

I. Einleitung

A. Problemstellung

Letzten Instanzen ist es eigen, das letzte Wort in einer rechtlichen Angelegenheit zu sprechen. Ihre Entscheidung ist – grundsätzlich – endgültig.

Der Entscheidung der letzten Instanz kommt sohin höchste rechtliche Tragweite für die zu entscheidende Angelegenheit zu. Für einem Rationalitätsanspruch unterliegende Entscheidungen bestimmend ist wiederum, mit welchen Argumenten die letzte Instanz zu ihnen gelangt, vor allem aber, dass sie überhaupt auf Argumenten beruhen und nicht aleatorisch ergehen. Ob Argumente letzter Instanzen auch rechtlich richtig sind, ist damit freilich nicht gesagt; dies tut der Endgültigkeit der Entscheidung jedoch keinen Abbruch. In den berühmten Worten einer *Concurring Opinion* von ROBERT JACKSON, Richter am US *Supreme Court*: „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.“¹

Wer aber ist die letzte Instanz überhaupt? In einem weiten Sinn können darunter alle möglichen Entscheidungsträger zu verstehen sein, die in einer bestimmten Reihenfolge die finale Position einnehmen.² Diese finale Position impliziert eine besondere *auctoritas*: Mit der „letzten“ Instanz ist verbunden, dass es um eine Angelegenheit geht, die von ihr erstens zu entscheiden und zweitens endgültig zu entscheiden ist. Der Begriff setzt also das Vorhandensein eines Entscheidungsgegenstands ebenso wie einer verbindlich handelnden Autorität voraus. Weil es sich um

¹ US *Supreme Court*, *Brown v Allen*, No 32, 344 US 443 (1953), 540, ausdrücklich und zustimmend aufgegriffen auch vom liechtensteinischen Staatsgerichtshof (StGH 1997/3, Erw 4.6); vgl zu diesem Zitat zuletzt auch PAVLIDIS, „Infallible, because final“ – Zuschreibung als Legitimation?, in: Grabenwarter et al (Hg), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zukunft – Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit* (2021) 75 ff. Zum Fehlen einer Garantie absoluter rechtlicher Richtigkeit höchstgerichtlicher Entscheidungen bei gleichzeitiger Vermutung einer rechtlich korrekten Vorgangsweise durch diese schon KISCHEL, *Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger* (2003) 49; zur Problematik auch JESTAEDT, *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre*, in: Jabloner (Hg), *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur. Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer* (2007) 9 (11).

² LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (1993) 73 zufolge benötigt das Recht für seinen operativen Vollzug „keine hierarchische Struktur mit der Funktion, die Einheit des Rechts durch eine referenzfähige oberste Norm (Grundnorm), ein oberstes Gesetz (Verfassung) oder eine oberste Instanz zu garantieren“, wenn diese „Darstellungen“ auch als „Beschreibungen des Systems im System sinnvoll sein“ können.

die „letzte“ Instanz handelt, gibt es keine andere Instanz mehr, die diese Entscheidung aufheben oder anders treffen könnte. So bedrohlich die damit verbundene Finalität zwar auch wirken mag, muss selbst der Rechtsstaat in JESTAEDTS Worten doch irgendwann „ein Ende haben und eine endgültige Rechtsantwort gesprochen werden. Es braucht also die Macht des letzten Wortes, über die keine weitere (Rechts-)Macht in der Frage der Rechtllichkeit geht.“³

Zumindest regelmäßig wird eine „letzte“ Instanz andere Instanzen voraussetzen, die zu einem früheren Zeitpunkt entscheiden, deren *auctoritas* aber ihrer eigenen unterlegen ist. Das Adjektiv „letzte“ hat dabei eine chronologische Konnotation: Diese Instanz wird tätig, nachdem andere Instanzen tätig wurden, sie bildet den Schlussstein in einer Kette. Es wäre gleichwohl nicht *a priori* ausgeschlossen, dass eine Instanz als einzige und gleichzeitig letzte entscheidet – auch in diesem Fall läuft der Entscheidungsprozess nach ihr jedenfalls nicht weiter.

