueller Normen auf. Hinzu kommen die Grundnorm an der Spitze und am Fuße die Ebene der faktischen Vollzugsakte.

a) Die Grundnorm

Während nach H.L.A. Hart die Existenz der Verfassung einer Rechtsordnung eine bloße soziale Tatsache sein soll,²⁷ bildet die Grundnorm einen charakteristischen Bestandteil des Stufenbaus des Rechts nach der Reinen Rechtslehre. Bereits Merkls Rekonstruktion des Stufenbaus enthält eine „Ursprungsnorm“,²⁸ welche die charakteristischen Züge der von Kelsen weiter ausgearbeiteten Grundnorm eines dynamischen Systems von Normen, eines Rechtssystems,²⁹ aufweist: (1) sie „intronisiert und legitimiert“ die Rechtsmacht, Normen wirksam zu setzen,³⁰ (2) sie ist eine gedachte Norm, keine Norm des positiven Rechts,³¹ und (3) sie stiftet die Einheit des Rechtssystems.³²

b) Die Verfassung

Die erste Ebene positiven Rechts im Stufenbau bildet die Verfassung im materiellen Sinne,³³ deren „wesentliche Funktion darin besteht, die Organe und

²⁷Vgl. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Aufl. (Clarendon: Oxford, 2012), S. 110. Deutlich wird der Unterschied nicht zuletzt in den Endnoten, in denen Hart seine Idee der Anerkennungsregel der Kelsenschen Idee der Grundnorm gegenüberstellt, vgl. *ibid.*, S. 292-293.

²⁸Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Fn. 19), S. 209.

²⁹Zu Kelsens Grundnorm ist eine kaum noch überschaubare Anzahl von Aufsätzen und Abhandlungen geschrieben worden, vgl. vor allem Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 13), S. 155 ff.; *ders.*, Hans Kelsens Begriff der Verfassung, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts-theoretiker des 20. Jahrhunderts* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), S. 333-352; *Stanley L. Paulson*, Die unterschiedlichen Formulierungen der Grundnorm, in: Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger (Hg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag* (Duncker & Humblot: Berlin, 1993), S. 53-74; *ders.*, A „Justified Normativity“ Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz, in: Matthias Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason* (Oxford University Press: Oxford, 2012), S. 61-110; vgl. weiter *Joseph Raz*, Kelsen’s Theory of the Basic Norm, in: *American Journal of Jurisprudence* 19 (1974), S. 94-111 (wieder abgedruckt in: *ders.*, *The Authority of Law*, 2. Aufl. (Oxford University Press: Oxford, 2009), S. 122-45).

³⁰Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Fn. 19), S. 209.

³¹Merkel, *Gesetzesrecht und Richterrecht* (Fn. 18), S. 399 (WRS 2, S. 1618, GS 1, Teilbd. 1, S. 321).

³²Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft* (Fn. 19), S. 210-211.

³³Die Verfassung im formellen Sinne ist dagegen ein bestimmtes feierliches Dokument („a certain solemn document“), dessen Bestimmungen typischerweise nur unter erschwerten

das Verfahren der generellen Rechtserzeugung, das heißt der Gesetzgebung, zu regeln.“³⁴ Diese „Regelung“ kann zum einen in prozeduralen Bestimmungen bestehen („Organe und das Verfahren“), zum anderen in inhaltlichen Bestimmungen („Inhalt“).³⁵

c) *Unterverfassungsrechtliche generelle Normen*

Auf der Ebene unterverfassungsrechtlicher genereller Normen findet man in modernen Rechtssystemen typischerweise formelle Gesetze, erzeugt im Wege der parlamentarischen Gesetzgebung. Es kann eine weitere Unterstufe in Form von bloß materiellen Gesetzen, insbesondere von Rechtsverordnungen, vorgesehen sein.³⁶ Auch Gewohnheitsrecht kommt auf der Ebene genereller Normen in Betracht, wenn die Verfassung zur Setzung von Gewohnheitsrecht ermächtigt – und sei es auch auf der Grundlage von Verfassungsgewohnheitsrecht.³⁷

Die unterverfassungsrechtlichen generellen Normen bestimmen wiederum die Organe, das Verfahren und den Inhalt der Entscheidungen durch die Verwaltung und die Rechtsprechung.³⁸ Während die Verfassung in der Regel nur einen in inhaltlicher Hinsicht weiten Rahmen zieht, wird dieser Rahmen durch die generellen Normen meist deutlich enger abgesteckt.³⁹

Voraussetzungen geändert werden können, *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 124; vgl. auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 228 ff.

³⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 75.

³⁵ *Ibid.*; vgl. auch *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 125; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 230.

³⁶ Zu Rechtsverordnungen im Stufenbau vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 208 und 212; *Merkl*, Prolegomena (Fn. 24), S. 263-264 (WRS 2, S. 1324-1325; GS 1, Teilbd. 1, S. 451-452); *Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Fn. 23), S. 387-388 (WRS 2, S. 1638-1639); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Fn. 23), S. 237-238; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 77; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 130-131; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 235.

³⁷ *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 208 and 211; *Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Fn. 23), S. 380 (WRS 2, S. 1631); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Fn. 23), S. 232; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 126-128; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 230-235.

³⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 76-78.; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 130; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 230-232.

³⁹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 76; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 128; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 238.

d) Individuelle Normen

Die Anwendung der unterverfassungsrechtlichen generellen Normen durch Verwaltungsbehörden und Gerichte auf konkrete Einzelfälle führt nach den Vertretern der Reinen Rechtslehre zu Einzelfallentscheidungen in Form von individuellen Normen.⁴⁰ Dies mag vor dem Hintergrund eines in der Rechtsdogmatik verbreiteten Normbegriffs, nach dem „Normen“ generell-abstrakte Sollensanordnungen darstellen,⁴¹ zunächst erstaunlich wirken. Es ist aber nur folgerichtig, wenn man rechtliches Sollen in jeder Erscheinungsform – auch der auf den einzelnen Fall konkretisierten Form – als „Norm“ bezeichnet. Eine besondere Form der individuellen Norm besteht in Verträgen, zu deren Abschluss generelle Normen und letztlich die Verfassung ermächtigen.⁴²

In den Schriften der Vertreter der Reinen Rechtslehre wird nicht ganz klar, ob die typischerweise als „individuelle Normen“ angesehenen Einzelakte der Verwaltung und Rechtsprechung noch weiterer Konkretisierung fähig und bedürftig sind, bevor es zum Vollzug in der Wirklichkeit kommt.⁴³ In jedem Fall bildet die vollständig konkretisierte Norm die unterste Stufe im Stufenbau der Normen.

e) Der Zwangsakt

Die Anwendung der individuellen Norm in Form der vollständig konkretisierten Norm führt dann schließlich zum Zwangsakt.⁴⁴ Der Zwangsakt bildet, anders als

⁴⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 76; Kelsen, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 128; Kelsen, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 234.

