

Ralf Poscher

Unter dem Einheit suggerierenden Begriff „Prinzipientheorie“ verbergen sich eine ganze Reihe vielleicht zusammenhängender, aber doch sehr unterschiedlicher Projekte. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich jedenfalls fünf verschiedene Aspekte der Prinzipientheorie ausmachen:

1. Im angelsächsischen Diskussionszusammenhang begegnet die Prinzipientheorie als Prinzipienargument auf der Ebene von Strukturtheorien des Rechts, die nach den allgemeinen Merkmalen rechtlicher Ordnungen und deren Zusammenhang mit anderen normativen Phänomenen besonders des Moralisch-Ethischen oder auch des Politischen fragt.<sup>1</sup>
2. Als rechtstheoretisches oder rechtslogisches Projekt tritt die Prinzipientheorie als eine Theorie über die Struktur nicht einer normativen Ordnung – der Rechtsordnung – auf, sondern als eine Theorie über die logische Struktur einzelner Normen. In diesen Zusammenhang gehört etwa die These, dass sich das Inventar im Raum des Normativen kategorial in Prinzipien und Regeln einteilen lässt.<sup>2</sup>
3. Damit zusammenhängend, aber doch davon zu unterscheiden, tritt die Prinzipientheorie auch als rechtsmethodologische Theorie einer kategorialen Unterscheidung zweier Arten der Rechtsanwendung auf: nämlich der Rechtsanwendung durch Subsumtion im Fall von Regeln und durch Abwägung im Fall von Prinzipien.<sup>3</sup>
4. Daneben steht ein argumentationstheoretisches Projekt, das die Bedeutung von Prinzipien im Rahmen von juristischen Begründungen untersucht. „Prinzipien sind Argumente“, heißt es etwa häufiger bei Vertretern der Prinzipientheorie.<sup>4</sup> Auch das Anliegen Essers<sup>5</sup> lässt sich wohl am besten im Rahmen eines solchen Projekts verorten.

- 1 *J. Raz*, Legal Principles and the Limits of Law, *The Yale Law Journal* 81 (1972), S. 823-854; *R. Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, (1977), 1984, S. 55, 102-104; *H.L.A. Hart*, *Concept of Law*, (1961), 2. Aufl. 1994, S. 155-180, 268-272; auch die deutsche Rezeption zielt auf diesen strukturtheoretischen Zusammenhang, vgl. *R. Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 117-129.
- 2 *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 72.
- 3 *J.-R. Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, S. 18 f.; s. auch *R. Alexy*, *On Balancing and Subsumption*, *Ratio Juris* 16 (2003), 433; vgl. auch *K. Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 474-482.
- 4 *J.-R. Sieckmann*, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, *ARSP* 78 (1992), S. 145/151; *ders.*, *Modelle des Eigentumsschutzes*, 1998, S. 38.
- 5 *J. Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990.

5. Schließlich verbindet sich mit dem Begriff der Prinzipientheorie eine dogmatische These zu den Grundrechten. Danach sind Grundrechte Optimierungsgebote und Grundrechtsfragen können nur durch eine Abwägung kollidierender Prinzipien beantwortet werden.<sup>6</sup>

Die folgenden Überlegungen zielen darauf zu zeigen, dass die Prinzipientheorie in ihrer ursprünglichen Gestalt einen restaurativen, aber wichtigen Beitrag zu einer Theorie der Rechtsanwendung geleistet hat, in ihrer normtheoretischen und methodologischen Übersteigerung aber auf Fehlern beruht und sich als eine dogmatische Theorie der Grundrechte selbst missversteht. Dabei werden die Überlegungen immer wieder auf die Prinzipientheorie als Grundrechtstheorie Bezug nehmen, weil dort nicht nur ihre Rezeption am weitesten fortgeschritten ist,<sup>7</sup> sondern weil sie auch schulintern als paradigmatischer Anwendungsfall gilt.

### *I. Der Ausgangspunkt: Die zutreffende Kritik der positivistischen Rechtsanwendungstheorien*

Genetisch reagierte der Prinzipiengedanke auf eine Diskussionslage, die sich jedenfalls in der deutschen und angelsächsischen Diskussion mit Verbindungen im Einzelnen, aber doch in einem erstaunlichen Maß unabhängig und parallel entwickelte. Diesseits und jenseits des Atlantiks hat die Prinzipientheorie ihren Ursprung in einer nur zeitverschobenen Entwicklung der rechtstheoretischen Großwetterlage. Die Vorhand hatte jeweils die deutschsprachige Diskussion. In Reaktion auf die Verhärtungen, aber besonders auch Stilisierungen der Begriffsjurisprudenz und in Anknüpfung an die sich disziplinär entwickelnden Sozialwissenschaften formierte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine radikale Kritik der herkömmlichen methodischen Vorstellungen.<sup>8</sup> Die Vorstellung des Richters als eines „Subsumtionsautomaten“, mit dem der justizstaatliche Anspruch des Bürgertums moderiert worden war,<sup>9</sup> wurde methodisch ernst genommen und „entlarvt“. Die Kritik steigerte sich bis in die rechtsskeptischen Programme der Freirechtsschule, die die Determinationskraft des Rechts weitgehend verwarfen und alternative, meist sozialwissenschaftliche<sup>10</sup> oder psychologisierende<sup>11</sup> Programme der

6 *Alexy*, Fn. 2, S. 71-77.

7 Siehe etwa die Übersetzungen von *Alexy*, Fn. 2, ins Spanische von *E. G. Valdés*, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3. Aufl. 2001 oder ins Englische von *J. Rivers*, *A Theory of Constitutional Rights*, 2002; sowie die einschlägigen Arbeiten seiner Schüler, die sich wesentlich auf die Grundrechtsdogmatik konzentrieren *N. Jansen*, *Die Abwägung von Grundrechten*, in: *Der Staat* 36 (1997), 27-54; *Sieckmann*, Fn. 4; *M. Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien*, 1998; *ders.*, *Prinzipien als Grundrechtsnormen*, *ZöR* 53 (1998), 307-335; *N. Teifke*, *Flexibilität der Menschenwürde?*, in: *C. Bäcker/S. Baufeld* (Hg.), *Objektivität und Flexibilität im Recht*, ARSP Beiheft 103 (2005), S. 142-156.; *M. Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, 2006.

8 *R. Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1872; *F. Adickes*, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, S. 9-15; *R. Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884; *O. Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, 1885; *E. Ehrlich*, *Über Lücken im Rechte*, (1888), in: *ders.*, *Recht und Leben*, 1967, 30-169.

9 *R. Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986; S. 292-325.

10 *E. Ehrlich*, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903; *ders.*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913; *E. Fuchs*, *Was will die Freirechtsschule?*, (1929), in: *ders.*, *Gerechtigkeits-*

Rechtsanwendung entwickelten.<sup>12</sup> Neben François Geny<sup>13</sup> gehörten Rudolf Jhering<sup>14</sup> als Vorläufer und Eugen Ehrlich<sup>15</sup> als Protagonist der Freirechtsschule zu den wesentlichen europäischen Inspirationsquellen für die parallele Entwicklung des amerikanischen Rechtsrealismus.

Der amerikanische Rechtsrealismus vertrat im Wesentlichen ein ähnliches Programm wie die Freirechtsschule und reagierte wie diese auf den hypertrophen methodischen Anspruch eines begriffsjuristischen Rechtsverständnisses, das in den USA unter der Flagge des Formalismus Theorie und Praxis dominierte.<sup>16</sup> Auch die amerikanische Reaktion knüpfte an die Unbestimmtheit des Rechts an und kam in den radikalen Spielarten des Rechtsrealismus zu einer weitgehenden Rechtsskepsis.<sup>17</sup>

In der kontinentalen Diskussion wurde ein Teil der theoretischen Sprengkraft der Freirechtsschule von der Interessenjurisprudenz aufgefangen,<sup>18</sup> der andere im Positivismus marginalisiert. Auch darin treffen sich die beiden Entwicklungen. Die Theorie der Rechtsanwendung bildet nicht nur bei Kelsen<sup>19</sup>, sondern auch bei Hart<sup>20</sup> den blinden Fleck ihrer theoretischen Konzeptionen. Sowohl Kelsens als auch Harts Theorie der Rechtsanwendung lässt sich - ohne größere theoretische Verluste – auf ein holzschnittartiges Modell der Rechtsanwendung reduzieren.<sup>21</sup> Danach gibt es zu den jeweiligen

wissenschaft, 1965, S. 21-63; *H. Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: *ders.*, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, 1962, S. 117-144.