Obgleich unter „Instanzen“ in üblicher Rechtssprache vor allem Gerichte zu verstehen sind,⁴ könnten darunter auch andere staatliche Organe, ja selbst nicht-staatliche Organe mit einer bestimmten Entscheidungsgewalt verstanden werden. Wenn beispielsweise der US-amerikanische Senat über ein *Impeachment* gegen den Präsidenten entscheidet, handelt es sich bei ihm, unbeschadet der in diesem Fall durch den *Chief Justice* des US *Supreme Court* zu übernehmenden Vorsitzführung im Verfahren,⁵ um kein Organ der Gerichtsbarkeit, auch wenn dabei über rechtliche Vorwürfe gegen den Präsidenten zu entscheiden ist. Auch der Gesetzgeber könnte in einem weiten Sinn insofern letzte Instanz sein, als er neue Rechtsvorschriften erlässt, welche die bisherige Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften obsolet machen.

Konnotiert wird der Begriff der letzten Instanz dennoch überwiegend mit Gerichten.⁶ Als letzte Instanz fungieren Gerichte, die in einer bestimmten rechtlichen Angelegenheit – zumindest grundsätzlich – endgültig entscheiden. Typischerweise wäre dabei an Höchstgerichte zu denken, die am Ende eines Instanzenzugs zu einer Entscheidung berufen sind.⁷

³ JESTAEDT, Wirken 11.

⁴ Dies liegt offenbar daran, dass zwischen Gerichten typischerweise Instanzenzüge liegen, bei ihnen unter Umständen aber auch Entscheidungen angefochten werden, die zuvor von Verwaltungsbehörden als „Instanzen“ gefällt wurden.

⁵ Art I Sec 3 US-amerikanische Verfassung.

⁶ Vgl etwa SCHÖRGHOFER, Instanz, in: Piska/Frohner (Hg), Fachwörterbuch Einführung in die Rechtswissenschaften (2009) 85; zu Verwaltungsbehörden und Gerichten als Instanzen PERTHOLD-STOITZNER, Instanz, in: Mayer (Hg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 253 f.

⁷ JESTAEDT, Wirken 9 definiert Höchstgerichte als „richterliche Spruchkörper, die keinerlei weitere Instanz über sich haben und damit das Ende des Rechtsweges bedeuten“.

Eine „letzte“ Instanz muss aber nicht gleichzeitig die „höchste“ Instanz sein, auch wenn in vielen Fällen beide Eigenschaften zusammenfallen mögen. Beispielsweise könnte selbst ein erstinstanzliches oder höheres Gericht, das jedoch kein Höchstgericht darstellt, die letzte Instanz in Verfahren sein, bei denen – je nach Instanzenzug – ein Rechtsmittel an das Höchstgericht ausgeschlossen ist. Sollte gar kein Rechtsmittel eingelegt und die Entscheidung rechtskräftig werden, gäbe es zwar möglicherweise eine potenziell zuständige „letzte“ Instanz, sie würde im konkreten Fall aber nicht mehr befasst und könnte auch später nicht mehr befasst werden. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es „allerletzte“ Instanzen nach oder hinter einer „letzten“ Instanz geben bzw überhaupt eine Instanz zur „absolut letzten“ erklärt werden kann. Entscheidet zB ein Höchstgericht unter bestimmten Voraussetzungen vor oder nach einem anderen Höchstgericht, ein inter- oder supranationales Gericht nach oder vor einem nationalen Gericht, gibt es Organe anderer Staatsgewalten wie den (Verfassungs-)Gesetzgeber, der sich einer gerichtlichen letzten Instanz entgegenstellen kann, ihre Entscheidungen aufzuheben oder sogar als Nichtakt⁸ zu erklären vermag?⁹ Oder entscheidet dasselbe letztinstanzliche Gericht möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt über sein eigenes Argument, das sich neuerlich in einem Verfahren zur Diskussion stellt?