⁴¹ Vgl. statt vieler Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth (Begr./Hg.), Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. (C. H. Beck: München, 2007), § 24, Rn 10: „abstrakte und generelle Anordnung (Norm).“

⁴² Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 208 und 211-212.; Merkl, Prolegomena (Fn. 24), S. 261-262 (WRS 2, S. 1322; GS 1, Teilbd. 1, S. 449-450); Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Fn. 23), S. 385-386 (WRS 2, S. 1636-1637; Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 23), S. 236; Kelsen, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 82; Kelsen, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 136-142; Kelsen, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 261-266.

⁴³ Vgl. hierzu Borowski, Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre (Fn. 22). S. 87-89.

⁴⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 82. Vgl. auch Kelsen, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 150: „Zwangsakt, der ein Akt menschlichen Verhaltens ist“.

die Gegenstände oberhalb des Zwangsaktes, keine Rechtsnorm, sondern ein Faktum.⁴⁵

2. Bedingung und Derogation

Im Stufenbau des Rechts sind zwei verschiedene Relationen zu unterscheiden, und zwar die Relation der Bedingung und die Relation der Derogation.

a) Die Relation der Bedingung

Die notwendige Relation zwischen den Ebenen des Stufenbaus der Normen besteht in der Relation der Bedingung. Die Norm *A* bedingt die Norm *B*, wenn *A* zum Erlass von *B* ermächtigt. Diese Relation ist transitiv,⁴⁶ die konverse Relation besteht in der Bedingtheit: Die Norm *B* ist durch die Norm *A* bedingt, wenn *A* zum Erlass von *B* ermächtigt. Bedingende Normen stehen im Stufenbau der rechtlichen Bedingung höher als die Normen, die sie bedingen, und bedingte Normen stehen in diesem Stufenbau unter den Normen, durch die sie bedingt werden.⁴⁷ Die Grundnorm an der Spitze des Stufenbaus hat rein bedingende Natur, weil sie von keiner anderen Norm bedingt wird.⁴⁸ Die Ebene individueller Normen, die charakteristischerweise von den Gerichten und den Verwaltungsbehörden gesetzt werden, befindet sich dagegen – vorbehaltlich der Ebene der vollständig konkretisierten Normen – ganz am unteren Ende des Stufenbaus der Rechtsnormen, da individuelle Normen nur bedingt werden, nicht aber bedingen. Alle anderen Ebenen des Stufenbaus der Normen nach dem Bedingungs-zusammenhang enthalten Normen, die sowohl von anderen Normen bedingt werden als auch wiederum andere Normen bedingen.

b) Die Relation der Derogation

Die Relation der Derogation besteht darin, dass die derogierende Norm den Vorrang, und zwar den Geltungs- oder Anwendungsvorrang, vor der

⁴⁵Vgl. *Merkel*, Prolegomena (Fn. 24), S. 269 und 282 (WRS 2, S. 1332 und 1348; GS 1, Teilbd. 1, S. 460 und 477).

⁴⁶Vgl. *Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkel (Fn. 22), S. 142.

⁴⁷*Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 217; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 74; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 124; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 228.

⁴⁸*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 83; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 134; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 242.

derogierten Norm besitzt. Oft wird ohne viel Federlesens mit der Relation der Bedingung auch die Relation der Derogation verbunden. Insbesondere für das Verhältnis von Verfassung und Parlamentsgesetzen und das Verhältnis von Parlamentsgesetzen und Rechtsverordnungen wird dies in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt: Bei einem Konflikt von Verfassung und Parlamentsgesetz tritt das Parlamentsgesetz als verfassungswidrig zurück, nicht die Verfassung als gesetzeswidrig, und Entsprechendes gilt für gesetzeswidrige Verordnungen. Mit Blick auf die Grundnorm oder den faktischen Vollzugsakt ist die Frage nach einer Derogation aber ohnehin sinnlos.⁴⁹

Die Vertreter der Reinen Rechtslehre sahen die Derogation nicht als notwendig mit der Bedingung verbunden, sondern als Frage des positiven Rechts.⁵⁰ Dies trifft etwas Richtiges. Der Grund für die typische Parallelität von Bedingung und Derogation im Stufenbau besteht darin, dass mit der derogatorischen Kraft der Ebene, auf der sich eine Ermächtigungsnorm befindet, diese Ermächtigungsnorm davor geschützt wird, durch die in ihrer Ausübung erzeugten Normen aufgehoben oder inhaltlich verändert zu werden. Erkennt man beispielsweise der Verfassung den Vorrang mit Blick auf die Derogation zu, dann ist der parlamentarische Gesetzgeber kraft der Superiorität des Verfassungsgesetzes daran gehindert, durch den Erlass von Parlamentsgesetzen das Verfahren der Gesetzgebung und die inhaltlichen Schranken, die die Verfassung errichtet, zu ändern. Für die typischen Ebenen des Stufenbaus der nationalen Rechtsordnung liegt diese Parallelität von Bedingung und Derogation nahe. Es verdient jedoch hervorgehoben zu werden, dass diese Parallelität nicht analytisch notwendig vorliegt. Sie besteht nur insoweit, als der oben genannte Grund sie trägt.

⁴⁹Die Grundnorm ist inhaltsleer und kann daher nicht die Verfassung derogieren. Zwischen der vollständig konkretisierten Norm und dem Zwangsakt besteht die Relation der Entsprechung zwischen dem vorgeschriebenen Verhalten (Sollen) und dem Verhalten in der Wirklichkeit (Sein). Dies ist eine kategorial andere Relation als diejenige der Bedingung oder Derogation, vgl. weiter *Borowski*, Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre (Fn. 22). S. 90.

⁵⁰Siehe vor allem *Merkl*, Prolegomena (Fn. 24), S. 284 (WRS 2, S. 13??; GS 1, Teilbd. 1, S. 484). Kelsen sagt dies indirekt, wenn er im Sinne der Vernichtbarkeitslehre ausführt, das positive Recht sehe vor, dass ein verfassungswidriges Gesetz zunächst Geltung hat, bevor es vom Verfassungsgericht konstitutiv für nichtig erklärt wurde, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 84; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 271-272.

