

Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung

Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation

Bearbeitet von
Jorge A. Portocarrero Quispe

1. Auflage 2014. Buch. 280 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8487 1523 7
Gewicht: 432 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen >](#)
[Methodenlehre, Rechtstheorie](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Jorge A. Portocarrero Quispe

Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung

Eine Untersuchung über die Rolle der formellen
Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation



Nomos

**Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie**

herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Martin Borowski und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 62

Jorge A. Portocarrero Quispe

Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung

Eine Untersuchung über die Rolle der formellen
Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1523-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-5563-7 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung: Die Problematik der formellen Prinzipien | 15 |
| 1. Der Begriff des formellen Prinzips im Rahmen der Prinzipientheorie | 15 |
| 2. Existenz und Notwendigkeit der formellen Prinzipien | 19 |
| a. Intrinsische Beziehung formeller und materieller Prinzipien | 20 |
| b. Der Inhalt des formellen Prinzips | 22 |
| 3. Formelle Prinzipien im Rahmen des juristischen Diskurses | 23 |
| 4. Thesen | 24 |
| 5. Verlauf der Untersuchung | 26 |
| Erster Teil: Grundlagen | 27 |
| Abschnitt I. Rechtstheoretischer Rahmen: Die Prinzipientheorie | 27 |
| I. Grundannahmen der Prinzipientheorie | 27 |
| II. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien | 31 |
| 1. Die strenge Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien | 32 |
| 2. Ronald Dworkins Ansicht | 33 |
| 2.1 Der Alles-oder-Nichts-Charakter der Regeln | 35 |
| 2.2 Die Dimension des Gewichts | 35 |
| 3. Robert Alexys Unterscheidung | 36 |
| 3.1 Das Kriterium des Optimierungsgebotes | 36 |
| 3.1.1 Standarddefinition | 37 |
| 3.1.2 Optimierungsgebote und zu optimierende Gebote | 38 |
| 3.2 Das Optimierungsgebot als ideales Sollen | 39 |
| 3.3 Alexys Einwände gegen die Dworkinsche | |
| Prinzipientheorie | 41 |
| III. Einwände gegen die Trennung von Regeln und Prinzipien | 42 |
| 1. Die schwache Trennungsthese | 42 |
| 1.1 Ulrich Penskis schwache Trennungsthese | 43 |
| 1.2 Joseph Raz' schwache Trennungsthese | 46 |
| 2. Die Übereinstimmungsthese (Aulis Aarnio) | 48 |
| 3. Prinzipien als Regeln (Manuel Atienza und Juan Ruiz Manero) | 50 |
| 3.1 Normtheoretische Ebene: Prinzipien als Regeln | 50 |
| 3.2 Strukturelle Ebene: Die Bestimmtheit des Tatbestandes | 51 |
| 4. Defeasibility der Normen | 53 |
| IV. Konflikte und Kollisionen zwischen Normen | 55 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 1. Regelkonflikte | 55 |
| 2. Prinzipienkollisionen | 56 |
| V. Der Abwägungsvorgang | 57 |
| VI. Zusammenfassung | 57 |
| | |
| Abschnitt II. Die Rationalität der Abwägung | 61 |
| I. Die interne und externe Rechtfertigung | 61 |
| 1. Die interne Rechtfertigung | 62 |
| 2. Die externe Rechtfertigung | 64 |
| II. Die Abwägung als Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 65 |
| III. Die Abwägung als rationales Verfahren | 68 |
| IV. Die Struktur der Abwägung | 70 |
| 1. Das Abwägungsgesetz | 70 |
| 2. Die Beeinträchtigungsskalierung | 70 |
| 3. Die Gewichtsformel | 75 |
| 3.1 Die Grundform | 76 |
| 3.2 Die erweiterte Form | 83 |
| 3.3 Probleme der Erweiterung der Gewichtsformel | 84 |