- 11 *G. Flavius* (d. i. *H. Kantorowicz*), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, (1906), 2002, S. 16-19; *H. Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 85-120; weitere Beiträge zur Freirechtsschule bei A. Gängel/K. A. Molnau (Hg.), Gesetzesbindung und Richterfreiheit, 1992.
- 12 Zu entsprechenden soziologischen und psychologischen Ansätzen im amerikanischen Rechtsrealismus *B. Leiter*, American Legal Realism, in: W. Edmundson/M. Golding (Hg.), The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory, 2003, S. 54-56.
- 13 *F. Geny*, Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, 1899.
- 14 Zum Einfluss Jherings auf die amerikanische Theorieentwicklung *R. S. Summers*, Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory, in: O. Behrends (Hg.), Jherings Rechtsdenken, 1996, S. 61-76; demnächst *N. Duxbury*, Jhering's Philosophy of Authority, Oxford Journal of Legal Studies 2007.
- 15 S. etwa *R. Pound*, Enforcement of Law, 1908, S. 401/406: "we have a great deal of freie Rechtsfindung in America, while disclaiming it in theory"; im Einzelnen zur amerikanischen Rezeption *D. Nelken*, Pound and Ehrlich on the Living Law, Rechtsatheorie 1986, S. 175-187; *J. E. Herget / S. Wallace*, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, Va. L. Rev. 73 (1987), 399-440.
- 16 Zur amerikanischen Theorieentwicklung *N. Duxbury*, Patterns of American Jurisprudence, 1995, S. 9-64.
- 17 Etwa *R. Pound*, Law in Books and Law in Action, Am. L. Rev. 44 (1910); *ders.*, An Introduction to the Philosophy of Law, (1922), 24. Aufl. 1982, S. 23 f.; *K. N. Llewellyn*, A Realistic Jurisprudence – The Next Step. In: Columbia Law Review 30 (1930), S. 431-465; *J. Frank*, Law and the Modern Mind, 1930; zur methodischen Unbestimmtheitsthese als Grundlage des amerikanischen Rechtsrealismus *Leiter*, Fn. 12, S. 51 f.
- 18 *P. Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.
- 19 *H. Kelsen*, Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, in: JW 1929, 1723 (1726); *ders.*, Reine Rechtslehre, (1934), 2. Aufl. 1960, S. 242-247, 346-354.
- 20 *H.L.A. Hart*, Der Begriff des Rechts, (1961), 1973, S. 173-204.
- 21 Jedenfalls *Hart*, Fn. 1, S. 259, wusste um den defizitären Charakter seiner Rechtsanwendungsüberlegungen: „But I certainly wish to confess now that I said far too little in my book about the topic of

rechtlichen Vorgaben sowohl positive als auch negative Kandidaten, die nach rechtlichen Kriterien bestimmt werden können. Der Rest der Fälle, der in der Tendenz als Ausnahmephänomen begriffen wird, soll nicht mehr nach rechtlichen Kriterien entschieden werden können, sondern nach moralischen oder politischen, wozu die entsprechenden Normen den Rechtsanwender inzident ermächtigen.<sup>22</sup> Mit diesem Modell hatte sich die Diskussion aufgrund des konkurrenzlosen theoretischen Angebots der unterschiedlichen Spielarten des Positivismus als Strukturtheorie zunächst beruhigt.

Gegen dieses hier nicht nur holzschnittartig gezeichnete, sondern auch – cum grano salis – in der Substanz holzschnittartige Modell der Rechtsanwendung beehrten zeitversetzt die Prinzipientheoretiker diesseits und jenseits des Atlantiks auf. Weder Esser noch Dworkin überzeugte die positivistische Vereinfachung, in der sie – auf ihre Art positivistisch – eine Karikatur der juristischen Praxis sahen. Für beide war es die traditionelle Bedeutung juristischer Grundsätze und Prinzipien bei der Rechtsanwendung, anhand derer sie die Irrtümer der positivistischen Rechtsanwendungsvorstellungen entlarven konnten.<sup>23</sup> Sie setzten die mit dem Rückzug des Naturrechts lediglich theoretisch ausgeblendeten,<sup>24</sup> in der Praxis aber vom Positivismus unangefochten gebliebenen Rechtsgrundsätze auch theoretisch wieder in ihr Recht. Es ist das bleibende Verdienst der Prinzipientheorie, auf der Ernsthaftigkeit und Eigenständigkeit juristischer Kontroversen anhand der Rolle der Rechtsprinzipien bei der Rechtsanwendung bestanden und den obligaten Hinweis auf die kollektive Selbsttäuschung<sup>25</sup> der juristischen Praxis zurückgewiesen zu haben.

Die Betonung der Bedeutung von Prinzipien für die Rechtsanwendung zielte in der angelsächsischen Variante auf das bis dahin mit dem Positivismus verknüpfte Verständnis des Verhältnisses von Recht und Moral. Die Notwendigkeit der Heranziehung von jedenfalls zum Teil nicht explizit kodifizierten Prinzipien im Prozess der Rechtsanwendung galt Dworkin als wesentliches Faustpfand gegen eine Trennungsthese, die jegliche Verbindung von Recht und Moral bestritt. Welchen Ursprungs sollten die herangezogenen, aber nicht kodifizierten Prinzipien sein, wenn nicht im weitesten Sinne moralischen?<sup>26</sup>

adjudication and legal reasoning and, in particular, about arguments from what my critics call legal principles. I now agree that it is a defect of this book that principles are touched upon only in passing.“

- 22 Zum Versuch einer Wiederbelebung dieser Seite des Rechtspositivismus in Form einer normativen Ermächtigungslehre *M. Jestaedt*, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: W. Erbguth / J. Masing, Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25/75-79; *ders.*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 43-85.
- 23 *Dworkin*, Fn. 1, S. 54 ff.; *Esser*, Fn. 5, S. 10 f.; für eine neuere enzyklopädische Zusammenstellung der Prinzipien des Common Laws: *M. D. Bayles*, Principles of Law, 1987.
- 24 Zu dieser Entwicklung *J. A. R. Pascua*, Die Grundlage der rechtlichen Geltung von Prinzipien, in: G. Orsi, Prinzipien des Rechts, 1996, S. 11-13.
- 25 *Heck*, Fn. 18, S. 17; *Kelsen*, Fn. 19, 1723 (1726); *ders.*, Fn. 19, S. 350 f; *Hart*, Fn. 20, S. 176-189.
- 26 Ein kurzer, aber interessanter Abriss zur Geschichte der normativen Verortung von Rechtsprinzipien in den romanischen Kodifikationen seit dem Niedergang des Naturrechts bei *Pascua*, Fn. 24, S. 11-13. In den Bestimmungen über die Ausfüllung von Gesetzeslücken zeigt sich die naturrechtskritische Absetzbewegung gegenüber Verweisen auf „natürliche Rechtsgrundsätze“ zunächst in am-

Der Positivismus hat mit einer ganzen Reihe besonders inklusiver Strategien auf diesen Einwand reagiert.<sup>27</sup> Diese Strategien, die den Einwand Dworkins grundsätzlich anerkennen, lassen den Streit um die Trennungsthese jedenfalls insoweit müßig erscheinen, als es in ihm nur noch darum geht, ob die Anleihen, die die Rechtsanwendung bei der Alltagsmoral oder der Moraltheorie macht, sich noch auf eine explizite oder implizite aus dem gesetzten Recht unmittelbar oder induktiv zu erschließende Grundlage zurückführen lassen oder ob eine solche Ableitung jedenfalls in einigen Fällen nicht möglich ist. Dass solche Anleihen erfolgen, so wie das Recht im Abgabenrecht Anleihen bei Mathematik<sup>28</sup> oder zur Frist- und Geschwindigkeitsberechnung bei der Chronometrie macht, ist nicht mehr umstritten.

Um rechtliche Maßstäbe handelt es sich jedenfalls insoweit, als moralische Normen nicht einfach Rechtsnormen mit derogierender Kraft gegenübergestellt werden, sondern sie im Rahmen von Rechtsanwendungen lediglich herangezogen werden, wenn sie sich in das gesetzte Recht einpassen und an das gesetzte Recht angepasst werden, wie dies auch Dworkin mit der Dimension des „fit“ betont hat.<sup>29</sup> So bedient sich das Bundesverfassungsgericht zur dogmatischen Ausformung der Menschenwürdegarantie zwar der Objektformel,<sup>30</sup> die einer Formulierung des kategorischen Imperativs bei Kant zugrunde liegt, doch rezipiert sie damit weder ungebrochen die Moralphilosophie Kants, noch könnte sie Versatzstücke seiner Philosophie heranziehen, wenn die Verfassung ihr nicht in Art. 1 Abs. 1 GG Anlass dazu gäbe. So mag die Vorstellung eines gegenüber anderen Rechtsgütern wie dem Leben erhöhten Schutzes der Menschenwürde vom Standpunkt einer konsequentialistischen Ethik nicht nachvollziehbar sein. Doch auch wenn sich eine entsprechende Theorie als philosophisch überlegen erweisen ließe, müsste eine Interpretation des Grundgesetzes mit einem einer solchen Theorie widersprechenden Konzept der Menschenwürde aufwarten. Die Rechtsanwendung greift nicht einfach auf moralische Normen zurück, sondern entwickelt unter Rückgriff auf außerrechtliche Normen eigene rechtliche Maßstäbe, die sich zwar an moralische und philosophische Konzepte anlehnen und ihnen ähnlich sein können, aber doch genuin rechtliche sind.<sup>31</sup> Es ist gerade eine Aufgabe der Dogmatik Konzepte aus anderen Disziplinen – darunter auch der Moralphilosophie – in die Besonderheiten eines Rechtssystems und seiner in Institutionen und vorgängigen Entscheidungen abgelegten Geschichte einzupassen und als rechtliche zu entwickeln. Dies allein hebt die Trennung von Recht und Moral aber ebenso wenig oder ebenso viel auf, wie der Rückgriff auf die

bivalenten Hinweisen auf „allgemeine Rechtsprinzipien“, aber dann auch in selbstbewusst positivistischen Vorschriften zu den „allgemeinen Prinzipien des geltenden Rechts“.

27 Einen Überblick über die Strategien geben *Sieckmann*, Fn. 3, S. 178-198; *J. L. Coleman*, *The Practice of Principle*, 2001, S. 103-119 jeweils m.w.N.

28 S. zu diesem Vergleich bereits *H. Kantorowicz*, *Der Begriff des Rechts*, 1939, S. 58 f.

29 *R. Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 255-257. Die entsprechende Kritik von *Sieckmann*, Fn. 4, 145/160-163, ist geltungs-, nicht prinzipientheoretisch motiviert.

30 *BVerfGE* 27, 1 (6); *BVerfG*, NJW 2006, 751/757f.

31 Zu einem ähnlichen Argument in der amerikanischen Positivismusdiskussion *D. Priel*, Oxford J. Legal Stud. 25 (2005), 675-696.

vier Grundrechenarten im Abgabenrecht die Trennung von Recht und Mathematik aufhebt.

