

Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff

Herausgegeben von
CARSTEN BÄCKER

Mohr Siebeck

Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff



Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff

Elemente einer diskursiven Theorie
fundamentaler Rechte

Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy

Herausgegeben
von
Carsten Bäcker

Mohr Siebeck

Carsten Bäcker ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-161810-9 / eISBN 978-3-16-161907-6
DOI 10.1628/ 978-3-16-161907-6

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 Buch wurde von SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Erträge eines internationalen Symposiums, welches – aus Anlaß des 75. Geburtstages von Robert Alexy am 9. September 2020 – vom 29. September bis zum 1. Oktober 2021 in deutscher und in englischer Sprache an der Universität Bayreuth stattfand. Das ursprünglich für den September 2020 geplante Symposium mußte im Zuge der Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie um ein Jahr verschoben werden. Es kamen Weggefährten, Freunde und Schüler des Jubilars in Bayreuth zusammen, um den freudigen Anlaß mit Referaten zu seinem Werk akademisch zu würdigen. Aufgrund der noch immer andauernden Pandemie fand das Symposium in einer hybriden Form statt. Von den in Bayreuth gehaltenen und diskutierten 23 Referaten haben 22 den Weg in diesen Band gefunden. Hinzugekommen sind zwei Beiträge, die auf dem Symposium aufgrund terminlicher Kollisionen nicht haben präsentiert werden können.

Großzügige Unterstützung erfuhr das Symposium wie auch die Drucklegung dieses Bandes durch eine Zuwendung des Recht und Wirtschaft in Bayreuth e.V., der sich der Förderung von Forschung und Lehre an der hiesigen Fakultät verschrieben hat. Dafür sei herzlich gedankt. Nicht minder sei dem Verlag Mohr Siebeck in Tübingen, namentlich Ilse König, für die umsichtige Betreuung des Bandes gedankt.

Einen großen Dank verdient das Team des Bayreuther Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, dessen Engagement in vielfacher Weise für das Gelingen des Symposiums wie auch für das Erscheinen dieses Bandes ursächlich war. So sind etwa die englischen Originalfassungen einiger Beiträge unter großem Einsatz des Lehrstuhlteams für den vorliegenden Band in die deutsche Sprache übertragen worden. Entsprechende Referenzen sind den Beiträgen vorangestellt. Besonders hervorzuheben ist das Engagement von Jonas Holoubek, dem die Organisationsleitung der Tagung ebenso wie die Redaktionsleitung dieses Bandes überantwortet war. Beiden Aufgaben ist er meisterlich und unter höchstem persönlichen wie zeitlichen Einsatz gerecht geworden.

Der größte Dank gebührt den Teilnehmern des Symposiums und den Autoren dieses Bandes. Trotz der Verlegung um ein Jahr haben alle an ihrer Zusage festgehalten, und die ausgearbeiteten Beiträge binnen recht kurzer Frist dem Herausgeber zur Publikation zugeleitet. Beides sind notwendige Voraussetzungen des Gelingens eines derartigen Projekts, die ein Veranstalter wie ein Herausgeber selbst nicht schaffen kann.

Ein größter Dank läßt noch einen allergrößten Dank zu. Dieser gebührt dem Jubilar selbst. Er hat das Symposium mit Antworten auf alle zuvor gegebenen 23 Referate beschlossen. Es ist ein unschätzbare Unglück, daß diese gesammelte Positionierung zu den hier dokumentierten Auseinandersetzungen mit seiner Theorie, die den Band beschließen sollte, wegen eines technischen Problems im Zuge der Aufzeichnung nicht im Wortlaut festgehalten werden konnte; sie bleibt sohin allein der Erinnerung der Teilnehmer überantwortet. Umso schöner ist es, daß Robert Alexy sich bereit erklärt hat, einige Reflexionen über die Entwicklung seiner Theorie der Grundrechte beizusteuern, die diesen Band nun eröffnen.

Bayreuth, im November 2022

Carsten Bäcker

Inhalt

| | |
|----------------------|---|
| Vorwort | V |
| Einleitung | 1 |

Präludium

| | |
|---|----|
| <i>Robert Alexy</i> Einige Reflexionen über die „Theorie der Grundrechte“ nach mehr als 35 Jahren | 15 |
|---|----|

I. Diskurstheorie und Menschenrechte

| | |
|---|----|
| <i>Carsten Bäcker</i> Unbegründetes Begründen. Zur Relativität von Robert Alexys diskurstheoretischer Begründung der Menschenrechte | 25 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| <i>Laura Clérico/Martín Aldao</i> Theorie der juristischen Argumentation und Analyse von Genderstereotypen | 45 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| <i>Leonardo Di Carlo</i> Robert Alexys Diskursregeln zwischen funktionaler und transzendentaler Dimension | 69 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| <i>Eric Hilgendorf</i> Diskurstheorie des Rechts | 83 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| <i>Georg Lohmann †</i> Über die Rollen von Rechtfertigungen bei Menschenrechten | 97 |
|--|----|

| | |
|---|-----|
| <i>Alejandro Nava Tovar</i> Kulturrelativismus und Menschenrechte. Eine Antwort auf die dekoloniale Wende | 109 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Ulfrid Neumann</i> „Gute“ und „schlechte“ Metaphysik bei der Begründung der Menschenwürde? | 125 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Jan Sieckmann</i> Diskurs und Autonomie | 143 |
|---|-----|

