

Grundlagen der demokratischen Verfassung

*Festschrift für Robert Alexy
zum 80. Geburtstag*

Herausgegeben von
CARSTEN BÄCKER,
MARTIN BOROWSKI und
JAN-REINARD SIECKMANN

Mohr Siebeck

Grundlagen der demokratischen Verfassung

Festschrift für Robert Alexy zum 80. Geburtstag



Grundlagen der demokratischen Verfassung

Festschrift für Robert Alexy zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von

Carsten Bäcker, Martin Borowski
und Jan-R. Sieckmann

Mohr Siebeck

Publiziert mit Unterstützung der Schulze-Fielitz Stiftung Berlin.

ISBN 978-3-16-164702-4 / eISBN 978-3-16-164703-1

DOI 10.1628/978-3-16-164703-1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Robert Alexy wurde am 9. September 1945 in Oldenburg i.O. geboren. Am 9. September 2025 wird er sein achtzigstes Lebensjahr vollendet haben. Das vorliegende Buch ist ihm als Festgabe zu diesem Geburtstag gewidmet.

Nach dem Abitur leistete Robert Alexy drei Jahre Dienst in der Bundeswehr, das letzte Jahr als Leutnant. Zum Sommersemester 1968 nahm er, ungeachtet seiner Begeisterung für die bildende Kunst, das Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen auf. Im Fach Philosophie studierte er vor allem bei Günther Patzig. Nach der ersten juristischen Staatsprüfung im Jahre 1973 arbeitete er bis 1976 an seiner Dissertation „Theorie der juristischen Argumentation“. Er wurde dabei, wie schon vor dem Examen, von der Studienstiftung des deutschen Volkes gefördert. 1982 erhielt er für diese 1978 erstmals im Druck erschienene Untersuchung den Preis der Philologisch-Historischen Klasse der Akademie der Wissenschaft zu Göttingen. 1976 nahm er den juristischen Vorbereitungsdienst auf, den er 1978 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung abschloss. Er war sodann Assistent bei Ralf Dreier am Lehrstuhl für Allgemeine Rechtstheorie in Göttingen. 1984 habilitierte er sich an der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen für die Fächer Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, auf der Grundlage der Schrift „Theorie der Grundrechte“. Es folgten Lehrstuhlvertretungen in Regensburg und Kiel. Nach Ablehnung eines Rufes an die Universität Regensburg nahm er 1986 den Ruf an die Christian-Albrechts-Universität zu Kiel an. Im März 1991 lehnte er einen Ruf an die Karl-Franzens-Universität Graz (Nachfolge Ota Weinberger) ab. Von 1994 bis 1998 war er Präsident der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. 1997 erhielt er einen Ruf an die Georg-August-Universität Göttingen (Nachfolge Ralf Dreier), den er im Februar 1998 ablehnte. Seit 2002 ist Robert Alexy ordentliches Mitglied der Philologisch-Historischen Klasse der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Seit 2008 verliehen ihm die Universitäten Alicante, Buenos Aires, Tucumán, Antwerpen, die Universidad Nacional Mayor de San Marcos in Lima, die Universidad Ricardo Palma in Lima, die brasilianische Bundesuniversität in Teresina, die Karls-Universität in Prag, die Universität in Coimbra, die brasilianischen Bundesuniversitäten in Porto Alegre und Belo Horizonte, die Universidade do Oeste de Santa Catarina in Chapecó, die Bundesuniversität in Rio de Janeiro, die Universidad del Rosario in Bogotá, die Universität Santa Fe in Argentinien, die Universität Zaragoza, die Universität Puno in Peru, die Katholische Universität Brasília und die Universität Vitória in Brasilien, die Universität Košice, die Universität Tallinn, die Universität Recife, die Universität Tlaxcala, die Universität Catanzaro, die Universität La Paz in Bolivien, die Universitäten Goiânia und Manaus sowie die Staatsuniversität und die Bundesuniversität

in Boa Vista in Brasilien, die Universität Trujillo in Peru sowie die Universität Santiago del Estero in Argentinien die Ehrendoktorwürde. 2010 erhielt er das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland. 2013 wurde ihm der Wissenschaftspreis der Stadt Kiel verliehen. Im selben Jahr wurde Robert Alexy entpflichtet. 2019 ist er zum Seniorprofessor an der Kieler Universität ernannt worden.

Als Herausgeber freuen wir uns sehr über die gehaltvollen und ehrenden Beiträge, die uns aus dem Kreise der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie für diese Festschrift erreicht haben. Die Beiträge sind drei Sektionen zugeordnet: der Verfassungstheorie, den Verfassungsrechten und den Verfassungswirkungen. Sie umfassen in ihrer Gesamtheit weite Bereiche des Werkes des Jubilars, welches sich – ausgehend von seinen Qualifikationsschriften – um die juristische Argumentationstheorie und die allgemeine Grundrechtsdogmatik einschließlich ihrer ethischen Fundierung gruppiert und in dieser Kombination eine weit über die Grenzen seiner akademischen Heimat hinaus wirkmächtige Theorie der Grundlagen der demokratischen Verfassung hervorgebracht hat. Ein Verzeichnis der Schriften des Jubilars ist dem Band angefügt. Die umfassende und intensive Rezeption seines Werkes, gerade auch im Ausland, lässt sich an den Übersetzungen, die seine Hauptwerke und viele seiner kleineren Schriften gefunden haben, ebenso ablesen, wie sie sich in den ihm verliehenen Ehrendoktorwürden und den zahlreichen Arbeiten zu seinem Werk im In- und Ausland spiegelt. Mit dieser breiten und tiefen Aufnahme seines Werkes ist auch ein Export deutscher Rechts- und Verfassungstheorie und ganz besonders deutscher Grundrechtsdogmatik verbunden.