3. Rechtserzeugung und Rechtsanwendung

Aus der für den Stufenbau charakteristischen Relation der Bedingung folgt die Relativität von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Fast alle Rechtsakte sind gleichzeitig Ergebnis einer Rechtsanwendung und Akte der Rechtserzeugung: In Anwendung der Grundnorm erfolgt die Verfassungsgebung, und mit der Verfassungsgebung wird die Verfassung erzeugt. In Anwendung der Verfassung erfolgt die parlamentarische Gesetzgebung, und mit dieser Gesetzgebung werden die Parlamentsgesetze erzeugt, und so fort. Nur zwei Phänomene im Stufenbau des Rechtssystems weisen diese Doppelnatur als sowohl Rechtserzeugung als auch Ergebnis von Rechtsanwendung nicht auf: (1) die Grundnorm, die allein rechtserzeugende Natur habe, und (2) der Zwangsakt, der allein Rechtsanwendung darstelle.⁵¹

4. Interpretation und Konkretisierung des Rechts

Kelsens Lehre von der Interpretation ist auf das Engste mit dem Stufenbau verbunden.⁵² Er weist in verschiedenen Zusammenhängen darauf hin, dass die im Stufenbau nach der rechtlichen Bedingung höherrangigen Normen nicht nur die ermächtigten Organe und das Verfahren der Ausübung dieser Ermächtigung regeln, sondern auch Bestimmungen hinsichtlich des Inhalts enthalten können: Die Verfassung zieht ein Stück weit einen inhaltlichen Rahmen für die einfachen Gesetze, insbesondere durch grundrechtliche Bestimmungen,⁵³ und die einfachen Gesetze ziehen einen inhaltlichen Rahmen für individuelle Normen.⁵⁴ Nach Merkl und Kelsen nimmt die Konkretisierung mit jedem Schritt den Stufenbau hinab immer weiter zu, da Entscheider auf jeder Ebene an alle konkretisierenden Entscheidungen gebunden sind, die Entscheider auf einer Ebene oberhalb getroffen haben.⁵⁵ Großen Wert hat

⁵¹Vgl. vor allem *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Fn. 18), S. 427 (WRS 1, S. 1097; GS 1, 1. Teilbd., S. 234); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 217-218; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 82-83; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 132-134.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 239-242.

⁵²Vgl. beispielsweise *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 90: „Diese [Interpretation] ist ein geistiges Verfahren, das den Prozeß der Rechtserzeugung in seinem Fortgang von einer höheren zu einer – von der höheren Stufen bestimmten – niederen Stufe begleitet.“

⁵³*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 75; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 125-126; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 229-230.

⁵⁴*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 76-77; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 129; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. S. 230-238.

⁵⁵*Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Fn. 18), S. 426; WRS 1, S. 1096-1097 (GS 1, 1. Teilbd., S. 232-233); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Fn. 19), S. 221; *Merkl*, Prolegomena

insbesondere Kelsen auf die Natur der Festsetzungen im Verlaufe der Interpretation und Konkretisierung als Rahmen gelegt – es sei unmöglich, durch Interpretation zu einer rechtlich einzig richtigen Antwort zu gelangen. Immer sei ein – größerer oder kleinerer – Spielraum für den Rechtsanwender eröffnet.⁵⁶ Innerhalb dieses Spielraumes komme es allein auf die Willensentscheidung des ermächtigten Organs an – diese „authentische“ Form der Interpretation sei von der nichtauthentischen Form zu unterscheiden, bei der nicht ermächtigte Personen oder Organe Vorschläge für die Anwendung des Rechts unterbreiteten.⁵⁷

II. DIE GRUNDZÜGE DER PRINZIPIENTHEORETISCHEN ABWÄGUNG

Die moderne Prinzipientheorie geht zurück auf Ronald Dworkin. Robert Alexy hat dann einige Grundgedanken Dworkins sowie Einsichten zu Rechtsprinzipien in früheren Entwicklungslinien der deutschsprachigen Literatur aufgenommen und zu einer normtheoretischen Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entwickelt. Über die Prinzipientheorie ist viel geschrieben worden. Im Folgenden können nur die für die Rekonstruktion der Abwägung im Stufenbau besonders wichtigen Aspekte der Prinzipientheorie kurz hervorgehoben werden.

1. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien

Nach der starken Trennungsthese besteht ein normlogischer Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien.⁵⁸

a) Prinzipien

Kennzeichnend für Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie ist die Dimension des Gewichts,⁵⁹ die Regeln notwendig fehlt.⁶⁰ Prinzipien weisen einen

(Fn. 24), S. 283 (WRS 2, S. 1348; GS 1, Teilbd. 1, S. 478); *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 79-80; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 242.

⁵⁶*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 90-96; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Fn. 26), S. 146 et passim; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 346-350.

⁵⁷*Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 350-354.

⁵⁸Zur Unterscheidung von starker und Trennungsthese und Übereinstimmungsthese vgl. *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. (Nomos: Baden-Baden, 2007), S. 70-72 mit weiteren Nachweisen.

Optimierungsgegenstand auf, dessen Optimierung relativ zu den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten geboten ist.⁶¹ Die für Prinzipien charakteristische Form der Anwendung ist die Abwägung.⁶² Das in der Abwägung unterliegende Prinzip tritt im Kollisionsfall zurück, verliert aber nicht seine rechtliche Geltung.⁶³

b) Regeln

Regeln enthalten dagegen typischerweise subsumtionsfähige Festsetzungen. Im Falle einer Regelkollision kann nicht eine der beiden Regeln nur für den Einzelfall zurücktreten, sondern eine der beiden Regeln muss für ungültig erklärt werden.⁶⁴ Hierfür existieren Konfliktregeln wie beispielsweise „lex superior derogat legi inferiori“ oder „lex posterior derogat legi priori“. Eine

⁵⁹Dworkin hat ursprünglich zwei Kriterien zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien vorgeschlagen, neben der Dimension des Gewichts (*Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (Fn. 11), S. 26-27: „dimension of weight or importance“) das Kriterium der Alles-oder-Nichts-Anwendbarkeit, die Regeln zukommen soll (ibid., S. 24: „all-or-nothing-fashion“). Kritisch zu dem letzteren Kriterium *Robert Alexy*, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: Werner Krawietz et al. (Hg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* (Duncker & Humblot: Berlin, 1979), S. 59-87 (68 ff.) (wieder abgedruckt in *Robert Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995), S. 177-212 (188-192)); *Robert Alexy*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: N. MacCormick/S. Panou/L. L. Vallauri (Hg.), *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken* (Springer: Stuttgart, 1985), S. 13-29 (16); *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 58), S. 76-77.; *ders.*, *The Structure of Formal Principles*, in: Martin Borowski (Hg.), *On the Nature of Legal Principles* (Springer: Stuttgart, 2010), S. 19-35 (22). Vgl. auch *Jan-Reinard Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Nomos: Baden-Baden, 1990), S. 55 ff.

