Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz

RECHTSSICHERE GEWICHTUNG
VON EINGRIFF UND RECHTFERTIGUNG
IN DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN ABWÄGUNG

vorgelegt von
Christopher Wekel

Erstbeurteiler:
Herr Univ.-Prof. Dr. Matthias Klatt
am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen

Zweitbeurteiler:
Herr Univ.-Prof. Dr. Christoph Bezemek, B.A., LL.M.
am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft

Graz, 2019

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Datum

Unterschrift

INHALT

Kapitel 1: Einleitung	1
I. Ausgangsüberlegung	1
II. Untersuchungsfrage	4
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	6
IV. Untersuchungsrelevanz.....	7
1. Theoretische Bedeutung	7
2. Praktische Bedeutung	11
V. Prämissen	13
VI. Untersuchungsaufbau	14
Kapitel 2: Maßstab für die Rechtssicherheit der Normanwendung	15
I. Orientierung	15
II. Vorgaben der Verfassungsdogmatik	17
1. Orientierung	17
2. Abstrakte Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots	18
3. Konkrete Vorgaben des Rechtssicherheitsgebots.....	21
4. Zwischenergebnis	30
III. Konkretisierung.....	30
1. Orientierung	30
2. Diskurstheorie	31
3. Übertragbarkeit wissenschaftstheoretischer Maßstäbe	53
4. Wissenschaftstheoretische Prognosemodelle	72
IV. Kapitelergebnis.....	110
Kapitel 3: Verortung der Gewichtung innerhalb der Abwägung	115
I. Orientierung	115
1. Bedeutung der Vorüberlegung	115
2. Vorgehensweise	119
II. Oberstruktur der Grundrechtsanwendung.....	120
1. Orientierung	120
2. Vorstellung der Modelle.....	121
3. Verfassungskonformität der Modelle.....	138
4. Rechtssicherheit der Modelle	158
5. Zwischenergebnis.....	165

III. Unterstruktur der Grundrechtsanwendung.....	166
1. Orientierung	166
2. Aufbau der Unterstruktur	167
3. Definition der Schutzbereiche und legitimen Zwecke	172
4. Definition von Eingriff und Eingriffswirkung	188
5. Zwischenergebnis.....	197
IV. Kapitelergebnis.....	199
Kapitel 4: Rechtssichere Gewichtung	201
I. Orientierung	201
II. Rechtssicherheit bestehender Gewichtungsmodelle	204
1. Orientierung	204
2. Diskursives Modell	206
3. Präjudizienbasiertes Modell	239
4. Demoskopisches Modell	243
5. Zwischenergebnis.....	246
III. Funktionale Gewichtungsmethode	248
1. Orientierung	248
2. Darstellung	249
3. Kritische Überprüfung.....	275
4. Gewichtung in Fallbeispielen.....	285
IV. Kapitelergebnis.....	298
Kapitel 5: Ergebnisse	304
I. Orientierung	304
II. Zum Maßstab der Rechtssicherheit	304
III. Zur Verortung des Gewichtungsverfahrens in der Abwägung	306
IV. Zur rechtssicheren Gewichtung.....	308
V. Einordnung	311
Literaturverzeichnis	314

Kapitel 1: Einleitung

I. AUSGANGSÜBERLEGUNG

Die Methode der Abwägung wird der Normstruktur der Grundrechte am ehesten gerecht. Eine verfassungskompatiblere Alternative ist kaum erkennbar.¹

Und doch misslingt es eben jener Abwägung, die abzuwägenden Güter rechtssicher zu gewichten – obwohl die Verfassung genau das verlangt.²

Seit Befürworter und Kritiker um die Methode der Abwägung im Verfassungsrecht ringen, tauschen sie diese beiden Argumente aus. Bis heute werden sie unverändert vorgetragen und bis heute gewinnt man den Eindruck, dass beide Lager daran scheitern, den Gedanken der Gegenseite zu entkräften.

Jenseits aller rechtstheoretischen Differenzen der Standpunkte blockieren einander in der Methodendiskussion deshalb gerade diese beiden positivrechtlichen Hauptargumente für und wider den Einsatz des Abwägungsverfahrens. Reflexartig mag man hier nun den vermeintlichen gordischen Knoten durchschlagen und den Einwand der Gegenseite kurzerhand verleugnen: Abwägungstheoretiker mögen ihren Kritikern entgegenhalten, sie verstünden schlichtweg nicht, dass der juristische Diskurs zuverlässig rationale und rechtssichere Gewichtungsentscheidungen ermögliche.³ Skeptiker mögen solche Konzepte als metaphysisches Blendwerk deklassieren; gegenüber derartig kaschierter Beliebigkeit mögen sie es vorziehen, Grundrechte sorgsam anhand von Canones und Präjudizien anzuwenden.⁴

Die vorliegende Untersuchung geht einen anderen Weg: Sie begibt sich auf die Suche nach einer rechtssicheren Abwägungsmethode, ohne eines der obigen Argumente zurückzuweisen. Stattdessen akzeptiert die Abhandlung im Ausgangspunkt beide Annahmen vorläufig:

Wie zu zeigen ist, legt es zumindest das Grundgesetz durchaus nahe, Grundrechte mithilfe der einen oder anderen Form von Abwägung anzuwenden. Gleichwohl lässt das Verfahren dabei in seiner bisherigen Gestalt noch zu großzügige Wertungsspielräume. So scheint die Abwägung für ihren Zweck grundsätzlich geeignet – und doch in Sachen Rechtssicherheit noch verbesserungswürdig.

¹ Vgl. *Alexy*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 31, 40ff.; *Barak*: Proportionality, 2012, S. 493ff.

² Vgl. *Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 74f.; *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 266ff.; *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 207ff. m.w.N.; *Webber*, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2010, 179, 184f.

³ Vgl. *Alexy*, in: American Journal of Jurisprudence 2013, 97, 101ff.; *Alexy*, in: The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence, 2017, 314, 333 m.w.N.; *Barak*: Proportionality, 2012, S. 487f.

⁴ Vgl. nur *Bernstorff*, in: Reasoning Rights, 2014, 63, 66f.; *Tsakyrakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 491f.

Vielleicht ist die Methode zugleich aber immerhin verbesserungsfähig.⁵ Eben das unterstellt die hiesige Untersuchung. Zwar erkennt sie durchaus die Unzulänglichkeit des Gewichtungsverfahrens der Abwägung in herkömmlicher Fassung. Gleichzeitig nimmt die Abhandlung aber an, dass dieses Defizit nicht kategorisch jeder anderen denkbaren Gestaltungsform der Abwägung anhaften muss.⁶

Der Verzicht auf Vorfestlegungen eröffnet einen unverstellten Blick auf eine Schlüsselfrage methodischen Fortschritts: Ist die Abwägung per se rechtsunsicher? Oder ist es möglich, die Gewichtung der Abwägungsgegenstände berechenbarer als bisher zu gestalten? Und wenn ja, wie? Genau das prüft die vorliegende Untersuchung.

Dass dieses Unterfangen nicht von vornherein einen Irrweg einschlägt oder zur Erfolglosigkeit verurteilt ist, plausibilisiert immerhin schon ein kurzer Rückblick auf die Geschichte der Abwägung:

1949 verpflichten die Art. 1-19 GG den deutschen Staat endgültig⁷ gerichtlich überprüfbar dazu, gewisse Freiheiten seiner Normadressaten zu achten.⁸ Mit den Grundrechten hält ein vorher eher deklaratorischer Normtypus Einzug in den Kreis unmittelbar adjudizierbarer Vorgaben: Über ihre Einhaltung wacht fortan eine Kontrollinstanz. So will es Art. 93 GG.⁹

1951 nimmt das Bundesverfassungsgericht seine Arbeit auf. Erstmals urteilt auf deutschem Boden ein Gericht verbindlich über die Grundrechtskonformität des gesamten staatlichen Handelns.¹⁰ Hier zeigt sich alsbald, dass die herkömmliche Rechtsanwendungsmethode der Auslegung dieser Aufgabe kaum gerecht wird.¹¹

1958 vergegenwärtigt das Lüth-Verfahren dem Bundesverfassungsgericht in aller Deutlichkeit, dass die hergebrachten Canones womöglich zu kurz greifen, um grundrechtliche Streitfragen verlässlich aufzulösen. Das Gericht schlägt deshalb einen anderen Weg ein und greift in der Lüth-Entscheidung erstmals zu einer neuen Methodik: „*Es wird deshalb eine Güterabwägung erforderlich*“.^{12, 13}

So schlicht die Wortwahl ausfiel, so klar belegen gerade jüngere rechtsgeschichtliche Analysen, dass das BVerfG 1958 damit begann, methodologisch ein neues Kapitel zu schreiben.¹⁴

⁵ Vgl. *Tschentscher*: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 192.

⁶ Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 41.

⁷ Vgl. zu zaghaften Erwägungen eines richterlichen Prüfungsrechts in der Weimarer Republik RGZ 111, 320.

⁸ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 123ff.; *Werner*: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 9, 2010, S. 37.

⁹ Vgl. *van Ooyen/Möllers*: Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 117ff.; *Poscher*: Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 45.

¹⁰ Siehe *van Ooyen/Möllers*: Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 127ff.

¹¹ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 137.

¹² BVerfGE 7, 198, 204.

¹³ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 124f.

¹⁴ Vgl. *Bomhoff*: Balancing Constitutional Rights, 2013, S. 72ff.; *Schulze-Fielitz*, in: *Jura* 2008, 52.

Entgegen mancher Anwürfe von Kritikern geschah dies offenbar nicht dezisiv oder aus einer Laune heraus. Schon die Begründung der Lüth-Entscheidung bezeugt das ernste Ringen der Verfassungsrichter im Umgang mit Art. 5 Abs. 1 GG: Kann man wirklich ohne Weiteres dem Wortlaut folgen? Legitimiert also der einfache Gesetzesvorbehalt jede einfachgesetzliche Einschränkung? Oder gelten implizite ‚Schranken-Schranken‘? Und wo liegen sie und wie bestimmt man sie? Die Canones schwiegen dazu: Der karge Verfassungstext und seine lückenhafte Begründung in den Protokollen des Parlamentarischen Rates grenzten die vertretbaren Anwendungsentscheidungen kaum ein.

Hier nun behalf sich das BVerfG mit einer neuen Methode – offenbar weil die hergebrachten Normanwendungsverfahren keine ausreichende Orientierung mehr lieferten.¹⁵ Geradezu alternativlos scheint deshalb der vollzogene Methodenwechsel für ein Gericht, das den gebotenen effektiven Grundrechtsschutz verwirklichen wollte und sich zugleich um eine nachvollziehbare Entscheidungsfindung mühte. Doch ebenso wenig überrascht es, dass das neue aus der Not geborene Modell der Grundrechtsanwendung alles andere als perfekt war.¹⁶

1985 lieferte *Alexy* mit seiner Habilitation immerhin die bis dahin wohl umfangreichste wissenschaftliche Rekonstruktion des Abwägungsverfahrens.¹⁷ Damit gelang es ihm vor allem, die fachliche Besprechung der Methode zu strukturieren: Seine ‚Theorie der Grundrechte‘ prägte die Diskussion der Abwägung derartig, dass seither die wesentlichen Beiträge fast ausschließlich wahlweise in Erwiderung oder als Fortentwicklung seiner wegweisenden Ausarbeitung entstanden sind.¹⁸ Die anhaltende Kritik ebenso wie die zahlreichen Verbesserungsvorschläge von *Alexys* Schülern lassen zwar erahnen, dass er selbst den Abwägungsprozess noch nicht bis zur Vollendung optimiert hat. Unbestreitbar kommt ihm aber der Verdienst zu, die Tür zu einem breiten, geordneten Dialog über die Weiterentwicklung der Methode geöffnet zu haben.

2019 ist dieser Dialog noch lange nicht abgeschlossen.¹⁹ Insbesondere der Vorwurf mangelnder Rechtssicherheit des Teilschritts der Gewichtung der Abwägungsgegenstände ebbt nicht ab: Bis in die letzten Jahre liest man die Kritik, die Abwägungsmethode gelange „über eine analytisch behutsame Formalisierung des moralischen Intuitionismus nicht hinaus“²⁰. Das Verfahren, so wird moniert, böte bloß eine Anleitung für „mehr oder weniger intuitive, mehr oder weniger im Konsens bewährte, letztlich subjektive und dezisionistische Bewertungen“²¹. Dabei handelt es sich nicht etwa

¹⁵ Vgl. *Porat*, in: *International Journal of Law in Context* 2018, 172, 174; *Bomhoff*: *Balancing Constitutional Rights*, 2013, S. 73ff.

¹⁶ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 124f., 127, 133.

¹⁷ Vgl. *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 78ff.; *Lagodny*: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 222f.

¹⁸ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *JuS* 2014, 193, 194; *Oliveira*: *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, 2013, S. 146 m.w.N.

¹⁹ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 143f.

²⁰ *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 267.

²¹ *Schlink*, in: *Festschrift - 50 Jahre BVerfG*, Band 2, 2001, 446, 460.

bloß um eine Einzelmeinung: Den Vorwurf ausufernder Entscheidungsspielräume in der Gewichtung äußern viele Stimmen.²²

Ohne sich diese Einwände vorschnell zu eigen zu machen, ermuntern sie immerhin zur Prüfung, ob die Abwägung in ihrer jetzigen Form bereits die berechenbarste aller möglichen Theorien zur Grundrechtsanwendung bildet. Die soeben skizzierte Historie zumindest gibt Anlass, hieran zu zweifeln.

Denn die Abwägung, so scheint es, ist letztlich ein Kind der Not. Aus der Taufe gehoben wurde sie als Ersatz im Umgang mit einem Normtypus, auf den die hergebrachten juristischen Handwerkszeuge nicht mehr passten.²³ Zwar bewährte sich die Abwägung insofern eher als diese. Daraus folgt aber nicht, dass das BVerfG mit ihr durch Zufall eine perfekte Methode ersann oder sie auch nur zusammen mit dem Schrifttum binnen einiger Jahrzehnte perfektionierte. Näher liegt die Vermutung, dass gewisse Teilaspekte der Abwägung bisher noch unfertig sind und bis zur Vervollkommenheit erst weiter reifen müssen.²⁴ Die vehementeren Kritikpunkte deuten wenigstens auf eine zentrale Schwachstelle hin, an der die Methode unverändert krankt: Gerade für die Rechtssicherheit des Teilschritts der Gewichtung bleibt noch zu klären, „auf welchem Wege die konkreten, in die Formel einzustellenden Gewichte gefunden, gemessen und verglichen werden“²⁵ sollen.²⁶

II. UNTERSUCHUNGSFRAGE

Die hiesige Untersuchung will die Abwägung nicht zur Perfektion treiben – nach welchem rechtlichen oder außerrechtlichen Maßstab diese sich auch immer richten mag. Stattdessen wählt sie als Prüfungsmaßstab nur ein einziges Teilkriterium größerer verfassungsmäßiger Vollkommenheit: die Rechtssicherheit im Sinne des deutschen Verfassungsrechts.

Hieran misst die Abhandlung nur eine einzige Teilkomponente der Abwägung als Prüfungsgegenstand: die Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung. Nur für die Zuordnung von Gewichtswerten zu den einzelnen Abwägungsgegenständen prüft die Untersuchung, welche der gegenwärtig diskutierten Methoden am ehesten als rechtssicheres Gewichtungsverfahren taugt. Soweit hierbei selbst das geeignetste Modell Defizite verzeichnet, bemüht sich die Abhandlung im zweiten Schritt, bisherige Ansätze weiterzuentwickeln, um die Gewichtung rechtssicherer zu gestalten.

²² Siehe etwa *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 66; *Harbo*, in: *European Law Journal* 2010, 158, 165; *Hillgruber*, in: *JZ* 2011, 861, 862; *Jestaedt*, in: *Institutionalized Reason*, 2012, 152, 163; *Reimer*, in: *Der Staat* 2013, 27, 34f.; *Sartor*, in: *German Law Journal* 2013, 1419, 1453.

²³ Vgl. *Bomhoff*: *Balancing Constitutional Rights*, 2013, S. 117f.

²⁴ Vgl. *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 267.

²⁵ *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 267.

²⁶ Vgl. *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 66; *Hillgruber*, in: *JZ* 2011, 861, 863; *Hillgruber*, in: *JZ* 2011, 861, 862.

Welche Gewichtungsmethode verwirklicht innerhalb der Grundrechtsanwendung bis auf Weiteres am meisten Rechtssicherheit? So lautet also die forschungsleitende Frage. Sie zu beantworten, scheint ambitioniert genug.

Gleichwohl ist das Desiderat bewusst so gewählt, dass die Abhandlung nicht von vornherein droht, sich daran zu verheben: Zwar wendet sich die im Ausgangspunkt der Untersuchung dargelegte Kritik am Gewichtungsverfahren der Abwägung gegen eine Mehrzahl von Unzulänglichkeiten. Wer der Methode Beliebigkeit vorwirft, bemängelt nicht zwingend (nur) ihre Rechtsunsicherheit, sondern möglicherweise mehr noch oder ausschließlich ihren fehlenden moralischen Kompass, ihre Irrationalität oder sonstige außerrechtliche Unwerte. Trotzdem nimmt die Abhandlung die dargestellten Vorwürfe nur zum Anlass, um eine *rechtssichere* Gestaltungsvariante zu suchen, nicht notwendig auch eine *rationale* oder *moralische*.

Dass die Untersuchung ausgerechnet die Rechtssicherheit als Prüfungsmaßstab wählt, erklärt sich aus ihrer unstreitigen Verankerung im Grundgesetz: Denn insoweit die eingangs wiedergegebene Kritik der Abwägung Qualitäten abspricht, bildet davon die Rechtssicherheit die einzige Größe, die eindeutig im Verfassungsrecht positiviert ist und darum zweifelsfrei intersubjektiv bestimmbar.²⁷ Was Rechtssicherheit im verfassungsrechtlichen Sinne meint, erklärt sich aus Text, Kontext und notfalls, in Interpretationslücken, aus autoritativer Setzung des BVerfG. Weitere der Abwägung abgestrittene Prädikate wie die Rationalität dagegen sind zunächst eher außerjuridische Werte, deren Begriffsbestimmung gerade deswegen seit jeher unabgeschlossenen Debatten unterworfen ist.^{28, 29}

Die Abhandlung bemüht sich insofern nur, den wohl umstrittensten Teilschritt der Abwägung etwas fester auf den Boden der verfassungsmäßig zwingenden Vorgaben zu stellen. Die Methode daneben noch mit implizit aus der Normstruktur folgenden oder außerrechtlichen Gütekriterien in Einklang zu bringen, maßt sich die hiesige Unternehmung nicht an. Diese Herausforderung zu meistern, bleibt künftigen Veredelungsversuchen vorbehalten.

Statt einer schwer greifbaren Richtschnur aus den Tiefen der Rechtsnatur verwendet die Untersuchung somit einen ausdrücklich positivierten Prüfungsmaßstab. Und obwohl es sich dabei um ein bescheideneres Vorhaben handelt als etwa das Rationalisierungsprojekt, das *Alexy* in seiner Dissertation wagte,³⁰ verspricht bereits das Ringen um mehr Rechtssicherheit einen erkennbaren Mehrwert.³¹ Denn welche Verfassungsordnung auch immer die Rechtssicherheit für erstrebenswert erklärt, profitiert von einer Methode, die diesem Gebot weitreichender genügt als ihre Alternativen. Ein solches Gewichtungsverfahren zu finden, ist deshalb das Ziel der Abhandlung.

²⁷ Vgl. *Borowski*: Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 120.

²⁸ Vgl. *Mangini*, in: *Ratio Juris* 2018, 208, 211ff.; 228; *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 94ff. m.w.N.

²⁹ Vgl. *Coan*, in: *Wisconsin Law Review* 2017, 833, 870f.

³⁰ Vgl. *Klatt*, in: *ARSP* 2007, 519, 528ff.

³¹ Vgl. *La Torre*, in: *Ratio Juris* 2018, 183.

III. EINGRENZUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES

Um der Untersuchungsfrage mit der nötigen Gründlichkeit nachzugehen, sind folgende Beschränkungen der Untersuchungsbreite unerlässlich:

1. Beantworten will die Abhandlung die Ausgangsfrage nur begrenzt auf die Grundrechtsanwendung im **Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Andere Rechtsgebiete und ausländische Rechtsordnungen bleiben außer Betracht.
2. Zudem konzentriert sich die Untersuchung darauf, die Methode der **Abwägung** auf ihre Rechtssicherheit zu prüfen: Wie noch zu begründen sein wird, harmonisiert der Grundansatz der Abwägung als Methode zur Grundrechtsanwendung verglichen mit Alternativen am ehesten mit zwingenden Verfassungsvorgaben.³² Letzteres verlangt das Rechtssicherheitsgebot im Mindesten. Die Abhandlung richtet daher ihren Fokus auf die Abwägung als aussichtsreichstes Gesamtmodell für die Anwendung von Grundrechten.
3. Innerhalb der Abwägung prüft die Untersuchung schwerpunktmäßig nur den Teilschritt, in dem den Abwägungsgegenständen auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung Gewichtswerte zugemessen werden: die so genannte **Gewichtung**. Die vorgelagerte Ermittlung der Abwägungsgegenstände und die nachgelagerte Gegenüberstellung ihrer Gewichtswerte werden nur beiläufig thematisiert, um die Anknüpfungspunkte des Gewichtungsverfahrens zu ermitteln und die Rechtssicherheit der Gesamtmethode zu plausibilisieren. In den Worten *Alexys* und seiner Schüler befasst sich die Abhandlung somit vorwiegend mit dem Hauptteil der ‘externen Rechtfertigung’ der Grundrechtsanwendung – im Kontrast zur ‘internen Rechtfertigung’, die die feststehenden Gewichtswerte gegenüberstellt^{33, 34}.
4. Um die Rechtssicherheit des Gewichtungsverfahrens zu erproben, betrachtet es die Arbeit hauptsächlich in Kollisionslagen zwischen der **Abwehrdimension von Freiheitsrechten** und konfligierenden materiellen Verfassungsgütern, die einen Eingriff rechtfertigen. Gerade hier muss eine Methode ihre Praxistauglichkeit beweisen, weil es sich um den unbestrittenen Hauptanwendungsfall der Grundrechte handelt³⁵. Eine untergeordnete Rolle spielt daneben die Anwendung von Grundrechten als Schutzpositionen in Konstellationen mittelbarer Drittwirkung. Da solche Konstellationen ebenfalls praktisch bedeutsam sind, prüft die Abhandlung diesbezüglich zumindest exemplarisch, wie rechtssicher die leistungsfähigeren Gewichtungsverfahren damit umgehen – gewissermaßen als Kür. Gänzlich unberücksichtigt bleibt dagegen die Rechtssicherheit der Gewichtungsmethoden bei der Anwendung von Gleichheits-, Teilhabe- und Leistungsgrundrechten. Wie hier ein rechtssicheres Verfahren aussehen kann, haben künftige Studien zu klären.

So sehr die vorgenannten Eingrenzungen den Aussagegehalt des angestrebten Untersuchungsbefunds in seiner Reichweite verengen, so sehr verspricht sich die Abhandlung

³² Vgl. *Alexy*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 31, 40ff.; *Barak*: Proportionality, 2012, S. 493ff.

³³ Vgl. *Bäcker*, in: Rechtstheorie 2009, 404, 405ff.; *Schuhr*, in: JZ 2008, 603, 604.

³⁴ Zur Terminologie grundlegend *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 273ff.

³⁵ Vgl. *Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 225ff. m.w.N.

davon umgekehrt eine größere Belastbarkeit ihrer Ergebnisse. Dass die Selbstbegrenzungen gerade so gewählt wurden wie beschrieben, erklärt sich aus einer Effizienzerwägung:

Ein rechtssicheres Teilverfahren soll gerade in einem Winkel der juristischen Methodenlehre herausgearbeitet werden, in dem Kritiker dieses am meisten vermissen.³⁶ Dass dieses Problem bewusst innerhalb des Rahmens des deutschen Verfassungsrechts besprochen wird, rechtfertigen dessen reichhaltiger Fundus gut dokumentierter Abwägungsentscheidungen des BVerfG und ihre weit fortgeschrittene Besprechung im Schrifttum.³⁷ Die Erörterung der Fragestellung muss deshalb nicht bei null beginnen, sondern kann auf vorhandenen Ansätzen und Einwänden aufbauen.³⁸

Für die Wahl der Eingrenzungen spricht ferner, dass gerade die Methodendiskussion im deutschen Verfassungsrecht vielfältige Implikationen für benachbarte, nicht näher behandelte Fragen erwarten lässt: Da inzwischen weltweit Jurisdiktionen die Abwägungsmethode des deutschen Verfassungsrechts in der eigenen Praxis als Orientierungspunkt heranziehen,³⁹ dürfen hiesige Fortentwicklungsbemühungen hoffen, auch international wertvolle Impulse zu stiften. Das Gleiche gilt für andere Rechtsbereiche mit abwägungsähnlicher Methodik, soweit dort das Bedürfnis reift, diese rechtssicherer zu gestalten.⁴⁰ Zu denken sei hier an das Entscheidungsverfahren der Verwaltung nach billigem Ermessen oder an das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB.⁴¹

IV. UNTERSUCHUNGSRELEVANZ

1. Theoretische Bedeutung

Die hier zu prüfenden Lösungsansätze für ein rechtssicheres Gewichtungsverfahren der Abwägung sind dabei nicht nur ausschlaggebend dafür, inwiefern die Methode als Vorbild für andere Rechtsgebiete und Jurisdiktionen taugt. Von der Rechtssicherheit der Gewichtung hängt bereits ab, ob die Abwägung ein verfassungsmäßiges Verfahren für die Grundrechtsanwendung in Deutschland bildet.

Schließlich verpflichten Art. 20 Abs. 3 GG und der dieser „*Staatsfundamentalnorm*“⁴² untergeordnete, die Gesetzesbindung konkretisierende Art. 97 GG die Staatsgewalten zur Rechtsstaatlichkeit. Dabei handelt es sich keineswegs bloß um ein deklaratorisches Ideal; vielmehr spiegelt Art. 20 Abs. 3 GG die rechtshistorische Entscheidung zugunsten einer strikten Gesetzesbindung⁴³, die auch die Verfassungsbindung der obersten Bundesorgane umfasst⁴⁴. Gerade

³⁶ Vgl. *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 266.

³⁷ Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 9.

³⁸ Vgl. *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 62.

³⁹ Vgl. *Caviedes*, in: American Journal of Jurisprudence 2017, 165.

⁴⁰ Vgl. *Klatt*, in: ARSP 2007, 519, 531; *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 72.

⁴¹ Vgl. *Gassner*, in: NJW 1998, 119, 120; *Klatt*, in: ARSP 2007, 519, 531; *Reimer*, in: Der Staat 2013, 27, 37f.

⁴² *Hirsch*, in: JZ 2007, 853, 854.

⁴³ Siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 32ff.

⁴⁴ Siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 34 m.w.N.

für die Judikative folgt daraus das Gebot, Rechtssicherheit herzustellen – das heißt, Normen in einer für alle Adressaten verständlichen Weise anzuwenden.⁴⁵

Weiterhin verbietet das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen – auch im Hinblick auf Entscheidungen des BVerfG.⁴⁶ Darüber hinaus verschreibt das Leitbild des Art. 97 Abs. 1 GG selbst dem BVerfG wenigstens das „*richterliche Ethos*“⁴⁷, zu kontrollieren, ob eigene Entscheidungen das Verfassungsrecht in vertretbarer Weise adjudizieren.⁴⁸

Wann genau eine Methode der Grundrechtsanwendung die genannten Vorgaben einhält, wird die Abhandlung frühzeitig herausarbeiten. Doch bereits vor der genauen Definition dieser Anforderungen verdeutlicht die Positivierung des Rechtssicherheitsgebots, dass mit ihrer Beachtung die Zulässigkeit einer verfassungsrechtlichen Methode steht und fällt: „*Gesetzesbindung gelingt umso eher, je eher juristische Methode gelingt, und sie bleibt dann ein hohles Versprechen, wenn sich keine Methode finden lässt, welche die Bindung verlässlich ins Werk setzen und sichern kann*“⁴⁹.

Dabei kann sich eine Methode dem Rechtssicherheitsgebot auch nicht entziehen, indem sie sich darauf beruft, sie diene höheren gegenläufigen Verfassungsgrundsätzen, wenn sie unsicherheitsfördernde Spielräume eröffnet.⁵⁰ Denn die Rechtssicherheit selbst verlangt neben der sonstigen Berechenbarkeit der Normanwendung im Mindesten die Gesetzesbindung – im Falle des Verfassungsgerichts also die Einhaltung von zwingenden Verfassungsvorschriften.⁵¹ Mithin fehlt es gerade an verfassungsrechtlichen Kollisionslagen, die es rechtfertigen würden, die Rechtssicherheit zurückzustellen.

Ebenso wenig lässt sich das Rechtssicherheitserfordernis mit der Behauptung relativieren, die Normbedeutungen im Verfassungsrecht seien evident und jedermann verstünde gleichermaßen, wie Grundrechte anzuwenden sind.⁵² Einigkeit besteht im Gegenteil darüber, dass es zu ihrer Anwendung einer ausgereiften juristischen Methode bedarf; nur ist das Schrifttum heillos in der Frage zerstritten, welches Verfahren die nötige Rechtssicherheit verspricht.⁵³

Eingegrenzt wird die denkbare Rechtsunsicherheit der Methoden zwar gewiss dadurch, dass das BVerfG sich in Streitfällen der Grundrechtsanwendung in begrenztem Maße selbst Vorgaben für

⁴⁵ Vgl. nur Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 106.

⁴⁶ Siehe Leisner-Egensperger: Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 361; vgl. Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 370.

⁴⁷ Hillgruber, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 54.

⁴⁸ Vgl. auch Bethge, in: Maunz (Hrsg.), 48. EL, 2016, § 31 BVerfGG, Rn. 26 m.w.N.; Klatt, in: Der Staat 2015, 469, 472f.

⁴⁹ Hassemer, in: Rechtstheorie 2008, 1, 4.

⁵⁰ Vgl. Alexy, in: The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence, 2017, 314, 323f.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 122, 248, 282ff.

⁵² Vgl. Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 17f.; Lindner: Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 78ff.

⁵³ Vgl. Windisch, in: Rechtstheorie 2013, 61, 63 m.w.N.

künftige Entscheidungen schafft. Somit erübrigen frühere Festlegungen in gleichgelagerten Fällen üblicherweise eine erneute Abwägung. Zwar hat das BVerfG wiederholt betont, dass seine Urteile keine Präjudizien bilden.⁵⁴ Dies lässt jedoch keineswegs den Umkehrschluss zu, dass die Rechtsordnung keinen Wert auf die grundsätzliche Selbstbindung der Justiz legt: Studien wie die von *Vogel/Christensen* deuten auf das Gegenteil.⁵⁵ Ausdrücklich bindet zudem § 31 Abs. 1 BVerfGG das Gericht als Verfassungsorgan an die eigenen Entscheidungen.⁵⁶

Unstreitig exerziert das Gericht die faktische Präjudizienbindung⁵⁷ dabei aber nicht bis zur „*Versteinierung der Verfassungsinterpretation*“⁵⁸. Stattdessen unterwirft das BVerfG regelmäßig bisherige Urteile einer Richtigkeitskontrolle. Wie relevant diese Möglichkeit zur Korrektur verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist, zeigt zum Beispiel der Rechtsprechungswandel zur Gleichstellung von Homosexuellen⁵⁹. Jedenfalls im Rahmen eines weichen Rechtsgebots zur Urteilstkontrolle ergibt sich die Schwierigkeit der rechtssicheren Normanwendung also sogar dort akut, wo bereits eine frühere Entscheidung vorliegt.

Darüber hinaus ist klar, dass wenigstens in präzedenzlosen Fällen definitionslogisch keinerlei Vorentscheidungen Orientierung stiften.⁶⁰ Zumindest in solchen Konstellationen stellt sich daher unverändert die Herausforderung, Grundrechte nach einer Methode anzuwenden, die eine Gerichtsentscheidung auch ohne Vorfestlegung hinreichend rechtssicher gestaltet.

Schon die verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangen also nach einem zuverlässigen Abwägungsmodell einschließlich geeignetem Gewichtungsverfahren. Ein solches herauszuarbeiten, verspricht indes mehr, als der bloßen Pflicht zu genügen. Eine leistungsfähige Gewichtungsmethode als Teil einer insgesamt verfassungsmäßigen Abwägungsmethode vermittelt rechtlich wie gesellschaftlich und wirtschaftlich einen erheblichen Mehrwert:

Erstens bedeutet ein Zugewinn an Rechtssicherheit nämlich, dass sich die **Erwartungssicherheit** der Normadressaten vergrößert. Zutreffend erkennt das BVerfG, die Rechtssicherheit der Normanwendung vermittele „*im Zusammenwirken mit den Grundrechten die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf*“⁶¹. Ähnlich betont etwa von *Arnauld*, faktisch ermögliche erst eine rechtssichere

⁵⁴ Siehe BVerfGE 83, 216, 227; BVerfGE 78, 123, 126; vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 49 m.w.N.

⁵⁵ Siehe *Vogel/Christensen*, in: *Rechtstheorie* 2013, 29, 49f. m.w.N.

⁵⁶ Siehe nur BVerfGE 104, 105, Rn. 197; BVerfGE 85, 117, Rn. 121; BVerfGE 4, 31, Rn. 38; vgl. auch *Lenz/Hansel*: BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31, Rn. 33.

⁵⁷ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 102; *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 334f. m.w.N.

⁵⁸ *Lenz/Hansel*: BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31, Rn. 27.

⁵⁹ Vgl. nur die Entwicklung von BVerfGE 6, 389, 421ff., wo das BVerfG § 175 StGB als verfassungskonform bestätigte, bis BVerfGE 133, 377, womit das BVerfG auch beim Ehegattensplitting eine Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften gegenüber Ehen einfordert.

⁶⁰ Vgl. *Sieckmann*, in: ARSP 2004, 66, 68f.

⁶¹ BVerfGE 133, 143, 158.

Ordnung den umfassenden Gebrauch der Freiheitsrechte im Rahmen einer freiheitlichen Lebensplanung.⁶²

Zweitens erhöht die Rechtssicherheit einer Abwägungsmethode bzw. ihrer Teilkomponenten die **Legitimation und Akzeptanz des Verfassungsgerichts**. Je weitgehender das Gericht Verfassungsvorschriften stringent anwendet, desto eher profitiert es von der demokratischen Legitimation des Verfassungsgebers und der qualifizierten parlamentarischen Mehrheiten, die die Grundrechte in ihrer Form belassen.⁶³ Hillgruber nennt den durch stringente Methoden betätigten Gesetzesgehorsam der Gerichte daher auch „*demokratische Richterpflicht*“⁶⁴. Negativ gewendet bemerkt Petersen: „*Sollte sich in der Rechtswissenschaft die Erkenntnis durchsetzen, dass Abwägung in der Grundrechtsprüfung eine bloße Maskerade für politische Erwägungen ist, wäre diese als methodisches Instrument weitgehend diskreditiert. Ein Verfassungsgericht, das sich dennoch stark auf die Abwägung stützte, würde seine Legitimität empfindlich schwächen*“⁶⁵.

Drittens stärkt eine rechtssichere Methode des Verfassungsgerichts die **Steuerungskraft des Rechts** – und zwar in doppelter Hinsicht: Spielräume der Grundrechtsanwendung einzugrenzen und diese in einem engen Korridor zulässiger Entscheidungen zu führen, vermittelt schließlich insbesondere Verwaltung und Gesetzgeber das nötige Verständnis, welches staatliche Handeln als verfassungskonform gilt.⁶⁶ Dementsprechend können sich die Staatsgewalten von vornherein darauf einrichten, statt aus Ungewissheit Gesetze, Verordnungen, Urteile und Verwaltungsakte ein ums andere Mal in Grauzonen der Verfassungsmäßigkeit zu setzen.⁶⁷ Dies wiederum erhöht die Berechenbarkeit des staatlichen Handelns für den Bürger: Er kann antizipieren, welche Maßnahmen den Verfassungsvorgaben genügen und darum zu dulden sind. Ausdruck dieser verbesserten Steuerungswirkung ist freilich auch, dass weniger Streitfälle in der Grundrechtsanwendung auftreten, weil die Methode seltener zwei gegenläufige Entscheidungen gleichermaßen gestattet. Zu erwarten sind infolgedessen eine geringere Belastung von Gerichten und niedrigere Rechtsberatungskosten für die Betroffenen.

Wegen der Strahlungswirkung des Verfassungsrechts ins einfache Recht ist bei alledem davon auszugehen, dass die genannten Vorzüge auch auf unteren Ebenen der Normhierarchie die skizzierte Wirkung begünstigen.⁶⁸ Einschränkung ist umgekehrt anzumerken, dass ein rechtssicheres Abwägungsmodell des deutschen Verfassungsrechts freilich nur dort einen Mehrwert stiften kann, wo einzelstaatliches oder transnationales Handeln nicht auf Europarecht beruht.⁶⁹ Je weiter die europäische Integration voranschreitet, desto eher realisieren sich die

⁶² Siehe Arnould: Rechtssicherheit, 2006, S. 110ff.; vgl. BVerfGE 133, 168, 198.

⁶³ Vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 29.

⁶⁴ Hillgruber, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 30; siehe auch Tschentscher: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 182ff.

⁶⁵ Petersen: Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 118.

⁶⁶ Vgl. Klatt/Schmidt: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 1.

⁶⁷ Vgl. Gutmann/Neuenkirch/Neumeier et al., in: Universität Trier Research Papers in Economics No. 2, 2018, 15.

⁶⁸ Vgl. Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 106f. m.w.N.

⁶⁹ Vgl. Birk, in: Rechtstheorie 2017, 43, 59f.

dargestellten positiven Wirkungen einer berechenbaren juristischen Methode abhängig von ihrer Befolgung durch den EuGH statt durch das BVerfG.

Die Bedeutung der hiesigen Untersuchung relativiert sich also in dem Maße, in dem der EuGH die Rechtssicherheit seiner Entscheidungen bereits durch ein anderes Verfahren sichert. Dies ist aber augenscheinlich nur eingeschränkt der Fall. Im Gegenteil stellen etliche Kommentatoren der europäischen Urteilspraxis fest, dass das Gericht sich ebenfalls um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bemüht – zumindest teilweise und dem Grundsatz nach.⁷⁰

Auch soweit der EuGH also die Relevanz des BVerfG in den Schatten stellt, bleibt mithin die Hoffnung, dass das Abwägungsverfahren und seine Teilschritte international ebenfalls von Nutzen sein werden.⁷¹ Insofern die EU-Verträge oder die Rechtsordnungen anderer Staaten ihrer Grundrechtsanwendung ähnliche Vorgaben an die Rechtssicherheit zugrunde legen wie das Grundgesetz, hilft eine entsprechende Methode ihnen jedenfalls gleichermaßen.

2. Praktische Bedeutung

Aber selbst wenn das Forschungsvorhaben die erhofften Ergebnisse hervorbringt, bleibt ungewiss, ob sie praxisrelevant werden. Denn dass ein bestimmtes Gewichtungsverfahren Abwägungsgegenstände rechtssicher einordnen *kann*, bedeutet natürlich nicht zwingend, dass es hierfür auch tatsächlich herangezogen *wird*.

Möglicherweise veranlassen nämlich nicht zuletzt rechtspolitische Erwägungen Gerichte dazu, sich ein breites Spektrum vertretbarer Abwägungsergebnisse offenzuhalten, um den eigenen Entscheidungsspielraum nicht unnötig einzugrenzen.⁷² Diesem Vorwurf widersprach zwar zuletzt insbesondere eine ausführliche rechtsempirische Studie *Petersens* entschieden.⁷³ Gleichwohl bezweifeln Skeptiker auch hiernach, dass Verfassungsrichter nirgendwo zu ‚judicial activism‘ neigen, also dazu, sich großzügigere Entscheidungsfreiräume zu sichern, als sie die Eingrenzungsleistung verfügbarer Methoden zwangsläufig offen lässt.⁷⁴

Letztlich kann es vorliegend dahinstehen, ob ‚judicial activism‘ ein tatsächliches Phänomen ist. Denn die praktische Bedeutung der hier zu ermittelnden rechtssichereren Methode mag man genauso abstreiten, wenn die deutsche Justiz bisher jedwede Möglichkeit ausschöpft, sich konsequent selbst zu beschränken. Sie ist hierzu schließlich in keiner Weise sanktionsbewehrt verpflichtet:

Stattdessen stellen es die verfassungsrechtlichen Regelungen letztlich den Richtern anheim, das Rechtsstaatsgebot zusätzlich als ‚soft law‘ zu beherzigen und stets die rechtssicherste Methode zur

⁷⁰ Siehe etwa *Marzal*, in: *International Journal of Constitutional Law*, 621, 632.

⁷¹ Vgl. *Klatt/Meister*: *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, S. 1ff. m.w.N.; *Weiler/Lustig*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2018, 315, 316, 320ff.

⁷² Vgl. die Kritik von *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 70f., 85; *Christensen/Lerch*, in: *JZ* 2007, 438, 440; *Hillgruber*, in: *JZ* 2011, 861; *Leisner*: *Der Abwägungsstaat*, 1997, S. 170ff.

⁷³ Siehe *Petersen*: *Proportionality and Judicial Activism*, 2017, S. 60ff.

⁷⁴ Siehe *Porat*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2018, 1035, 1038ff.

Normanwendung zu gebrauchen.⁷⁵ Denn das richterliche Leitbild des Art. 97 Abs. 1 GG betont nicht nur die Gesetzesbindung der Justiz, sondern zugleich ihre Unabhängigkeit.⁷⁶ Rechtspraktisch richtet sich der handlungsleitende Gehalt von Art. 97 Abs. 1 GG folglich maßgeblich danach, wie das Verfassungsgericht selbst als ‚Hüter der Verfassung‘ die Gesetzesbindung und die richterliche Unabhängigkeit gegeneinander gewichtet.⁷⁷

Auch wenn die Untersuchung also ihr Ziel erreicht und eine rechtssichere Gewichtungsmethode herausstellt, erfüllt sie damit nur eine notwendige Bedingung für deren Einsatz in der Praxis, keine hinreichende.⁷⁸ Deshalb lässt sich nur hoffen, nicht vorhersagen, dass etwaige Resultate der Untersuchung in der verfassungsrechtlichen Praxis selbst Wirkung entfalten.

Daneben kommt es jedoch in Betracht, dass das hier zu ermittelnde rechtssichere Verfahren auf anderen Feldern praktische Bedeutung für die Normanwendung erlangt. Denn wo immer unterverfassungsrechtliche Vorschriften ihrer Normstruktur nach den Grundrechten ähneln, lässt sich die hier zu besprechende Methode der Abwägung möglicherweise ebenfalls fruchtbar machen.⁷⁹

Praktisch relevant dürfte dies am schnellsten in solchen Konstellationen werden, in denen die Parteien ein besonderes Interesse an intersubjektiv nachvollziehbaren Entscheidungen haben – etwa im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit. Perspektivisch erscheint es darüber hinaus denkbar, dass die angestrebten Forschungsergebnisse mittelfristig für die entstehende Legal-Technology-Sparte von Nutzen sind:

Zwar lösen bisherige Legal-Tech-Angebote vorrangig rechtliche Probleme, bei denen ein simpler regelbasierter Algorithmus die streitentscheidenden Normen mühelos abbilden kann.⁸⁰ Das ist besonders dort der Fall, wo die Anspruchsvoraussetzungen zahlenmäßig überschaubar und sämtlich als Regeln ausgeformt sind, also nach einem algorithmisierbaren ‚Ja/Nein‘-Schema funktionieren. Es verwundert daher nicht, dass gerade Entschädigungsforderungen für Flugunregelmäßigkeiten mit ihrem überschaubaren Voraussetzungsprogramm aus Art. 5 Fluggastrechte-VO einen der ersten Anwendungsfälle von automatisierten Anspruchsprüfungen bieten.⁸¹

Gleichzeitig gehen aktuelle Prognosen davon aus, dass der Einsatz von Legal Technology künftig auch für komplexere Rechtsfragen erwogen wird.⁸² Wo immer diese Komplexität Normstrukturen wie jenen der Grundrechte geschuldet ist, bedarf es dabei einer Methode, die ihre Anwendung so

⁷⁵ Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 54.

⁷⁶ Siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 48.

⁷⁷ Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 54.

⁷⁸ Vgl. *Adrian*: Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, 2009, S. 761ff.

⁷⁹ Vgl. *Hilgendorf*, in: Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, 170, 179; *Klatt*, in: ARSP 2007, 519, 531.

⁸⁰ Vgl. *Veith/Bandlow/Harnisch* et al.: How Legal Technology Will Change the Business of Law, 2016, S. 12.

⁸¹ Siehe nur die Online-Portale wie www.flihtright.de und www.ersatz-pilot.de; vgl. auch *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler (Hrsg.), 1. Aufl., 2016, Vorbem. Art. 5 GG, Rn. 2.

⁸² Vgl. *Veith/Bandlow/Harnisch* et al.: How Legal Technology Will Change the Business of Law, 2016, S. 6ff.

berechenbar macht, dass ein Algorithmus sie reproduzieren kann. Auch in diesem Kontext liefert die vorliegende Untersuchung möglicherweise hilfreiche Anregungen.

Gelingt der hier angestrebte methodische Erkenntnisfortschritt somit in der Theorie, folgt daraus zwar noch nicht zwingend die Berücksichtigung in der tatsächlichen Rechtsanwendung. Immerhin machen es die vielfältigen Impulswirkungen eines erfolgreichen Vorhabens realistisch, dass sich ein hier ermitteltes Gewichtungsverfahren an der einen oder anderen Stelle gewinnbringend in die Praxis überführen lässt – im verfassungsrechtlichen Kontext oder jenseits davon.⁸³

V. PRÄMISSEN

Die Untersuchung bemüht sich darum, ihre Überlegungen zur Rechtssicherheit der Gewichtungsmodelle möglichst voraussetzungsarm zu formulieren. Das dient der Belastbarkeit und Verwertbarkeit der angestrebten Erkenntnisse zur prüfungsgegenständlichen Methode. Mehr noch soll diese Grundentscheidung es begünstigen, in dem eingangs angesprochenen Meinungsstreit zwischen Befürwortern und Kritikern der Abwägung zu vermitteln und die Diskussion ein Stück weiter zu tragen.

Die Abhandlung vertritt insofern dezidiert jene „*heitere Haltung gegenüber den Interpretationsmethoden*“⁸⁴, wie sie *Bezemek* und *Somek* unlängst empfahlen: Anders als die meisten Abwägungstheorien unterstellt die Untersuchung nicht von vornherein den Prinzipiencharakter der Grundrechte, ihre Verwurzelung in Richtigkeitsansprüchen oder in der Doppelnatur des Rechts.⁸⁵ Genauso wenig wird umgekehrt per se davon ausgegangen, dass schon die Canones oder Präjudizien die Grundrechtsanwendung hinreichend berechenbar gestalten. Die hiesige Unternehmung verzichtet auf rechtstheoretisch, paradigmatisch und außerjuridisch aufgeladene dogmatische Vorannahmen gleich welcher Couleur, soweit dies möglich ist: Es werden keinerlei methodische Weichenstellungen von vornherein gesetzt oder verworfen. Bezeichnet die Abhandlung ein Gewichtungsverfahren oder eine Methode der Grundrechtsanwendung insgesamt als rechtssicher oder nicht, so erst nach eingehender Kontrolle in den nachfolgenden Kapiteln.

Gleichwohl muss auch die hiesige Abhandlung einige Prämissen zugrunde legen. Dazu zählen die am Anfang erwähnten Hypothesen der grundlegenden Verfassungskompatibilität der Abwägung bei gleichzeitiger Verbesserungswürdigkeit und Verbesserungsfähigkeit hinsichtlich der Berechenbarkeit der Methode und ihres Gewichtungsverfahrens im Besonderen. Selbst an diese Unterstellungen bindet sich die Untersuchung aber nur vorläufig: Zeigt sich bei Überprüfung der verschiedenen Abwägungsmodelle, dass sich gewisse Rechtssicherheitsdefizite nicht vermeiden lassen, werden die Prämissen korrigiert, statt das Ergebnis von ihrer Bestätigung aus zu denken.

Bedient sich die Abhandlung in ihrem Verlauf weiterer Prämissen, sind diese an entsprechender Stelle gekennzeichnet.

⁸³ Vgl. *Kudlich/Oglakcioglu*, in: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, 171.

⁸⁴ *Bezemek/Somek*, in: *Der Staat* 2018, 135, 140.

⁸⁵ Vgl. auch *Lemke*, in: *RPhZ* 2016, 444, 452f.; *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 77f.

VI. UNTERSUCHUNGSaufbau

Gegenstand, Frage, Relevanz und Prämissen der Untersuchung stehen fest; ihre Vorbereitung ist damit bereits fast abgeschlossen. Nun gilt es nur noch, die Vorgehensweise zu erörtern, um sich dem ausgewiesenen Ziel zu nähern. Wie sich das Gewichtungsverfahren innerhalb der Abwägung möglichst rechtssicher gestalten lässt, ermittelt die Abhandlung in folgendem Dreischritt:

Als erstes definiert sie den Prüfungsmaßstab. Kapitel 2 konkretisiert dazu den Inhalt des Rechtssicherheitsgebotes anhand seiner gefestigten Deutung durch Rechtsprechung und Schrifttum. Spezifizieren diese Orientierungspunkte die Vorgabe nur unzureichend, bemüht sich die Untersuchung um anschlussfähige außerjuridische Maßstäbe, um die Faktoren weiter zu präzisieren, nach denen sich die gebotene Rechtssicherheit bemisst.

Anschließend verortet die Abhandlung den Teilschritt der Gewichtung innerhalb der Abwägung. Kapitel 3 prüft hierbei, welche Werte in das Gewichtungsmodell eingestellt werden, welches Vorverfahren ihm also vorausgeht und in welches Schema die ermittelten Gewichte nachgelagert eingestellt werden. Dies dient einerseits der Abgrenzung des eigentlichen Prüfungsgegenstands gegenüber anderen Teilschritten der Abwägung. Gleichzeitig untersucht das dritte Kapitel, inwieweit deren Rechtssicherheit, um zumindest vorläufig sicherzugehen, dass keine Einfallstore der Beliebigkeit an anderer Stelle die Berechenbarkeit der Gewichtung postwendend marginalisieren.

Schließlich wendet Kapitel 4 den zuvor geschärften Prüfungsmaßstab auf den abgesteckten Prüfungsgegenstand an: Die Untersuchung kontrolliert verschiedene gegenwärtig diskutierte Gewichtungsverfahren auf ihre Rechtssicherheit und versucht, deren etwaige Defizite durch Anpassungen zu beheben.

Zuletzt fasst die Untersuchung ihr Gesamtergebnis zusammen, ordnet es ein und skizziert Anknüpfungspunkte für weiterführende Überlegungen.

Kapitel 2: Maßstab für die Rechtssicherheit der Normanwendung

I. ORIENTIERUNG

Das Rechtssicherheitsgebot verlangt von den Verfassungsorganen wenigstens als weiche Vorgabe womöglich mehr, als bloß einige Minimalanforderungen einzuhalten. Abschnitt II dieses Kapitels wird deshalb erörtern, inwiefern der Verfassungsgrundsatz stattdessen eine umfassendere Verwirklichung der Rechtssicherheit fordert. Dies betrifft insbesondere den hier relevanten Unteraspekt des Rechtssicherheitsgebots, der die Berechenbarkeit der verfassungsrechtlichen Normanwendung fordert.⁸⁶

Um also zu beurteilen, welches Entscheidungsverfahren das Grundgesetz als rechtssicher anerkennt, genügt es gegebenenfalls nicht, der Verfassungsdogmatik eilfertig einen Katalog klar umrissener Vorschriften zu entnehmen. Das nämlich würde voraussetzen, dass das Rechtssicherheitsgebot nicht auf ein Ideal deutet, sondern bloß einige ganz bescheidene Mindeststandards etabliert.

Dies verkennt jedoch möglicherweise die Tragweite jenes stolzen Staatsstrukturprinzips. Zumindest dessen zentrale Verankerung unter dem Rechtsstaatsgebot von Art. 20 GG lässt nämlich eine größere Bedeutung vermuten.⁸⁷ Es scheint insofern zumindest denkbar, dass der Finalcharakter des Grundsatzes gebietet, möglichst weitreichend Rechtssicherheit herzustellen, statt lediglich wenige basale Anforderungen zu erfüllen.

Wenn das Rechtssicherheitsgebot aber zumindest als weiche Vorgabe ein (praktisch realisierbares) Optimum verlangt, gilt es zuerst, eben jenes Ideal der Rechtssicherheit zu konkretisieren. Erst danach können die Folgekapitel nachvollziehbar und aussagekräftig prüfen, wie ein Verfahren zur Grundrechtsanwendung seine Gewichtungsmethode gestalten muss, um den Rechtssicherheitsgrundsatz umfassend zu verwirklichen.

Verkürzte man hingegen die maßstabsbildenden Vorüberlegungen, ließe sich nur unzuverlässig beurteilen, wie rechtssicher Gewichtungsmethoden in der verfassungsrechtlichen Abwägung ausfallen. Denn ohne die Kriterien für das gebotene Maß an Rechtssicherheit als Gradmesser sauber herauszuarbeiten, kämen nur zwei alternative Orientierungspunkte in Betracht:

Entweder man stürzte sich geradewegs in die Überprüfung verschiedener Gewichtungsvarianten in der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion. Angewiesen wäre man dann allerdings auf ein intransparentes intuitives Vorverständnis des Begriffs der Rechtssicherheit, anhand dessen man die begutachteten Methoden messen müsste. Da in diesem Fall der angelegte Maßstab aber verborgen bliebe, geriete die Untersuchung schwer nachvollziehbar und ihr Ergebnis unscharf.

Oder man richtete die Untersuchung ohne nähere Analyse des Maßstabs der Rechtssicherheit nach dem Umkehrschluss daraus, was jedenfalls keiner der Beteiligten für rechtssicher hält. Das lief

⁸⁶ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 50.

⁸⁷ Vgl. nur *Hirsch*, in: JZ 2007, 853, 854.

indes darauf hinaus, die Normanwendungsmethoden nur danach zu beurteilen, ob sie gewisse evidente Mindeststandards einhalten.⁸⁸ Juristische Methoden bzw. Normanwendungsmodelle⁸⁹ hiernach einzuordnen, wäre jedoch kaum aussagekräftig. Einer solchen Bewertung misslingt es nämlich, Güteunterschiede innerhalb der Legion nicht gänzlich willkürlicher Normanwendungsmethoden aufzuzeigen.

Beispielhaft gesprochen: Die meisten Verfahren zur Grundrechtsanwendung verbieten zwar Entscheidungen, denen zufolge harmlose sachliche Kritik die Ehre des Kritisierten übermäßig stark beschneidet und deswegen untersagt werden darf.⁹⁰ Fast alle Methoden vermeiden insofern blanke Beliebigkeit. Es muss gleichwohl ein trennschärferes Qualitätskriterium gefunden werden, um zu bewerten, welche Gewichtungsmethode ebenso vorhersehbar umstrittenere Konfliktsituationen auflöst – etwa zwischen Meinungsfreiheit und Ehre.⁹¹

Für die Transparenz des Untersuchungsvorgangs und die Aussagekraft eines möglichen Ergebnisses scheint es deshalb unerlässlich, im ersten Schritt den untersuchungsgegenständlichen Maßstab der Rechtssicherheit zu spezifizieren. Definiert werden hierzu einerseits die Kriterien seiner Mindestanforderungen; ebenso konkretisiert werden aber auch seine weichen Vorgaben.