Wir danken der Schulze-Fielitz Stiftung Berlin für die außerordentlich großzügige finanzielle Unterstützung der Festschrift. Weiter danken wir den Verantwortlichen beim Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Daniela Taudt, Silja Verena Meister und Jana Trispel, für die gewohnt engagierte und umsichtige Unterstützung des Projekts, gerade auch im Hinblick auf die termingerechte Fertigstellung dieses Buches. Schließlich danken wir den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls für Öffentliches Recht IV an der Universität Bayreuth für ihr Engagement in der editorischen Bewältigung des Buches. Stellvertretend seien Annika Leitmannstetter und Antonia Stummvoll genannt, die den gesamten Prozess der Edition mit Geduld, Sorgfalt und Umsicht begleitet und moderiert haben.

Bayreuth | Heidelberg | Erlangen, im Juni 2025

Carsten Bäcker
Martin Borowski
Jan-Reinard Sieckmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.	V
------------------	---

Teil 1: Verfassungstheorie

Paul Kirchhof

Optimierung und Vereinfachung des Rechts.	3
---	---

I. Begriff und Geltung des Rechts

Christoph Bezemek

Moral, das ist, wenn man moralisch ist. Zum Begriff der Moral bei Lon Fuller (im Werk Robert Alexys)	23
---	----

Udo Di Fabio

Die Gründe der Verfassung. Ist eine normative Begründung des Rechts möglich? . .	35
--	----

Armin Engländer

Augustinus' Räuberbande als Prüfstein für Alexys Richtigkeitsargument	51
---	----

Stephan Kirste

Rechtsidealismus.	63
---------------------------	----

Matthias Klatt

Mythen über den Nichtpositivismus	79
---	----

Matthias Mahlmann

Altruismus durch Universalisierung? Kants Begründung des Altruismus und die Grundlagen ethischer Urteile	93
---	----

Christoph Möllers

Legitimität, Geltung und Permeabilität. Eine rechtsphilosophische Skizze	105
--	-----

Dietmar von der Pfordten

Zur Wertbeschränkung des Rechtsbegriffs sowie Möglichkeiten ihrer Begründung .	115
--	-----

Edzard Schmidt-Jortzig

„Recht ist Wille zur Gerechtigkeit“	131
---	-----

II. Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit

Ino Augsberg

Rechtsstaatliche Demokratie / demokratischer Rechtsstaat 145

*Bernd Grzeszick*Im Prinzip demokratisch legitimiert? Zu Grundlagen und Grenzen
von Prinzipientheorien im Verfassungsrecht am Beispiel von Prinzipialisierungen
des Demokratieprinzips 157*Joachim Lege*

Die Ministerialdemokratie ... und weitere „deliberative Defizite“. 169

*Klaus Mathis*Nachhaltigkeit und Demokratie. Am Beispiel der halbdirekten Demokratie
in der Schweiz 179*Martin Morlok*

Die Mehrheitsentscheidung und ihre Folgen 193

Hans-Jürgen Papier

Wehrhafte Demokratie und Rechtsstaat 207

Jan-Reinard Sieckmann

Autonomie und Demokratie 221

III. Argumentation und Interpretation

Klaus Günther

Anwendungsdiskurse, revisited 235

Tobias Herbst

Der „Wille des Gesetzgebers“ in der juristischen Argumentation 255

Michael Holoubek

Zur Drittwirkung der Grundrechte 267

Hanno Kube

Wirklichkeitsgerechte Steuern 277

Ulfrid Neumann

„Abwägung“ von Argumenten – wissenschaftstheoretisch betrachtet. 289

Michael Potacs

Der doppelte Wille des demokratischen Gesetzgebers 303

Frank Saliger

Praktische Argumentationslehre im (Straf-)Recht 315

IV. Fiktionen, Resilienz, Sanktion, Konstitutionalisierung, Inklusion

Shu-Perng Hwang

Juristische Fiktionen im Lichte der Reinen Rechtslehre 335

András Jakab

Die Resilienz einer Verfassung 347

Hans Hugo Klein

Friedrich Rückert. Dichter, Orientalist, Verehrer Goethes 361

Stanley L. Paulson

Is the Sanction-Norm the Sole Norm-Type in Hans Kelsen's *Main Problems*? . . . 369

Franz Reimer

„Was aber die Verfassung nicht entscheidet ...“. Zum Problem
der Konstitutionalisierung bei Robert Alexy 383

Alexander Somek

Soziale Gerechtigkeit und Inklusion 397

Teil 2: Verfassungsrechte

I. Allgemeine Grundrechtsdogmatik

Martin Borowski

Robert Alexys Rekonstruktion subjektiver Rechte 413

Christoph Enders

Anfang und Ende der Grundrechtsdogmatik – Eine Erfolgs-
und Verlustgeschichte des Rechtsverhältnisses im Staatsrecht 427