Soweit die Prinzipientheorie in der Prägung, die sie durch Alexy erfahren hat, noch eine stärkere Verbindung von Recht und Moral postuliert, nach der das Recht zu der *richtigen* Moral jedenfalls nicht in einem groben Missverhältnis stehen darf, ohne seine Gültigkeit zu verlieren, folgt dies nicht aus dem Prinzipienargument.<sup>32</sup> Nicht zuletzt Dworkin selbst hat gezeigt, dass das Recht im Rahmen der Rechtsanwendung zwar Anleihen bei der Moral macht, dass sich daraus aber keine Maßstäbe für die Art der Moral ergeben, die in Bezug genommen wird.<sup>33</sup> So wie das Recht auf die Form der Mathematik, Chronometrie etc. bei der Rechtsanwendung zurückgreift, die in einer Gesellschaft die Grundlage des Zusammenlebens bildet, so verhält es sich auch mit der Moral. So kann die Rechtsanwendung in einem Unrechtsregime auch auf eine Unmoral zurückgreifen, um sich für den Aufbau dogmatischer Strukturen, Fallgruppenbildungen, Einzelfallentscheidungen etc. mit entsprechenden Wertungen, Grundsätzen und Prinzipien zu versorgen. Die darüber hinausgehenden Postulate von Vertretern der Prinzipientheorie hängen nicht am Prinzipien-, sondern an ihrem Rechts-<sup>34</sup> oder Geltungsbegriff<sup>35</sup>, der eine eigene Kritik erforderte.

Für die Betrachtung des Hauptanwendungsfalles der Prinzipientheorie als einer dogmatischen Theorie der Grundrechte bleibt festzuhalten, dass es kein Zufall ist, dass die Prinzipientheorie auf beiden Seiten des Atlantiks unabhängig voneinander *nicht* als eine dogmatische Theorie, sondern in Reaktion auf eine unzureichende Theorie der Rechtsanwendung entwickelt wurde. Genetisch spricht jedenfalls nichts dafür, eine Prinzipientheorie als eine dogmatische Theorie und spezieller als eine dogmatische Theorie der Grundrechte zu formulieren. Genetisch liegt die Prinzipientheorie auf einer anderen Abstraktionsstufe: Sie gehört in das Feld einer allgemeinen Theorie der Rechtsanwendung, nicht auf die Ebene einer konkreten Dogmatik. So wenig Subsumtion, Analogie oder Umkehrschluss eine Bereichsdogmatik – etwa des Bereicherungsrechts – sein können,

32 So auch *H.-J. Koch*, Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus, in: R. Dreier (Hg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, ARSP Beiheft 37 (1988), S. 152/157, 160, zum Richtigkeitsargument bei Dworkin.

33 *Dworkin*, Fn. 1, S. 102-108.

34 *Alexy*, Fn. 1, S. 64-69, 129-135, der den Rechtsbegriff nicht nur mit dem Anspruch, sondern auch der Sache nach mit moralischer Richtigkeit verknüpft; kritisch zu Alexys Begründung der Verknüpfung *E. Hilgendorf*, Argumentation in der Jurisprudenz, 1991, S. 115 f.

35 *Sieckmann*, Fn. 3, 1990, S. 100-102, der neben der Wirksamkeit einer Norm, ihrer ethischen und ihrer – relativen – Geltung im Rahmen eines Rechtssystems noch eine „absolute rechtliche“ Geltung kennt, deren theoretischer Status jedoch insofern unscharf bleibt, als nicht deutlich wird, ob es sich um eine rechtliche Geltung eigener Art oder lediglich um eine relative Geltung im Hinblick auf die – richtige – Moral handelt. Die Ausführungen dazu bleiben dunkel: „Beide Konstruktionen sind problematisch. Die Annahme eines rechtlichen Sollens eigener Art führt in schwierige philosophische Probleme, ob es eine Einheit des Sollens... gibt ... Ferner ist eine Definition ... des Begriffs rechtlicher Geltung, die selbst den Begriff ‚rechtlich‘ verwendet, dem Einwand der Zirkularität ausgesetzt. Die zweite Alternative, von einem moralischen Anwendungsgebot zu sprechen, führt leicht zu Missverständnissen und in die Debatten um Naturrecht und Rechtspositivismus. Für den Zweck dieser Studie braucht nicht entschieden zu werden, ob von einem nur rechtlichen oder einem auch moralischen Gebot zu sprechen ist.“, ebd. S. 246; s. auch *ders.*, Fn. 4, S. 145/146-148.

so wenig kann dies auch ein Prinzip. Sie können zur Bildung einer Dogmatik herangezogen werden, sind aber selbst noch keine.

## II. Der rechtstheoretische Irrtum: Die strukturelle Unterscheidung von Regeln und Prinzipien

Die rechtslogische These der Prinzipientheorie geht dahin, dass sich Regeln und Prinzipien in ihrer formalen Struktur unterscheiden. Während Regeln eine Rechtsfolge definitiv anordnen, sähen Prinzipien ihre Rechtsfolgen nur prima facie vor.<sup>36</sup> Diese unterschiedliche Struktur der beiden Normtypen werde besonders in ihrem Kollisionsverhalten manifest. Während im Falle einer Regelkollision entweder Ausnahmen in eine der Regeln eingefügt oder eine der beiden Regeln für nichtig erklärt werden müssten, bliebe die Geltung von Prinzipien im Kollisionsfall unberührt, da sie nur Prima-facie-Wirkung beanspruchten und im Kollisionsfall erst durch Abwägung im Einzelfall zu einer definitiven Regel konkretisiert würden.<sup>37</sup> Regeln und Prinzipien bilden danach kategorial verschiedene Normtypen.

Eine Analyse des Umgangs der Rechtsordnung mit Normkollisionen zeigt hingegen, dass Regeln und Prinzipien identisch strukturiert sind und sich nicht in ihrer Struktur, sondern nur in den kontingenten Inhalten einer einheitlichen Struktur unterscheiden.<sup>38</sup> Dies wird deutlich, wenn in den Blick genommen wird, wie und wie unterschiedlich Normkollisionen bewältigt werden. Auf Normkollisionen reagiert die Rechtsordnung mit Kollisionsregeln, die ganz unterschiedliche Inhalte haben und je nach Darstellung als selbstständige Regeln gedacht oder als Ausnahmetatbestände in die Regeln integriert werden können.<sup>39</sup> Diese Kollisionsregeln führen dann dazu, dass entweder eine der kollidierenden Normen außer Kraft tritt, oder in eine der Normen oder in beide Ausnahmetatbestände eingearbeitet werden, die die Normkollision vermeiden.<sup>40</sup> Das Gebot der optimierenden Abwägung ist dabei nur ein möglicher Inhalt eines solchen Ausnahmetatbestandes. Die optimierende Abwägung unterscheidet sich inhaltlich von anderen Ausnahmetatbeständen, wie sich auch andere Ausnahmetatbestände inhaltlich voneinander unterscheiden. Die unterschiedlichen Inhalte der Ausnahmetatbestände lassen jedoch die Struktur der Normen unberührt. So wie der Lex-posterior-Grundsatz keinen

36 Alexy, Fn. 2, S. 88-90; Sieckmann, Fn. 3, 1990, S. 67-71.

37 Alexy, Fn. 2, S. 77-87; Sieckmann, Fn. 3, 1990, S. 68.

38 Jenseits des Kreises exponierter Vertreter der Prinzipientheorie wird dies auch überwiegend so gesehen, etwa P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 1999, S. XXII: „Unterscheidung dieser beiden Kategorien m.E. nur quantitativer Natur“; A. Marmor, *The Separation Thesis and the Limits of Interpretation*, Can. J.L. & Juris. 12 (1999), 135/145 f.; B. Schilcher, *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, S. 153/164, 169; F. Reimer, *Verfassungsprinzipien*, 2001, S. 179-182; in der angelsächsischen Literatur so bereits Hart, Fn. 1, S. 259 f.; zu einer möglichen rechtslogischen Rekonstruktion des graduellen Unterschieds B. Verheij/J. Hage/H. J. van den Herik, *An integrated view on rules and principles*, *Artificial Intelligence and Law* 6 (1998), 3-26.

39 Dworkin, Fn. 1, S. 62.

40 Alexy, Fn. 2, S. 77.

strukturell eigenen Normtyp prägt, so zeichnet auch der Abwägungsgrundsatz keinen strukturell eigenen Normtyp aus.

Dies lässt sich an zwei Normen demonstrieren, die Alexy als Beispiele für Prinzipien anführt.<sup>41</sup> Die Norm N1 ermächtigt den Staat, zum Schutz seiner auswärtigen Belange Maßnahmen zu ergreifen. Die Norm N2 gewährt den Bürgern Pressefreiheit.

N1: Wenn eine Handlung die auswärtigen Belange des Staates gefährdet, dann soll sie verboten werden.

N2: Wenn eine Handlung der Presse dient, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Für beide Normen gibt es eine Schnittmenge von Sachverhalten, in denen sie beide anwendbar sind. Für diese Schnittmenge von Sachverhalten muss die Rechtsordnung eine Kollisionsregel einführen, die in den Tatbestand der Normen als Ausnahme eingearbeitet werden kann. Diese Kollisionsregel kann etwa der Lex-posterior-Grundsatz ( $K_a$ ) sein. Entstand etwa die Norm N1 über den Staatsschutz noch der Zeit einer Militärdiktatur und die Norm N2 der Zeit nach dem demokratischen Umbruch, so ist der Lex-posterior-Grundsatz selbst für die Normen N1 und N2 nicht ausgeschlossen. Dies würde dazu führen, dass – falls N1 nicht mit der neuen Ordnung gänzlich unvereinbar wäre – N1 interpretatorisch um einen Ausnahmetatbestand ergänzt würde.

N1<sub>a</sub>: Wenn eine Handlung die auswärtigen Belange des Staates gefährdet *und diese Handlung nicht der Presse dient*, dann soll sie verboten werden.

N2<sub>a</sub>: Wenn eine Handlung der Presse dient, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Die Interpretation der beiden Vorschriften könnte aber auch zu Kollisionsregeln führen, die nicht nur zu Lasten einer der beteiligten Normen ausfiele. Dazu muss die Kollisionsregel  $K_a$  nur geringfügig modifiziert werden – etwa in einem demokratisch funktionalen Sinn: nicht jede Pressetätigkeit soll den Vorrang vor den auswärtigen Belangen genießen, sondern nur diejenige, die auf die politische Meinungsbildung zielt. In dem Fall dieser Kollisionsnorm  $K_b$  müssten beide Normen, N1 und N2, um einen Ausnahmetatbestand erweitert werden.