Auch der Begriff des Arguments ist mehrdeutig: Die mittlerweile fast unüberblickbare juristische Argumentationslehre¹⁰ befasst sich einerseits mit rechtstheoretischen Überlegungen,¹¹ wie Argumente aus Recht ge-

Vgl auch ALBERS, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (266 ff), ROELLECKE, Über richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: ders (Hg), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung (1982) 1 (15 ff) sowie SCHÖNBERGER, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), 291 (302 f).

⁸ Dazu aus österreichischer Sicht PAVLIDIS, Zuschreibung 76 sowie MAYER, Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein „Nichtakt“?, in: Jabloner et al (Hg), Gedenkschrift Robert Walter (2013) 473 ff.

⁹ Zur Problematik der „höchsten“ Instanz im Gefüge der Gewaltenteilung schon KELSEN, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30 (53 ff). THÜRER, Die Worte des Richters. Gedanken rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Hammer et al (Hg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa – FS Theo Öhlinger (2004) 272 (276) zufolge gibt es „keine apriorischen, logischen Kriterien für die Abgrenzung von Politik und Verfassungsrechtsprechung“ in Bezug auf das „letzte Wort“ in der Verfassungsinterpretation.

¹⁰ Zur „juristischen Argumentation“ aus systemtheoretischer Sicht LUHMANN, Recht 338 ff.

¹¹ Vgl zB AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (1987); ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*² (1991); CHRISTENSEN/KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens* (2001); MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978); *ders*, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (2005).

wonnen werden können, was zumeist in die Entwicklung von Methoden und Doktrinen der Auslegung von Recht mündet und mit normativen Modellen verknüpft ist, wie Argumente zu gewinnen und letztlich auch beschaffen sein *sollen*. Andererseits werden juristische Argumente konkreter Fallkonstellationen – die durch Gerichte, den Gesetzgeber oder andere staatliche Organe bearbeitet wurden – aus rechtsdogmatischer Sicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit untersucht.¹² Vergleichende empirische Untersuchungen wiederum befassen sich mit der Analyse von Gemeinsamkeiten und Unterschieden juristischer Argumentation in diversen rechtlichen Kontexten.¹³

Unterschiede gibt es außerdem dahingehend, ob man unter einem Argument „reason“ oder „reasoning“ verstehen soll – „Grund“ oder „Begründung“ also, was zwar häufig, indes nicht immer deckungsgleich ist: so, wenn „reasoning“ aus mehreren „reasons“ besteht oder, im Sinne einer Doktrin oder eines Stils, überhaupt als Ganzes mehr sein soll als die Summe seiner Teile.¹⁴ Unterschieden wurde dabei auch zwischen „justification“ und „motivation“, was im ersten Fall die nach außen durch eine Person oder ein Organ abgegebene Erklärung einer Handlung (oder Unterlassung), im zweiten Fall hingegen die innere – bei einer Person: mentale – Veranlassung dazu beschreiben soll.¹⁵

So groß die Artenvielfalt von Begründungen staatlicher Organe, selbst letzter Instanzen, daher auch sein kann, bilden Gerichte THÜRER zufolge doch im System der *checks and balances* „die einzige Staatsfunktion, die ihrer inneren Logik gemäss verpflichtet ist, ihre Akte systematisch und umfassend zu begründen“.¹⁶ Bezogen auf gerichtliche Entscheidungen, finden sich Argumente – verstanden als „justification“, während die „motivation“ hier außer Betracht bleiben kann – traditionell¹⁷ in jenem Text-

¹² Auf diesem Ansatz beruhen beispielsweise die meisten österreichischen Publikationen, die sich mit der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen befassen, indem sie konkrete Begründungen eines bestimmten Entscheidungsergebnisses aus positivrechtlicher Sicht beurteilen.

¹³ Vgl dazu etwa LASSER, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (2004); JAKAB/DYEVRE/ITZCOVICH (Hg), *Comparative Constitutional Reasoning* (2017).

¹⁴ JAKAB/DYEVRE/ITZCOVICH, *Introduction: Comparing Constitutional Reasoning with Quantitative and Qualitative Methods*, in: dies (Hg), *Comparative Constitutional Reasoning* (2017) 1 (11 bei FN 36).