Mathias Hong

Warum abwägungsfeste Rechte von Alexys Prinzipien zur Abwägung
von Grundsatznormen führen 443

Stefan Huster

Der grundrechtsdogmatische Freiheitsbegriff – Sinn und Grenzen. Eine Anmerkung zum inter- und transdisziplinären Gespräch.	457
---	-----

Philipp Reimer

Positionentheorie der Grundrechte – und darüber hinaus. Stand und Forschungsperspektiven.	467
--	-----

II. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gewichtsformel

Marietta Auer

Gewichtsformel und aristotelische Gerechtigkeit	481
---	-----

Christoph Engel

Gewichtsformel – wörtlich genommen. Ein empirischer Test mit der Hilfe eines Sprachmodells	495
---	-----

Josef Franz Lindner

Ausdifferenzierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	513
---	-----

Ralf Poscher

Die Möglichkeiten und Grenzen der Verhältnismäßigkeitsanalyse im Recht	523
--	-----

III. Besondere Grundrechtsdogmatik

1. Menschenwürde

Angelika Siehr

Der Menschenwürdesatz als Paradigma des Neubeginns und die Grundlegung der freiheitlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes	545
---	-----

2. Gleichheitsrechte

Carsten Bäcker

Gewogene Gleichheit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Doppelnorm	563
--	-----

Markus Möstl

Systemabhängige Gleichheit? Überlegungen zur Wirkkraft des Wahlgleichheitssatzes anlässlich des Urteils des BVerfG zur Wahlrechtsreform der Ampelkoalition	581
--	-----

Peter Koller

Bürgerliche Freiheit und soziale Gleichheit: politische Ideen und juristische Konstrukte	595
--	-----

3. Justizgrundrechte

Christian Hillgruber

Ne bis in idem – Regel oder Prinzip?	615
--	-----

Andreas Hoyer

Zum Verhältnis zwischen Demokratieprinzip und Verfassung am Beispiel der Entscheidung des BVerfG zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten eines rechtskräftig Freigesprochenen	627
--	-----

IV. Internationale Zusammenhänge

Peter M. Huber

Theorie der Grundrechte im europäischen Rechtsraum	637
--	-----

Wolfgang Kahl

Robert Alexy und EU-Grundrechtstheorie	653
--	-----

Niels Petersen

Gibt es ein „globales Modell“ der Grundrechte?	669
--	-----

Teil 3: Verfassungswirkungen

I. Verfassung und Verwaltung

Rolf Gröschner

Dem Ganzen dienen: Richtschnur für den Öffentlichen Dienst einer Republik . . .	687
---	-----

Jörn Ipsen

Die Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis Umriss einer rechtstheoretischen Kontroverse	697
--	-----

II. Verfassung und Rechtsprechung

Lothar Michael

Gerichtliche Interventionen als Anknüpfungen und Grenzen
der Drittwirkungsdogmatik 709

Hubert Rottleuthner

Tatsachenbehauptungen in Urteilsbegründungen 725

Heinrich Amadeus Wolff

Die Begründung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
aus einer Binnenperspektive. 743

III. Föderale, kommunale, internationale Wirkungen

Florian Becker

Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen der Daseinsvorsorge. . . . 757

Christoph Brüning

Effektivität und Resilienz intraföderaler Zusammenarbeit am Beispiel
von Konferenzen der Landesminister 779

Mitsuhiro Matsubara

Grundrechtliche Drittwirkung und Daseinsvorsorge 793

Sebastian Graf von Kielmansegg

Integration ohne Rechtsgrundlage? Artikel 24 GG und die militärische
Integration 803

Schriftenverzeichnis Robert Alexy 817

Autorenverzeichnis 863

Teil 1:

Verfassungstheorie

Optimierung und Vereinfachung des Rechts

Paul Kirchhof

I.	Verbesserung und Erneuerung	3
1.	Freiheitliches Streben und schicksalhaftes Glück	3
2.	Das Wagnis eines Erneuerungsaufbruchs	4
3.	Anschaulichkeit und Überzeugungskraft des Rechts.	5
II.	Prinzipien und Regeln.	6
1.	Werttheorie der Optimierungsgebote	6
2.	Zustimmungsfähige Herrschaft	8
3.	Rechtliches Gehör vor Gericht.	9
III.	Perspektiven des Prinzipiellen	10
1.	Das Ziel rechtsstaatlichen Friedens	10
2.	Die Idee des verallgemeinernden Gesetzes	11
3.	Verantwortete Freiheit	13
IV.	Antwortende Prinzipien.	14
V.	Vereinfachung des Rechts	15
1.	Kurze, selbstverständliche Erläuterung des Wesentlichen	15
2.	Neue Unmöglichkeiten	16
3.	Wachsende Bürokratisierung.	16
4.	Arbeitsprinzipien zur Rückgewinnung epochaler Freiheit.	17
5.	Gelassene Optimierung.	19

I. Verbesserung und Erneuerung

1. Freiheitliches Streben und schicksalhaftes Glück

Der Mensch strebt nach dem Besseren. Er will sich fortbilden, sich sportlich er-tüchtigen, das Glück seiner Familie mehren, in der Gesellschaft mehr Glanz, in der Demokratie mehr Einfluss gewinnen. Er will seine berufliche Leistung stei-gern, sein Einkommen erhöhen, Kunden, Klienten, Patienten zufriedenstellen, zum gemeinen Nutzen beitragen.