⁶⁰Dies bedeutet nicht, dass Abwägungen in der Anwendung von Regeln keine Rolle spielen können. Regeln sind nicht notwendig definitive Gebote – wie Alexy allerdings immer wieder formuliert hat, vgl. nur *Robert Alexy*, *Die Gewichtsformel*, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Duncker & Humblot: Berlin, 2003), S. 771-792 (771): „[Regeln] sind definitive Gebote“ (Hervorhebung ausgelassen) – vgl. allerdings auch den Zusatz, diese Charakterisierung sei „vereinfachend“ (*Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 13), S. 120). Regeln können auch von Abwägungen anderer Normen abhängig sein, vgl. *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Fn. 59), S. 58-59; 74-75; *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 58), S. 104-105 und 113.

⁶¹Vgl. nur *Alexy*, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (Fn. 59), S. 79 ff.; *ders.*, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 1), S. 75-76; *ders.*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (Fn. 59), S. 19-20. Auf die gegen die Bezeichnung von Prinzipien als Optimierungsgebote vorgebrachte Kritik hat Alexy mit der Unterscheidung von „Optimierungsgeboten“ und „zu optimierenden Geboten“ geantwortet, vgl. *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 58), S. 91 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁶²Allerdings können Prinzipien auch Festsetzungen aufweisen, unter die subsumiert wird. Dass die Anwendung einer Norm neben einer Abwägung auch eine Subsumtion verlangt, steht ihrer Prinzipiennatur nicht entgegen.

⁶³Vgl. nur *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 58), S. 75, 80-81 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁴Die Einfügung einer Ausnahmeklausel stellt einen Unterfall der Ungültigerklärung einer Regel dar, weil damit die Regel ohne Ausnahmeklausel für ungültig erklärt wird und die Regel mit Ausnahmeklausel in Geltung gesetzt wird, siehe *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 58), S. 79-80, Anm. 65.

Abwägung von Regeln selbst ist nicht möglich, weil ihnen die Dimension des Gewichts fehlt. Sie können aber auf Prinzipien derart verweisen, dass ihr Inhalt von der Abwägung von Prinzipien abhängt.⁶⁵

2. Materielle und formelle Prinzipien

Weiter muss zwischen materiellen und formellen Prinzipien unterschieden werden.

a) Materielle Prinzipien

Materielle Prinzipien weisen einen von vornherein festgelegten Optimierungsgegenstand auf. Zum Beispiel besteht der Optimierungsgegenstand des Prinzips des Umweltschutzes gem. Art. 20a des Grundgesetzes darin, dass die Organe des Staates selbst keine umweltschädlichen Handlungen vollziehen, und weiter darin, dass der Staat verpflichtet ist, umweltschädlichen Handlungen oder Unterlassungen der Bürger entgegenzuwirken.

b) Formelle Prinzipien

Charakteristisch für formelle Prinzipien hingegen ist, dass einer Person oder einem Organ die Kompetenz oder Rechtsmacht zugewiesen wird, den Optimierungsgegenstand eines Prinzips festzusetzen.⁶⁶ Vor der Ausübung dieser Kompetenz hat das formelle Prinzip noch keinen hinreichend konkretisierten Optimierungsgegenstand, mit dem es gegen (möglicherweise) kollidierende materielle Prinzipien abgewogen werden könnte. Nachdem der Optimierungsgegenstand jedoch durch die ermächtigte Person oder das ermächtigte Organ festgesetzt wurde, gleicht sich die Struktur der kollidierenden formellen und materiellen Prinzipien derart, dass nach den allgemeinen Regeln der Prinzipienkollision eine Abwägung vorgenommen werden kann.⁶⁷

⁶⁵Vgl. insbesondere *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (Fn. 59), S. 58 ff.

⁶⁶*Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 127; *ders.*, The Structure of Formal Principles (Fn. 59), S. 28; *ders.*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Fn. 6), S. 186.

⁶⁷*Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 128; *ders.*, The Structure of Formal Principles (Fn. 59), S. 29-30; *ders.*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Fn. 6), S. 186-188.

Man kann weiter unterscheiden zwischen akzessorischen und nicht akzessorischen formellen Prinzipien. Strukturell gesehen handelt es sich bei der akzessorischen Variante um eine besondere Form formeller Prinzipien. Es ist aber gerade diese Form formeller Prinzipien, die die Diskussion um die Rekonstruktion des Spielraums des demokratisch unmittelbar legitimierten Parlaments besonders bestimmt hat⁶⁸ – auch wenn die Charakterisierung als akzessorisches Prinzip dabei regelmäßig nicht hervorgehoben wird. Der Optimierungsgegenstand eines akzessorischen formellen Prinzips besteht darin, dass eine Entscheidung einer bestimmten Person oder eines Organs des Staates über eine Abwägung von typischerweise materiellen⁶⁹ Prinzipien *prima facie* respektiert wird.⁷⁰

3. Das Kollisionsgesetz

Bereits am Anfang der Diskussion um die moderne Prinzipientheorie hat Alexy das Kollisionsgesetz formuliert. Wenn zwei Prinzipien, P_1 und P_2 , kollidieren und eine Entscheidung im Wege der Abwägung erfolgt, wird damit zugleich eine Regel erzeugt:

„(K) Wenn das Prinzip P_1 dem Prinzip P_2 unter den Umständen C vorgeht: $(P_1 \succ P_2) \ C$, und wenn sich aus P_1 unter den Umständen C die Rechtsfolge R ergibt, dann gilt eine Regel, die C als Tatbestand und R als Rechtsfolge enthält: $C \rightarrow R$.“⁷¹

Allerdings kommt der resultierenden Norm nur dann definitive Geltung in der jeweiligen Rechtsordnung zu, wenn (1) alle in dieser Rechtsordnung einschlägigen Prinzipien in die Abwägung eingestellt werden und (2) alle für die jeweilige Entscheidung relevanten tatsächlichen Umstände (im Kollisionsgesetz ausgedrückt durch C) einbezogen werden. Nur dann hat die resultierende Norm

⁶⁸Zu dieser Diskussion vgl. nur *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Fn. 6), S. 154-158 und 190-194 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹Grundsätzlich kommen zudem auch nicht akzessorische oder akzessorische Prinzipien in Betracht, was aus Gründen der Vereinfachung hier aber nicht weiter ausgeführt werden soll.