¹⁵ JAKAB/DYEVRE/ITZCOVICH, *Introduction* 11; DYEVRE/JAKAB, *Foreword: Understanding Constitutional Reasoning*, *German Law Journal* 14 (2013), 983.

¹⁶ THÜRER, *FS Öhlinger*, 272.

¹⁷ Zur rechtshistorischen Entwicklung der Pflicht zur Begründung gerichtlicher Entscheidungen ERNST, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten* (2016) 173 ff mwN; KISCHEL, *Begründung* 15 ff; ROELLECKE, *Sondervoten*, in: Badura/Dreier (Hg), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (2001) 363 (371 ff); LÜBBE-WOLF, *Beratungskultu-*

abschnitt, in dem das Gericht seine *ratio decidendi*¹⁸ darlegt: in den Entscheidungsgründen,¹⁹ die dem Spruch der Entscheidung beigelegt sind.²⁰ Freilich kann es auch Entscheidungen geben, in denen dieser Abschnitt überhaupt fehlt oder die Begründung mit anderen Abschnitten, etwa über Sachverhalt, Tatbestand und Parteivorbringen, verquickt ist.²¹

Mit JAKAB²² ist davon auszugehen, dass Argumente gerichtlicher Entscheidungen jedenfalls nicht dasselbe wie „Auslegung“ sind, sondern Argumente auch andere Inhalte haben können. Dass jedoch unter diesen anderen Inhalten im Fall verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nur Analogien, Argumente über die Geltung des Verfassungstextes und Argumente darüber, warum der gültige Verfassungstext angewendet oder nicht angewendet werden soll,²³ zu verstehen sind, ist mE nicht zwingend. Zum einen können sich all diese Kategorien miteinander, aber auch mit der Auslegung der Verfassung verknüpfen, zum anderen aber kann die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung auch andere Inhalte umfassen: Beispielsweise kann ein Verfassungsgericht in der Begründung den Sachverhalt oder Parteivorbringen zusammenfassen, *obiter dicta* unterbringen oder Appelle an ein anderes staatliches Organ richten,²⁴ was mit keiner der genannten Kategorien zu tun haben muss. Eher entspricht das dieser

ren. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren (2022) 75 ff.

¹⁸ Zur Differenzierung zwischen *ratio decidendi* als den wesentlichen Entscheidungsgründen und *obiter dicta* (vgl dazu noch unten 332 ff) REBHAHN, Auf der Suche nach der *ratio decidendi*, in: Jabloner et al (Hg), Vom praktischen Wert der Methode – FS Heinz Mayer (2011) 575 (577 f), JAKAB, Verfassungsrechtliche Argumentation, in: ders (Hg), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts (2021) 179 (208), KISCHEL, Comparative Law (2019) 238 ff, EFFER-UHE, Präjudizienbindung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, JöR 68 (2020), 37 (55 ff), LUHMANN, Recht 314 ff und SCHÖNBERGER, Höchstgerichtliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 296 (322).

¹⁹ Zu sprachlichen Wurzeln und philosophischen Aspekten des Begriffs „Grund“ BRÜGGEMANN, Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen (1971) 20 ff.

²⁰ Zur Trennung von Spruch und Begründung auch JAKAB/DYEVRE/ITZCOVICH, Introduction 17 f.

²¹ ALBERS, VVDStRL 71 (2012), 268 bezeichnet die „begründende Entscheidungsdarstellung“ als ein „besonderes Textformat“, in dem sich allerdings auch der Tenor wiederfinden soll.

²² JAKAB, Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective, German Law Journal 14 (2013), 1215 (1220); ders, Verfassungsgerichtliche Argumentation im europäischen Rechtsraum, in: von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hg), Handbuch Ius Publicum Europaeum VII: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Vergleich und Perspektiven (2021) 225 (234); ähnlich auch ders, Verfassungsrechtliche Argumentation 188.

²³ JAKAB, Verfassungsgerichtliche Argumentation 234.