Dieser Wille zum Besseren trifft auf die Realität, dass der Mensch sein Glück versuchen, auf gut Glück ein Abenteuer beginnen, auch sein Glück machen, nicht aber sein Schicksal selbst bestimmen kann. Zudem ist sich der Mensch seiner Unzulänglichkeiten – seiner Schwächen, Irrtümer, Ängstlichkeiten, Fehl-einschätzungen und Zerbrechlichkeit – bewusst. Er kann sich dem Besseren und Besten nur nähern, wird Rückschläge erleben, zu viel wollen und zu oft untätig bleiben, die Grenzen seiner Selbstbestimmung und Gestaltungskraft erfahren.

„Glück“ ist stets etwas Erhofftes und Erwünschtes, aber noch Unbestimmtes und nicht gänzlich Bestimmbares, ist ein objektives Geschehen, Geschick, eine schicksalhafte Fügung, die den Menschen erreicht, die er nicht erzwingen kann. Glück ist auch ein im Inneren empfundener Zustand, ein Glück, das der Mensch fühlt, wenn er Frieden, den Einklang mit der ihn umgebenden Gemeinschaft, eine individuelle Begegnung oder die Freude am eigenen Erfolg erlebt¹.

Das Recht kann schicksalhaftes Glück und Unglück nicht wenden, dem Einzelnen nicht persönliches Glück gewährleisten und Pech nicht verhindern. Es kann aber Regeln für das „gute Leben“ entwickeln², die Glückssuche als Recht in die Gemeinschaftsordnung einbetten und damit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterwerfen. Im Maß seiner Freiheit setzt der Mensch sich subjektiv einen Rahmen des für ihn Besten – seinem Handlungsziel –, aber auch des für ihn Möglichen – seiner Zufriedenheit.

2. Das Wagnis eines Erneuerungsaufbruchs

Der Unabhängigkeitswille der Vereinigten Staaten formulierte „Wahrheiten“, wonach die Menschen mit gewissen unveräußerlichen Rechten begabt sind, dazu auch das Streben nach Glückseligkeit gehört³. Dieses Recht ist ein Freiheitsrecht, nach dem jeder sein eigenes Glück definiert, sich aber auch der ungewissen Erreichbarkeit dieses Ziels bewusst ist. Das Grundgesetz beginnt mit den hohen Idealen der Menschen- und Grundrechte als zeitübergreifende Gerechtigkeitsordnung⁴, stellt ihr aber eine Gerichtsbarkeit zur Seite, die drohendes Unrecht unterbindet, entstandenes beendet und ausgleicht. Die Verfassung garantiert unverletzliche und unaufgebbare Rechte als „objektive Wertordnung“⁵, kennt aber zugleich eine Staatshaftung für Unrecht. Das Grundgesetz entsteht in unmittelbarer Unrechtserfahrung, wird im Aufatmen über das Ende des Krieges, im prinzipienbewussten Willen⁶ zu Wiederaufbau und Erneuerung beschlossen, auch als Gegenmodell gegen das NS-Regime in Kraft gesetzt⁷. Diese Verfassung bleibt in der Not einer noch unzulänglichen Staatlichkeit, einer Ungewissheit über Staatsgrenzen und Staatsvolk, einer Hoheitsmacht unter Vorbehalt bewusst

¹ H. Meier, Prolog über das Glück, in: H. Meier (Hrsg.), Über das Glück, 2009, 8 ff.; Hilgendorf, Glück und Recht. Vom „Pursuit of happiness“ zum Recht auf Selbstbestimmung, in: Kick (Hrsg.), Glück. Ethische Perspektiven – aktuelle Glückskonzepte, 2008, 47 ff.

² Ricken, Gemeinschaft. Tugend. Glück. Platon und Aristoteles über das gute Leben, 2004, 78.

³ §§ 1 und 3 der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776, in: Gosewinkel/Masing (Hrsg.), Die Verfassungen in Europa 1789–1949, 1006 134; ähnlich die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten vom 4. Juli 1776, ebd.

⁴ So insbesondere die Abgeordneten Dr. Schmid, Dr. Süsterhenn sowie der Grundsatzausschuss, JöR n. F. Bd. 1, 1951, 42 f.

⁵ BVerfGE 7, 198 (215) – Lüth; BVerfGE 18, 85 (92) – Patentanmeldung („spezifisches Verfassungsrecht“, zum Verhältnis von Verfassungs- und (einfachem) Gesetzesrecht).

⁶ Stolleis, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945–1949, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd I, 3. Aufl. 2003, § 7, Rn. 1.

⁷ BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel.

ein Provisorium⁸. Doch trotz dieser Vorläufigkeit setzt die Präambel dem erneuerten Staat drei hohe Ziele: den Dienst am Weltfrieden, die gleichberechtigte Mitwirkung in der europäischen Integration und die Wiedervereinigung. Dieses Wagnis ist gelungen. Das ermutigt die Gegenwart mit ihren bedeutsamen, aber im Vergleich zu 1949 und 1989 doch überschaubaren Problemen. Das Grundgesetz weist auch heute den Weg zum prinzipiell Besseren. Die nun endgültige Verfassung beauftragt die Menschen, insbesondere im Prinzip der Freiheit und der demokratischen, sich periodisch erneuernden Gesetzgebung, zu einem Aufbruch in eine bessere Zukunft.