⁷⁰*Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Fn. 6), S. 188-189; *ders.*, The Structure of Formal Principles (Fn. 59), S. 33-35.

⁷¹*Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Fn. 59), S. 26; *ders.*, Theorie der Grundrechte (Fn. 1), S. 83.

vollständigen Festsetzungsgehalt, anderenfalls nur teilweisen Festesetzungsgehalt.⁷²

4. Die Abwägungsgesetze und die Gewichtsformel

In den prinzipientheoretischen Schriften der letzten zehn bis fünfzehn Jahren lag ein besonderer Schwerpunkt auf der Untersuchung der Gesetzmäßigkeiten in der Abwägung. Dem (materiellen) Abwägungsgesetz, das lautet:

„(A) Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“⁷³

hat Alexy mit Blick auf epistemische Fragen das epistemische Abwägungsgesetz zur Seite gestellt:

„Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muß die Gewißheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.“⁷⁴

Zudem hat er die Gewichtsformel aufgestellt, mit deren Hilfe die verschiedenen Variablen und ihr Zusammenhang so klar wie möglich rekonstruiert werden.⁷⁵ Die Frage der Gesetzmäßigkeiten in der Abwägung bildet jedoch ein Thema für sich, dem in diesem Beitrag nicht weiter nachgegangen werden kann.

III. ZUR REKONSTRUKTION DER ABWÄGUNG IM STUFENBAU

Am Beginn dieses Aufsatzes wurden einige skeptische Fragen mit Blick auf die Abwägung im Stufenbau erwähnt. Diese Fragen gilt es nun vor dem

⁷² Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (Fn. 59), S. 69; Borowski, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 98-99.

⁷³ Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 1), S. 146; vgl. ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Fn. 59), S. 27; ders., Die Gewichtsformel (Fn. 60), S. 772; ders., Postscript, in: Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, übers. von Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), S. 388-425 (401).

⁷⁴ Alexy, Postscript (Fn. 73), S. 418; ders., Die Gewichtsformel (Fn. 60), S. 789.

⁷⁵ Siehe vor allem Alexy, Die Gewichtsformel (Fn. 60), S. 785; ders., Postscript (Fn. 73), S. 408; ders., On Balancing and Subsumption (Fn. 6), S. 445.

Hintergrund der Grundzüge des Stufenbaus und der Rekonstruktion der Abwägung etwas näher in den Blick zu nehmen.

1. Zum „rechtspositivistischen Stufenbau“ und dem „nichtpositivistischen Prinzipienargument“

Eine Rekonstruktion der Abwägung im Stufenbau des Rechts scheidet nicht daran, dass der Stufenbau einerseits und die Abwägung andererseits vermeintlich unvereinbare Rechtsphilosophien voraussetzen.

a) Die Stufung des Rechts in naturrechtlichen Theorien

Sicher ist der Stufenbau des Rechts historisch als Teil einer paradigmatisch rechtspositivistischen Theorie, der Reinen Rechtslehre, entwickelt worden. Im Zentrum dieser Theorie steht die Ermächtigung, die dann im Stufenbau auf verschiedene Organe der Rechtserzeugungsprozesses verteilt wird. Als rechtspositivistische Theorie leugnet die Reine Rechtslehre einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral,⁷⁶ so dass die Ermächtigung an keiner Stelle des Stufenbaus durch notwendige moralische Gehalte des Rechts eingeschränkt wird. Allerdings heißt dies nicht im Sinne eines Umkehrschlusses, in einer naturrechtlichen Theorie seien alle Inhalte des Rechts durch dem Recht vorausliegende moralische Gehalte festgelegt. Bislang wurde keine moralische Theorie vorgeschlagen, die alle im Recht notwendigen Festsetzungen begründen könnte. Dem entspricht es, dass naturrechtliche Theorien ernsthaft nur in Form der schwachen Verbindungsthese vertreten werden können, nach der nur extremes Unrecht den Rechtscharakter oder die Rechtsgeltung verliert.⁷⁷ Diesseits der hohen Schwelle extremen Unrechts stellt sich auch für eine naturrechtliche Theorie die Frage der Verteilung der Ermächtigung zur Rechtsetzung über verschiedene Stufen im Rechtssystem.

⁷⁶Vgl. nur *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Fn. 16), S. 201: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein“. Zur rechtspositivistischen Trennungsthese vgl. nur *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 13), S. 15; *Peter Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl. (Böhlau: Wien/Köln/Weimar, 1997), S. 24.

⁷⁷Vgl. nur Gustav Radbruchs „Unerträglichkeitsformel“, *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *ders.*, Rechtsphilosophie (Fn. 12), S. 339-350 (345). Zuerst veröffentlicht in *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), S. 105-108. Wieder abgedruckt: *RGA* 3, S. 83-93 (89); *StA*, S. 211-219 (216); vgl. weiter *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 13), S. 52-106 et passim.