II. Prinzipientheorie und Grundrechte

| | |
|---|-----|
| <i>Hidehiko Adachi</i> Ideales Sollen als Sollen in der idealen Welt | 165 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Carlos Bernal Pulido</i> Wirtschaftliche und soziale Grundrechte und Verhältnismäßigkeit . . . | 175 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Martin Borowski</i> Die Grundrechte als Gebote vollständiger Optimierung | 197 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Virgílio Afonso da Silva</i> Das Abwägen von Prinzipien in einer Welt voller Regeln | 217 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>María Elósegui</i> Die Gewichtsformel und das Kopftuch. | 247 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Dieter Grimm</i> Mehr Vor- als Nachteile? Robert Alexys Verteidigung des allgemeinen Freiheitsrechts | 277 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Matthias Klatt</i> Abwägung im Erkenntnisvakuum. Zu Bedeutung und Funktion formeller Prinzipien | 287 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Josef Franz Lindner</i> Grundrechte als Kooperationsrechte | 319 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Julian Rivers</i> Verhältnismäßigkeit und richterliche Kontrollkompetenz | 329 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Axel Tschentscher</i> Die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie Robert Alexys . . | 357 |
|---|-----|

Mark Tushnet

Verhältnismäßigkeit und das Problem regulatorischer Subventionen . . . 371

III. Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und Rechtsinterpretation

Andreas Funke

Das institutionalistische Vorurteil in der Interpretationslehre.

Zur Bedeutung der Selbstbeurteilung von und im Recht 387

Nils Jansen

Die Geltung des Rechts. Begriffsgeschichte und Begriffsbildung 401

Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Der Sondercharakter der Verfassungsnormen 419

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts 439

Peng-Hsiang Wang

Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus als eine hybride

Naturrechtstheorie? 453

Autorenverzeichnis 471

Einleitung

Die in diesem Band versammelten 24 Beiträge unterscheiden sich vielfach voneinander, aber sie eint ihr Bezugspunkt: alle kreisen – mal in engeren, mal in weiteren Bahnen – um die Rechtstheorie des Jubilars, die als diskursive Theorie fundamentaler Rechte Gegenstand des Symposions war. Sie ist von drei Kernelementen geprägt: einer diskurstheoretischen Grundlegung der juristischen Argumentation, einer normtheoretischen Erklärung der Struktur fundamentaler Rechte und einem moralinklusiven, nichtpositivistischen Rechtsbegriff. Diese drei Kernelemente, die sich in den drei Monographien des Jubilars deutlich widerspiegeln, werden im Titel und in der Gliederung dieses Bandes aufgegriffen.

Die Zuordnung der Beiträge zu dem einen, dem anderen oder dem dritten dieser Elemente erfolgte nach den Schwerpunkten der jeweiligen Überlegungen. Ohnehin lassen sich Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien und Rechtsbegriff im Werk des Jubilars nicht als voneinander isolierte Theoriestücke begreifen. Sie sind vielmehr von Anfang an interdependent: So impliziert schon die in der Dissertation des Jubilars entwickelte Theorie der juristischen Argumentation (1978) die erst später ausgearbeitete normtheoretische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, wenn Diskursregeln einerseits und approximativ anzustrebende, ideale Diskursbedingungen andererseits ihr strukturelles Herzstück ausmachen. In der Theorie der Grundrechte, der Habilitationsschrift des Jubilars (1985), in der den Grundrechten des Grundgesetzes die ihre Anwendung kennzeichnende Eigenschaft der Abwägungsfähigkeit und Abwägungsbedürftigkeit und mithin ihre Prinzipiennatur zugeschrieben wird, ist der Rückgriff auf die Theorie der rationalen juristischen Argumentation unabdingbar, um die Rationalität der zur Anwendung der Grundrechte erforderlichen Abwägungswertungen annehmen zu können. Der nicht-positivistische Rechtsbegriff schließlich, wie er wesentlich in der kleineren Schrift Begriff und Geltung des Rechts (1992) ausgearbeitet wurde, beruht maßgeblich, zum einen, auf dem dort entfalteten Prinzipienargument, welches geltend macht, daß ein entwickeltes Rechtssystem notwendig Prinzipien im Sinne der Theorie der Grundrechte enthält, und, zum anderen, auf einer Begründung der prioritären Geltung universaler moralischer Menschenrechte, die vom Jubilar unter Fortentwicklung seiner Theorie der juristischen Argumentation grundlegend in dem Aufsatz Diskurstheorie und Menschenrechte entfaltet wird. Dieser wurde im Sammelband des Jubilars, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), erstmals publiziert. Es ist, vor diesem Hintergrund der vielfältigen Verflechtungen zwischen den Kernelementen der Rechtstheorie des Jubilars, nur konsequent, daß nicht we-

nige der jeweils einem der drei Elemente zugeordneten Beiträge auch zu den anderen Elementen Überlegungen enthalten.