3. Anschaulichkeit und Überzeugungskraft des Rechts

Wenn die Französische Revolution oder die Dichter des Sturm und Drang den Weg zur Gerechtigkeit weisen, versprechen sie gutes Recht durch den Revolutionär, der seine besseren Ideen mit Kampf und Gewalt durchsetzt. *Solon* hingegen, der den Athenern im Streit um die Insel Salamis neuen Kampfesmut vermitteln wollte, vermied das Verbot, in Wort oder Schrift für die Wiederaufnahme des Krieges zu werben, indem er seinen Aufruf als Gesang erklingen ließ. Diese List scheint vordergründig das Gesetz plump zu umgehen, vollzieht aber einen prinzipiellen Wechsel vom nüchternen Text zur Poesie. *Solon* spricht die Athener nicht nur mit der Vernunft des Wortes an, sondern gewinnt mit Vers und Melodie alle Sinne⁹. Seine Rechtspolitik nutzt den Klang des Poetischen, nicht die zerstörende Macht der Guillotine. Im alten Griechenland wurde Recht vielfach in Versform vermittelt, mit Harfe und Flöte vorgetragen¹⁰. Das römische Zwölf-Tafel-Gesetz war darauf angelegt, von den Schülern auswendig gelernt zu werden¹¹. Ende des 15. Jahrhunderts hat *Sebastian Brant* in seinem *Narrenschiff* (1494) den Menschen in Versform, bebildert mit schönen Holzschnitten, einen Spiegel vorgehalten, ihnen über 100 Narrentypen – die damaligen Unsitten und Missstände, die sozialen und moralischen Normabweichungen – vor Augen geführt. „Im Narrentanz voran ich gehe, da ich viel Bücher um mich sehe, die ich nicht lese und verstehe“¹².

In Zeiten, in denen viele Menschen noch nicht lesen und schreiben konnten, musste Recht den Menschen allein durch gute Erziehung, durch anschauliche Ansprache, in einprägsamen Bildern vermittelt werden. Diese Mündlichkeit und Bildlichkeit des Rechts hatte zwei Vorteile: Sie begrenzt das Gesamtvolumen

⁸ Vgl. die Abgeordneten *Dr. Schmid, Dr. Süsterhenn, Dr. Heuss*, JöR n. F. Bd. 1, 19, 51, 43 f.; später zum Grundgesetz als Mitte eines „Verfassungspatriotismus“ *Sternberger*, Verfassungspatriotismus, 1982, 1 f.; Lammert (Hrsg.), *Verfassung, Patriotismus, Leitkultur – was unsere Gesellschaft zusammenhält*, 2006; zur Funktion der Leitkultur kritisch *Thym*, Staatsvolk, Migration, Nation, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR Bd. I, 1. Aufl. 2023, § 11 Rn. 62 mN.

⁹ *Fögen*, Das Lied vom Gesetz, 2007, 123.

¹⁰ *Fögen* (Fn. 9).

¹¹ *Bretone*, Geschichte des römischen Rechts, 1992, 53.

¹² *Brant*, Das *Narrenschiff*. 2. Aufl. 1968, übertragen in: Hans-Joachim Mähl (Hrsg.), *Brant*, Das *Narrenschiff*. 1992, 7, 12; vgl. auch *Eike von Repgow*, *Sachsenspiegel*, Reimvorrede, in: hochdeutscher Übertragung abgedruckt in: *Eike von Repgow*, *Der Sachsenspiegel*, 2002, 9 ff.; zum Ganzen *Fögen* (Fn. 9).

der Gesetzesvorschriften durch die Aufnahmefähigkeit des Menschen, seine gute Gewohnheit, sein Gedächtnis, seine Zugänglichkeit für Bilder und Symbole. Vor allem aber musste das Recht anschaulich, volkstümlich und einprägsam vermittelt werden und inhaltlich überzeugen, insoweit im Einklang mit der bestimmenden Rechtsauffassung der Bürger stehen. Diese Überbringungsform gewährleistete ein Stück Rechtskontinuität, Nachhaltigkeit, Wertungssicherheit. Recht war nicht Entscheidung des Gesetzgebers, sondern allgemeine, entwicklungsfähige Rechtsvorstellung.

II. Prinzipien und Regeln

1. Werttheorie der Optimierungsgebote

Der demokratisch-parlamentarische Rechtsstaat sucht das Recht weniger in der freien Gesellschaft, beauftragt vielmehr durch die Wahl das Parlament, das Recht zu setzen. Das Parlament hat die Autorität und den Auftrag, die wesentlichen Regeln des Gemeinschaftslebens zu bestimmen, sie im Gesetzblatt für jedermann ersichtlich zu machen, einen Verbindlichkeitsanspruch zu begründen, der durch die Staatsverwaltung und die Gerichte durchgesetzt wird. In der Gegenwart einer von der individuellen Freiheit geprägten Lebenswirklichkeit, eines vom europäischen Binnenmarkt und den Weltmärkten bestimmten Wirtschaftslebens, einer immer anspruchsvolleren Welt von Wissenschaft und Technik, auch einer Orientierungsarmut des modernen Menschen sehen Bundestag und Bundesrat ihre Aufgabe immer mehr darin, durch eine Fülle von Normen und eine ständige Erneuerung des Rechts die Regelhaftigkeit des Gemeinschaftslebens zu sichern. Dabei bewahrt die Verfassung strukturell unabänderliche oder nur schwer abänderbare Leitgedanken des Rechts (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG), prägt mit ihrer „Ausstrahlungswirkung“ und dem ihr zugehörigen Verhältnismäßigkeitsprinzip auch die Entwicklung des einfachen Gesetzesrechts, versteht aber die übrigen Gesetze als ein Regelwerk, dessen vielfältige, teilweise gegenläufige Aussagen als Teil einer einheitlichen Rechtsordnung gehandhabt werden müssen, jedoch nicht Ausdruck der den Verfassungsstaat zusammenhaltenden Kernverbindlichkeiten sind¹³.