N1<sub>b</sub>: Wenn eine Handlung die auswärtigen Belange des Staates gefährdet *und diese Handlung nicht der politischen Meinungsbildung dient*, dann soll sie verboten werden.

N2<sub>b</sub>: Wenn eine Handlung der Presse dient und die auswärtigen Belange des Staates nicht gefährdet oder auf die politische Meinungsbildung zielt, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Die Kollisionsregel kann auch Elemente des Gewichts aufweisen, ohne dass sie schon ein Prinzip im Sinne der Prinzipientheorie hervorbringt. Etwa könnte eine teleologische Reduktion von N2 ergeben, dass sie nur für erhebliche auswärtige Belange gelten soll. Nach dieser Kollisionsregel  $K_c$  ergäbe sich:

41 Alexy, Fn. 2, 1985, 147.



N1<sub>d</sub>: Wenn eine Handlung *erhebliche* auswärtige Belange des Staates gefährdet, dann soll sie verboten werden.

N2<sub>c</sub>: Wenn eine Handlung der Presse dient *und erhebliche auswärtige Belange des Staates nicht gefährdet*, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Auch hier bedürfte die Bewertung der Gefährdung einer Gewichtung, die aber im Unterschied zum Abwägungsgesetz nicht relativ zu der Beeinträchtigung der Pressefreiheit zu denken wäre. Es müsste nur festgestellt werden, ob der gefährdete auswärtige Belang ein erheblicher wäre.

Von der Kollisionsregel K<sub>c</sub> ist es nur noch ein kleiner Schritt zu einer Kollisionsregel und einem entsprechenden Ausnahmetatbestand, der den Normen eigen ist, die die Prinzipientheorie als Prinzipien auszeichnet. Wird in einer Kollisionsregel K<sub>d</sub> statt auf „erhebliche“ auf „überwiegende“ auswärtige Belange abgestellt, entstehen zwei Normen, die eine Abwägung zwischen der Gefährdung der auswärtigen Belange und der Beeinträchtigung der Pressefreiheit fordern. Sie lassen sich dann als Optimierungsgebote im Sinn Alexys verstehen, die nach seinem Abwägungsgesetz<sup>42</sup> behandelt werden können.

N1<sub>d</sub>: Wenn eine Handlung *überwiegende* auswärtige Belange des Staates gefährdet, dann soll sie verboten werden.

N2<sub>d</sub>: Wenn eine Handlung der Presse dient *und überwiegende auswärtige Belange des Staates nicht gefährdet*, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Die semantische Verschiebung von „erheblich“ zu „überwiegend“ lässt die Struktur der Norm unangetastet. Zwischen den Normen N<sub>c</sub> und N<sub>d</sub> besteht kein struktureller Unterschied, sondern ein kontingent inhaltlicher. Die einen wie die anderen sind Normen eines konditionalen Normtypus mit einer Ausnahmeklausel, wie er uns in der Rechtsordnung ubiquitär und mit den unterschiedlichsten Inhalten begegnet.

Auch relative Gewichtungen finden sich in anderen Formen als in den von der Prinzipientheorie ontologisch ausgezeichneten Optimierungsgeboten. So wird etwa in der Grundrechtsdogmatik eine Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgeschlagen, die neben der Erforderlichkeit einer Maßnahme lediglich eine grobe Stimmigkeitskontrolle in dem Sinn verlangt, dass die Maßnahme relativ zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck nicht grob disproportional ausfällt, dass nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird.<sup>43</sup>

N1<sub>c</sub>: Wenn eine Handlung die auswärtigen Belange des Staates gefährdet *und die Gefährdung nicht in grobem Missverhältnis zu ihrem Verbot steht*, dann soll sie verboten werden.

42 Alexy, Fn. 2, S. 145–154.

43 B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 294; R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 224; grundlegend im Sinne einer Mindestposition bereits B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 76-78, 192-195; für Verfassungsgrundsätze allgemein K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 158; vgl. auch Reimer, Fn. 38, S. 326-348: Niveau- und Rahmenbestimmungen.

N<sub>2</sub>: Wenn eine Handlung der Presse dient und auswärtige Belange des Staates nicht gefährdet oder ein Verbot in grobem Missverhältnis zu dem Ausmaß der Gefährdung stünde, dann soll der Staat Verbote unterlassen.

Der Phantasie zur Entwicklung von Ausnahmetatbeständen sind keine Grenzen gesetzt. Doch in ihrer Normstruktur unterscheiden sich Normen mit inhaltlich verschiedenen Ausnahmetatbeständen nicht – auch nicht diejenigen, die ein Optimierungsgebot enthalten.<sup>44</sup> So wenig es sinnvoll erscheint, für den Lex-posterior-Grundsatz, die Erheblichkeits- oder die Disproportionalitätsregel einen ontologisch eigenen Normtyp anzunehmen, so wenig leuchtet es für einen als Optimierungsgebot verstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein.

Welchen Inhalt Kollisionsregeln haben, ist nicht nur kontingent, sondern kann auch umstritten sein. Die Entscheidung über die richtige Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im engeren Sinn als Disproportionalitätsverbot im oben beschriebenen Sinn oder als Optimierungsgebot folgt nicht aus pseudo-ontologischen Unterscheidungen unterschiedlicher Normtypen, sondern muss mit verfassungsrechtlichen Argumenten ausgetragen werden. Zum Teil hat der Verfassungsgeber Kollisionsregeln, die noch ungleich komplexer ausfallen als die oben aufgeführten, auch selbst positiviert. So lassen sich etwa die Gesetzesvorbehalte – wenn von Grundrechtskollisionen her gedacht wird –<sup>45</sup> als solche Kollisionsregeln verstehen.<sup>46</sup> Die Regelung des Kollisionsfalls erfolgt reflexiv: Der Verfassungsgeber hat ihn nicht selbst geregelt, sondern grundsätzlich der Regelung durch den Gesetzgeber überlassen.<sup>47</sup>

Dass Optimierungsgebote keine gegenüber Regeln eigene Normkategorie sind, stellen auch die Vertreter der Prinzipientheorie nicht mehr in Abrede.<sup>48</sup> Nach Alexy bricht damit aber die Prinzipientheorie nicht zusammen, sondern „es wirft auf sie nur ein schärferes Licht.“<sup>49</sup> Es sei nun „zwischen den zu *optimierenden Geboten* und *Geboten zu optimieren* zu unterscheiden. Die optimierenden Gebote sind die Abwägungsgegenstände. Man kann sie als 'ideales Sollen' oder 'Ideale' bezeichnen.“<sup>50</sup> Um die ontologische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien zu retten, soll nun zwischen den Optimierungsgeboten und den zu optimierenden Geboten unterschieden werden. Rechtslo-

44 Vgl. bereits die regelhafte Rekonstruktion einer Prinzipienkollision bei R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 177/196; s. auch Sieckmann, Fn. 3, 1990, S. 65; M. Borowski, Fn. 7, S. 76 f.

45 Zu einem kollisionsfreien Grundrechtsmodell Poscher, Fn. 43, S. 198-203.

46 Borowski, Fn. 7, S. 107 f.

47 Zur Reflexivität der Grundrechte, Poscher, Fn. 43.

48 Sieckmann, Fn. 3, S. 65 f.; R. Alexy, Zur Struktur von Rechtsprinzipien, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 31/38 f.; so auch A. Aarino, Taking Rules Seriously, in: W. Maihofer/G. Sprenger (Hg.), Law and the States in modern Times, ARSP Beiheft 42 (1990), S. 187-192.

49 Alexy, Fn. 2, S. 31/38 f. – Hervorhebung im Original.

50 Alexy, ebd.

gisch soll der Idealität des Sollens der zu optimierenden Gebote eine unendliche Reiteration eines Geltungsgebots entsprechen.<sup>51</sup>

Doch was immer von einem „idealen Sollen“ und „unendlich reiterierten Geltungsgeboten“ als solchen zu halten ist, geht dieser bereits sehr bemüht wirkende Rettungsversuch fehl, weil es zur Rekonstruktion von Optimierungsgeboten keiner zu optimierenden Gebote, sondern nur zu optimierender Gegenstände bedarf. Optimierungsgebote gebieten, dass etwas optimiert wird, gebieten aber nicht, dass *Gebote* optimiert werden. Im Verständnis der Prinzipientheorie enthält Art. 2 Abs. 2 GG etwa das Gebot zur Optimierung der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit oder auch des menschlichen Lebens. Gesundheit und Leben sind aber keine Gebote, keine normativen, sondern empirische Gegenstände. Auch eine Norm, die die Optimierung des Reifendrucks für Kraftfahrzeuge vorsähe, wäre ein Optimierungsgebot. Es ist auch nicht so, dass die Gegenstände von Optimierungsgeboten normativen Charakter haben müssten, um die Normativität von Optimierungsgeboten zu erklären.<sup>52</sup> Normativität erhalten die Gegenstände der Optimierungsgebote durch das in den Optimierungsgeboten enthaltene Gebot, einen Gegenstand relativ zu den rechtlichen und faktischen Möglichkeiten zu steigern. Die Gegenstände der Optimierung selbst müssen – wie das Beispiel des Reifendrucks zeigt – in keiner Weise normativ ausgewiesen sein. Die Normativität der Optimierungsgebote ergibt sich allein aus dem *Gebot zu optimieren*, eines *zu optimierenden Gebots* als Gegenstand der Optimierung bedarf es dafür nicht. Optimieren lässt sich alles, auch Krankheit und Tod, Länge, Breite, Höhe, Temperatur, Zeit etc. Auch die Richtung der Optimierung wird nicht durch den Gegenstand des Gebots vorgegeben, sondern durch das Gebot der Optimierung, das meist durch den Kontext des Gegenstands festlegt, ob der Gegenstand relativ zu den rechtlichen oder faktischen Möglichkeiten maximiert oder minimiert werden soll. So versteht sich bei einem Grundrecht, das Eingriffe in die Gesundheit grundsätzlich untersagt, dass – wenn es als Optimierungsgebot verstanden wird – die Gesundheit relativ zu den rechtlichen und faktischen Möglichkeiten maximiert und nicht minimiert werden soll. Anders könnte es sich bei der prinzipientheoretischen Interpretation einer Schädlingsbekämpfungsverordnung verhalten. Doch sowohl das Gebot der Optimierung als auch die normative Richtung des Gebots ergeben sich nicht aus dem „Abwägungsgegenstand“, sondern aus dem „Gebot zu optimieren“.