Der Band wird eröffnet durch einige Reflexionen, die *Robert Alexy* nach mehr als 35 Jahren über seine Theorie der Grundrechte vorgenommen hat. Diese Reflexionen des Jubilars bestätigen die eben angedeutete Verwobenheit seiner drei theoretischen Kernelemente aus erster Hand. Drei Meilensteine der Weiterentwicklung hebt er hervor: eine analytische durch die Gewichtsformel, eine philosophische durch die diskurstheoretisch grundierte explikativ-existentielle Begründung der Menschenrechte, sowie eine methodologische, die darin bestehe, daß die Abwägung von Grundrechten als Prinzipien einer rationalen Überprüfung und sohin überhaupt nur der Rationalität fähig sei, weil die Theorie der juristischen Argumentation ein Urteil auch über die Rationalität von Wertungsentscheidungen, wie der Gewichtung von Eingriffsintensitäten, zulasse. Diese Reflexionen zeigen, daß die vorbenannten Interdependenzen zwischen den drei Elementen aus Sicht des Jubilars nicht etwa einfach nur bestehen, sondern seine Theorie gerade durch diese Verschränkungen bestärkt und fortentwickelt wird.

Der erste Teil des Bandes widmet sich im Schwerpunkt der Diskurstheorie und den Menschenrechten. Dieser Teil wird, kraft alphabetischer Reihenfolge, durch den Beitrag des Herausgebers eröffnet. Es wird der Versuch unternommen, die diskurstheoretische Begründung der Menschenrechte, wie sie der Jubilar zur Begründung des in seinen Augen Unbegründeten vorgelegt hat, in ihrem Anspruch auf Letztbegründetheit zu relativieren. Mit dieser Relativierung wäre der universale Geltungsanspruch der Menschenrechte, mithin ihre Universalität als Begriffsmerkmal, in Frage gestellt. Damit aber wäre zugleich auch die den Menschenrechten, verstanden als moralische Fundamentalrechte, begrifflich unterlegte Eigenschaft der Priorität gegenüber positivem Recht in Zweifel gezogen – womit der nichtpositivistische Rechtsbegriff des Jubilars ins Wanken geraten muß. Hier zeigt sich eine Schattenseite der Verschränkung der Theorieelemente: Die Schwächung eines der Kernelemente muß zur Schwächung aller mit ihm verwobenen Bauteile führen. Die Überlegungen schließen mit dem Appell, die als bloß jetztbegründet qualifizierten Menschenrechte in Grundrechte zu überführen – um so die Geltungsrelativität und die mangelnde Priorität dieser historisch und kulturell kontingenten moralischen Fundamentalsätze mit den Mitteln des Verfassungsrechts zu überwinden.

Mit *Laura Clérico* und *Martín Aldao* widmet sich der anschließende Beitrag der Anreicherung der Theorie der juristischen Argumentation, wie sie vom Jubilar ausgearbeitet wurde, um diskursive Gebote der Wahrnehmung und Vermeidung von Genderstereotypen. Dazu wird anhand einer Fallstudie analysiert, wie Genderstereotypisierung in Gerichtsurteilen, konkret eines Urteils des IAGMR, die Unterordnung der Frauen aufrechterhält und zu Lasten ihrer Rechte geht. Die Analyse der Autoren will dem Erkennen, Entschärfen und

Ergreifen von Maßnahmen zur Überwindung von Genderstereotypen dienen. Vorgeschlagen wird insbesondere eine Erweiterung der allgemeinsten Diskursregeln um den Passus, daß jede Person, die am Diskurs teilnimmt, aufmerksam zuhören und bereit sein muß, die Stereotype abzubauen, die ihr aufmerksames Zuhören blockieren, und sich stets bewußt sein muß, daß unsere Teilnahme am Diskurs notwendig kontextual situiert ist.

Der dritte Beitrag nimmt sich einer Rekonstruktion der Alexyschen Diskursregeln anhand einer Verortung zwischen einer funktionalen und einer transzendentalen Dimension an. *Leonardo Di Carlo* beginnt mit einer Abgrenzung dreier Dimensionen der Rechtserfahrung: die Identifikation von Normen, die Bestimmung eines Rechtsbegriffs und die Anwendung von Normen. Besonders den ersten beiden Dimensionen spürt *Di Carlo* im Werk des Jubilars nach, wobei er neue Verbindungslinien zwischen dessen drei Monographien und dem Sammelband *Recht, Vernunft, Diskurs* zieht, in dem die Rechtsphilosophie des Jubilars bis zu diesem Zeitpunkt (1995) gebündelt war. Den Schwerpunkt des Aufsatzes bildet sodann die Rekonstruktion wesentlicher Diskursregeln aus der Perspektive der drei Dimensionen der Rechtserfahrung. Die Arbeit schließt mit der Feststellung, daß Alexys Rechtsbegriff, je nach Perspektive, als normativer und als deskriptiver Nichtpositivismus zugleich anzusehen sei.