In diese Diskussion trägt *Robert Alexy* mit seiner Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln einen inzwischen vielseitig beachteten und auch die Rechtsprechung beeinflussenden Navigator, der das Recht für eine unaufgebbare Gerechtigkeit offenhält, aber auch Regeln kennt, die durch gegenläufige Regeln ihre Verbindlichkeit und Wirkung verlieren. Dieser Leitgedanke beharrt auf einer materiellen Richtigkeit, die bei gegenläufigem Recht nicht weicht, sondern in der Waage der Justitia, im Wägen und Gewichten, einen Ausgleich findet, aber auch das Prinzip der Rechtssicherheit anerkennt, das auf positives

¹³ BVerfGE 6, 32 (36) – Elfes; BVerfGE 7, 198 (207, 212) – Lüth; BVerfGE 18, 85 (92) – Patentanmeldung („Ausstrahlungswirkung“).

Recht drängt¹⁴. Prinzipien sind Normen, die gebieten, dass etwas in einem nach den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach „Optimierungsgebote“. Diese Prinzipientheorie ist eine „von unhaltbaren Annahmen gereinigte Werttheorie“¹⁵. „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, umso größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“¹⁶. Diese Prinzipientheorie hat den Vorteil, gegenläufige Prinzipien so miteinander auszugleichen, dass jedes Prinzip seine Wirkung behält, der Ausgleich je nach realer und rechtlicher Realisierbarkeit bemessen werden kann. Zudem besitzt diese Theorie „eine hohe intuitive Plausibilität“, die insbesondere ihre Wirkung im Bereich der Grundrechte erklärt¹⁷. Sie ist Werttheorie, die im ausgleichenden Optimierungsgebot von vornherein eine „Diktatur der Werte“¹⁸ vermeidet. Herrschaft des Rechts ist Herrschaft einer Werteordnung, die in der Gegenläufigkeit der Werte jede Absolutheit ausschließt.

Gerechtigkeit meint moralische Richtigkeit, trägt also in das gesetzte – geschriebene – Recht eine nicht-positivistische Idee von verbindlichen Verhaltensnormen, die unabhängig von irgendeiner Positivierung sagen, was geboten, verboten und erlaubt ist. Diese Normen müssen individuell menschlich – also in Subjektivität, mit Emotionen, persönlichen Erfahrungen, Bedürfnissen und Absichten – erkannt und anerkannt werden, sind weder in der Realität beweisbar, noch dürfen sie bloßer Willkür entspringen. Deshalb werden moralische Urteile dem Erfordernis der Vernünftigkeit unterworfen, müssen einer rationalen Argumentation genügen, der Widerspruchsfreiheit, der Verallgemeinerungsfähigkeit, der sprachlich – begrifflichen Klarheit, der empirischen Wahrheit, einer wägenden und gewichtenden Folgenabschätzung entsprechen. Sie müssen sich der Ursprünge moralischer Überzeugungen vergewissern, im Auseinandersetzungsprozess Freiheit und Gleichheit zur Wirkung bringen¹⁹.

¹⁴ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl., 2012, 234 f.; ders., Rechtssicherheit und Richtigkeit, in: M. Anderheiden u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, 2013, 49 (50 f.); ders. Begriff und Geltung des Rechts, 2020, 139 ff.; zur Wirkung und Kritik Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. 2018, 100, 101, 114, 160; Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, 2009; zur Entwicklung der Rechtsprechung im Gebot des schonendsten Ausgleichs, der praktischen Konkordanz, des mildesten Mittels, des Optimierungsgebots vgl. die Anfänge BVerfGE 5, 85 (204) – KPD-Urteil; BVerfGE 7, 377 (403) – Apothekenurteil; BVerfGE 13, 97 (105) – Handwerksordnung; sodann BVerfGE 81, 278 (292 ff.) – Bundesflagge; BVerfGE 83, 130 (143) – Josefine Mutzenbacher; zur neueren Rechtsprechung vgl. BVerfGE 138, 296 – Kopftuch von Lehrkräften; BVerfGE 141, 1 – Treaty Override; BVerfGE 147, 50 – Streikverbot für Beamte; BVerfGE 156, 270 (300 Rn. 94) – parlamentarisches Untersuchungsrecht; BVerfG NVwZ 2024, 141 – Zeugnisbemerkung.

¹⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, 75 f., 72.

¹⁶ Alexy (Fn. 15), 146.

¹⁷ Borowski (Fn. 14), 160 f.

¹⁸ C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte (1959), 4. Aufl. 2020, 48 f., wohl als Antwort auf BVerfGE 7, 198.