b) Prinzipien in rechtspositivistischen Theorien

Dworkin führt Rechtsprinzipien in seiner Kritik am Rechtspositivismus ein und deutet eine intrinsisch nichtpositivistische Dimension von „principles“ an.⁷⁸ Für „policies“ ist dies allerdings weniger klar,⁷⁹ obwohl es sich bei beiden Arten von Normen um „principles in the generic sense“ handeln soll, welche die gleiche Normstruktur aufweisen und in diesem Sinne gemeinsam Regeln gegenüberstehen.⁸⁰ Alexy definiert Prinzipien dann über ihre Struktur, nämlich über die Abwägungsfähigkeit und -bedürftigkeit im Rahmen ihrer Anwendung.⁸¹ Er stützt sein Prinzipienargument für den Nichtpositivismus aber nicht allein auf die Normstruktur von Prinzipien, sondern nicht zuletzt auf das Richtigkeitsargument. Der entscheidende Baustein für das Prinzipienargument als nichtpositivistisches Argument liegt in der Richtigkeitsthese, welche „das Ergebnis einer Anwendung des Richtigkeitsargumentes im Rahmen des Prinzipienarguments“ darstellt.⁸² Das Richtigkeitsargument besagt, dass „sowohl einzelne Rechtsnormen und einzelne rechtliche Entscheidungen als auch Rechtssysteme im Ganzen notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erheben.“⁸³ Folgt man der Richtigkeitsthese und den anderen Unterthesen des Prinzipienarguments,⁸⁴ dann wird die Frage sinnlos, ob „positivistische Prinzipien“ denkbar sind, weil allen Rechtsnormen und damit auch allen Rechtsprinzipien eine nichtpositivistische Dimension innewohnt. Bestreitet man allerdings das Richtigkeitsargument und mit ihm die Richtigkeitsthese, dann wird die Frage sinnvoll, ob eine positivistische Theorie Normen die Struktur von Rechtsprinzipien zuschreiben kann. Natürlich darf man nicht übersehen, dass sich damit die Anwendung von Rechtsprinzipien insofern – gegenüber einer Prinzipientheorie, die vor dem Hintergrund des Richtigkeitsarguments vertreten wird – ändert, als die Abwägung von Prinzipien dann nicht notwendig einen Anspruch auf moralische Richtigkeit erhebt. Aber dies schließt nicht aus, dass

⁷⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Fn. 11), S. 22: „[A] ‚principle‘ [is] a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.“

⁷⁹ Ibid.: „[A] ‚policy‘ [is] that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community.“

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Siehe Abschnitt II. 1. a).

⁸² Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 13), S. 130.

⁸³ Ibid., S. 64.

⁸⁴ Der Inkorporationsthese und der Moralthese, vgl. *ibid.*, S. 121-129.

eine positivistische Rechtstheorie Normen mit einem Optimierungsgegenstand vorsieht, dessen approximative Realisierung relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten geboten ist.⁸⁵ Insofern stünde es der Rekonstruktion der Abwägung von Prinzipien im Stufenbau auch nicht entgegen, wenn man den Stufenbau als charakteristisch rechtspovisitische Struktur ansähe.⁸⁶

2. Zu Kelsens Ablehnung der Abwägung

Auch Kelsens Ablehnung der Abwägung spricht letztlich nicht dagegen, im Stufenbau Abwägungen vorzusehen. Die eingangs zitierte Passage aus seiner „Reinen Rechtslehre“, nach der die Abwägung abzulehnen sei, weil sie keinen Maßstab für die Bestimmung des Inhalts von Rechtsnormen liefere,⁸⁷ findet sich nicht ohne Grund im Abschnitt über die Interpretation und nicht im Abschnitt über den Stufenbau. Er wendet sich vor allem gegen die Idee, durch Anwendung der canones der Auslegung durch intellektuelle Operationen ein einzig richtiges Ergebnis begründen zu können: Ergebnis der Anwendung der canones könne immer nur „die Feststellung eines Rahmens“⁸⁸ sein. Im gleichen Atemzug wird dann die Abwägung abgelehnt, die ebenfalls nicht zu einer einzig richtigen Antwort führe. Er wendet also die gleiche Kritik gegen die Abwägung wie gegen die Interpretation. Daraus kann man schließen, dass er gegen die Abwägung ebensowenig hätte wie gegen die Interpretation, wenn man erstere nur zur Feststellung eines Rahmens für den nachfolgenden Rechtsanwender verwendete, nicht für die vollständige Auffüllung dieses Rahmens.

In der Anfangszeit der Prinzipientheorie wurde tatsächlich von Ronald Dworkin die These der einzig richtigen Antwort vertreten.⁸⁹ In den letzten zehn bis zwölf Jahren ist jedoch den Spielräumen in der Abwägung zunehmend Aufmerksamkeit zuteilgeworden. Verschiedene Formen struktureller und epistemischer Spielräume fügen sich regelmäßig zu einem Gesamtspielraum

⁸⁵Diese Formulierung nimmt eine Charakterisierung von Rechtsprinzipien durch Alexy auf, vgl. nur *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 1), S. 75-76; *ders.*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (Fn. 59), S. 19-20; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 13), S. 120.

⁸⁶Was ohnehin zweifelhaft sein dürfte, wie die Überlegungen in Abschnitt III. 1. a) nahelegen.

⁸⁷*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 97; *Kelsen*, Reine Rechtslehre², (Fn. 16), S. 350.

⁸⁸*Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Fn. 14), S. 94; *Kelsen*, Reine Rechtslehre², (Fn. 16), S.

⁸⁹*Ronald Dworkin*, A Matter of Principle (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1985), S. 119 ff. Vgl. hierzu statt vieler nur *Michael Roumeliotis*, On the One Right Answer, in: ARSP 87 (2001), S. 72-96.

beachtlicher Größe in der Abwägung zusammen.⁹⁰ Damit bleibt festzuhalten: Die Abwägung hat mit der klassischen Interpretation im Sinne Kelsens gemeinsam, dass regelmäßig nur ein Rahmen für den Rechtsanwender aufgestellt wird.

3. Die Konkretisierung des Rechts durch Abwägung

Wie bereits erwähnt,⁹¹ sind in dem Stufenbau nach der Reinen Rechtslehre Interpretation und Konkretisierung auf das Engste verbunden. Die Ermächtigung zur Rechtsanwendung, die in aller Regel zugleich Rechtsetzung bildet, ist über den Stufenbau verteilt, und mit jedem Schritt den Stufenbau hinab nimmt die Konkretisierung des Rechts zu, bis die vollständig konkretisierte Rechtsnorm erreicht ist – in den Worten Adolf Julius Merkl's die „End- und Totalerscheinung des Rechts“,⁹² oder die Entscheidungsnorm im Sinne Eugen Ehrlich's.⁹³

Eine Parallele hierzu liegt darin, dass die Abwägung von Prinzipien ebenfalls zu einer Konkretisierung des Rechts führt, indem nach dem Kollisionsgesetz eine Regel erzeugt wird.⁹⁴ Wenn alle relevanten Prinzipien in die Abwägung eingestellt werden und wenn alle relevanten Umstände der Kollision berücksichtigt werden, dann entsteht eine vollständig konkretisierte Rechtsnorm in Form einer Regel. Die Parallele wird noch deutlicher, wenn man berücksichtigt, dass Prinzipien auf der einen Seite eine gewisse Bindungskraft für den Entscheider entfalten, auf der anderen Seite aber eben auch zumeist Spielräume lassen – damit wird deutlich, dass Prinzipien in Abwägungen einen Rahmen für mögliche Abwägungsergebnisse ziehen, innerhalb dieses Rahmens die definitive Festlegung dem ermächtigten Rechtsanwender überlassen.