Dabei rekonstruiert Abschnitt II, wie der Verfassungstext selbst und seine konsolidierte Interpretation gemäß Verfassungsdogmatik, also gemäß Rechtsprechung und Literatur, das gebotene Optimum der Rechtssicherheit in der Normanwendung konturieren. Wie sich zeigen wird, bestimmt die Verfassungsdogmatik die Anforderungen an optimale Rechtssicherheit teilweise nur durch entwicklungsoffene Kriterien. An ihrer Stelle bedarf es weitergehender Konkretisierungen. Unklar ist dabei bislang, welche Qualitäten einer Methode das Gütemerkmal besonders berechenbarer Normanwendungen verleihen, wie sie die Verfassung grundsätzlich für wünschenswert hält. Hierüber soll Abschnitt III Aufschluss geben:

Um innerhalb der konkretisierungsbedürftigen Orientierungspunkte der Verfassungsdogmatik Kriterien für den größtmöglichen Grad gebotener Rechtssicherheit zu formulieren, prüft die Abhandlung zunächst *Habermas'* und *Alexys* Diskursmodelle. Zwar besteht deren Primärziel darin, gesetzliche Wertungsspielräume mithilfe der praktischen Argumentation zugunsten der moralischsten Normanwendungsvariante aufzulösen. Gleichzeitig beansprucht ihr methodischer Maßstab aber auch, dass daran orientierte juristische Verfahren die Beliebigkeit bei der Normanwendung zurückdrängen.⁹² Inwiefern die Diskurstheorie hierfür leistungsfähige Leitlinien vorgibt, kontrolliert Abschnitt III zuerst.

Danach widmet sich die Untersuchung der Frage, inwiefern die Rechtssicherheit sich praktisch noch weiter realisieren lässt, soweit Normanwendungsmethoden nach anderen Richtwerten optimiert werden. Innerhalb der Jurisprudenz wurden solche zwar jenseits der Diskurstheorie bislang nicht

⁸⁸ Vgl. *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 187 m.w.N.

⁸⁹ Die Abhandlung verwendet die Begriffe ‚(juristische) Methode‘, ‚(Normanwendungs-)verfahren‘ und ‚(Normanwendungs-)modell‘ synonym.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 12, 113; *Borowski*: Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 123f.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 101, 361.

⁹² Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 17f.

vorgeschlagen. Gleichwohl diskutiert die Abhandlung, inwiefern sich Leitfäden aus anderen Disziplinen fruchtbar machen lassen, die ebenfalls Vorgaben für verlässliche Verfahren treffen. In den Blick geraten dabei die Prognosemodelle der Wissenschaftstheorie. Schließlich befassen auch sie sich mit den Rahmenbedingungen von (wissenschaftlichen) Methoden, mit denen sich belastbare Vorhersagen entwickeln lassen. Ob dieses Forschungsdesiderat hinreichend strukturverwandt mit dem Ziel der Rechtssicherheit ist, um die Maßstäbe der Wissenschaftstheorie gewinnbringend zu übertragen, wird als erstes geklärt.

Hiernach bemüht sich Abschnitt III darum, die gegenwärtig diskutierten wissenschaftstheoretischen Ansätze im Normanwendungskontext auf ihre Leistungsfähigkeit zu erproben. Bei den untersuchten Modellen handelt es sich zum einen um Formen des Induktivismus und zum anderen um solche des kritischen Rationalismus. Besonders aufmerksam prüft die Abhandlung hierbei die Eignung der fortgeschrittenen Varianten beider Ansätze. Das betrifft zum einen den Probabilismus als das „*moderne Hauptquartier des traditionellen Induktivismus*“⁹³ und zum anderen die bis in die letzten Jahre hinein verfeinerte Theorie fallibilistischer Wahrheitsannäherung.

Aus der sorgfältigen Diskussion der diskursiven, induktivistischen und kritisch-rationalen Maßstäbe soll sich schließlich ergeben, welcher Theorierahmen für den Rechtssicherheitsgrundsatz am weitreichendsten konkretisiert, wann ein Normanwendungsmodell ihn optimal verwirklicht. Inwieweit eine Methode dieses Anforderungsprofil einhält, bildet sodann im weiteren Verlauf der Abhandlung das Beurteilungskriterium dafür, wie rechtssicher die zu besprechenden Gewichtungsverfahren ausfallen.

Anspruch des Kapitels kann es dabei nicht sein, einen Standard zu ermitteln, der das tatsächliche Optimum an Rechtssicherheit definiert. Ausreizen müsste ein Modell hierzu die abstrakten Grenzen menschlicher Fähigkeiten zu verlässlicher Entscheidungsfindung; gleichfalls müssten auch die praktischen Kapazitäten zu deren Einsatz maximiert werden. Diese Untersuchung maßt es sich daher nicht an, die Leistungsfähigkeit des menschlichen Erkenntnisapparats abschließend auszuloten. Ebenso wenig wird die Abhandlung darüber spekulieren, inwiefern Zukunftstechnologien wie die KI-gestützte prädiktive Analytik die Normanwendung künftig berechenbarer gestalten.⁹⁴

Stattdessen beschränkt sich das Kapitel auf das bescheidenere, immer noch ambitionierte Ziel, das verfassungsmäßig gebotene Höchstmaß einer hier und heute praktisch erreichbaren Rechtssicherheit der Normanwendung näherungsweise zu bestimmen.

II. VORGABEN DER VERFASSUNGSDOGMATIK

1. Orientierung

Der folgende Unterabschnitt prüft, welche Anforderungen an juristische Methoden das Rechtssicherheitsgebot bereits laut Verfassungsdogmatik zwingend diktiert und welche es

⁹³ Miller, in: Kritischer Rationalismus heute, 2013, 45, 46.

⁹⁴ Vgl. zur Möglichkeit von Urteilsprognosen mithilfe künstlicher Intelligenz Hoffmann-Riem, in: Big Data - Regulative Herausforderungen, 2018, 11, 20f.; Katz/Bommarito/Blackman, in: PLoS One 2017, 1.

zusätzlich weniger verbindlich empfiehlt. Dazu ermittelt zuerst Unterabschnitt II.2 abstrakt, wie die Verfassungsdogmatik das Rechtssicherheitsgebot im Kontext der Normanwendung definiert.

Festgestellt wird hiernach unter II.3 zunächst, welches Mindestmaß an Rechtssicherheit im definierten Sinne die später zu prüfende Gewichtungsmethode der Grundrechtsanwendung keinesfalls unterschreiten darf, um verfassungskonform zu bleiben. Als zweites prüft Unterabschnitt II.3, inwieweit das Grundgesetz gemäß der gefestigten Verfassungsdogmatik darüber hinaus weiche Vorgaben im Hinblick auf die Rechtssicherheit der Normanwendung formuliert.

In diesem Zusammenhang wird insbesondere erörtert, welche Implikationen sich aus der ‚soft law‘-Dimension des Rechtssicherheitsgebots für den verfassungsmäßig angestrebten Grad an Zuverlässigkeit der Normanwendung ergeben. Um hierzu belastbare Schlüsse zu ziehen, untersucht der Abschnitt, auf welchen Verfassungsgrundsätzen das Rechtssicherheitspostulat beruht und inwieweit dessen Berücksichtigung für die Verwirklichung der Verfassungsordnung insgesamt relevant ist.

Abschließend lässt sich unter II.4 feststellen, welches Maß an Rechtssicherheit die Verfassung verlangt und anhand welcher Anforderungen sie absteckt, wie eine Normanwendungsweise diesem Ziel gerecht werden kann. Soweit die Vorgaben des Rechtssicherheitsgrundsatzes hiernach konkretisierungsbedürftig bleiben, legt man damit immerhin den Sockel frei, auf dem nähere Präzisierungen aufbauen müssen.

2. Abstrakte Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots

Das Rechtssicherheitsgebot umgrenzt das zulässige staatliche Handeln mit verschiedenen separaten Vorgaben,⁹⁵ die sich in unterschiedlichen Epochen und Kontexten der deutschen Verfassungsgeschichte herausgebildet haben⁹⁶. Einzelimplikationen des Rechtssicherheitsgebots ergeben sich somit weder als Ableitung aus einem monolithischen Grundprinzip noch anderweitig logisch zwingend aus dem begriffsimmanenten Bedeutungsgehalt.

In der Bundesrepublik Deutschland lassen Rechtsprechung und Schrifttum dennoch keinen Zweifel daran, dass das Rechtssicherheitsgebot unter anderem der Justiz abverlangt, Normen vorhersehbar anzuwenden⁹⁷ – und zwar nicht nur durch prozedurale Vorkehrungen, sondern ebenso durch Einengung des materiellrechtlichen Entscheidungsspielraums⁹⁸.

Nur um die letztgenannte Dimension des Rechtssicherheitsgebots soll es hier gehen. Denn die Untersuchung widmet sich ausschließlich der Rechtssicherheit der Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung in der verfassungsrechtlichen Abwägung, also einer materiellrechtlichen Frage der

⁹⁵ So *Kudlich/Oglakcioglu*, in: *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, 2014, 171, 172; *Arnauld*: *Rechtssicherheit*, 2006, S. 2f.

⁹⁶ Vgl. *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 50.

⁹⁷ Siehe nur BVerfGE 133, 143; *Arnauld*: *Rechtssicherheit*, 2006, S. 652f.; *Leisner-Egensperger*: *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 353ff. m.w.N.

⁹⁸ Zum Überblick: *Arnauld*: *Rechtssicherheit*, 2006, S. 394; vgl. *Schröder*, in: *RPhZ* 2018, 433, 445.

(gerichtlichen) Normanwendung. Die übrigen Einzelanforderungen des allgemeinen Rechtssicherheitsgrundsatzes betreffen die hier diskutierte verfassungsrechtliche Methodik hingegen nicht. Ist also hiernach die Rede von Rechtssicherheit oder Vorhersehbarkeit der Normanwendung, meint dies ausschließlich ihre Berechenbarkeit im Umgang mit materiellrechtlichen Normen.⁹⁹

Außerdem fordert das Rechtssicherheitsgebot auf der materiellrechtlichen Seite der Normanwendung neben ihrer Vorhersehbarkeit, dass sie intersubjektiv nachvollziehbar sein muss.¹⁰⁰

Dass der Rechtssicherheitsgrundsatz sowohl die Vorhersehbarkeit als auch die Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung gebietet, geht auf eine einheitliche Erwägung zurück: Laut deutscher Verfassungsdogmatik verlangt nämlich zumindest eine Facette des Rechtssicherheitsgebots nach der „Sicherheit des Rechts“¹⁰¹, also nach berechenbarem staatlichen Handeln.¹⁰² Jene Berechenbarkeit manifestiert sich nach überwiegender Auffassung des Schrifttums einerseits in Vorhersehbarkeit und andererseits in Nachvollziehbarkeit.¹⁰³

Im Falle der Justiz betrifft diese Anforderung vornehmlich ihre Tätigkeit, den Inhalt von Normen zu bestimmen und auf Sachverhalte anzuwenden. Hierin besteht nach der Gewaltenteilung schließlich die Hauptaufgabe der Gerichte.¹⁰⁴ Ausgehend vom Gebot der Sicherheit des Rechts verlangt der Rechtssicherheitsgrundsatz hierbei konsequenterweise, Normen insgesamt nach einer Methode anzuwenden, deren materiellrechtliches Ergebnis sich antizipieren und rekonstruieren lässt: Berechenbar müssen sich mithin beide Teilschritte der Normanwendung vollziehen, also sowohl die Erfassung des Sachverhalts als auch des Normgehalts, der an einen Tatbestand Rechtsfolgen knüpft.¹⁰⁵ Wenn die Abhandlung von Normanwendung spricht, meint sie insofern immer beide Teilschritte. Umrissen ist damit abstrakt der in Kapitel 3 noch zu präzisierende Prüfungsgegenstand, an den das Gebot von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit seine Vorgaben richtet.

Sofern ersichtlich, klärt die Verfassungsdogmatik allerdings nicht die nähere Definition von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit und auch nicht das Verhältnis zwischen ihnen.¹⁰⁶ Instruktiv im Hinblick auf ihre Beziehung zueinander scheint indes *Hoffmann-Riems* Differenzierung zwischen den Dimensionen der Herstellung und Darstellung einer Entscheidung:¹⁰⁷

⁹⁹ Vgl. *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 104ff.

¹⁰⁰ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 50.

¹⁰¹ *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 79ff., 98.

¹⁰² Siehe *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 100ff. m.w.N.

¹⁰³ Vgl. *Grant*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 383, 384ff.

¹⁰⁴ Siehe *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, V, Rn. 85 m.w.N.

¹⁰⁵ Vgl. *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 104ff.; *Canaris*, in: JZ 1993, 377, 386. Vgl. ferner den Begriff der ‚epistemischen Spielräume‘ der Rechtsanwendung, unter den ‚normative Prämissen‘ einerseits und ‚empirische‘ andererseits fallen; so verwendet bei *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 2, 5.

¹⁰⁶ Vgl. *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 451ff.

¹⁰⁷ Siehe *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 700ff.

Innerhalb seines Modells richtet sich die Nachvollziehbarkeit einer bereits gefällten Entscheidung danach, wie der Entschluss auf Darstellungsebene begründet wird. Hiervon hängt letztlich auch die nachträgliche Angreifbarkeit einer Entscheidung ab. Abarbeiten kann sich ihre gerichtliche und außergerichtliche Überprüfung nämlich nur an Begründungsmängeln. Der Herstellungsprozess lässt sich retrospektiv hingegen nicht einsehen.

Die Herstellung der Entscheidung mögen demgegenüber Erwägungen zustande bringen, die die Begründung in der Darstellung verschweigt.¹⁰⁸ Wer als Entscheidungsträger nicht die Angreifbarkeit seiner Entscheidung riskieren will, muss gleichwohl schon bei deren Herstellung ihre spätere Darstellbarkeit mitbedenken. *Hoffmann-Riem* spricht insofern von der „Darstellungsorientierung“¹⁰⁹ der Herstellung. Das damit einhergehende „Kontrollprogramm“ in der Herstellung bzw. die Bemühung um die „Rechtfertigungsfähigkeit“ der Entscheidung diszipliniert deren Erzeugung und macht sie berechenbar.¹¹⁰

Je nachvollziehbarer eine Entscheidung begründet wird, desto rigider war somit tendenziell das Kontrollprogramm im Herstellungsprozess. Andernfalls gelingt eine stringente Begründung höchstens zufällig.¹¹¹ Wo umgekehrt die Herstellungskontrolle den Entscheidungsspielraum bewusst einengt, gestaltet dies die Wahl einer Normanwendungsvariante anstelle der denkbaren Alternativen nicht bloß vorhersehbarer. Stattdessen erleichtert dieses Verfahren auch eine stimmige Begründung und begünstigt mithin die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung.

Grundsätzlich gilt daher: Je strenger das Rechtfertigungsprogramm einer Entscheidung, desto vorhersehbarer die Herstellung im Vorfeld und desto nachvollziehbarer die Darstellung im Nachgang.¹¹² ‚Rechtfertigung‘ meint dabei vorliegend theorieneutral lediglich die Einhaltung eines in der Rechtsgemeinschaft hypothetisch oder faktisch anerkannten methodischen Standards zur Entscheidung über die Normanwendung. Der Grad der Rechtfertigung und mithin auch der Grad der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit richtet sich dabei nach dem Potenzial einer Methode, standardkonforme Normanwendungsvarianten immer weiter einzugrenzen. Je weiter eine Methode Wertungsspielräume verengt, desto gerechtfertigter, ja sogar gebotener wird eine Entscheidung innerhalb dieser und zugleich desto vorhersehbarer und nachvollziehbarer.

Weil die beiden Einzelanforderungen nach Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit einander insofern bedingen, scheint es sachgerecht, sie als die antizipierende und die retrospektive Seite desselben Grundsatzes anzusehen, der auf die Rechtfertigbarkeit einer Entscheidung dringt. Je disziplinierter die Normanwendung einer Methode gehorcht und sich dadurch rechtfertigt, umso weiter steigert dies nämlich gleichermaßen die Nachvollziehbarkeit der Darstellung und die Vorhersehbarkeit der Herstellung.¹¹³

¹⁰⁸ Siehe *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 701.

¹⁰⁹ *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 702f.

¹¹⁰ *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 701.

¹¹¹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 703f.

¹¹² Vgl. *Grant*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 383, 400; *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 702.

¹¹³ Vgl. *Arnould*, in: Verhältnismäßigkeit, 2015, 276.

Offen bleibt freilich, ob ein anderer Gehalt und ein anderes Verhältnis zueinander die Verfassungsforderungen nach Nachvollziehbarkeit und Vorhersehbarkeit vorzugswürdig konkretisiert. Bislang erhob die Verfassungsdogmatik aber, soweit erkennbar, noch keine schwerwiegenden Einwände dagegen, die Teilvorgaben des Rechtssicherheitsgebots als wechselbezüglich anzusehen. Bis auf Weiteres darf das hiesige Verständnis somit wenigstens als verfassungskompatibel gelten. Mangels alternativer Deutungsangebote wird es deshalb der Abhandlung zugrunde gelegt.

Dies reduziert im Übrigen die Komplexität der Untersuchung. Denn wenn die Rechtssicherheit der Normanwendung von zwei wechselbezüglichen Anforderungen abhängt, kann ihr Verwirklichungsgrad nach einem einzelnen vereinheitlichten Kriterium bestimmt werden. Spricht die Untersuchung also wahlweise von intersubjektiver Nachvollziehbarkeit oder Vorhersehbarkeit, so impliziert dies stets auch das antizipierende bzw. retrospektive Gegenstück. Ebenso mitbezeichnet wird dadurch jeweils die beide Eigenschaften verklammernde Rechtfertigung einer Entscheidung insgesamt. Sie liegt umso höher, je enger die maßgebliche Methode Wertungsspielräume eingrenzt und dadurch andernfalls beliebige Entscheidungen zügelt. Mit dieser Leistungsfähigkeit einer Methode steht und fällt die Berechenbarkeit der Normanwendung und schlussendlich ihre Rechtssicherheit.

3. Konkrete Vorgaben des Rechtssicherheitsgebots

a. Orientierung

Wie festgestellt, verlangt das Rechtssicherheitsgebot laut Verfassungsdogmatik von der Normanwendung ihre materiellrechtliche Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit. Die hiesige Definition versteht darunter wechselbezügliche Eigenschaften. Sie bedingen einander, weil sie beide davon abhängen, wie eng die Anwendungsentscheidung intersubjektiv anerkannten methodischen Vorgaben gehorcht. Dies konturiert den Begriffsgehalt des Rechtssicherheitsgebots, soweit es für die vorliegende Untersuchung relevant ist.

Gewonnen ist hierdurch freilich noch kein eindeutiger Maßstab, an dem die Folgekapitel Gewichtungsmethoden der Abwägung messen können. Schließlich blieb bisher offen, welchen genauen Grad an Vorhersehbarkeit die Verfassung von einer Normanwendungsweise erwartet.

Um dies umfassend zu beantworten, ist zunächst zwischen *harten* und *weichen* Vorgaben des Grundgesetzes zu differenzieren. Einerseits trifft das Grundgesetz nämlich nach einhelliger Auffassung harte Vorgaben, deren Verletzung unmittelbar die Verfassungswidrigkeit staatlichen Handelns zur Folge hat. Man könnte auch von ‚hard law‘ sprechen.

Daneben erkennt die Verfassungsdogmatik grundsätzlich an, dass das Verfassungsrecht andererseits noch rechtsfolgenärmere ‚soft law‘-artige Gebote einschließt, die ohne Sanktionsbewehrung beispielsweise Appelle an das „*richterliche Ethos*“¹¹⁴ richten.¹¹⁵

Welche konkreten harten und weichen Anforderungen die Verfassung an die Vorhersehbarkeit einer Normanwendung stellt, untersuchen nacheinander die Folgeabschnitte II.3.b und II.3.c näher.

b. Harte Vorgaben

Als harte Vorgabe untersagen zunächst die Art. 20 Abs. 3, Art. 97 GG eine Rechtsanwendung *contra legem*.¹¹⁶ Vermeiden muss eine juristische Methode mithin, dass die von ihr nahegelegten Entscheidungen evidenten oder rechtsdogmatisch gefestigten Norminhalten zuwiderlaufen. Ein verfassungsrechtliches Verfahren ist also darauf verwiesen, seine Entscheidungsempfehlungen mit dem zwingenden Gehalt von Verfassungsvorschriften zu harmonisieren, das heißt *verfassungskompatibel* zu gestalten.

Ähnliches ergibt sich nach zutreffender Ansicht *Rüthers* aus dem Gleichheitsgrundsatz: Auch er verbietet, dass ein Gericht einen gleichgelagerten Fall anders beurteilt als ein anderes. Die Verfassung fordert von der Rechtsprechung insofern bis zu einem gewissen Grad zwingend eine einheitliche Methode.¹¹⁷ Daher gilt: „*Methodenfragen sind Verfassungsfragen*“¹¹⁸.

Konturiert wird der Mindestgehalt einer verfassungskonformen Methode nach Überzeugung namhafter Verfassungsrichter weiterhin durch das Demokratieprinzip. Besonders klar umreißen *Voßkuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* das verfassungsmäßig gebotene Methodenprogramm in ihrem Sondervotum zur Rügeverkümmern: Die Verfassungsvorgaben diktieren, dass die Rechtsanwendung immer dort dem Willen des Gesetzgebers folgt, wo dieser erkennbar zu Tage tritt.¹¹⁹ Schließlich müsse die Gesetzesbindung wenigstens so weit reichen, um der demokratisch gewählten Volksvertretung gegenüber bloßer richterlicher Rechtssetzung angemessene Geltung zu verleihen.¹²⁰

Bereits eingangs bemerkte das Kapitel indes, dass zumindest Verfassungsnormen in den seltensten Fällen bereits eine evidente oder verfassungsdogmatisch abschließend geklärte Bedeutung aufdrängen.¹²¹ Stattdessen ist der Gehalt des Verfassungstextes zunächst vielerorts umstritten, sodass dem Rechtsanwender erhebliche Spielräume verbleiben.¹²² *Klatt/Schmidt* bezeichnen solche

¹¹⁴ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 54; vgl. *Klatt*, in: *Der Staat* 2015, 469, 472f.

¹¹⁵ Siehe BVerfGE 9, 334, 337; *Bethge*, in: Maunz (Hrsg.), 48. EL, 2016, § 31 BVerfGG, Rn. 26 m.w.N.; *Ermacora*, in: *Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht*, 1989, 3, 7; *Hoffmann-Riem*, in: *Demokratie-Perspektiven*, 2013, 595, 596 m.w.N.

¹¹⁶ Siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 50.

¹¹⁷ Siehe *Rüthers*, in: *Rechtstheorie* 2009, 253, 266f.

¹¹⁸ *Rüthers*, in: *Rechtstheorie* 2009, 253, 282.

¹¹⁹ Siehe BVerfGE 122, 248, 282ff.

¹²⁰ Vgl. *Gruschke*, in: *Rechtstheorie* 2010, 35, 51; *Rüthers*, in: *Rechtstheorie* 2009, 253, 271.

¹²¹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt I; vgl. auch Kapitel 1, Abschnitt IV.1.

¹²² Siehe weiterführend Kapitel 3, Abschnitt II.3.b.aa.(e).

deshalb gerade mit Blick auf das Grundgesetz sogar als wesensimmanente „*ubiquitäre Eigenschaften von Recht*“¹²³. Pointiert erkennt ferner Hillgruber: „*Die Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit der Rechtsnormen erweist sich (...) als offene Flanke ihres objektiven Geltungsanspruchs*“¹²⁴.

Eine Normanwendung verstößt unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ansonsten erst dann gegen harte Verfassungsvorgaben, wenn sie willkürlich erfolgt. Unter Willkür versteht die Verfassungsdogmatik dabei nicht schon die beliebige Wahl zwischen mehreren vertretbaren Normanwendungsvarianten. Nach ständiger Rechtsprechung setzt Willkür vielmehr voraus, dass „*Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluß aufdrängt, daß die Entscheidung auf sachfremden (...) Erwägungen beruht*“¹²⁵.

Angesichts dieser voraussetzungsreichen Definition von Willkür beschränkt das entsprechende Verbot den gerichtlichen Entscheidungsspielraum kaum. Der oftmals breite Raum des Vertretbaren kann trotz Willkürverbot nach freiem Ermessen ausgefüllt werden, ohne dass dies zwingende verfassungsrechtliche Anforderungen verletzt. Die mit dem Willkürverbot kompatible Prognoseunsicherheit in der Normanwendung ist mithin beträchtlich.¹²⁶

Näher einzugrenzen, für welche vertretbare Normanwendung sich ein Gericht entscheiden darf, erfordert folglich einen höheren Standard an Rechtssicherheit als das Willkürverbot. Harte Vorschriften für die Normanwendung diktiert das Rechtssicherheitsgebot indes darüber hinaus nur in Einzelpunkten.

Hierzu zählt vor allem die teilweise geltende Präjudizienbindung¹²⁷. Auf ihre Bedeutung für die Vorhersehbarkeit der Normanwendung hat deshalb unter anderem von Arnould hingewiesen.¹²⁸ An Grenzen stößt jedoch alsbald auch ihr Beitrag dazu, Gerichtsentscheidungen berechenbarer zu machen: Zwar engen Präjudizien den Entscheidungsspielraum der unteren Instanzen immerhin faktisch ein. Das für die hier zu untersuchende verfassungsrechtliche Abwägung hauptverantwortliche BVerfG unterliegt gleichwohl nur begrenzt der Bindung an europa-¹²⁹ und völkerrechtliche Vorschriften¹³⁰ und seine eigenen früheren Entscheidungen¹³¹:

Zwar entfaltet die internationale Rechtsprechung „*zumindest faktische Präzedenzwirkung*“¹³². Zugleich gebietet sie aber nur selten eine bestimmte Entscheidungsvariante für Verfassungsnormen,

¹²³ Klatt/Schmidt: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 1.

¹²⁴ Hillgruber, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 55.

¹²⁵ BVerfG, NJW 2000, 273 m.w.N.

¹²⁶ Vgl. Arnould: Rechtssicherheit, 2006, S. 677ff., 690 m.w.N.

¹²⁷ Vgl. Kudlich/Oglakcioglu, in: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, 171, 184ff.; Portocarrero Quispe: Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, 2014, S. 254.

¹²⁸ Siehe Arnould: Rechtssicherheit, 2006, S. 394.

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 73, 339.

¹³⁰ Siehe Heinegg, in: Hillgruber/Epping (Hrsg.), 39. Edition, 2018, Art. 25 GG, Rn. 28ff.

¹³¹ Vgl. Effer-Uhe: Die Bindungswirkung von Präjudizien, 2008, S. 27ff.

¹³² BVerfGE 128, 326, 366.

zumal die deutsche Verfassungsdogmatik Grundrechten meist stärkere Schutzpositionen zumisst, als supranationale Standards sie erfordern.¹³³

Im Übrigen steht es dem BVerfG frei, seine eigenen Entscheidungen zu revidieren. Das zeigt beispielsweise seine wandlungsfähige Beurteilung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften: Erklärte das Gericht in der frühen Bundesrepublik selbst ihre Kriminalisierung für verfassungsgemäß,¹³⁴ verwarf es kürzlich bereits weit harmlosere Ungleichbehandlungen wie die Verwehrung des Ehegattensplittings als verfassungswidrig¹³⁵.

Und selbst soweit Präjudizien die verfassungsrechtliche Normanwendung binden, reduziert dies Entscheidungsspielräume nur teilweise. Schließlich decken sich zukünftig zu beurteilende Fallkonstellationen fast nie eins zu eins mit denjenigen, über die bereits entschieden wurde. Angesichts der Vielfalt der Lebenssachverhalte steht umgekehrt zu befürchten, dass neue Streitfälle häufig sogar besonders stark von der bisherigen Kasuistik abweichen.¹³⁶

Gerade für bedeutsame Grundsatzentscheidungen liefern Präjudizien somit keine Orientierung. Den Spielraum bei der Sachverhaltserfassung engen sie ohnehin nicht ein. Stattdessen konkretisieren sie bestenfalls, wie Normen auf einen wiederkehrenden Sachverhalt anzuwenden sind.¹³⁷

Vereinzelte folgert das Schrifttum aus dem Rechtssicherheitsgebot noch weitere zwingende Untergrenzen für die Vorhersehbarkeit der Normanwendung. *Von Arnould* diskutiert beispielsweise, ob eine Normanwendungsmethode mangels Rechtssicherheit bereits gegen die Verfassung verstößt, sobald entsprechende Entscheidungen dem moralischen Mindestkonsens eines freiheitlich-demokratisch verfassten Gemeinwesens widersprechen¹³⁸ oder dem Alltagsverständnis der Normadressaten vom Norminhalt¹³⁹.

Aber selbst wenn man dies bejaht, wird deutlich, dass die Verfassung zwingend nur ein Minimum an Rechtssicherheit in der Normanwendung voraussetzt. Als harte Vorgabe verlangt der Rechtsgrundsatz im Wesentlichen bloß, dass eine juristische Methode keine Entscheidungen contra legem provoziert. Ein Verfahren zur Grundrechtsanwendung muss sich insofern darauf beschränken, verfassungskompatible Entscheidungsvarianten vorzugeben. Dementsprechend breit bleibt der Korridor verfassungskonformer gerichtlicher Methoden, den das Rechtssicherheitsgebot als ‚hard law‘ zulässt.¹⁴⁰

¹³³ Als die Regel bestätigende Ausnahme siehe EGMR, NJW 2012, 3629; vgl. BVerfGE 128, 326, 366-370 m.w.N.

¹³⁴ Siehe BVerfGE 6, 389.

¹³⁵ Siehe BVerfGE 133, 377.

¹³⁶ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 335f., 340.

¹³⁷ Vgl. *Langenbucher*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 76.

¹³⁸ Siehe *Arnould*: Rechtssicherheit, 2006, S. 644.

¹³⁹ Siehe *Arnould*: Rechtssicherheit, 2006, S. 414.

¹⁴⁰ Vgl. *Arnould*: Rechtssicherheit, 2006, S. 101f.

c. Weiche Vorgaben

aa. Rechtssicherheitsgrundsatz als Finalprogramm

Möglicherweise vermittelt das Rechtssicherheitsgebot aber zusätzlich weiche Anforderungen an die Normanwendung, die über die harten Minimalerfordernisse hinausgehen. Solche Vorgaben würden sich dadurch auszeichnen, dass ihre Missachtung zwar noch *verfassungskonform* wäre, ihre Befolgung dafür aber zudem beanspruchen dürfte, von der Verfassung gewünscht bzw. *verfassungsorientiert* zu sein.¹⁴¹

Ehe ein weicher Gehalt des Rechtssicherheitsgebots jedoch näher untersucht werden kann, ist ein grundlegender Einwand gegen ein derartiges Verfassungsverständnis zu entkräften. Unterstellt man einen Verfassungsgehalt, der über eine „*Sockelgarantie der Rechtssicherheit*“ hinausragt, erkennen Kritiker die „*Gefahr einer Überdehnung*“ der Normdeutung.¹⁴² Insbesondere *Forsthoff* warnt insofern von einer Überinterpretation der Verfassung als „*juristisches Weltenei*“, „*aus dem alles hervorgeht vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern*“. ¹⁴³

Zumindest im Hinblick auf weiche Vorgaben des Rechtssicherheitsgebots für die Normanwendung scheint diese Sorge indes unbegründet. Tatsächlich ergeben sich aus der Verfassung handfeste Indizien dafür, dass das Grundgesetz für richterliche Entscheidungen zumindest unverbindlich weitreichendere Empfehlungen trifft, als sie sich bloß im Gebot der Gesetzesbindung und im Willkürverbot niederschlagen. Für einen solchen Befund bedarf es nicht einmal voraussetzungsreicher Vorannahmen wie jener von *Alexys* Prinzipientheorie zur Normstruktur.¹⁴⁴ Denn den Wunsch nach einer möglichst vorhersehbaren Normanwendung äußert offenkundig gleich eine Reihe von Verfassungsgrundsätzen, die konstitutiv für die freiheitlich-demokratische Grundordnung sind:

Entgegen kommt die rechtssichere Normanwendung erstens dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG.¹⁴⁵ Je klarer und konsistenter die Regeln, nach denen die Justiz Sachverhalte für gleichgelagert hält, desto eher gelingt tatsächlich die Gleichbehandlung wesentlich gleicher Fälle.¹⁴⁶

Zweitens steht und fällt mit der Rechtssicherheit der Normanwendung, wie effizient die Judikative dem Rechtsstaatsprinzip unterworfen wird. Zwar dient der Rechtstaatlichkeitsgrundsatz laut seiner Entstehungsgeschichte vornehmlich dazu, eine unkontrollierte Exekutive zu zügeln.¹⁴⁷ Doch auch wenn die Justiz in dezisionistische Anwendungen verfällt, kann das Rechtsstaatsprinzip hierzu

¹⁴¹ Vgl. hierzu das Konzept der verfassungsorientierten Auslegung; zusammenfassend *Korioth*: Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 448 m.w.N.

¹⁴² *Arnould*: Rechtssicherheit, 2006, S. 678.

¹⁴³ *Forsthoff*: Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 144.

¹⁴⁴ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 78f.

¹⁴⁵ So etwa *Leisner-Egensperger*: Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 361; *Rüthers*, in: Rechtstheorie 2009, 253, 266f.

¹⁴⁶ Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 268.

¹⁴⁷ Siehe *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 2ff. m.w.N.

kaum schweigen. Immerhin verpflichtet bereits Art. 20 Abs. 3 GG ausdrücklich die Rechtsprechung genauso wie die ausführende Gewalt. Dieser Pflicht genügen Gerichte umso mehr, je vorhersehbarer sie zu ihren Entscheidungen finden.¹⁴⁸

Drittens wirkt sich die Rechtssicherheit des Normanwendungsverfahrens erheblich darauf aus, wie erfolgreich das Demokratieprinzip verwirklicht werden kann. Der Grundsatz verlangt schließlich, dass vornehmlich die Mehrheitsentscheidungen der gewählten Volksvertreter die Rechtsordnung ausgestalten. In ihrer angewandten Form entspricht letztere allerdings nur soweit dem Ergebnis parlamentarischer Rechtssetzung, wie die Ausdeutung abstrakt-genereller Normen in konkreten Fällen nicht dem freien Belieben der Justiz überlassen bleibt.¹⁴⁹ Denn nur wenn der Gesetzgeber abschätzen kann, in welcher Form seine Normen letztlich Wirkung entfalten, lässt sich der Volkswille wirksam in die Rechtsordnung übersetzen.¹⁵⁰ Daraus folgt, dass auch das Demokratieprinzip umso weitreichender verwirklicht wird, je weiter die Normanwendung dem Rechtssicherheitsgebot gehorcht.¹⁵¹

Aus fundamentalen Staatsgrundsätzen wie dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip muss man natürlich nicht zwingend weiche Vorgaben ableiten, die über ihren verbindlichen Mindestgehalt hinausgehen. Jenseits solcher bescheidenen Minimalvorgaben kann man den Verfassungstext ansonsten für rein deklaratorisch halten. Man mag insofern behaupten, dem Grundgesetz sei es gleichgültig, ob ein Richter aus den Staatsstrukturprinzipien einen berufsethischen Selbstanspruch ableitet oder nicht.

Dann muss man sich aber die Frage gefallen lassen, weshalb der Verfassungsgeber derartig ehrfurchteinflößende, kategorische Formulierungen gewählt hat.¹⁵² Der in Kapitel 1 gelieferte historische Abriss über die Entstehungsgeschichte deutet darauf, dass hinter Art. 20 GG mehr steht als bloße ‚Verfassungsliturgik‘.¹⁵³ Dass die Norm gleichwohl keine bescheidenere Diktion erhielt, lässt sich nur mit dem Anliegen des Grundgesetzes erklären, weiche Vorgaben zu installieren, die über einen Kern sanktionsbewehrter Minimalanforderungen hinausgehen.¹⁵⁴ Konsequenterweise bemerkt deshalb *Lindner*: „Zwar betont das Bundesverfassungsgericht zu Recht, dass die Verfassung keine bestimmte (Methode) vorschreibt. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass das Grundgesetz eine Methodenfreiheit einräume oder gar Methodenbeliebigkeit erlaube oder hinnehme“¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Siehe *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VII, Rn. 50, 106 m.w.N.; *Kurth*, in: JZ 2018, 141, 142.

¹⁴⁹ Vgl. *Alexy*, in: International Journal of Constitutional Law 2005, 572, 578f.; *Klatt*, in: Ratio Juris 2007, 506, 522f., 527; *Lassahn*, in: ARSP 2013, 323, 354.

¹⁵⁰ Siehe bereits *Kelsen*, in: VVDStRL 1929, 30, 69f.

¹⁵¹ So *Seybold/Sandner/Weiß*, in: ARSP 2015, 319, 324 m.w.N.

¹⁵² Vgl. *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 680f.

¹⁵³ Siehe Kapitel 1, Abschnitt I.1.

¹⁵⁴ So *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 458; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 97 GG, Rn. 54.

¹⁵⁵ *Lindner*: Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 86.

Deswegen eine ‚soft law‘-Dimension des Rechtssicherheitsgebots anzunehmen, scheint auch deshalb die plausibelste Deutung von Art. 20 GG, weil die Alternative an irgendeiner Stelle „*Ableitungsabbrüche*“¹⁵⁶ vornehmen muss. Entnimmt man Art. 20 GG nämlich nur einige verbindliche Mindestgebote, gerät man in Erklärungsnot, weil man rechtfertigen muss, warum man ausgerechnet um diesen harten Kern eine Grenze zieht. Schließlich fehlen jedwede Anhaltspunkte dafür, weshalb das Staatsprinzip ab diesem Punkt nicht einmal mehr eine schwächere Wirkung entfaltet, sondern abrupt gar keine mehr.

Einzig eine Fortsetzung harter Vorgaben im ‚soft law‘ vermeidet solche per Setzung eingeführten Brüche, indem sie das Rechtssicherheitsgebot so versteht, dass es als weiches Finalprogramm ein Ideal anstrebt. Nach diesem Verständnis fordert der Grundsatz als ‚soft law‘ zunächst größtmögliche Verwirklichung, wobei die Vorschrift getreu Art. 19 Abs. 2 GG zum Wesenskern hin graduell an Verbindlichkeit gewinnt.¹⁵⁷

Es scheint deshalb bis auf Weiteres die schlüssigste Lesart des Rechtsstaatsprinzips, dass es wenigstens als weiche Vorgabe auf seine möglichst umfassende Umsetzung dringt.¹⁵⁸ Wie skizziert, erfordert diese vollständige Verwirklichung von Rechtsstaatlichkeit notwendig auch ein optimales Maß an Rechtssicherheit der Normanwendung. Daher liegt es nahe, die Verfassung so zu begreifen, dass sie die Justiz dazu anspornt, Normen so vorhersehbar wie praktisch und rechtlich möglich anzuwenden.¹⁵⁹

bb. Grenze des gebotenen Optimums

Um die weiche Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots zu konkretisieren, stellt sich nun die Frage, wo der Höchstgrad von Vorhersehbarkeit in der Normanwendung liegt, den das Rechtssicherheitsgebot empfiehlt anzustreben. Klar ist zunächst, dass das Gebot vorhersehbarer Normanwendungen auch als ‚soft law‘ kein ideales Maximum fordert. Auch an die Berufshere des verfassungstreuesten Richters appelliert das Rechtssicherheitsgebot nicht dergestalt, dass es eine Methode verlangt, die ausnahmslos die einzig richtige Normanwendungsweise vorhersehbar macht. Ein solches theoretisches Maximum liegt schon deshalb fern, weil keine Vorgabe als praxisrelevante Regel taugt, die den Grundsatz ‚*ultra posse nemo obligatur*‘ außer Acht lässt.¹⁶⁰

Die Beschränkung durch praktische Unmöglichkeit liegt für die weiche Vorgabe der Rechtssicherheit hierbei jedenfalls dort, wo unsere menschlichen Prognosefähigkeiten uns Grenzen auferlegen. Eine zusätzliche Schranke ergibt sich, wenn ein Ressourcenmangel im Verfahren verhindert, dass wir alle theoretisch mobilisierbaren Vorhersagepotenziale ausschöpfen.

Wie weitreichend uns Prognosen der Normanwendung bis zu dieser Grenze in Theorie und Praxis möglich sind, erörtert der nächste Abschnitt. Er soll das empfohlene Rechtssicherheitsideal

¹⁵⁶ *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 683.

¹⁵⁷ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 145ff., 270f.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 38 m.w.N.

¹⁵⁸ So auch *Benedict*, in: Rechtstheorie 2009, 337, 355; *Lassahn*, in: ARSP 2013, 323, 354.

¹⁵⁹ Vgl. *Seybold/Sandner/Weiß*, in: ARSP 2015, 319, 330f.

¹⁶⁰ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 254.

konkretisieren. Dazu gilt es, greifbare Kriterien zu ermitteln, die angeben, inwiefern eine Methode den realisierbaren Höchstgrad an Vorhersehbarkeit in der Normanwendung erreicht oder sich ihm zumindest nähert.

Vielleicht reizt das weiche Rechtssicherheitsgebot diese Außengrenze des Menschenmöglichen aber gar nicht aus, sondern verlangt von Rechtsanwendern weit weniger. Das wäre der Fall, wenn zuvor schon rechtliche Begrenzungen die Reichweite des Rechtssicherheitsideals limitieren.

Genau das kommt überall dort in Betracht, wo der Gehalt gesetzlicher Vorschriften unstreitig feststeht. So wäre es zwar der Rechtssicherheit gewiss zuträglich, beispielsweise den wertungsoffenen § 138 BGB zugunsten einer höheren Vorhersehbarkeit so restriktiv auszulegen, dass er nie mehr zur Anwendung kommt. Immerhin würde dies restlos die Unsicherheit beseitigen, die sich für Normanwender aus der unwägbaren Grenze zur Sittenwidrigkeit ergibt.¹⁶¹ Eine solche Auslegung verstieße indes in unvertretbarer Weise gegen den anerkannten Gehalt dieser Norm.¹⁶² Es zeigt sich somit, dass eine verfassungsoptimierte Normanwendungsmethode nur insoweit möglichst vorhersehbare Entscheidungen produzieren muss, wie diese nicht contra legem stehen.

Umgekehrt heißt das aber: Wo immer eine Norm Anwendungsspielräume offen lässt, erwachsen aus der Geltung des Gesetzes definitionslogisch keinerlei Einschränkungen für das Gebot, der Rechtsanwendung optimale Vorhersehbarkeit zu verleihen.¹⁶³ Wie sich in der Auseinandersetzung mit möglichen Grundrechtsanwendungsmodellen zeigen wird, sind die Verfassungsvorschriften mit den meisten von ihnen kompatibel.¹⁶⁴ Gerade für die hiesige Untersuchung empfiehlt es sich daher, nicht schon *von vornherein* den Maßstab zu verkürzen. Stattdessen gilt es, zunächst das realisierbare Optimum an Rechtssicherheit als Prüfstein an Gewichtungsmethoden heranzuführen und diese *gleichzeitig* darauf zu untersuchen, ob sie die übrigen Vorgaben der Verfassung einhalten. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich auch, weil das Verbot der Normanwendung contra legem nicht erst aus dem Rechtssicherheitsgebot des Grundgesetzes folgt, sondern bereits sachnotwendig aus der bloßen Geltung einer Norm.

Allerdings kommen weitere Grenzen des Rechtssicherheitsgebots in Betracht: So hat *Alexy* zutreffend festgestellt, dass Rechtsprinzipien bzw. Normen mit Finalprogramm nur insoweit eine maximale Verwirklichung fordern, wie sie nicht mit gegenläufigen Vorschriften kollidieren.¹⁶⁵ Demnach wäre der gebotene Optimierungsgrad des Rechtssicherheitsprinzips soweit zu beschränken, wie widerstreitende Grundsätze den Vorrang beanspruchen.¹⁶⁶

Das wirft zunächst die Frage auf, welche Grundsätze mit dem Ideal konfliktieren, Normen möglichst vorhersehbar anzuwenden. Soweit ersichtlich, kommt als beachtlichstes gegenläufiges Prinzip das

¹⁶¹ Vgl. *Armbrüster*, in: *Armbrüster et al. (Hrsg.)*, 7. Aufl., 2015, § 138, Rn. 32.

¹⁶² Vgl. *Armbrüster*, in: *Armbrüster et al. (Hrsg.)*, 7. Aufl., 2015, § 138, Rn. 1.

¹⁶³ Vgl. *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 283ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Hesse*: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 57ff.

¹⁶⁵ Siehe *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 80, Fn. 25.

¹⁶⁶ So *Alexy*, in: *Verfassungsvoraussetzungen*, 2013, 49, 53f.

der Einzelfallgerechtigkeit in Betracht.¹⁶⁷ Bei näherer Betrachtung entzündet sich das Konfliktpotenzial zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit aber vermutlich daran, dass mit letzterer häufig eine durch starre gesetzliche Regeln vermittelte Rechtsstabilität assoziiert wird.¹⁶⁸ Weit weniger Reibungen provoziert der hier besprochene Unteraspekt des Rechtssicherheitsgebots, der auf eine vorhersehbare Normanwendung zielt.

Denn auch wer Einzelfallgerechtigkeit für erreichbar und verfassungsmäßig geboten hält, ist vermutlich bestrebt, die Angemessenheitsprüfung anhand fallbezogener Umstände planmäßig zu gestalten und nicht dem Belieben des Prüfenden anheimzustellen.¹⁶⁹ Immerhin ließe sich nicht erklären, wieso dem Prüfenden überschüssige methodische Freiheiten verbleiben sollen. Verwiesen werden müsste er vielmehr auf die ideale Methode zur Ermittlung der gerechten Fallauflösung, wenn es allein um diese geht.¹⁷⁰ Mithin zeigt sich, dass eine vorhersehbare Methode zur Normanwendung die Einzelfallgerechtigkeit nicht verhindert, sondern ihr vielmehr zuträglich ist, weil sie willkürliche, abweichende Prüfungsergebnisse trennscharf vermeiden kann.¹⁷¹

Möglicherweise verlangen aber andere Verfassungsprinzipien tatsächlich, eine größere Beliebigkeit und Ungewissheit der Normanwendung in Kauf zu nehmen. Es würde das Rechtssicherheitsgebot in seiner Reichweite jedoch anlasslos übermäßig beschneiden, stützte man die weiche Vorgabe einer möglichst vorhersehbaren Normanwendung von vornherein, nur weil Konfliktlagen mit anderen Prinzipien theoretisch denkbar sind. Stattdessen stellt sich die Frage einer entsprechenden Einschränkung erst im konkreten Kollisionsfall.¹⁷² Solange keine gegenläufigen Normen akut kollidieren, fehlt hingegen ein Grund, die weiche Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots zu beschränken. Hier gilt der Grundsatz somit nicht als Gebot zur Optimierung, sondern sogar zur Maximierung vorhersehbarer Normanwendung.¹⁷³ Außer in Konfliktfällen fordert das Rechtssicherheitsgebot daher tatsächlich als weiche Vorgabe prinzipiell, eine juristische Methode zu wählen, die das praktisch realisierbare Höchstmaß an Vorhersehbarkeit der ihrgemäß gefassten Entscheidungen erzielt.

Der Idealzustand, auf den das Rechtssicherheitsgebot drängt, ist damit aber bisher nur abstrakt umrissen: Der bislang als weiche Vorgabe aus der Verfassung abgeleitete Standard kann somit noch nicht zuverlässig ermitteln, ob eine Methode ein verfassungsoptimiertes Maß an Vorhersehbarkeit realisiert. Denn ehe kein mit dem Ideal korrespondierender greifbarer realer Zustand konkretisiert wird, bleibt der Rechtssicherheitsgrundsatz offen für ein breites Spektrum an Interpretationsvarianten. Vom gebotenen praktikablen Optimum an Vorhersehbarkeit in der

¹⁶⁷ Vgl. *Alexy*, in: *Verfassungsvoraussetzungen*, 2013, 49, 53f.; *Koskenniemi*: *From Apology to Utopia*, 2. Aufl. 2007, S. 591ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Arnauld*: *Rechtssicherheit*, 2006, S. 638 m.w.N.; eben hier wird der Konflikt auch verortet von *Alexy*, in: *Ratio Juris* 2015, 441, 442.

¹⁶⁹ Vgl. *Alexy*, in: *Verfassungsvoraussetzungen*, 2013, 49, 60f.; *Hofmann*, in: *ARSP Beiheft* 2010, 73, 89ff.; 98.

¹⁷⁰ Vgl. *Engländer*: *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 107f.

¹⁷¹ Vgl. *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 151ff.; *Kudlich/Oglakcioglu*, in: *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, 2014, 171, 180.

¹⁷² Vgl. *Schuhr*, in: *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, 2014, 1, 2.

¹⁷³ Vgl. *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 80, Fn. 25.

Normanwendung kann schließlich jeder seine eigene Definition bilden, solange nicht allgemeinverbindliche Kriterien dafür festgesetzt werden, inwiefern der Zielwert erreicht wird.

Um aus dem Rechtsgrundsatz auch in seiner ‚soft law‘-Dimension einen handhabbaren Prüfungsmaßstab zu gewinnen, muss daher ein unzweideutiges Verständnis davon gewonnen werden, wodurch sich optimale Rechtssicherheit kennzeichnet. Dazu ist festzustellen, zu welchen Vorhersageleistungen Richter im Normanwendungskontext theoretisch fähig sind und welches Potenzial sie hiervon praktisch ausschöpfen können.

4. Zwischenergebnis

Der zurückliegende Abschnitt konkretisierte anhand der Verfassungsdogmatik den Gehalt des Unteraspekts des Rechtssicherheitsgebotes, der auf die Vorhersehbarkeit der (gerichtlichen) Normanwendung zielt.

Als zwingende Anforderungen für die Verfassungsmäßigkeit einer Normanwendung definiert das Rechtssicherheitsgebot hierbei fast ausschließlich die Gesetzesbindung, flankiert durch das Willkürverbot und die Präjudizienbindung. Gemessen daran beherzigen etliche Entscheidungsmethoden das verfassungsmäßig zwingende Untermaß an Rechtssicherheit, wenngleich sie mitunter erhebliche Spielräume für Beliebigkeit eröffnen.

Wie sich darüber hinaus zeigte, verlangt das Rechtssicherheitsgebot aber immerhin als weiche Vorgabe von der Normanwendung ein deutlich weitergehendes Maß an Vorhersehbarkeit: In dieser Hinsicht gebietet der Rechtssicherheitsgrundsatz im Rahmen gesetzlicher Anwendungsspielräume optimale und jenseits akut kollidierender Normen sogar maximale Verwirklichung. Eine im Hinblick auf ihre Rechtssicherheit verfassungsoptimierte Normanwendungsmethode sollte somit das praktisch realisierbare Höchstmaß an Vorhersehbarkeit anstreben.

Worin dieses konkret besteht, lässt sich bestimmen, indem festgestellt wird, wo das menschliche Prognosevermögen theoretisch und im praktischen Normanwendungsverfahren an seine Grenzen stößt. Dieser Frage widmet sich der nächste Abschnitt.

III. KONKRETISIERUNG

1. Orientierung

Wie weitreichend sich die Normanwendung vorhersehbar gestalten lässt, hat die rechtswissenschaftliche Diskussion bisher kaum erörtert. Den einzigen prominenten Prototypen für eine Methode mit vorhersehbarem Ausgang zum Ausfüllen von Wertungsspielräumen haben die Diskurstheoretiker entworfen.¹⁷⁴ In einem ersten Schritt untersucht deshalb Abschnitt III.2, inwiefern bereits der Standard der Diskurstheorie das tatsächlich praktisch realisierbare Höchstmaß an Vorhersehbarkeit der Normanwendung konkretisiert.

¹⁷⁴ Vgl. Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 17f.; Klatt/Schmidt: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 9.

Gibt man sich mit der diskursiven Leitlinie nicht zufrieden, stellt man fest, dass die Rechtswissenschaft alternative Anforderungsrahmen möglichst vorhersehbarer Methoden nur in Ansätzen erwägt. Wie die Grenzen menschlicher Prognosefähigkeit im Allgemeinen ausgereizt werden können, beleuchtet hingegen die Wissenschaftstheorie mittlerweile ausführlich.¹⁷⁵ Um ihre Standards zur Entwicklung möglichst präziser Prognosen bei der Normanwendung heranzuziehen, muss jedoch zunächst geklärt werden, ob sie sich überhaupt in den juristischen Kontext übertragen lassen. Dies klärt Abschnitt III.3. Erst im Anschluss bespricht Abschnitt III.4, inwiefern ein wissenschaftstheoretisches Modell auch in der Rechtsanwendung das Optimum praktikabler Prognosefähigkeit zutreffend abbildet.

Ziel dieser Schritte ist es, Kriterien dafür zu definieren, wann eine Normanwendungsmethode das tatsächlich erreichbare Höchstmaß an Berechenbarkeit realisiert. Hierdurch gewinnt das gebotene Optimum an Rechtssicherheit die nötige Plastizität, um als zuverlässiger Maßstab für die verfassungsrechtlich geforderte Leistungsfähigkeit der Grundrechtsanwendung zu dienen. Auf dieser Grundlage können die Folgekapitel diskutieren, welche Methode zur Gewichtung von Abwägungsgegenständen als hinreichend berechenbar im Sinne des Verfassungsideals gilt.

2. Diskurstheorie

a. Orientierung

Nicht erst die Diskurstheorie hat bemerkt, dass Normen jenseits ihres evidenten oder durch Canones bestimmbarer Bedeutungsgehalts Wertungsspielräume hinterlassen. Solche Spielräume und die damit einhergehende Gefahr von Beliebigkeit und Rechtsunsicherheit aufzuzeigen, war jedoch insbesondere eine Leistung der Diskurstheoretiker.¹⁷⁶ Darüber hinaus bemühten sie sich wohl als erstes in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft, auf diesem Terrain eine Normanwendungsmethode zu entwickeln, die Wertungsspielräume vorhersehbarer eingrenzt.¹⁷⁷ Die beiden prominentesten Vertreter dieser Strömung, *Jürgen Habermas*¹⁷⁸ und *Robert Alexy*¹⁷⁹, erarbeiteten ihre Ansätze hierzu bereits in den 1970er-Jahren.

Dabei reichten vor allem *Habermas*' Ambitionen noch weiter. Er ging über diskursive Modelle zur Norminhaltsbestimmung hinaus und erarbeitete daneben ein diskursives Konzept der Wahrheit, das zur intersubjektiv vorhersehbaren Sachverhaltserfassung in Betracht kommt.¹⁸⁰ Dieser Teilschritt des Normanwendungsprozesses spielt in den rechtswissenschaftlichen Abhandlungen der Diskurstheoretiker gleichwohl eine untergeordnete Rolle.

¹⁷⁵ Siehe nur *McKenna/Fassio*, in: *Philosophical Methodology and Metaphilosophy* 2015, 755.

¹⁷⁶ So auch *Huster*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 385.