¹⁹ Alexy, Theorie (Fn. 14), 234 f.; ders., Rechtssicherheit (Fn. 14), 50 f.

2. Zustimmungsfähige Herrschaft

Gerecht, richtig und damit gültig seien Normen, die in einem „idealen Diskurs“ von jedem als richtig beurteilt werden würden²⁰. Da dieser ideale Diskurs nicht möglich ist, eine tatsächliche rationale Argumentation sich dem idealen Diskurs allenfalls annähern kann²¹, braucht das Recht Evidenzen, Tabus, Axiome, die nicht mehr hinterfragt werden. Beispiele bieten die unveräußerliche Würde des Menschen, das Verbot eines Angriffskrieges, das Verbot der Sklaverei, wohl auch die elementaren Menschenrechte²² und die Demokratie im Sinne der parlamentarisch – repräsentativen Herrschaft mit Gewaltenteilung.

Die Fiktion eines „idealen Diskurses“ dürfte ihren Ursprung in der Fiktion eines Gesellschaftsvertrages haben, mit dem Menschen in einem herrschaftslosen Zustand – alle gleich und frei – Herrschaft durch freiwillige Übereinkunft aller begründen, politische Herrschaft dadurch legitimieren, dass die Art der Herrschaft für alle Herrschaftsunterworfenen zustimmungsfähig ist²³. Beide Fiktionen suchen nach dem Recht, dem vernunftbegabte Wesen zustimmen können. Das Konsensverfahren führt zur Vernünftigkeit, weil der Mensch nicht anders als vernünftig eine ihn selbst regierende Herrschaft denken kann. Doch der Mensch ist nicht nur Vernunftwesen, sondern von Hoffnungen und Enttäuschungen, Ehrgeiz und Machtwillen, Liebe und Hass, Erwerbstreben und Selbsterhalt, Staunen und Müdigkeit bestimmt. Das Erfordernis der zustimmungsfähigen Herrschaft ist keine Frage nur der Vernunft, sondern der Humanität. Die Vereinten Nationen haben sich auf die Menschenrechte verständigt, „vorausgesetzt, man verlangt von uns nicht, sie zu begründen“²⁴. In dieser Verständigung – dem bewussten Verweigern einer Begründung – klingt einmal die Frieden stiftende Kraft des Konsenses an, sodann die Einsichtigkeit der Menschenrechte als ein dem Menschen gerecht werdendes Konzept, auch die Erfahrung und Erwartung, dass der Mensch in seiner Unzulänglichkeit und Schicksalsgebundenheit sich einem zustimmungsfähigen Herrschaftsmaßstab nähern kann. Die Gegenläufigkeit der Menschenrechte – der Kern des Optimierungsauftrages – hält vieles offen.

Soweit es gelingt, eine Norm allgemein als einsichtig, dem Menschen gerecht werdend, verallgemeinerungsfähig zu vermitteln, ist die Befolgung dieser Norm jedermann zuzumuten. Die Klugheit fordert die Durchsetzung des Rechts, weil sie die Anarchie vermeiden will. Die Gerechtigkeit (Moral) fordert die sichere Erkennbarkeit ihrer Rechtsinhalte und die verlässliche Vollstreckbarkeit des

²⁰ Alexy, Rechtssicherheit (Fn. 14), 51.

²¹ Alexy, Rechtssicherheit (Fn. 14), 51.

²² Alexy, Rechtssicherheit (Fn. 14), 51.

²³ Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994; Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof HStR Bd. I, 3. Aufl. 2003 § 1 Rn. 13.

²⁴ Stern, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR Bd. IX, 3. Aufl. 2011 § 184 Rn. 67; Kasper, Die theologische Begründung der Menschenrechte, in: D. Schwab (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, Festschrift für Paul Mikat, 1989, 99.

festgestellten Rechts.²⁵ Dieses Erfordernis der Rechtssicherheit drängt das moralische Recht in die Positivität. Die Rechtssicherheit wird so zum Grund der Positivität, ohne dass der Anspruch auf Gerechtigkeit mit der institutionell geschaffenen Positivität verschwindet²⁶.

3. Rechtliches Gehör vor Gericht

Während der Diskurs für das Auffinden von Prinzipien zu flüchtig ist, fiktiv bleibt, fern jeder Realität gedacht wird, ist die Rechtssuche im Gespräch für die Rechtsprechung alltägliche Selbstverständlichkeit. Der Richter erlebt diese Spannung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, moralischen und gesetzten Richtigkeiten als Gegensatz von Ziel und Maßstab seines Richtens. Ihm geht es wie dem Arzt, der täglich der Gesundheit dienen will, sie aber nicht umfassend begreifen und abschließend definieren kann, der aber die Mittel und Methoden einer Heilung des Kranken kennt und täglich praktiziert, sich in diesem von der Rechtsgemeinschaft definierten und überwachten Wissen dem Ideal der Gesundheit nähert.