Dass Optimierungsgebote zwar selbst ein Gebot sind, aber in der Regel nicht wieder auf ein Gebot bezogen werden, wird auch im Vergleich mit Fällen deutlich, in denen dies ausnahmsweise einmal anders ist. Optimierungsgebote können sich auf jeden Gegenstand beziehen. Sie können auch – müssen es aber nicht – auf normative Gegenstände abstellen. Auch Normen lassen sich optimieren und damit auch Gebote. So können etwa Regelungen des Strafrechts, die noch Strafbarkeitslücken aufweisen, optimiert werden, indem Gesetze erlassen werden, die diese Lücken schließen. Doch zum einen sind Gegenstand der Grundrechte, auch wenn sie als Optimierungsgebote verstanden werden,

51 *Sieckmann*, Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen, in: G. Meggle, *Analytomen*, 2. Proceedings of the 2nd Conference "Perspectives in Analytical Philosophy", Bd. III, 1994, S. 349/352; der Rekonstruktion grundsätzlich zustimmend *Alexy*, Fn. 2, S. 31/39 f.

regelmäßig nicht entsprechende Regelungen,<sup>53</sup> sondern empirische Zustände oder Freiheiten; zum anderen finden sich die Regelungen, auf die sich Optimierungsgebote theoretisch beziehen können, nicht in einer geheimnisvollen Sphäre des „idealen Sollens“ und sind auch nicht mit unendlich reiterierten Geltungsgeboten verknüpft, sondern sind schlichte reale Gebote.

Weder müssen sich Optimierungsgebote aufgrund ihrer normativen Struktur auf Gebote beziehen – geschweige denn auf ein „ideales Sollen“ oder unendlich reiterierte Geltungsgebote –, noch beziehen sich die Grundrechte, die von den Vertretern der Prinzipientheorie als Paradigma in Bezug genommen werden, in der Regel auf normative Gegenstände. Auch mit dem nachgeschobenen Versuch, die Existenz ihres Gegenstands zu beweisen, vermag die Prinzipientheorie nicht zu überzeugen. Das, was die Prinzipientheorie als Gegenstand behandelt, sind Optimierungsgebote, von denen nicht nur gezeigt werden konnte, dass es sich bei ihnen um Regeln handelt, sondern von denen auch die Vertreter der Prinzipientheorie selbst nichts anderes mehr behaupten. Soweit die Prinzipientheorie Prinzipien als ideale Gegenstände in den Optimierungsgeboten sucht, geht ihre normtheoretische Analyse der Optimierungsgebote fehl. Gemessen an ihren eigenen ontologisierenden Maßstäben ist die Prinzipientheorie eine Theorie ohne Gegenstand.

### *III. Der methodologische Rückfall: Der Regelbegriff der Prinzipientheorie*

Die Prinzipientheorie hat auch ein methodologisches Anliegen. Regeln und Prinzipien werden von der Prinzipientheorie auch methodologisch unterschieden. Während die Vorstellung der Subsumtion mit dem Regelbegriff in Verbindung gebracht wird, wird die Abwägung methodisch mit dem Prinzipienbegriff verknüpft. "Die Anwendung von Regeln erfolgt durch die *Subsumtion* eines Sachverhaltes unter ihren Tatbestand und Deduktion der Rechtsfolge. ... Die Anwendung von Prinzipien erfordert demgegenüber ... eine *Abwägung* kollidierender Prinzipien."<sup>54</sup> Methodisch gibt es für die Prinzipientheorie zwei Verfahren der Rechtsanwendung: die hermeneutisch gesteuerte Subsumtion unter eine eindeutige Regel oder die Abwägung von Prinzipien, die in alle den Fällen die Rechtsanwendung steuert, die dem Subsumtionsideal nicht entsprechen. Von dieser methodologischen Ausgangsposition aus könnten Prinzipien in der Rechtsordnung jeweils daran erkannt werden, dass die Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm in Schwierigkeiten gerät. Und wer wollte leugnen, dass die Subsumtion unter Grundrechtsbestimmungen wie „Die Kunst ist frei“ schwierig ist. Also müssen Grundrechte Prinzipien sein, q.e.d.

Die rechtsmethodische Fragwürdigkeit dieser Ableitung beruht weniger auf dem Prinzipien- als auf dem Regelbegriff der Prinzipientheorie. Der Regelbegriff der Prinzipien-

52 So aber *Sieckmann*, Fn. 3, 1990, S. 66.

53 Besonderheiten gelten für normgeprägte Grundrechte.

54 *Sieckmann*, Fn. 3, S. 18; s. auch *Alexy*, Fn. 3, 433.

theorie beruht auf einem begriffsjuristischen Ideal<sup>55</sup>, das einerseits mit der Prinzipientheorie überwunden werden soll, ihr aber andererseits in ihrem Regelbegriff weiterhin zugrunde liegt. Dies wird auch an den Beispielen deutlich, die für den Regelbegriff gegeben werden. Die Regeln, die in der Prinzipientheorie auftauchen – das Gebot, bei Klingelzeichen den Raum zu verlassen<sup>56</sup>, Ladenöffnungszeit von 7 bis 19 Uhr<sup>57</sup>; Zahlung einer Kopfsteuer in Höhe von 1.000 DM<sup>58</sup> – sind regelmäßig so konkret, dass sie dem überkommenen Subsumtionsideal zu entsprechen scheinen. Und auch die Regeln, die sich aus den Prinzipienkollisionen ergeben sollen, sind jeweils so konkret, dass ihre Anwendung scheinbar immer ohne weitere Argumentation und Wertung möglich erscheint.

Doch die Anwendung einer Rechtsnorm auf die Fülle der für sie in Betracht kommenden Sachverhalte beschränkt sich grundsätzlich bei keiner Norm auf die Alternative von Subsumtion durch bloßes Regelfolgen in einfachen Fällen<sup>59</sup> oder auf Abwägung im Sinn eines Optimierungsgebots in allen anderen. Vielmehr vereinigt die Anwendung einer Norm auf die Fülle der in Betracht kommenden Sachverhalte ein komplexes Bündel von Rechtsanwendungstechniken, unter denen immer auch die Subsumtion durch schlichtes Regelfolgen und jedenfalls manchmal auch die Güterabwägung im Sinn eines Optimierungsgebots gehören, aber auch noch eine Reihe weiterer Verfahren und die unterschiedlichsten Kombinationen aller dieser Techniken. Rechtsanwendung kann bei jeder Norm in einem schlichten Regelfolgen in einfachen Fällen bestehen, aber auch in komplexeren analytischen Überlegungen bei komplexeren Normen oder Sachverhalten und in komplexeren Argumentationen und Wertungen in schwierigen Fällen, bei denen auch die Güterabwägung im Sinne eines Optimierungsgebots eine Rolle spielt. In welcher Art und Weise die Rechtsanwendung erfolgt, ist keine Frage der zur Anwendung stehenden Norm, sondern des nach der Norm zu beurteilenden Sachverhalts. Grundsätzlich gibt es bei jeder Norm mehr oder weniger häufig oder selten einfache Fälle, in denen die Rechtsanwendung bloßes Regelfolgen voraussetzt, und mehr oder weniger häufig oder selten andere Fälle, in denen weitere Überlegungen, Argumentationen, Wertungen und unter Umständen auch Abwägungen erforderlich sind. Dies lässt sich auch für die Normen zeigen, die die Prinzipientheorie als Musterbeispiele für den Regelbegriff bereithält. Muss der Raum bei Klingelzeichen auch verlassen werden, wenn sich damit Gesundheitsgefahren für die Schulkinder wegen exzeptioneller Temperaturen, Smog-Alarm etc. verbinden sollten? Welches Gewicht hätte der Wille des Gesetzgebers, Feueralarmbestimmungen formal zu handhaben etc.? Jenseits einfacher Fälle setzt die Anwendung jeder Norm eine Fülle von Überlegungen voraus, bei denen auch die Ab-

55 Kritisch zum Regelbegriff der Prinzipientheorie Dworkins schon *Koch*, Fn. 32, S. 152 f.; als unzutreffende Interpretation seines Regelbegriffs weist ihn auch *Hart*, Fn. 1, S. 263, zurück.

56 *Alexy*, Fn. 2, S. 78.

57 *Alexy*, Fn. 2, S. 77.

58 *Sieckmann*, Fn. 3, S. 70.

59 Dazu demnächst *R. Poscher*, Einfache Fälle; zum Unterschied zwischen Regelfolgen und Interpretation *L. Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, G.E.M. Anscombe/G.H. Wright/Rush Rees (Hg.), (1953), in: Werkausgabe, Bd. 1, 2. Aufl. 1992, § 201.

wägung von Argumenten eine Rolle spielt, die jedenfalls manchmal im Sinn einer Optimierung durchgeführt wird.