⁹⁰Vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 123-130 mit weiteren Nachweisen. Zur Figur des Gesamtspielraums vgl. insbesondere *Martin Borowski*, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, in: Maria Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation (Nomos: Baden-Baden, 2009), S. 99-128 (123-124).

⁹¹Siehe Abschnitt I. 4.

⁹²*Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Fn. 18) (1917), Sp. 164 (GS 1, Teilbd. 1, S. 98); vgl. auch *ders.*, Prolegomena (Fn. 24), S. 261 (GS 1, Teilbd. 1, S. 448).

⁹³*Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (Duncker & Humblot: München/Leipzig, 1913), S. 97 ff.

⁹⁴Siehe Abschnitt II. 3.

4. Die Verteilung der Abwägung über mehrere Stufen

Es bleibt die Frage, ob die Abwägung ebenso wie die Interpretation im Sinne Kelsens über verschiedene Stufen der Rechtsordnung verteilt werden kann. Oft wird ein Bild gezeichnet, nach dem ein Rechtsanwender verfassungsrechtliche Prinzipien in einem Schritt im Wege der Abwägung eine vollständig konkretisierten Rechtsnorm erzeugt. Um hier wieder Jestaedt zu zitieren: Es versage die Prinzipientheorie bei der Frage, „welche Rechtsinhalte auf welchen (unterschiedlichen) normhierarchischen Stufen gewährleistet sind“.⁹⁵ Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, dass dies nicht zutrifft. Um eine vergleichsweise einfache Konstellation zur Illustration zu verwenden,⁹⁶ soll die Entscheidung über einen Einzelakt auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes betrachtet werden.

a) Bindung und Freiheit bei der Gesetzgebung

Betrachtet man die erste Stufe, auf der Rechtsprinzipien zur Abwägung kommen,⁹⁷ wendet der parlamentarische Gesetzgeber im Wege der Gesetzgebung Grundrechte und andere verfassungsrechtliche Prinzipien an. Allerdings ist er keineswegs darauf verwiesen, verfassungsrechtliche Entscheidungen, die ihm ein definitives Ergebnis vorschreiben würden, bloß auszuführen. Dies hat drei Gründe. Erstens kommt dem Gesetzgeber regelmäßig⁹⁸ ein Zwecksetzungsspielraum zu, kraft dessen er Optimierungsgegenstände von Prinzipien in Geltung setzen bzw. konkretisieren

⁹⁵ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Fn. 8), S. 234-235.

⁹⁶ Komplizierter wäre der Fall beispielsweise, wenn zwischen dem Parlamentsgesetz und dem Einzelakt noch eine Rechtsverordnung ergehen würde. Die Vermehrung der Stufen ändert jedoch nichts am grundlegenden Verhältnis zwischen den Stufen.

⁹⁷ Man kann natürlich die Frage stellen, ob nicht schon in der Verfassungsgebung Prinzipien angewendet werden. Wenn es sich bei der Verfassungsgebung um die Schaffung der höchsten rechtlichen Ebene handelt, wie der Stufenbau des nationalen Rechts nahelegt (aus völkerrechtlicher Perspektive stellen sich komplexere Fragen, denen hier nicht weiter nachgegangen werden kann), kann nach einer rechtspositivistischen Deutung der Verfassungsgebung keine Begrenzung des möglichen Inhalts einer Verfassung aus moralischen Prinzipien und ihrer Abwägung resultieren. Anderes gälte für eine naturrechtliche Deutung der Verfassungsgebung.

⁹⁸ Ausnahmsweise soll dem Gesetzgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit BVerfGE 28, 243 (261) ein solcher Zwecksetzungsspielraum nicht zukommen, wenn er sich auf eine ungeschriebene grundrechtliche Eingriffsermächtigung beruft. Zur Entwicklung und kritischen Analyse dieser Rechtsprechung siehe *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (Mohr Siebeck: Tübingen, 2006), S. 505 ff.

kann.⁹⁹ Zweitens können strukturelle Spielräume eröffnet sein, innerhalb derer sich verfassungsrechtlich definitiv Erlaubtes befindet.¹⁰⁰ Dies liegt vor allem im Falle eines Abwägungspatts vor, in dem ein Überwiegen weder der einen noch der anderen Seite festgestellt werden kann.¹⁰¹ Drittens kann die Erkenntnis der empirischen und normativen Prämissen unsicher sein, woraus dann epistemische Spielräume resultieren können.¹⁰²

Im Gesetz kann der Gesetzgeber auf zweierlei Arten Festsetzungen treffen. Erstens kann er strikte Festsetzungen treffen, indem für bestimmte Fälle die Entscheidung für den Anwender des Gesetzes vorgegeben wird. Ein Beispiel ist die „Ist-Ausweisung“ eines Ausländers aus Deutschland gem. § 53 des Aufenthaltsgesetzes. Nach dieser Bestimmung ist ein Ausländer auszuweisen, wenn er unter anderem „wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist“. In der Anwendung des einfachen Rechts findet grundsätzlich keine Abwägung statt, sondern es wird eine Subsumtion unter die gesetzgeberische Festsetzung getroffen. Fällt der Sachverhalt des zu entscheidenden Falles unter die Merkmale der ausgelegten Regel, tritt die Rechtsfolge ein.

Zweitens kann der Gesetzgeber auch relative Festsetzungen treffen. Im Baurecht wird ein komplexes System von Optimierungs- und Berücksichtigungsgeboten aufgestellt, welche nach § 1 Absatz 6 und 7 BauGB in der Bauleitplanung miteinander abzuwägen sind. Gegenüber den verfassungsrechtlichen Anforderungen werden hier relative Festsetzungen getroffen, indem die Abwägungsbelange konkretisiert und formuliert werden. Hier kann bei der Anwendung von § 1 Absatz 6 und 7 BauGB nicht bloß

⁹⁹Vgl. zum Zwecksetzungsspielraum *Alexy*, Postscript (Fn. 73), S. 395-396; vgl. auch *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 124-125 mit weiteren Nachweisen. Zu einer Deutung des Zwecksetzungsspielraums als formelles Prinzip siehe auch *Borowski*, The Structure of Formal Principles (Fn. 59), S. 31-32.