¹⁷⁷ Vgl. *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 17f.

¹⁷⁸ Vgl. *Habermas*: *Diskursethik*, Band 3, 2009, S. 100ff.

¹⁷⁹ Vgl. *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978a, S. 34ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Tschentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 49.

Ihre Prognosemodelle werden daher vorrangig auf ihre Eignung untersucht, Norminhalte vorhersehbar zu ermitteln. Die Leistungsfähigkeit entsprechender Konzepte indiziert hierbei ohnehin gleichsam ihr Potenzial im Bereich der Sachverhaltsverfassung.

Zu beachten ist freilich, dass die Diskurstheorie Entscheidungen nicht nur vorhersehbarer machen will. Den Diskurstheoretikern geht es vielmehr um die *praktische Rationalität* der Normanwendung insgesamt.¹⁸¹ Dabei unterscheiden sich ihre Rationalitätskonzepte zwar in den Einzelheiten. Übereinstimmen die Diskurstheorien immerhin in einem Kernverständnis von praktischer Rationalität, das darunter neben der Vorhersehbarkeit vor allem die moralische Richtigkeit fasst. Der diskurstheoretische Versuch, Wertungsspielräume rational einzugrenzen, zielt daher zuvorderst darauf ab, sie durch moralisch gebotene Normanwendungsweisen auszufüllen.¹⁸² Die Vorhersehbarkeit bildet dabei aber immerhin einen Kollateralnutzen oder ein Mittel zum Zweck. Denn im Ringen um gerechte Normanwendungsweisen muss die Diskurstheorie mindestens jede Beliebigkeit methodisch ausschließen, die eine diskursiv und damit moralisch unzulässige Entscheidung zuließe.¹⁸³

Deshalb verdient es innerhalb der Rechtswissenschaft vor allem die Diskurstheorie, ihre Eignung dazu auszuloten, optimale Vorhersehbarkeit in der Normanwendung zu erreichen, wie sie der Rechtssicherheitsgrundsatz empfiehlt. Dies gilt umso mehr, weil die Diskurstheorie in der juristischen Diskussion meist kritisiert wurde¹⁸⁴, ohne dass Kritiker profunde Gegenentwürfe unterbreitet haben, wie sich Spielräume in der Normanwendung vorhersehbar eingrenzen lassen.¹⁸⁵

Um das Prognosepotenzial der Diskurstheorie zu ermitteln, präsentieren die Abschnitte III.2.b und III.2.c zunächst nacheinander ihre beiden zentralen Varianten, erst die von *Habermas*, danach die von *Alexy*. Bei der Darstellung ihrer Modelle wird die Herleitung nur insoweit wiedergegeben, wie sie reklamiert, das einzige zulässige Verfahren zu begründen, Wertungsspielräume auszufüllen. Solche Argumente versperren nämlich möglicherweise später zu diskutierende Alternativen und müssen deshalb als etwaige Einwände besprochen werden. Ansonsten beschränkt sich die Abhandlung darauf, das diskursive Entscheidungsverfahren von *Habermas* und *Alexy* selbst darzustellen. Schließlich hängt es weniger von dessen Herleitung ab als von seinem Inhalt, welchen Grad an Vorhersehbarkeit es in der Normanwendung verbürgt. Hierauf folgt jeweils die Prüfung, inwieweit die beiden Diskursmodelle Raum für Beliebigkeit lassen. Daraus ergibt sich, inwiefern ihre Rahmenregeln für die juristische Methode Kriterien darstellen, die tatsächlich ein Optimum an Vorhersehbarkeit in der Normanwendung abbilden.

Zwar verkürzt dies die Diskussion um weitere Diskurskonzepte wie die von *Apel* und *Günther*. Soweit ersichtlich, entsprechen den Ansätzen *Habermas*‘ und *Alexys* aber auch die wesentlichen

¹⁸¹ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 355.

¹⁸² Siehe *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 6; vgl. *Alexy*, in: Ratio Juris 2015, 441, 442.

¹⁸³ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 350f.; *Gril*: Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 192.

¹⁸⁴ Siehe nur *Buchwald*: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, 1990; *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002; *Engländer*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 273.

¹⁸⁵ Vgl. *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 9.

Strukturelemente sonstiger Diskurstheorien.¹⁸⁶ Die Auseinandersetzung mit ihnen erlaubt daher zugleich ein Urteil darüber, wie sehr die Standards der Diskurstheorien sich insgesamt als Richtwerte einer möglichst vorhersehbaren Normanwendungsmethode eignen.¹⁸⁷

b. Habermas' Anwendungsdiskurs

aa. Darstellung

Habermas bringt sein Diskursprinzip auf folgende Formel: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können“¹⁸⁸. Bezogen auf den juristischen Normanwendungsdiskurs bedeutet das: Jede Normanwendung „muß der Bedingung genügen, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen jedes einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können“¹⁸⁹.

Um Wertungsspielräume in der Normanwendung vorhersehbar auszufüllen, gibt dies folgende Leitlinie vor: Eine darauf zielende Methode darf nur Normanwendungsvarianten zulassen, die unter den Diskursteilnehmern konsensfähig sind. Erreichbar wird ein solcher Konsens nach *Habermas'* Vorstellung, indem Diskursteilnehmer in einem Anwendungsdiskurs ergründen, wie eine Norm richtigerweise an die Umstände des Einzelfalls angelegt wird.¹⁹⁰

Dabei zeigt er sich wie auch *Günther* zuversichtlich, dass die Methode gerade in Abwägungskonstellationen unter den idealen Sprechbedingungen des Diskurses vorhersehbare Ergebnisse verspricht. Schließlich offenbare die umfassende Berücksichtigung der Sachumstände einer Grundrechtskollision die jeweils einzig richtige Entscheidungsvariante,¹⁹¹ um die betroffenen Verfassungsgüter zu ordnen.¹⁹² Ein Konsens hierüber lässt sich laut *Habermas* herstellen, weil die Diskursteilnehmer vermöge ihres intuitiven Vorwissens performative Selbstwidersprüche ablegen, juristische Diskursregeln offenlegen und einhalten und so allgemeingültige Wertungsprämissen ermitteln können.¹⁹³

An dieser Idee eines Anwendungsdiskurses zur Ermittlung rationaler Normanwendungsweisen hat *Habermas* auch in späteren Publikationen festgehalten.¹⁹⁴

bb. Kritik

So vielversprechend wie der Ansatz klingt, so vehement fällt auch die Kritik an ihm aus: *Habermas* gelingt es nicht zu plausibilisieren, nach welchen Bewertungskriterien die mannigfaltigen

¹⁸⁶ Vgl. *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 222 m.w.N.

¹⁸⁷ Vgl. *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 217f. m.w.N.

¹⁸⁸ *Habermas*: Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 138.

¹⁸⁹ *Habermas*, in: Rationalität, 1984, 218, 239.

¹⁹⁰ Siehe *Alexy*, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 165, 170.

¹⁹¹ Vgl. *Günther*, in: Rechtstheorie 1989, 163, 188f.; *Habermas*: Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 138ff.

¹⁹² Vgl. *Günther*: Der Sinn für Angemessenheit, 1. Aufl. 1988, S. 56.

¹⁹³ Vgl. *Habermas*: Diskursethik, Band 3, 2009, S. 100ff.

¹⁹⁴ Siehe etwa *Habermas*, in: Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, 84, 103.

Situationsmerkmale eines Anwendungsfalls bei der Einstufung der Verwirklichungsintensitäten Beachtung finden sollen.¹⁹⁵ Das gilt insbesondere für die in den Folgekapiteln zu untersuchenden Abwägungsszenarien: Das Modell des Anwendungsdiskurses lässt etwa im Verfassungsrecht offen, welche einzelnen Faktoren aus der theoretisch unbegrenzten Fülle von Umständen eines Grundrechtseingriffs relevant sein sollen und warum. Ebenso wenig legt *Habermas*‘ Diskurskonzept fest, in welchem Maße relevante Tatumstände jeweils in die Gewichtung der Eingriffs- bzw. Verwirklichungsintensitäten einfließen sollen.¹⁹⁶ Selbst *Alexy* stellt deshalb fest: „Der Begriff der Angemessenheit ist damit zu unbestimmt, um das Problem der rationalen juristischen Entscheidung lösen zu können“¹⁹⁷.

Vermutlich stützt sich die diskursiv ermittelte Anwendungsweise von Rechtsnormen daher letztlich mangels eines wirklich herstellbaren oder einsehbaren objektiven Konsenses auf subjektive Billigkeitserwägungen.¹⁹⁸ Wertungsspielräume blieben damit weiterhin der Beliebigkeit überlassen, wenngleich unter dem Deckmantel diskursiv-konsensualer Rechtfertigung.

Und selbst wenn ein Diskurs unter idealen Bedingungen sogar *die einzig richtige Lösung* zur Anwendung materiellen Verfassungsrechts tatsächlich konsensual bestimmen kann, verschafft das realen Rechtsanwendern keine Orientierung. Denn angesichts der Rechtspraxis muss anerkannt werden, dass selbst sachlich-unaufgeregt geführte Diskussionen über abstrakte Rechtsfragen fernab jedweder Partikularinteressen meilenweit von einem solchen Konsens entfernt sind.¹⁹⁹ Um die Vorhersehbarkeit der praktischen Normanwendung zu optimieren, taugt *Habermas*‘ Leitlinie somit nicht. Dies gilt erst recht in einem Gerichtsverfahren mit entgegengesetzten Parteiinteressen. Hier fehlt es strukturell an Kommunikationsabläufen, „die der Logik von Anwendungsdiskursen gehorchen“²⁰⁰.

Freilich kann man in solchen Fällen wie *Habermas* schlichtweg abstreiten, dass die Betroffenen einen wirklichen Diskurs führen.²⁰¹ Aufgrund bereits definitionslogisch gegensätzlicher Interessen der Parteien muss man dann aber bei Rechtsstreitigkeiten annehmen, den Diskursteilnehmern fehle es strukturimmanent an einer verständigungsorientierten Einstellung, sie verletzten also stets Diskursregeln.²⁰² *Habermas* will deshalb zwar den Diskurs aus dem eigentlichen Verfahren hinausverlagern und nur noch dem Richter überlassen²⁰³. Aber selbst wenn man einen solchen monologisch geführten Diskurs überhaupt als ausreichend erachtet, so dürfte eines doch feststehen: Praktisch erreichen wird ein Richter alleine höchst selten einen auch für externe Betrachter vorhersehbaren Konsens über die einzig richtige Normanwendung.²⁰⁴ Immerhin verfehlen einen

¹⁹⁵ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 148f.

¹⁹⁶ Vgl. *Alexy*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 165, 171.

¹⁹⁷ *Alexy*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 165, 171.

¹⁹⁸ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 149; *Steinhoff*: Kritik der kommunikativen Rationalität, 2001, S. 291ff.

¹⁹⁹ Vgl. *Tschentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 53.

²⁰⁰ Siehe *Habermas*: Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 288.

²⁰¹ Vgl. *Habermas*: Erläuterungen zur Diskursethik, 6. Aufl. 1991, S. 219.

²⁰² Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 144 m.w.N.

²⁰³ Vgl. *Habermas*: Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 290f.

²⁰⁴ Vgl. *Koller*, in: *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, 2016, 21, 35.

solchen sogar die abstraktesten, von Fristen und Privatinteressen entkoppelten praktischen Diskurse der Rechtswissenschaft.²⁰⁵ Blickt man auf die mannigfaltigen akademischen Streitstände, scheint Uneinigkeit nahezu die Regel und jedenfalls keine rare Ausnahme.²⁰⁶

Gewiss bleibt es *Habermas* dabei unbenommen, den praktisch allgegenwärtigen Dissens darauf zurückzuführen, dass abweichende Meinungen einer Verletzung idealer Diskursbedingungen geschuldet sind.²⁰⁷ Damit gesteht er aber letztlich die Praxisferne seines Anwendungsdiskurses.²⁰⁸ Sie immunisiert dessen Leistungsfähigkeit zwar einerseits gegen Kritik und macht sie zur bloßen Glaubensfrage; schließlich fehlt eine empirische Kontrollmöglichkeit. Genau dieses strukturimmanente Praktikabilitätsdefizit disqualifiziert aber andererseits *Habermas'* Konzept des Anwendungsdiskurses als Orientierungspunkt für eine in der tatsächlichen richterlichen Normanwendung erreichbare Vorhersehbarkeit. Denn seine Anforderungen an ein rationales Entscheidungsverfahren kann die konsensarme Praxis nicht einmal näherungsweise einhalten.²⁰⁹

Daher scheidet auch der Anwendungsdiskurs als Standard für praktikable Normanwendungsmethoden aus, die optimal vorhersehbare Entscheidungen produzieren.

c. Alexys juristischer Diskurs

aa. Darstellung

Alexy selbst vermeidet die gegen *Habermas'* Modell vorgebrachte Kritik, indem er seine Diskurstheorie an mehreren Stellen anders ausgestaltet:

Zunächst senkt er die Anforderungen seiner Leitlinie an kompatible Anwendungsvarianten: Er verlangt nicht, die Normanwendung nur nach konsensfähigen Entscheidungsvarianten auszurichten.²¹⁰ Für denkbar hält er diese zwar in idealen praktischen Diskursen, also „unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwanglosigkeit im Wege der Herstellung vollkommener sprachlichbegrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit“²¹¹. Gleichwohl ist er sich bewusst, dass solche Verfahrensumstände allenfalls als regulative Idee taugen.

Mit Blick auf reale Diskurse der Rechtspraxis ahnt er hingegen, dass ein Konsens über die einzig richtige Normanwendungsvariante eher die Ausnahme bleibt. Um angesichts dessen ein praktikables Entscheidungsmodell zu entwickeln, formuliert *Alexy* seinerseits die Anforderungen an diskursiv gebotene und damit zuzulassende Wertungsentscheidungen voraussetzungsärmer.²¹²

²⁰⁵ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 150.

²⁰⁶ Vgl. *Coan*, in: *Wisconsin Law Review* 2017, 833, 865f.

²⁰⁷ Vgl. *Tsentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 49.

²⁰⁸ Vgl. *Habermas*, in: *Festschrift für Walter Schulz*, 1973, 211, 257ff.

²⁰⁹ Vgl. *Tsentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 47.

²¹⁰ Vgl. *Tsentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 48.

²¹¹ *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 412.

²¹² Siehe *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 36.

Die Ergebnisse einer Normanwendungsmethode müssen deshalb nur im Raum des „*diskursiv Möglichen*“²¹³ liegen, um die Kriterien seines Modells zu erfüllen.²¹⁴

Als praktikabel erweist sich *Alexys* Diskurskonzept anders als das von *Habermas* somit auch in Fällen, in denen unversöhnliche Überzeugungen dazu aufeinanderprallen, wie ein gesetzlicher Wertungsspielraum auszufüllen ist. Zu denken ist etwa an die Streitigkeit darüber, ab welchem Stadium menschlichen Werdens der Lebensschutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG greift.²¹⁵ *Habermas*‘ konsensorientierte Methode zur Bestimmung des Norminhalts führt hier zu keiner befriedigenden Lösung: Entweder sie enthält sich einer Prognose, weil sie methodenehrlich bei Dissens keine Entscheidungsempfehlung aussprechen kann. Oder sie bezichtigt ohne Möglichkeit zur Nachprüfung und mithin willkürlich eine oder mehrere Parteien, Diskursregeln zu verletzen und nur deshalb die richtige Normanwendungsweise zu verkennen. *Alexy* vermeidet solche wahlweise leeren oder beliebigen Ergebnisse: Er hält in derartigen Fällen verschiedene Entscheidungsvarianten für diskursiv möglich und mithin für vertretbar, solange sie seine Diskursregeln einhalten.²¹⁶

Ferner bemüht sich *Alexy* darum, innerhalb seiner Diskurstheorie die Unterbestimmtheit zu vermeiden, an der *Habermas*‘ Idee des Anwendungsdiskurses krankt. Um zu ermitteln, was diskursiv möglich ist, gibt seine Diskurstheorie einer Normanwendungsmethode vor, nur solche Entscheidungen zu gestatten, die ‚vernünftig begründbar‘ sind. Wovon dies abhängt, definiert er in der Theorie der juristischen Argumentation.²¹⁷

Vernünftig begründbar ist für *Alexy* diejenige Normanwendungsweise, die den diskursiven Anforderungen seiner Theorie des rationalen praktischen Diskurses genügt. Dabei handelt es sich um 53 explizit formulierte Diskursvorgaben.²¹⁸ Hierbei erwartet *Alexy* für seinen idealen Diskurs ausdrücklich keine gewisse materielle Voreinstellung von seinen Teilnehmern: „*Die Diskursregeln schreiben nicht vor, von welchen normativen Prämissen die Diskurspartner auszugehen haben. Ausgangspunkt des Diskurses bilden ihre faktisch vorhandenen, oft miteinander unvereinbaren normativen Überzeugungen*“²¹⁹. Leitplanken der Normanwendung in Wertungsspielräumen bilden für ihn stattdessen Vorgaben wie die des Begründungserfordernisses²²⁰ und die zur Einhaltung der „*Regeln der Logik*“²²¹ bei der Begründung einer bestimmten Entscheidungsweise, also zur Verwendung logischer Schluss schemata.²²² Ebenso zur Eingrenzung diskursiv zulässiger

²¹³ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 36.

²¹⁴ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 255ff.; vgl. *Alexy*, in: Ratio Juris 2015, 441, 443.

²¹⁵ Vgl. *Schurz*, in: Ethik und Sozialwissenschaften 1995, 163.

²¹⁶ Siehe *Alexy*, in: Ratio Juris 2018, 254, 256.

²¹⁷ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 34.

²¹⁸ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 234ff.; ebenso *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 218ff.

²¹⁹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 349.

²²⁰ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 239.

²²¹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 235f.

²²² Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 246f.

Normanwendungsvarianten trägt beispielsweise der Grundsatz bei, gleichgelagerte Fälle konsequent gleich zu bewerten.²²³

Auch den so von *Alexy* ausformulierten Maßstab zur prozeduralen Eingrenzung von Wertungsspielräumen verwirklichen reale Diskurse natürlich nicht umfassend. Das gesteht er selbst ausdrücklich ein.²²⁴ *Alexy* nimmt aber immerhin an, dass der reale Diskurs die Regeln des idealen Diskurses wenigstens näherungsweise befolgen kann. Damit lässt sich zumindest grob bestimmen, wo die Trennlinie zwischen diskursiv möglichen und unmöglichen Normanwendungsvarianten verläuft.²²⁵

Alexy räumt hierbei ein, dass dies dem Normanwender unter den diskursiv möglichen Wertungsentscheidungen zur Normanwendung einen nicht näher eingrenzbaren Ermessensspielraum belässt. Innerhalb dieses Rahmens ließe sich selbst unter Befolgung der Diskurstheorie nicht vorhersehen, welche Anwendungsvariante methodenkonform gewählt würde.²²⁶

Gleichzeitig betont *Alexy* erstens, dass die Diskurstheorie einen erheblichen Rechtssicherheitsgewinn bereits mit ihrer Möglichkeit verspricht, gesetzeskompatible Normanwendungsweisen zusätzlich einzugrenzen.²²⁷ Zweitens bezweifelt er, dass rigidiere Wege bestehen, Normanwendungen vorsehbar zu gestalten.²²⁸ Das erklärt sich daraus, dass der ihm zufolge rechtsimmanente moralische Richtigkeitsanspruch Gesetzesanwendern seinerseits als weiches Gebot aufträgt, die moralischste Normanwendungsweise anzustreben²²⁹. Letztere kann seines Erachtens ausschließlich der Diskurs ermitteln.²³⁰

bb. Kritikpunkte

(a) Unnötiger Moralbezug zulässiger Normanwendung

(aa) Orientierung

Damit sich *Alexys* Diskurstheorie als optimaler Rahmen für vorhersehbare Normanwendungen erweist, müssen zunächst zwei Annahmen zutreffen: Zumindest als weiche rechtsimmanente Vorgabe muss erstens wenigstens das Grundgesetz verlangen, Wertungsspielräume möglichst mit der moralisch richtigen Anwendungsweise auszufüllen. Zweitens muss die Diskurstheorie *die* geeignete Anleitung sein, um solche moralisch richtigen Entscheidungsweisen zu identifizieren.

²²³ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 236f.

²²⁴ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 351.

²²⁵ Siehe *Alexy*, in: Ratio Juris 2015, 441, 443.

²²⁶ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 356f.

²²⁷ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 350f.

²²⁸ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 355.

²²⁹ Vgl. *Poggi/Sardo*, in: Rechtstheorie 2016, 413, 414ff.

²³⁰ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 418.

Bereits gegen diese beiden Grundpfeiler von *Alexys* Überlegung formiert sich Kritik.²³¹ Die Einwände gegen die Gültigkeit der genannten zwei Prämissen *Alexys* erörtern deshalb nacheinander die folgenden Unterabschnitte (bb) und (cc).

(bb) Grenzen der ideellen Dimension des Rechts

Alexys Diskurstheorie folgert das rechtsimmanente Gebot moralisch richtiger Normanwendungsweisen daraus, dass Sollenssätze über die richtige Rechtsanwendung wie jeder andere handlungsweisende Sollenssatz implizit beanspruchen, richtig zu sein.²³² Das klingt solange schlüssig, bis der Gehalt dieser Konklusion und ihrer Prämissen näher präzisiert wird. Das rechtsimmanente Gebot moralisch richtiger Normanwendungsweisen, das *Alexy* ableitet, fordert nicht etwa bloß lose das Bemühen um ein moralisches Minimum. Gemeint ist damit vielmehr die weiche (berufsethische) Vorgabe, Recht tatsächlich so weit wie möglich moralisch richtig anzuwenden.²³³

Gleichwohl ist zweifelhaft, ob ein wie auch immer vorhandener rechtsimpliziter Richtigkeitsanspruch per se solche Ambitionen hegt. Weitaus wahrscheinlicher zielt er auf bescheidenere ethische Qualitäten einer Entscheidung. Das wird daran deutlich, was *Alexy* alles als Normanwendungsvorschlag mit Richtigkeitsanspruch genügen lassen muss, um noch davon zu sprechen, dass solche Richtigkeitsansprüche sämtlichen Entscheidungen zur Anwendung des Rechts anhaften.²³⁴ Damit man in dieser Allgemeinheit dem Recht und der Rechtsanwendung flächendeckend Richtigkeitsansprüche attestieren kann, muss man sogar rein egoistisch motivierte Normen und Anwendungsvarianten so deuten, dass auch ihre Begründung aus bloßer Selbstbereicherung heraus einen Anspruch auf moralische Richtigkeit vermittelt.²³⁵ *Alexy* erkennt dies teilweise selbst, zieht daraus aber keine Konsequenz.

*Finnis*²³⁶ und *Poggi/Sardo*²³⁷ problematisieren demgegenüber zurecht, dass sich demzufolge hinter dem rechtsimmanenten Richtigkeitsanspruch nicht mehr verbirgt als der triviale Umstand, dass der Normgeber oder -anwender die jeweils eingeführte Norm oder ihre Anwendungsweise bevorzugt.²³⁸ Gerade in der richterlichen Rechtsanwendung kann man daraus zwar in allen Fällen schließen, dass ein Gericht die von ihm vorgeschlagene Entscheidungsweise nicht für dermaßen moralisch fehlgeleitet hält, dass es ihm widerstrebt, sie zu wählen. Sonst würde er sie ja nicht den Alternativen vorziehen.

Insofern lässt sich davon sprechen, dass jeder Normanwender mit seinem Vorschlag zur rechtlich richtigen Normanwendung zugleich impliziert, dass diese Variante für sich auch ein ethisches

²³¹ Siehe etwa *Pino*, in: *Ratio Juris* 2014, 190, 202f.

²³² Vgl. *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 262.

²³³ Vgl. *Klatt*, in: *Der Staat* 2015, 469, 472f.

²³⁴ Vgl. *Engländer*: *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 89; *Tschentscher*: *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1. Aufl. 2000, S. 363.

²³⁵ Siehe *Alexy*, in: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, 2017, 314, 316f.

²³⁶ Siehe *Finnis*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2014, 85, 91f.

²³⁷ Siehe *Poggi/Sardo*, in: *Rechtstheorie* 2016, 413, 424ff.

²³⁸ *Poggi/Sardo*, in: *Rechtstheorie* 2016, 413, 435f.

Mindestmaß reklamiert. Die Entscheidung zugunsten der Normanwendungsweise, die dies leugnet, würde sich in der Tat in einen performativen Widerspruch verstricken; sie kommt in der Praxis de facto nicht vor.²³⁹ Von dieser Grundüberlegung aus ist es jedoch ein weiter, auf Hilfsprämissen angewiesener Weg bis zur Folgerung, dass Rechtsanwender Wertungsspielräume von Normen so ausfüllen müssen, wie es moralisch im höchsten Maße richtig wäre.²⁴⁰

Denn wie eben festgestellt liegt in der Natur der Rechtsanwendung zunächst lediglich die *Tatsache*, dass der Rechtsanwender sich sachgedanklich zwingend um ein ethisches *Mindestmaß* seiner Entscheidung *bemüht*. Hieraus wie *Alexy* das weiche *Gebot* nach einem *erfolgreich* verwirklichten *Höchstmaß* an Moral der Normanwendung zu folgern, ist nur schlüssig, sobald man implizit zweierlei zusätzlich unterstellt.

Den faktisch bescheidenen rechtsimmanenten Richtigkeitsanspruch darf man erstens nicht nur als eine Gegebenheit auffassen, also als beobachtbaren Ist-Zustand. Man muss diesen Ist-Zustand auch für rechtlich gesollt befinden, um aus dem Sein ein Gebot abzuleiten. *Alexy* muss annehmen, solche Sein-Sollen-Schlüsse seien zulässig. Erst dadurch kann er zeigen, dass jede Normanwendung nicht bloß zwangsläufig ein Mindestmaß ethischer Richtigkeit impliziert, sondern dass es zugleich rechtlich gewünscht ist, dass dies geschieht. Soweit ersichtlich, hat *Alexy* diese stillschweigende Vorannahme niemals näher plausibilisiert. Dies wäre aber dringend geboten, soll man nicht davon ausgehen, dass es sich bei solchen Hilfsprämissen bloß um opportune Setzungen handelt.²⁴¹

Eine solche Befürchtung liegt vorerst nahe. Denn auch aus dem Rechtsgrundsatz ‚ultra posse nemo obligatur‘ folgt zunächst nur, dass das Gesetz den notwendigen Richtigkeitsanspruch jeder Normanwendung zulässt.²⁴² *Alexy* muss darüber hinaus darlegen, wieso aus einer Erlaubnis eine weiche gesetzliche Verpflichtung wird. Dies könnte gelingen, indem er argumentiert, dass eine Normanwendungsweise niemals ohne Richtigkeitsanspruch möglich ist und damit die einzige real verbleibende zulässige Variante der Normanwendung diejenige mit einem Richtigkeitsanspruch ist. Mangels Alternativen könnte man die einzige zulässige Variante als die gesetzlich geforderte betrachten.

Aber selbst diese Zwischenannahme ist ihrerseits erst eine notwendige und noch keine hinreichende Bedingung dafür, auf das Gebot des moralischen Optimums in der Normanwendung zu schließen. Um bei einem Schluss hierauf anzugelangen, muss *Alexy* zusätzlich zum Gebot eines moralischen Minimums noch die Hilfsprämisse einführen, dass hieraus eine Ableitung a minori ad maius zulässig ist. Das erfordert eine weitere Setzung, zumal ein solcher Gedankengang das Gegenteil des in der Logik verwurzelten Erst-Recht-Schlusses von A&B auf A bildet. In Ansätzen beschreibt bereits *Tschentscher* diese Problematik: „Daraus, daß jemand die grundsätzliche Fähigkeit und auch eine tatsächliche, wenn auch vielleicht nur rudimentäre praktische Erfahrung damit hat, den Richtigkeitsanspruch seiner Behauptungen durch Argumentation zu stützen, folgt noch nicht, daß

²³⁹ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 429.

²⁴⁰ Vgl. *Poggi/Sardo*, in: Rechtstheorie 2016, 413, 440f.

²⁴¹ Vgl. *Hoerster*: Was können wir wissen?, 2010, S. 84ff.

²⁴² Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 254.

*er von dieser Fähigkeit in jedem Fall Gebrauch machen muß. (...) Die bloße Möglichkeit moralischen Handelns trägt noch keine Notwendigkeit in sich*²⁴³.

Mithin wird deutlich, dass man Wertungsspielräume zwar durchaus mit der moralisch richtigen Normanwendungsvariante ausfüllen kann, ohne mit gesetzlichen Vorgaben in Konflikt zu geraten. Nur mit voraussetzungsreichen Setzungen lässt sich indes eine rechtsimmanente Pflicht hierzu schlüssig herleiten – jedenfalls soweit sie über das Gebot hinausgehen soll, mehr als ein ethisches Minimum der vorgeschlagenen Normanwendungsweise zu wahren, wie es die Praxis ohnehin schon tut.²⁴⁴

Die vom Rechtssicherheitsgebot geforderte größtmögliche Prognostizierbarkeit von Entscheidungen findet ihre Grenzen also nicht schon darin, dass eine zulässige Methode zuvorderst hochmoralische Normanwendungen produzieren muss. Vielmehr darf eine Methode vorhersehbarere Alternativen auch bevorzugen, wenn sie moralisch hinter der ethisch günstigsten Entscheidungsart zurückzubleiben.

Dabei kann dahinstehen, ob Vorhersehbarkeit und Moralität einer Normanwendungsweise überhaupt kollidieren können²⁴⁵. Die Feststellung dieses Abschnitts lautet nämlich, dass das moralische Ideal (der Diskursregeln) selbst dann dem gebotenen Optimum an Vorhersehbarkeit keine Grenze zöge, wenn beide in Konflikt gerieten. Denn dazu müsste rechtsimmanent mehr geboten sein als ein ohnehin stets erreichbares moralisches Minimum.

Die Diskurstheorie formuliert mithin vermutlich schon deswegen keine zureichenden Kriterien für die optimale Vorhersehbarkeit einer juristischen Methode, weil sie sich gar nicht umfassend darum bemüht. Stattdessen begnügt sich das diskursive Verfahren, möglichst moralische Normanwendungen anzustreben, auch wenn die deutsche Verfassung hiernach nicht verlangt und auch wenn unterdessen die gebotene Berechenbarkeit vernachlässigt wird.

(cc) Untauglichkeit der Diskurstheorie zur Moralerkenntnis

Dem Vorabschnitt zum Trotz mag man dennoch unterstellen, die ideelle Dimension des Rechts reiche so weit, dass jede Normanwendung aufgrund weicher rechtsimmanenter Vorgaben Wertungsspielräume moralisch richtig auszufüllen sei. Man käme dann zu dem Ergebnis, dass jede zulässige vorhersehbare Normanwendungsvariante auch moralisch optimal oder zumindest besonders qualifiziert ausfallen müsste. Die rechtssicherste Entscheidungsweise könnte somit immer nur auf dem Weg ermittelt werden, der zum moralischen Ideal oder wenigstens zu moralischer Güte führt.

Hierbei stiftet aber nicht schon irgendeine relative ethische Zielvorgabe ein derartiges normkonkretisierendes moralisches Qualitätssiegel. In Frage kommt dafür allenfalls ein allgemeingültiger Sollenssatz, den jedermann akzeptieren kann, ohne eine gewisse Grundüberzeugung teilen zu müssen. Denn wenn stattdessen schon die Sondernorm irgendeiner

²⁴³ *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 249.

²⁴⁴ Vgl. *Porciello*, in: ARSP 2017, 483, 491ff.

²⁴⁵ Verneinend *Kudlich/Oglakcioglu*, in: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, 171, 180.

bestimmten Gesinnungsgruppe ausreichend wäre, um den normimplizit gebotenen ethischen Standard der Rechtsanwendung einzuhalten, würde dieses Kriterium kaum Wertungsspielräume eingrenzen. Leitplanken setzt ihre Orientierung an moralischen Idealen einer juristischen Methode dagegen nur, wenn die Entscheidungsvorgaben allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen und nicht bloß den individuellen Vorlieben des jeweiligen Rechtsanwenders folgen. Nichts anderes würden wohl auch die Diskurstheoretiker annehmen.²⁴⁶

Wenn aber höchstens eine allgemeine Moral bestimmte Normenwendungsvarianten gebieten darf, so bleibt zunächst unklar, ob ausgerechnet die Diskurstheorie zu ihrer Erkenntnis den richtigen Weg weist.

Immerhin vermeidet die Diskurstheorie das Münchhausen-Trilemma, das die Beliebigkeit einer materiellen Begründungskette eines allgemeinverbindlichen moralischen Sollenssatzes verdeutlicht.²⁴⁷ Stattdessen setzt die Diskurstheorie nämlich auf eine prozedurale Begründung moralischer Richtigkeit.²⁴⁸ Hiernach erlangt ein Sollenssatz seine moralische Autorität aufgrund des Konsenses der Sprachgemeinschaft über die einzuhaltenden Verfahrensregeln und aufgrund des durch ihre Einhaltung gewonnenen Konsenses in der Sache (zumindest im Hinblick auf das diskursiv Notwendige und Unmögliche).

Damit verlagert die Diskurstheorie aber nur den Punkt, an dem das Problem des Münchhausen-Trilemmas auftritt.²⁴⁹ Denn um zu zeigen, dass ihre Prozedur allgemeinverbindliche Sollenssätze herleitet, müsste die Diskurstheorie ihrerseits begründen, weshalb die Akzeptanz der Verfahrensregeln oder der Konsens über Diskursergebnisse deren moralische Richtigkeit nahelegt. Der Versuch hiervon endet zwangsläufig ebenfalls im infiniten Regress, im Zirkelschluss oder in einer beliebigen Setzung.²⁵⁰

Zwar bemühte sich zumindest *Habermas*, diesem Einwand zu entgehen. Dazu bemerkte er, das Münchhausen-Trilemma sei „*offensichtlich zu selektiv für die Darstellung der pragmatischen Beziehungen zwischen argumentativen Sprechhandlungen*“²⁵¹. Jenseits solcher pauschalen Behauptungen und definitorischen Verzerrungen blieb die Diskurstheorie jedoch eine Erklärung schuldig, warum für sie das Münchhausen-Trilemma nicht gelten soll.²⁵²

²⁴⁶ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 231f.

²⁴⁷ So *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 223 *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 38f.

²⁴⁸ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 399; *Borowski*, in: Jurisprudence 2011, 575, 576; *Alexy*, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, 343; *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 364.

²⁴⁹ Vgl. *Engländer*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 273, 284.

²⁵⁰ Vgl. *Bäcker*, in: ARSP 2011, 346, 355; *Gril*: Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 192.; *Volkman*, in: JuS 1997, 976, 978 m.w.N.

²⁵¹ *Habermas*: Diskursethik, Band 3, 2009, S. 89ff.

²⁵² Vgl. *Albert*: Kritik des transzendentalen Denkens, 2003, S. 132ff.

Zurecht hält *Albert* die Reaktion *Habermas*‘ daher für ein fadenscheiniges Ausweichmanöver, dem die Widerlegung des Einwands nicht gelingt.²⁵³ Denn auch der Ansatz der Diskurstheoretiker gerät in das Münchhausen-Trilemma, sobald er Zweifel an der Geltung seiner Argumentationsregeln ausräumen will: Entweder er setzt diese schlichtweg voraus oder er begibt sich in einen infiniten Regress induktiver Begründungen oder er bedient sich eines Zirkelschlusses. Nie jedoch gelangen *Habermas* und *Alexy* zu einer Letztbegründbarkeit ihrer These, dass der Diskurs die (rechtlich oder moralisch) gebotene Normanwendungsmethode bildet.²⁵⁴ Hieran ändert auch *Brunes* Bemerkung nichts, dass der Zweifel an der Letztbegründbarkeit selbst nicht letztbegründbar sei und daher nicht gelten dürfe²⁵⁵. Wie die Auseinandersetzung mit dem kritischen Rationalismus zeigen wird, bewährt sich ein Erkenntnismodell als praktisch leistungsfähiger, wenn es durchschlagende Einwände berücksichtigt, falsifizierte Theorien mangels Letztbegründbarkeit hingegen verwirft.²⁵⁶

Hilfsweise verweist *Habermas* aber immerhin darauf, die Konsequenzen des Münchhausen-Trilemmas könnten sowieso dahinstehen. Ob die Diskurstheorie letztbegründbar sei oder nicht, habe keine Bedeutung für ihre tatsächliche durchschlagende Sachdienlichkeit. Schließlich verstünde jedermann ihre Argumentationsregeln als gültig und schließlich seien sie als Leitlinie zu richtigen Entscheidungen alternativlos, andernfalls drohten performative Widersprüche.²⁵⁷

Doch ob sich solche Annahmen mit der Wirklichkeit decken, wird vielfach bezweifelt. Und um sich hierüber mithilfe eines unbestreitbaren Erfolgs in der Praxis hinwegzusetzen, müsste die Diskurstheorie sich zunächst unter realen Bedingungen behaupten. Sie müsste also tatsächliche Rechtsanwender mit all ihren Vorbehalten motivieren, Diskurse zu führen. Zugleich müsste die Diskurstheorie behaupten, es sei unbeachtlich, „*ob die betreffenden Personen tatsächlich die notwendigen Überzeugungen haben - ob sie zum Beispiel faktisch die betreffenden Regeln anerkannt haben*“²⁵⁸. Dann aber ist fraglich, wie die alternativlose Gültigkeit des Diskurses als richtige Normanwendungsmethode jedermann begreiflich gemacht werden soll. Da eine Letztbegründbarkeit am Münchhausen-Trilemma scheitert, läuft die Herleitung offenbar doch auf eine bloße beliebige Setzung hinaus. Denn der Diskurstheoretiker scheint „*durchaus bereit, seine eigene ‚Einsicht‘ an die Stelle der faktischen Überzeugungen seiner Versuchsperson zu setzen, falls sich diese nicht dazu verstehen kann, ihm zuzustimmen*“²⁵⁹.

Gewiss mag man es für unerheblich erklären, ob diskurstheoretische Verfahrensregeln universell akzeptabel sind. Ebenso ist es unbeachtlich, ob Verstöße gegen solche sich teilweise in performative

²⁵³ Siehe *Albert*: Kritik des transzendentalen Denkens, 2003, S. 177ff.

²⁵⁴ Vgl. *Albert*: Kritik des transzendentalen Denkens, 2003, S. 150ff.

²⁵⁵ So *Brune*: Moral und Recht, 2010, S. 354.

²⁵⁶ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.b.

²⁵⁷ Siehe *Habermas*: Diskursethik, Band 3, 2009, S. 89ff.

²⁵⁸ *Albert*: Kritik des transzendentalen Denkens, 2003, S. 162.

²⁵⁹ *Albert*: Kritik des transzendentalen Denkens, 2003, S. 162.

Widersprüche verstricken²⁶⁰ und ob ihre Vorgaben sich teilweise „*unmittelbar auf die Güte der Argumente beziehen*“²⁶¹.

Um sich dann aber wenigstens durch bloße praktische Leistungsfähigkeit zu bewähren, müsste die Diskurstheorie zumindest potenzielle Anwender überzeugen, wieso sich ausgerechnet durch ihr Verfahren befolgenswerte Sollenssätze feststellen lassen. Dafür müssten die Diskurstheoretiker zeigen, weshalb die Akzeptabilität der Verfahrensregeln die materielle Richtigkeit der ihnen gemäß ermittelten moralischen Wertungen garantiert. *Alexy* behilft sich an diesem Punkt mit der Heuristik, „*daß Menschen, so wie sie tatsächlich existieren, grundsätzlich in der Lage sind, gute von schlechten Gründen für substantielle Aussagen zu unterscheiden. Die Diskurstheorie geht also von einem grundsätzlich bestehenden hinreichenden Urteilsvermögen der Teilnehmer aus*“²⁶².

Da die Begründungskette hier abbricht, besteht freilich keine Gewähr des Diskurses für die materielle Richtigkeit seiner Feststellung zur Moralität von Entscheidungen. Zutreffen könnte nämlich ebenso gut das Gegenteil der kettenabbrechenden Grundannahme: Womöglich verkennt ein Konsens über moralische Richtigkeit die tatsächliche moralische Qualität einer Entscheidung und beruht stattdessen auf einem kollektiven Irrtum.²⁶³

Alexy weiß offenbar um die Schwierigkeit, die universelle Gültigkeit der Diskursregeln zufriedenstellend darzulegen. Er formuliert diese daher in seiner Theorie bewusst so zurückhaltend, dass sie Wertungsspielräume selten bis auf eine einzige vertretbare Normanwendungsweise reduzieren. An anderer Stelle räumt er deshalb ausdrücklich ein, dass die Prognoseleistung seines Modells jedenfalls an Grenzen stößt, wo der Diskurs mehr als eine Entscheidungsvariante zuließe.²⁶⁴

Trotzdem will er anhand von pragmatischen Erwägungen zeigen, dass seine Diskurstheorie immerhin die bestmögliche Alternative zur Ermittlung moralischer Qualitäten sei.²⁶⁵ Schließlich, so seine Argumentation, sprächen genügend pragmatische Gründe dafür, sich auf den Diskurs einzulassen und auf diesem Wege zu Urteilen über die moralische Richtigkeit zu gelangen.²⁶⁶

Denn etliche Diskursgrundsätze wie auch der Richtigkeitsanspruch wohnten gerade dem Dialog über die korrekte Normanwendung so sehr inne, dass es schwerfiele, sich ihnen ohne performative Widersprüche zu entziehen. Mit der gewöhnlichen kommunikativen menschlichen Lebensweise sei

²⁶⁰ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 231f.; *Habermas*, in: Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, 84, 89ff.

²⁶¹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 401.

²⁶² *Alexy*, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, 343, 346.

²⁶³ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 225ff.

²⁶⁴ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 350.

²⁶⁵ So *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 355.

²⁶⁶ Siehe *Alexy*, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, 343, 349.

es mithin tendenziell leichter zu vereinbaren, sich auf den Diskurs einzulassen, als sich ihm zu verweigern.²⁶⁷

Darüber hinaus bestünden Anreize zur Diskursteilnahme sowohl bei günstiger argumentativer Ausgangslage als auch bei unbegründeten Positionen.²⁶⁸ Denn gut untermauerten Auffassungen verspricht der Diskurs, andere Teilnehmer nachhaltig zu überzeugen. Und auch unsubstantiierte Auffassungen nehmen bei Teilnahme am Diskurs weniger Schaden, als wenn sie fernbleiben.²⁶⁹ *Tschentscher* hat diese Überlegung so zusammengefasst: „*Wer verhindern will, daß das Interesse der Diskurspartner am Diskurs und damit die Möglichkeit der Legitimation 'auf Null oder fast auf Null' sinkt, muß die genuine Diskursteilnahme wenigstens gelegentlich heucheln*“²⁷⁰.

Es scheint indes fraglich, ob diese Klugheitsregel dazu ausreicht, selbst Menschen mit diskursiv kaum rechtfertigbaren Positionen zum Diskurs zu ermuntern. Jüngere Überlegungen der Politikwissenschaft wie die Selektoratstheorie legen dies fern. Gerade die Arbeiten von *de Mesquita* und *Smith* konnten anhand sozioökonomischer Studien das Gegenteil aufzeigen: Autoritären Regimen gelingt der Machterhalt gerade dann besonders lange, wenn sie Ressourcen wie Bodenschätze und Steuereinnahmen nicht zugunsten des Allgemeinwohls bzw. ihrer Vorstellung davon einsetzen. Eher verfestigen sie ihre Stellung, indem sie das Staatsvermögen der allgemeinen Bevölkerung bewusst vorenthalten und stattdessen unter den Angehörigen ihrer Machtbasis verteilen, um deren Loyalität zu sichern.²⁷¹ Das strategische Eigeninteresse eines Autokraten, ‚the logic of political survival‘, spricht deshalb explizit dagegen, in einen ernsthaften Diskurs über eine gerechte Ordnung zu treten. So zumindest der Befund der Selektoratstheorie auf Basis beachtlicher empirischer Erhebungen.²⁷² Und selbst *Tschentscher* benennt mit China, Singapur und dem Iran Staaten, in denen sich die Führung nur begrenzt den Diskursregeln beugt und in denen trotzdem „*real mögliche und über längere Zeiträume stabile Sozialordnungen*“²⁷³ bestehen.

Auch aus Opportunität vorgeschobene Gründe eines Despoten kann man freilich als dessen Eintritt in den Diskurs werten – wenngleich er damit höchstens vereinzelt Diskursregeln anerkennt und Vorgaben wie diejenige zur Aufrichtigkeit²⁷⁴ oder zur Gleichberechtigung aller Diskursteilnehmer²⁷⁵ geflissentlich ignoriert. Aus der Bereitschaft eines Autokraten zu dieser

²⁶⁷ So *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 418ff.

²⁶⁸ So *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 424f.

²⁶⁹ So *Alexy*, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 127; *Alexy*, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, 343, 349; vgl. auch *Wesche*, in: ARSP 1996, 586, 587.

²⁷⁰ *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 321.

²⁷¹ Siehe *Bueno de Mesquita/Smith/Siverson* et al.: The Logic of Political Survival, 2003, S. 37ff., 273ff.

²⁷² Siehe *Bueno de Mesquita/Smith/Siverson* et al.: The Logic of Political Survival, 2003, S. 37ff.; in Ansätzen selbst: *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 423.

²⁷³ *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 299ff. m.w.N.

²⁷⁴ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 236.

²⁷⁵ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 240; vgl. *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 228.

eingeschränkten Diskursform folgt allerdings keinesfalls, dass die Diskursethik im Ganzen in der Praxis universelle Akzeptanz genießt oder genießen sollte.²⁷⁶

Genau hierum geht es *Alexy* jedoch offenbar, wenn er pragmatisch dafür argumentiert, jedermann ließe sich zur Befolgung seiner Diskursregeln motivieren und die Diskurstheorie sei somit die bestmögliche ethische Methode.²⁷⁷ Tatsächlich scheint in praktisch realisierbaren Diskursen dagegen nur ein so kleiner Nenner an Verfahrensregeln und Bewertungen in der Sache konsensfähig, dass bestenfalls die Verständigung auf basalste moralische Aussagen gelingt. Ein solcher allgemein akzeptabler Maßstab scheint indes deutlich zu grobschlächtig für die feingliedrige Auseinandersetzung mit moralischen Qualitäten von Normanwendungsweisen, die sich mitunter nur um Nuancen unterscheiden.²⁷⁸ Damit zeigt sich, dass möglichen Diskursteilnehmern der Mehrwert der Diskurstheorie jedenfalls als Instrument zur präzisen Ermittlung moralischer Qualitäten nicht universell vermittelt werden kann.²⁷⁹

Feingliedrigere Vorgaben zugunsten der moralisch richtigen Entscheidung produziert hingegen allenfalls ein strenger geführter Diskurs. Dessen Regeln zu akzeptieren, liegt jedoch weder aus allgemein überzeugenden pragmatischen Argumenten nahe noch aus sonstigen Gründen.²⁸⁰ Diskursive Werturteile sind damit aber ebenso relativ wie die Moralerkenntnis gemäß anderen ethischen Theorien. Sie alle stellen die moralische Richtigkeit gleichermaßen zumindest teilweise ins Belieben eines nicht näher rationalisierbaren Glaubens der Theorieanhänger daran, dass sie hierdurch Einsicht in tatsächlich gültige Maximen erlangen.

Damit kann aber keineswegs plausibilisiert werden, weshalb sich ausgerechnet die Diskurstheorie als optimaler Weg zur Moralerkenntnis empfiehlt – selbst wenn es Normen implizit gebieten würden, ihre Wertungsspielräume möglichst mithilfe der moralischsten Anwendungsvariante auszufüllen. Schließlich ist die Diskurstheorie vermöge ihrer bloß relativen Akzeptabilität bestenfalls eine von mehreren beliebig wählbaren Methoden zur Moralerkenntnis.

(dd) **Zwischenergebnis**

Die obigen Ausführungen machen einerseits deutlich, dass dem Recht kein implizites weiches Gebot dazu innewohnt, Wertungsspielräume mithilfe moralisch richtiger Normanwendungsweisen auszufüllen. Die Leitlinienfunktion einer allgemeinverbindlichen Moral erschließt sich nicht schon aus der Natur des Rechts.

Und selbst wenn es so wäre, böte die Diskurstheorie andererseits keineswegs die geeignetste Methode, um festzustellen, welche Entscheidungsweise in der Normanwendung eine ideale allgemein akzeptable ethische Qualität aufweist. Schließlich scheitert die Plausibilisierung ihres Allgemeingültigkeitsanspruchs in der Theorie daran, dass auch ein Versuch zur Begründung der Diskursregeln im Münchhausen-Trilemma endet. Ebenso fehlt es der Diskurstheorie in der Praxis

²⁷⁶ Vgl. *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 303ff.

²⁷⁷ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 225ff.

²⁷⁸ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 148f.

²⁷⁹ Ähnlich auch *Gril*: Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 201.

²⁸⁰ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 149.

an Überzeugungskraft, weil sie gerade schwachen Argumentationspositionen keinen realen Anreiz bietet, sich strengeren Diskursregeln zu unterwerfen.

Trotzdem ergibt sich aus alledem noch nicht, dass eine Normanwendungsmethode nach Maßgabe der Diskurstheorie kein Höchstmaß an Vorhersehbarkeit gestattet. Immerhin ist es ja denkbar, dass die Befolgung der Diskursregeln Wertungsspielräume zumindest zuverlässig so weit wie möglich eingrenzt – unabhängig davon, wie es um die moralische Güte der so nahegelegten Anwendungsvarianten bestellt ist.

Die prognostische Leistungsfähigkeit der Diskurstheorie gerät erst in Zweifel, wenn auch ernsthafte Bemühungen um die Einhaltung der Diskursregeln hinter den Möglichkeiten zurückbleiben, um Anwendungsspielräume in der Praxis einzugrenzen.

(b) Mangelnde Praktikabilität

Sogar die meisten Diskurstheoretiker selbst sind sich einig, dass der reale Diskurs häufig nicht zum Ideal aufschließen kann.²⁸¹ Alexy gesteht insofern zu, dass in realen Diskursen oftmals eine Vielzahl verschiedener Normanwendungsvarianten noch diskursiv möglich bleibt.²⁸² Auch *Tschemtscher* konzediert die „geradezu 'diskursfeindlichen' Rahmenbedingungen der sozialen Realität“²⁸³. Ihm zufolge herrscht insbesondere in praktischen Streitfällen unter den Parteien keine Verständigungsorientierung, sondern eine Erfolgsorientierung, die selbst gute Argumente der Gegenseite aus Partikularinteressen bewusst vernachlässigt.²⁸⁴

Trotzdem bescheinigen die Diskurstheoretiker auch dem realen Diskurs die Fähigkeit, Wertungsspielräume in nennenswertem Umfang zu begrenzen und damit letztendliche Entscheidungen erwartbarer zu gestalten.²⁸⁵ Gleichwohl wenden sich zwei Vorwürfe gegen die Prognoseleistung der Diskurstheorie.

Laut dem ersten Einwand verletzen reale Diskurse in Gestalt von Rechtsstreitigkeiten strukturimmanent gewisse Diskursregeln. Beispielsweise verzichten sie auf die Gleichberechtigung von Richtern und Prozessparteien.²⁸⁶ Alexy reagiert hierauf mit zwei Erwiderungen.

Einerseits begreift er den Richter doch als Diskursteilnehmer *inter pares*, da er sein Urteil schließlich vor Akteuren wie dem Schrifttum, der Öffentlichkeit und dem weiteren Instanzenzug rechtfertigen müsse.²⁸⁷ *Engländer* bemängelt hieran jedoch zutreffend, dass diese Auseinandersetzung mit einem Urteil bloß retrospektiv erfolgt: Am Diskurs zur Herstellung einer

²⁸¹ So Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 411; vgl. auch *Bäcker*, in: ARSP 2011, 346, 355f.

²⁸² Siehe Alexy, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 109, 123f.

²⁸³ *Tschemtscher*: *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1. Aufl. 2000, S. 231.

²⁸⁴ Siehe *Tschemtscher*: *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1. Aufl. 2000, S. 218.

²⁸⁵ Siehe etwa Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 223f.

²⁸⁶ Vgl. *Engländer*: *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 146.

²⁸⁷ Vgl. Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 271.

Entscheidung nehmen dem Richter gleichgeordnete Stellen noch gar nicht teil; stattdessen treten sie allenfalls nachträglich hinzu.²⁸⁸

Andererseits versucht *Alexy* deshalb, den Widerspruch zwischen der Natur eines Gerichtsverfahrens und den Regeln des Diskurses aufzulösen, indem er letztere verwässert. So lässt er es für einen Diskurs genügen, wenn der Richter selbstständig die Verfahrensentscheidung in einem hypothetischen Diskurs durchspielt. Das Vorbringen der Parteien müsse er dabei nur so betrachten, als ob *„ihre Argumente so beschaffen sind, daß sie unter idealen Bedingungen Zustimmung finden würden“*²⁸⁹. Zutreffend erkennt *Engländer* die Konsequenz hiervon: *„Der Rückgriff auf die Richterperspektive führt zu einem monologischen und nicht zu einem dialogischen Modell der richterlichen Entscheidungsfindung“*²⁹⁰. Mithin mangelt es einem Gerichtsverfahren zumindest praktisch an einem zentralen Strukturmerkmal idealer Diskurse.

Alexy hält dies aber für unschädlich: Ihm zufolge eignet sich auch der bloß hypothetisch im Kopf vollzogene Diskurs, um einen tatsächlichen Dialog hinreichend präzise nachzuempfinden.²⁹¹ Ob er hiermit Recht behält, lässt sich ohne tiefergehende Untersuchungen indes nur ansatzweise beurteilen. Ausschlaggebend dürfte sein, ob eine empirische Untersuchung zeigen kann, dass hypothetisch geführte Diskurse ähnliche Entscheidungen hervorbringen wie praktische Dialoge. Eine solche Beweisführung würde gelingen, wenn die nachträgliche dialogische Besprechung eines Urteils diese in der Regel nicht als diskursiv unmöglich herausstellt, sondern zumindest als eine vertretbare Lösung anerkennt. Soweit der praktische Diskurs auf diesem Wege den hypothetischen in aller Regel bestätigt, läge es zumindest vorläufig fern, dass diese Übereinstimmung auf reinem Zufall beruht. Stattdessen spräche sie dafür, dass ein diskursiver Monolog in der Tat das Ergebnis eines Dialogs antizipieren kann.

Aber selbst wenn eine diskursive Urteilsbesprechung die monologisch hergestellte Entscheidung des Richters typischerweise wenigstens für diskursiv möglich hält, ist damit die Praxistauglichkeit der Diskursregeln noch nicht erwiesen. Schließlich handelt es sich auch bei sachorientierten, abstrakten juristischen Diskussionen wie bei der Urteilsbesprechung ebenfalls um reale Diskurse. Es muss daher erst gezeigt werden, dass sie an ideale Diskurse anknüpfen können, ehe real befolgte Diskursregeln als praktikabler Maßstab für optimal vorhersehbare Normanwendungsmethoden gelten dürfen.

Hiergegen richtet sich der zweite Vorwurf. Er bezweifelt die Praxistauglichkeit von *Alexys* Diskurstheorie mit dem Argument, dass reale Diskurse mit idealen Diskursen kaum nachvollziehbar konvergieren.²⁹² Trifft das zu, wird infolgedessen zunächst ungewiss, in welchem Maße die Ergebnisse realer Diskurse die Legitimität beanspruchen dürfen, die sich aus der Akzeptabilität der idealen Diskursregeln ergibt. Schließlich ist ohne Nähe zum idealen Diskurs nicht ersichtlich, zu

²⁸⁸ Siehe *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 147.