| 3.3.1 Das Problem der Vielfältigkeit der kollidierenden Prinzipien | 85 |
| 3.3.2 Das Problem der Vielzahl der Zurechnungsadressaten | 89 |
| 3.4 Das Abwägungskonstellationsgesetz | 94 |
| 3.4.1 Erste Konstellation | 95 |
| 3.4.2 Zweite Konstellation | 97 |
| 3.4.3 Dritte Konstellation | 97 |
| 3.4.4 Weitere Konstellationen | 98 |
| 3.4.5 Zusammenfassung | 99 |
| 4. Das Kollisionsgesetz | 99 |
| 5. Argumentationslasten | 101 |
| V. Materielle Grenzen der Abwägung | 102 |
| 1. Der Irrationalitätsvorwurf | 103 |
| 1.1 Prinzipien als Werte und die Irrationalität der Abwägung: Der Einwand Jürgen Habermas' | 104 |
| 1.1.1 Die Positivität der Normen und die Kraftlosigkeit der Werte | 104 |
| 1.1.2 Die Irrationalität der Abwägung | 106 |
| 1.2 Rationalität durch Skalierbarkeit | 107 |
| 2. Der Vorwurf des subjektiven Dezisionismus | 109 |
| 2.1 Die Entbehrllichkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im engeren Sinn: Der Einwand Bernhard Schlinks | 109 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 2.2 Der abwägende Dezisionismus und seine Belanglosigkeit: | |
| Juan A. García Amados »Abwägungsskeptizismus« | 113 |
| 2.2.1 Methodologische Abhängigkeit | 113 |
| 2.2.2 Das Anschein-Argument | 114 |
| 2.2.3 Die Reduktionsthese | 114 |
| 2.2.4 Die Trivialität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 115 |
| 2.2.5 Die rationale Notwendigkeit der Abwägung | 117 |
| 3. Der Rhetorizitätsvorwurf | 120 |
| 4. Die Inkommensurabilität | 121 |
| 4.1 Inkommensurabilität und Unanwendbarkeit der Abwägung. | |
| Der Einwand Alexander Aleinikoffs | 123 |
| 4.1.1 Die Abwägung beim <i>U.S. Supreme Court</i> | 123 |
| 4.1.2 Der interne Einwand: Das Problem der Inkommensurabilität | 125 |
| 4.1.2.1 Das Problem des <i>tertium comparationis</i> in der Abwägung | 125 |
| 4.1.2.2 Das Problem der Identifizierung und der Kumulierung | 126 |
| 4.1.2.3 Das trügerische Kollisionsgesetz | 127 |
| 4.1.3 Der externe Einwand: das Problem der Anwendbarkeit der Abwägung | 128 |
| 4.1.4 Vermeidbarkeit der Abwägung | 128 |
| 4.2 Die Verfassung als <i>tertium comparationis</i> | 129 |
| 4.3 Partikularismus und Inkommensurabilität. | |
| Der Einwand José Juan Moresos | 131 |
| VI. Epistemische Grenzen der Abwägung | 138 |
| 1. Das Problem der Divergenz | 139 |
| 2. Empirische Grenzen der Abwägung | 141 |
| 3. Normative Grenzen der Abwägung | 142 |
| 4. Das zweite Abwägungsgesetz | 144 |
| 4.1 Das Zusammenwirken des ersten und des zweiten Abwägungsgesetzes | 145 |
| 4.1.1 Die parallele Beziehung | 145 |
| 4.1.2 Die gekreuzte Beziehung | 147 |
| 4.2 Die epistemische Skalierung | 149 |
| 4.2.1 Die Gewissheitsskala nach Alexy | 150 |
| 4.2.2 Die Gewissheitsskala nach Klatt und Schmidt | 151 |
| 5. Die Theorie der Einstufungsabwägung | 153 |
| 6. Die epistemische Erweiterung der Gewichtsformel | 158 |
| 6.1 Die Indizierung der Variablen »S« als » S^e « und » S^n « | 158 |
| 6.2 Die Einführung einer Variable »N« | 161 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 6.3 Die Notwendigkeit einer epistemischen Erweiterung der Gewichtsformel | 163 |
| Zweiter Teil: Grundlagen der Rekonstruktion eines Begriffs der formellen Prinzipien | |
| I. Das Problem der Zuschreibung formeller Prinzipien | 165 |
| II. Das Verhältnis zwischen Kompetenznormen und formellen Prinzipien | 166 |
| III. Die Verfassung als Rahmen- oder als Grundordnung | 167 |
| Abschnitt I. Die Diskussion um die formellen Prinzipien | |
| I. Die Konzeptionen der formellen Prinzipien | 169 |
| 1. Alexys Konzeption formeller Prinzipien als prozedurale Optimierungsgebote | 169 |
| 2. Sieckmanns Konzeption formeller Prinzipien als interprozedurale Gründe | 174 |