Aus der Perspektive einer Theorie der Rechtsanwendung erweist sich die Prinzipientheorie als der Versuch, aus der Fülle der bei der Rechtsanwendung zum Einsatz gelangenden Verfahren zwei herauszugreifen – die Anwendung durch bloßes Regelfolgen in einfachen Fällen und die optimierende Güterabwägung –, sie als unterschiedliche Normen zu hypostasieren und so nicht zu einer Unterscheidung unterschiedlicher Anwendungstechniken, sondern unterschiedlicher Normtypen zu gelangen. Dagegen spricht jedoch zum einen, dass beide von der Prinzipientheorie ins Auge gefasste Techniken in der Regel bei jeder Norm Anwendung finden; jede Norm ist daher im Sinn der Prinzipientheorie sowohl Regel als auch Prinzip, was es dann wiederum nicht erlaubt, Normen in unterschiedliche Klassen nach dem Regel-Prinzipien-Schema einzuteilen.<sup>60</sup> Zum anderen erschöpfen sich die Rechtsanwendungstechniken nicht in dem Dualismus des bloßen Regelfolgens und der optimierenden Güterabwägung, sondern der Vorgang der Rechtsanwendung kann noch eine ganze Reihe anderer intellektueller Verfahren voraussetzen, wie etwa bei komplexen Normen oder Sachverhalten, die neben dem bloßen Regelfolgen analytische Techniken, jedoch keine Güterabwägung verlangen. Nach dem Schematismus der Prinzipientheorie müsste für jede dieser analytischen Techniken ein eigener Normtyp gefordert werden. Ebenso beschränken sich die Verfahren bei Rechtsgüterkollisionen nicht auf optimierende Abwägungsprozesse, denkbar sind auch gröbere Disproportionalitätsüberlegungen<sup>61</sup> und Mindestpositionskonzepte<sup>62</sup>, wie sie auch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vertreten werden. Für alle vom bloßen Regelfolgen und der Güteroptimierung abweichende Rechtsanwendungsverfahren müssten eigene Normtypen gefordert und dann jeder Norm alle Normtypen wieder zugesprochen werden. Aus der Perspektive einer Theorie der Rechtsanwendung ist es ein Kategorienfehler der Prinzipientheorie, unterschiedliche Techniken bei der Anwendung einer Norm zu ontologisieren und als unterschiedliche Normtypen zu begreifen.<sup>63</sup>

Für eine Prinzipientheorie der Grundrechte heißt dies wiederum, dass von der geringeren unmittelbaren Subsumtionsfähigkeit von Grundrechten nicht auf einen rechtslogischen Prinzipiencharakter und damit auch nicht darauf geschlossen werden darf, dass sie als bloße Optimierungsgebote verstanden werden müssen, die nur durch Abwägun-

60 Dies erklärt, warum es Vertretern der Prinzipientheorie nicht gelingt, einzelne Normen eindeutig der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen, sondern etwa vom „Doppelcharakter der Grundrechtsnormen“, *Alexy*, Fn. 2, 1986, S. 122-124, reden oder davon, dass „im Rahmen von Rechtsregeln Prinzipienelemente vorkämen“, *H.-J. Koch*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: *W. Erbguth* u.a., *Abwägung im Recht*, 1996, S. 9/18, oder auf eine „komplexe Verflechtung von Regeln und Rechtsprinzipien“ abstellen, *L. Michael*, Methodenfragen der Abwägungslehre, in: *JöR* 48 (2000), 169/176; so auch am Ursprung des Trennungsgedankens *Dworkin*, Fn. 1, S. 64 f.

61 *Pieroth/Schlink*, Fn. 43, Rn. 294; *Poscher*, Fn. 43, S. 224.

62 *Schlink*, Fn. 43, S. 76-78, 192-195; vgl. auch *Hain*, Fn. 43, S. 158, der für Verfassungsprinzipien allgemein aus funktionell rechtlichen Gründen nur eine Mindestbeachtung und keine Optimierung fordert; vgl. auch *Reimer*, Fn. 38, S. 326-348: Niveau- und Rahmenbestimmungen.

63 So auch *Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, S. 270-276; das methodische Argument trifft auch die von *Hain*, Fn. 43, S. 99-106, entwickelte Unterscheidung von Prinzipien und Regeln mit unvollständigem oder vollständigem Festsetzungsgehalt.

gen zu vermitteln sind. Vielmehr steht auch einer Dogmatik der Grundrechte das ganze Instrumentarium der Rechtsanwendungstechniken und der juristischen Argumentation zur Verfügung. Und dieses muss auch genutzt werden, um ein bestimmtes Verständnis der Grundrechte auszuweisen. Aus der kategorial verfehlten Aufteilung des Kosmos der Normen in Regeln und Prinzipien ergibt sich insoweit nichts.

#### IV. *Der systematische Ort: Die Argumentationstheorie*

In ihrer argumentationstheoretischen Spielart betont die Prinzipientheorie nicht, dass Prinzipien Normen mit einer bestimmten Struktur oder einer bestimmten Methode der Anwendung sind, sondern Normen mit einer bestimmten Funktion im Rahmen der juristischen Argumentation. Wesentlich darauf stellte auch *Esser* ab, der die besondere Funktion von Prinzipien nicht darin sah, dass sie herangezogen werden, um unmittelbar aus ihnen eine Rechtsfolge für den Einzelfall abzuleiten, sondern dass sie herangezogen werden, um Normen oder Ableitungen aus Normen zu begründen, die dann ihrerseits unmittelbar anwendbar sind.<sup>64</sup> Dahin zielen auch die Überlegungen von *Sieckmann*, dem „als leitende Idee die Charakterisierung von Prinzipien als Gründe für Abwägungsentscheidungen“<sup>65</sup> dient.

Mit dieser argumentationstheoretischen Ausrichtung nähert sich die Prinzipientheorie wieder ihrem Entstehungskontext, der Theorie der Rechtsanwendung. *Esser*, *Dworkin* und andere hatten zu Recht darauf hingewiesen, dass Prinzipien eine bedeutende Rolle bei der Rechtsanwendung besonders in schwierigen Fällen spielen können, in denen die Rechtsanwendung nicht wie in einfachen Fällen im Wege der Subsumtion durch bloßes Regelfolgen erfolgt. Diese wenig angreifbaren Erkenntnisse sind durch die Prinzipientheorie in der Prägung, die sie durch *Alexy* und seine Schüler erhalten hat, auf eine schillernde Art radikalisiert worden.

Als Beitrag zu einer Theorie der juristischen Argumentation bezieht sich die Radikalisierung zunächst auf die Struktur der bei der Rechtsanwendung herangezogenen Rechtsgrundsätze. Nach der Prinzipientheorie sollen alle Rechtsgrundsätze, die sich nicht immer im Wege der Subsumtion durch bloßes Regelfolgen anwenden lassen, die Struktur von Optimierungsgeboten haben. Diese Homogenisierung der Rechtsgrundsätze geht jedoch an deren Diversität vorbei.<sup>66</sup> Es trifft zwar zu, dass sich einige Rechtsgrundsätze – etwa der Grundsatz des Vertrauensschutzes – unter Umständen auch als Optimierungsgebot rekonstruieren lassen. Doch gilt dies nicht für alle Rechtsgrundsätze. Unsere

64 *Esser*, Fn. 5, S. 137.

65 *Sieckmann*, Fn. 3, S. 52; vgl. *ders.*, Fn. 4, 145/155 f.; auch *U. Neumann*, Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elementen, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S.115/116 ff., sieht die wesentliche Funktion der Prinzipien auf der Ebene der Begründung von rechtlichen Entscheidungen.

66 Dies gilt auch für den Bedeutungs- und Facettenreichtum, der dem Begriff „Prinzip“ in der philosophischen Tradition zukommt, die bei dem griechischen „Arché“ einen ihrer begrifflichen Ausgangspunkte hat, zur eindrucksvollen Begriffsgeschichte *Reimer*, Fn. 38, S. 146-171, der schon aus begriffsgeschichtlichen Gründen eine Verkürzung des Prinzipienbegriffs auf „Abwägungsfähigkeit“ ablehnt, ebd. S. 179.

Rechtsordnung kennt eine ganze Reihe von Prinzipien, die keine Optimierungsstruktur aufweisen, ohne von solcher Eindeutigkeit zu sein, dass sie immer durch bloßes Regelfolgen angewandt werden könnten. Dies gilt etwa für einen der prominentesten Grundsätze nicht nur des Zivilrechts. Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ verlangt nicht Optimierung, sondern schlicht Beachtung: Wenn etwas gegen Treu und Glauben verstößt, dann kommt es auf eine Abwägung nicht mehr an.<sup>67</sup> Auch der Gleichheitsgrundsatz mit seiner phänomenologisch komparativen Perspektive lässt sich nicht in das Korsett eines Optimierungsgebots fassen, ohne dass gerade dieses spezifische Element verloren ginge.<sup>68</sup> Nicht zuletzt zeigt sich die Diversität der Rechtsprinzipien auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der nach der Prinzipientheorie mit dem Gedanken des Optimierungsgebots auf das Engste verbunden ist: „Die Prinzipientheorie impliziert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser jene.“<sup>69</sup> Doch auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss nicht als Optimierungsgebot verstanden werden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass er sich jenseits des pareto-optimalen Erforderlichkeitskriteriums auch als Garantie einer Mindestposition<sup>70</sup> oder als Verbot grober Disproportionalität<sup>71</sup> verstehen lässt. Von einer ganzen Reihe von Autoren werden Verfassungsprinzipien allgemein nicht als Optimierungsgebote, sondern als Mindest- oder Rahmen Garantien verstanden.<sup>72</sup> Wie immer es um diese Kontroversen in der Sache steht, zeigen sie jedenfalls, dass selbst der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht als Optimierungsgebot interpretiert werden muss. Das Rechtsanwendungsverfahren der optimierenden Abwägung liegt quer zum Begriff des Prinzips. Es mag Prinzipien geben, die im Wege der optimierenden Abwägung angewandt werden können, doch gibt es zwischen optimierender Abwägung und Rechtsgrundsätzen keine begriffliche Verbindung. Vielmehr muss eine entsprechende Ausformung eines Rechtsgrundsatzes erst interpretativ ausgewiesen werden. Gerade für Verfassungsprinzipien stehen entsprechende Auslegungen zumeist in Konkurrenz zu alternativen Interpretationen, in der sie sich nicht durch den Hinweis auf einen allgemeinen Optimierungscharakter von Prinzipien bewähren können.