²⁸⁹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 271.

²⁹⁰ *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 146.

²⁹¹ Siehe *Alexy*, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 109, 116f.

²⁹² So *Bäcker*, in: ARSP 2011, 346, 355f.; *Hutt*, in: International Journal of Constitutional Law 2018, 1121, 1133ff.

welchem Grad reale Diskurse dessen Vorschriften einhalten können. Dieses Problem bemerkt trotz seiner Aufgeschlossenheit gegenüber der Diskurstheorie selbst *Tschentscher*.²⁹³

Auch im hiesigen Kontext verdient der Vorwurf Beachtung. Denn die Diskurstheorie lässt offen, welche von zwei widerstrebenden in verschiedenen realen Diskursen ermittelten Entscheidungen Gültigkeit beanspruchen darf, wenn jeweils unterschiedliche Diskursregeln verletzt wurden. Zwar erkennt *Alexy* genau dies als Regelfall an, weil reale Diskurse das Ideal höchstens als regulative Idee anstreben können. Genau deswegen kranken sie typischerweise an der einen oder anderen Stelle an Defiziten.²⁹⁴ Gleichwohl beantwortet seine Diskurstheorie nicht, welche Unzulänglichkeiten eher vernachlässigbar sein sollen. Es bleibt dem Rechtsanwender hiernach unklar, für welche Anwendungsvariante er sich entscheiden soll: Für das eine Diskursergebnis, dessen Darstellung zum Beispiel gegen die Regeln der Logik verstößt? Oder etwa für eine zuwiderlaufende Entscheidung, deren Begründung sie zwar einhielt, aber einen Diskursteilnehmer nicht als gleichberechtigt behandelte und nicht auf seine Argumente einging?²⁹⁵

Weitergehend stellt sich noch eine zusätzliche Frage: Welche oder wie viele Regeln müssen aus *Alexys* Sicht verletzt werden, damit eine Entscheidungsfindung nicht mehr als Diskurs gilt? Reicht ein Verstoß? Auch dort, wo keine Variante alle Regeln vollends einhält? Und ab wann ist eine Methode nicht mehr so zu behandeln, als orientiere sie sich am diskursiven Maßstab? Eine Linie lässt sich nur schwerlich ziehen. Denn jede Zäsur unterhalb der Einhaltung aller Regeln des idealen Diskurses provoziert einen vergeblichen infiniten Begründungsregress.

Und letztlich kann nur eine Setzung darlegen, weshalb die Diskursregeln A bis X konstitutiv für einen hinreichenden Diskurs sein sollen – und X bis Z eben nicht. Das gilt insbesondere, weil *Alexy* andernorts festgehalten hat, dass seine Diskursregeln sämtlich notwendig sind, um den idealen Diskurs aufzuspannen.²⁹⁶ Wenn aber nur die Einhaltung aller Diskursregeln ein widerspruchsfreies und trennscharfes Kriterium bildet, das diskurskonforme Normanwendungsmethoden von den übrigen abgrenzt, gerät *Alexys* Diskurstheorie in ein handfestes Dilemma:

1. Sie kann entweder darauf dringen, dass eine Normanwendungsvariante allen Diskursregeln genügen muss. Zu den bestehenden lassen sich sogar noch weitere Vorgaben ergänzen. Damit grenzt die Diskurstheorie zwar zuverlässig ein, welche Methoden mit ihrem Standard kompatibel sind, und macht hieran orientierte Entscheidungen vorhersehbar. Dies gelingt aber nur zu dem Preis, dass in der Praxis möglicherweise kein Verfahren eine solche Diskurstreue verwirklicht. Der Maßstab der Diskurstheorie müsste dann alle Modelle gleichermaßen verwerfen. Damit verrät ihr Instrumentarium dem Normanwender praktisch fast nie, auf welchem Wege er eine vorhersehbare Entscheidung treffen kann.
2. Will *Alexy* diese Praxisferne vermeiden, kann er alternativ die Zahl zwingend einzuhaltender Diskursregeln beliebig senken. Sein Maßstab wird dadurch umso

²⁹³ Siehe *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 294.

²⁹⁴ Vgl. *Alexy*, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, 343, 348; *Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 221.

²⁹⁵ Vgl. *Wesche*, in: ARSP 1996, 586, 588.

²⁹⁶ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 234ff.

praxiskompatibler. Damit steigt aber auch die Bandbreite zulässiger, diskursiv möglicher Anwendungsvarianten ins Unermessliche. Vorhersagen lässt sich allmählich nur noch, dass eine diskurstheoretisch orientierte Methode Entscheidungen in einem breiten Korridor diskursiv zulässiger Normanwendungsvarianten produziert. Der auf ein praktikables Maß gestützte Satz von Diskursregeln verwirft schließlich allenfalls noch ganz offensichtlich eigensinnige Anwendungsformen.²⁹⁷

In abgeschwächter Form trifft *Alexy* damit ebenfalls der Vorwurf, dem bereits *Habermas*‘ Anwendungsdiskurs ausgesetzt ist. Entweder die Diskursanforderungen sind zu rigide, um sich flächendeckend einhalten zu lassen. Dann sind sie als methodischer Orientierungspunkt ungeeignet, um in der praktischen Rechtsanwendung ein Höchstmaß an Vorhersehbarkeit zu gewährleisten. Oder die Diskursregeln werden auf ein praktisch handhabbares Maß zusammengestrichen. Dann grenzen sie zulässige Normanwendungsvarianten nur mäßig ein und erschweren die Prognose der letztendlichen Entscheidung.

(c) Wertrelativismus

Womöglich kann man dieses Defizit aber beheben, ohne einen moralischen Orientierungspunkt als Eingrenzungskriterium für mögliche Anwendungsentscheidungen aufzugeben. Denkbar wäre es schließlich, das ethische Optimum schlichtweg auf anderem Wege zu bestimmen als durch den Diskurs, den *Alexy* bisher als Mittel der Wahl vorsieht²⁹⁸.

Auch eine alternative moralbezogene Leitlinie berechenbarer juristischer Methoden wäre indes aus strukturellen Erwägungen versperrt, soweit sich ein intersubjektiv gültiges ethisches Ideal schon aufgrund der Natur der Moral nicht identifizieren lässt. Dann nämlich entspräche eine moralische Eingrenzung zulässiger Normanwendungsvarianten höchstens den privaten Überzeugungen des Rechtsanwenders. Welche Methode moralisch richtig ist, wäre in sein Belieben gestellt.²⁹⁹ Warum er diese und nicht jene wählt, ließe sich somit mangels Kenntnis der ethischen Privatmeinung des Normanwenders nicht nachvollziehen.

Nur wenn der Wertrelativismus kein Recht behält und universell, unabhängig von individuellen Vorlieben gültige Sollenssätze intelligibel sind, kann es gelingen, Wertungsspielräume mithilfe moralischer Erwägungen vorhersehbar einzugrenzen.³⁰⁰ Dass eine berechenbare moralbestimmte Richtschnur zum Ausfüllen von Anwendungsspielräumen sich deshalb nur auf intersubjektiv einsehbare ethische Grundsätze stützen kann, erkennt auch *Alexy* unumwunden an.³⁰¹

Ein unüberwindbares Hindernis zur Entwicklung solcher Leitsätze könnte sich jedoch daraus ergeben, dass sich solche aus keiner Quelle für jedermann nachvollziehbar ableiten lassen.³⁰² Denn

²⁹⁷ Vgl. *Tschentscher*, in: *Rechtstheorie* 2002, 43, 54.

²⁹⁸ Siehe etwa *Alexy*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2013, 97, 101f.

²⁹⁹ Vgl. *Engländer*: *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 89.

³⁰⁰ Vgl. *Alexy*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 109, 112; *Klatt*, in: *Der Staat* 2015, 469, 473 m.w.N.

³⁰¹ Siehe *Alexy*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2013, 97, 101.

³⁰² Vgl. *Wendt*, in: *DZPhil* 2018, 653, 661ff.

möglicherweise bilden weder die Empirie noch etwaige allen Menschen apriorisch vorgegebene moralische Grundüberzeugungen intersubjektiv überprüfbare letzte Gründe, um daraus universell gültige Sollenssätze abzuleiten.³⁰³

Immerhin besteht heutzutage Einigkeit darüber, dass allgemeingültige Maximen sich nicht schon aus reinen Vernunftssätzen oder universell geteilten Intuitionen entnehmen lassen.³⁰⁴ Eindrucksvoll hat hierzu bereits Savigny dem Kantianer Fries vorgehalten, dass Apriori wie der kategorische Imperativ schlichtweg nicht in jedermanns Bewusstsein verankert zu sein scheinen: „*Ich werde nie vergessen, wie sehr ich bei meiner allerersten Bekanntschaft bekümmert war, das Sittengesetz in meinem Bewußtsein – nicht zu finden; der Kummer ist von mir gewichen, und es ist die Einsicht hinzugekommen, daß die Sache da gar nicht zu suchen sei*“³⁰⁵. Hieran ändert nicht einmal ein beliebiges Maß an Allgemeinbildung oder geistig-ethischer Fachkunde etwas. Unter Fachleuten herrscht nämlich gleichermaßen Uneinigkeit wie unter Laien: Wie umfangreiche jüngere Studien nahelegen, fußen offenbar selbst moralische Bewertungen von Experten vielfach auf gegenläufigen Intuitionen.³⁰⁶ Dabei ist auch nicht erkennbar, dass die Ansichten einer Seite auf blanker Unvernunft beruhen, während die der anderen sich auf evidente Herleitungen stützen.³⁰⁷

Und selbst wenn jedermann über das moralisch Richtige ähnlich denken würde, so wäre ohne beliebig unterstellte Hilfsprämissen zunächst nur der Ist-Zustand festgestellt. Daraus folgt jedoch noch nicht unmittelbar, dass der so allgemein wahrgenommene Satz tatsächlich gelten soll und nicht bloß dem Kollektiv irrtümlich so scheint.³⁰⁸ Wie Engländer überzeugend erkennt, beruht eine nicht auf Empirie gestützte Herleitung allgemeingültiger Sollenssätze daher höchstens auf angeblich intuitiv erkennbaren Apriori bzw. auf einer „*voluntativen Setzung*“³⁰⁹. Demnach führt ein „*aprioristische(s) Begründungsmodell in eine erkenntnistheoretische Sackgasse*“³¹⁰.

Somit bleibt allenfalls noch ein empirisch wahrnehmbarer Umstand als möglicher Ausgangspunkt eines intersubjektiv einsehbaren Sollenssatzes, der als Leitlinie vorhersehbarer Normanwendungen dienen könnte. Derartige Ableitungen scheitern jedoch ihrerseits am Sein-Sollen-Problem, dem sich in jüngerer Zeit unter anderem Schurz ausführlich gewidmet hat.³¹¹ Präzise arbeitet er heraus, dass aus einer bestimmten Beobachtung logisch fast nie die Modalität eines Sollens schlüssig gefolgert werden kann, ohne sich als zusätzlicher Setzung der Regel zu bedienen: „*Wenn es so ist, ist es*

³⁰³ Vgl. Engländer: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 90ff.

³⁰⁴ Siehe Engländer, in: ARSP 2004, 86, 91ff.

³⁰⁵ Savigny an Fries am 3.4.1802, zitiert nach Braun: Einführung in die Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 2006, S. 317.

³⁰⁶ Siehe Hitchcock, in: European Journal for Philosophy of Science 2012, 216.

³⁰⁷ Vgl. Wendt, in: DZPhil 2018, 653, 661ff.

³⁰⁸ So Engländer, in: ARSP 2004, 86, 91ff.

³⁰⁹ Engländer: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 93; vgl. auch Popper: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde - Band II, 8. Aufl. 2003, S. 273.

³¹⁰ Engländer: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 93.

³¹¹ Siehe Schurz, in: Ethik und Sozialwissenschaften 1995, 163.

geboten“³¹². Insofern darf es auch nicht überraschen, wenn dieselbe Beobachtung angereichert um verschiedene Hilfsprinzipien widerstreitende Sollenssätze begründet.³¹³

Eine Ausnahme bildet freilich das *Alberts*che Brückenprinzip ‚Sollen impliziert Können‘, wonach eine (praktisch relevante) Maxime ihre tatsächliche Befolgbarkeit zwingend voraussetzt. Gleichwohl bezweifeln manche Kommentatoren wie *Mizrahi* sogar die Gültigkeit derartig basaler logischer Beziehungen.³¹⁴ Angeführt wird insofern vor allem der Umstand, dass in Studien etliche Probanden Handlungen für moralisch geboten halten, die sie gleichzeitig als unmöglich einstufen.³¹⁵ Gleichwohl wurde das Brückenprinzip zumindest insoweit noch nie ernsthaft angezweifelt, als es lediglich klarstellt, dass ein Sollenssatz denklogisch nur dann wirkmächtig und in einer praxisrelevanten Weise gültig sein kann, wenn er sich tatsächlich befolgen lässt.³¹⁶

Hier akzeptiert deshalb auch *Schurz* die logische Tragfähigkeit und intersubjektive Nachvollziehbarkeit. Zutreffend merkt er jedoch an, dass sich ein derartiger Satz für sich genommen höchstens eignet, um triviale ethische Sätze zu beweisen. Keinesfalls taugt ein Brückenprinzip wie das von *Albert* indes dazu, Detailfragen der richtigen Normanwendung eindeutig zu beantworten.³¹⁷

Zwar ist das Brückenprinzip in der Lage, Entscheidungsspielräume erheblich einzugrenzen, wenn unterstellt wird, dass Individuen nie ihrem so wahrgenommenen Eigennutz zuwiderhandeln. Selbst die selbstloseste Person stellt schließlich nur dann eigene Bedürfnisse zurück, wenn dies ihr *eigenes* Gewissen befriedigt. Ließe sich nun zeigen, dass bestimmte konstruktiv-kooperative Formen des Zusammenlebens wechselseitig vorteilhaft sind, könnte man sie für jedermann begreiflich als erstrebenswert ansehen. Um daraus ihre Gebotenheit zu folgern, müsste zusätzlich nachgewiesen werden, dass wechselseitig schädliche destruktive Umgangsformen universell abgelehnt werden und bei besonnener Betrachtung als impraktikabel gelten.³¹⁸ Aber selbst wenn sich ein solches ethisches Programm intersubjektiv nachvollziehbar entfalten ließe, wäre es ungeeignet, in streitigen Normanwendungsfragen eine klare Leitlinie zu bilden. Denn hier gebietet der jeweilige Eigennutz einer Partei oftmals eine Entscheidung, die der für die Gegenseite vorteilhaften Alternative diametral entgegengesetzt ist.³¹⁹

Solche strukturimmanenten theoretischen Hürden einer intersubjektiv nachvollziehbaren moralischen Vorgabe korrespondieren mit dem allgegenwärtigen Dissens in der Praxis: Menschen bewerten tatsächlich die seltensten Konstellationen nach demselben einheitlichen, gemeinhin anerkannten moralischen Maßstab.

³¹² *Schurz*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1995, 163, 172.

³¹³ Vgl. *Schurz*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1995, 163, 173f.

³¹⁴ Siehe *Mizrahi*, in: *Philosophia* 2012, 829, 838f.

³¹⁵ Vgl. *Mizrahi/Kissinger-Know/Arگون*, in: *Philosophia* 2017, 165.

³¹⁶ Das bestreitet nicht einmal *Mizrahi*, in: *Philosophical Frontiers* 2009, 19, 20ff.

³¹⁷ Siehe *Schurz*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1995, 163, 168; vgl. auch *Berg*, in: *Pacific Philosophical Quarterly* 2018, 1, 12ff.; *Thomsen*, in: *AuK* 2017, 82, 106.

³¹⁸ Vgl. *Engländer*: *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 157ff.

³¹⁹ Vgl. *Keuth*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 287, 308f.

Ein solcher faktischer Wertrelativismus versperrt den Weg zu einer universellen Moral als Richtschnur berechenbarer juristischer Methoden selbst, wenn diese sich entgegen der geäußerten Einwände künftig theoretisch herleiten ließe. Denn eine derartige Erkenntnis wäre dann offensichtlich für die meisten nicht intelligibel.³²⁰ Auch wenn der Rechtsanwender sich also an einer universell gültigen Maxime orientierte, könnte ein Betrachter seine Erwägungen vermutlich nicht nachvollziehen.

Und in der Tat fällt es schwer, sich einen Sollenssatz ins Bewusstsein zu rufen, der nicht bloß als grundsätzliches Gebot von jedermann akzeptiert wurde, sondern tatsächlich auch in seinen konkreten Implikationen für Detailfragen.³²¹ Das hat bereits *Schurz* pointiert aufgedeckt: „*Gibt es überhaupt irgendeinen Sachverhalt, der in streng intersubjektiver Weise von allen möglichen Beobachtern übereinstimmend als ethisch gut oder schlecht empfunden wird? Hält man sich die moralische Verschiedenheit menschlicher Kulturen vor Augen, so muß, wie ich meine, die Antwort negativ ausfallen*“³²².

Diese tiefgreifende moralische Uneinigkeit der Rechtsbetrachter vereitelt im Übrigen auch die Ausweichstrategie, Normen so anzuwenden, wie es möglichst vielen moralischen Standpunkten entspricht. Schließlich verweist auch die Orientierung am Minimalkonsens allenfalls in eindeutigen Fällen auf eine bestimmte Anwendungsweise. Ansonsten grenzt die Methode zulässige Entscheidungen kaum vorhersehbar ein.³²³

Bis auf Weiteres scheitert damit jedweder und nicht bloß ein diskursiver Sollenssatz an den theoretischen und praktischen Einwänden gegen die Möglichkeit einer intersubjektiv gültigen ethischen Norm. Dies disqualifiziert eine solche grundsätzlich als Orientierungspunkt einer möglichst vorhersehbaren Normanwendung.

d. Zwischenergebnis

Der zurückliegende Abschnitt prüfte die Eignung von Diskurstheorien als Leitlinie für möglichst berechenbare juristische Methoden, das heißt für solche, die Wertungsspielräume in Normanwendungsfragen vorhersehbar eingrenzen. Betrachtet wurden hierzu die Modelle von *Habermas* und *Alexy*, die stellvertretend für die wesentlichen Varianten der Diskurstheorie stehen.

Zunächst zeigte sich, dass *Habermas*‘ Anwendungsdiskurs einerseits unterbestimmt ist und andererseits als Orientierungspunkt ein praktisch zu wenig erreichbares Ideal vorsieht. Seine Diskurstheorie bietet mithin keine praxisrelevante Richtschnur dafür, wann Normanwendungsmodelle Anwendungsspielräume maximal verlässlich ausfüllen.

Alexy drosselt aus diesem Grund die Anforderungen, die reale Diskurse einhalten müssen, um der diskursiven Methode gerecht zu werden. Daraus folgt jedoch zugleich, dass hinreichend

³²⁰ Vgl. *Keuth*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 287, 297.

³²¹ Siehe *Keuth*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 287, 295; *Schurz*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1995, 163, 174f.

³²² *Schurz*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften* 1995, 163, 174.

³²³ Vgl. *Rosenfeld*, in: *Ratio Juris* 2014, 1, 18.

regelkonforme Diskurse über Normanwendungsfragen den Korridor zulässiger Wertungen kaum einschränken. Denn ein praxiskompatibles Mindestmaß an Diskursanforderungen verzichtet just wegen dieser Praxiskompatibilität notwendig auf restriktive Leitplanken der Entscheidungsfindung.

Zwingend geboten ist ein derart suboptimales Verfahren zur vorhersehbaren Normanwendung dabei keineswegs. Schließlich verlangen Normen nicht schon strukturimmanent eine möglichst moralisch richtige Anwendungsvariante. Im Gegenteil hat die Untersuchung nahegelegt, dass sich ethische Vorgaben kaum intersubjektiv nachvollziehbar herleiten lassen. Einerseits fehlt eine gemeinhin einsehbare apriorische Grundannahme, auf die sich solche Sollenssätze stützen lassen. Andererseits scheitert eine Herleitung aus empirischen Erkenntnissen unverändert am Sein-Sollen-Problem. Den insofern logisch geforderten Modalitätensprung überwinden ohne beliebige Setzungen nur wenige intersubjektiv akzeptable Brückenprinzipien. Zu allgemeiner Gültigkeit verhelfen sie aber zumindest keinem detailgenauen ethischen Programm, das ein verlässlicher Orientierungspunkt in schwierigen Normanwendungsfragen wäre.

Somit eignet sich *Alexys* Diskurstheorie höchstens als Rahmen optimal vorhersehbarer Normanwendungen, wenn sich kein rechtssicherer Leitfaden entwickeln lässt, der ein höheres Maß an Vorhersehbarkeit verspricht. Dass ein solcher undenkbar ist, vermag die Diskurstheorie nicht zu belegen, zumal eine zulässige Normanwendungsmethode nicht rechtsimmanent eines (diskursiven) Moralbezugs bedarf. Im Gegenteil erschwert es ein solcher angesichts des weitgehenden Wertrelativismus sogar, Normen intersubjektiv vorhersehbar anzuwenden.

So oder so entwirft die Diskurstheorie nur dann Kriterien für die berechenbarste Normanwendungsmethode, wenn dies keiner anderen Theorie besser gelingt.³²⁴ Ob letzteres der Fall ist, erörtert der folgende Abschnitt.

3. Übertragbarkeit wissenschaftstheoretischer Maßstäbe

a. Orientierung

Ein besserer Maßstab für die Berechenbarkeit von Methoden als die Diskurstheorie drängt die rechtswissenschaftliche Diskussion nicht auf. Trotz intensiver Kritik an *Alexys* Ansatz wurde bislang nämlich kaum ein ernsthafter Gegenentwurf entwickelt. Der Jurisprudenz fehlt es an Alternativkriterien dazu, wann sich Normen rechtssicherer anwenden und entsprechende Spielräume vorhersehbarer ausfüllen lassen.³²⁵

Möglicherweise lässt sich jedoch den Wissenschaftstheorien ein Verfahren entleihen, das auch für berechenbare Methoden im Normanwendungskontext eine adäquate Richtschnur bietet.³²⁶ Immerhin zielt ein Teil der wissenschaftstheoretischen Diskussion darauf, Erkenntnismethoden zu

³²⁴ Vgl. *Wesche*, in: ARSP 1996, 586, 587.

³²⁵ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 26ff.

³²⁶ Vgl. *Funke*, in: Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, 1, 12.

entwickeln, die zumindest im naturwissenschaftlichen Kontext möglichst zuverlässige Prognosen erlauben.³²⁷

Inwiefern die Eigenheiten der Rechtsdogmatik eine Anwendung wissenschaftstheoretischer Modelle zulassen, ist allerdings umstritten.³²⁸ Deshalb überprüft der vorliegende Abschnitt zunächst, ob sich an Normanwendungsverfahren wissenschaftstheoretische Maßstäbe praktikabel anlegen lassen; erst danach wird ihre Leistungsfähigkeit beurteilt.

Zu klären hat dabei zuerst Abschnitt III.3.b, inwieweit die Wissenschaftstheorie Kriterien für leistungsfähige Vorhersagemodelle entwickelt hat und vor allem welche. Zweitens ist unter III.3.c zu ermitteln, worüber es bei der Normanwendung im Einzelnen einer zuverlässigen Prognose bedarf. Stehen die zu übertragenden Maßstäbe und das fragliche Anwendungsfeld fest, muss schließlich Unterabschnitt III.3.d ausloten, ob eine Übertragung wissenschaftstheoretischer Orientierungspunkte in den Kontext juristischer Methoden unüberwindbaren Hürden ausgesetzt ist.

b. Ermittlung relevanter wissenschaftstheoretischer Prognosemodelle

aa. Verortung der Methodendiskussion innerhalb der Wissenschaftstheorie

Ähnlich wie das Rechtssicherheitsgebot bildet die Wissenschaftstheorie einen Oberbegriff, unter dem sich unterschiedliche Dialoge über mannigfaltige Konzepte versammeln.³²⁹ Zweifellos fällt darunter auch die Diskussion geeigneter Instrumente, um zuverlässige (naturwissenschaftliche) Prognosen zu treffen,³³⁰ die intersubjektiv überprüft werden können.³³¹ Dies ist auch der Grund, weshalb die Wissenschaftstheorie als Orientierungspunkt für juristische Methoden in den Blick gerät, die möglichst weitreichend vorhersehbare Normanwendungen vorgeben sollen.

Schon dem ersten Anschein nach entwickelt die Wissenschaftstheorie schließlich Modellrahmen, um wenigstens im naturwissenschaftlichen Bereich zuverlässige, intersubjektiv nachvollziehbare Prognosen zu formulieren³³² – also potenzielle Leitlinien für Methoden, nach denen im rechtswissenschaftlichen Bereich das Rechtssicherheitsgebot für die Normanwendung verlangt.³³³ Immerhin beanspruchen wissenschaftstheoretische Konzepte zu umreißen, was als Mittel zu jenem Zweck der Vorhersehbarkeit taugt, den auch das Verfassungsrecht als ‚soft law‘ vorgibt – wenngleich in einem anderen Bereich als in dem, für den die Wissenschaftstheorie Wege zu belastbaren Prognosen auslotet.

³²⁷ Vgl. *Dumont*, in: RPhZ 2015, 251, 252 m.w.N.; *Mizrahi*, in: Social Epistemology Review and Reply Collective 2017, 9 (Heft 2); *Mizrahi*, in: Social Epistemology 2017, 351; *Mizrahi*, in: Social Epistemology Review and Reply Collective 2018, 7 (Heft 4); *Northcott*, in: Disputatio 2017, 631, 648ff.

³²⁸ Siehe nur *Potacs*, in: Karl R. Popper - Plädoyer für kritisch-rationale Wissenschaft, 2004, 109, 113ff.; vgl. auch *Engländer*, in: Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften, 2017, 111, 121.

³²⁹ Vgl. *Adrian*: Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, 2014, S. 18ff.

³³⁰ Vgl. *McKenna/Fassio*, in: Philosophical Methodology and Metaphilosophy 2015, 755.

³³¹ Siehe *Popper*: Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, S. 21; *Scholz*, in: Philosophia Naturalis 2013, 6, 18ff.; *Taylor/Vickers*, in: European Journal for Philosophy of Science 2017, 17.

³³² Vgl. *Adrian*: Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, 2014, S. 8 m.w.N.

³³³ Vgl. *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 179, 184f.

Bevor die hierfür von der Wissenschaftstheorie hervorgebrachten Modelle aber auf ihre Eignung im Kontext der Normanwendung überprüft werden können, sind sie näher ins Auge zu fassen. Einzugrenzen ist dazu zunächst im weiten Feld der Wissenschaftstheorie jener um Kriterien für erfolgreiche Prognosebildung bemühte Forschungsbereich, der möglicherweise auch Orientierungspunkte für berechenbare juristische Methoden liefert.

Die Wissenschaftstheorie befasst sich nur teilweise mit der Theorie wissenschaftlicher Erkenntnis,³³⁴ also mit der Theorie davon, wie besonders belastbare Hypothesen herausgearbeitet werden können – beispielsweise zu Prognosen über Zukunftsereignisse.³³⁵ Ebenso thematisiert sie mindestens die Metatheorie einzelner Wissenschaftsdisziplinen sowie eine Metatheorie zu den allgemeinen Eigenschaften und Strukturen von Wissenschaft.³³⁶

Die vorliegende Abhandlung interessiert an der Wissenschaftstheorie allein ihre Forschung nach Erfolgsbedingungen für Methoden, mit denen man tatsächlich zuverlässige Vorhersagen treffen kann. Möller spricht insofern von „*normativer*“³³⁷ Wissenschaftstheorie. Dieser Teil der wissenschaftstheoretischen Diskussion nimmt seinen Ausgang bei der Frage: „*Was kann ich wissen?*“³³⁸ Während das ‚Was‘ der Ausgangsfrage noch sämtliche Gegenstände von Erkenntnis betrifft, kann man konkreter nach Kategorien möglicher Erkenntnisobjekte fragen. Somit lässt sich die ursprüngliche Frage in beliebige Einzelteile zergliedern, je nachdem ob die bloße Erkennbarkeit unserer subjektiven Bewusstseinsinhalte untersucht wird, in Poppers Worten „*die Welt der psychischen Vorgänge (...) »Welt 2«*“³³⁹, oder die Möglichkeit der Erkenntnis von Größen, die zwar auf unseren unmittelbar subjektiv erfahrbaren Wahrnehmungskreis einwirken, aber außerhalb desselben liegen, das heißt in der Außenwelt bzw. „*Welt 1*“³⁴⁰.

Mit der Erkennbarkeit des letzteren Bereiches geht vor allem das Potenzial einher, intersubjektiv nachvollziehbare Prognosen über zukünftige Wahrnehmungsinhalte zu formulieren. Denn diese richten sich zumindest augenscheinlich nach eigenen Erfahrungen mit Einwirkungen aus der ‚Welt 1‘ und Berichten anderer über solche.³⁴¹ Um auszuloten, was wir von der Außenwelt wissen können, widmet sie sich die erkenntnistheoretische Diskussion dabei zwei konsekutiven Problemstellungen:³⁴²

1. Inwieweit korrespondiert unsere Wahrnehmung mit der Außenwelt, den *Kantschen* „*Dingen an sich*“³⁴³ bzw. Poppers „*Welt 1*“³⁴⁴? (Außenweltdiskussion)

³³⁴ Vgl. Funke, in: Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, 1, 7.

³³⁵ So etwa Bühler, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 1.

³³⁶ Siehe Scholz, in: Philosophia Naturalis 2013, 6, 18ff.; Taylor/Vickers, in: European Journal for Philosophy of Science 2017, 17.

³³⁷ Möllers, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, 153, 155f.

³³⁸ Kant, in: AA, III, 1968, 1, 523.

³³⁹ Popper: Alles Leben ist Problemlösen, 15. Aufl. 2012, S. 95.

³⁴⁰ Popper: Alles Leben ist Problemlösen, 15. Aufl. 2012, S. 95.

³⁴¹ Vgl. Schurz: Philosophy of Science, 2014, S. 18.

³⁴² Vgl. Otero, in: Grazer Philosophische Studien 2011, 9, 17ff.

³⁴³ Kant, in: AA, III, 1968, 1, 234.

³⁴⁴ Popper: Alles Leben ist Problemlösen, 15. Aufl. 2012, S. 75ff.

2. Soweit unsere Vorstellung überhaupt die Zustände der Außenwelt widerspiegeln kann, mit welcher Methode lässt sich am ehesten eine zutreffende Vorstellung entwickeln? (Methodendiskussion)

Es ist klar, dass die hiesige Untersuchung vorrangig interessiert, welche Ergebnisse die Methodendiskussion hervorgebracht hat. Schließlich sind es gerade die dadurch gewonnenen Anforderungen an Modelle, die ihrer Zielsetzung nach möglicherweise als Maßstäbe angelegt werden können, um auch in der Normanwendung vorhersehbar Spielräume einzugrenzen.

Allerdings hängt es von der Beantwortung der ersten Frage ab, inwiefern sich die zweite stellt: Leugnet man die Erkennbarkeit der Außenwelt bereits kategorisch, verbieten sich Folgeüberlegungen dazu, welche Methode sich am ehesten zu ihrer Erkenntnis eignet. Dann wäre der Einsatz wissenschaftstheoretisch fundierter Prognosemethoden im Übrigen auch in Normanwendungsfragen aussichtslos. Daher muss zunächst kurz plausibilisiert werden, dass die Einwände des Skeptizismus nicht durchschlagend genug sind, um ernsthaft die Unerkennbarkeit der Außenwelt nahezulegen.

Im Hinblick auf die erste Frage lassen sich prinzipiell drei Auffassungen vertreten: Die eines radikalen Relativismus bzw. Skeptizismus³⁴⁵, die eines Realismus³⁴⁶ und die eines vermittelnden Instrumentalismus³⁴⁷; praktisch werden nur die letzteren beiden Ansichten ernsthaft diskutiert³⁴⁸. Der relativistischen Ansicht zufolge besteht keine gesetzmäßige Korrespondenz zwischen Wahrnehmungen und der Außenwelt.

Hiergegen wendet sich gleichwohl das ‚no miracles‘-Argument. Ohne Korrespondenz wäre nicht zu erklären, wie es in der Praxis mit beständigem Erfolg gelingt, Wahrnehmungsinhalte anhand von Vermutungen über die Funktionsweise der Außenwelt zu prognostizieren.³⁴⁹ Das besagte Phänomen veranlasst den wissenschaftlichen Realismus zu der Annahme, dass unsere Wahrnehmungsinhalte die Zustände der Außenwelt abbilden. Hiergegen richtet sich jedoch ebenfalls Kritik. Schließlich spricht die jederzeitige Falsifizierbarkeit einer Theorie eher dafür, dass allenfalls ein Korrelat der Struktur der Außenwelt erfasst werden kann, nie aber ihre ontologische Verfassung.³⁵⁰

Eine vorsichtiger Haltung wählt vor diesem Hintergrund der Instrumentalismus: Auch er folgert aus dem ‚no miracles‘-Argument, die Außenwelt korreliere funktionell mit unserer Wahrnehmung. Feststellen ließe sich anhand dieser immerhin die Funktionsweise der ‚Dinge an sich‘.³⁵¹

³⁴⁵ Siehe etwa Otero, in: Grazer Philosophische Studien 2011, 9, 9ff.

³⁴⁶ Siehe etwa Psillos: Scientific Realism, 2011, S. 70ff.

³⁴⁷ Siehe etwa Rowbottom, in: Philosophy of Science 2011, 1200.

³⁴⁸ Vgl. Rowbottom, in: Philosophy of Science 2011, 1200.

³⁴⁹ Bereits Putnam: Mathematics, Matter and Method, 1975, S. 73; Psillos, in: Explanation, Prediction, and Confirmation, 2011, 23.

³⁵⁰ So etwa Held, in: Analysis 2011, 232, 233f.

³⁵¹ Vgl. van Fraassen: The Scientific Image, 1980, S. 9ff.

Umstritten ist mithin zwischen Realismus und Instrumentalismus hauptsächlich, inwieweit auch die Ontologie der Außenwelt intelligibel ist.³⁵² Gleichwohl sind sich beide Ansichten einig, dass es der Wissenschaft nicht schon deswegen an Leistungsfähigkeit mangelt, weil die ontologischen Parallelen zwischen Außenwelt und Wahrnehmung sich unserem Erkenntnisvermögen entziehen.³⁵³

Zwar kommt es gelegentlich weiterhin zu skeptizistischen Zwischenrufen: Unlängst wies beispielsweise *Dodd* darauf hin, dass Sinneswahrnehmungen keineswegs immer zutreffend die Wirkungsweise oder gar die Ontologie der Außenwelt beschreiben, nur weil die Sinneswahrnehmungen bisher zuverlässige Informationen über die Außenwelt geliefert haben. Zur Veranschaulichung verweist er auf optische Täuschungen und falsch gedeutete Krankheitssymptome.³⁵⁴ Gewiss wäre es insofern naiv, apodiktisch festzusetzen, dass menschliche Wahrnehmungen die Wirkungszusammenhänge der Außenwelt durchweg zuverlässig wiedergeben. Gerade der Ausnahmecharakter von *Dodds* Beispielen verdeutlicht indes, dass unser Verständnis der Funktionsweise der Außenwelt immerhin dazu ausreicht, uns durch unsere so vorgestellte Lebensumgebung zu bewegen, ohne permanent in unseren Erwartungen enttäuscht zu werden.³⁵⁵ Zwar beruht dies womöglich weniger auf einer überwiegend verlässlichen Korrelation zwischen Vorstellung und Wirklichkeit und vielmehr auf blankem Zufall. Mit anderen Worten: Es ist gut denkbar, dass die Korrespondenzhypothese falsch ist. Eben weil diese Fehlerhaftigkeit sich aber abgesehen von Ausnahmefällen noch nie offen manifestiert hat, bildet die Behauptung einer Korrelation eine belastbare Grundannahme für Prognosen und darauf fußende Entscheidungen³⁵⁶ – übrigens selbst für Skeptizisten jenseits ihres Schreibtischs³⁵⁷. Insofern dringen die skeptizistischen Einwände nicht so weit, sogar die Korrespondenzhypothese als Minimalvoraussetzung für die Sinnhaftigkeit der Methodendiskussion grundlegend zu erschüttern.³⁵⁸

Nicht zuletzt deswegen bespricht die Wissenschaftstheorie die zweite Problemstellung weitgehend isoliert von der vorgenannten: Ihre Argumentation floriert trotz des Vorbehalts, dass sie sich erübrigt, wenn sich der Skeptizismus in der Außenweltdiskussion behauptet. Dies hat jedoch noch einen weiteren Grund: Denn selbst für einen Skeptizisten besteht Anlass, sich kritisch mit den denkbaren Erkenntnismethoden auseinanderzusetzen, will er zeigen, dass diese auch in der Praxis keine belastbare Aussagen über die Außenwelt ermitteln.³⁵⁹ Letztlich beantwortet die Prüfung der Eignung konkreter Methoden zum Erkenntnisgewinn die Frage nach deren grundsätzlicher Möglichkeit gleich mit.

Spätestens also, sobald die Diskussion um die zweite Frage eine erfolgreiche Prognosemethode vorweisen kann, greifen die Vorwürfe des Skeptizismus nicht durch. In jedem Fall verbietet sich

³⁵² So z.B. *Cowie*, in: *Synthese* 2014, 4003, 4004ff.; *Rowbottom*, in: *Philosophy of Science* 2011, 1200.

³⁵³ Vgl. *Rowbottom*, in: *Philosophy of Science* 2011, 1200.

³⁵⁴ Siehe *Dodd*, in: *Synthese* 2012, 337, 350f.

³⁵⁵ Vgl. *Vaas*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 441, 447.

³⁵⁶ Vgl. *Otero*, in: *Grazer Philosophische Studien* 2011, 9, 11ff.; *Wang*, in: *Synthese* 2017, 1, 5f.

³⁵⁷ Vgl. *Hoerster*: *Was können wir wissen?*, 2010, S. 120.

³⁵⁸ Vgl. *Schurz*, in: *Synthese* 2011, 307, 318f.

³⁵⁹ Vgl. *Schurz*: *Philosophy of Science*, 2014, S. 8f.

eine Methodendiskussion in der Wissenschaftstheorie nicht schon aufgrund einer offensichtlichen Unerkennbarkeit der ‘Welt 1’, deren Wirkungszusammenhänge es vorherzusehen gilt.

bb. Standpunkte innerhalb der wissenschaftstheoretischen Methodendiskussion

Identifiziert wurde bereits der Teilbereich der Wissenschaftstheorie, aus dem sich eventuell Kriterien für Methoden entnehmen lassen, die möglichst vorhersehbar Wertungsspielräume in Normanwendungsfragen einengen. Ehe die Übertragbarkeit derartiger Modelle diskutiert wird, sollte zudem noch erörtert werden, welche Theorien hierfür konkret in Betracht kommen. Diesen Schritt vorwegzunehmen, erleichtert die spätere Auseinandersetzung mit Einwänden gegen die Anwendbarkeit wissenschaftstheoretischer Maßstäbe auf Fragen der Rechtsanwendung. Schließlich wird hierdurch der Diskussionsgegenstand näher konkretisiert. Dies vermeidet später eine bloß abstrakte Besprechung der Übertragbarkeit.

Welche verschiedenen Rahmenmodelle für Prognosemethoden werden in der Wissenschaftstheorie also ernsthaft erwogen? Grundsätzlich verläuft die wissenschaftliche Diskussion zwischen mehreren Schulen.³⁶⁰ Zu Auseinandersetzungen kommt es dabei beispielsweise zwischen Anhängern des wissenschaftlichen Realismus und des kritischen Rationalismus und dies nicht nur in einer Frage, sondern gleich entlang einer Reihe von Streitpunkten. Bei den Schulen handelt es sich nämlich um Großtheorien, die sich zu mannigfaltigen wissenschaftstheoretischen Teilbereichen gleichzeitig äußern.³⁶¹

Obwohl das Feld der Wissenschaftstheorien insofern üblicherweise nach den Standpunkten ihrer Großtheorien strukturiert wird, erscheint es wenig zweckdienlich, die widerstreitenden Ansichten innerhalb der Methodendiskussion anhand der Differenzen zwischen den wesentlichen Schulen darzustellen. Denn weder legen alle Schulen den Schwerpunkt ihrer Forschung auf die Frage der Methodendiskussion noch vertritt jede Schule in diesem Punkt einen originellen Standpunkt: Zwar geht eine realistische Haltung im Kontext der Außenweltdiskussion meist damit einher, dass eine induktivistische Methode befürwortet wird (weshalb auch in der Methodendiskussion zuweilen von realistischen Positionen die Rede ist).³⁶² Wissenschaftlicher Realismus geht oftmals Hand in Hand mit Induktivismus.³⁶³ Umgekehrt kombinieren aber auch kritische Rationalisten wie *Albert* und *Paitlová* ihren Standpunkt zur Erkenntnismethode mit einer realistischen Position in der Außenweltdiskussion.³⁶⁴

Gleichzeitig harmonieren mit einer fallibilistischen Erkenntnismethode beispielsweise nicht bloß *Poppers* kritischer Rationalismus³⁶⁵, sondern ebenso der radikale Konstruktivismus und *van*

³⁶⁰ Vgl. *French*: *Philosophy of Science*, 2. Aufl. 2016, S. 129ff.; *Schülein/Reitze*: *Wissenschaftstheorie*, 4. Aufl. 2016, S. 204.

³⁶¹ Siehe *Schurz*: *Philosophy of Science*, 2014, S. 5–14.

³⁶² So etwa bei *Psillos*, in: *Explanation, Prediction, and Confirmation*, 2011, 23; *Psillos/Ruttkamp-Bloem*, in: *Synthese* 2017, 3187, 3188.

³⁶³ *Wray*, in: *Synthese* 2013, 1719, 1720 m.w.N.

³⁶⁴ *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 15f. m.w.N.; *Niiniluoto*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2014, 73.

³⁶⁵ Vgl. *Popper*: *Alles Leben ist Problemlösen*, 15. Aufl. 2012, S. 93ff.

Fraassens konstruktiver Empirismus³⁶⁶ – unabhängig davon, dass sie sich ganz unterschiedlich zur Außenweltdiskussion äußern: Zwar nimmt der Konstruktivismus vielerorts eine vom kritischen Rationalismus grundverschiedene Position ein. Gleichwohl bezweifelt er weder in seiner Erlanger noch in seiner radikalen Fassung, dass eine Erkenntnis im Sinne belastbarer instrumenteller Prognosen durch ‚trial and error‘ viabel ist.³⁶⁷ Zumindest in Fragen von Möglichkeit und Methode, um intersubjektiv nachvollziehbare Theorien zu entwickeln, widerspricht ein konstruktivistischer Instrumentalismus mithin kaum dem kritischen Rationalismus.³⁶⁸

Statt durch die Untergliederung in Schulen lässt sich die Trennlinie zwischen den Positionen in der methodologischen Diskussion hier sinnvoller danach ziehen, wie die Theorien mit dem Induktionsproblem umgehen. Ihre Einteilung richtet sich vorliegend somit danach, ob sie eine endgültige Verifikation einer Hypothese (teilweise) für möglich halten oder nur eine Falsifikation. Grund für diese Differenzierung ist erstens, dass sich an diesem Punkt wechselseitig die meiste Kritik entzündet. Zweitens spricht für die Unterscheidung, dass sich die Überlegenheit einer Theorie vor allem danach bestimmen lässt, inwieweit es den fortentwickelten Modellen gelingt, diesbezügliche Einwände zu entkräften.³⁶⁹ Diese Einteilung bietet sich drittens deswegen an, weil sich an der Haltung zur Möglichkeit einer Verifikation unmittelbar die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Modells ablesen lässt, sofern es sich als funktionsfähig erweist:

Ist eine Verifikation ansatzweise erreichbar, sind Vorhersagen möglich, die keinen Zweifel lassen. Dann muss sich auch eine Methode daran messen lassen, ob sie solche gestattet. Grenzt hingegen höchstens die Falsifikation fehlerhafter Auffassungen das Feld denkbarer Hypothesen ein, haftet den verbleibenden, nicht falsifizierten Sätzen stets eine Restunsicherheit an, da sie womöglich selbst noch falsifiziert werden.

In der Grundentscheidung über die Verifizierbarkeit wie auch in der konsequenten Ambition hinsichtlich der leistbaren Prognosesicherheit spaltet die Weggabelung des Induktionsproblems die Diskussionsteilnehmer somit in zwei Lager sowie eine eher unbeteiligte Fraktion:

Die unbeteiligte Fraktion befasst sich nur eingeschränkt mit dem Induktionsproblem. Sie richtet ihren Forschungsschwerpunkt nicht auf die Überprüfung und Ausschärfung von Hypothesen. Stattdessen konzentriert sie sich auf die deskriptive Ausforschung und normative Rationalisierung des bloßen Entdeckungszusammenhangs, also der anfänglichen Formulierung von Annahmen. Hier zu verorten ist etwa die Abduktionstheorie von *Peirce*, der man wohl nicht gerecht würde, wollte man sie vornehmlich als eigenständigen Lösungsansatz für das Induktionsproblem begreifen.³⁷⁰ Da derartige Konzepte zum hier relevanten Begründungszusammenhang nur äußerst begrenzt Stellung

³⁶⁶ Vgl. *van Fraassen*: *The Scientific Image*, 1980, S. 9ff.

³⁶⁷ Vgl. *Glaserfeld*, in: *Einführung in den Konstruktivismus*, 1992, 11; *Janich*: *Kleine Philosophie der Naturwissenschaften*, 1997, S. 53.

³⁶⁸ Vgl. *Bauberger*: *Wissenschaftstheorie*, 2016, S. 126.

³⁶⁹ Siehe *Sieckmann*, in: *Erwägen Wissen Ethik* 2013, 298, 299; *Steinvorth*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 125.

³⁷⁰ Vgl. *Niiniluoto*: *Truth-Seeking by Abduction*, 2018, S. 13ff. m.w.N.

beziehen, werden sie hiernach nicht gesondert beleuchtet, sondern höchstens als Spielart der übrigen Ansätze.

Das erste Lager, das sich dezidiert zum Induktionsproblem positioniert, ist demgegenüber das des *Induktivismus* – jedenfalls soweit dieser sich nicht nur auf Aussagen zum Entdeckungszusammenhang beschränkt. Gemeint ist mit dem Induktivismus im hiesigen Kontext nicht etwa die Induktion im Rahmen einer juristischen Schlussstruktur. Stattdessen versteht die Untersuchung den Begriff des Induktivismus gemäß seiner wissenschaftstheoretischen Bedeutung. Angesprochen ist die Auffassung, dass ein begrenzter Erfahrungssatz zumindest teilweise erlaubt, zutreffende bzw. verifizierbare über sich selbst hinausgehende Aussagen abzuleiten, also mehr als die Selbstwiedergabe zu begründen.³⁷¹ Ein solcher Induktivismus wurzelt im logischen Empirismus *Carnaps*. Im Grundsatz hält dieser eine Theorie just dann für wahr, wenn ihre empirischen Prämissen stimmen und hieraus stringent geschlussfolgert wird.³⁷² Die daraus hervorgegangene induktivistische Strömung reagiert auf das *Humesche* Induktionsproblem³⁷³ mittlerweile zumeist entweder mit einer partiell verifizierenden Lösung³⁷⁴ oder einem Kohärentismus³⁷⁵ oder einem probabilistischen Ansatz³⁷⁶. Alle drei Varianten unterstellen die Möglichkeit einer Verifikation von Hypothesen unter der einen oder anderen Einschränkung. Insbesondere die Variante des Probabilismus bzw. Bayesianismus wird hierbei als „*modernes Hauptquartier des traditionellen Induktivismus*“³⁷⁷ erachtet.

Solchen Auffassungen steht der *kritische Rationalismus* gegenüber, der anders auf das Induktionsproblem reagiert. Der Theorierahmen geht im Kern auf *Popper* zurück und hält nicht einmal eine derartige eingeschränkte Verifikation für möglich.³⁷⁸ Entwickeln lassen sich zuverlässige Prognosen ihm zufolge stattdessen nur durch Widerlegung und Hypothesenanpassung hin zu der vorläufig am wenigsten falsifizierten Theorie.³⁷⁹

Darüber hinaus umgeht die innerhalb der Disziplinen mit Sprach- und Sozialbezug kultivierte Diskurstheorie das Induktionsproblem nicht durch materielle, sondern durch formelle Weichenstellungen. Diskurstheoretiker argumentieren, innerhalb der Sprachgemeinschaft sei ein Konsens über den sozialen Bereich der Außenwelt herstellbar.³⁸⁰ Dass Diskurstheorien ungeeignet

³⁷¹ Vgl. *Hoerster*: Was können wir wissen?, 2010, S. 72ff.; *Popper*: Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, S. 3–8.

³⁷² Siehe *Psillos/Ruttkamp-Bloem*, in: Synthese 2017, 3187, 3188.

³⁷³ Siehe *Hume*: A Treatise of Human Nature, Volume 1, Book I, Part III, Section vi.; vgl. *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 13ff.

³⁷⁴ So etwa *Schurz*: Philosophy of Science, 2014, S. 53, 127f.

³⁷⁵ So *Bartelborth*, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 2015, 5, 5ff.; *Elgin*, in: Contemporary Debates in Epistemology, 2005, 156.

³⁷⁶ So u.a. *Wenmackers/Romeijn*, in: Synthese 2016, 1225, 1226ff.

³⁷⁷ *Miller*, in: Kritischer Rationalismus heute, 2013, 45, 46.

³⁷⁸ Vgl. *Miller*: Critical Rationalism, 1994, S. 3f.; *Miller*, in: Kritischer Rationalismus heute, 2013, 45.

³⁷⁹ Aktuelle Ansätze hierzu liefern u.a. *Cevolani*, in: Erkenntnis 2017, 169, 173, 175; *Cevolani/Festa/Kuipers*, in: Synthese 2013, 3307; *Cevolani/Crupi/Festa*, in: Erkenntnis 2011, 183, 196f. *Lavalette/Zwart*, in: Erkenntnis 2011, 237, 248ff.; *Schurz*, in: Erkenntnis 2011, 203, 211ff.; *Zamora-Bonilla*, in: Synthese 2013, 1533, 1548ff.; *Zamora-Bonilla*, in: Synthese 2000, 321, 329f.

³⁸⁰ Vgl. *Habermas*, in: Festschrift für Walter Schulz, 1973, 211, 239.

sind, vorhersehbare Normanwendungsvarianten zu bestimmen, wurde allerdings bereits weiter oben besprochen.

Relevante Kandidaten für ein auf Normanwendungsfragen übertragbares wissenschaftstheoretisches Prognosemodell sind somit ausschließlich die induktivistischen und kritisch-rationalen Konzepte. Allein ihre Anwendbarkeit als Richtmaß für juristische Methoden zur Eingrenzung rechtlicher Wertungsspielräume muss vorliegend erörtert werden.

c. Anwendungsbereich

Noch bevor aber geklärt werden kann, ob sich induktivistische und kritisch-rationale Vorhersagemaßstäbe als Leitlinie für Methoden eignen, die Normen prognostizierbar anwenden, muss dieser fragliche Anwendungsbereich präziser erfasst werden. Denn die Hürden einer Übertragbarkeit richten sich maßgeblich nach den Besonderheiten der Vorhersageleistung von Normanwendungsmethoden. Diese hängt wiederum davon ab, inwieweit Normanwendungsentscheidungen sich von den Gegenständen unterscheiden, über die induktiv und kritisch-rational ausgeformte wissenschaftliche Methoden typischerweise Prognosen formulieren.

Wie bereits weiter oben bemerkt,³⁸¹ zerfällt die Rechtsanwendung nach hiesigem Verständnis in zwei Teilschritte: einerseits in die Bestimmung des Norminhalts und andererseits in die Ermittlung des Sachverhalts, der möglicherweise die Rechtsvoraussetzungen einer Norm erfüllt und somit deren Rechtsfolge auslöst.

Beim Sachverhalt handelt es sich unstreitig um einen beobachtbaren Vorgang, also um ein Geschehnis, das seinen Ausgangspunkt in der ‚Welt 1‘ nimmt und von dem wir mithilfe unserer Sinneswahrnehmung in der ‚Welt 2‘ eine Vorstellung gewinnen können. Die Sachverhaltserfassung hat also gerade solche Phänomene zum Gegenstand, über die die wissenschaftstheoretisch ausgestalteten Erkenntnismethoden Hypothesen bilden. In diesem Bereich ergeben sich mithin keine ersichtlichen Übertragungsschwierigkeiten wissenschaftstheoretischer Modelle. Schließlich formulieren sie ohnehin Leitlinien für Methoden, die begründete Vermutungen über empirische Ereignisse treffen können. Selbst *Huster*, der fallibilistisch geprägte Verfahren zur Norminterpretation ablehnt, empfiehlt deswegen zumindest im sachverhaltsbezogenen Bereich einer Entscheidungsfindung die Orientierung an wissenschaftstheoretischen Erkenntnismodellen.³⁸²

Wie aber ist es um Vorhersagen zur Bestimmung eines Normgehalts bestellt? Schon dem ersten Anschein nach entspricht dieser Teilschritt nicht dem traditionellen Anwendungsfall wissenschaftstheoretischer Methoden: Wenn der Rechtswissenschaft ein Sonderstatus beigemessen wird, dann weil sie sich – unter anderem³⁸³ – um die (intersubjektiv vorhersehbare)³⁸⁴ Ermittlung

³⁸¹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt I.2.

³⁸² Vgl. *Huster*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 385, 396ff.

³⁸³ Vgl. *Möllers*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, 158f.; *Jestaedt*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 185, 195f.

³⁸⁴ So *Möllers*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, 158.

von Norminhalten bemüht.³⁸⁵ Gerade hierin unterscheidet sie sich von den naturwissenschaftlichen Forschungsgebieten, deren Praxis die wissenschaftstheoretischen Modelle anleiten sollen.³⁸⁶ Denn zieht eine Wissenschaft innerhalb von Wertungsspielräumen die eine Interpretation einer Norm einer anderen vor, gibt sie zugleich eine menschliche *Handlung* vor, die je nach Wille des Normanwenders auch anders ausfallen kann. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft, die gebotene Normanwendung, grenzt sich somit ab vom Gegenstand der Naturwissenschaft, dem Naturereignis, auf das der Beobachter keinen Einfluss hat.³⁸⁷ Pointiert beschreiben lässt sich diese Trennung mit *Frege* auch folgendermaßen: Die Rechtswissenschaft formuliert auf menschlicher Setzung beruhende 'Befehlssätze', die vielleicht 'rechtfertigungsfähig' sind, jedenfalls aber nicht 'wahrheitsfähig' wie 'Beobachtungssätze'.³⁸⁸

Unklar bleibt freilich, ob eine Rechtfertigung nach demselben Muster möglich ist wie die Wahrheitsfindung. Für den Teilschritt der Inhaltsbestimmung einer Norm muss deshalb nachstehend geklärt werden, ob die wissenschaftstheoretischen Prognosemaßstäbe auch hier als Anleitung dazu dienen können, intersubjektiv nachvollziehbare Hypothesen zu formulieren.

d. Hürden einer Übertragbarkeit

aa. Orientierung

Wertungsspielräume bei der Inhaltsbestimmung von Normen orientiert an wissenschaftstheoretischen Prognosemodellen einzugrenzen, stößt in der bisherigen Diskussion auf vier grundlegende Einwände. Sie zweifeln allesamt daran, dass sich verbindlich intersubjektiv nachvollziehbar für wissenschaftstheoretische Leitlinien bestimmen lässt, wie ihre Kriterien juristischen Methoden praktikable Vorgaben zur vorhersehbaren Ermittlung des Normgehalts machen können.