| 2.1 Normtheoretischer Hintergrund: Prinzipien als normative Argumente | 174 |
| 2.2 Formelle Prinzipien als normative Argumente | 177 |
| 2.2.1 Die Struktur formeller Prinzipien | 178 |
| 2.2.2 Das Gewicht und die Abwägungsfähigkeit formeller Prinzipien | 179 |
| 2.2.3 Die Funktion formeller Prinzipien | 181 |
| 2.2.3.1 Begründung der richterlichen Bindung an Gesetze | 182 |
| 2.2.3.2 Begründung der Bindung an fremde Rechtsauffassungen | 183 |
| 2.2.4 Die Klassifizierung formeller Prinzipien | 185 |
| 2.3 Zwischenergebnis | 186 |
| 3. Borowskis Konzeption formeller Prinzipien als dynamische Prinzipien | 188 |
| 3.1 Dynamische und statische Aspekte der Prinzipien | 188 |
| 3.2 Abwägung zwischen formellen und materiellen Prinzipien | 190 |
| 3.3 Akzessorische und nicht Akzessorische formelle Prinzipien | 191 |
| 3.3.1 Akzessorische formelle Prinzipien | 191 |
| 3.3.1.1 Das Gewicht eines formellen Prinzips | 192 |
| 3.3.1.2 Formelle Prinzipien und Spielraum | 193 |
| 3.3.2 Nicht akzessorische formelle Prinzipien | 193 |
| 3.4 Die Einführung formeller Prinzipien in die Gewichtsformel | 195 |
| 3.5 Zwischenergebnis | 196 |
| 4. Klatts und Schmidts Rekonstruktion der Funktion formeller Prinzipien | 199 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 4.1 Formelle Prinzipien als Anknüpfungselement in der Spielraumdogmatik | 199 |
| 4.2 Zwischenergebnis | 202 |
| II. Einwände gegen die formellen Prinzipien | 203 |
| 1. Der Einwand Jestaedts | 203 |
| 1.1 Untauglichkeit der formellen Prinzipien zur Begründung des Rechtsetzungsspielraums | 204 |
| 1.2 Unmöglichkeit einer Abwägung zwischen materiellen Prinzipien und formellen Prinzipien | 206 |
| 1.3 Unzulänglichkeit des Modells konkurrierender formeller Prinzipien | 208 |
| 1.4 Ungeeignetheit der Prinzipienabwägung als Rechtserkenntnisverfahren | 209 |
| 2. Der Einwand Scherzbergs | 211 |
| 3. Der Einwand Hains | 212 |
| 4. Der Einwand Hwangs | 215 |
| 5. Der Einwand Allans | 219 |
| Abschnitt II: Zur Rationalität der formellen Prinzipien | 221 |
| I. Der Prinzipiencharakter der Geltung autoritativer Entscheidungen | 221 |
| II. Die prozedurale Rationalität der formellen Prinzipien | 222 |
| III. Die Abwägungsfähigkeit der formellen Prinzipien | 223 |
| IV. Der Optimierungsgegenstand der formellen Prinzipien | 225 |
| V. Die Rationalität der Struktur der formellen Prinzipien | 226 |
| 1. Die den formellen Prinzipien zugrundeliegende Richtigkeit | 226 |
| 2. Die Rationalität des Gewichts der formellen Prinzipien | 227 |
| 2.1 Die Notwendigkeitsthese | 227 |
| 2.1.1 Ontologische Notwendigkeit | 228 |
| 2.1.2 Epistemische Notwendigkeit | 229 |
| 2.2 Die Skalierbarkeit der formellen Prinzipien | 229 |
| 2.2.1 Das konstante Gewicht | 230 |
| 2.2.2 Das skalierbare Gewicht | 231 |
| 2.2.2.1 Die Radbruchsche Abwägung | 232 |
| 2.2.2.2 Das formelle Abwägungsgesetz | 236 |
| Abschnitt III. Der Begriff und die Funktionen der formellen Prinzipien | 243 |
| I. Die Rekonstruktion eines Begriffs formeller Prinzipien | 243 |
| II. Die Funktionen der formellen Prinzipien | 244 |
| 1. Die Begründung des gesetzgeberischen Erkenntnisspielraums | 244 |
| 2. Die Begründung einer <i>prima facie</i> -Rangfolge zwischen den Auslegungscanones | 248 |
| 3. Die Begründung der richterlichen Gesetzesbindung | 253 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 4. Die Begründung der Präjudizienbindung | 255 |
| 5. Die Begründung von Kompetenzen in Mehrebenensystemen – EU | 258 |
| | |
| Gesamtergebnis der Untersuchung | 261 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 263 |
| | |
| Sachregister | 275 |