Eric Hilgendorf unterzieht Alexys Diskurstheorie des Rechts sodann einer kategorisierenden Einordnung. Er beginnt mit der Erinnerung an die Dichotomie zwischen dem Kritischen Rationalismus und der Diskurstheorie, die ihn, als Schüler *Herbert Keuths* dem Kritischen Rationalismus verhaftet, einst zu einer sehr kritischen Arbeit wider die Diskurstheorie veranlaßt habe. Diese Dichotomie sei, so *Hilgendorf*, heute weit weniger unversöhnlich, als sie es früher zu sein schien. Diese These wird mit einer Betrachtung der Genese der Diskursethik, der Grundelemente der Alexyschen Diskurstheorie sowie einer – gleichwohl noch immer anzubringenden – Kritik der Diskurstheorie insbesondere hinsichtlich ihres transzendentalen Anspruchs untermauert, wobei der Übergang zur staats- und demokratietheoretischen Perspektive sowie der juristische Diskurs herausgehoben wird. Letztlich deutet *Hilgendorf* den Pfad an, auf dem der Kritische Rationalismus und die Alexysche Diskurstheorie versöhnlich zueinander finden könnten, um antirationalistischen Tendenzen gemeinsam entgegenzuschreiten: er liege im Verzicht auf die Restbestände des Deutschen Idealismus.

Mit *Georg Lohmann* wird der Bogen zurück zu den Menschenrechten geschlagen, wenn er nach den Rollen von Rechtfertigungen der Menschenrechte fragt. Er beleuchtet die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen seinem Menschenrechtsverständnis und dem des Jubilars. Unterschiede erkennt er etwa in der Konzeption von Menschenrechten als (nicht) rein moralischen Rechten; Gemeinsamkeiten etwa in der Konzeption der Menschenrechte als Prinzipien, als abwägungsoffene Rechte. Besonderen Wert legt *Lohmann* auf

die Feststellung, Menschenrechte seien, anders als der Jubilar es annehme, als subjektive Rechte des öffentlichen Rechts zu begreifen, und eben nicht als subjektive Rechte des Privatrechts. Die weiteren Überlegungen dienen der Begründung und näheren Entfaltung dieser These. Die Überlegungen schließen mit dem Fazit, daß nicht die Menschenrechte selbst, sondern nur die (rechtliche) Forderung, sie zu egalisieren und zu universalisieren, (moralisch) begründbar sei.

In einen anderen Kontext setzt *Alejandro Nava Tovar* das Unterfangen des Jubilars, die Menschenrechte als universelle Rechte zu begründen. Er betrachtet diese universalistische Menschenrechtsbegründung als Gegenspieler zur Kritik des Kulturrelativismus, wonach die Idee universaler Menschenrechte einem eurozentrischen Vorverständnis aufsitze. Insbesondere geht es ihm um eine Antwort auf die dekoloniale Wende, in deren Zuge auch die Forderung erhoben worden sei, die Menschenrechtstheorie emanzipiert und aus der Perspektive des globalen Südens neu zu denken. Dazu skizziert er zunächst die Menschenrechtsbegründung des Jubilars, erläutert sodann die Kritik, die seitens des dekolonialen Denkens am universalistischen Menschenrechtsverständnis geübt werde, und schließt mit einer Verteidigung eines universalistischen Menschenrechtsverständnisses ohne eurozentrischen Reduktionismus. Er argumentiert unter anderem mit dem prinzipiellen Charakter der Menschenrechte, der es erlaube, trotz universell formulierter Ansprüche kulturelle oder regionale Unterschiede in ihren konkreten Geltungsanspruch aufzunehmen. So ließe sich der Widerspruch zwischen einer universalistischen Menschenrechtstheorie und einer pluralistischen Sichtweise auf die Welt und ihre Normen als ein bloß vermeintlicher ausräumen.

Es folgt der Beitrag von *Ulfrid Neumann*, in dem er sich mit der Frage befaßt, ob sich „gute“ und „schlechte“ Metaphysik bei der Begründung der Menschenwürde finden und unterscheiden lasse. Er geht dazu von einem jüngeren Beitrag des Jubilars aus, in dem dieser eine problematische „emphatische“ von einer unproblematischen „konstruktiven“ Metaphysik unterscheidet. Dies erscheine, so *Neumann*, vielversprechend, da mit einer derart konstruktiven Metaphysik, die *Neumann* als „weiche“ bezeichnet, zugleich die erkenntnistheoretischen Probleme einer „harten“ Metaphysik wie die legitimationstheoretischen Probleme infolge eines Verzichts auf Metaphysik zugunsten eines Dezisionismus vermieden werden könnten. Neumann geht dem aus seiner Sicht unklaren, weichen Metaphysikbegriff des Jubilars nach und grenzt ihn von einem harten Metaphysikverständnis in der Begründung der Menschenwürde ab. Er kontrastiert sodann *Alexys* diskurstheoretisch grundierte Begründung der Menschenwürde über den Personenbegriff mit *Paul Tiedemanns* Unterscheidung zwischen einer „Was“- und einer „Wozu“-Metaphysik. Da ihn beide Ansätze nicht überzeugen, betrachtet er eine Alternative, die in der (normativen) Zuerkennung von Menschenwürde besteht. Letztlich würdigt er den

Verzicht des Jubilars auf eine „emphatische“ Metaphysik als einen ersten Schritt, dem der zweite mit dem Verzicht auf jegliche Metaphysik möglicherweise implizit schon gefolgt sei.