Vorgestellt und diskutiert werden nachstehend in den Abschnitten III.3.d.bb bis III.3.d.ee alle vier bislang vorgetragenen Gründe, weshalb dies nicht möglich sein soll. Lassen sich diese Argumente entkräften, bestehen zumindest nach vorläufiger Einschätzung keine grundsätzlichen Vorbehalte dagegen, wissenschaftstheoretische Modelle gewinnbringend als Orientierung für die vorhersehbare Bestimmung des Norminhalts heranzuziehen.

bb. Wertgehalt juristischer Hypothesen

Ein erster Einwand leitet aus dem Handlungsbezug von Methoden zur vorhersehbaren Normanwendung ab, dass sich deren Gebrauch notwendig an Wertungen im Sinne subjektiver Präferenzen orientiert. Demzufolge stützt sich die als richtig empfundene Normanwendung stets auf gewisse persönliche Grundüberzeugungen als Prämissen. Diese jedoch entziehen sich einer

³⁸⁵ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 24f.; *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 264 Fn. 6.

³⁸⁶ Vgl. *Möller*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, 152; *Dumont*, in: RPhZ 2015, 251, 252 m.w.N.

³⁸⁷ Vgl. *Scholz*, in: Philosophia Naturalis 2013, 6, 16ff.

³⁸⁸ Siehe begriffsprägend *Frege*, in: Funktion, Begriff, Bedeutung, 1969, 40.

intersubjektiv nachvollziehbaren Normanwendungsempfehlung auf Basis neutraler wissenschaftstheoretischer Prognoseinstrumente, so der Vorwurf.³⁸⁹

Subjektiv gefärbt seien Wertentscheidungen insofern umso mehr, weil der Urteilende als Teil des Sozialgefüges stets im Urteilsgegenstand selbst stünde. Zur neutralen, für jedermann vorhersehbaren Einschätzung wie in der Naturwissenschaft sei ein Normanwender deshalb außerstande.³⁹⁰

Erschwerend tritt ferner das Problem des hermeneutischen Zirkels hinzu: Demnach prägt jeweils bereits das Vorwissen des Rechtsanwenders sein Verständnis des Normgehalts. Dessen Bestimmung lässt sich infolgedessen kaum vorhersagen, weil Außenstehende die Vorprägung des Entscheiders nicht kennen.³⁹¹

Dabei setzt der Kritikpunkt nicht voraus, dass jede Normanwendung einen Anspruch auf moralische Richtigkeit erhebt. Stattdessen stellt der Einwand lediglich darauf ab, dass Normanwender Wertungsspielräume zwangsläufig so ausfüllen, wie es ihnen besser gefällt – ganz gleich ob dahinter moralische oder sonstige Erwägungen stehen. Somit lässt sich der Vorwurf nicht schon dadurch entkräften, dass Normen nur optional nach besonderen moralischen Geboten angewandt werden, wie es die Kritik an *Alexys* Diskurstheorie nahelegt.³⁹²

Dass Wertungsspielräume nach individuellen Vorlieben ausgefüllt werden, kann hingegen kaum geleugnet werden. Schließlich enthält das Gesetz in diesen Bereichen gerade keine strenge Vorgabe. Für den Rechtsanwender besteht somit kein plausibler Grund, sein Ermessen gegen die eigenen Überzeugungen zu gebrauchen. Dieser Umstand an sich macht zwar eine Bestimmung des Norminhalts in Wertungsspielräumen noch nicht unvorhersehbar, solange ein Individuum seine Entscheidungsmotive gegenüber anderen rationalisieren kann. Gleichwohl ergab die Untersuchung weiter oben, dass insbesondere streitende Parteien ihre divergierenden Präferenzen in Normanwendungsfragen kaum intersubjektiv nachvollziehbar harmonisieren können.³⁹³

Dennoch lässt sich der hiesige Einwand auszuräumen: Es zeigte sich bereits, dass das Gesetz immerhin als weiche Vorschrift gebietet, Normen so anzuwenden, dass Wertungsspielräume möglichst weitreichend vorhersehbar eingegrenzt werden.³⁹⁴ Zumindest unter gesetzestreuem Rechtsanwenden, die sogar weiche Gebote befolgen, kann die Normanwendungsentscheidung auf nichts anderem beruhen als dem Gehorsam gegenüber dem Willen des Verfassungsgebers. Dessen Gültigkeit folgt aus einer für jedermann erkennbaren autoritativen Setzung: Keiner kann sich ihr und ihren Rechtsfolgen entziehen, ganz gleich, ob er bestimmte Werte teilt. Die Gültigkeit einer

³⁸⁹ *Adrian*: Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, 2014, S. 26 m.w.N.

³⁹⁰ Vgl. *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 109.

³⁹¹ Vgl. *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 109.

³⁹² Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb.(a).

³⁹³ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb.(c).

³⁹⁴ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.c.

Rechtsnorm leidet deshalb anders als ein moralisches Gebot nicht unter der Problematik des Wertrelativismus.³⁹⁵

Die Entscheidung zugunsten der Normanwendungsmethode mit den vorhersehbarsten Ergebnissen bleibt somit zwar ein Entschluss auf Basis persönlicher Präferenzen. Ihre rechtliche Legitimität lässt sich jedoch intersubjektiv nachvollziehbar rechtfertigen, weil sie im Einklang mit dem Willen des Verfassungsgebers steht, während eine gegenteilige Entscheidungsweise diesem zuwiderläuft.³⁹⁶

Und selbst wenn das Grundgesetz keine optimale Vorhersehbarkeit der Normanwendung empfiehlt, vereitelt der strukturimmanente Wertgehalt einer jeden Bestimmung von Norminhalten keine an wertneutralen wissenschaftstheoretischen Maßstäben orientierten Prognosen über Anwendungsentscheidungen. Diese lassen sich nämlich sehr wohl *bedingt* formulieren, also als Sätze darüber, nach welcher Leitlinie der Inhalt einer Norm bestimmt werden sollte, *wenn* es gesetzlich geboten wäre, die Rechtsanwendung möglichst intersubjektiv vorhersehbar zu gestalten.³⁹⁷ Ausklammern lässt sich somit der subjektiv-wertende Wille des Entscheiders, selbst wenn er beliebig an die Stelle des Wunsches des Verfassungsgebers nach größtmöglicher Vorhersehbarkeit treten dürfte. Die Diskussion konzentriert sich dann auf den wertneutralen rechtstechnischen Theorieteil, der sich deshalb durchaus intersubjektiv nachvollziehbar begründen oder widerlegen lässt, ohne dass man gewisse Grundüberzeugungen teilen muss.³⁹⁸

Auch der hermeneutische Zirkel und die soziale Verwobenheit des Urteilenden mit dem Urteilsgegenstand verhindern eine intersubjektiv vorhersehbare Normanwendung nicht schon dem Grunde nach. Denn letztlich forschen auch Naturwissenschaftler mit Vorkenntnissen.³⁹⁹ Zutreffend stellt Paya fest: „*All observations are theory-laden*“⁴⁰⁰. Vereitelt hat das belastbare Prognosen in den Naturwissenschaften bisher offensichtlich kaum: Schlimmstenfalls widerlegt eine Beobachtung eine unvertretbare Vorannahme und harmonisiert das subjektive Hintergrundwissen mit intersubjektiv erfahrbaren Gegebenheiten.⁴⁰¹

Ähnlich souverän handhabt die Naturwissenschaft die sie ebenfalls betreffenden Wechselwirkungen zwischen Betrachter und Betrachtetem: Platziert beispielsweise ein Experiment ein Thermometer in einem Wasserbad, beeinflusst es mit seiner Eigentemperatur die Wärme der Flüssigkeit – ganz so wie die Wahrnehmungsumstände eines Richters sich auf seine Auffassung streitgegenständlicher Normen auswirken.⁴⁰² Aufgehalten haben derartige Wechselwirkungen die Erkenntnisfortschritte der Naturwissenschaften dennoch nicht. Die hierbei allenfalls graduellen Unterschiede zur Rechtswissenschaft erschweren eine Übertragbarkeit wohl kaum unüberwindbar.⁴⁰³

³⁹⁵ Vgl. Alexy, in: The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence, 2017, 314, 322.

³⁹⁶ Vgl. Albert, in: Hans-Albert-Lesebuch, 2001, 239, 251.

³⁹⁷ Vgl. Bühler, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 1, 11.

³⁹⁸ Vgl. Paitlová, in: Aufklärung und Kritik 2015, 14.

³⁹⁹ Vgl. Potacs, in: Karl R. Popper - Plädoyer für kritisch-rationale Wissenschaft, 2004, 109, 113ff.

⁴⁰⁰ Paya, in: Futures 2018, 104, 106.

⁴⁰¹ Vgl. Paya, in: Futures 2018, 104, 110.

⁴⁰² So Paya, in: Futures 2018, 104, 110.

⁴⁰³ Vgl. Paya, in: Futures 2018, 104, 110.

cc. Recht als subjektive Setzung

Bestreitet man nicht schon wegen des oben diskutierten Einwands die Möglichkeit einer intersubjektiven Nachvollziehbarkeit bestimmter Normanwendungsvarianten, kann man noch auf andere Weise Kritik üben. Fruchtlos erscheint die Übertragung wissenschaftstheoretischer Prognosemodelle auf den Bereich der Normanwendung nämlich eventuell bereits, weil angewandtes Recht letztlich immer auf dem subjektiven Willen des Normanwenders beruht. Auch von einer allgemein verständlichen, als weiche gesetzliche Vorgabe anerkannten Leitlinie kann ein Rechtsanwender schließlich bewusst abweichen. Immerhin ergibt sich genau dies bereits unmittelbar daraus, dass Gesetze und ihre Anwendung letztlich auf Willensakten beruhen, also auf subjektiven Setzungen und nicht auf subjektunabhängig gültigen Naturgesetzen.⁴⁰⁴

Prägnant formulierte insofern bereits *Kirchmann* die Abhängigkeit des Rechtsinhalts vom Normgeber (und -anwender): „*Ein Federstrich des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur!*“⁴⁰⁵ Ebenso vermerkt *Thienel*: „*Bei den ‚Rechtsnormen‘ handelt es sich (...) um den Sinn menschlicher Anordnungsakte, also um geistige Gebilde*“⁴⁰⁶.

Zwar meinen *Steinvorth* und *Albert* trotzdem, es gäbe kategorisch zwingende Erwägungen wie die Systematik, die den Rechtsgehalt intersubjektiv überprüfbar bestimmen und auf die sich wenigstens eine Aussage darüber stützen kann, was eine Norm nicht besagt.⁴⁰⁷ Gerade *Albert* scheint davon auszugehen, der Wortlaut selbst sei etwas Invariantes, das irrige Norminterpretationen erbarmungslos subjektunabhängig zu falsifizieren vermag.⁴⁰⁸

Richtig dürfte hingegen sein, dass die Normbedeutung sich letztlich danach bemisst, welchen Gehalt ihr die Sprechgemeinschaft im Allgemeinen und der Normanwender im Besonderen zumisst.⁴⁰⁹ Das gilt erst recht dort, wo nicht schon die allgemeine Sprechgemeinschaft der Alltagssprache die Bedeutung des Normtextes einhellig festsetzen kann. Wo Ambivalenzen Wertungsspielräume offenlassen, kann und muss der Rechtsanwender sie nach eigenem Ermessen ausfüllen, weil der Rest der Sprachgemeinschaft hierzu nichts sagt. Gerade hier mag sich ein Rechtsanwender bewusst für eine weniger naheliegende Norminterpretation entscheiden, auch wenn eine an wissenschaftstheoretischen Maßstäben orientierte Anwendungsmethode sie ausgrenzen würde.⁴¹⁰

Wie wenig die Praxis sich insofern selbst an die stringenteste Methode zur vorhersehbarsten Normanwendung halten muss, zeigt bereits ein einfaches Beispiel der Verfassungsinterpretation: Die Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 3 GG wollte „*Recht und Gesetz*“ explizit nicht als

⁴⁰⁴ Vgl. *Dumont*, in: RPhZ 2015, 251, 254.

⁴⁰⁵ *Kirchmann*: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Nachdr. d. Ausg. v. 1848 2012, S. 23.

⁴⁰⁶ *Thienel*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 416, 437.

⁴⁰⁷ Siehe *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 182; *Steinvorth*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 125, 139f.

⁴⁰⁸ Vgl. *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 182.

⁴⁰⁹ Vgl. *Kuntz*, in: AcP 2015, 389; *Schurz*: Philosophy of Science, 2014, S. 31f.

⁴¹⁰ Vgl. *Lindner*: Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 4ff.

„überpositive und positive Normen“ verstanden wissen, sondern eher als Beschreibung mehrerer Elemente des positiven Rechts.⁴¹¹ Gleichzeitig sind sich das BVerfG⁴¹² und die herrschende Lehre⁴¹³ seit jeher einig, dass „*Recht*“ im Kontext von Art. 20 Abs. 3 GG einen nichtpositiven Überbau der Verfassung bezeichnen soll. Kurzum: Wie in diesem Fall weite Teile der Verfassungsdogmatik kann die Rechtsanwendungspraxis den Willen des Normgebers schlichtweg ignorieren – selbst wenn eine Methode wie die rechtshistorische Interpretation den Norminhalt noch so deutlich ausweist. Sind deshalb Bemühungen zum Scheitern verurteilt, die Normanwendungen möglichst vorhersehbar prognostizieren wollen, indem sie das Verfahren hierzu nach wissenschaftstheoretischen Modellen ausrichten?

Es kommt darauf an. Uneingeschränkte Prognosesicherheit leistet auch die Orientierung einer juristischen Methode an einem wissenschaftstheoretisch erprobten Theorierahmen keinesfalls. Schließlich besteht zumindest abstrakt immer die Gefahr, dass sich Normanwender gegen entsprechende Anwendungsempfehlungen entscheiden, selbst wenn eine weiche oder gar eine harte Gesetzesvorgabe diese diktiert.⁴¹⁴ Es macht insofern auch keinen Unterschied, ob sich der Verfassung der Grundsatz einer möglichst vorhersehbaren Normanwendung entnehmen lässt, wie es diese Arbeit nahelegt⁴¹⁵. Immerhin bleibt es der Rechtspraxis und insbesondere dem BVerfG unbenommen, dies zu leugnen und sich nicht danach zu richten.

Das heißt aber umgekehrt nicht, dass es vergeblich oder auch nur für die Praxis irrelevant wäre, das Vorhersagepotenzial von wissenschaftstheoretisch fundierten Methoden unter einer *Bedingung* auszuloten. Gemeint ist die Bedingung, dass Rechtsanwender bei ihren Entscheidungen die weiche Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots ernstnehmen und deshalb Normen tatsächlich nach Verfahren anwenden, die wissenschaftstheoretischen Maßstäben genügen.⁴¹⁶ Zumindest solange sich ein Gericht nämlich zu einer bestimmten Methode bekennt und diese einhält, lässt sich die Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungsfindung durchaus sinnvoll prüfen.⁴¹⁷ Um nicht mehr und nicht weniger geht es im vorliegenden Unterabschnitt. Denn für sich genommen beabsichtigt die Auseinandersetzung mit der Übertragbarkeit wissenschaftstheoretischer Modelle auf die Rechtsanwendung höchstens, die Prognostizierbarkeit von Normanwendungen gemäß wissenschaftstheoretischen Leitlinien abstrakt nachzuweisen – unabhängig davon, ob die deutsche Verfassung von Rechtsanwendungsmethoden verlangt, solche zu befolgen, und auch ungeachtet dessen, ob der deutsche Rechtsanwender dieses Gebot einhält.

Unter der Bedingung, dass Rechtsanwender dies tun, lässt sich sehr wohl intersubjektiv nachvollziehbar und mit praktischem Nutzen darüber diskutieren, ob eine bestimmte Anwendungsmethode vorhersehbare Entscheidungen produziert.⁴¹⁸ Und bis auf Weiteres spricht

⁴¹¹ Siehe ausführlich *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, VI, Rn. 66ff. m.w.N.

⁴¹² Siehe nur BVerfGE 34, 269, 286f.

⁴¹³ Siehe etwa *Hirsch*, in: JZ 2007, 853, 854.

⁴¹⁴ Vgl. *Buzzoni*, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2004, 157, 166ff.

⁴¹⁵ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.c.

⁴¹⁶ Vgl. *Buzzoni*, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2004, 157, 166ff.

⁴¹⁷ Vgl. *Adrian*, in: Rechtstheorie 2010, 521, 548.

⁴¹⁸ Vgl. *Adrian*, in: Rechtstheorie 2010, 521, 524 m.w.N.

wenig dafür, kategorisch auszuschließen, dass die Bedingung eines Willens der Normanwender zu vorhersehbaren Entscheidungen zumindest einmal erfüllt sein kann.⁴¹⁹ Es scheint ja durchaus denkbar, dass ein Richter daran interessiert ist, den Norminhalt möglichst berechenbar zu bestimmen – sei es wegen seines Verständnisses vom richterlichen Berufsethos, sei es aus anderen Gründen wie seiner Wertschätzung für Stringenz und Prognosesicherheit.⁴²⁰

Und solange man diese Möglichkeit anerkennt, vielleicht auch weil die Verfassung sie empfiehlt, erweist es sich für die Rechtspraxis als relevant, Rechtsanwendern für die zuverlässige Rechtsanwendung eine Leitlinie vorzugeben.

Deren Wirkmächtigkeit und mithin die Beobachtbarkeit tatsächlicher Prognoseleistungen hängt zwar von einer subjektiven Setzung ab. Dennoch lassen sich Aussagen darüber intersubjektiv überprüfen, solange sie unter der Bedingung formuliert sind, dass der Rechtsanwender die zu untersuchende an wissenschaftstheoretischen Standards ausgerichtete Methode wirklich einsetzt. Der gegenläufige Einwand greift somit nicht durch.

dd. Recht als Teil der ‚Welt 3‘

Man kann noch aus anderen Gründen abstreiten, dass wissenschaftstheoretische Erkenntnismodelle erfolgreich eine Orientierung in Normanwendungsfragen vermitteln können. Ein weiterer Einwand dagegen ist ontologischer Natur. Schließlich widmen sich wissenschaftstheoretische Methoden Vorhersagen über die physikalische ‚Welt 1‘. Das Recht wird demgegenüber gemeinhin der ‚Welt 3‘ zugerechnet, das heißt dem Kosmos der Ideen und Konzepte.⁴²¹ Verdeutlichen kann man sich diesen ontologischen Unterschied daran, dass Norminhalte nicht einmal nach unserer Vorstellung der Außenwelt etwas sind, das sich *unmittelbar* mit unserem Sinnesapparat wahrnehmen lässt. Juristische Sollenssätze lassen sich nicht mit Händen greifen.

Gleichwohl fällt auf, dass man bereits zu dem präzisierenden Attribut ‚unmittelbar‘ greifen muss, um die obige Aussage zu plausibilisieren. Denn unbestreitbar wirken Elemente der ‚Welt 3‘ wie Normen in die ‚Welt 1‘ hinein. Sie schlagen sich nieder in unmittelbar wahrnehmbaren Vollzugshandlungen, Gesetzbüchern, Richtersprüchen und sonstigen Zeichenfolgen, die ihren Inhalt repräsentieren.⁴²² Gerade textgewordene Wiedergaben von Gedanken wie die rechtlichen Normen nennt *Shearmur* deshalb „*almost (...) a paradigmatic material instantiation of a World 3 object*“⁴²³. Ferner bemerkt *Gadenne*, ‚Welt 3‘ könne überhaupt nur insoweit existieren, wie sich ihre Konzepte in ‚Welt 1‘ oder zumindest als Vorstellung einer theoretischen Variante von ‚Welt

⁴¹⁹ Vgl. *Möllers*, in: Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, 158f.

⁴²⁰ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 38f.; *Steinvorth*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 125, 128f.

⁴²¹ Zusammenfassend *Thienel*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 416, 421f.

⁴²² Vgl. *Di Iorio*, in: Philosophy of the Social Sciences 2016, 352, 358; *Shearmur*, in: Philosophy of the Social Sciences 2016, 392, 394.

⁴²³ *Shearmur*, in: Philosophy of the Social Sciences 2016, 392, 408.

1' in ‚Welt 2‘ niederschlagen. Andernfalls bliebe ‚Welt 3‘ nichts weiter als ein platonischer Ideenkosmos.⁴²⁴

Zumindest institutionalisiertes Recht kann man insofern als kulturelle Tatsache bzw. als Teil der ‚Welt 3‘ betrachten, die sich zwar nur mittelbar physikalisch manifestiert, aber dadurch nicht weniger intersubjektiv erfahrbar und darum überprüfbar ist.⁴²⁵ Freilich erfordert eine solche Materialisierung von bloßen theoretischen Gebilden der ‚Welt 3‘ wie den hier zu untersuchenden methodischen Prognoserahmen deren willentliche Implementierung durch den Normanwender.⁴²⁶ Dass genau diese eine Bedingung bildet, unter der Aussagen über vorhersehbare Normanwendungsmethoden formuliert werden, zeigte sich bereits weiter oben. Die Relevanz und Erfolgsaussicht der Untersuchung werden durch diese Bedingtheit nicht erschüttert.

Wissenschaftstheoretische Modelle gewinnbringend als Leitlinie zur berechenbaren Bestimmung des Norminhalts einzusetzen, scheitert mithin nicht schon daran, dass rechtliche Konzepte der ‚Welt 3‘ angehören. Immerhin manifestieren sie sich angesichts ihrer hier unterstellten Umsetzung auch in der ‚Welt 1‘, deren Erfassung sich die Prognoserahmen der Wissenschaftstheorie ohnehin widmen.⁴²⁷

ee. Unmessbarkeit der Leistungsfähigkeit wissenschaftstheoretischer Modelle?

Wie oben bemerkt, spricht der Setzungsscharakter von Recht nicht dagegen, intersubjektiv überprüfbare bedingte Aussagen darüber zu treffen, nach welcher Methode sich Recht vorhersehbar anwenden lässt – unterstellt, der Normanwender hält sich an diese. Die Übertragung wissenschaftstheoretischer Modelle scheint somit möglich und praxisrelevant, obwohl sie den Rechtsanwendungsmethoden bisher nicht zugrunde gelegt werden.

Diese Tatsache provoziert aber möglicherweise ein anderes Problem: Denn selbst wenn die Qualität eines Rahmenmodells für zuverlässige Normanwendungsmethoden sich theoretisch intersubjektiv nachvollziehen lässt, erweist dies nicht die Berechenbarkeit daran ausgerichteter Verfahren in der Praxis. Vielmehr steht zu befürchten, dass sich die Leistungsfähigkeit verschiedener wissenschaftstheoretischer Modelle gar nicht beobachten lässt, solange daran nicht tatsächlich Methoden zur Fallentscheidung ausgerichtet werden. So wäre ihre Überprüfung zwar nicht per se fruchtlos, wohl aber noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt, solange ein Praxistest ausbleibt.

Aber eben weil die Anwendung verschiedener Methoden der Normanwendung von einem Willensakt abhängt, also von der Setzung des Normanwenders selbst, kann jedermann die Theorie in die Praxis überführen. Dazu kann man sich selbst in die Lage des Rechtsanwenders versetzen, einen beliebigen Fall und eine beliebige Norm wählen und letztere auf ersteren nach der Methode seiner Wahl anwenden. Ein Richter würde schließlich nicht anders verfahren, wenn er einen neuen Sachverhalt zu beurteilen hätte. Schon indem die Diskussion Gesetze auf Fälle anwendet, kann man deshalb zeigen, wie groß die Bandbreite der Normanwendungsvarianten ausfällt, die mit einer

⁴²⁴ Vgl. *Gadenne*, in: *Philosophy of the Social Sciences* 2016, 288, 300f.

⁴²⁵ Vgl. *Birk*, in: *Rechtstheorie* 2017, 43, 64ff. m.w.N.

⁴²⁶ *Di Iorio*, in: *Philosophy of the Social Sciences* 2016, 352, 370.

⁴²⁷ Vgl. *Albert*: *Kritische Vernunft und rationale Praxis*, 2011, S. 172f.

bestimmten Methode kompatibel sind. Dies wiederum erlaubt Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Theorierahmens, an dem sich das fragliche Normanwendungsmodell orientiert.

Insofern ist bereits die vorliegende Untersuchung in der Lage, mithilfe von Fallbeispielen die verschiedenen Methoden durchzuspielen und zu überprüfen, wie weitreichend sie Anwendungsspielräume eingrenzen können. Noch weiter dürfte sich ein Befund hierzu verfestigen, wenn ausgehend von dieser Abhandlung und ihren Ergebnissen zusätzliche Diskussionsteilnehmer exemplarische Normanwendungen anhand der hier besprochenen wissenschaftstheoretischen Modelle durchprüfen. Die verbleibende Streubreite methodengetreuer Entscheidungsweisen ließe sich dadurch zusätzlich kontrollieren. Je häufiger Methoden im rechtswissenschaftlichen Dialog oder in tatsächlichen Streitfällen erprobt werden, desto messbarer wird ihre eigene Zuverlässigkeit. Zugleich zeigt sich daran die Eignung eines dahinterstehenden wissenschaftstheoretischen Modells, den nach seinen Kriterien justierten Normanwendungsverfahren zu einem Optimum an Berechenbarkeit zu verhelfen.

Das ließe sich höchstens noch abstreiten, wenn man grundlegend an der intersubjektiven Erkennbarkeit der zulässigen Normanwendungsvarianten zweifelt, die in einem bestimmten Fall mit einer Methode kompatibel sind. Unzureichend ist es dabei zwar, die Erkennbarkeit wegen der Subjektivität der Sprache zu leugnen.⁴²⁸ Schließlich konnte experimentell gezeigt werden, dass die hermeneutische Vorprägung den Mitgliedern verschiedener Sprechgemeinschaften keine inkommensurablen Beschränkungen ihrer sozialen Wahrnehmung auferlegt.⁴²⁹ Gleichwohl scheint es immerhin denkbar, dass ein Betrachter schlichtweg leugnet, dass eine bestimmte Normanwendungsvariante sich vorhersehen lässt.⁴³⁰ Dabei muss ein solcher Einwand nicht einmal in einem generellen Skeptizismus wurzeln; ausreichend ist eine spezielle Skepsis in Normanwendungskonstellationen. Diese mag sich unter anderem darauf stützen, dass Beobachtungen und Experimente jenseits der Naturwissenschaft sich nicht reproduzieren lassen und dies die Intersubjektivität einer Prognose vereitelt.⁴³¹

Immerhin lässt sich der Vorwurf relativieren, indem die Leistungsfähigkeit einer Methode vorliegend genügend Rechtsanwendern plausibilisiert wird. Verwenden sie diese deshalb tatsächlich als Leitlinie ihrer Praxis und verschaffen sie infolgedessen den Betroffenen einen spürbaren Zugewinn an Rechtssicherheit, entkräftet dies die meisten Zweifel. Skeptiker mögen die Prognosefähigkeit wissenschaftstheoretischer Modelle weiterhin leugnen und die Nachvollziehbarkeit leitlinienkonformer Entscheidungsmethoden abstreiten. Nichtsdestotrotz scheint es bereits eine greifbare Errungenschaft zumindest für die subjektive Dimension der

⁴²⁸ So *Schurz*: *Philosophy of Science*, 2014, S. 31f.

⁴²⁹ Vgl. *Schurz*: *Philosophy of Science*, 2014, S. 63ff. m.w.N.

⁴³⁰ Vgl. *Hoerster*: *Was können wir wissen?*, 2010, S. 46f.

⁴³¹ Vgl. *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 109.

Rechtssicherheit, wenn Adressaten einer Entscheidung sie mehrheitlich für vorhersehbar statt für beliebig halten.⁴³²

Dass der Erfolg eines wissenschaftstheoretischen Rahmenmodells sich jedoch in komplexen Kausalgeflechten des Normanwendungskontexts zwischen Drittvariableneffekten so eindeutig manifestiert, ist gegenwärtig noch ein frommer Wunsch. Und selbst wenn er sich erfüllt, bleibt wenigstens bis dahin als Erwiderung auf den Einwand des Skeptikers vermutlich nur ein Appell an den „*irrationalen Glauben an die Vernunft*“⁴³³. Gemeint ist damit die Hoffnung, dass die Beobachtung methodenehrlicher Normanwendungsbeispiele intersubjektiv nachvollziehbar offenlegt, welches Verfahren und welche zugrundeliegenden wissenschaftstheoretischen Leitlinien zuverlässig prognostizierbare Normanwendungsentscheidungen produzieren.⁴³⁴ Irrational ist das Vertrauen hierauf insofern, als sich die Erkennbarkeit hiervon erst in Zukunft zeigen wird. Gerechtfertigt scheint die Bitte um diesen Vertrauensvorschuss dennoch, solange die wissenschaftstheoretischen Modelle die Erwartungssicherheit auf bisherigen Anwendungsfeldern zumindest im Vergleich zu einem skeptizistischen Nichtwissen erhöht haben.⁴³⁵ Hiervon wird vorliegend ausgegangen.

Mithin scheint es zumindest plausibel, dass sich die Leistungsfähigkeit wissenschaftstheoretischer Modelle auch im Normanwendungskontext intersubjektiv überprüfbar messen lässt.

e. Zwischenergebnis

Auseinandergesetzt hat sich der hiesige Abschnitt mit den grundlegenden Bedenken dagegen, wissenschaftstheoretische Modelle als Leitlinie der Normanwendung einzusetzen, um die Entscheidungsfindung möglichst vorhersehbar zu gestalten. Wie sich zeigte, ist diese Übertragung nicht schon aus prinzipiellen Erwägungen ein fruchtloses Unterfangen.

Um zu dieser Folgerung zu gelangen, wurde zunächst der Unteraspekt der Wissenschaftstheorie identifiziert, der als Orientierungspunkt für berechenbare Normanwendungsmethoden in Frage kommt. Hierbei handelt es sich um Modelle für die Rahmenbedingungen erfolgreicher (natur-) wissenschaftlicher Prognosemethoden.

Im Anschluss wurde der rechtliche Bereich genauer abgesteckt, in dem eben diese Modelle als Leitlinie dienen sollen. Hierbei wurde klar, dass nur der Unterschritt der Normanwendung zur Bestimmung des Normgehalts gegenüber naturwissenschaftlichen Beobachtungen eine andere Struktur einnimmt, die eine Übertragbarkeit möglicherweise verhindert. Die Sachverhaltserfassung als zweiter Teilschritt der Normanwendung hingegen entspricht dem klassischen empirischen Anwendungsbereich der (naturwissenschaftlichen) Forschung, deren Erfolgsbedingungen die Wissenschaftstheorie ohnehin zu formulieren beansprucht. Hürden gesetzt sind einer Übertragung der wissenschaftstheoretischen Modelle somit allenfalls bei der Ermittlung des Norminhalts.

⁴³² Vgl. *Arnauld*, in: *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 276; *Calmes-Brunet*, in: *JuS* 2014, 602.

⁴³³ *Popper*: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* - Band II, 8. Aufl. 2003, S. 270.

⁴³⁴ Vgl. *Johansson*, in: *Journal for General Philosophy of Science* 2017, 59, 66f.

⁴³⁵ Vgl. *Steinvorth*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 125, 128f.

Erörtert wurden daraufhin die bisher gegen die Übertragbarkeit erhobenen vier Einwände. Sie alle bestreiten die Anwendbarkeit wissenschaftstheoretischer Modelle im Normanwendungskontext, weil Prognosen in Normanwendungsfragen sich ihnen zufolge zumindest nicht praxisrelevant intersubjektiv überprüfen lassen.

Der erste Vorwurf lehnt dies wegen des unterschiedlichen Wertgehalts verschiedener denkbaren Norminhalte ab, die sich jeweils nur gegenüber Angehörigen derselben Überzeugung plausibilisieren lassen. Zwei Erwiderungen entkräften diesen Vorbehalt. Erstens gilt das Gebot zu möglichst vorhersehbaren Normanwendungen insofern intersubjektiv nachvollziehbar, weil zumindest die deutsche Verfassung eine entsprechende weiche Vorgabe autoritativ anordnet. Zweitens kann man immerhin gewinnbringend intersubjektiv nachvollziehbar überprüfen, ob sich bedingt formulierte Hypothesen über die Eignung wissenschaftstheoretisch geprägter Methoden halten lassen – also solche Hypothesen, die eine Aussage über die Leistungsfähigkeit eines wissenschaftstheoretischen Modells unter der Bedingung fällen, dass es tatsächlich einer Methode zugrunde gelegt wird, die möglichst vorhersehbare Entscheidungen anstrebt.

Der zweite Einwand bemerkt, dass sich die Leistungsfähigkeit einer bestimmten wissenschaftstheoretischen Leitlinie nicht praxiserheblich bestimmen lässt, weil Rechtsanwender in ihren Methoden davon abweichen können. Die Kritik bemängelt damit zwar nicht, dass man prüfen kann, welche Prognosesicherheit wissenschaftstheoretische Modelle vermitteln. Sie erkennt gleichwohl, dass Normanwender sich niemals zwingend daran orientieren müssen. Auch dies vereitelt jedoch nicht den Nutzen der Übertragung wissenschaftstheoretischer Modelle. Denn gerade weil die Implementierung juristischer Methoden auf Willensakten beruht, steht es jedem Rechtswissenschaftler und Richter frei, anhand praktischer oder theoretischer Fälle wissenschaftstheoretisch geprägte Normanwendungsverfahren zu erproben: Hierauf dringt nämlich einerseits das weiche Verfassungsgebot optimaler Vorhersehbarkeit. Andererseits spornen durchaus Motive wie ein berufsethischer Selbstanspruch dazu an, bei der Entscheidungsfindung die Methode zu wählen, die die vorhersehbarsten Resultate produziert.

Der dritte Kritikpunkt nimmt Anstoß daran, dass wissenschaftstheoretische Modelle nur intersubjektiv nachprüfbar Aussagen über Erfolgsbedingungen der Erkenntnis empirisch beobachtbarer Phänomene treffen wollen. Demgegenüber bilden Normen und ihr streitiger Gehalt zunächst abstrakte Ideen und unterscheiden sich deshalb ontologisch vom Bezugspunkt naturwissenschaftlicher Leitlinien. Verworfen wurde der Einwand jedoch sogleich, weil Konzepte des Norminhalts und der Normanwendungsmethoden sich in wahrnehmbaren Gegebenheiten wie Gesetzbüchern, Urteilstexten und Vollzugshandlungen widerspiegeln. Ihre empirische Erfahrbarkeit erlaubt eine intersubjektive Überprüfung des Gehalts der dahinterstehenden Ideen und so auch der Normanwendungsentscheidungen.

Der vierte Vorwurf bezweifelt schließlich, dass sich die Leistungsfähigkeit wissenschaftstheoretischer Modelle ohne tatsächliche Erprobung im Gerichtssaal intersubjektiv überprüfbar messen lässt. Dieses Argument läuft jedoch ins Leere, weil jede auch nur akademische Diskussion über die Methodik der Normanwendung deren Prognoseleistung praktisch anhand von Fallbeispielen überprüfen kann. Zwar mag ein Skeptizist dann noch einwenden, man könnte

möglicherweise nicht restlos alle Betrachter solcher Hypothesen davon überzeugen, dass sie zutreffen oder nicht. Manch einem mögen Beobachtungen und logische Folgerungen hieraus keine Einsicht verschaffen. Immerhin kann man solcher Fundamentalskepsis aber entgegenhalten, dass wissenschaftstheoretische Modelle bisher zumindest im naturwissenschaftlichen Kontext eine höhere Erwartungssicherheit begünstigt haben als eine methodisch planlose Vorgehensweise.⁴³⁶

Somit scheint es durchaus möglich, dass uns die Übertragung wissenschaftstheoretischer Modelle auf die Normanwendung zu einer Leitlinie verhilft, die Wertungsspielräume enger und vorhersehbarer eingrenzt als die Diskurstheorie. Der weichen Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots würde sie damit am weitreichendsten Rechnung tragen. Wie leistungsfähig die unterschiedlichen Theorierahmen dabei im Einzelnen ausfallen, überprüft der folgende Abschnitt.

4. Wissenschaftstheoretische Prognosemodelle

a. Orientierung

Der Abschnitt III.4 präsentiert die gegenwärtig in der Wissenschaftstheorie diskutierten Prognosemodelle und prüft die Kritik gegen die Genauigkeit der Vorhersagen, die auf ihrer Grundlage entwickelt werden. Dazu fasst die Untersuchung jeweils zusammen, wie Vertreter ihre Modelle konzipieren, was dagegen eingewandt wird und was Befürworter darauf erwidern. Die Sektion III.4.b widmet sich hierbei dem Induktivismus; die Sektion III.4.c bespricht anschließend den kritischen Rationalismus.

En passant veranschaulichen die Abschnitte jeweils, wie genau die wissenschaftstheoretischen Prognosemodelle als Orientierungspunkte in der Normanwendung fungieren können. Soweit erkennbar, kommen hier grundsätzlich zwei Varianten in Betracht:

1. Entweder das Prüfungsschema einer juristischen Methode wird strukturell dem des Prognosemodells nachempfunden. Das Prognosemodell bildet insoweit unmittelbar die Richtschnur einzelner Normanwendungen, sozusagen das Muster einer Methode.
2. Oder die juristische Methode wählt ihr Prüfungsschema frei, beurteilt aber dessen Leistungsfähigkeit nach dem Maßstab des Prognosemodells. Insoweit dient das Prognosemodell als bloße Leitlinie der Methode selbst, gewissermaßen als ‚Meta-Methode‘.

Die letztgenannte Funktion entspricht der Rolle wissenschaftstheoretischer Rahmenkonzepte innerhalb der Naturwissenschaften, wo die konkreten Vorhersagen zu bestimmten Phänomenen anhand spezifisch hierfür entwickelter fachbezogener Methoden getroffen werden. Auch im Rechtsbereich wirkt es sachgerecht, die wissenschaftstheoretischen Modelle auf übergeordneter Stufe als Orientierungspunkt für Normanwendungsmodelle anzusiedeln. Schließlich diktieren zuvorderst die zwingenden Verfassungsvorgaben und die Normstruktur die Beschaffenheit konkreter Methoden. Höchstens innerhalb von verbleibenden Wertungsspielräumen lassen sich

⁴³⁶ Vgl. *Bhaktavatsalam/Cartwright*, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2017, 445, 460ff. m.w.N.

diese somit unmittelbar nach den Vorgaben der maßstäblichen wissenschaftstheoretischen Rahmen modulieren.

In der Hauptsache sind die wissenschaftstheoretischen Modelle hier also danach zu beurteilen, welche Prognosesicherheit sie als übergeordneter Maßstab der tatsächlichen Methoden vermitteln, wenn diese sich an ihren Kriterien ausrichten. Zuvorderst bemisst sich nämlich daran ihre Eignung, das Gebot größtmöglicher Vorhersehbarkeit als *Maßstab* rechtssicherer Normanwendungen zu konkretisieren. Der Rechtssicherheitsgrundsatz schreibt schließlich nicht zwingend eine bestimmte Methode eins zu eins vor, sondern gibt hauptsächlich das Ziel vor, das ihre individuelle Ausgestaltung erreichen soll.

Umgekehrt verbietet es das Gebot größtmöglicher Vorhersehbarkeit allerdings nicht, Gestaltungsmerkmale eines maßstäblichen wissenschaftstheoretischen Modells unmittelbar auf Ebene einer konkreten Methode abzubilden – jedenfalls, wo dies mit der Normstruktur und sonstigen zwingenden Rechtsvorschriften harmoniert. Trotz solcher Einschränkungen interessiert die Abhandlung auch die Variante der direkten Einbindung wissenschaftstheoretischer Modelle innerhalb der Normanwendungsverfahren. Schließlich installiert das Prognosemodell dadurch als Richtschnur einzelner Normanwendungen bereits feste Kriterien im Prüfungsschema einer Methode, statt nur abstrakte Bedingungen für deren Berechenbarkeit zu formulieren.

Aufschlussreich ist diese erstgenannte Form der Übertragung wissenschaftstheoretischer Modelle in ein juristisches Verfahren insofern, als sie unmittelbar zeigt, welche Prognosesicherheit diese in der Normanwendung verbürgen. So steht zwar wegen Eigenheiten der Normstruktur und zwingenden Verfassungsvorgaben fest, dass sachgerechte Methoden sich letztlich an wissenschaftstheoretischen Prognoserahmen nur orientieren und diese nicht vollends kopieren können. Wo entsprechende Hindernisse aber nicht schon evident in Erscheinung treten, unterstellt die hiesige Überprüfung für den Moment, die Muster wissenschaftstheoretischer Modelle selbst dürften unmittelbar als juristische Methoden eingesetzt werden. Dies erleichtert im Mindesten Rückschlüsse aus Anwendungsbeispielen auf ihre Fähigkeit, Wertungsspielräume einzugrenzen.

Die direkte Einsatzmöglichkeit eines Prognosemodells wird deshalb nachstehend mitthematisiert. Nur wo bei der Überführung auf die Ebene der Methoden selbst von vornherein Schwierigkeiten auftreten, betrachtet die Untersuchung den jeweiligen Theorierahmen als bloße Richtschnur der Leistungsfähigkeit einer Methode.

Die auszutauschenden Argumente für und wider die einzelnen Prognosemodelle speisen sich dabei aus einer gründlichen Aufarbeitung der wissenschaftstheoretischen Diskussion. Recherchiert wurden die zusammengetragenen Beiträge, indem die Untersuchung systematisch die relevanten Publikationen der letzten zwanzig Jahre sichtete. Hierzu zählen zentrale Monographien und Sammelwerke sowie Artikel in den einschlägigen deutsch- und englischsprachigen Journals, darunter

1. die Synthese, die Erkenntnis, die Philosophy of Science, das British Journal for the Philosophy of Science, die Studies in History and Philosophy of Science, das Journal of Philosophy und das European Journal for Philosophy of Science,

2. die Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie, die Grazer Philosophischen Studien, die ZRph, die Futures und die Social Epistemology sowie
3. die Aufklärung und Kritik (AuK).

Die Schriftverzeichnisse der ermittelten Schlüsselauforen wurden ergänzend auf weitere relevante Veröffentlichungen durchgesehen. Im Falle des ersten Diskussionskreises betraf dies beispielsweise *Kuipers* und *Schurz*; die bedeutendste Figur des Dialogs in der AuK war bislang *Albert*⁴³⁷.

Infolge dieser breit angelegten Recherche werden hier mitunter Gedanken zusammengeführt, die bislang ohne Bezugnahme aufeinander in getrennten Gesprächskreisen geäußert wurden. Die Besprechungen der hier relevanten Modelle verlaufen weitgehend isoliert voneinander vor allem in den drei oben genannten Gruppen von Journals. Angesprochen sind damit

1. die jüngere international geführte englischsprachige Auseinandersetzung, die induktivistische und kritisch-rationale Ansätze in verschiedene Richtungen fortentwickelt. Dadurch zerfällt sie noch einmal in mehrere einzelne Dialoge, die sich aber zumindest teilweise miteinander austauschen.
2. satellitenartige Beiträge in Journals wie der Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie oder der Social Epistemology, die punktuell auf Fragen der Hauptdiskussion eingehen, aber sich ansonsten nicht schwerpunktmäßig damit befassen.
3. der weitgehend in sich gekehrte deutschsprachige Autorenzirkel der AuK, der primär das Erbe älterer Theorien konserviert und weiter diskutiert.⁴³⁸ Zusätzliche Relevanz genießt dieser Diskussionskreis auch deswegen, weil er weiterhin das Verständnis deutscher Rechtswissenschaftler vom kritischen Rationalismus prägt.⁴³⁹

b. Induktivismus

aa. Orientierung

Das traditionellste wissenschaftstheoretische Erkenntnismodell ist das des Induktivismus.⁴⁴⁰ Stark vereinfacht gehen all seine Spielarten davon aus, dass ein verallgemeinernder Schluss zumindest teilweise verifiziert werden kann, indem er auf eine Reihe zureichender Einzelbeobachtungen oder Gründe und logisch konsistenter Ableitungen hieraus gestützt wird.⁴⁴¹

Dass ein derartiges Prognosemodell bis heute intuitiven Zuspruch findet,⁴⁴² räumen selbst kritische Rationalisten ein.⁴⁴³ Tief im Erkenntnisapparat verwurzelt ist auch ihnen zufolge die induktive Methode wenigstens im Entdeckungszusammenhang, also beim erstmaligen Aufstellen von

⁴³⁷ Vgl. *Zeman*, in: *Rethinking Popper*, 2009, 98.

⁴³⁸ Vgl. *Kötter*, in: *AuK* 2017, 47, 65f.

⁴³⁹ Vgl. etwa *Engländer*, in: *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*, 2017, 111.

⁴⁴⁰ Siehe etwa *Gärdenfors/Stephens*, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2018, 1, 17ff.

⁴⁴¹ Zusammenfassend *Hoerster*: *Was können wir wissen?*, 2010, S. 72ff.

⁴⁴² So *Mizrahi/Buckwalter*, in: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 2014, 151, 158ff.

⁴⁴³ So etwa *Chalmers*: *What is This Thing Called Science?*, 4. Aufl. 2013, S. 49ff.

Hypothesen vor ihrer Überprüfung.⁴⁴⁴ Für *Popper* erklärt sich der Hang zur Induktion aus der angeborenen Grundneigung des Menschen dazu, „überall Gesetzmäßigkeiten zu erwarten“⁴⁴⁵. Zwar lehnt der kritische Rationalismus es ab, den Induktivismus auch bei der Kontrolle einmal aufgestellter Hypothesen als Kontrollmaßstab beizubehalten. Um aber überhaupt erst kontrollierbare Sätze zu gewinnen, verzichtet auch der kritische Rationalismus nicht auf Induktion; er klammert diesen Teilschritt lediglich als vernachlässigbar aus seinem wissenschaftstheoretischen Modell aus.⁴⁴⁶ Die Leistungen der induktiven Methode beim Aufstellen von Hypothesen sind mithin unbestritten.

Vorliegend gilt es hingegen zu klären, wie weit sich induktiv gestützte Prognosen zur Normanwendung auch bei intersubjektiver Überprüfung als zutreffend erweisen. Denn die faktische Vorhersehbarkeit, die das Rechtssicherheitsgebot zu optimieren gebietet, zeigt sich nicht schon durch größtmögliche Plausibilität im ersten Anschein. Vielmehr richtet sie sich danach, ob gerade bei genauerer Würdigung des Sachverhalts und Gehalts einer Norm jedermann antizipieren kann, wie deren Anwendungsspielraum einzugrenzen ist.

Was der Induktivismus hierbei als Leitlinie leistet, soll die Untersuchung aufklären, indem sie alle gegenwärtig diskutierten Versionen auf ihre Fähigkeit prüft, Wertungsspielräume in der Normanwendung intersubjektiv vorhersehbar zu verengen.

Berücksichtigt wird dabei zunächst die oben skizzierte Grundform des Induktivismus (Unterabschnitt III.4.b.bb). Anschließend wendet sich die Untersuchung der Prognosefähigkeit des Kohärentismus zu (Unterabschnitt III.4.b.cc). In den Augen des Kohärentismus qualifiziert sich eine Normanwendung dadurch, dass sie am ehesten mit unserem gesamten übrigen Hintergrundwissen harmoniert.⁴⁴⁷ Schließlich setzt sich der vorliegende Abschnitt mit dem Probabilismus auseinander (Unterabschnitt III.4.b.dd). Die probabilistische Leitlinie besteht in der Anforderung, die von einer Methode empfohlene Interpretationsvariante müsse mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dem richtigen Sinn der Norm gleichkommen, um intersubjektiv nachvollziehbar zu sein.⁴⁴⁸

bb. Klassischer Induktivismus

(a) Darstellung

Die ursprüngliche Variante des Induktivismus hält das schon das in Abschnitt III.4.b.aa erwähnte Grundprinzip ohne nähere Einschränkungen für die geeignetste Erkenntnismethode. Bereits in dieser Grundform versuchte die hergebrachte juristische Methodenlehre, die induktive Methode in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Normbedeutungen zu verankern. Hiernach liefert ein Verfahren zur Normanwendung intersubjektiv vorhersehbare Ergebnisse, sobald Normen

⁴⁴⁴ Siehe *Popper*, in: Vermutungen und Widerlegungen, 2009, 48, 73f.

⁴⁴⁵ *Paitlová*, in: Aufklärung und Kritik 2017, 18, 19.

⁴⁴⁶ Vgl. *Paitlová*, in: Aufklärung und Kritik 2017, 18, 19.

⁴⁴⁷ Siehe *Elgin*, in: Contemporary Debates in Epistemology, 2005, 156.

⁴⁴⁸ Zur Übersicht siehe *Chalmers*: What is This Thing Called Science?, 4. Aufl. 2013, S. 161ff.

so angewandt werden, wie es dogmatisch anerkannte Argumente wie die der Canones gut begründen können.⁴⁴⁹ Auf Ebene der Normanwendungsmethoden selbst empfiehlt der Induktivist diejenige, deren Leistungsfähigkeit sich in besonders vielen Einzelfällen zeigte, wo sie vorhersehbare Entscheidungen produzierte. Für sie sprechen nämlich insofern die meisten Gründe.

Unter den Wissenschaftstheoretikern plädiert noch heute etwa *Doppelt* mit seinem ‚best theory realism‘ für einen induktivistischen Prognoserahmen, der der klassischen Form stark ähnelt.⁴⁵⁰ Ihm zufolge erweist sich eine Hypothese als zutreffend, wenn ihre Vorhersagen bisher flächendeckend präzise ausfielen, also keine Anomalien auftraten, die die Theorie nicht zu erklären vermochte.⁴⁵¹ Typischerweise qualifiziert sich dergestalt nach Ansicht des ‚best theory realism‘ die gegenwärtig überwiegend befürwortete Hypothese, solange ihr keine erkennbaren Mängel anhaften.⁴⁵² Im juristischen Kontext verdient nach diesem Maßstab je nach Normtyp dasjenige auslegungsbasierte Subsumtions- oder Abwägungsmodell den Vorzug, das tatsächliche Anwendungsentscheidungen ganz überwiegend erklären kann.

Am nächsten kommt der ursprünglichen Fassung der induktivistischen Leitlinie in der zeitgenössischen Wissenschaftstheorie ansonsten die Überlegung *Vickers*.⁴⁵³ Zumindest Aussagen über ein eingrenzbare Feld der Wirklichkeit lassen sich ihm zufolge dadurch verifizieren, dass ihr Geltungsbereich gänzlich gesichtet wird, ohne dass man darin ein Gegenbeispiel entdeckt.⁴⁵⁴ In Normanwendungsfragen empfiehlt dies beispielsweise eine Methode, die eine Entscheidung nur in Fällen prognostiziert, deren Sachlage eins zu eins derjenigen eines Präjudizes entspricht.

Bird hält solchen induktivistischen Ansätzen zugute, dass sie immerhin jeweils der Hypothese den Vortritt lassen wollen, die gegenüber ihren Vorgängern überlegen ist, also der Wahrheit eher entspricht. Daraus ließe sich zwar noch nicht per se ihre Richtigkeit ableiten, wohl aber, dass sie der absolut richtigen Theorie ungefähr entsprechen und diese näherungsweise beschreiben.⁴⁵⁵

(b) Kritik

Schon frühzeitig wurde dem klassischen Induktivismus das so bezeichnete Induktionsproblem vorgeworfen.⁴⁵⁶ Es ergibt sich aus der Lücke zwischen den zahlenmäßig begrenzten tatsächlichen Einzelbeobachtungen bzw. – in der Normanwendung – den juristischen Entscheidungen einerseits und der Tragweite bzw. dem Aussagegehalt eines Schlusssatzes andererseits. Aus ersteren allein kann nicht logisch schlüssig das letztere gefolgert werden. Es bedarf vielmehr einer (beliebigen)

⁴⁴⁹ Vgl. bereits *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 346.

⁴⁵⁰ Vgl. *Doppelt*, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2011, 295, 312.

⁴⁵¹ Siehe *Doppelt*, in: European Journal for Philosophy of Science 2014, 271, 284.

⁴⁵² So *Doppelt*, in: European Journal for Philosophy of Science 2014, 271, 287.

⁴⁵³ Siehe *Vickers*, in: Synthese 2017, 3221, 3231.

⁴⁵⁴ Vgl. *Schurz*: Philosophy of Science, 2014, S. 53, 127f.

⁴⁵⁵ Siehe *Bird*, in: Noûs 2007, 64.

⁴⁵⁶ Siehe *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 13ff.; vgl. *Hume*: A Treatise of Human Nature, Volume 1, Book I, Part III, Section vi.

Setzung des Induktionsprinzips, das besagt, dass die induktive Schlussfolgerung doch zulässig sein soll.⁴⁵⁷

Ergänzt man einen solchen Grundsatz im Begründungsmuster, stimmen die zugrunde gelegten Beobachtungen des Sachverhalts oder der juristischen Argumente zwar möglicherweise. Die Folgerung bzw. die gewählte Normanwendung mag hierauf ebenso logisch einwandfrei gestützt werden. Dennoch bleibt das Risiko, dass die induktive Prognose letztlich enttäuscht wird. Schließlich übersieht sie womöglich schlichtweg ein weiteres Merkmal des Sachverhalts oder ein zusätzliches Argument bezüglich der Normbedeutung, das der Rechtsanwender in seiner Entscheidung berücksichtigt.⁴⁵⁸

Darin besteht das Problem: Die induktive Herleitung kann an Realitäten scheitern, die der Schluss bislang in seinen Prämissen außer Acht ließ, selbst wenn er ansonsten noch so stringent ist.⁴⁵⁹ Genau deswegen kann der Induktivismus zumindest in seiner ursprünglichen Form niemals sicherere Prognosen liefern – auch nicht im Normanwendungskontext. Es bleibt stets die Gefahr, dass sich die Entscheidung zur Normanwendung letztlich auf ein Argument beruft, das die induktive Prognose noch nicht bedacht hatte.⁴⁶⁰

Diese Gefahr ist auch nicht schon deswegen vernachlässigbar, weil die befürwortete induktivistisch geprägte Methode leistungsstärker als bisherige Alternativen ausfällt, wie *Bird* betont. Denn nur weil ein Modell *dem Grunde nach* zuverlässigere Prognosen gestattet als ein anderes, ergibt sich daraus nicht, *wie* nah es selbst der Wahrheit kommt.⁴⁶¹

Auch wenn ein Normanwendungsmodell Entscheidungen bisher präzise vorhergesagt hat, ist dieses ‚Best Theory‘-Prädikat kein Garant für die Leistungsfähigkeit der Methode in Zukunft.⁴⁶² *Doppelts* Vertrauen auf die ewige Bewährung der zurzeit jeweils prognosestärksten Theorie hält *Alai* angesichts allgegenwärtiger Irrtümer im Laufe der Wissenschaftsgeschichte zurecht für hochmütig.⁴⁶³

Besonders riskant ist diese naive Zuversicht dort, wo sich gar nicht überblicken lässt, welche Einzelbeobachtungen oder juristischen Gründe eine Normanwendungsentscheidung berücksichtigen kann. Erstreckt man *Poppers* klassisches Beispiel ‚Alle Schwäne sind weiß‘ auf alle Schwäne in Europa, auf der Welt oder gar im Universum, desto weiter klaffen die zugrundeliegenden Einzelbeobachtungen und die Fälle auseinander, über die der Satz eine Aussage trifft. Gravierend erschwert das Induktionsproblem mithin die induktiv begründete Entscheidung über komplexe, unübersichtliche Sachverhalte. Ob eine Normanwendungsmethode vorhersehbare Entscheidungen produziert, indem sie stringente induktive Begründungsmuster verwirklicht, erscheint umso fraglicher, je weitreichender ihr Verfahren auf künftige Fälle und weitere

⁴⁵⁷ Zusammenfassend *Popper*: Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, S. 3–8.