¹⁰⁰Zur Charakterisierung struktureller Spielräume siehe nur *Alexy*, Postscript (Fn. 73), S. 393.

¹⁰¹Zur Figur des Abwägungspatts und dem aus ihr folgenden Abwägungsspielraum *ibid.*, S. 408; *ders.*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: *VVDStRL* 61 (2002), S. 7-33 (S. 22 ff.). Wie oft diese Abwägungsspielräume auftreten und wie groß sie ausfallen, hängt vor allem davon ab, wie fein oder grob man in Abwägungen die relevanten Größen skalieren kann, vgl. hierzu *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 84 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰²Vgl. nur *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 58), S. 126-130 mit weiteren Nachweisen.

subsumiert werden, sondern es muss bei der Bestimmung des einfachrechtlich Gebotenen eine Abwägung der kollidierenden Belange vorgenommen werden, und zwar unter Berücksichtigung des relativen Gewichts, das diesen Belangen nach dem Willen des Gesetzgebers zukommen soll.

b) Bindung und Freiheit bei der Entscheidung über den Einzelakt

Der Rechtsanwender, der zur Setzung eines exekutiven oder judikativen Einzelaktes in Anwendung eines Gesetzes ermächtigt ist, wird durch die Gesetzesbindung als Bestandteil des Rechtsstaatsgebots gem. Art. 20 III GG verpflichtet, die strikten Festsetzungen im Gesetz zu respektieren. Er ist daher nicht ermächtigt, zu einem abweichenden Ergebnis zu kommen. Weiterhin ist er auch nicht ermächtigt, entgegen den relativen Festsetzungen des Gesetzgebers Gewichtungen in der nach einfachem Recht notwendigen Abwägung vorzunehmen. Er hat vielmehr die grundsätzliche Gewichtung des Gesetzgebers zu respektieren und in dem verbleibenden Rahmen eine Gewichtung im Einzelfall vorzunehmen. Die Entscheidung über relative Festsetzungen in der Gesetzgebung, die dann bei der Setzung des Einzelaktes gebührend zu berücksichtigen sind, zeigt, dass eine Abwägung ohne Weiteres über verschiedene Ebenen des Stufenbaus der Rechtsordnung verteilt werden kann. Dies zeigt nicht nur die bauplanerische Abwägung, sondern das illustrieren auch die verschiedenen ermessensdirigierenden gesetzgeberischen Festsetzungen, die im Verwaltungsrecht anerkannt sind.¹⁰³ Damit erweist sich die Behauptung, die Prinzipientheorie und die Abwägung seien allein oder jedenfalls ganz wesentlich auf die Verfassungsebene und im Besonderen auf die Grundrechte zugeschnitten,¹⁰⁴ als schlicht falsch.

c) Die vermeintlich „verfassungssolipsistische Tendenz“ der Prinzipientheorie

Die Behauptung der „verfassungssolipsistischen Tendenz“ der Prinzipientheorie¹⁰⁵ dürfte damit zusammenhängen, dass jeder Einzelakt unter dem Vorbehalt der Prüfung seiner Verfassungsmäßigkeit steht. Im Rahmen dieser Verfassungskontrolle werden alle unterverfassungsrechtlichen

¹⁰³Vgl. nur Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (C.H. Beck: München, 2011), S. 145 ff.

¹⁰⁴Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Fn. 8), S. 235, Anm. 119.

¹⁰⁵Ibid.

Festsetzungen, gleich ob strikt oder relativ, gleich ob sie durch den Gesetzgeber oder den Richter oder Verwaltungsbeamten getroffen wurden, auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft. Die in diesem Sinne maßgebende Rolle der Verfassungsebene folgt jedoch nicht aus der Prinzipientheorie, sondern aus dem Vorrang der Verfassung im demokratischen Verfassungsstaat, der von niemandem ernsthaft bezweifelt wird.

5. Authentische und nicht authentische Abwägung

Charakteristisch für die Interpretation im Stufenbau des Rechts ist die authentische Interpretation durch den ermächtigten Rechtsanwender, die Kelsen der nicht authentischen Interpretation durch andere Personen gegenüberstellt.¹⁰⁶ Die Unterscheidung beruht wesentlich darauf, dass der Rechtsanwender nur an einen Rahmen gebunden wird, in dem er einen Spielraum hat. Innerhalb dieses Rahmens ist seine Entscheidung konstitutiv. Nachdem sich zunehmend die Einsicht durchgesetzt hat, dass auch in Abwägungen Spielräume entstehen, ähnelt die Abwägung als Methode der Rechtsanwendung in wesentlichen Hinsichten der Interpretation im Sinne Kelsens. Zudem wird die Ermächtigung als zentrale Kategorie des Stufenbaus auch in der Rekonstruktion von prinzipientheoretischen Strukturen verwendet.¹⁰⁷ Dies legt es nahe, Kelsens Unterscheidung zwischen authentischer und nicht authentischer Interpretation auf die Abwägung zu übertragen: Der ermächtigte Rechtsanwender nimmt daher eine authentische Abwägung vor, während nicht ermächtigte Personen oder Organe nur nicht authentische Abwägungen vornehmen können.

IV. ERGEBNIS

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Abwägung eine Reihe von relevanten Eigenschaften mit der Interpretation im Sinne Kelsens teilt und ohne besondere Probleme einen Bestandteil des Stufenbaus des Rechts bilden kann. Dies entspricht auch dem Befund, dass im durch den Stufenbau des Rechts charakterisierten deutschen Rechtssystem in der Praxis Abwägungen auf den

¹⁰⁶Siehe Abschnitt I. 4.

¹⁰⁷*Borowski*, The Structure of Formal Principles (Fn. 59), S. 29-30; *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel (Fn. 6), S. 186-188.

verschiedenen Ebenen vorgenommen werden, ohne dass es dabei Anzeichen für ernste strukturelle Probleme gäbe. Für andere demokratische Verfassungsstaaten dürfte das Gleiche gelten. Vor dem Hintergrund eines hinreichend differenzierten Verständnisses von Stufenbau und Abwägung kann die Abwägung harmonisch in den Stufenbau integriert werden.