²⁴ Vgl zB YOSEF, Practice Makes Dialogue: Reconceptualizing Constitutional Interaction between Courts and Legislatures, ICL Journal 15 (2021), 115 (119 ff).

Arbeit zugrunde gelegte Verständnis von „Argument“ daher der von KISCHEL herangezogenen Definition der Entscheidungsbegründung als „Angabe von Gründen für eine staatliche Entscheidung“, die im Fall von gerichtlichen Entscheidungen dem Urteilstenor gegenübergestellt werden.²⁵

Es wäre schier unmöglich, sämtliche potenziell letzte Instanzen oder auch nur Gerichte in Österreich oder gar weltweit auf all diese unterschiedlichen Fragestellungen rund um das juristische Argument zu untersuchen. Diese Arbeit beschränkt sich daher von vornherein ganz wesentlich auf das juristische Argument einer besonders bemerkenswerten Spezies von letzter Instanz, nämlich der Verfassungsgerichte. Verfassungsgerichte – gleich ob nach dem Typus der spezialisierten oder integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit –²⁶ spielen in diesem Zusammenhang deshalb eine besondere Rolle, weil es ihnen im Allgemeinen obliegt, die Verfassung als – zumindest grundsätzlich – letzte Instanz auszulegen und anzuwenden.²⁷ Da die Verfassung selbst aber innerhalb der nationalen Rechtsordnung die höchste Rechtsquelle darstellt, verknüpfen sich im Verfassungsgericht sowohl die Funktion der letzten Instanz für Verfassungsfragen als auch die Funktion des autoritativen²⁸ Auslegers und Anwenders der höchsten staatlichen Rechtsquelle.

²⁵ KISCHEL, Begründung 9. Vgl aber auch JAKAB/DYEVRE/ITZCOVICH, Introduction 17 f.

²⁶ Vgl zur Unterscheidung nur VON BOGDANDY/GRABENWARTER/HUBER, Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: dies (Hg), Handbuch Ius Publicum Europaeum VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen (2016) 1 (13 ff); FERRERES COMELLA, The rise of specialized constitutional courts, in: Ginsburg/Dixon (Hg), Comparative Constitutional Law (2011) 265 ff; DA SILVA, Beyond Europe and the United States: the wide world of judicial review, in: Delaney/Dixon (Hg), Comparative Judicial Review (2018) 318 (320 ff); DA SILVA, Constitutional Courts/Supreme Courts, General, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hg), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (2018); STONE SWEET, Constitutional Courts, in: Rosenfeld/Sajó (Hg), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012) 816 ff; HARDING/LEYLAND/GROPPI, Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective, in: Harding/Leyland (Hg), Constitutional Courts: A Comparative Study (2009) 1 (3 ff). In vereinzelt Bundesstaaten gibt es auch auf gliedstaatlicher Ebene Verfassungsgerichte, gegen deren Entscheidungen unter Umständen noch ein Rechtszug an das nationale Verfassungsgericht eröffnet sein kann (vgl dazu etwa SCHRAMEK, Gerichtsbarkeit im Bundesstaat [2017] 93 ff); die Spezifitäten regionaler Verfassungsgerichte werden im Folgenden jedoch vernachlässigt.

²⁷ Vgl allgemein TUSHNET, Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law (2008) 22; für Österreich etwa PAVLIDIS, Zuschreibung 75 ff. Zu dieser autoritativen Rolle des österreichischen VfGH etwa illustrativ VfSlg 19.730/2012.

²⁸ Zur Unterscheidung von authentischer und autoritativer Verfassungsinterpretation JESTAEDT, Wirken 30 ff; GAMPER, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltverbindung (2016) 172 ff (zur quasi-authentischen Interpretation 159 ff). Vgl auch GRABENWARTER, Verfassungsinterpretation, Verfassungswandel und Rechtsfortbildung, in: Kopetz/Marko/Poier (Hg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat: Phänomene politischer Transformation – FS Wolfgang Mantl (2004) 35 (52 ff), PAVLIDIS, Zuschreibung 77 sowie