⁴⁵⁸ Siehe nur *Reed*, in: Philosophical Studies 2002, 143, 152.

⁴⁵⁹ Siehe etwa *Schneider*, in: ZRPh 2008, 1, 3.

⁴⁶⁰ Vgl. *Chalmers*: What is This Thing Called Science?, 4. Aufl. 2013, S. 41.

⁴⁶¹ So *Niiniluoto*, in: Studies in History and Philosophy of Science 2014, 73, 76.

⁴⁶² Siehe *Díez*, in: European Journal of Philosophy of Science 2018, 271, 290.

⁴⁶³ Siehe *Alai*, in: Synthese 2016, 1, 17.

Rechtsgebiete ausgedehnt werden soll. Hier droht aus einer zunehmenden Zahl von Richtungen eine Falsifikation.

Ebenso verhält es bei der Ermittlung einzelner Normgehalte gemäß einer bestimmten induktivistisch ausgerichteten Methode: Je mehr Faktoren die Rechtsordnung bei einer Normanwendung berücksichtigt sehen will, desto mehr Erwägungen kommen in Betracht, die selbst eine gut begründete Normanwendung außer Acht lässt. Dabei scheint eben jenes Feld entscheidungsrelevanter Argumente gerade bei der untersuchungsrelevanten Grundrechtsanwendung kaum ermesslich. Wie sich zeigen wird, begrenzen hier nämlich vorrangige Anwendungsregeln wie die Canones zulässige Normanwendungsvarianten kaum noch.

Eine induktivistisch konzipierte Methode mag dann eingrenzen, welche der zahlreichen denkbaren entscheidungserheblichen Faktoren den Ausschlag geben sollen. Gerade wo die Rechtsordnung aber dezidiert fordert, der Entscheidung eine Würdigung der Gesamtumstände zugrunde zu legen, widersprechen solche künstlichen methodischen Restriktionen zwingenden Gesetzesvorgaben. Auf Seiten der Sachverhaltserfassung erscheinen derartige Beschränkungen zudem unvereinbar mit dem Gebot der Wahrheitserforschung, wie es sich bereits aus Art. 103 Abs.1 GG ergibt⁴⁶⁴: Schließlich ließe sich ein Sachverhalt selten restlos aufklären, wenn nur ex ante handverlesene Merkmale berücksichtigt werden dürfen. Beschränkt sich ein induktivistisch geprägtes Verfahren dagegen auf mäßige Eingrenzungen entscheidungsrelevanter Sachverhaltskomponenten und rechtlicher Argumente, riskiert sie stattdessen beachtliche Wertungsspielräume.⁴⁶⁵

Und sogar wenn die Leistungsfähigkeit einer Methode nur in einem vollständig überblickten Rahmen zu beurteilen wäre, stehen induktive Begründungsmuster in der Kritik. Sie geraten nämlich immerhin in das Münchhausen-Trilemma als zweite Konsequenz daraus, dass das menschliche Erkenntnisvermögen begrenzt und fehlbar ist: Denn auch wenn ein Entscheidungsgrund auf noch so umfassenden Beobachtungen des Sachverhalts und der juristischen Argumente fußt, ist er nur so zutreffend wie seine eigene fehleranfällige Begründung.⁴⁶⁶ Und daran schließt sich ein infinites Regress an, zu dessen Grund wir nie gelangen. Deshalb können wir ein Begründungsschema auch nie vollständig überblicken, um auszuschließen, dass unsere Herleitung nirgendwo verdeckte Fehler enthält.⁴⁶⁷

Das gilt im Übrigen bereits für vermeintlich evidente textwissenschaftliche Feststellungen. Die Problematik lässt sich am Ehebegriff verdeutlichen: Dass der verfassungsrechtliche Ehebegriff nur verschiedengeschlechtliche Partner erfasst, begründete eine Ansicht bisher mit der entsprechenden Bedeutung des Begriffs ‚Ehe‘ im allgemeinen Sprachgebrauch.⁴⁶⁸ Um wiederum zu begründen, dass der allgemeine Sprachgebrauch unter einer Ehe nur die Verbindung

⁴⁶⁴ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), 3. Aufl., 2018, Art. 103 GG, Rn. 13.

⁴⁶⁵ Vgl. *Hesse*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 57ff.

⁴⁶⁶ Siehe *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 172, 177; *Hannon*, in: *Philosophical Studies* 2017, 607; *Jantzen/Mayo/Patton*, in: *Synthese* 2015, 3413, 3417ff.

⁴⁶⁷ Vgl. *Brown*, in: *Analysis* 2013, 626, 631.

⁴⁶⁸ Siehe BVerfGE 105, 313, 345; BVerfGE 10, 59, 66; BVerfG, NVwZ 2012, 304, 307; vgl. auch *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 6 GG, Rn. 42; *Ipsen*, in: NVwZ 2017, 1096.

verschiedengeschlechtlicher Partner versteht, lässt sich auf die lexikalische Definition bis Herbst 2017 verweisen.⁴⁶⁹

Man kann freilich an dieser Stelle die Begründungskette abbrechen und es dabei belassen. Dass eine solche Vorgehensweise die Nachvollziehbarkeit einer Normanwendung gefährdet, zeigt sich aber spätestens dort, wo ein Lexikon verschiedene Bedeutungen ausweist und der Normanwender wählen muss, welche er für maßgeblich erklärt.

Er kann in solchen Fällen natürlich immer die erste Bedeutungsalternative wählen, die das Lexikon anbietet, im Falle der Ehe also zumindest bis August 2017 ihre Definition als „*gesetzlich [und kirchlich] anerkannte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau*“⁴⁷⁰ und danach als „*gesetzlich [und kirchlich] anerkannte Lebensgemeinschaft zweier Personen*“⁴⁷¹. Durch diese Setzung würde die Begründungskette unterbrochen. Der Normanwender wird auf diesem Wege jedoch dort an die Grenzen der zulässigen Auslegung stoßen, wo bei einer Begriffsstreitigkeit die erste lexikalische Bedeutung möglicherweise nicht mit dem Kontext der Norm vereinbar ist – etwa weil wie im Falle des Ehebegriffs das deutsche Zivilrecht bereits seit Juni 2017 auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften als Ehen zulässt und die lexikalische Definition sich erst etwas später änderte.⁴⁷² Bei der ersten lexikalischen Normbedeutung pauschal einen Schlussstrich unter die Begründung des Wortlautarguments zu ziehen, riskiert daher häufig eine unnachvollziehbare oder unzulässige Normanwendung.

Alternativ hierzu kann der Induktivist die Begründungskette an diesem Punkt fortsetzen. Er kann also Gründe anbieten, weshalb die genannte oder eine andere lexikalische Bedeutung oder die des Zivilrechts für den verfassungsrechtlichen Begriff maßgeblich sein soll. Im Fall der Ehe mag die Begründung auf empirische Messwerte verweisen. Sie mag zum Beispiel anhand einer Umfrage aufzeigen, dass Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern der außerrechtlichen Lebensordnung bzw. dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. Genauso gut kann der Induktivist begründen, wieso das allgemeine Sprachverständnis unerheblich ist und stattdessen einfachgesetzliche Ehebegriff maßgeblich für die Auslegung der Verfassung sein soll.⁴⁷³

In der Praxis erzwingt an dieser Stelle bereits der schiere Ressourcenmangel einen Kettenabbruch. In der Theorie ließe sich die Begründung aber natürlich noch ad infinitum fortreiben. Dazu muss man nur umfangreicher darlegen, warum die empirischen Erhebungen zur Lebenswirklichkeit oder zum Sprachgebrauch aussagekräftig sind. Die Begründung bleibt indes unvermeidbar anfällig für Kritikpunkte wie solche eines Messfehlers, einer nicht repräsentativen Befragungsgruppe oder einer suggestiven Fragestellung. Unabhängig von der Tiefe der Begründung machen es entsprechende methodische Leitlinien niemals restlos nachvollziehbar, wie sich der Normanwender entscheidet. Schließlich muss er sich potenziell auf immer tieferen Begründungsebenen gegen derartige

⁴⁶⁹ Ehemals: Bibliographisches Institut GmbH - Duden Verlag (Hrsg.): <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ehe>, Zugriff am 07.08.2017 um 21:00 Uhr.

⁴⁷⁰ Ebenda.

⁴⁷¹ Ebenda, Zugriff am 17.03.2019 um 12:10.

⁴⁷² Siehe § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.; BT-Drs. 18/6665.

⁴⁷³ Vgl. weiterführend Ipsen, in: NVwZ 2017, 1096.

Einwände rechtfertigen, ohne dass er jemals zum Ende der Zweifelspunkte, zu letzten Gründen gelangt.

Dabei riskiert der Induktivist sogar, dass die Nachvollziehbarkeit mit zunehmender Detailtiefe abnimmt. Denn auf jeder detaillierteren Begründungsebene sind nicht nur die tieferliegenden Prämissen irrumsanfällig, sondern auch der Obersatz selbst, der den Rückschluss von diesen auf das höherliegende Zwischenergebnis gestattet. Beispielhaft ausgedrückt muss die induktive Methode also jeweils nicht nur begründen, was der Gehalt einer gewissen lexikalischen Definition ist. Zugleich schuldet sie nämlich eine Erklärung, warum ausgerechnet diese maßgeblich für die Bestimmung des Wortlauts einer Norm ist. Die fehleranfälligen Stellen einer Normanwendungshypothese potenzieren sich im infiniten Begründungsregress somit in infiniten Verzweigungen.⁴⁷⁴

Dass innerhalb solcher Begründungskomplexe Irrtümer stets möglich bleiben, verhindert selbst die endgültige Verifikation sehr restriktiver Annahmen über einen kleinen Teilausschnitt der Wirklichkeit bzw. zu sehr einfachen Normanwendungsfragen. Gewiss mag man eine Verifikation dennoch für möglich halten, solange man sie unter den Vorbehalt stellt, dass Falschbeobachtungen oder Fehleinschätzungen juristischer Argumente ausgeblieben sind.⁴⁷⁵ Dann aber sollte man sinnvollerweise gar nicht erst von Verifikation sprechen. Immerhin suggeriert dieses Prädikat fälschlich, dass sich die betroffene Hypothese gar nicht weiter bewähren kann, sodass zusätzliche (potenziell falsifizierende) Überprüfungen nicht nötig sind.⁴⁷⁶ Gerade dies ist aber nicht der Fall: Die Vorhersage gemäß induktiv geprägtem Verfahren kann ein Normanwender nämlich weiterhin bei gleichbleibender Methodentreue verwerfen, soweit er nur einen Fehler vermeidet, der der Prognose unterliefe.

Angesichts des Induktionsproblems und des Münchhausen-Trilemmas wird eine Methode zur Normanwendung nicht dadurch transparenter und mithin rechtssicherer, dass sie der induktivistischen Leitlinie entspricht. Genauso wenig empfiehlt sich ein induktives Modell als Richtwert möglichst vorhersehbarer Normanwendungen. Die Fehleranfälligkeit der entsprechenden Entscheidungsbegründungen legt eher nahe, dass sich womöglich leistungsfähigere Theorierahmen finden, die eher das Höchstmaß an Prognosesicherheit ausloten. Der Induktivismus bildet somit auch keinen geeigneten Maßstab dafür, wann eine Methode zur Normanwendung möglichst intersubjektiv nachvollziehbare Ergebnisse liefert.

cc. Kohärentismus

(a) Darstellung

Anders als der klassische Induktivismus bemüht sich der Kohärentismus stärker um eine Lösung des Induktionsproblems. Kohärentistische Ansätze nehmen ihren Ausgang nämlich bei der Duhem-

⁴⁷⁴ Vgl. *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 13ff.

⁴⁷⁵ Vgl. *Schurz*: Philosophy of Science, 2014, S. 127f.

⁴⁷⁶ Vgl. *Miller*: Critical Rationalism, 1994, S. 135ff.

Quine-These. Ähnlich wie das Induktionsproblem erkennt diese die prämissenseitige Lücke im Schluss auf eine allgemeine These aus einem begrenzten Satz von Beobachtungsdaten.⁴⁷⁷ Gleichzeitig grenzt die Duhem-Quine-These den Kohärentismus von fallibilistischen Erkenntnismodellen ab, indem sie darauf verweist⁴⁷⁸, dass eine Einzelbeobachtung im Widerspruch zu einer Hypothese deren Falschheit nicht näher legt als einen Messfehler.⁴⁷⁹

Zu sicheren Prognosen wollen kohärentistische Ansätze deshalb weder durch das ursprüngliche induktivistische Verfahren gelangen noch durch die reine Widerlegung fehlerhafter Sätze. Stattdessen sind belastbare Vorhersagen für sie am ehesten herstellbar, indem Beobachtungen zu einem kohärenten Ganzen verdichtet werden.⁴⁸⁰ Wesenskern kohärentistischer Erkenntnismodelle ist somit der holistische Abgleich verschiedener Hypothesen mit dem gesamten Hintergrundwissen und die Auswahl der kohärentesten Variante.⁴⁸¹

Um dementsprechend über die Normanwendung zu entscheiden, sind alle Indizien zum Sachverhalt sowie die juristischen Argumente ganzheitlich zu würdigen, insbesondere die Gesetzssystematik.⁴⁸² Gewählt werden sollen dabei gerade die Tatbestandsrekonstruktion und die Normbedeutung, die sich am harmonischsten in das Hintergrundwissen der Rechtsanwender einfügen.⁴⁸³ Zum Hintergrundwissen zählen dabei vor allem deren Vorstellungen sämtlicher Inhalte und Strukturen betroffener Normen im Speziellen und der Rechtsordnung im Allgemeinen.

Die vorliegende Untersuchung versteht den Kohärentismus insofern als Spielart des Induktivismus. Ähnlich wie das Induktionsprinzip führt der Kohärentist seine methodischen Grundsätze schließlich ebenfalls durch Setzung ein und ermöglicht so erst weitergehende Schlüsse aus einem ansonsten begrenzten Erfahrungsschatz.⁴⁸⁴

(b) Kritik

Der Kohärentismus löst das Münchhausen-Trilemma folglich so auf, dass er Zirkelschlüssen keine Rationalität abspricht, solange die Selbstreferenzen in sich stimmig bleiben.⁴⁸⁵ Wie bereits *Russell* moniert hat, weist diese Erwägung indes Defizite auf: Diametral gegensätzliche Positionen könnten nämlich gleichermaßen als intersubjektiv nachvollziehbar gelten, sollte es dafür schon ausreichen, dass sie mit dem jeweiligen Hintergrundwissen einer Person harmonieren. Denn je nachdem, wie das Hintergrundwissen einer Person geraten ist, kann es entweder die eine Aussage nahelegen oder ihr Gegenteil.⁴⁸⁶ Wer wie der Kohärentismus Zirkelschlüsse erlaubt, gestattet insofern

⁴⁷⁷ Siehe *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 138.

⁴⁷⁸ So *Duhem*: Ziel und Struktur der physikalischen Theorien, Nachdr. d. Ausg. Leipzig 1908 1978, S. 249ff.

⁴⁷⁹ Vgl. *Strevens*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2001, 515, 516.

⁴⁸⁰ *Bartelborth*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 2015, 5; *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 138.

⁴⁸¹ So etwa *Elgin*, in: *Contemporary Debates in Epistemology*, 2005, 156, 157–167.

⁴⁸² Vgl. *Amaya*: The Tapestry of Reason, 2015, S. 487ff.

⁴⁸³ Vgl. *Schneider*, in: *ZRPh* 2008, 1.

⁴⁸⁴ So *Jones*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2018, 75, 135ff.

⁴⁸⁵ *Vaas*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 441, 448.

⁴⁸⁶ Vgl. *Russell*, in: *Philosophical Essays*, 1910, 170, 173ff.

gleichermaßen die Rechtfertigung beliebiger, gegenläufiger Thesen – etwa zu der Frage, welche Normanwendung die richtige und damit die vorherzusehende ist.⁴⁸⁷

Bildlich gesprochen: „*Inferentielle Beziehungen können Rechtfertigungen nur transferieren, nicht generieren - auch nicht im Regress oder Zirkel. Das ist wie bei einer Leitung, die nur dann Wasser führt - egal, ob sie unendlich lang ist, einen Kreislauf darstellt oder Anfang und Ende hat -, wenn irgendwo Wasser eingeleitet wird*“⁴⁸⁸. Wenn man also wie der Kohärentist den Zirkelschluss als Grundlage seiner Vorhersagen zu Normanwendungen zulässt, kann der Rechtsanwender Wertungsspielräume nicht nur in einem eng abgesteckten Korridor auflösen. Stattdessen kann er jede juristische Entscheidung beliebig fassen – je nachdem, welches Ausgangswissen man in das holistische Begründungsmuster eingibt. Im Umkehrschluss taugt der Kohärentismus also nicht als Leitlinie einer Normanwendungsmethode mit optimal vorhersehbaren Ergebnissen.

BonJour umgeht solche Einwände zwar, indem er in diesen Fällen schlichtweg einer Seite vorwirft, sie habe ihr Hintergrundwissen nicht hinreichend genau ausgehorcht und könne daher gar keine kohärenten Schlussfolgerungen ziehen.⁴⁸⁹ Wie *Hannon* allerdings zutreffend feststellt, zahlt *BonJour* einen hohen Preis für diesen Glauben an den unbedingten Gleichlaut und die Richtigkeit des uns allen imprägnierten Hintergrundwissens⁴⁹⁰:

Um zu rechtfertigen, wieso unser Hintergrundwissen uns allen gleichermaßen stets zu einer intersubjektiven Einsicht verhelfen kann, muss *BonJour* ernsthaft unterstellen, unser Hintergrundwissen sei – richtig interpretiert – unfehlbar.⁴⁹¹ Das mag zwar sein, ist aber ähnlich wie die reine Erkenntnis im idealen Diskurs oder im platonischen Ideenkosmos ein Erkenntnisvermögen, das sich in der Praxis de facto nie abrufen lässt. Spekulationen über eine derartige rein theoretische Prognosefähigkeit sind deshalb im Mindesten irrelevant für eine praktische Erkenntnismethode, wie sie für die tatsächlich vorhersehbare Normanwendung benötigt wird.

Wenig verwunderlich fruchtete dementsprechend bislang keine Bemühung, die Gesamtstruktur der Rechtsordnung vollständig zu durchdringen und daraus eindeutige Erkenntnisse über den Inhalt einer bestimmten Norm abzuleiten. Angesichts der widersprüchlichen Ziele wechselnder Gesetzgeber scheint ein derartiges Unterfangen ohnehin zum Scheitern verurteilt: Der Gesetzesordnung im Ganzen fehlt es nämlich naturgemäß an einer Kohärenz – jedenfalls in einer Detailtiefe, die Streitigkeiten über den Gehalt einer bestimmten Norm zweifelsfrei auflöst.⁴⁹² Eine derartige Kohärenz ließe sich allenfalls contra legem hineinlegen, nie aber methodenehrlich intersubjektiv vorhersehbar dem Rechtskosmos selbst entnehmen.⁴⁹³ Ansonsten bleibt den Kohärentisten nur übrig, sich selektiv ein beliebiges in sich stimmiges Teilstück der Rechtsordnung

⁴⁸⁷ Siehe *Bland*, in: *Social Epistemology* 2016, 150, 151.

⁴⁸⁸ *Vaas*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 441, 449.

⁴⁸⁹ Siehe *BonJour*, in: *Philosophical Perspectives* 2010, 57, 71ff.

⁴⁹⁰ Siehe *Hannon*, in: *Synthese* 2014, 1119, 1132.

⁴⁹¹ Vgl. *BonJour*, in: *Philosophical Perspectives* 2010, 57, 71ff.

⁴⁹² Vgl. ähnliche Kritik auch bei *Alexy*, in: *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, 2016, 85, 89.

⁴⁹³ So *Lamond*, in: *Ratio Juris* 2017, 507, 520f.

auszuwählen und daraus zirkelschlüssig die Bedeutung einer Teilnorm folgern und hieraus wiederum den Aussagegehalt ihrer Umgebung.

Ein ähnlicher Fehler unterläuft *Bartelborth*. Er hält es für möglich, Prognosen im Wege der von ihm so bezeichneten Abduktion zu optimieren. Dazu zieht er von vornherein nur die am ehesten geeigneten Hypothesen in die engere Wahl und gleicht sie mit dem Hintergrundwissen ab.⁴⁹⁴ Hiermit wird das Risiko einer fehlerhaften Vorhersage aber bestenfalls auf die Stufe der Vorauswahl verlagert. Wie diese anders als durch Induktion oder Falsifikation gelingen soll, bleibt jedoch unklar.⁴⁹⁵ Auch *Bartelborth* schlägt hier keinen konkreten dritten Weg für die Vorauswahl vor.⁴⁹⁶

Es zeigt sich, dass eine kohärentistisch geprägte Methode die gebotenen Normanwendungsentscheidungen

- entweder zirkelschlüssig und damit beliebig je nach dem subjektiven Hintergrundwissen des Normanwenders herleitet
- oder diese Vorgehensweise einschränkt und dann auf herkömmliche Vorhersagemittel der Induktion und Falsifikation zurückgreifen muss, deren Leistungsfähigkeit an anderer Stelle überprüft wird.

Mithin liefert der Kohärentismus jedenfalls kein eigenständiges Verfahren, mit dem sich in der Praxis möglichst weitreichend vorhersehen lässt, wie ein Normanwender Entscheidungsspielräume ausfüllt.

dd. Probabilismus

(a) Darstellung

Die prominenteste Weiterentwicklung des klassischen Induktivismus bildet der Probabilismus, der auch als Bayesianismus bezeichnet wird. Die gegenwärtige Diskussion bespricht ihn in einer ganzen Reihe verschiedener Spielarten. Im Wesenskern kennzeichnet den Probabilismus aber zunächst der gemeinsame Nenner, dass er Vorhersagen anhand der wahrscheinlichsten Hypothese empfiehlt.

Einig sind sich die bayesianistischen Einzeltheorien darüber, dass die Wahrscheinlichkeiten der verschiedenen Hypothesen dadurch bemessen werden, inwiefern Beobachtungen (juristischer Argumente) ihre Aussagen bestätigen oder in Zweifel ziehen.⁴⁹⁷ Dabei versehen Bayesianisten jede neue Hypothese, etwa über die Prognoseleistung einer bestimmten Normanwendungsmethode, zunächst standardmäßig mit einer pauschalen Anfangswahrscheinlichkeit von beispielsweise 50%.⁴⁹⁸ Die wahrscheinlichste Theorie ist ausgehend hiervon diejenige, die relativ am meisten

⁴⁹⁴ Siehe *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 208.

⁴⁹⁵ Vgl. *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 148ff.

⁴⁹⁶ Vgl. *Schurz*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2014, 87, 88.

⁴⁹⁷ Vgl. *Crupi*, in: *Journal of Philosophical Logic* 2015, 641, 643 m.w.N.

⁴⁹⁸ Vgl. *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 562ff.; *Huemer*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2009, 345, 372.

validiert wird und am wenigsten beobachtbare Anomalien oder Gegengründe provoziert.⁴⁹⁹ Eben jenes wahrscheinlich leistungsstärkstes Normanwendungsmodell würde der Bayesianismus als Methode empfehlen.

Diese Konstruktion erlaubt aktuellen bayesianistischen Ansätzen ganz überwiegend zumindest einen resoluten Umgang mit der Falsifizierbarkeit auch der wahrscheinlichsten Hypothese. Durch Wahrscheinlichkeitsanpassung können Bayesianisten reagieren, wenn die Wirklichkeit ihre Prognosen offenkundig widerlegt.⁵⁰⁰

Zwar lautet ein beliebter Einwand, es gelinge dem Probabilismus an dieser Stelle nicht, seine Abkehr von der bisherigen Theorie zu erklären. Schließlich seien zuvor unberücksichtigten Alternativen noch gar keine Wahrscheinlichkeitswerte zugewiesen.⁵⁰¹ Hinzu kommt die Schwierigkeit, beliebig einen Grad hinreichender Wahrscheinlichkeit setzen zu müssen, ab welchem ein Bayesianist Theorien in die engere Wahl zieht.⁵⁰² Der Probabilismus kann dieses Problem aber immerhin dadurch auflösen, dass er der Wahrscheinlichkeitsberechnung ein ‚catch-all‘-Modell zugrunde legt: Indem eine Untersuchung jede mögliche Alternativtheorie einbezieht, kann sie allen optimierte Wahrscheinlichkeitswerte zuweisen, wenn Beobachtungen zu deren Neubewertung zwingen.⁵⁰³

Unterschiedlich beantworten die einzelnen probabilistischen Modelle hingegen die Fragen,

1. auf Grundlage welcher Fälle Hypothesen validiert bzw. korrigiert werden sollen und
2. wonach sich richtet, welche von ihnen als die wahrscheinlichste gilt.

Grundsätzlich verweisen die allermeisten Probabilisten zur Beantwortung der ersten Frage auf das Hintergrundwissen als Prüfstein. Das Hintergrundwissen meint dabei in der Regel die Summe des individuellen oder überindividuellen Beobachtungs- und Argumentationsschatzes. Dieser umfasst insbesondere die bisherigen Erfahrungen bei der Überprüfung von Hypothesen.⁵⁰⁴ Verschieden beurteilen die Theorien hingegen, ob das intersubjektive Hintergrundwissen aller Betrachter den Prüfstein bilden soll oder nur das des Einzelnen.⁵⁰⁵ Man unterscheidet insofern auch zwischen einem subjektiven und objektiven Probabilismus.⁵⁰⁶

Die zweite Frage unterteilt den Bayesianismus in vier Modelle: Das erste bemisst die Wahrscheinlichkeit einer Vorhersage danach, mit wie vielen vernünftig vertretbaren Positionen sie sich vereinbaren lässt.⁵⁰⁷ Eine Position ist dabei jede Auffassung zur Wahrheit der einzelnen

⁴⁹⁹ Vgl. Mayo: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, 1996, S. 99.

⁵⁰⁰ Vgl. Autzen, in: *Erkenntnis* 2018, 253, 257f., 261.

⁵⁰¹ Siehe Gillies, in: *Foundations of Bayesianism*, 2001, 373, 374–379.

⁵⁰² Vgl. Fantl/McGrath, in: *Philosophical Studies* 2009, 55, 65f.

⁵⁰³ Siehe Wenmackers/Romeijn, in: *Synthese* 2016, 1225, 1233ff. m.w.N.

⁵⁰⁴ Vgl. Betz, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2016, 1117, 1125ff.; so auch Gadenne, in: Karl Popper, *Logik der Forschung*, 2013, 125, 129.

⁵⁰⁵ So die am weitesten verbreitete Spielart des Probabilismus laut Mayo: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, 1996, S. 88f.

⁵⁰⁶ Vgl. Rowbottom, in: *Synthese* (Online) 2016, 3f.

⁵⁰⁷ Siehe Betz, in: *Erkenntnis* 2012, 237.

Prämissen einer Hypothese.⁵⁰⁸ Vernünftig vertretbar ist sie etwa für *Betz* immer dann, wenn sie in sich schlüssig ist.⁵⁰⁹

Ein zweiter Ansatz ermittelt den Wahrscheinlichkeitsgrad einer Vorhersage danach, inwieweit sie sich bewährt, also inwiefern bisherige Fälle die Prognose eher validieren als falsifizieren. Immerhin gesteht sogar der Induktionsskeptiker *Wray* zu, die Statistik könne belegen, dass bewährte Theorien statistisch betrachtet seltener scheitern als unbewährte.⁵¹⁰ Anhänger dieser Spielart des Probabilismus bemerken demgemäß, dass mit zunehmender Bestätigung Theorien immer präziser werden, also perspektivisch nur noch in einer Minderzahl der Fälle keine befriedigenden Prognosen liefern.⁵¹¹

Als dritte Spielart folgert *Park* die (wahrscheinliche) Richtigkeit einer neuen Theorie daraus, wie viele Alternativen zu ihr bereits widerlegt wurden.⁵¹² Schon er selbst muss allerdings eingestehen, dass eine solcher Rückschluss überall dort fehleranfällig ist, wo eine unbegrenzte Zahl alternativer Hypothesen erdenklich wäre.⁵¹³ Genau das trifft indes bei jeder nicht ganz simplen Fragestellung zu, etwa bei der nach einer rechtssicheren juristischen Methode: Hier lässt sich eine endlose Reihe mehr oder weniger geeigneter Kandidaten auflisten. *Parks* Modell muss daher hier nicht weiterverfolgt werden.

Als vierte Variante ähnelt schließlich der ‚selektive Realismus‘⁵¹⁴ bei der Ermittlung von Wahrscheinlichkeiten bereits deutlich dem Fallibilismus. Das Modell stuft die Wahrscheinlichkeit überdeutlich falsifizierter Hypothesen auf ein Minimum oder gar auf null hinab, selbst wenn sie ansonsten häufig validiert wurden. Dafür erhöht diese Variante des Bayesianismus die Wahrscheinlichkeiten von Hypothesenteilen, die im Idealfall sogar Paradigmenwechsel überstanden haben und deshalb als besonders gefestigt gelten dürfen.⁵¹⁵

Diez fasst den ‘selektiven Realismus’ so zusammen: „*Really predictively successful theories (i.e. that make true novel -and risky- predictions) have a part of their non-observational content that is: (i) responsible for their successful predictions; (ii) approximately true; (iii) approximately preserved by posterior theories which, if more successful, are more truthlike*”⁵¹⁶.

Gegen diese Auffassung greift immerhin nicht schon der Einwand durch, wissenschaftliche Revolutionen seien imstande, bisherige Theorien in Gänze zu widerlegen. Würde sich die Kritik bewahrheiten und manchmal kein einziger Teilsatz unwiderlegt bleiben, bildet der ‚selektive Realismus‘ dies womöglich nur unzureichend ab. Schließlich geht er grundsätzlich auch bei Falsifikationen davon aus, dass valide Teilkomponente weiterhin mit hoher Wahrscheinlichkeit

⁵⁰⁸ So *Betz*, in: *Erkenntnis* 2012, 237, 262f.

⁵⁰⁹ Siehe *Betz*, in: *Erkenntnis* 2012, 237, 238f.

⁵¹⁰ Siehe *Wray*, in: *Synthese* 2013, 1719, 1724.

⁵¹¹ Vgl. *Wray*, in: *Synthese* 2013, 1719, 1726.

⁵¹² Siehe *Park*, in: *Grazer Philosophische Studien* 2018, 329, 335ff.

⁵¹³ Siehe *Park*, in: *Grazer Philosophische Studien* 2018, 329, 338.

⁵¹⁴ Siehe zum Begriff *Psillos/Ruttkamp-Bloem*, in: *Synthese* 2017, 3187, 3190 m.w.N.

⁵¹⁵ Siehe *Harker*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2013, 79, 83ff.

⁵¹⁶ *Diez*, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2018, 271, 274.

zutreffen.⁵¹⁷ Wissenschaftshistorisch ist ihm jedoch im Gegenteil zugute zu halten, dass auch die großen wissenschaftlichen Revolutionen eine frühere Theorie nie vollständig verworfen haben. Streckenweise ähneln die Prognoseergebnisse der neuen Hypothese schließlich denen der alten.⁵¹⁸ Mithilfe des ‚no miracles‘-Arguments können selektive Realisten insofern behaupten, die beständigen Vorhersageerfolge der dauerhaften Theorieteile müssten als Wunder gelten, würde man selbst ihre Wahrheit anzweifeln.⁵¹⁹ Díez nennt den ‚selektiven Realismus‘ deswegen „*the best scientific realism on the market*“⁵²⁰.

(b) Kritik

Mit seiner Bereitschaft zur Anpassung von Wahrscheinlichkeiten entgeht der Probabilismus augenscheinlich dem Induktionsproblem. Er gesteht die Fehlbarkeit selbst derjenigen Prognosen zu, an die er eine hohe Wahrscheinlichkeit knüpft.

Dabei bleibt der Bayesianismus jedoch tiefergreifender Kritik ausgesetzt: Will der Probabilismus nicht bloß mit dem kritischen Rationalismus konvergieren,⁵²¹ sondern über ihn hinausgehen, darf sein Wahrscheinlichkeitsbegriff nicht bloß hypothesenartig sein⁵²². Möchte der Bayesianismus mehr sein als eine bloße Akzentuierung des Fallibilismus, muss er ermitteln können, mit welcher Wahrscheinlichkeit eine Aussage wahr ist⁵²³ – und nicht allein, ob sie bei jederzeitiger Widerlegbarkeit wahrheitsnah oder wahrscheinlich wahr sein könnte.⁵²⁴

Beansprucht er dies, stellt sich jedoch die Frage, wie man sich sicher sein kann, dass etwas mit einer bestimmbar (prozentualen) Wahrscheinlichkeit wahr ist. Will man letztere nicht willkürlich festsetzen, lassen sich solche Wahrscheinlichkeitswerte immer nur in Relation zur 100-prozentigen Wahrheit bemessen.⁵²⁵ Es mutet insofern überraschend an, weshalb der Bayesianismus zwar keine Erkennbarkeit der Wahrheit beansprucht, wohl aber die sichere Erkenntnis davon, was wahrscheinlich wahr ist.⁵²⁶

Wie dieser vermeintliche Widerspruch praktisch aufgelöst wird, zeigt bereits ein Beispiel von *Wenmackers/Romeijn*: Hier stellen sie die Ausgangsfrage, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Restaurant eine Hygienemaßnahme ergreift oder nicht. Zur Überprüfung geben sie vor, welche anteilige Kontaminationsquote aller zubereiteten Speisen indizieren soll, ob die fragliche

⁵¹⁷ Siehe *Stanford*: *Exceeding our Grasp*, 2006, S. 173ff.

⁵¹⁸ Vgl. *Harker*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2010, 192, 195ff.

⁵¹⁹ Vgl. *Sprenger*, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2016, 173, 186.

⁵²⁰ *Díez*, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2018, 271, 290.

⁵²¹ Vgl. zum Projekt einer Harmonisierung bayesianistischer und fallibilistischer Ansätze etwa die jüngeren Beiträge von *Crupi/Nelson/Meder* et al., in: *Cognitive Science* 2018, 1410; *Schippers/Schurz*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* (Online) 2018, 1; *Vassend*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* (Online) 2018, 1.

⁵²² Zu einer entsprechenden Begriffsdefinition vgl. *Rowbottom*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2015, 100, 102.

⁵²³ Vgl. *Cevolani/Schurz*, in: *Australasian Journal of Philosophy* 2016, 1, 7ff.

⁵²⁴ Vgl. *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 3f., 130.

⁵²⁵ Vgl. *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 130; *Schurz*: *Philosophy of Science*, 2014, S. 319.

⁵²⁶ Vgl. *Niiniluoto*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2014, 73, 76.

Vorkehrung getroffen wurde.⁵²⁷ Der kritische Rationalist kann eine solche Indizwirkung hypothetisch annehmen. Soweit der Probabilist indes nach mehr strebt als nach fallibilistischer Wahrheitsannäherung, muss er eine induktive Begründung der Indizwirkung in Kauf nehmen. Diese krankt jedoch ihrerseits am Münchhausen-Trilemma. Der Probabilismus leidet somit zumindest wegen der Letztverbindlichkeit seiner Wahrscheinlichkeitsquoten ebenso unter dem Münchhausen-Trilemma wie der klassische Induktivismus.⁵²⁸

Konkret bestimmen lässt sich die Wahrscheinlichkeitsquote deswegen niemals mit vollständiger Gewissheit. Schließlich verlangt dies eine sichere Kenntnis der Fehlerquote und diese die lückenlose Kenntnis aller möglichen Fehler. Angesichts des begrenzten menschlichen Wahrnehmungshorizonts ist eine solche jedoch gerade nicht erreichbar.⁵²⁹ Hierin liegt das Defizit eines objektiven Probabilismus:

Sein weitreichendes Prüfungsprogramm zur Validierung und Falsifizierung der Leistungsfähigkeit von Methoden anhand aller möglichen Anwendungsfälle würde zwar die Genauigkeit der ermittelten Wahrscheinlichkeiten verbürgen. Gleichwohl scheint diese umfassende Kontrolle praktisch nicht umsetzbar: Niemand vereinigt in seinem Hintergrundwissen alle Beobachtungen denkbarer Sachverhalte und Normen, auf die eine juristische Methode angewandt werden soll. Stattdessen droht dem Betrachter trotz aller Bemühungen um das höchstwahrscheinlich leistungsstärkste Normanwendungsmodell eine Überraschung, wenn das Hintergrundwissen des Normanwenders diesem eine andere Methode als wahrscheinlich berechenbarer empfiehlt.

Beispielhaft ausgedrückt: Ein Rechtswissenschaftler mag nach Prüfung von 100 Fällen zu dem Ergebnis gelangen, dass in Grundrechtsstreitigkeiten am wahrscheinlichsten die Orientierung an Präjudizien Wertungsspielräume optimal eingrenzt. Das dürfte dazu veranlassen, diese Methode zur vorhersehbarsten im Sinne eines probabilistischen Maßstabs zu erklären. Demgegenüber ist es denkbar, dass ein Richter in seinem Erfahrungsschatz 1.000 Fälle vor Augen hat, in denen ein gewisses Abwägungsverfahren die meisten Entscheidungen berechenbar vorgegeben hat. Nicht auszuschließen bleibt indes, dass die Sichtung von 10.000 Fällen wiederum nahelegt, dass eine andere Methode am häufigsten vorhersehbare Ergebnisse produziert. Die Erfolgskriterien eines objektiv bayesianistischen Maßstabs leiden somit in der Praxis daran, dass sich ihre Einhaltung bestenfalls näherungsweise prüfen lässt. Es fehlt schlichtweg die umfassende Kenntnis der Fälle, nach denen sich die Wahrscheinlichkeiten verschiedener Hypothesen richten.

Wie oben erwähnt, tritt der *Bayesianismus* allerdings auch in subjektiver Form an. Dadurch vermeidet er zumindest den obigen Einwand. Dafür stößt er jedoch an anderer Stelle auf Probleme: Um sich vom kritischen Rationalismus abzuheben, muss der subjektive Probabilismus annehmen,

⁵²⁷ Siehe *Wenmackers/Romeijn*, in: *Synthese* 2016, 1225, 1226.

⁵²⁸ Vgl. *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 3f., 130.

⁵²⁹ Vgl. *Chalmers*: *What is This Thing Called Science?*, 4. Aufl. 2013, S. 48.

die relative Bestätigung durch bisherige Beobachtungen eines Einzelnen sei gleichwertig zur absoluten Bestätigung durch sämtliche Erfahrungen.⁵³⁰

Redlicher dürfte es hingegen sein, hierauf nicht zu vertrauen. Denn die Erfahrung ist reicher an Beispielen von Widerlegungen individueller Ansichten als von ihren dauerhaften falsifikationsfesten Bestätigungen.⁵³¹ Dies treibt den subjektiven Probabilisten strategisch einer Vorgehensweise zu, die seine reale Vorhersageleistung sogar noch schmälert. Auf diese kontraproduktive Motivlage hat beispielsweise *Miller* bislang unerwidert hingewiesen: Die induktivistische Suche nach größtmöglicher Wahrscheinlichkeit lädt ihm zufolge dazu ein, keine neuen Beobachtungen bzw. Erwägungen zu berücksichtigen. Schließlich erhöhen diese bestenfalls die ermittelte Wahrscheinlichkeit nicht weiter und vermindern sie im ungünstigen Fall noch.⁵³²

Ebenso bemerkt *Rowbottom*, dem subjektiven Bayesianismus fehle der Anreiz, Gegentheorien zu prüfen, weil das höchstens die Wahrscheinlichkeit der bisherigen Annahmen schmälert.⁵³³ Ähnlich stellt etwa *Cevolani* fest, dass der Probabilist sich auf voraussetzungs- und deshalb auch aussagearme Hypothesen beschränken muss. Andernfalls bricht er mit seinem Ziel möglichst wahrscheinlicher Vorhersagen.⁵³⁴ Im Normkontext hieße dies, dass der Probabilist dazu neigt, Anwendungsspielräume nur vorsichtig einzugrenzen. Andernfalls liefere er immerhin Gefahr, einer unwahrscheinlicheren Hypothese über die naheliegendste Entscheidungsweise Vorschub zu leisten.⁵³⁵

Um diesen Defekt abzustellen, müssten Probabilisten auf zusätzliche Hilfsprinzipien und Prämissen bauen, die gebieten, den Sachverhalt und die relevanten juristischen Argumente weitgehender auszuforschen oder auch gewagtere Hypothesen zu erwägen. Solche Hilfsprinzipien führen aber wiederum dazu, dass maximale Wahrscheinlichkeit gar nicht mehr Ziel der Untersuchung sein würde. Dies käme einer Abkehr vom eigentlichen Bayesianismus gleich.⁵³⁶

Neben solchen Einwänden gegen die subjektive und die objektive Variante des Probabilismus im Allgemeinen ergeben sich zusätzlich konkrete Probleme für seine besonderen Ausprägungen:

Betz selbst gesteht, die Bemessung der Wahrscheinlichkeitsquote anhand der Anzahl kompatibler kohärenter Aussagen sei fehleranfällig. Gerade die Beurteilung empirischer Beobachtungen (des Sachverhalts) nach seinem Verfahren kann der Wirklichkeit zuwiderlaufen. Das ist nämlich der Fall, wenn sich die Richtigkeit einer Hypothese hierüber nur danach richten soll, ob mit ihren Prämissen möglichst viele logisch konsistente, aber unterschiedlich voraussetzungsreiche Auffassungen harmonisieren.⁵³⁷ Quantität verbürgt nicht per se Qualität.

⁵³⁰ Siehe *Rowbottom*, in: *Synthese* (Online) 2016, 5.

⁵³¹ Vgl. *Rowbottom*, in: *Synthese* (Online) 2016, 20f.

⁵³² Siehe *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 135ff.; vgl. auch *Rowbottom*, in: *Synthese* (Online) 2016, 4.

⁵³³ Siehe *Rowbottom*, in: *Synthese* (Online) 2016, 3.

⁵³⁴ Siehe *Cevolani*, in: *Logic Journal of the IGPL* 2016, 542, 543.

⁵³⁵ Vgl. *Bartelborth*: *Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens*, 2. Aufl. 2017, S. 265.

⁵³⁶ Siehe *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 142, 144, 150f.

⁵³⁷ Vgl. *Betz*, in: *Erkenntnis* 2012, 237, 251.

Gegen eine bewährungs-basierte Beurteilung der Wahrscheinlichkeit streitet wiederum, dass bewährte Hypothesen sich zwar seltener als falsch erweisen als unbewährte, dafür aber auch unter bewährten Hypothesen die meisten falsifiziert werden. Es wäre deshalb irreführend, einer bisherigen Bewährung eine Richtigkeitsgewähr zu entnehmen, wie dies die entsprechende Variante des Probabilismus nahelegt.⁵³⁸

Auch der ‚selektive Realismus‘ leidet unter einem entscheidenden Defizit: Ohne Rückgriff auf die Falsifikation kann er höchstens ex post ermitteln, welcher leistungsfähige Bestandteil einer Methode auch die rigidesten Überprüfungen überdauert, die sogar Paradigmenwechsel provozieren. Ex ante vermittelt er somit keine zusätzliche Prognosesicherheit dazu, welche Teilstücke einer Methode auch bei neuen Sachverhalten und Norminhalten vorhersehbare Anwendungsergebnisse verbürgen.⁵³⁹ Denn dass eine Normanwendungsmethode Entscheidungen in bisherigen Konstellationen zuverlässig eingrenzt, garantiert noch nicht ihre Eignung in künftigen Fällen.⁵⁴⁰ Selbst Anhänger des ‚selektiven Realismus‘ sprechen deshalb davon, ihre Theorie sei gegenüber den letztendlich wahren Hypothesen blind.⁵⁴¹ Der bloße bisherige Prognoseerfolg einer Hypothese erlaubt keinen Rückschluss darauf, welche ihrer Teile auch in Zukunft Widerlegungsversuchen dauerhaft standhalten.⁵⁴² Angesichts dessen ist nicht erkennbar, wie der ‚selektive Realismus‘ als praxisrelevante Leitlinie für die künftige Leistungsfähigkeit von Methoden dienen soll.

Genauso verhält es sich, wenn andere aufgrund des skizzierten Problems das Einsatzgebiet des ‚selektiven Realismus‘ als Leitlinie sicherer Prognosen auf Fälle begrenzen, in denen unmittelbar eine Beobachtung wiedergegeben wird.⁵⁴³ Im Normanwendungskontext käme dem am nächsten, juristischen Methoden im Interesse vorhersehbarer Ergebnisse die Anwendung eines Präjudizes in identischen Fällen vorzugeben. Das grenzt Wertungsspielräume in allen präzedenzlosen Fällen indes kaum ein. Die Feststellung des Sachverhalts und Deutung der daran anknüpfenden, präjudizierten Rechtsfolge bleiben ferner dem Münchhausen-Trilemma ausgesetzt und mithin fallibel. Dies gilt sogar, wenn die Leistungsfähigkeit einer Methode wahrscheinlich scheint, weil sie ihre Zuverlässigkeit trotz etlicher ‚Paradigmenwechsel‘ wie die Übertragung auf neue Rechtsgebiete und Fallkonstellationen bewahrt hat.⁵⁴⁴

Beansprucht der Probabilismus, teilweise verifizierbare und mithin zuverlässigere Vorhersagen als der kritische Rationalismus zu entwickeln, krankt er folglich in all seinen Varianten an Defiziten, die seine prognostische Leistungsfähigkeit dämpfen. Prüft der objektive Bayesianismus die Berechenbarkeit einer Methode anhand aller möglichen Anwendungsfälle, geht er an einer Praxis vorbei, die nie auf ein derart breites Hintergrundwissen zurückgreifen kann. Verspricht er eine Verifizierbarkeit auf Basis bloß subjektiver Einsichten, riskiert er, dass der Vorhersagende und der

⁵³⁸ Vgl. Wray, in: Synthese 2013, 1719, 1724.

⁵³⁹ So Saatsi/Psillos/Stanford et al., in: Metascience 2009, 355, 385ff.; vgl. Vickers, in: Synthese 2017, 3221, 3229f.; Vickers, in: British Journal for the Philosophy of Science (Online) 2018, 1, 24.

⁵⁴⁰ So Díez, in: European Journal for Philosophy of Science 2018, 271, 277 m.w.N.

⁵⁴¹ Siehe Psillos/Ruttkamp-Bloem, in: Synthese 2017, 3187, 3195; vgl. auch Boyce, in: Erkenntnis 2018, 929, 938ff.; Vickers, in: Synthese 2017, 3221, 3229ff.

⁵⁴² Vgl. Wray, in: Studies in History and Philosophy of Science 2018, 86, 87f.

⁵⁴³ Vgl. Vickers, in: Synthese 2017, 3221, 3231.

⁵⁴⁴ Vgl. Harker, in: British Journal for the Philosophy of Science 2013, 79, 83ff.

tatsächliche Normanwender nicht dasselbe Hintergrundwissen teilen. Weil sie daher womöglich auch unterschiedliche Normanwendungsentscheidungen für die wahrscheinlichste halten, fehlt es entsprechenden Methoden an optimaler Verlässlichkeit. So oder so gibt der Bayesianismus kein praktisch tragfähiges Gerüst vor, in dessen Rahmen die Normanwendung möglichst vorhersehbar vollzogen werden kann.

ee. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass selbst fortgeschrittene induktivistische Modelle wie die des Probabilismus die Fehlbarkeit ihrer Prognosen ex ante nur begrenzt ausschließen können. Dieser Mangel beeinträchtigt die Tauglichkeit des Induktivismus sowohl als Richtschnur für einzelne Normanwendungen als auch als Richtschnur für die Leistungsfähigkeit einer Methode: Denn einerseits riskiert eine induktiv begründete Normanwendungsweise stets, gewisse Sachverhaltsmerkmale irrtümlich einzuschätzen oder zusätzliche relevante rechtliche Erwägungen zu verkennen. Begründet man andererseits die Prognosesicherheit einer Methode induktiv mit ihren vorhersehbaren Ergebnissen in bestimmten Fällen, bleibt offen, ob ihr die Bewertung anderer Konstellationen ebenso berechenbar gelingt. Hieraus ergibt sich ein strukturelles Vorhersagedefizit, das ein am Induktivismus orientiertes Verfahren zumindest an tadellosen Voraussagen hindert.

Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass es sich bei einer induktivistisch geprägten Methode trotzdem um die leistungsfähigste handelt, die sich unter praktikablen Maßstäben der Rechtssicherheit konzipieren lässt. Immerhin erkennt der Induktivismus zutreffend den epistemischen Wert eines Mehr an Beobachtungen von und Ableitungen aus Sachverhalt und juristischen Argumenten bei der Unterfütterung von Vorhersagen auch im Normanwendungskontext. Je mehr Datenpunkte eine Methode (induktiv) in die Entscheidungsfindung integriert, desto eher lässt sich eine Normanwendung auf dieser Grundlage vorhersehen. Je mehr Fälle die Leistungsfähigkeit einer Methode erfolgreich induktiv bestätigen, desto weniger wahrscheinlich scheitert sie statistisch gesehen in jedem weiteren und umgekehrt.

Bei aller Fehlbarkeit unserer Vermutungen legen Erfahrung und die Statistik immerhin nahe, dass Prognosen sich umso häufiger als zutreffend herausstellen, je weitreichender und profunder ihre Begründung ausfällt. Je gründlicher eine Methode den Sachverhalt und das juristische Argumentationsfeld ausleuchten lässt, desto eher hegt sie Wertungsspielräume ein – auch wenn die Genauigkeit des Verfahrens inhärent fehleranfällig bleibt.⁵⁴⁵

Induktivistische Versuche sind jedoch zur Entwicklung möglichst tragfähiger Prognosen keineswegs geeigneter als fallibilistische Modelle: Anders als induktivistische Methoden ergänzen sie nämlich eine profunde induktive Herleitung von Hypothesen im Entdeckungszusammenhang um deren kritische Überprüfung im Anschluss.⁵⁴⁶ Und selbst wenn diese gänzlich erfolglos ausfällt, so liefert ihr Ergebnis nicht weniger Erwartungssicherheit als das des reinen Induktivismus in einer seiner Spielarten. Umgekehrt verspricht ein fallibilistisch geprägtes Normanwendungsmodell eine Verfeinerung von Vorhersagen, eben weil es die Fehlbarkeit von Hypothesen anders als die

⁵⁴⁵ Vgl. *Chalmers*: What is This Thing Called Science?, 4. Aufl. 2013, S. 73ff.

⁵⁴⁶ Vgl. *Paitlová*, in: Aufklärung und Kritik 2017, 18, 20.

Induktivisten weder leugnet noch vernachlässigt noch ausklammert. Stattdessen verlangt der kritisch-rationale Maßstab von einer Methode, sich der Fehlbarkeit von Annahmen offen zu stellen, um dadurch zu ermitteln, welche Hypothesen sich trotz dessen bewähren.

Induktivistische Leitlinien verhelfen mithin nur dann in der Praxis (der Normanwendung) zu größtmöglicher Prognosesicherheit, wenn darüber hinausgehende Falsifikationsbemühungen notwendig erfolglos bleiben. Die relative Leistungsstärke des Induktivismus hängt von der relativen Leistungsschwäche des kritischen Rationalismus ab. Wie es um diese und damit auch um die kritisch-rationale Prognosefähigkeit im Verhältnis zu der der induktivistischen Methoden bestellt ist, wird nachstehend geklärt.

c. Kritischer Rationalismus

aa. Orientierung

Der kritische Rationalismus wurde bisher nur sehr zaghaft explizit auf das Feld der Rechtsanwendung übertragen.⁵⁴⁷ Dabei misslang es dem Ansatz des Fallibilismus bisher vor allem deswegen, in der rechtswissenschaftlichen Methodik Fuß zu fassen, weil bisherige Übertragungsversuche wie der von Zippelius⁵⁴⁸ noch „*recht unspezifisch*“⁵⁴⁹ geblieben sind. Wo die Überlegungen konkret wurden, äußerte sich der Einsatz des kritischen Rationalismus meist so, dass in dessen Sinne die Canones nicht als Gründe aufgefasst wurden, sondern als falsifizierende Gegengründe, die bestimmte Deutungshypothesen widerlegen.⁵⁵⁰ Ähnlich betrachtet *Canaris'* Ansatz Urteile und Rechtsdogmatik als Falsifikationsgründe zur Widerlegung von Deutungshypothesen.⁵⁵¹ Keines dieser Konzepte konstruierte indes ein geeignetes fallibilistisches Modell für den Anwendungskreis, für den vorliegend eine möglichst prognosesichere Leitlinie benötigt wird: das rechtssichere Ausfüllen von Spielräumen in der Normanwendung.⁵⁵²

Mit einer Ausnahme kommt auch *Huster* zu demselben Befund: „*Eine ausgearbeitete und konsequente Antwort auf die Frage, welche Bedeutung die kritisch-rationale Wissenschaftslehre für die Jurisprudenz besitzen könnte, hat dagegen - soweit ersichtlich - allein Hans Albert mit seiner Konzeption der Rechts- als Realwissenschaft vorgelegt*“⁵⁵³. In der Tat hat sich *Albert* intensiv darum bemüht, wie der kritische Rationalismus dabei helfen kann, die Effizienz von Gesetzesvorhaben im Hinblick auf den angestrebten Zweck auszuloten.⁵⁵⁴

Doch welche wissenschaftstheoretische Leitlinie eine möglichst vorhersehbare Normanwendungsmethode vorgibt, behandelt *Alberts* Auseinandersetzung mit dem kritischen

⁵⁴⁷ Zusammenfassend *Engländer*, in: Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften, 2017, 111.

⁵⁴⁸ Siehe *Zippelius*: Die experimentierende Methode im Recht, 1991.

⁵⁴⁹ *Huster*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 385, 386.

⁵⁵⁰ Siehe *Potacs*: Rechtstheorie, 1. Aufl. 2015, S. 143ff.; *Thienel*: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, S. 211f.; *Zippelius*: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 21ff.

⁵⁵¹ Siehe *Canaris*, in: JZ 1993, 377, 384ff.; vgl. auch *Birk*, in: Rechtstheorie 2017, 43, 50.

⁵⁵² Vgl. *Birk*, in: Rechtstheorie 2017, 43, 46ff.

⁵⁵³ *Huster*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 385, 388f.

⁵⁵⁴ Zusammenfassend *Birk*, in: Rechtstheorie 2017, 43, 45.