Der Richter sucht nach den überpositiven Normen, die kategorisch zu befolgen sind, findet insbesondere im Verfassungsrecht Grundwerte und Grundentscheidungen, die in positiven Rechtssätzen diese Prinzipien aufnehmen und praktisch handhabbar machen. Im Binnensystem eines Gesetzesstaates sind Regeln aufeinander abzustimmen, auch zu relativieren, dabei auch Regelabweichungen – eine Billigkeitsentscheidung, ein Dispens, eine personenbezogene Angemessenheitsprüfung – zu erwägen²⁷. Dieses Ausbalancieren der *Justitia*, die wägend und gewichtend die Anliegen der Streitparteien mit einer unbestechlichen Waage misst, stiftet Frieden, soll in der Einsichtigkeit der Entscheidungsmaßstäbe überzeugen, drängt in der Mittelachse der Waage einen schier endlosen Abwägungsprozess in eine letztlich formalisierte Entscheidung.

Vor Gericht – der Recht-Sprechung – ist das Sprechen über das Recht eine verfahrensrechtliche Voraussetzung für jeden Richterspruch. Der erkenntnisfördernde Diskurs ist Realität. Allerdings unterscheidet sich das einem Gerichtsverfahren zugrundeliegende Rechtsgespräch von der geistigen Auseinandersetzung eines von gemeinsamer Rechtserfahrung geprägten, in einer Lebenssicht oder Denkschule geformten, oft von einer leitenden Autorität angeleiteten Gedankenaustausches in einem Seminar. Das rechtliche Gehör gewährt vor der Öffentlichkeit in einem fairen Verfahren den Austausch von Wissen, Erfahrungen und Gesetzesdeutungen, den der Richter als am Streit nicht beteiligte, unparteiliche Autorität leitet, in dem jede Streitpartei ihre Tatsachen – und Rechtssicht in der Befangenheit ihres Rechtsanliegens vorträgt, damit dem Richter die Gegenläufigkeit, aber auch die Weite der Beurteilungsperspektiven für das Streitthema vor Augen führt. Es wird also nicht der „Schleier des Nichtwissens“ über ein

²⁵ Radbruch, Der Zweck des Rechts, in: Gesamtausgabe Hassemer (Hrsg.) Rechtsphilosophie III, 1, 1990, Bd. 3, 45.

²⁶ Alexy, Rechtssicherheit (Fn. 14), 53 f.

²⁷ Vgl. Alexy, Begriff (Fn. 14), 29.

Rechtsorgan gebreitet²⁸, auch nicht ein Verfahren versprochen, das alle menschliche Unzulänglichkeit überwindet und allein durch den Verfahrensablauf zum gerechten Recht führt. Rechtsprechung baut vielmehr auf die Gerechtigkeitshilfen eines formell und materiell auf die Unbefangenheit ausgerichteten Richters, auf eine Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), eine Öffentlichkeit und Transparenz des Verfahrensablaufes, eine Schriftlichkeit und Begründetheit des Urteils, eine institutionell abgeschirmte Gerichtsorganisation.

In diesem Prozess des Wägens und Gewichtens kann es verschiedene vertretbare Lösungen geben. Dann ist zu bestimmen, wer – der Gesetzgeber, die Exekutive, das Gericht, der freie Mensch, der Wähler – unter den vertretbaren die verbindliche Regelung auswählen darf. Bleibt die Entscheidungsverantwortlichkeit bei einem Gericht, wird dieses auf die Leitgedanken seines Fachrechts – das Zivilrecht, das Strafrecht, das Umweltrecht, das Arbeitsrecht, das Steuerrecht – zurückgreifen, dabei die institutionelle Autorität des Gesetzes, des Präjudizes, der gefestigten Verwaltungsübung berücksichtigen, diese – auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung – in einen Zusammenklang mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen bringen.

III. Perspektiven des Prinzipiellen

Prinzipien bezeichnen etwas Wesentliches, Grundsätzliches, Anspruchsvolles, zeitübergreifend Bedeutsames. Das gilt auch für den prinzipienbasierten Optimierungsauftrag, der Gegensätze zwischen elementaren Leitgedanken des Rechts wägend und gewichtend aufeinander abstimmt, dabei sein Thema in den gegenläufigen Rechtsanliegen findet. Die Medizin ist vom Leitgedanken der Gesundheit geprägt, die Wissenschaft von der Wahrheitsidee, die Wirtschaft von der Vertragsfreiheit, die Familie vom Vertrauen, das Publikationsorgan von der Informationsoffenheit, der Verfassungsstaat von Frieden und Gerechtigkeit.

1. *Das Ziel rechtsstaatlichen Friedens*

Die Gesellschaft des modernen Verfassungsstaates hat sich darauf verständigt, ihre Rechtskonflikte nicht durch Faust und Fehde, nicht durch Rache zu lösen²⁹, den in einer freiheitlichen Ordnung notwendigen Dissens³⁰ allein in sprachlicher Auseinandersetzung, durch Verständigung und Vertrag, letztlich durch Entscheidung der Recht-Sprechung zu schlichten. Diese innere Friedlichkeit ist Bedingung von Freiheit und Demokratie, muss aber als Prinzip neu in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt werden. Wenn öffentliche Demonstrationen durch eine geplante Regelverletzung – der in der Garantie der Ver-

²⁸ Rawls, A Theory of Justice (1971), dt. Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, 159 ff. (für das Parlament).

²⁹ Zur Rache als erste Offenbarung des Rechtsbewusstseins *Willoweit*, Recht und Willkür, in: Rechtstheorie 43 (2012), 143 (147).

³⁰ *Harbarth*, Der Auftrag des Staates zur Verwirklichung seiner Voraussetzungen als produktives Dilemma, AöR 148 (2023), 1.