In der Homogenisierungsthese erschöpft sich der argumentationstheoretische Anspruch der Prinzipientheorie jedoch nicht. In einer denkbar allgemeinen Lesart zielt sie nicht nur auf die Rekonstruktion traditioneller Rechtsgrundsätze als Optimierungsgebote, sondern auf die Rekonstruktion praktischer Argumentation überhaupt anhand des Erklärungsschemas von Optimierungsgeboten und Abwägungsgesetz. Die Prinzipientheorie nimmt insoweit nicht in Anspruch, die einzig denkbare, aber doch die überlegene Theo-

67 Zu diesem Einwand mit weiteren Beispielen auch *O. Weinberger*, Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 53/64.

68 Vgl. dazu *A. Somek*, Eine egalitäre Alternative zur Güterabwägung, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 193-220.

69 *Alexy*, Fn. 48, S. 31/35.

70 *Schlink*, Fn. 43, 1976, S. 76-78, 192-195.

71 *Pieroth/B. Schlink*, Fn. 43, 21. Aufl. 2005, Rn. 294; *Poscher*, Fn. 43, 2003, S. 224.

72 *Hain*, Fn. 43, 1999, S.157; *Reimer*, Fn. 38, S. 329-333, 338-348 jeweils m.w.N.



rie der praktischen Argumentation zu bieten.<sup>73</sup> Bei der Prinzipientheorie in dieser argumentationstheoretischen Fassung handelt es sich nicht mehr um eine spezifisch juristische Theorie, sondern um eine universelle Theorie der praktischen Argumentation, die den Anspruch erhebt, mit dem Abwägungsgesetz die argumentationstheoretische Weltformel für praktische Diskurse gefunden zu haben.

Nach dieser allgemein argumentationstheoretischen Fassung der Prinzipientheorie sollen alle praktischen Argumente, auch diejenigen, deren Oberflächenstruktur nicht auf ein Optimierungsgebot hinweist, letztlich auf Optimierungsgebote zurückgeführt werden können. In einer Kontroverse um die Helmpflicht für Motorradfahrer könnte danach das Argument des Selbstbestimmungsrechts unmittelbar als Optimierungsgebot konstruiert werden,<sup>74</sup> doch dasselbe gelte auch für das Gegenargument der vorhersehbaren Steigerung der Verkehrstoten, das als faktische Prognose nicht den Charakter eines Optimierungsgebotes hat. Die Vertreter der Prinzipientheorie können insoweit auf den enthymematischen Charakter<sup>75</sup> faktischer Argumente in praktischen Diskursen hinweisen. Nach Richard M. Hares Prinzip der Universalisierbarkeit ist ein moralisches Argument erst dann vollständig, wenn eine Norm angegeben werden kann, nach deren Kriterien angeführte Fakten normativ ausgezeichnet sind.<sup>76</sup> Für die Vertreter der Prinzipientheorie bedeutet dies, dass das Argument der Verkehrstoten auf ein Optimierungsgebot zurückgeführt werden muss – im Beispiel auf das Gebot, den Lebensschutz relativ zu den faktischen und rechtlichen Möglichkeiten zu optimieren. Nach entsprechender Rückführung aller Argumente auf Optimierungsgebote sind dann alle praktischen Fragen durch das Abwägungsgesetz zu entscheiden.

Doch aus dem Hareschen Universalisierungsprinzip folgt nur, dass faktische Argumente auf Normen zurückgeführt werden müssen, aber nichts über den Inhalt der betreffenden Normen,<sup>77</sup> und damit auch nicht, dass sie eine Optimierung zum Inhalt haben müssen. So hat etwa das von Stephen E. Toulmin<sup>78</sup> praktischen Argumentationen zugrunde gelegte Leidenvermeidungsgebot keine Optimierung zum Inhalt. Die allgemeine argumentationstheoretische These der Prinzipientheorie ließe sich daher nur halten, wenn die Normen, die kein Optimierungsgebot zum Inhalt haben, wieder auf Optimierungsgebote und deren Abwägung zurückgeführt werden könnten. Doch bereits der Katalog der nicht nur formalen, sondern auch materialen<sup>79</sup> Normen, den Alexy selbst für die praktische Argumentation entwickelt hat, auf den sich die Prinzipientheorie auch immer wieder beruft,<sup>80</sup> verdankt sich keiner Prinzipienabwägung, sondern wesentlich (sprach-)analytischen und transzendental- bzw. universalpragmatischen Überlegungen. Ferner ist auch

73 *Sieckmann*, Fn. 4, S.155 f.; jedenfalls von einer normativen Überlegenheit der Prinzipientheorie geht *N. Jansen*, Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens, in diesem Band, aus.

74 Zu einer solchen Konstruktion *K. Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 132-165.

75 Dazu etwa *D. Føllesdal/L. Walløe/J. Ester*, Rationale Argumentation, (1977), 1988, S. 244 f.

76 *R. M. Hare*, Freiheit und Vernunft, (1963), 1973, S. 105-248

77 *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978.

78 *S. E. Toulmin*, The Place of Reason in Ethics, 1950, S. 136, 223.

79 Vgl. etwa Regel 2.3., *Alexy*, Fn. 77, S. 240.

80 S. nur *Alexy*, Fn. 2, S. 498-521.

für die praktische Argumentation im Allgemeinen nicht ersichtlich, dass in ihr letztlich nicht auch Normen, die Mindestpositionen festschreiben, grobe Disproportionalitätsüberlegungen verlangen oder Gleichbehandlungsforderungen aufstellen etc., eine Rolle spielen, die sich nicht oder jedenfalls nicht mit systematischem oder theoretischem Gewinn als Optimierungsgebote rekonstruieren oder auf Optimierungsgebote zurückführen lassen.<sup>81</sup> Werden etwa abwägungsfeste Normen zu absoluten Prinzipien undefiniert, deren Gewicht eben so schwer sein soll, dass sie sich in jeder Abwägung durchsetzen,<sup>82</sup> trägt dies vielleicht zur Immunisierung der Prinzipientheorie um ihrer selbst willen, aber nicht zur Erkenntnis bei. Auch ist nicht ersichtlich, welchen Vorzug die Prinzipienabwägungen gegenüber anderen praktischen Erkenntnisquellen wie etwa unseren Intuitionen haben soll, beruht sie doch selbst auf nicht weiter aufklärbaren Intuitionen über das relative Gewicht der abzuwägenden Prinzipien.<sup>83</sup> Für die rechtliche Argumentation kommt hinzu, dass im Recht häufig die Optimierungen durch den Gesetzgeber bereits vorstrukturiert und nicht mehr durch eine Abwägung infrage gestellt werden können. Die Prinzipientheorie versucht, diesem Argument zwar dadurch Rechnung zu tragen, dass sie auch die Gesetzesbindung zu einem den anderen Prinzipien strukturell gleichgeordneten Optimierungsgebot umdeutet.<sup>84</sup> Doch die Rechtsanwendung wird verzeichnet, wenn alle positivrechtlichen Vorgaben letztlich auf ein dahinter stehendes Gebot, die Gesetzesbindung zu optimieren, reduziert werden, das mit jeweils allen anderen im Einzelfall angesprochenen Gesichtspunkten abzuwägen ist.

Dennoch könnte in einer präzisen Beschreibung der Rolle von Rechtsgrundsätzen und darunter auch solchen, die eine Optimierung zum Inhalt haben, und der internen Logik optimierender Abwägungen im Rahmen einer umfassenden Rekonstruktion der unterschiedlichen Verfahren der Rechtsanwendung ein Verdienst einer Prinzipientheorie liegen. Als Teil einer praktischen und juristischen Argumentationstheorie, die ihrerseits Teil einer umfassenden Theorie der Rechtsanwendung ist, würde die Prinzipientheorie ihre systematische Bestimmung finden. Anders als von ihren Anhängern vertreten kann der Gewinn aber nicht in einer "wesentlichen Vereinfachung in unserem Verständnis der Rechtsanwendungsaufgaben"<sup>85</sup> liegen, das die Rechtsanwendung jenseits einfacher

81 Zu weiteren alternativen Argumentationsverfahren auch *Jansen*, Fn. 73.

82 *Sieckmann*, Fn. 3, S. 59; *ders.*, Fn. 4, S. 156; zurückhaltend *Alexy*, Fn. 2, S. 156.

83 *A. Somek*, Abwägungsregeln, in: C. Hiebaum/P. Koller (Hg.), Politische Ziele und juristische Argumentation, ARSP-Beiheft 92, 2003, S. 113 f.

84 Zu formellen Rechtsprinzipien *Alexy*, Fn. 2, S. 120; *Sieckmann*, Fn. 3, S. 147-164; speziell zur Rekonstruktion gesetzgeberischer Entscheidungsprärogativen anhand formeller Prinzipien *R. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998; kritisch gegenüber der Tauglichkeit formeller Prinzipien zur Reduktion der durch die prinzipientheoretische Deutung des Rechts entstehender kompetentieller Verwerfungen und Bestimmtheitsverluste *Hain*, Fn. 43, S. 135-138; eingehend im Hinblick auf die politischen Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers auch *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 222-260; *Poscher*, Fn. 43, S. 82-84 jeweils m.w.N. Der obligate Verweis auf den allgemeinen praktischen Diskurs zur Bewältigung dieser prinzipientheoretisch induzierten Unbestimmtheit setzt sich dann dem Widerspruch aus, den *Alexy*, Fn. 77, S. 355, unter Hinweis auf die Restriktionen, die der juristische dem allgemein praktischen Diskurs auferlegt, zu vermeiden sucht, vgl. dazu auch *Hain*, ebd. S. 141-157.

85 *H.-J. Koch*, Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht, in: B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 245/257.

Fälle auf Güterabwägung reduziert.<sup>86</sup> Indem die Prinzipientheorie die Vielgestaltigkeit der Rechtsanwendung auf die Alternative „Subsumtion oder Abwägung“ verkürzt, fällt sie als Theorie der juristischen Argumentation hinter den bereits erreichten Erkenntnisstand zurück, zu dem intrikater Weise Alexy selbst maßgeblich beigetragen hat.<sup>87</sup> Vereinfachung im Sinne seiner Prinzipientheorie bedeutete demgegenüber eine Entdifferenzierung und Verflachung unseres Verständnisses dessen, was wir tun, wenn wir Recht anwenden.