Rationalismus nur am Rande.⁵⁵⁵ Die Tauglichkeit dieses wissenschaftstheoretischen Modells wurde in der hier relevanten Teilfrage insofern bislang bestenfalls skizzenhaft untersucht. So lautet auch *Birks* Befund: „Als für den kritisch-rationalen Juristen problematischer Bereich verbleibt die Kontrolle und Korrekturmöglichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Hier sind (...) Defizite zu verzeichnen“⁵⁵⁶.

Dabei versprechen sich selbst Anhänger anderer Prognosestrategien wie die Diskurstheoretiker von fallibilistischen Kontrollen einen zusätzlichen Mehrwert bei der Rationalisierung von Normanwendungsentscheidungen.⁵⁵⁷ Ob der kritische Rationalismus in der Rechtsanwendungspraxis solchen Erwartungen gerecht wird, soll im Folgenden geprüft werden.

Unterabschnitt III.4.b.bb stellt dabei zunächst die Ursprungsform des kritischen Rationalismus dar. Anschließend bespricht Unterabschnitt III.4.b.cc deren Verfeinerungen und Konkretisierungen anhand der Kritikpunkte, die gegen sie erhoben werden. Dies macht den Entwicklungszusammenhang nachvollziehbarer und gestaltet die Besprechung überdies bündiger. Denn soweit Modifikationen des wissenschaftstheoretischen Modells Einwände entkräftet haben, erspart diese Darstellungsweise ihre gesonderte Vorstellung jenseits der Auseinandersetzung mit den Vorwürfen der Kritiker.

bb. Darstellung

(a) Grundzüge

In seiner Grundform definieren vier Kernannahmen das Modell des kritischen Rationalismus:⁵⁵⁸

Ausgangspunkt des kritischen Rationalismus ist erstens der Fallibilismus: die Annahme, jedes Wissen sei nur fehlbares Vermutungswissen, weil menschliche Hypothesen ob des inhärent begrenzten Wahrnehmungshorizonts und der Fehleranfälligkeit ihrer Prämissen stets von der Wirklichkeit abweichen können. Diese Einsicht zieht der kritische Rationalist insbesondere als Konsequenz aus dem Induktionsproblem.⁵⁵⁹

Als Lehre aus dem Münchhausen-Trilemma lehnt er zweitens eine Letztbegründbarkeit ab und vertritt deshalb bei der Überprüfung von Hypothesen einen Kritizismus, also die Ablehnung von guten oder zureichenden Gründen als Schlüssel zur Richtigkeit einer Vorhersage. Damit distanziert sich der kritische Rationalismus in dem einem Urteil unmittelbar vorgelagerten

⁵⁵⁵ Siehe *Birk*, in: *Rechtstheorie* 2017, 43, 45 m.w.N.

⁵⁵⁶ *Birk*, in: *Rechtstheorie* 2017, 43, 59.

⁵⁵⁷ So *Tschentscher*: *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1. Aufl. 2000, S. 292f.; vgl. auch *Dumont*, in: *RPhZ* 2015, 251, 255.

⁵⁵⁸ Zusammenfassend *Birk*, in: *Rechtstheorie* 2017, 43; *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 106ff.; *Popper*, in: *Alles Leben ist Problemlösen*, 2009, 15.

⁵⁵⁹ Siehe *Keuth*, in: *Festschrift für Hans Albert*, 2006, 287, 289; *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 11.

Kontrollzusammenhang von der induktiven Methode – freilich, ohne deren Nutzen im Entdeckungszusammenhang zu leugnen.⁵⁶⁰

Um dennoch belastbare Prognosen zu entwickeln, verweist der kritische Rationalismus drittens auf ein fortlaufendes Wechselspiel aus Widerlegung und Neuformulierung von Hypothesen als nicht-induktives Verfahren zur Wahrheitsannäherung.⁵⁶¹ Im rechtlichen Entscheidungskontext entspricht dies der Vorgehensweise, erst alle Normenwendungsvarianten in Betracht zu ziehen und dann kontinuierlich bis auf einen engen Korridor vorhersagbarer Alternativen einzugrenzen.⁵⁶² Um die Berechenbarkeit feststehender Normenwendungsmethoden zu prüfen, empfiehlt der kritische Rationalismus, erst sämtliche denkbaren Modelle ohne Vorselektion zu ermitteln. Hiervon sind nacheinander diejenigen zu verwerfen, bei denen einzelne Entscheidungen noch erhebliche Wertungsspielräume zeigen.

Dabei bleibt viertens die letztendlich wahre Aussage bzw. die einzig richtige Normenwendungsweise lediglich eine regulative Idee, die sich aber immerhin der Tendenz nach mithilfe konsequenter Falsifikation und Verbesserung von Hypothesen erfolgreich ansteuern lässt.⁵⁶³ Durch sukzessive Optimierung will sich der kritische Rationalist mithin dem Normenwendungsverfahren nähern, das tatsächlich optimal vorhersehbare Entscheidungen produziert.

Wie im Übrigen eine kritisch-rationale Methode unmittelbar einzelne Normenwendungsvarianten eingrenzen kann, verdeutlicht das Beispiel zur Bestimmung des Ehebegriffs. Legt die Beobachtung des allgemeinen Sprachgebrauchs fern, bestimmte Gemeinschaftsformen als Ehen anzuerkennen, eliminiert bereits der Canon des Wortlauts als Falsifikationsgrund nachvollziehbar die entsprechenden Bedeutungsalternativen.⁵⁶⁴ Als definitionsgemäße Spielarten einer Ehe disqualifizieren sich jedenfalls polygame Lebensgemeinschaften oder unverbindliche Formen des Zusammenlebens in einer Wohngemeinschaft, weil der allgemeine Sprachgebrauch hierin gerade keine eheliche Lebensgemeinschaft erblickt.

(b) Falsifikationsgründe

Freilich genügen die Canones nicht, um etwa bei der Grundrechtsanwendung weitere Normenwendungsvarianten in Wertungsspielräumen als unzulässig zu falsifizieren. Um hier den Prognose-Korridor vertretbarer Entscheidungsarten zu verkleinern, braucht es zusätzliche Kriterien. Aber eben weil *Wertungsspielräume* einzugrenzen sind, in denen Gesetz und Dogmatik per Definition keine Vorgabe treffen, darf man beliebige weitere Falsifikationskriterien einführen, um denkbare Anwendungsentscheidungen einzuhegen. Rechtmäßig ist dies jedenfalls, solange zusätzliche Prüfungspunkte zwingende Gesetzesvorgaben beachten, Wertungsspielräume

⁵⁶⁰ Vgl. *Keuth*, in: Festschrift für Hans Albert, 2006, 287, 288 m.w.N.; *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 9.

⁵⁶¹ Siehe *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 11f.

⁵⁶² Vgl. *Albert*: *Traktat über kritische Vernunft*, 5. Aufl. 1991, S. 182.

⁵⁶³ Vgl. *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 11f.

⁵⁶⁴ Vgl. *Potacs*: *Rechtstheorie*, 1. Aufl. 2015, S. 143ff.; *Zippelius*: *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl. 1996, S. 21ff.

weiträumiger eingrenzen als die Diskursregeln und zwar bewährt in allen bislang überprüften Konstellationen.

Um welche Falsifikationskriterien es sich dabei im Einzelnen handelt, gibt nicht schon das wissenschaftstheoretische Modell als Richtschnur prognosesicherer Normanwendungen vor. Schließlich verlangt der kritische Rationalismus ja auch von der Naturwissenschaft nicht, ausschließlich ganz bestimmte Messmethoden zu verwenden oder nur Beobachtungen in ausgewählten Experimenten als Falsifikationsgründe in Betracht zu ziehen.

Die Leitlinie des kritischen Rationalismus gebietet stattdessen zunächst nur, die Falsifikation möglichst weit auszudehnen, also möglichst zahlreiche potenziell falsifizierende Erwägungen als Prüfstein an eine Hypothese heranzutragen.⁵⁶⁵ Hierbei kann es sich um jedwedes intersubjektiv überprüfbare juristische Argument handeln, auf das sich die Rechtsgemeinschaft verständigt.

Intersubjektiv überprüfbar müssen Falsifikationsgründe sein, um die drohende Beliebigkeit auszuschließen, sollte es genügen, eine Falsifikation bloß zu behaupten. Das widerspräche strukturell dem Ziel größerer Prognosesicherheit.⁵⁶⁶ Die Akzeptanz der Rechtsgemeinschaft müssen Falsifikationsgründe genießen, damit der Betrachter sich darauf verlassen kann, dass der Rechtsanwender einen Fall ebenfalls nach ihrem Prüfungsschema beurteilt. Zugewinne an Rechtssicherheit versprechen im Übrigen naturgemäß nur Falsifikationsgründe, die mit dem dogmatisch anerkannten Rechtsgehalt vereinbar sind, weil sie Entscheidungen innerhalb der Grenzen der Wertungsspielräume zulassen. Erzwänge eine Normanwendungsregel hingegen Urteile *contra legem*, verstieße sie nämlich bereits gegen harte Vorgaben des Rechtssicherheitsgebots.⁵⁶⁷

Eine optimale Menge solcher Falsifikationsgründe wird mithin erreicht, wo solche Normanwendungsweisen intersubjektiv überprüfbar möglichst eng eingrenzen, jedoch niemals sämtliche gesetzlich zulässigen Varianten falsifizieren. Nutzen sollte die Methode mithin nicht nur etablierte Auslegungshilfen wie die *Canones*.⁵⁶⁸ Ihr Mehrwert für die Rechtssicherheit liegt gerade darin, im besagten Rahmen nach freiem Ermessen neue Falsifikationsgründe einzuführen und deren flächendeckende Leistungsfähigkeit ebenfalls beständig kritisch zu prüfen.

Besonders deutlich zeigt sich der Vorteil hiervon im Vergleich zur Diskurstheorie. Ihre Methode empfiehlt Anwendungsentscheidungen nur zweitrangig nach ihrer Vorhersehbarkeit und wählt sie vornehmlich nach ihrer (vermeintlichen) Moralität. Demgegenüber erlaubt es der kritische Rationalismus, die Normanwendung mit jedem beliebigen Kriterium einzugrenzen – solange es sich nur funktional darin bewährt, vorhersehbare dogmatisch zulässige Entscheidungen herauszustellen.

Zwar bemerkten bislang kaum Autoren dieses Potenzial einer Übertragung des kritisch-rationalen Modells auf die Rechtswissenschaften.⁵⁶⁹ Taugt aber der kritische Rationalismus überhaupt als

⁵⁶⁵ Vgl. *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 112ff.

⁵⁶⁶ Vgl. *Potacs*, in: Karl R. Popper - Plädoyer für kritisch-rationale Wissenschaft, 2004, 109, 118.

⁵⁶⁷ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.b.

⁵⁶⁸ Vgl. darauf begrenzt *Potacs*, in: Karl R. Popper - Plädoyer für kritisch-rationale Wissenschaft, 2004, 109, 118ff.

⁵⁶⁹ Vgl. in Ansätzen allenfalls *Albert*: Kritische Vernunft und rationale Praxis, 2011, S. 177ff.

Richtschnur für berechenbare Normanwendungen, dann am ehesten indem er Wertungsspielräume mit frei gewählten zusätzlichen Falsifikationsgründen einhegt.

Wo der kritische Rationalismus als Maßstab hingegen die Vorhersehbarkeit bestehender juristischer Methoden bewerten soll, bilden freilich nur Fälle unberechenbarer Normanwendungen zulässige Falsifikationsgründe: Die Vorhersehbarkeit einer juristischen Methode richtet sich definitionsgemäß danach, wie weitreichend ihr die Eingrenzung von Wertungsspielräumen gelingt.⁵⁷⁰ Behauptet eine juristische Methode, ihr gelinge dies, wird ihre Leistungsfähigkeit falsifiziert, indem sie demgegenüber in Anwendungsfällen ein breites Spektrum von Entscheidungsvarianten zulässt.

(c) Falsifikationsgegenstände

Der kritische Rationalismus favorisiert in Normanwendungsfragen also die Methode, die sich am meisten bewährt, weil ihr Prüfungsschema Entscheidungen bislang in allen Fällen möglichst zuverlässig vorhersagt. Zuverlässig prognostiziert eine Methode Entscheidungen insgesamt, wenn ihre Leistungsfähigkeit in keinem Teilschritt der Normanwendung falsifiziert wird. Falsifiziert wird ihre Prognoseleistung in einem Teilschritt, wenn die dortigen Weichenstellungen der Methode zumindest in einem Fall entweder ganz verschiedene Entscheidungen gleichermaßen zulassen oder eine Normanwendung contra legem erzwingen.

Möglicher Gegenstand der Falsifikation ist folglich jeder Teilschritt eines Normanwendungsverfahrens in seinen Anwendungsfällen. Welche Vorgehensweise eine juristische Methode in einem ihrer Teilschritte jeweils für geboten hält, gilt damit als einzelne (Teil-) Hypothese.

Definitionsgemäß regelt eine juristische Methode, wie ein konkreter Sachverhalt nach abstrakt-generellen Vorschriften beurteilt wird. Dazu muss die Methode den Sachverhalt erfassen und den Normgehalt soweit bestimmen, dass eine Aussage darüber möglich wird, welche Rechtsfolge sich an den Tatbestand knüpft. Wie auch immer die Methode diesen Vorgang im Einzelnen konzipiert, so verlangt die Natur der Sache sowohl empirische Beobachtungen⁵⁷¹ als auch logische Schlussfolgerungen daraus.⁵⁷² Beobachtungen betreffen gleichermaßen den Sachverhalt und die Zeichenfolge einschlägiger Normen⁵⁷³; beobachtbare außerjuridische Erwägungen können als zusätzliche Entscheidungshilfe dienen. Logische Ableitungen knüpfen hieran jeweils an.⁵⁷⁴ Zugrunde legen könnte eine Methode darüber hinaus aber durchaus noch andere Faktoren, etwa göttliche Gebote oder tiefere Einsichten in die diskursive Richtigkeit.

Dem kritischen Rationalismus zufolge sind jedoch nur die beiden genannten Arten von Operationen intersubjektiv nachprüfbar: Jedermann kann anhand der Beweislage den Sachverhalt erfassen,

⁵⁷⁰ Siehe bereits Kapitel 2, Abschnitt II.2.

⁵⁷¹ Vgl. Bächer, in: Rechtstheorie 2009, 404, 409ff.

⁵⁷² Vgl. Bächer, in: Rechtstheorie 2009, 404, 405f.

⁵⁷³ Vgl. Albert: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 182.

⁵⁷⁴ Siehe Bächer, in: Rechtstheorie 2009, 404.

jedermann kann die Schlüssigkeit einer logischen Folgerung kontrollieren.⁵⁷⁵ Weiter reicht der menschliche Sinnes- und Erkenntnisapparat indes nicht, so der kritische Rationalismus.⁵⁷⁶ Folglich gelingt eine Optimierung von Methoden mithilfe der Falsifikation nur, soweit ihre sämtlichen Teilschritte Beobachtungen oder logische Ableitungen daraus bilden. Die Rechtssicherheit anderer Operationen ist hingegen nicht falsifizierbar; inwiefern sich ihre Ergebnisse prognostizieren lassen, kann der kritische Rationalismus nicht beurteilen.⁵⁷⁷

Als rechtssicher qualifiziert sich eine Methode wie die Abwägung nach dem Maßstab des kritischen Rationalismus also nur, wenn sie Fälle ausschließlich auf Basis bestimmter Beobachtungen und logischer Folgerungen daraus entscheidet.⁵⁷⁸ Dieses Kriterium erfordert von einer vorhersehbaren Methode vollkommene Transparenz. Sie muss nämlich für jeden ihrer Teilschritte darlegen können, dass dessen Operation zu 100 Prozent auf intersubjektiv zugänglichen Beobachtungen und logischen Regeln aufbaut. Kein Teilschritt darf Erwägungen in den Entscheidungsprozess einfließen lassen, die sich der intersubjektiven Überprüfung entziehen. Erst recht darf er die wahren Gründe zur Herstellung einer Entscheidung nicht im Dunkeln lassen.⁵⁷⁹ Die prognostische Leistungsfähigkeit einer Methode hängt für kritische Rationalisten gerade hiervon ab.

cc. Kritikpunkte

(a) Setzungen des kritischen Rationalismus

Freilich werden auch dem Fallibilismus etliche Defizite vorgehalten.⁵⁸⁰ Prominent ist dabei der Vorwurf⁵⁸¹, der Falsifikationismus bediene sich ebenfalls einer bloßen Setzung. So ginge er etwa von dem unumstößlichen Grundsatz aus, ein seinerseits (bislang) unwiderlegter Falsifikationsgrund zwingt stets dazu, die damit unvereinbare Hypothese abzulehnen.⁵⁸² In besonders raffinierter Form gibt *Paitlová* den Kritikpunkt wieder: Gegen den kritischen Rationalismus spräche seine mangelnde Allgemeingültigkeit, weil er seine eigene Legitimation induktiv aus dem Scheitern des Induktivismus ableitet und sich selbst dabei von der Falsifizierbarkeit ausnimmt.⁵⁸³

Dass dieser Einwand bis in die letzten Jahre aufrechterhalten wird, hängt gewiss damit zusammen, dass *Popper* und *Albert* hierfür selbst noch keine befriedigende Entkräftung entwickelt hatten.⁵⁸⁴ *Popper* beharrte zwar darauf, sein Verfahren komme ohne induktive Setzung aus. Gleichzeitig

⁵⁷⁵ So *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 238f.

⁵⁷⁶ So *Paya*, in: *Futures* 2018, 104, 112; *Bird*, in: *Grazer Philosophische Studien* 2017, 638, 639.

⁵⁷⁷ Vgl. *Popper*, in: *Alles Leben ist Problemlösen*, 2009, 15, 36ff.

⁵⁷⁸ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 424.

⁵⁷⁹ Vgl. *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 266.

⁵⁸⁰ Zur Übersicht siehe *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 15-48 m.w.N.

⁵⁸¹ So etwa *Hoerster*, in: *Aufklärung und Kritik* 2010, 148; *Hoerster*, in: *Aufklärung und Kritik* 2010, 25; *Hoerster*, in: *Aufklärung und Kritik* 2011, 75; *Díez*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2011, 105.

⁵⁸² Vgl. *Kvasz/Zelenak*, in: *Rethinking Popper*, 2009, 71.

⁵⁸³ Siehe *Paitlová*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 12.

⁵⁸⁴ Vgl. etwa *Albert*, in: *Aufklärung und Kritik* 2010, 144; *Albert*, in: *Aufklärung und Kritik* 2010, 22; *Albert*, in: *Aufklärung und Kritik* 2011, 72; *Albert*, in: *Aufklärung und Kritik* 2012, 209; zusammenfassend: *Özbe*, in: *Aufklärung und Kritik* 2015, 45, 46-48.

setzte er aber voraus, dass der kritische Rationalismus die beste Methode zur Wahrheitsannäherung sei. Zurecht wies *Schurz* auf den Widerspruch hin.⁵⁸⁵

Soweit ersichtlich, lassen sich solche Kritikpunkte aber entkräften: Bei der vorgenannten Grundannahme des Falsifikationsprinzips muss es sich nämlich nicht um eine Setzung handeln. Es genügt stattdessen, sie bloß als eine Hypothese anzuerkennen, die sich bisher schlichtweg bewährt hat, weil sie ihrerseits noch nicht widerlegt wurde.⁵⁸⁶ Die Leistungsfähigkeit des kritischen Rationalismus in der Textwissenschaft lässt sich ähnlich plausibilisieren. Sie zu unterstellen, gilt solange als vorläufig bewährte Hypothese, wie eine kritisch-rational motivierte Methode in keinem Anwendungsfall wider Erwarten unvorhersehbare Entscheidungen produziert.⁵⁸⁷

Analog zum vorgenannten Vorwurf hält *Özbe* dem kritischen Rationalismus vor, er greife letztlich doch selbst auf das Induktionsprinzip zurück, weil er von der Gleichförmigkeit der Natur ausgehe.⁵⁸⁸ Auch hiergegen hatte *Popper* sich noch nicht hinreichend deutlich gewehrt.⁵⁸⁹ Richtig ist an dem Vorwurf zudem, dass *Popper* diese Grundannahme immerhin als psychologische Induktion im Sinne der „angeborenen Erwartung der Regelmäßigkeit in der Welt“⁵⁹⁰ bezeichnet.⁵⁹¹ Dementsprechend nimmt er an, sie liege dem Entdeckungszusammenhang bzw. der Herstellung von Hypothesen unvermeidbar zugrunde.

Dennoch wäre es falsch, hierin einen gänzlichen Rückfall in Methoden des Induktivismus zu erkennen. Denn anders als aus dem Entdeckungszusammenhang verbannt *Popper* die Induktion ausdrücklich aus der Überprüfung einer Hypothese.⁵⁹² Dementsprechend betrachtete der kritische Rationalismus bereits früh die Gesetzmäßigkeit der Phänomene eher als bewährte, wiewohl falsifizierbare Meta-Hypothese statt als gesetztes ehernes Prinzip.⁵⁹³

Eine ähnliche Kritik setzt daran an, dass der kritische Rationalismus vermeintlich per Setzung die logischen Schlussregeln einführt.⁵⁹⁴ Doch auch die Verlustfreiheit des Wahrheitsgehalts logischer Schlüsse unterstellen *Popper* und *Albert* erklärtermaßen nicht induktiv begründet oder als plumpe Setzung. Sie halten diese Annahme stattdessen lediglich für eine praktikable, jedoch falsifizierbare Meta-Hypothese darüber, wie sich möglichst belastbare Erkenntnisse herausbilden lassen.⁵⁹⁵

Im Übrigen wirft *Schurz* dem kritischen Rationalismus vor, er setze durch „pragmatisch-induktive Annahmen“⁵⁹⁶ voraus, das leistungsfähigste Modell zur Wahrheitsannäherung zu sein. Letztlich

⁵⁸⁵ Siehe *Schurz*, in: Karl Poppers kritischer Rationalismus heute, 2002, 126, 133f.

⁵⁸⁶ So *Miller*: Critical Rationalism, 1994, S. 29f.; *Özbe*, in: Aufklärung und Kritik 2015, 45, 63–65.

⁵⁸⁷ Vgl. *Alexander*, in: Synthese 2017, 223, 237f.; 241f.

⁵⁸⁸ Siehe *Özbe*, in: Aufklärung und Kritik 2015, 45; *Özbe*, in: Aufklärung und Kritik 2016, 211.

⁵⁸⁹ Vgl. *Özbe*, in: Aufklärung und Kritik 2016, 211, 214.

⁵⁹⁰ *Paitlová*, in: Aufklärung und Kritik 2017, 18.

⁵⁹¹ Siehe *Popper*: Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, S. 26f.

⁵⁹² Vgl. *Kimling*, in: Aufklärung und Kritik 2016, 238, 239.

⁵⁹³ Vgl. *Miller*: Critical Rationalism, 1994, S. 29f.; *Gratan-Guiness*, in: Erkenntnis 2004, 107, 115.

⁵⁹⁴ Vgl. *Paitlová*, in: Aufklärung und Kritik 2015, 13.

⁵⁹⁵ Siehe *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 238f.; *Taliga*, in: Filozofia 2007, 122.

⁵⁹⁶ *Schurz*, in: Karl Poppers kritischer Rationalismus heute, 2002, 272, 282.

verkennen solche Unterstellungen aber, dass der kritische Rationalismus diesen Status nur vorläufig beansprucht – und zwar auch nur deswegen, weil die Überlegenheit von alternativen Theorienrahmen widerlegt wurde.⁵⁹⁷

Insgesamt sind die Setzungsvorwürfe somit nicht imstande, die Konsistenz des kritischen Rationalismus zu bestreiten. Und selbst wenn man Meta-Hypothesen induktiv setzt, mag das zwar die Prinzipien des Fallibilismus auf der Meta-Ebene aussetzen. Dies bereitet seinem Prognosepotenzial jedoch ebenfalls keine Probleme, solange diese Grundannahmen nicht an der Wirklichkeit scheitern und ihre Fehlerhaftigkeit offenkundig zu Tage tritt.⁵⁹⁸

(b) ‘Preface Paradox’

Hartnäckig behauptet sich außerdem bis in die heutige Diskussion die Kritik am kritischen Rationalismus, die auf dem so genannten ‘preface paradox’ aufbaut. Dieses hält es für widersprüchlich, eine Hypothese für richtig zu halten und zeitgleich ihre Fehlbarkeit einzuräumen.

Probabilisten können einen derartigen Selbstwiderspruch vermeiden, indem sie jeweils eine eindeutige Aussage über die Wahrscheinlichkeit der gegenläufigen Ereignisse formulieren.⁵⁹⁹ Wer Hypothesen äußert, hält sie zu einem bestimmten Grad für wahrscheinlich, lässt aber im übrigen Maß ihre Widerlegbarkeit offen, so der Bayesianist.⁶⁰⁰

Doch selbst für den kritischen Rationalismus bildet das ‘preface paradox’ eher ein Scheinproblem: Schließlich ist es möglich, auch fehlbare Hypothesen ohne Festsetzung eines Wahrscheinlichkeitsgrads widerspruchsfrei zu formulieren.⁶⁰¹ Dies funktioniert, indem man eine Hypothese schlichtweg als zwei bedingte Aussagen auffasst, von denen jeweils eine für die gegenläufige Eventualität einer Bestätigung bzw. einer Widerlegung gilt: Wenn sie nicht falsifiziert wird, wovon bis auf Weiters ausgegangen wird, gilt der Gehalt der Hypothese; ansonsten gilt er nicht.⁶⁰²

(c) Ungewissheit der Wahrheitsannäherung

Als schwerwiegenderer Einwand gegen den kritischen Rationalismus erweist sich indes der Vorwurf, es ließe sich nicht zeigen, ob neue Hypothesen möglicherweise noch weitreichender falsch seien als ihre widerlegten Vorgänger. Hiervor, so die Kritik, schütze eine neue Hypothese nicht schon der Umstand, dass sie nicht durch die gleiche Erwägung wie ihre Vorläufer falsifiziert würde.⁶⁰³ Denn selbst wo eine neue Hypothese so formuliert wird, dass sie einem bekannten

⁵⁹⁷ Siehe oben, vor allem unter Kapitel 2, Abschnitt III.4.b; vgl. ferner *Miller: Out of Error*, 2006, S. 124.

⁵⁹⁸ Vgl. *Schurz*, in: *Philosophy of Science* 2017, 10.

⁵⁹⁹ Vgl. *Hetherington*, in: *Synthese* 2013, 2835.

⁶⁰⁰ Siehe *Leitgeb*, in: *Analysis* 2014, 11, 14f.

⁶⁰¹ Siehe *Gao*, in: *Synthese* 2017, 1901, 1911f.

⁶⁰² Vgl. *Worsnip*, in: *The Journal of Philosophy* 2015, 225.

⁶⁰³ Zusammenfassend *Miller: Critical Rationalism*, 1994, S. 206ff.; *Veronesi*, in: *Lettera Mathematica International* 2014, 179, 182f.

Falsifikationsgrund entgeht, unterliegt sie möglicherweise doch ihrer Vorgängerin, weil sie ihrerseits an einer Vielzahl anderer Defizite krankt.⁶⁰⁴

Bewahrheitet sich dieser Einwand, so riskiert der kritische Rationalismus auch im Normanwendungskontext eine offene Flanke seiner Vorhersagen, die deren Belastbarkeit erheblich mindern. Denn in diesem Fall mag zwar eine Vorhersage eine Anwendungsvariante oder eine juristische Methode falsifizieren und ihre Alternative als die prognosesicherere ausweisen. Letztlich enttäuscht dann aber womöglich selbst ein fallibilistisch konsequent entscheidender Normanwender die entsprechende Vorhersage. Das wäre nämlich der Fall, sofern er an der korrigierten Variante der Entscheidung oder einer dahinterstehenden Methode noch größere Defizite erkennt oder auch nur erahnt. Mit anderen Worten: Trifft der Vorwurf zu, kann der kritische Rationalismus nicht eindeutig sagen, welche Hypothese vorzugswürdig ist – weder im Allgemeinen noch bei der Auflösung von Wertungsspielräumen in der Normanwendung.⁶⁰⁵ Er würde mithin nicht als Leitlinie dazu taugen, Beliebigkeit zugunsten klarer Vorhersagen einzudämmen.⁶⁰⁶

Der Grundform des kritischen Rationalismus ist es nicht gelungen, dieses Risiko befriedigend einzuhegen. *Popper* selbst ließ weitgehend offen, wie genau die Widerlegung und Neuformulierung von Hypothesen sicherstellen soll, dass im Wege der Falsifikation nur unzureichende Alternativen eliminiert werden. Er empfahl lediglich, sich zur Wahrheitsannäherung daran zu orientieren, ob sich die aus einer Theorie abgeleiteten Einzelvorhersagen häufiger als wahr denn als falsch herausstellen.⁶⁰⁷ Indes haben *Tichy* und *Miller* bereits in den 1970er Jahren aufgezeigt, dass dieser Weg nicht gangbar ist, weil nach *Poppers* Modell auch die Ergänzung von Tautologien die Wahrheitsnähe einer Hypothese steigert.⁶⁰⁸ Erschwerend kommt hinzu, dass das Induktionsproblem ja gerade daran hindert, sämtliche Konsequenzen zu überblicken. Mithin droht stets das Risiko, dass Konsequenzen außerhalb des Sichtfelds zu einer anderen Beurteilung der Wahrheitsnähe führen als die berücksichtigten.⁶⁰⁹

Die Eignung des kritischen Rationalismus als leistungsfähiges wissenschaftstheoretisches Modell war damit zunächst in Frage gestellt. Seit den 1980er Jahren und stärker noch in der jüngeren Diskussion finden sich jedoch Ansätze, die kritisch-rationale Methode zur Wahrheitsannäherung neu zu justieren. Gemein ist ihnen die Absicht, dem Risiko zu entgehen, dass die infolge einer Falsifikation neu formulierte Hypothese zu noch größeren Teilen als ihre falsifizierte Vorgängerin falsch ist.⁶¹⁰ Beginnend mit *Kuipers* entwickelte sich so ein neues, verfeinertes Modell der (kritisch-rationalen) ‚Wahrheitsannäherung‘ bzw. ‚truth approximation‘.⁶¹¹ Dieser Ansatz zur

⁶⁰⁴ Vgl. *Miller*, in: *Discusiones Filosóficas* 2014, 15, 21ff.

⁶⁰⁵ Vgl. *Bartelborth*: *Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens*, 2. Aufl. 2017, S. 136.

⁶⁰⁶ Vgl. *Bartelborth*: *Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens*, 2. Aufl. 2017, S. 290.

⁶⁰⁷ Siehe zusammenfassend *Gadenne*, in: *Karl Popper, Logik der Forschung*, 2013, 125, 142f.

⁶⁰⁸ Siehe zusammenfassend *Festa/Cevolani*, in: *From Arithmetic to Metaphysics*, 2018, 69, 74f.; *Oddie*, in: *Synthese* 2013, 1647, 1652f.

⁶⁰⁹ Zur Übersicht siehe *Schurz/Weingartner*, in: *What is Closer-to-the-Truth?*, 1987, 47, 48ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Cevolani/Festa/Kuipers*, in: *Synthese* 2013, 3307, 3308.

⁶¹¹ Vgl. *Tambolo*, in: *Recent Developments in the Philosophy of Science*, 2015, 17.

Hypothesenkorrektur behauptet sich in der gegenwärtigen Diskussion unverändert.⁶¹² Nahe stehen ihm ferner ähnliche Konzepte von *Cevolani*⁶¹³, *de Lavalette/Zwart*⁶¹⁴, *Schurz*⁶¹⁵ und *Zamora-Bonilla*^{616,617}. Sie alle brechen mit früheren Vorstellungen davon, wie eine Theorie infolge einer Falsifikation neu formuliert wird, um sich der Wahrheit anzunähern.

Soweit Kritiker den Vorgang überhaupt näher beleuchten, wird dieser Teilschritt mitunter so dargestellt: Bei Falsifikation verwirft man eine Theorie sofort vollständig, beginnt bei null und riskiert damit, dass die neue Theorie weitaus größere Schwachstellen aufweist als die alte.⁶¹⁸ Ähnlich problematisch fällt wie dargelegt auch *Poppers* Konzept aus, demzufolge es zur Wahrheitsannäherung genügt, die Zahl der wahren Einzelprognosen einer Theorie zu erhöhen.

Stattdessen schlägt unter anderem *Kuipers* vor, den (noch) nicht falsifizierten Teil einer Hypothese zunächst zu erhalten und nur den tatsächlich falsifizierten neu zu formulieren.⁶¹⁹ Dies erfüllt die von *Miller* formulierte Anforderung für eine Wahrheitsannäherung⁶²⁰, dass die neue Theorie gerade nicht dort an Schwächen krankt, wo sich die alte bewährt hat – denn hier werden sich beide Hypothesen gar nicht unterscheiden.⁶²¹

Um den „gesunden“ und „kranken“ Teil einer falsifizierten Hypothese zu trennen, empfehlen etwa *Cevolani*, *Festa* und *Kuipers* folgende als ‚conjunctive approach‘ bezeichnete Vorgehensweise:⁶²² Vor ihrer Neuformulierung ist eine Hypothese in ihre Teilaussagen über beobachtbare Zustände zu zerlegen.⁶²³ Sodann ist die Überprüfung nach und nach auf weitere Fälle auszuweiten: Dadurch lässt sich eruieren, in welchen Bereichen die theoretischen Vorhersagen von den tatsächlich beobachtbaren Zuständen abweichen.⁶²⁴ Widerspricht eine Einzelbeobachtung dem von einer Theorie vorhergesagten Fall, mag freilich zunächst unklar sein, welches das kleinste ihrer Teilelemente ist, das angepasst werden muss, um solche Prognosefehler zu vermeiden. Dies lässt sich *Northcott* zufolge besonders effizient ermitteln, indem die jeweilige Hypothese vorsichtig kleinteiliger, eingeschränkter und bedingter formuliert wird. Dabei ist kontinuierlich zu prüfen, ab welchem Punkt ihre Neufassung die fehlerhaften Vorhersagen nicht mehr ausstellt.⁶²⁵

⁶¹² Siehe *Kuipers*, in: *Synthese* 2016, 3057, 3061ff.; vgl. *García*: 2015, 63, 81ff.

⁶¹³ *Cevolani*, in: *Erkenntnis* 2017, 169, 173, 175; *Cevolani/Crupi/Festa*, in: *Erkenntnis* 2011, 183, 196f.

⁶¹⁴ *Lavalette/Zwart*, in: *Erkenntnis* 2011, 237, 248ff.

⁶¹⁵ *Schurz*, in: *Erkenntnis* 2011, 203, 211ff.

⁶¹⁶ *Zamora-Bonilla*, in: *Synthese* 2013, 1533, 1548ff.; *Zamora-Bonilla*, in: *Synthese* 2000, 321, 329f.

⁶¹⁷ Siehe zusammenfassend *Niiniluoto*, in: *Synthese* 2018, 1, 12ff.

⁶¹⁸ So etwa *Afsi*, in: *Philosophy Study* 2013, 506, 513; *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 136.

⁶¹⁹ Siehe etwa *Kuipers*, in: *Synthese* 2018, 1, 13ff.

⁶²⁰ Vgl. *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 206f.

⁶²¹ Vgl. *Schubach/Glass*, in: *Philosophy of Science* 2017, 810.

⁶²² Alternativ vorgeschlagen wird die Darstellungsweise im ‚disjunctive account‘. Sie gelangt aber zu ähnlichen Ergebnissen und wird daher nicht gesondert besprochen; zum Überblick siehe *Festa/Cevolani*, in: *From Arithmetic to Metaphysics*, 2018, 69, 76f. m.w.N.

⁶²³ Siehe *Festa/Cevolani*, in: *From Arithmetic to Metaphysics*, 2018, 69, 79ff.

⁶²⁴ Siehe *Kuipers*, in: *Synthese* 2016, 3057, 3061f.

⁶²⁵ Siehe *Northcott*, in: *Synthese* 2013, 1471, 1478ff.

Um die für eine Falsifikation anlassgebende Schwachstelle einer Theorie weiter einzugrenzen, regt *Schurz* an, zusätzlich zu den von *Kuipers* angeregten Prüfungspunkten potenziell falsche Prämissen isoliert von möglicherweise fehlerursächlichen Drittvariablen auf ihre Richtigkeit zu kontrollieren.⁶²⁶ Hierbei sollten einzelne Theorieteile soweit abgetrennt getestet werden, wie sie eine eigenständig prüfbare Aussage treffen.⁶²⁷ Im juristischen Kontext empfiehlt sich insofern, eine Hypothese zur richtigen Normanwendung oder zur Leistungsfähigkeit einer ganzen Methode in Annahmen zu Teilergebnissen ihrer Teilschritte in Einzelfällen zu zerlegen.

Auf Grundlage davon, so *Kuipers*, lässt sich ermitteln, wie lokal die Fehlerquelle innerhalb einer Theorie ausfällt.⁶²⁸ Betrifft die Falsifikation lediglich einen Einzelfall und genügt zur Korrektur der Hypothese eine minimale Umstellung, liegt es nahe, einen Messfehler zu unterstellen. Jedenfalls lässt die Feststellung einer Anomalie noch keinen sofortigen Rückschluss auf einen Fehler der Theorie zu.⁶²⁹ Ebenso plausibel lässt sie sich zunächst nämlich durch einen Messfehler erklären.⁶³⁰ Gerade hierin besteht eine zentrale Erkenntnis der Duhem-Quine-These.⁶³¹

Hierbei dürfte es sich bewährt haben, bei sporadisch auftretenden Anomalien eher Messfehler anzunehmen und bei einem systematischen Auseinanderklaffen von Vorhersage und Beobachtung den Fehler in der Methode zu suchen, die die Prognosen liefert. Schließlich kann man bislang davon ausgehen, dass gründliche menschliche Beobachtungen und Schlussfolgerungen immerhin häufiger richtig als falsch sind.⁶³² Dies gilt erst recht, sofern Prüfungsmethoden verwendet werden, die ihrerseits zur akkuraten Feststellung eines Sachverhalts und der relevanten juristischen Argumente geeignet scheinen⁶³³ - etwa weil sie gewisse Standards einhalten, die sich als notwendige Grundeigenschaften aller bisherigen praxistauglichen Testverfahren bewährt haben.⁶³⁴ Zusätzlich reduzieren erfahrungsgemäß wiederholte Prüfungen zuverlässig Ungewissheiten in der Frage, ob bloß ein Messfehler vorliegt oder die Hypothese selbst fehlerhaft ist.⁶³⁵

Werden die Vorhersagen der Hypothese nur in einem eingrenzbaeren Gebiet widerlegt, ohne dass Messfehler in Betracht kommen, liegt es nahe, die Theorie im Grunde unverändert zu belassen, aber ihren Anwendungsbereich zu verkürzen oder mittels einer *Lakatos*-schen ‚Hilfshypothese‘ die Prognose im kritischen Segment zu modifizieren, um dort zutreffendere Vorhersagen zu erzielen.⁶³⁶ Nur wenn sich der per Falsifikation aufgedeckte Fehler so weitreichend durch die Prognosen ziehen,

⁶²⁶ Siehe *Schurz*, in: *Erkenntnis* 2011, 203, 218ff.

⁶²⁷ Vgl. *Harker*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2013, 79, 83ff.

⁶²⁸ Siehe *Kuipers*, in: *Synthese* 2016, 3057, 3073f.

⁶²⁹ Siehe *Chalmers/Bergemann*: *Wege der Wissenschaft*, 6. Aufl. 2007, S. 73f.

⁶³⁰ Siehe *Engländer*, in: *ARSP* 2004, 86, 89.

⁶³¹ Vgl. *Bartelborth*: *Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens*, 2. Aufl. 2017, S. 138; *Chalmers*: *What is This Thing Called Science?*, 4. Aufl. 2013, S. 81f.

⁶³² Vgl. *Tambolo*, in: *Recent Developments in the Philosophy of Science*, 2015, 17, 23f.; *Wray*, in: *Synthese* 2013, 1719, 1724.

⁶³³ Vgl. *Jantzen/Mayo/Patton*, in: *Synthese* 2015, 3413, 3418, 3421f.; *Mayo*: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, 1996, S. 12f.

⁶³⁴ Vgl. *Mayo*: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, 1996, S. 5ff.

⁶³⁵ Siehe *Rowbottom*, in: *Synthese* 2010, 139, 147.

⁶³⁶ Vgl. *Gillies*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2013, 229, 231.

dass sich grundlegende Prämissen einer Theorie als irrig erweisen, macht dies eine umfassende Neuformulierung erforderlich.⁶³⁷ In diesem Zusammenhang könnte man mit *Kuhns* Worten von einem Paradigmenwechsel sprechen.

Wie umfassend die Falsifikation jeweils im Verhältnis zur Gesamtheorie ausfällt, lässt sich unterdessen kontrollieren, indem eine Theorie etwa gemäß *Schurz* Vorschlag im so genannten ‚frame model‘ in Teilbereiche und Unterkomponenten zergliedert wird.⁶³⁸ Eine solche Zergliederung in falsifizierbare Einzelelemente scheint auch bei juristischen Methoden oder methodischen Teilschritten dadurch möglich, dass sie in die für eine Anwendungsentscheidung relevanten Einzelfaktoren zerlegt werden.

Steht fest, welche atomaren Bestandteile einer Hypothese die Falsifikation akut betrifft, schließt sich die Neuformulierung der verbesserten Theorie an. Diesen Teilschritt konzipieren die verfeinerten Varianten des kritischen Rationalismus auf zwei verschiedene Arten. Beide führen der Tendenz nach aber zum selben Ergebnis:⁶³⁹ Entweder eine Hypothese wird so neugefasst, dass sie alle bisherigen bislang unwiderlegten Teilaussagen beibehält und lediglich die falsifizierten ausschließt. Eine etwas kompliziertere Darstellungsweise fasst jede Kombination von Aussagen zu Einzelphänomenen als eine mögliche Welt auf und eliminiert bei einer Falsifikation jeweils nur diejenigen Beschreibungsvarianten, die den konkret falsifizierten Einzelsatz enthalten.⁶⁴⁰

Wie auch immer man den Prozess der partiellen Falsifikation im Einzelnen darstellt, so entgeht man in jedem Fall dem Risiko eine „Verschlimmbesserung“ in der Hypothesenkorrektur. Hierzu muss sich eine Theorie lediglich darauf beschränken, falsifizierte Vorhersagen nicht mehr zu treffen und unfalsifizierte weiterhin. Das Ausmaß der Falsifikation kann sukzessive in folgenden Schritten vor und zurück ermittelt werden:

Kommt es zur Falsifikation einer Theorie, etwa zu einer juristischen Methode, prüft man ihre anderen Vorhersagen über nicht identische, aber ähnliche Fälle, um das Ausmaß der Widerlegung abzustecken. Je mehr Fälle der Falsifikation zum Opfer fallen, desto weiter an der Wurzel und genereller muss eine Theorie gestützt werden, um der Wahrheit näher zu kommen.⁶⁴¹

Ergänzend weist unter anderem *Cevolani* darauf hin, dass eine bislang nicht falsifizierte Theorie bzw. eine bewährte Teilhypothese sich ebenso der Wahrheit annähern kann. Dazu ist sie schrittweise auszuweiten, also zum Beispiel um Prognosen für zusätzliche Bereiche zu ergänzen.⁶⁴² Zwar bietet sie dadurch zusätzliche Angriffsflächen für Falsifikationen⁶⁴³; gleichwohl können ihre fehlerhaften Bestandteile in oben beschriebener Weise sogleich wieder fallengelassen werden.⁶⁴⁴

⁶³⁷ Vgl. *Kuipers*, in: *Synthese* 2016, 3057, 3074.

⁶³⁸ Vgl. *Kornmesser/Schurz*, in: *Erkenntnis* 2018, 1, 3ff.

⁶³⁹ Vgl. *Festa/Cevolani*, in: *From Arithmetic to Metaphysics*, 2018, 69, 76f. m.w.N.kornm

⁶⁴⁰ Siehe *Cevolani*, in: *Logic Journal of the IGPL* 2016, 542, 553f.

⁶⁴¹ Vgl. *Cevolani/Festa/Kuipers*, in: *Synthese* 2013, 3307, 3314ff.

⁶⁴² Siehe *Cevolani*, in: *Erkenntnis* 2017, 169, 173.

⁶⁴³ Vgl. *Zamora-Bonilla*, in: *Synthese* 2000, 321, 329f.

⁶⁴⁴ Vgl. *Chalmers*: *What is This Thing Called Science?*, 4. Aufl. 2013, S. 60ff.

Wo dies nicht gelingt, bewährt sich die Ausweitung einer Hypothese durch Bestätigung und kann vorläufig in diesem Umfang angenommen werden.⁶⁴⁵ Insgesamt gelingt damit die erhoffte Wahrheitsannäherung insoweit, als sukzessive im Rahmen einer möglichst flächendeckenden kritischen Überprüfung ein Maximum an Aussagegehalt bei einem gleichzeitigen Minimum an Falsifikation angesteuert wird.

Weitere fakultative methodische Weichenstellungen erleichtern kritischen Rationalisten den Weg dorthin womöglich zusätzlich. So empfiehlt *Rowbottom*, nach Fehlern zuerst in den Hypothesenteilen bzw. Anwendungsfällen zu suchen, die bisher am wenigsten geprüft wurden und sich noch nicht bewährt haben.⁶⁴⁶ Ebenso schlägt *Schurz* vor, als erstes die Prämissen auf den Prüfstand zu stellen, die bislang noch am wenigsten gesondert hinterfragt wurden.⁶⁴⁷ Um diese Vorgehensweise zu rechtfertigen, muss der kritische Rationalismus nicht einmal ins Blaue hinein behaupten, der Fehler liege wahrscheinlicher an einer bestimmten Stelle. Stattdessen kann er sich darauf berufen, dass kein Bestandteil einer Hypothese vor Kritik abgeschirmt werden darf, wenn es darum geht, herauszufinden, ob sich ihr Aussagegehalt im Ganzen gegen Falsifikationsversuche behauptet.⁶⁴⁸ Vollkommen konsistent erscheint die vorzugsweise Überprüfung bislang ungeprüfter Hypothesenteile jedoch nur, wenn erneute Kontrollen bereits bestätigter Teilaussagen voraussichtlich seltener zu einer Falsifikation und damit zu zusätzlichem Erkenntnisgewinn führen.⁶⁴⁹

Hoerster erkennt hierin einen Rückfall in den Induktivismus und ein Indiz für das Scheitern des kritischen Rationalismus.⁶⁵⁰ Tatsächlich muss man sich allerdings keiner induktiven Begründung behelfen, um die kritisch-rationale Wahrheitsannäherung auf die skizzierte Falsifikationsstrategie stützen zu können. Vielmehr dürfte es genügen, eine entsprechende fehlbare Meta-Hypothese vorläufig anzuerkennen, ohne ihre Widerlegbarkeit in Zukunft abzustreiten. Immerhin scheinen unsere bisherigen Erfahrungen zu bestätigen, dass sorgfältigeren, häufiger kontrollierten intersubjektiven Beobachtungen seltener Messfehler unterlaufen. Ihre falsifizierende oder bestätigende Wirkung tritt somit in der Regel bei einer Wiederholung erneut auf.⁶⁵¹ Das schließt ein gegenläufiges Ergebnis keineswegs aus. Es zeigt bloß die bisherige Bewährung der Hypothese, bei begrenzten Untersuchungskapazitäten eine Wahrheitsannäherung eher zu realisieren, indem bislang unkontrollierte Hypothesenteile statt bereits überprüfter durchleuchtet werden.

Um breit angelegte kritische Überprüfungen praktisch zu bewältigen, rät *Rowbottom* außerdem dazu, mehrere Akteure arbeitsteilig einzusetzen. Maßgeblich sollte dabei sein, wer wie effizient welche Art von (Teil-)Hypothesen überprüfen kann.⁶⁵² In der Praxis der Normanwendung lässt sich

⁶⁴⁵ Vgl. *Chalmers*: What is This Thing Called Science?, 4. Aufl. 2013, S. 77.

⁶⁴⁶ Siehe *Rowbottom*, in: *Synthese* 2010, 139, 145.

⁶⁴⁷ Siehe *Schurz*, in: *Erkenntnis* 2011, 203, 218.

⁶⁴⁸ Vgl. *Rowbottom*, in: *Synthese* 2010, 139, 145.

⁶⁴⁹ Vgl. *Piscopo/Birattari*, in: *Erkenntnis* 2010, 379.

⁶⁵⁰ Siehe *Hoerster*: Was können wir wissen?, 2010, S. 65f.; vgl. *Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl. 2017, S. 136f.

⁶⁵¹ Vgl. *Tambolo*, in: *Recent Developments in the Philosophy of Science*, 2015, 17, 23f.

⁶⁵² Siehe *Rowbottom*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2013, 161.

dieser Grundsatz verwirklichen, indem man Prozessbeteiligten jeweils Rollen zuweist, die sie gemäß ihren Interessen und ihren Fähigkeiten möglichst wirkungsvoll ausfüllen.

Zu denken ist dabei nicht bloß an die Möglichkeit, einen Gutachter hinzuzuziehen, um Teilfragen des Sachverhalts aufzuklären. Um das Vorhersagepotenzial einer Methode voll auszuschöpfen, dürfte noch entscheidender sein, wie effizient die Parteien selbst in die Überprüfung des Tatbestands und der Norminhaltsbestimmung eingebunden werden. Denn für sie steht im Verfahren das meiste auf dem Spiel und so dürften sie das größte Eigeninteresse haben, an der Entscheidungsfindung mitzuwirken. Je weiter sich diese vom Eigennutz getragene Dynamik für die konsequente Falsifikation von Sachverhaltshypothesen und Interpretationsvarianten einer Norm einsetzen lässt, desto mehr Überprüfungen finden im Verfahren statt. Damit erhöht sich auch die Chance auf eine Falsifikation und Bewährung methodenkompatibler Normanwendungsvarianten.

Die tatsächliche Prognosefähigkeit von Normanwendungsmethoden hängt demnach davon ab, wie stark man nicht bloß den Richter mit der finalen Prüfung betraut, sondern zugleich die Parteien in Falsifikationsbemühungen einbindet. Hilfreich dürfte es hierzu unabhängig von der Ausgestaltung der Verfahrensregeln sein, wenn die Widerlegung von Gegenansichten bei der Begründung der eigenen Auffassung nicht mehr bloß beiläufig geschieht. Dem kritischen Rationalismus zufolge bildet sie nämlich das für den Erkenntnisgewinn entscheidende Element des Parteivortrags; auch zur Beweisführung tragen Falsifikationen den eigentlichen epistemischen Mehrwert bei.⁶⁵³

Selbstverständlich lässt sich die Vorhersageleistung keiner dieser methodischen Leitlinien begründen oder als Setzung einführen. Ob der wissenschaftstheoretische Rahmen des fortentwickelten kritischen Rationalismus dazu taugt, Wertungsspielräume zuverlässig einzugrenzen, ergibt sich vielmehr daraus, dass er sich in der Praxis bewährt.⁶⁵⁴ Seine praktische Erprobung muss zeigen, dass eine an ihm orientierte Normanwendungsmethode zu zunehmend verlässlicheren Prognosen einer Entscheidung verhilft. Dass umgekehrt die Erfolgsträchtigkeit der neu konzipierten kritisch-rationalen Vorgehensweise zur Wahrheitsannäherung von Kritikern bisher nicht widerlegt werden konnte, rechtfertigt immerhin vorläufig ihren Einsatz – so gut, wie dies auch ohne Verifizierbarkeit möglich ist.⁶⁵⁵

Hierfür sprechen ferner die Schwachstellen alternativer Orientierungspunkte: Da ihre Eignung falsifiziert wurde, verheißt der kritische Rationalismus schlimmstenfalls ein ähnliches Übel.⁶⁵⁶ Für den günstigeren Fall verspricht er zuverlässigere Koordinaten für die juristische Methode. Überschaubar scheint deshalb das Risiko, sich im fallibilistischen Bemühen um die Wahrheitsannäherung tatsächlich von der Wahrheit zu entfernen.

Dies gilt umso mehr für kritisch-rational geprägte Methoden in Fragen der Norminhaltsbestimmung, wo sich die Problematik aufgrund der besonderen Gegebenheiten ohnehin harmloser ausmisst:

⁶⁵³ Vgl. *Potacs*: Rechtstheorie, 1. Aufl. 2015, S. 143ff.; *Zippelius*: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 21ff.

⁶⁵⁴ Vgl. *Niiniluoto*, in: Synthese 2017, 3291, 3306f.

⁶⁵⁵ Vgl. *Rowbottom*, in: Studies in History and Philosophy of Science 2015, 100, 102.

⁶⁵⁶ Vgl. *Miller*: Out of Error, 2006, S. 124.

Verengt man den möglichen Gehalt einer Norm fallibilistisch mithilfe von Einwänden gegen unvertretbare Deutungen, ergibt sich unmittelbar aus den restlichen unwiderlegten Bedeutungen eine optimierte Hypothese zur Begriffsinterpretation.⁶⁵⁷ Diese dürfte zumindest nicht fehlerhafter sein als ihre Vorgängerin: Widerlegt man beispielsweise, dass polygame Lebensgemeinschaften dem Begriff der Ehe unterfallen, folgt daraus nicht nur, wie der Ehebegriff nicht gefasst werden kann. Ebenso lässt sich darauf schließen, wie sich der Normgehalt fassen lässt, ohne einerseits dem bisherigen Einwand zu erliegen und andererseits ohne sich umgekehrt neuen Falsifikationsgründen auszusetzen. Mit anderen Worten: Die Widerlegung eines möglichen Normgehalts impliziert stets unmittelbar eine alternative Deutungshypothese, die zumindest nicht schlechter als ihre Vorgängerin ist.⁶⁵⁸

Ähnliches scheint für Falsifikationen bei anderweitigen Teilschritten der Normanwendung zu gelten: Erweist sich etwa in der Abwägung eine bestimmte Gewichtung eines Rechtfertigungsgrunds als zu schwer, begrenzt dies zuverlässig die möglicherweise zulässigen Hypothesen auf solche, die ein leichteres Gewicht annehmen. Bekräftigt eine mehrfache sorgfältige Bestätigung die Widerlegung schwerer Gewichtungen, prognostiziert nämlich die Annahme eines tendenziell leichteren Gewichts jedenfalls die methodengetreue Entscheidung nicht fehlerhafter – dafür aber potenziell zutreffender. Einige andere leichte Gewichtungen mögen hiernach zwar noch ebenso falsifiziert werden wie schon die schweren. Dennoch entspricht aus der Gruppe der leichteren Gewichtungen eher eine der letztendlichen Normanwendung als eine Variante aus einer Gruppe, die auch falsifizierte schwerere Gewichtungen beinhaltet oder ausschließlich solche.