Den ersten Teil des Bandes beschließen Überlegungen von *Jan Sieckmann*, in denen er den Diskurs bzw. die Diskurstheorie mit der Autonomie verknüpft. Zu Beginn streicht er heraus, daß die Diskurstheorie nicht nur eines von mehreren Kernelementen sei, sondern eigentlich das philosophische Fundament der gesamten Theorie des Jubilars bilde. Dementsprechend schwer wiegt der Einwand *Sieckmanns*, daß es der Diskurstheorie bzw. eines Diskurses im Grunde nicht bedürfe – denn entweder gebe es überzeugende Gründe für ein Urteil, dann seien diese auch ohne Diskurse als solche einzusehen, oder es gebe keine derartigen Gründe, dann werde auch ein Diskurs daran nichts ändern können. Ein vergleichbares Problem bestehe für die Konzeption moralischer Autonomie als Ursprung legitimer Normativität: Wenn die Autonomie darin bestehe, sich aus besseren Gründen für die Befolgung einer Norm und gegen die einer anderen zu entscheiden, dann sei eigentlich nicht die Autonomie das wesentliche Argument, sondern die Existenz der besseren Gründe. Es sei daher fraglich, welche Bedeutung Diskurs und Autonomie überhaupt für die Begründung von Normen haben können. Dieser Frage geht *Sieckmann* nach.

Die Beiträge im zweiten Teil des Bandes befassen sich im Schwerpunkt mit der Prinzipientheorie und den Grundrechten. Eröffnet wird dieser Teil von *Hidehiko Adachi*, der das vom Jubilar mit den Prinzipien identifizierte ideale Sollen als Sollen in der idealen Welt rekonstruiert, welches den Regeln als Sollen in der realen Welt gegenüberstehe. Dazu beginnt *Adachi* mit einer Klassifizierung der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien in mehrfacher Hinsicht: Diese Unterscheidung bewege sich auf der Ebene der Normen, nicht der Normsätze; sowohl Regeln und Prinzipien seien als Normen ohne Wahrheitswert, nicht als normative Aussagen mit Wahrheitswert zu betrachten; und beides seien bedingte Normen (wobei *Adachi* nicht nur die Konsequenz als obligat betrachtet, sondern das gesamte Konditional). Das Kernstück seiner Überlegungen bildet aber die Unterscheidung zwischen der realen Welt, der nächstbesten Welt und der besten Welt. Eine Regel sei die Beschreibung eines Sollens, welches den Zustand in einer besseren, von der realen Welt aus erreichbaren Welt darstellt – so sei das Gebot, nicht zu morden, in der nächstbesseren Welt durch den Zustand des Nicht-Mordens erfüllt. Prinzipien seien dagegen, wie *Adachi* in Auseinandersetzung mit *Peng-Hsiang Wang* herausstellt, in der besten Welt zu verorten, da sie normative Aussagen in der nächstbesten Welt seien.

Von *Carlos Bernal Pulido* wird im Anschluß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten in den Blick genommen. Er spürt dabei zwei zentralen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit nach: Sollen Verfassungsgerichte den Inhalt von Verfassungsrechten mit Schutzwirkung unbegrenzt bestimmen können, wenn den Normadressaten von den Rech-

teinhabern vorgeworfen wird, sie hätten ihre Rechte nicht hinreichend beachtet? Und: Wie sollten Verfassungsgerichte ihre Entscheidungen zur ersten Frage begründen? *Bernal* positioniert sich deutlich dazu, daß Verfassungsgerichte jedenfalls den Inhalt wirtschaftlicher und sozialer Verfassungsrechte bestimmen sollten. Zudem präsentiert er, in Auseinandersetzung mit der Theorie des Jubilar, ein dialogisches Modell der Verhältnismäßigkeitsprüfung, welches von den Verfassungsgerichten zur Begründung dieser Bestimmungen herangezogen werden könne. Für dieses Modell spreche, daß es – im Gegensatz zu anderen Modellen – ein höheres Maß an argumentativer Transparenz schaffe, weniger intensiv in die Gewaltenteilung eingreife und den epistemischen Nachteil von Verfassungsgerichten in der Gestaltung von Sozialpolitik berücksichtige.

Ebenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spürt *Martin Borowski* nach, der Grundrechte als Gebote einer *vollständigen* Optimierung verstanden wissen will. Ihm geht es um Alternativen zu staatlichem Handeln, die nach dem klassischen Kanon der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in den Blick gerieten. Geprüft werde nur, im Rahmen der Erforderlichkeit, ob es ein gleich geeignetes, milderer Alternativmittel gebe – nicht aber, ob es ein Alternativmittel gebe, welches ein insgesamt günstigeres Verhältnis von grundrechtlichen Kosten zu verfassungsrechtlichem Nutzen aufweise. Diese Mittel bezeichnet *Borowski*, zur Abgrenzung von den im technischen Sinne milderer Mitteln, als „sonst effizientere Mittel“. Er formuliert sodann ein Gebot des sonst effizienteren Mittels; welches, wie zu erwarten sein könnte, nicht nur in komplexeren, mehrpoligen Güterkollisionen eine Rolle spiele, sondern auch in simplen, bipolaren Kollisionslagen, die dann auch im Fokus der weiteren Betrachtung stehen. Dieses Gebot sei in einer derartigen Situation auch bereits, wie er am Beispiel einer Entscheidung des BVerfG illustriert, beachtet worden (Kennzeichnungspflicht statt Verkaufsverbot) – wenn auch unter dem dogmatischen Deckmantel des milderer Mittels. Es folgen, in Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen, Dogmatisierungen dieses Gebots unter den begrifflichen Dichotomien von Über- und Untermaßverbot sowie enger und weiter Tatbestandstheorie.