Auch die Grundrechte können in dem Sinn Argumente sein, dass sie Werturteile in juristischen Argumentationen stützen, die etwa voraussetzen, dass Meinungsfreiheit grundsätzlich erstrebenswert und nicht als solche von Übel ist. Jemand, der sich in einer juristischen Argumentation darauf stützt, dass eine bestimmte Anwendung einer Norm die Meinungsfreiheit fördert, ohne andere Rechtsgüter zu gefährden, hat ein Argument, weil die Meinungsfreiheit in einem Artikel des Grundgesetzes positiv normativ ausgewiesen wird. Auch aus einer so argumentationstheoretisch gewendeten Prinzipientheorie folgt aber nicht, dass der Gehalt der Grundrechte sich auf diese prinzipientheoretisch rekonstruierte argumentative Bedeutung beschränkt. Dort, wo die Grundrechte nicht nur zur normativen Stütze eines Arguments, sondern als Maßstab für konkrete Beschränkungen herangezogen werden, können sie sich in deutlich anspruchsvolleren dogmatischen Formen entfalten.<sup>88</sup>

#### V. *Das Selbstmissverständnis: Die Prinzipientheorie als Dogmatik*

Die argumentationstheoretische Wende der Prinzipientheorie zeigt bereits an, wo das Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie als Grundrechtstheorie begründet liegt. Wenn, dann hat die Prinzipientheorie ihre Verdienste in dem Bereich und auf der Abstraktionsebene, auf der sie auch ursprünglich diesseits und jenseits des Atlantiks angetreten ist. Die Prinzipientheorie bewegt sich auf der Ebene der allgemeinen Theorie der Rechtsanwendung, der juristischen Argumentationstheorie. Dies war jedenfalls *Esser* immer deutlich und machte für ihn gerade das Essentiale der Grundsätze aus.<sup>89</sup> Die Bedeutung von Prinzipien liegt nicht darin, Dogmatik zu ersetzen, sondern ihr Entstehen und ihre Notwendigkeit zu erklären. So meint *Esser* etwa zum Bereicherungsgrundsatz, den er immer wieder als einen archetypischen Fall eines Prinzips in Bezug nimmt: "Es bedarf also der Fixierung aller jener dogmatischen Elemente des Vertrags- und Bereicherungsrechts und des Aufbaus dieser beiden Institutionen kraft richterlicher und lehrmäßiger Tradition, damit wir uns unter diesem ‚materialen‘ Prinzip überhaupt etwas

86 Koch scheint insoweit einer Gefahr erlegen, vor der er selbst an anderer Stelle warnt: „Überhaupt sollte die Rolle von ... Rechtsprinzipien bei der Lösung schwieriger Fälle nicht in ... einem Prinzipienrausch überschätzt werden.“, Fn. 32, S. 152/160.

87 *Alexy*, Fn. 77.

88 An entsprechenden Vorschlägen besteht kein Mangel s. etwa einen funktionell pluralistischen bei *C. Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, oder einen monistischen bei *Poscher*, Fn. 43.

89 *Esser*, Fn. 5, S. 79 f.

vorstellen können.<sup>90</sup> Die Gleichschaltung von Prinzipienabwägung und Dogmatik verfehlt zum einen die Funktion von juristischer Argumentation und damit auch die Funktion von Prinzipien im Rahmen derselben, nämlich Dogmatiken zu begründen; zum anderen ist eine Dogmatik, die sich auf Prinzipienabwägung beschränkt, keine. Dogmatik entsteht durch die Ausbildung normativer Strukturen im Wege juristischer Argumentation, in die neben Präjudizien, Traditionen, Geschichte, Genese, Sachgesetzlichkeiten, systematischen und analytischen Überlegungen etc. auch die optimierende Abwägung eingehen kann. Aber Prinzipienabwägung ist nicht schon Dogmatik. Sie bietet nur eine argumentative Struktur unter anderen, innerhalb derer sich für eine bestimmte Grundrechtsdogmatik argumentieren lässt.<sup>91</sup>

Das bedeutet nicht, dass dogmatische Anstrengungen nicht scheitern können.<sup>92</sup> Wenn sich zeigen sollte, dass der Normbestand der Grundrechte keine stärkere Strukturierung erlaubt, als darauf zu verweisen, dass kollidierende Grundrechte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls abzuwägen sind,<sup>93</sup> dann könnte dies auch das Ergebnis einer dogmatischen Auseinandersetzung mit den Grundrechten sein. Aber die Interpretation eines Normgefüges, die darauf hinausläuft, dass der Rechtsanwender unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine rational begründete Abwägung zu treffen hat<sup>94</sup>, ist der Nullpunkt juristischer Dogmatik. Es ist dann gerade nicht gelungen, konkretisierende dogmatische Aussagen mit Hilfe juristischer Argumentation zu entwickeln. Jeder andere Vorschlag, der einer solchen Theorie in anderer Hinsicht nicht nachsteht, verdiente unter allen Kriterien, die für die Leistungsfähigkeit juristischer Dogmatik angeführt werden – Orientierungsfunktion, Lehr- und Lernbarkeit, entscheidungskritisches Potential etc. –,<sup>95</sup> den Vorzug. Jedenfalls ist diese Kapitulation der Grundrechtsdogmatik nicht durch die rechtslogische Struktur der Grundrechte oder durch methodologische Erkenntnisse zur Rechtsanwendung vorgezeichnet.

Ob die Menschenwürdegarantie als absolutes, abwägungsfestes Verletzungsverbot oder als abwägungsgesteuertes Optimierungsgebot verstanden werden sollte,<sup>96</sup> ist keine Frage der Rechtslogik oder der Methodologie, sondern eine dogmatische Entscheidung, für die mit allen Mitteln der juristischen Argumentation gestritten werden kann. Zu diesen Mitteln gehört sicherlich auch die Abwägung einer ganzen Fülle von Argumenten. Ebenso fällt die Entscheidung, ob der Begriff des „allgemeinen Gesetzes“ in Art. 5 Abs. 2 GG im Sinn der Abwägungs- oder der Sonderrechtslehre verstanden werden muss,

90 *Esser*, Fn. 5, S. 154.

91 So auch *W. Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 223-227.

92 Auch kann das positive Recht wie etwa im Planungsrecht explizit eine Abwägung verlangen, die sich unter Umständen am besten als Optimierungsgebot rekonstruieren lässt, zum Planungsrecht etwa *Koch*, Fn. 85.

93 Sensibilität für diese Tendenz der Prinzipientheorie zur „Kadijustiz“ bei *Koch*, Fn. 60, S. 9/19.

94 Prägnant etwa *H. Rossen*, in: *C. Grabenwarter* u.a. (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, S. 42/59: „Daß aus der Norm ein fallentscheidendes singuläres Urteil folgt, bedarf vielmehr einer gesonderten Rechtfertigung ... unparteilich ist sie nur dann, wenn sie alle rechtlichen und tatsächlichen Elemente des Einzelfalls vollständig berücksichtigt“.

95 *Alexy*, Fn. 87, 1978, S. 326.

96 Hierzu vom Standpunkt der Prinzipientheorie *Teifke*, Fn. 7, S. 142-156.

nicht aufgrund eines vermeintlichen Prinzipiencharakters der Grundrechte, der sie generell für Abwägungen öffnet. Auch für Abwägungs- oder Sonderrechtslehre muss und kann mit allen historischen, genetischen, teleologischen, demokratietheoretischen etc. Argumenten gestritten werden. Die Prinzipientheorie bringt hier keine Entscheidung.<sup>97</sup> Dass auch die Rechtsprechung – so reizvoll die prinzipientheoretische Perspektive für sie aufgrund fehlender dogmatischer Festlegungen auch sein mag – der Versuchung der Prinzipientheorie nicht immer erliegt, zeigen die Entscheidungen zu den Versammlungen von Rechtsextremisten, die die Sonderrechtslehre im Bereich der Meinungsfreiheit stark gemacht haben,<sup>98</sup> und jüngst die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz,<sup>99</sup> die den Schutz der Menschenwürde auch angesichts einer scheinbar so offensichtlichen Abwägung zugunsten des Lebens unter Umständen Tausender absolut geschützt und eine Abwägung der Menschenwürde verweigert hat. Will eine Prinzipientheorie der Grundrechte anderen Vorschlägen zur Grundrechtsdogmatik gegenüberreten, so muss sie auf dogmatischer Augenhöhe antreten. Sie kann dies nicht von den luftigen Höhen der Rechtstheorie aus tun. Sie muss sich vielmehr – letztlich Grundrecht für Grundrecht – daran machen, mit der ganzen Fülle der juristischen Argumentation zu begründen, warum jedes Grundrecht am besten als Optimierungsgebot zu verstehen ist und warum sich Grundrechte nicht weiter dogmatisieren lassen, als auf eine Abwägung im Einzelfall zu verweisen. Sie muss sich gleichsam im dogmatischen Häuserkampf bewähren. Sollte sich die Prinzipientheorie der Grundrechte hingegen darauf zurückziehen, nie etwas anders gesagt zu haben, als dass bei der dogmatischen Ausgestaltung der Grundrechte juristische Argumente gegeneinander abgewogen werden müssen, so trüge ein solcher Rückzug zwar der hier geäußerten Kritik Rechnung, grundrechtsdogmatisch wäre dies aber ein Rückzug in die Banalität.

97 Vgl. etwa *Hain*, Fn. 43, S. 158, der zwar eine rechtslogische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien anerkennt, aber aus funktionell rechtlichen Gründen eine Deutung von Verfassungsprinzipien als Optimierungsgeboten ablehnt.

98 *BVerfG*, NJW 2001, 2075; *BVerfGE* 111, 147.

99 *BVerfG*, NJW 2006, 751-761.