Dem Abwägen von Prinzipien in einer Welt voller Regeln widmet sich im Anschluß *Virgilio Afonso da Silva*. Ihm geht es um die nähere Betrachtung einer Kollision nicht zwischen Regeln oder Prinzipien, sondern von Regel mit Prinzip. Diese Kollisionslage sei bislang noch kaum beachtet worden – obwohl sie, wie *da Silva* meint, die „häufigsten, wichtigsten und komplexesten Aufgaben für die Abwägung“ enthalte. Der Jubilar zumindest habe dieser Kollisionslage bislang lediglich eine Fußnote gewidmet, die – und deren Unklarheiten – *da Silva* zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen macht. Er identifiziert verschiedene Standardsituationen, in denen diesen Kollisionen verschieden zu begegnen ist – mit dem Ergebnis, in der Regel habe die Regelbefolgung Vorrang; es sei denn, mit den Regeln ist der einschlägigen Prinzipienkollision nicht ge-

recht geworden, dann könnten Prinzipien den Tatbestand von Regeln einschränken oder ausweiten. Hierbei aber liege die Argumentationslast bei denjenigen, die von der Regel zugunsten eines Prinzips abweichen wollen.

Der folgende Beitrag, von *Maria Elósegui*, ist der Rekonstruktion einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung nach Maßgabe der Gewichtsformel des Jubilars verschrieben. *Elósegui* geht es um den Nachweis, daß die formale Rekonstruktion des Angemessenheitsgrundsatzes für die Praxis der Verfassungsgerichte wie auch der des EGMR nützlich sei. Dies will sie anhand einer Rekonstruktion der Kopftuch-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2015 leisten, die sie eingehend darstellt und den verschiedenen Faktoren und Skalierungen der Gewichtsformel zuordnet. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß das BVerfG das Prinzip der Angemessenheit, nach Maßgabe der Gewichtsformel, insgesamt richtig angewendet habe.

Mit *Dieter Grimm* folgt eine Betrachtung nicht einer einzelnen, sondern einer ständigen Rechtsprechung des BVerfG. Er wendet sich gegen die gefestigte Interpretation des BVerfG, wonach in Art. 2 I GG ein allgemeines Freiheitsrecht gewährleistet sei. Diese Interpretation des BVerfG sei, wie *Grimm* aufzeigt, weder in grammatischer noch in historischer oder in systematischer Hinsicht überzeugend. Er schildert zudem die Entstehung der Elfes-Entscheidung, in der diese ständige Rechtsprechung ihren Ausgang nahm, als eine eher plötzliche, da bis zuletzt eine Entscheidung am Maßstab von Art. 11 GG vorberaten gewesen sei. Mit dem Minderheitsvotum des Autors zur Entscheidung „Reiten im Walde“ sei die Diskussion um die allgemeine Handlungsfreiheit zwar noch einmal entfacht worden, doch die ständige Rechtsprechung und die herrschende Lehre sei nicht umgeschwenkt. Auch der Jubilar sekundiere dem BVerfG in einem Kapitel seiner Habilitationsschrift im Ergebnis, wenn er in der allgemeinen Handlungsfreiheit mehr Vor- als Nachteile sehe – dies jedoch nicht so sehr, weil er die Entscheidung für eine allgemeine Handlungsfreiheit für inhaltlich richtig befunden habe, sondern weil er sie für möglich und strukturell widerspruchsfrei halte. Dies könne zwar, so *Grimm*, durchaus so gesehen werden; die interessantere Frage sei aber, ob der Verfassungsgeber eine derartige Vorschrift wegen ihrer die Nachteile überwiegenden Vorteile überhaupt in den Grundrechtskatalog hätte aufnehmen sollen – was *Grimm* in Auseinandersetzung mit den Argumenten des Jubilars nach wie vor verneint.

Dem schließt sich eine Auseinandersetzung mit der Struktur der Abwägung an, die *Matthias Klatt* für die Situation hinterfragt, in der eine erforderliche Gewichtung einer normativen oder empirischen Prämisse in gleich plausibler Weise unterschiedlich getroffen werden kann. Diesen Zustand bezeichnet er als Erkenntnisvakuum. Ihm ist daran gelegen, dem Ergebnis von Abwägungen auch in derartigen Situationen nicht die Rationalität absprechen zu müssen. Dazu betrachtet er zunächst das Problem epistemischer Unsicherheiten in Ab-

wägungen im Allgemeinen, wobei er zunächst die relevanten Grundlagen der Prinzipientheorie rekapituliert, sodann die Auswirkungen epistemischer Unsicherheiten auf Abwägungen benennt, um schließlich die Bedeutung epistemischer Variablen in der Gewichtsformel zu diskutieren. Im zweiten Schritt hinterfragt er die Rolle der formellen Prinzipien in der Theorie des Jubilar, dessen ursprüngliche Position (Kombinationsmodell) *Klatt* kritisiert, woraufhin er sein Modell der praktischen Konkordanz von Kompetenzen (als Trennungsmodell) verteidigt – und darin eine Antwort auch auf das Problem des Erkenntnisvakuums erblickt. Schließlich werden die theoretischen Überlegungen anhand der Rotmilan-Entscheidung des BVerfG verdeutlicht.

Einer Rekonstruktion der Grundrechte als Kooperationsrechte wendet sich *Josef Franz Lindner* zu. Dazu erörtert er zunächst die Erweiterung des grundsätzlich vertikalen Grundrechtsverhältnisses in der abwehrrechtlichen Konstellation auf ein Dreiecksverhältnis, in dem der staatliche Eingriff in ein Abwehrrecht des einen Bürgers dem Schutz der Rechte eines anderen Bürgers diene. Diese Form der Dreieckskonstellationen als „Schutz durch Eingriff“ kennzeichne namentlich die als mittelbare Drittwirkung firmierenden Fallgestaltungen. Es gebe jedoch noch weitere Grundrechtsverhältnisse, in denen Dritte von Bedeutung seien. So könne es zur Realisierung einer Grundrechtsposition eines Bürgers erforderlich sein, sich eines anderen Bürgers zu bedienen, wie etwa in der Suizidhilfe. Davon ausgehend unterscheidet *Lindner* drei mögliche Beteiligungen von Dritten in Grundrechtsverhältnissen: (1) Kooperationsfälle – der Dritte als Partner (Eheschließung); (2) Kollisionsfälle – der Dritte als Störer; (3) Konfrontationsfälle – der Dritte als Auslöser grundrechtlicher Duldungspflichten (Religionsausübung/Meinungäußerung). Die Kooperationsfälle unterzieht *Lindner* sodann einer näheren Betrachtung; sie unterfielen in denknottwendige (Versammlung), faktisch notwendige (Beruf) und optionale (Suizidhilfe) Kooperationen. Von hier aus wendet er sich den Fragen zu, ob Grundrechte (ausnahmsweise) Kooperationsansprüche gewähren und wie staatliche Kooperationsverbote grundrechtlich zu bewerten sind.

Die Überlegungen von *Julian Rivers* zur Verhältnismäßigkeit und der richterlichen Kontrollkompetenz beginnen mit einer Einordnung der Theorie des Jubilar als einer nicht vollständig allgemeinen Verfassungstheorie. Sie sei in Auseinandersetzung mit dem deutschen System entstanden – und so auf ein Verfassungsdenken zugeschnitten, in dem eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit existiere. Gleichwohl sei die Prinzipientheorie als Theorie der Verhältnismäßigkeit auf ein derartiges, in *Rivers'* Worten, stark materiales System nicht zu reduzieren, da sie „in der Frage der richterlichen Kontrollkompetenz völlig offen“ sei. Dies will er in einer Auseinandersetzung mit dem Verständnis des Jubilar von strukturellen Spielräumen nachweisen – wobei er zunächst auf das Problem stößt, daß die Verhältnismäßigkeit (ieS) ihrer Idee nach auf eine optimale Lösung von Konfliktsituationen ausgeht, die Spielräumen strukturell ent-

gegenstehe. Gleichwohl erkenne der Jubilar Spielräume des Gesetzgebers an, die sich negativ aus der (Einschränkung der) Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts ergäben. Dies sei jedoch, wie auch seine jüngere Ausgestaltung der Theorie formeller Prinzipien, nicht geeignet, um eine adäquate Theorie des gesetzgeberischen Ermessens abzubilden; was ebenso für die Modelle von *Borowski* und *Klatt* gelte. Daher stellt *Rivers* diesen Vorschlägen sein Modell der begrenzten Kompetenzen gegenüber, welches im Kern besagt, daß ein Verfassungsgericht nicht zu prüfen habe, ob die Abwägung des Gesetzgebers in jeder Hinsicht korrekt war, sondern lediglich, ob die Werte „aus rechtlicher Sicht akzeptabel“ seien. Diese Prüfung könne, je nach System, unterschiedlich streng vorgenommen werden, womit die verschiedenen Systeme mit einer gerichtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle vereinbar seien.

Ein wiederum gänzlich anderes verfassungsrechtliches System unterliegt den sich anschließenden Betrachtungen von *Axel Tschentscher* über die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie des Jubilars. Es gebe, so *Tschentschers* Grundthese, zwar kaum eine explizite, wohl aber eine implizite Rezeption der Theorie in der Schweiz. Dies habe verschiedene Ursachen, zu denen „sehr alte und eigenständige Traditionslinien“ ebenso zählten wie eine Kultur des Zitierens, die „weniger liebevoll und gründlich“ sei als in Deutschland. Einleitend werden die Grundgedanken der Theorie des Jubilars, um deren Rezeption es gehe, zusammengefaßt – mit der These, die einzelnen Elemente seien für sich genommen keine Besonderheit der Alexyschen Theorie, sondern vielmehr paradigmatisch für das heutige Grundrechtsdenken; die Besonderheit bestehe aber darin, daß alle Elemente aufeinander bezogen seien und in einem wechselseitigen Implikationsverhältnis stünden. Rezeptionsgrenzen ergäben sich gleichwohl aus den institutionellen Besonderheiten in der Schweiz, die *Tschentscher* darin sieht, daß es keine konzentrierte Normenkontrolle wie auch keine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit gebe, und auch keine allgemeine Handlungsfreiheit anerkannt sei, weswegen die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in allen Bereichen staatlichen Handelns durchzuführen sei. Letztlich hänge das Fortschreiten der Rezeption der Theorie des Jubilars am bewußteren Umgang mit der Abwägung.

Der Beitrag von *Mark Tushnet* über die Verhältnismäßigkeit und das Problem regulatorischer Subventionen beschließt den zweiten Teil des Bandes. Er beginnt seine Überlegungen, die sich mit der Theorie des Jubilars als Theorie der Verhältnismäßigkeit befassen, durch eine Unterscheidung dreier Ordnungen der Verfassungsdogmatik. Die Dogmatik erster Ordnung führe „zur besten Auflösung konkreter verfassungsrechtlicher Kontroversen“, die der zweiten Ordnung lege „fest, wie mit diesen Interessen umgegangen werden soll“, und die der dritten binde „institutionelle Interessen in die Analyse ein“. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung sei „eine gute Dogmatik zweiter Ordnung, wenn sie zur Lösung von Problemen der ersten Ordnung angewendet wird“. Schwierig-

keiten habe sie aber „bei der Behandlung von Fragen der dritten Ordnung“. Diesen Schwierigkeiten in der „Beziehung zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und dem Gesamtsystem der gesetzgebenden Politikgestaltung“ will *Tushnet* nachgehen. Dazu bringt er zwei Fälle regulatorischer Subventionen vor, einen aus Deutschland und einen aus der USA, die zwar nach der dritten Ordnung wünschenswert seien, mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber nicht in Einklang zu bringen wären – was letztlich darauf hinauslaufe, daß ein Beharren auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „die Fähigkeit des politischen Systems schwächen [könne], die Bürger zu politischem Engagement zu motivieren“.

Der dritte Teil des Bandes ist dem Rechtsbegriff, der Rechtsgeltung und der Rechtsinterpretation gewidmet. Dieser Teil wird von *Andreas Funke* eröffnet, der einem institutionalistischen Vorurteil in der Interpretationslehre nachspüren will, indem er die Bedeutung der Selbstbeurteilung von und im Recht hinterfragt. Ihm geht es um die Frage, wer das Recht interpretiert – genauer, „wer für die Interpretation von Rechtsnormen zuständig ist“. Diese Frage werde kaum behandelt, obwohl sich hinter ihr ein zentrales Problem der Rechtstheorie und der juristischen Methodenlehre verberge. Denn es sei nicht gerechtfertigt, die Interpretation des Rechts (allein) in die Hände der Institutionen des Rechts, allen voran der Gerichte, zu legen. Auch die Adressaten seien als Interpreten der Rechtsnormen anzuerkennen. Der Jubilar immerhin habe neben die institutionelle Interpretation des Rechts die Laieninterpretation gestellt, die rechtlich nicht verbindlich sei. Um diese Laieninterpretation geht es Funke. Sie sei von *Borowski* näher konturiert worden, letztlich aber auch bei ihm gegenüber der institutionellen Interpretation bedeutungslos. Dies überzeuge nicht, so *Funke*, denn es bedürfe einer „Selbstbeurteilung“ des Rechts durch dessen Träger und Adressaten – die (wenigstens im Zivilrecht) nicht mit den Institutionen des Staates identisch seien: „Die Inhaber von Rechten sind die Erstinterpreten ihrer Rechte“.

Mit der Begriffsgeschichte und Begriffsbildung der Geltung des Rechts befaßt sich im Anschluß *Nils Jansen*. Sein Ausgangspunkt besteht in der Feststellung, daß es dem Jubilar in seiner Auseinandersetzung mit Begriff und Geltung des Rechts nicht um den Begriff der Geltung zu tun gewesen sei, sondern um die Kriterien rechtlicher Geltung – auch wenn er von „Geltungsbegriffen“ spreche. *Jansen* will dagegen herausarbeiten, „was genau Juristen meinten, und was sie im Einzelnen voraussetzten, als sie begannen, von ‚Geltung‘ zu sprechen“. Dazu rekapituliere er in einem ersten Schritt die Grundlagendiskussionen um den Gültigkeits- und den Geltungsbegriff im 20. Jahrhundert, bevor er, in einem zweiten Schritt, der Frage nachgehe, inwiefern die „Geltung“ des Rechts zu einem Rechtsbegriff wurde. Es zeige sich, daß der Geltungsbegriff im Frühkonstitutionalismus geboren wurde, um Verstöße niederrangigen Rechts gegen die höherrangigen Verfassungen zu kennzeichnen, wobei mit dem Begriff der