(d) Problem der Beibehaltung falsifizierter Hypothesen

Einen weiteren, bis heute aufrechterhaltenen⁶⁵⁹ Einwand gegen den kritischen Rationalismus folgerten bereits *Kuhn* und *Lakatos* aus der historischen Betrachtung wissenschaftlichen Fortschritts: Demnach führt eine Falsifikation in der Praxis nicht unmittelbar dazu, die kritisierte Theorie zu verwerfen; vielmehr wird sie solange beibehalten, bis ein alternatives Erklärungsmodell entwickelt wurde.⁶⁶⁰

Eine Erwiderung gegen den Vorwurf haben vor allem *Miller*⁶⁶¹ und *García*⁶⁶² erarbeitet. Ihre Überlegung legt nahe, dass zumindest im Normanwendungskontext auch eine Falsifikation nur dazu veranlasst, falsifizierte Teilaussagen zu verwerfen, nicht die gesamte Hypothese zum Gehalt einer betroffenen Norm. Ergäbe sich beispielsweise, dass der allgemeine Sprachgebrauch der pauschalen Subsumtion von im Ausland geschlossenen Kinderehen unter Art. 6 Abs. 1 GG widerspricht, würde das nicht etwa den Ehebegriff auch im Übrigen in Frage stellen. Korrigiert

⁶⁵⁷ Vgl. zu Umkehrschlüssen allgemein *Sprenger*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2018, 139, 151.

⁶⁵⁸ Vgl. zu Umkehrschlüssen allgemein *Miller*: *Critical Rationalism*, 1994, S. 206f.; *Miller*, in: *Discusiones Filosóficas* 2014, 15, 25.

⁶⁵⁹ Vgl. *Chalmers/Bergemann*: *Wege der Wissenschaft*, 6. Aufl. 2007, S. 76ff.; *Irzik*, in: *The Routledge Companion to Philosophy of Science*, 2013, 70, 74.

⁶⁶⁰ Zur Übersicht siehe *Miller*, in: *Discusiones Filosóficas* 2014, 15, 26f. m.w.N.

⁶⁶¹ *Miller*, in: *Discusiones Filosóficas* 2014, 15, 28f.

⁶⁶² *García*: *Popper's Theory of Science*, 2006, S. 146f.

würde die Begriffshypothese vielmehr lediglich im Bereich von Ehen unter Beteiligung von Minderjährigen.⁶⁶³

Jedenfalls insofern läuft es dem Falsifikationsprinzip gerade nicht zuwider, wenn nach einer Falsifikation zunächst die Rumpfhypothese bestehen bleibt, ehe der widerlegte Teil neuformuliert wird. Dabei handelt es sich übrigens um eine Vorgehensweise, die der Jurisprudenz mit Blick auf § 139 BGB zumindest bei der Auslegung teilnichtiger Verträge bereits wohlbekannt ist.⁶⁶⁴

Dies deckt sich im Übrigen mit *Kuipers* Erwägungen auf allgemeiner wissenschaftstheoretischer Ebene. Er begreift das von *Kuhn* und *Lakatos* beobachtete Phänomen gerade als Ergebnis einer verfeinerten kritisch-rationalen Methode zur Hypothesenkorrektur: Sie deutet eine sporadische Anomalie, das Aufblitzen eines Falsifikationsgrundes, zunächst als Messfehler bzw. punktuelle Fehleinschätzung. Tritt ein prognosewidriges Ereignis häufiger ein, schließt das Verfahren auf einen einzelnen falschen Hypothesenteil und erst bei einem flächendeckenden Prognosedefizit auf einen Fehler in den Grundprämissen einer Theorie.⁶⁶⁵ Somit spricht *Kuhns* und *Lakatos* Analyse der Wissenschaftshistorie eher für eine Anwendung des hier vorgestellten fortentwickelten kritischen Rationalismus in der Praxis als für dessen Praxisferne. Gegen einen solchen kritischen Rationalismus erwachsen daraus jedenfalls keine durchgreifenden Bedenken.

Außer *Kuhn* und *Lakatos* formulierten jedoch weitere Kritiker unlängst einen ähnlichen, neuartigen Einwand gegen die Praxistauglichkeit des kritischen Rationalismus: Mehreren Studien zufolge berücksichtigen Sozial-⁶⁶⁶ und Naturwissenschaftler⁶⁶⁷ bei ihrer Methodenwahl in der Praxis fallibilistisch gestaltete Modelle nur eingeschränkt. Als etwa *Hansson* exemplarisch 70 Journalartikel auswertete, erkannte er nur in zweien davon Falsifikationsbemühungen.⁶⁶⁸

Wie jedoch *Popper* und *Agassi* zutreffend feststellen, ist diese Bemerkung ungeeignet, die Leistungsfähigkeit des kritischen Rationalismus in Zweifel zu ziehen.⁶⁶⁹ Denn selbst wenn seine Methode in der Praxis keine Beachtung fände, zwingt dies gerade nicht zur Folgerung, dass sie auch weiter keine Beachtung finden soll, weil sie praxisuntauglich ist.⁶⁷⁰ Unterstellt man allerdings genau dies, ergibt sich daraus dennoch eine ernsthafte Schwierigkeit für den kritischen Rationalismus, insoweit er Anspruch darauf erhebt, praktisch eine Rolle zu spielen.

Gleichwohl mehren sich die Zweifel am Aussagegehalt der oben erwähnten Erhebungen zur wissenschaftlichen Praxis. Denn eine Überprüfung bricht nicht schon deswegen mit der kritisch-rationalen Methode, weil sie eine Hypothese nicht falsifiziert. Auch der kritische Rationalismus geht davon aus, dass gerade weit fortentwickelte Hypothesen bei Kontrollen deutlich häufiger

⁶⁶³ Vgl. *Andrae*, in: Heidel et al. (Hrsg.), 3. Aufl., 2016, Art. 13 EGBGB, Rn. 24 m.w.N.; *Bock*, in: NJW 2012, 122, 123 m.w.N.

⁶⁶⁴ Vgl. *Busche*, in: Armbrüster et al. (Hrsg.), 7. Aufl., 2015, § 139 BGB, Rn. 2.

⁶⁶⁵ Vgl. *Kuipers*, in: *Synthese* 2016, 3057, 3061ff.

⁶⁶⁶ Siehe etwa *Holtz/Monnerjahn*, in: *Journal for the Theory of Social Behaviour* 2017, 1.

⁶⁶⁷ Siehe etwa *Mayo/Spanos*: *Error and Inference*, 2010, S. 1f.

⁶⁶⁸ Siehe *Hansson*, in: *Foundations of Science* 2006, 275, 280ff.

⁶⁶⁹ Vgl. *Agassi*, in: *The Impact of Critical Rationalism*, 2019, 97, 105f.

⁶⁷⁰ Vgl. *Popper*, in: *The Philosophy of Karl Popper*, 1974, 961.

bestätigt als widerlegt werden. Kritisch-rational sind die Überprüfungen dennoch, weil sie eine Falsifikation durchaus zulassen. Der Einwand der Praxisferne missachtet dies offenbar.⁶⁷¹

Umgekehrt widerspricht dem kritischen Rationalismus nur jene Praxis, die Hypothesen vor möglichen Falsifikationen abschirmt, also zum Beispiel die Auseinandersetzung mit scharfen Einwänden scheut. Auch eine solche Haltung hat gewiss ihre Anhänger. Wie sich zeigte, begünstigt etwa die Zielsetzung des Bayesianismus einen derartigen Hang zur Dogmatisierung sogar. Nichtsdestotrotz liegt es fern, dass Wissenschaftler, zumal erfolgreiche, ganz überwiegend so verfahren.

(c) Problem des Untermaßes

Man kann im Übrigen beanstanden, dass es dem kritisch-rationalen Ansatz an einem Untermaß fehlt, ab dem eine Hypothese seinem Standard genügt.⁶⁷² Im Normanwendungskontext könnte man dies bemängeln, weil das wissenschaftstheoretische Modell nur Anforderungen vorgibt, deren Einhaltung der Tendenz nach die Prognosesicherheit einer daran orientierten Entscheidungsmethode zu steigern scheint. Unklar bleibt dabei freilich, in welchem Umfang kritische Überprüfungen und Hypothesenkorrekturen exerziert werden müssen, damit ein Verfahren als rechtssicher gilt. Insoweit ergibt sich das Risiko, dass ein Beobachter und der Normanwender juristische Methoden in verschiedenem Ausmaß darauf kontrollieren, in wie vielen Fällen der Normanwendung sie welche Wertungsspielräume zulassen. Dabei können sie durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Dies wiederum erschwert zuverlässige Prognosen über letztendliche Anwendungsentscheidungen.⁶⁷³

Gleichwohl wäre es ein reichlich beliebiges und zugleich fruchtloses Unterfangen, an irgendeiner Stelle den Punkt festzusetzen, an dem der Prüfungsumfang ausreichend sein soll. Denn je nach Lage der einschlägigen Norm und des streitgegenständlichen Sachverhalts werden es jeweils andere Tatbestandsmerkmale und juristische Argumente sein, die bei Falsifikationsversuchen zu berücksichtigen sind. Ex ante an bestimmter Stelle eine Trennlinie zu definieren, welche davon zu berücksichtigen sind und welche nicht, dürfte weder praktikabel noch plausibel sein.⁶⁷⁴

Vorliegend bereitet diese Problematik jedoch keine Schwierigkeiten. Denn das weiche Verfassungsgebot, Normen so vorhersehbar wie praktisch möglich anzuwenden, verlangt ohnehin nach größtmöglicher Eingrenzung von Wertungsspielräumen. Wann der Falsifikationsaufwand diese Obergrenze in der Praxis erreicht, richtet sich naturgemäß nach den Ressourcen, die für eine Entscheidungsfindung bereitstehen.

Bestückt werden sollte ein kritisch-rationale Methode daher qualitativ und quantitativ nur mit solchen Verfahrensschritten, die sich in praktischen Anwendungsfragen vollständig kontrollieren lassen. Zugleich sollten die einzelnen Teilschritte intersubjektiv handhabbar ausfallen und sich

⁶⁷¹ Siehe *Persson*, in: *Foundations of Science* 2016, 461, 472f.

⁶⁷² So *BonJour*, in: *Philosophical Perspectives* 2010, 57, 61; *Brown*, in: *Noûs* 2014, 179.

⁶⁷³ Vgl. *Bartelborth*: *Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens*, 2. Aufl. 2017, S. 290.

⁶⁷⁴ Vgl. *Hannon*, in: *Philosophical Studies* 2017, 607, 619.

eignen, Wertungsspielräume effizient möglichst weitreichend einzuengen – freilich ohne über das Ziel hinauszuschießen und keine verfassungskompatible Anwendungsvariante mehr zuzulassen.⁶⁷⁵

Zu achten ist dabei ferner auf eine möglichst effiziente Ressourcenverwertung. Wie oben erwähnt hatte hierzu etwa *Rowbottom* konkrete Empfehlungen dargelegt. Befolgt man sie, hat man die weitreichendste Chance, nach einer Normanwendungsmethode zu verfahren, die es gestattet, ihre Entscheidungen zu antizipieren. Denn je mehr kritische Überprüfungen von Methoden stattfinden, einen Beurteilungsspielraum auszufüllen, desto wahrscheinlicher entspricht das hiernach bewährte Verfahren dem Optimum an Berechenbarkeit. Damit maximiert sich die Prognosegenauigkeit.

dd. Zwischenergebnis

Die Methode des kritischen Rationalismus setzt im Kontrollzusammenhang dort an, wo im Entdeckungszusammenhang eine Hypothese induktiv gründlich herausgestellt wurde. Im Bewusstsein ihrer jederzeitigen Fehlbarkeit versucht der kritische Rationalismus, eine solche zu widerlegen und bedarfsweise zu korrigieren. Diese Falsifikationstechnik fällt strukturell leichter als die restlose Verifikation, weil hierzu keine umfassende fehlerfreie Bestätigung aller Prämissen unterstellt werden muss, sondern nur die korrekte Feststellung eines einzigen Falsifikationsgrundes.

Von diesem bescheideneren und insoweit aussichtsreicheren Erkenntnisverfahren kann die juristische Methode profitieren, indem sie es einerseits unmittelbar in der Sachverhaltserfassung einsetzt. Auch zur vorhersehbaren Ermittlung des Normgehalts eignet sich eine Methode nach dem Muster des kritischen Rationalismus. Möglicher Falsifikationsgrund für Hypothesen zur richtigen Normanwendung ist hierbei jedwedes intersubjektiv überprüfbare juristische Argument, auf das sich die Rechtsgemeinschaft verständigt. Hiervon sollte eine möglichst vorhersehbare Methode diejenigen festsetzen, die gesetzeskonforme Normanwendungshypothesen auf möglichst wenige unfalsifizierte Varianten reduzieren, niemals aber auf weniger als eine.⁶⁷⁶

Ebenso eignet sich das kritisch-rationale Modell als Maßstab, um die Berechenbarkeit einer juristischen Methode zu prüfen. Auf dieser Beurteilungsebene kommt eine Falsifikation freilich nur durch Anwendungsfälle der prüfungsgegenständlichen Methode in Betracht, in denen ein breites Spektrum von Entscheidungen vertretbar bleibt. Dieses fallibilistische Prüfungsprogramm definiert gerade dort die Kriterien größtmöglicher Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit, wo kein neues Normanwendungsverfahren das kritisch-rationale Muster unmittelbar nachbildet. Als Anforderungsrahmen zuverlässiger Prognosemodelle gibt die Leitlinie des kritischen Rationalismus insofern insbesondere darüber Aufschluss, wie leistungsfähig vorhandene juristische Methoden ausfallen.

Bei alledem erwartet der kritische Rationalismus von potenziell prognosesicheren Methoden, dass sämtliche ihrer Teilschritte intersubjektiv überprüfbar sind. Denn nur dann lässt sich ihre Leistungsfähigkeit falsifizieren; andernfalls gelingt es dem kritisch-rationalen Maßstab umgekehrt nicht, ihre Berechenbarkeit zu beurteilen. Damit eine Methode insofern die nötige Transparenz

⁶⁷⁵ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.b.bb.

⁶⁷⁶ Vgl. *Taliga*, in: *Philosophy of the Social Sciences* 2016, 335, 348f.

einhält, darf sie sich ausschließlich aus kontrollierbaren Teilschritten zusammensetzen. Zulässige Bausteine sind hierbei Beobachtungen des Sachverhalts, des Textes und Kontextes der Norm sowie entscheidungsrelevanter außerjuridischer Erwägungen. Ebenfalls legitim sind logisch schlüssige Ableitungen hieraus. Gründet sich eine Methode auf sonstige Operationen, entzieht sie sich der Falsifikation und damit auch einer Überprüfung ihrer Vorhersageleistung.

Die Untersuchung der Kritik am kritischen Rationalismus zeigte jedoch, dass seine Grundform Anpassungen erfordert, um als Rahmenmodell für verlässliche Prognosemodelle zu fungieren:

Zwar gelingt es schon *Poppers* ursprünglichem Modell erstens, den Standardeinwand des ‘preface paradox’ zu entkräften. Für fehlbar gehaltene Hypothesen werden dazu widerspruchsfrei aufgefasst als wahre Aussagen unter der Bedingung, dass es zu keiner Widerlegung kommt.

Auch gehen zweitens die Vorwürfe fehl, der kritische Rationalismus müsse letztlich doch zur Induktion greifen, um zentrale Grundannahmen seines Modells zu begründen: etwa solche zur Möglichkeit und Leistungsfähigkeit der Falsifikation, zur Verlässlichkeit der Sinneswahrnehmungen und logischen Schlussregeln und zur Gleichförmigkeit der Natur. Derartige Kritik erkennt, dass der kritische Rationalismus die Vertretbarkeit einer Hypothese grundsätzlich nicht von ihrer Begründbarkeit abhängig macht, sondern davon, dass sie bisher nicht widerlegt wurde. Aus nichts anderem als dieser Bewährung folgert er die vorläufige Annahme der erwähnten bislang nicht falsifizierten Grundsätze des Erkenntnisgewinns.

Indes scheitert die Ursprungsform des kritischen Rationalismus am dritten Einwand – nämlich daran, dass das Verfahren keinen zuverlässigen Weg aufzeigt, wie sich Vorhersagen optimieren lassen. Hierzu müsste der kritische Rationalismus zeigen, dass sein Verfahren der Falsifikation und Hypothesenkorrektur zur Wahrheitsannäherung verhilft und die Widerlegung einer Auffassung nicht stattdessen womöglich einer noch fehlerbehafteten Alternative Vorschub leistet. Schon früh verdeutlichten indes *Tichy* und *Miller*, dass *Poppers* Bemessung der Wahrheitsnähe bereits scheitert, weil es Tautologien eher eine wahrheitssteigernde Wirkung zuerkennt als aussagegehaltssteigernden Hypothesenerweiterungen.

Wie die Untersuchung zeigte, erweckt jedoch *Kuipers* verfeinertes Verfahren zur Hypothesenkorrektur vorläufig den Anschein, als ermögliche es tatsächlich eine Wahrheitsannäherung. Dieses Verfahren beschränkt sich darauf, Hypothesen zunächst nur an der von Widerlegungen betroffenen Stelle zu modifizieren und ansonsten beizubehalten. So wird zumindest verhindert, dass die erneuerte Theorie (über die vertretbaren Normanwendungsvarianten) an mehr Stellen fehlerbehaftet ist als ihre Vorgängerin. Durch diese Vorkehrung wird das Risiko eines Rückschritts in der Wahrheitsannäherung ausgeschlossen; die Möglichkeit eines Fortschritts bleibt unverändert bestehen.

Um letztere wirksam auszuschöpfen, entwickelte die jüngere Forschung zum kritischen Rationalismus darüber hinaus eine Reihe weiterer Teilschritte als bewährte Instrumente zur Wahrheitsannäherung. Dazu zählt zunächst das schrittweise Ausdehnen von Falsifikationsversuchen im Umfeld einer falsifizierenden Einzelbeobachtung, um sukzessive erst Messfehler auszuschließen und dann zu sichten, welche Hypothesenteile der Fehler betrifft oder ob

sogar eines der Kernelemente einer Theorie angepasst werden muss. Diese Vorgehensweise deckt sich wie festgestellt mit der wissenschaftshistorischen Analyse von Paradigmenwechseln laut *Kuhn* und *Lakatos* und vermeidet dadurch den Vorwurf der Praxisferne.

Darüber hinaus empfiehlt es sich im praktischen Umgang mit begrenzten Ressourcen, zum einen ungeprüfte Hypothesenteile vor den bereits bestätigten zu überprüfen und zum anderen Falsifikationen möglichst arbeitsteilig vorzunehmen. Die Einhaltung dieser Leitlinien eignet sich nämlich nach vorläufigem Befund dazu, die Leistungsfähigkeit zu prüfender Theorien effizient zu kontrollieren und zu optimieren.

Genügt ein juristisches Entscheidungsmodell in all diesen Punkten den Anforderungen des kritischen Rationalismus eher als seine Alternativen, bleiben zwar immer noch Fälle denkbar, in denen das Normanwendungsverfahren Wertungsspielräume zulässt und damit Rechtsunsicherheit. Gleichwohl gelingt es der intensiven Kontrolle und Korrektur einer juristischen Methode anhand des kritisch-rationalen Maßstabs jedenfalls, solche Einfallstore für Beliebigkeit erheblich zu dezimieren. Weitreichender verwirklicht dies unterdessen kein Normanwendungsverfahren, das bloß einer alternativen Konkretisierung des weichen Verfassungsgebots größtmöglicher Vorhersehbarkeit gerecht wird.

Nach vorläufigem Befund der Untersuchung sprechen daher gegen die Eignung des kritischen Rationalismus als Richtschnur der Rechtssicherheit keine gravierenderen Einwände als gegen die Diskurstheorie und die induktivistischen Modelle.⁶⁷⁷

IV. KAPITELERGEBNIS

Kapitel 2 sollte definieren, wann eine Normanwendungsmethode als rechtssicher im verfassungsmäßig gebotenen Sinne gilt.

Dazu bestimmte die Untersuchung zunächst, von welchem abstrakten Gehalt des verfassungsmäßigen Rechtssicherheitsgrundsatzes die Rechtsprechung und das Schrifttum im materiellen Kontext der Normanwendung ausgehen. Hier meint Rechtssicherheit laut Verfassungsdogmatik einerseits die Vorhersehbarkeit einer Entscheidung und andererseits ihre Nachvollziehbarkeit. Zu verstehen sind hierunter vorliegend die antizipierende und die retrospektive Seite derselben Medaille: Eine Normanwendung ist nach hiesigem Verständnis nämlich umso vorhersehbarer und umso nachvollziehbarer, je weiter eine juristische Methode sie innerhalb von Wertungsspielräumen rechtfertigt oder gar vorgibt.⁶⁷⁸

Im zweiten Schritt überprüfte das Kapitel, welche konkreten Anforderungen die Verfassungsdogmatik aus diesem allgemein formulierten Gebot von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit ableitet. Wie sich zeigte, ergeben sich dabei als ‚hard law‘ allenfalls leicht erfüllbare Mindestvoraussetzungen. Hierzu zählen maßgeblich das Willkürverbot und das Verbot,

⁶⁷⁷ Vgl. auch: *Adrian*: Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, 2014, S. 125.

⁶⁷⁸ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.2.

Normen contra legem anzuwenden, also im Widerspruch zu evidenten oder dogmatisch einhellig festgesetzten Gesetzesinhalten.⁶⁷⁹

Erste Bedingung der Rechtssicherheit einer juristischen Methode ist somit stets, dass ihre Befolgung den Rechtsanwender niemals zwingt, gesetzeswidrig zu entscheiden. Zugleich impliziert die Geltung einer Rechtsnorm diese Anforderung per se – unabhängig vom Rechtssicherheitsgebot. Die Abhandlung benennt das Rechtmäßigkeitserfordernis daher zuweilen als eigenständige Bedingung neben den sonstigen Vorgaben des Rechtssicherheitsgrundsatzes, die eine zulässige Methode einhalten muss.

Ansonsten verdeutlichte die Untersuchung, dass die harten Vorgaben des Willkürverbots kaum zusätzliche Voraussetzungen formulieren: Willkürlich werden Normen nur angewandt, wenn die Methode nicht einmal ansatzweise einem nachvollziehbaren Muster gehorcht. Das Willkürverbot untersagt hingegen nicht die bloße beliebige Auswahl einer von mehreren vertretbaren Anwendungsvarianten – selbst bei größtmöglichen Wertungsspielräumen.

Darüber hinaus entnimmt die Verfassungsdogmatik dem Rechtssicherheitsgebot gleichwohl noch eine ‚soft law‘-Dimension. Diese geht deutlich über das Willkürverbot hinaus: Als Appell an die richterliche Berufsehre formuliert der Rechtssicherheitsgrundsatz die weiche Vorgabe, Rechtsnormen so vorhersehbar wie praktisch möglich anzuwenden. Hieraus gewinnt man für die nachfolgende Untersuchung von Gewichtungsmethoden in der Grundrechtsanwendung aber noch nicht unmittelbar einen handhabbaren Prüfungsmaßstab. Denn wann eine optimale Vorhersehbarkeit erreicht wird, erschließt sich nicht von selbst. Zu konkretisieren ist stattdessen zunächst, wo die Grenzen menschlicher Prognosefähigkeit im Allgemeinen und unter den Beschränkungen eines juristischen Verfahrens im Besonderen verlaufen.⁶⁸⁰

Um diesen Punkt als Richtwert mit Kriterien abzubilden, prüfte die Abhandlung zunächst die Diskurstheorien in ihren mustergültigen Versionen von *Habermas* und *Alexy*. Untersucht wurde, ob vielleicht eine an ihren Leitlinien ausgerichtete Methode dem Normanwender bereits optimale Prognosen seiner Entscheidungen ermöglicht. Dies wurde verneint: Entweder fallen die Diskursregeln zu rigide aus, als dass die Praxis sie einhalten kann und will. Oder die Anforderungen an einen Diskurs werden so weit abgesenkt, dass sie zwar universell praktikabel sind, genau deshalb aber Anwendungsspielräume kaum noch vorhersehbar eingrenzen.⁶⁸¹

Eine Lösung dieses Dilemmas mag zwar darin bestehen, den Diskurs durch neue Argumentationsregeln auszukleiden, etwa durch die des kritischen Rationalismus. Im Interesse der Übersichtlichkeit betrachtet die Untersuchung solche Modelle jedoch getrennt von der Diskurstheorie. Dies gilt insbesondere, weil namhafte Vertreter der Diskurstheorie kontroverse Festlegungen wie ihren Moralbezug getroffen haben, die es erschweren, den Ansatz unter anderen Vorzeichen neu zu formulieren.

⁶⁷⁹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.b.

⁶⁸⁰ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.c.

⁶⁸¹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.

Auf der Suche nach alternativen Maßstäben fiel der Blick auf die Wissenschaftstheorien, weil sie sich stärker als die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion gezielt um Kriterien prognostisch leistungsfähiger Erkenntnismodelle bemühen. Zwar erforschen sie nicht explizit die Bedingungen zuverlässiger Vorhersagen jenseits der Naturwissenschaften. Gleichwohl griff kein untersuchter Einwand dagegen durch, ihre Leitlinien möglicherweise erfolgreich als Maßstab für berechenbare Methoden auf dem Feld der Normanwendung einzusetzen. Zwar stehen hier Prognosen stets unter dem Vorbehalt, dass sich ein Normanwender tatsächlich an die auf ihre Leistungsfähigkeit zu überprüfende Methode hält. Unter dieser Bedingung scheint es jedoch nicht von vornherein aussichtslos, die ideale Vorhersehbarkeit in Normanwendungsentscheidungen anhand wissenschaftstheoretischer Modelle zu definieren und Methoden daran auszurichten. Man muss hierzu lediglich unterstellen, dass die empirisch beobachtbare Rechtsanwendung sich ‚naturgesetzmäßig‘ an die auszuforschenden Vorgaben einer bestimmten Methodik hält.⁶⁸²

Auf dieser Grundlage widmete sich die Abhandlung der Frage, inwieweit die wissenschaftstheoretischen Modelle des Induktivismus und des kritischen Rationalismus Orientierungspunkte für prognosesichere Normanwendungsmethoden bilden. Wie sich dabei zeigte, scheitern selbst fortentwickelte induktivistische Theorien wie der Probabilismus am Induktionsproblem und am Münchhausen-Trilemma: Trotz ihrer Verifikationsbemühungen überwinden sie nicht die dem menschlichen Erkenntnisapparat immanente Prognoseunsicherheit von Hypothesen (zur richtigen Normanwendung). Somit leisten sie gegenüber Falsifikationsmodellen keinerlei zusätzlichen Erkenntnisgewinn in wie auch immer eingeschränkter Form. Zwar indiziert eine induktive Begründung eher als ihr Fehlen, dass eine Vorhersage eintritt. Dabei bleibt sie gleichwohl fehleranfällig, ohne dass der Induktivismus Instrumente anbietet, wie sich diese Fehleranfälligkeit gezielt eindämmen lässt.⁶⁸³

Diesem Vorhaben verschreibt sich hingegen der kritische Rationalismus. Er betrachtet überhaupt nur das Wechselspiel aus Falsifikation und Hypothesenkorrektur als geeignetes Mittel, um Prognosen zu optimieren. Zwar misslang es seiner Grundform, erfolgsversprechende Wege aufzuzeigen, eine falsifizierte Hypothese so umzuformulieren, dass sie sich der Wahrheit nähert, statt sich weiter von ihr zu entfernen. Aktuelleren, verfeinerten Varianten des kritischen Rationalismus glückt dies jedoch inzwischen. Sie wollen Hypothesen maßvoll an der Fehlerquelle korrigieren, ansonsten aber beibehalten, um jedenfalls gegenüber ihren Vorgängern keine zusätzlichen Fehlerpotenziale in Kauf zu nehmen.⁶⁸⁴

Um eine prognostisch leistungsfähige Methode zu ermitteln und ihre Rechtssicherheitsdefizite auszuräumen, definiert der kritische Rationalismus ein vierstufiges Verfahren. Dieses formuliert **erstens das Verbot einer Vorselektion von Hypothesen** dazu, bei welcher Methode zur Rechtsanwendung es sich um die berechenbarste handelt: Der kritische Rationalismus gebietet es, vor der eigentlichen Überprüfung zunächst alle Optionen auf den Tisch zu legen.⁶⁸⁵

⁶⁸² Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.3.

⁶⁸³ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.b.

⁶⁸⁴ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.

⁶⁸⁵ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.bb.

Ein kritisch-rationales Prüfungsverfahren beruht **zweitens** auf dem fortdauernden **Versuch, Hypothesen zu falsifizieren**. Für den Normanwendungskontext heißt dies: Kontrolliert man die Berechenbarkeit einer feststehenden Methode, gelingt ihre Falsifikation anhand von Anwendungsbeispielen, in denen gegenläufige Entscheidungsvarianten gleichermaßen zulässig bleiben. Falsifiziert wird eine Methode durch jeden Anwendungsfall, in dem sie Wertungsspielräume offenlässt und die Entscheidung ins Belieben des Rechtsanwenders stellt.⁶⁸⁶

Zusätzliche Erkenntnisgewinne verspricht sich der kritische Rationalismus **drittens** davon, **im Falle einer erkannten Falsifikation durch Ausweitung von Beobachtungen im unmittelbaren Umfeld der Fehlerquelle** das Ausmaß des falschen Hypothesenteils abzustecken. Dies ermöglicht es, das von der Falsifikation betroffene Teilstück einer Theorie möglichst sauber vom bewährten Rumpf abzutrennen. Widerlegen Einfallstore von Beliebigkeit in einzelnen Anwendungsfällen die Berechenbarkeit einer bestimmten juristischen Methode, so ermittelt man das Ausmaß der Falsifikation, indem man ähnliche Fallkonstellationen sieht.⁶⁸⁷

Im Falle der Widerlegung einer Methode fordert der kritisch-rationale Maßstab **viertens** die maßvolle **Hypothesenkorrektur an der problembehafteten Teilstelle**. Hierbei lässt sich versuchen, anstelle eines defizitären Teilschritts das Normanwendungsmodell dem Prüfungsverfahren des kritischen Rationalismus nachzuempfinden: Dabei lassen sich Wertungsspielräume nach jedem erdenklichen Falsifikationsgrund eingrenzen. Voraussetzung ist lediglich, dass sich solche Falsifikationsgründe intersubjektiv überprüfen lassen und die Rechtsgemeinschaft sich auf ihre Maßgeblichkeit im Normanwendungsverfahren verständigt. Die Gewichtung von Abwägungsgegenständen vollführt eine kritisch-rationale Methode beispielsweise, indem sie einzelne Varianten aus dem Kreis vertretbarer Gewichtszumessungen ausschließt, wenn hierfür die als Falsifikationsgründe festgelegten juristischen Argumente sprechen. Die Ausweitung der Falsifikation gleiche sodann der Untersuchung, ob vergleichbare Varianten zur falsifizierten Gewichtszumessung gleichfalls als unvertretbar gelten müssten.⁶⁸⁸

Eine Methode, die sich im beschriebenen Kontrollverfahren bewährt, genügt dem Prüfungsmaßstab der Rechtssicherheit, wie ihn der kritische Rationalismus definiert. Anders als in der Theorie kann die Praxis die skizzierte Überprüfung indes nur mit begrenzten Ressourcen vollführen. Die effektiv feststellbare Rechtssicherheit hängt deshalb zudem davon ab, ob sich eine Methode unter drei weiteren Eigenschaften des kritisch-rationalen Prüfungsverfahrens bewährt:

Das zuvor umrissene Wechselspiel von Falsifikation und Hypothesenkorrektur zur Ermittlung einer möglichst berechenbaren Methode verbietet es, sie durch Immunisierungsstrategien einer Falsifikation zu entziehen. Deshalb erwartet der kritische Rationalismus von einer Methode mit vorhersehbaren Ergebnissen **fünftens**, dass sie all ihre Teilschritte transparent offenlegt und deren Widerlegung ermöglicht. Dies ist nur der Fall, wenn eine **durchgängig intersubjektiv überprüfbare Vorgehensweise** die gebotene Normanwendung ermittelt. Einbeziehen dürfen die

⁶⁸⁶ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.cc.

⁶⁸⁷ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.cc.

⁶⁸⁸ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.cc.

Teilschritte einer prognosesicheren Methode deshalb ausschließlich beobachtbare Merkmale des Sachverhalts, des Normtexts und sonstiger entscheidungsrelevanter außerjuridischer Erwägungen sowie logische Ableitungen daraus. Andernfalls lässt sich nicht falsifizieren und umgekehrt auch nicht vorläufig bestätigen, ob eine Methode vorhersehbare Entscheidungen herstellt oder nicht.⁶⁸⁹

Um begrenzte Ressourcen in der Praxis optimal für die Schärfung von Vorhersagen einzusetzen, rät der kritische Rationalismus **sechstens** dazu, **vorzugsweise** bislang **ungeprüfte Theorieteile** zu **kontrollieren**. Eine juristische Methode bewährt sich in der Praxis also insbesondere dann, wenn sich gerade hier keine Einfallstore für die Beliebigkeit einer Entscheidung zeigen.⁶⁹⁰

Effizient scheint es ferner **siebtens**, Versuche zur **Falsifikation** verschiedener Aspekte einer Hypothese **arbeitsteilig** jeweils den Verfahrensbeteiligten zu überlassen, die über das größte Interesse hieran und die größte Fähigkeit hierzu verfügen.⁶⁹¹ Das legt nahe, dass insbesondere die jeweiligen Kritiker einer Methode bei den Bemühungen um ihre Widerlegung zu Wort kommen. Gerade ihnen gegenüber muss ein Normanwendungsverfahren verdeutlichen, dass etwaig bemängelte Wertungsspielräume tatsächlich konsequent eingeengt werden können.

Die Untersuchung ergab, dass bislang die wenigsten Bedenken gegen die Eignung dieser kritisch-rationalen Definition der Berechenbarkeit einer juristischen Methode durchschlagen: Sie macht offenbar erkennbar, wann ein Normanwendungsverfahren als möglichst zuverlässig gelten darf. Diskursiven und induktivistischen Maßstäben ist unterdessen vorzuwerfen, dass sie Methoden für prognostisch leistungsfähig erklären, die tatsächliche Anwendungsentscheidungen letztlich doch nicht so präzise vorhersagen, wie es möglich wäre.

Das spricht dafür, die skizzierte Form des kritischen Rationalismus zumindest vorerst als Messlatte dafür aufzufassen, wann eine Normanwendungsmethode möglichst vorhersehbare Entscheidungen vorgibt. Ihr Standard entspricht damit am ehesten dem Optimum, nach dem das Rechtssicherheitsgebot der Verfassung verlangt. Die zu begutachtenden Gewichtungsmethoden in der Grundrechtsanwendung müssen sich im Folgenden hieran messen lassen. So lässt sich feststellen, welches Verfahren am ehesten dem Verfassungsprinzip der Rechtssicherheit genügt.

⁶⁸⁹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.bb.

⁶⁹⁰ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.cc.

⁶⁹¹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.cc.

Kapitel 3: Verortung der Gewichtung innerhalb der Abwägung

I. ORIENTIERUNG

1. Bedeutung der Vorüberlegung

Entwickeln will die Untersuchung vornehmlich eine rechtssichere Methode zur Gewichtung. Die Gewichtung bezeichnet dabei jedoch nur einen Teilschritt der Abwägung, also innerhalb des prominentesten Verfahrens dazu, Grundrechte auf Sachverhalte anzuwenden und als Ergebnis eine Rechtsfolge zu ermitteln.⁶⁹²

Mithin bestimmt nicht allein die Gewichtung, wie Grundrechte angewandt werden. Die rechtssichere Gewichtung begünstigt die Rechtssicherheit der Normanwendung insgesamt deshalb auch nur unter zwei Bedingungen:

1. Vollziehen muss sich der Teilschritt der Gewichtung innerhalb des Normanwendungsmodells an einer feststehenden Stelle: Dies verlangt einerseits, dass das Gewichtungsverfahren die Ergebnisse ihm vorgelagerter Teilschritte unverfälscht weiterverarbeitet und nichts anderes. Andererseits ist es erforderlich, dass die Gewichtung ihr eigenes Ergebnis berechenbar in den nachgelagerten Prozess eingibt. Schwebt die Gewichtung stattdessen im luftleeren Raum, bleibt ihr Rationalitätsgehalt ungenutzt, weil die beliebige Anbindung an die übrigen Teilschritte die Methode entwertet. Nur fest im Gesamtprozess der Abwägung verankert kann die Gewichtung einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten.⁶⁹³
2. Keiner der übrigen entscheidungsrelevanten Teilschritte des Normanwendungsmodells darf ein Einfallstor für Beliebigkeit sein. Die Methodik aller Verfahrensabschnitte muss Zwischenergebnisse befördern, die rechtssicher ausfallen, das heißt vorhersehbar nach dem Maßstab des Vorkapitels. Die Rechtssicherheit der Gewichtung lässt sich ansonsten strukturimmanent unterwandern: Verbleibt im Entscheidungsprozess anderswo eine Stellschraube, die der Rechtsanwender frei justieren kann, produziert die Methode insgesamt unvorhersehbare Ergebnisse.⁶⁹⁴

Die Untersuchung verortet deshalb zunächst die Gewichtung in einem berechenbaren Gesamtaufbau der Grundrechtsanwendung. Erst danach verspricht die Suche nach einer rechtssicheren Gewichtungsmethode Aussicht auf einen praktischen Mehrwert.⁶⁹⁵

Die Struktur der Grundrechtsanwendung freizulegen, gerät dabei bereits zur Herausforderung, obwohl sie vorliegend nur eine Vorüberlegung bildet. Die Diskussion entzündet sich gleichermaßen

⁶⁹² Siehe nur *Klatt/Meister*, in: *Der Staat* 2012, 159, 172.

⁶⁹³ Vgl. *Barak*: *Proportionality*, 2012, S. 69f.

⁶⁹⁴ Vgl. *Alexy*, in: *Der Staat* 2013, 87, 98.

⁶⁹⁵ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *Der Staat* 2012, 159, 172.

darán, wie die übrigen Teilschritte der Methode neben der Gewichtung rechtssicher gestaltet werden können und inwiefern sie sonstigen Verfassungsvorgaben genügen.⁶⁹⁶

Umstritten ist bereits der Verfahrensabschnitt, den die Abhandlung fortan die **Oberstruktur** nennt. Gemeint ist damit die oberste Ebene einer juristischen Methode, die letzte Stufe ihres Schlusschemas vor dem Endergebnis. Die Oberstruktur bezeichnet also eine Schlussformel, die abstrakt angibt, unter welchen Bedingungen eine Rechtsfolge zu bejahen ist.⁶⁹⁷ Daher entspricht die Oberstruktur auch dem finalen Teilschritt einer Methode. Aus ihm folgt unmittelbar die gebotene Entscheidung zur Anwendung einer Norm, nachdem für alle Bedingungen der Rechtsfolge feststeht, ob sie erfüllt sind.⁶⁹⁸ Die Oberstruktur klärt somit die Funktionsweise einer Norm, indem sie schematisch den Sachverhalt, die gesetzlichen Anforderungen und die daran anknüpfende Rechtsfolge zueinander in Beziehung setzt.⁶⁹⁹ Im Falle eines Grundrechts entscheidet sich nach dem Schema der Oberstruktur daher unmittelbar, ob ein fraglicher Eingriff gegen die Norm verstößt und deshalb verfassungswidrig ist.

Wie die Oberstruktur die Einzelkomponenten von Sachverhalt und Norminhalt im Einzelnen anordnet, kann eine Methode frei gestalten. Die dabei wie auch immer anzuordnenden Elemente ergeben sich allgemein indes schon aus der gemeinsamen Grundstruktur jedweder Norm, deren Anwendung die Oberstruktur anleitet: „*Norms operate on the realm of contingency: (...) Every norm comprises an antecedent entailing at least an opportunity to exercise the content of the consequent*“⁷⁰⁰. Allen juristischen Methoden ist somit gemein, dass sie spezifizieren, nach welchem Schema sich ermitteln lässt, wann und ob ein Sachverhalt die Rechtsvoraussetzungen erfüllt, damit eine bestimmte Rechtsfolge eintritt. Das gilt für einfachgesetzliche ebenso wie für grundrechtliche Anwendungsmodelle,⁷⁰¹ wobei sie sich schon in der Oberstruktur durch ihre konkreten Schemata unterscheiden:

Die traditionellste Oberstruktur einer juristischen Methode bildet zumindest im deutschen Rechtsraum der Justizsyllogismus der Subsumtion bestehend aus auslegungsbasiertem Obersatz, sachverhaltsbasiertem Untersatz und Folgerung. Der Syllogismus spezifiziert eine gesetzliche Voraussetzung und ihre Rechtsfolge abstrakt-generell per Auslegung als Wenn-Dann-Sequenz im Obersatz. Anschließend prüft der Untersatz die Tatsachenlage auf relevante Elemente, die die Anforderungen des ‚Wenn‘ der Rechtsregel erfüllen. Stellt der Syllogismus fest, dass solche vorliegen, subsumiert er sie unter die festgestellte Regel und schließt also auf die Rechtsfolge.⁷⁰²

Das etablierteste Modell für die Oberstruktur der grundrechtlichen Methode ist *Alexys* Gewichtsformel. Innerhalb des Gesamtverfahrens der Abwägung bezeichnet man sie häufig auch

⁶⁹⁶ Zur Streitübersicht siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 147ff. m.w.N.

⁶⁹⁷ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 405f.

⁶⁹⁸ Vgl. *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 87f.

⁶⁹⁹ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 424.; *Klatt*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 891, 899.

⁷⁰⁰ *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 473 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

⁷⁰¹ Vgl. *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 78, 82.

⁷⁰² Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 5ff.

als ‘interne Rechtfertigung’.⁷⁰³ Ihr Obersatz ist anders als jener der konventionellen Oberstruktur bloß ein nicht näher durch Auslegung konkretisierbares Verrechnungsschema für die Gewichtswerte eines Grundrechtseingriffs und seiner Rechtfertigung.⁷⁰⁴ Indem in dieses verschiedene in Vorschriften stark einzelfallabhängig bestimmte Gewichtsziffern als Untersatz eingestellt werden, schließt die Gewichtsformel an der Stelle der syllogistischen Subsumtion auf die Rechtsfolge einer Grundrechtsverletzung.⁷⁰⁵

Ob dieses Verfahren als Oberstruktur eines rechtssicheren, verfassungskonformen Anwendungsmodells für Grundrechte taugt, ist hingegen alles andere als gewiss.⁷⁰⁶ Hier muss als erstes Klarheit geschaffen werden: Erst wenn eine bewährte Oberstruktur ermittelt ist, kann als Vorschritt zu dieser die Gewichtung untersucht werden. Damit ist deren Verortung innerhalb der Grundrechtsanwendung aber noch nicht abgeschlossen.

Denn eine Methode wie die Abwägung besteht nicht nur aus einer Oberstruktur und der vorausgehenden Gewichtung. Wie diese Teilschritte an Rechtslage und Sachverhalt in einem bestimmten Fall anknüpfen sollen, erschließt sich nämlich keineswegs intuitiv. Ohne verbindliche Leitlinie für das Ausfüllen der Variablen in der Oberstruktur steht es dem Rechtsanwender vielmehr frei, in das Schlussschema beliebige Werte einzustellen. Um dies im Interesse der Rechtssicherheit zu vermeiden, hat es sich zumindest dem Grunde nach bewährt, die Einzelkomponenten der Oberstruktur anhand strukturierter vorgelagerter Teilschritte zu bestimmen.⁷⁰⁷

Innerhalb der klassischen auslegungsbasierten Subsumtion etwa folgt der Obersatz oftmals nicht schon evident aus dem Normtext. Er ist stattdessen die Folgerung aus dem vorhergehenden Verfahrensabschnitt der Normdeutung. Und auch diese baut ihrerseits auf Ergebnissen auf, die sich aus den Teilschritten der einzelnen Canones ergeben: Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG zum Beispiel erfasst auch das Reiten im Walde, weil er weit auszulegen ist.⁷⁰⁸ Dies wiederum folgt etwa aus dem rechtshistorischen Argument.⁷⁰⁹ Es stützt sich seinerseits auf Indizien für den entsprechenden Willen des Verfassungsgebers in den Protokollen des Parlamentarischen Rates.⁷¹⁰ Der Schluss von beobachtbaren Elementen wie der Entstehungsgeschichte einer Norm auf ihre Bedeutung und letztlich auf die Rechtsfolge im konkreten Fall vollzieht sich also über mehrere Ebenen logischer Ableitungen.

⁷⁰³ Siehe *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 13.

⁷⁰⁴ Siehe weiterführend Kapitel 3, Abschnitt II.2.c.aa.(b).

⁷⁰⁵ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 688 m.w.N.; *Möller*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 31, 32; *Petersen*: Proportionality and Judicial Activism, 2017, S. 6f. m.w.N.; *Saurer*, in: *Der Staat* 2012, 3, 4ff.; vgl. auch *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 30ff., wo Oberstrukturen der Grundrechtsanwendung als „*abwägungslenkende Obersätze*“ bezeichnet werden.

⁷⁰⁶ Vgl. nur *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63; *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253.

⁷⁰⁷ Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 56ff.

⁷⁰⁸ Siehe BVerfGE 80, 137.

⁷⁰⁹ Siehe BVerfGE 80, 137, 151ff. m.w.N.; *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 155.

⁷¹⁰ Siehe *Hollmann*: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Band 7, 2010, S. 135; vgl. *Borowski*, in: *Ratio Juris* 2003, 155, 165 m.w.N.

Diese Untergliederung des Schlussschemas einer Methode dient ihrer Rechtssicherheit: Gerade nach dem im Vorkapitel herausgearbeiteten Maßstab des kritischen Rationalismus verbessert die Verästelung der Schlussstruktur die Berechenbarkeit einer Methode, indem sie entscheidungsrelevante Prämissen in immer kleinere Einzelteile zerlegt.⁷¹¹ Damit stellt ein Verfahren nämlich die nötige Transparenz sicher. Auf die Detailebene heruntergebrochen geraten die Prämissen einer Entscheidung zudem überschaubarer und bodennäher und lassen sich deshalb leichter intersubjektiv nachvollziehbar überprüfen.⁷¹² Daran anknüpfende *logische* Ableitungsschritte leiden ihrerseits seltener an Fehlern als die tendenziell öfter irrtümlichen *empirischen* Beobachtungen und erst recht als strukturlose Argumente, die sich einer Nachprüfung entziehen.⁷¹³

Deshalb verlangt ein rechtssicheres Anwendungsmodell für Verfassungsnormen offenbar auch berechenbare Schlussschemata für Teilschritte, die im Entscheidungsprozess der Oberstruktur und der Gewichtung vorausgehen.⁷¹⁴ Solche bezeichnet die Abhandlung nachfolgend insgesamt als **Unterstruktur**.

Alexys Abwägungsmodell benennt den betroffenen Methodenteil demgegenüber bloß übergreifend zusammen mit der Gewichtung als ‘externe Rechtfertigung’.⁷¹⁵ Im Interesse einer detaillierteren Gliederung empfiehlt sich gleichwohl die bewusste Differenzierung zwischen der Gewichtung und der vorausgehenden Unterstruktur. Denn diese Abgrenzung ist keineswegs gekünstelt, sondern macht den Zweischritt der Operation erst erkennbar: So muss zunächst die Unterstruktur die Elemente bestimmen, die der Teilschritt der Gewichtung nach seinem eigenen Schlussschema weiterverarbeitet, um sie als Faktoren in die Oberstruktur einzustellen.⁷¹⁶

Damit die rechtssichere Gewichtung einen praktischen Mehrwert leistet, gilt es also zu ermitteln, in welche Oberstruktur sie ihr Ergebnis einspeist und aus welcher Unterstruktur sie ihre Prämissen bezieht.

Plausibilisieren muss die Untersuchung dabei erstens die Rechtssicherheit von Ober- und Unterstruktur nach dem in Kapitel 2 entwickelten Maßstab. Andernfalls verhilft selbst die im Folgekapitel angestrebte rechtssichere Gewichtung der verfassungsrechtlichen Methode insgesamt niemals zur Rechtssicherheit. Blieben nämlich andere Einzelkomponenten dem freien Ermessen des Rechtsanwenders überlassen, ließe sich die Entscheidung insgesamt ohnehin beliebig beeinflussen.⁷¹⁷

Zweitens setzt die Praxistauglichkeit einer vorhersehbaren Gewichtung voraus, dass Ober- und Unterstruktur der Methode mit zwingenden Vorgaben der Verfassung harmonisieren. Selbst bei

⁷¹¹ Siehe ausführlich Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.bb.

⁷¹² Vgl. *Jansen*, in: *Der Staat* 1997, 27, 53.

⁷¹³ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 409f.; *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 266.

⁷¹⁴ Vgl. *Riehm*: *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 61ff.

⁷¹⁵ Siehe *Klatt/Schmidt*: *Spielräume im öffentlichen Recht*, 2010, S. 13.

⁷¹⁶ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 409ff.

⁷¹⁷ Vgl. *Alexy*, in: *Der Staat* 2013, 87.

maximaler Vorhersehbarkeit wäre ein Normanwendungsmodell contra legem schließlich unbrauchbar, weil sich sein Einsatz nicht mit der Verfassungsordnung vereinbaren ließe.⁷¹⁸

Daher bemüht sich das vorliegende Kapitel, einen rechtssicheren und verfassungskompatiblen Aufbau der Ober- und Unterstruktur herauszustellen. Gelingt es, einen solchen aufzuzeigen, ist der Weg frei für die Ermittlung einer vorhersehbaren Gewichtung als Bestandteil einer insgesamt zulässigen und berechenbaren Methode. Die vorherige Prüfung von Ober- und Unterstruktur klärt nämlich definitionsgemäß für alle übrigen Elemente des Normanwendungsmodells, dass sie in sich und im Verhältnis zueinander rechtssicher und verfassungskonform sind. Damit sich das auch von der Methode im Ganzen behaupten lässt, kommt es in Kapitel 4 dann nur noch auf die Gewichtung selbst an.

2. Vorgehensweise

Wo die Gewichtung innerhalb der Gesamtmethode einzuordnen ist und auf welcher Unterstruktur sie fußt, hängt von der Oberstruktur ab. Denn es sind ihre Teilelemente, zu deren Bestimmung die Schluss schemata der Gewichtung und der Unterstruktur dienen.⁷¹⁹ Erst wenn die Oberstruktur feststeht, erhellt sich auch, in welche Zwischenergebnisse das zugrunde liegende Ableitungssystem münden muss. Nach diesen wiederum richten sich die Schlussoperation der Gewichtung und die in ihr Schema einzustellenden Prämissen, die aus der Unterstruktur hervorgehen. In *Alexys* Abwägungsmodell diktiert beispielsweise die Oberstruktur der Gewichtsformel, dass in sie für jeden Abwägungsfaktor ein gewichteter Wert einzustellen ist. Erst aus der Anordnung dieser Faktoren in der Oberstruktur folgt also, welche Abwägungsgegenstände die Unterstruktur zu ermitteln und die Gewichtung abzuwiegen hat.⁷²⁰

Eine „passende“ und darum praktikable Unterstruktur kann deshalb frühestens rekonstruiert werden, sobald die Untersuchung eine verfassungskompatible und rechtssichere Oberstruktur identifiziert. Darauf konzentriert sich der erste Schritt dieses Kapitels.

Wie sich eine solche Oberstruktur konzipieren lässt, erörterte das Schrifttum bereits seit Entstehung des Grundgesetzes intensiv; auch die Rechtsprechung hat sich entschieden positioniert.⁷²¹ Im Interesse des Erkenntnisfortschritts durchleuchtet die Untersuchung deshalb unter II. die bisherigen Überlegungen kritisch und baut darauf auf. Hierzu prüft der Abschnitt verfassungskompatible Modelle auf ihre Rechtssicherheit anhand des Maßstabs, den Kapitel 2 herausgestellt hat.

Sobald eine verfassungskonforme und rechtssichere Oberstruktur ermittelt wurde, betrachtet Abschnitt III die Unterstruktur unterhalb der Gewichtung: Ausgehend von der Diskussion in Abschnitt II wird ihre Ausgestaltung so konkretisiert, dass sie mit den Festsetzungen der bewährtesten Oberstruktur harmoniert. Sodann ist zu prüfen, in welcher Form die einzelnen Teilelemente der Unterstruktur die Verfassungsvorgaben einhalten und am ehesten vorhersehbare

⁷¹⁸ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.b.

⁷¹⁹ Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 30ff.

⁷²⁰ Vgl. *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 266.

⁷²¹ Siehe BVerfGE 7, 198, 210f.; BVerfGE 35, 202; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 832 m.w.N.

Normanwendungsergebnisse versprechen. Die Untersuchung richtet sich dabei nach demselben Maßstab und derselben Vorgehensweise wie bereits die Sichtung der Oberstruktur.

Abschließend stellt das Kapitel fest, ob eine verfassungskompatible und rechtssichere Unter- und Oberstruktur der Gewichtung entwickelbar ist und, falls ja, wie sie sich gestaltet.

Bei alledem ist zu beachten, dass die hiesige Untersuchung schwerpunktmäßig klären soll, wie in der Grundrechtsanwendung der Teilschritt der Gewichtung rechtssicher konzipiert werden kann. Die Vorüberlegung zur vor- und nachgelagerten Ober- und Unterstruktur der Methode beschränkt sich deshalb verglichen mit Kapitel 4 notwendig auf eine geringere Kontrolltiefe. Beabsichtigt ist insofern nur, die Rechtssicherheit der übrigen Teilschritte der Grundrechtsanwendung anhand des Maßstabs aus Kapitel 2 kursorisch zu plausibilisieren.

II. OBERSTRUKTUR DER GRUNDRECHTSANWENDUNG

1. Orientierung

Der vorliegende Abschnitt zielt auf eine verfassungskompatible und rechtssichere Oberstruktur eines Verfahrens zur Grundrechtsanwendung. Diese ermittelt die Untersuchung, indem sie erstens kontrolliert, welche Oberstruktur-Modelle zwingende Verfassungsvorgaben einhalten. Verfassungskompatible Varianten prüft der Abschnitt anschließend mithilfe des Maßstabs aus Kapitel 2 auf ihre Rechtssicherheit.

Ehe sich dieser Prüfungsmaßstab konsequent heranziehen lässt, hat zunächst Abschnitt II.2 die Prüfungsgegenstände zu benennen. Es handelt sich dabei um gegenwärtig diskutierte Hypothesen zur Gestaltung einer Oberstruktur innerhalb der verfassungsrechtlichen Methode. Dabei verzichtet die Untersuchung wie in Kapitel 2 nahegelegt auf eine Vorselektion, um im Interesse einer breit angelegten Hypothesenoptimierung keine vielversprechende Variante vorschnell auszuschließen.⁷²²

Abschnitt II.3 prüft daraufhin die Kandidaten für eine möglichst rechtssichere Methode darauf, ob sich ihre Anwendung verfassungskonform und vorhersehbar vollzieht. Als verfassungskonform gilt eine Methode, wie bereits in Kapitel 2 herausgearbeitet, wenn sie kein Grundrecht im Widerspruch zum zwingenden Gehalt der Verfassungsnormen anwendet. Inwiefern dies der Fall ist, prüft die Untersuchung für alle Oberstruktur-Modelle jeweils danach, ob die in der Literatur vorgetragenen Kritikpunkte durchgreifen.

Gelingt es einem Oberstruktur-Modell, solche Einwände zu entkräften, betrachtet die Untersuchung es als verfassungskompatibel und kontrolliert unter II.4 seine Rechtssicherheit. Nach dem Befund des vorherigen Kapitels ist eine Methode rechtssicher, soweit ihre stringente Anwendung verglichen mit alternativen Modellen die vorhersehbarsten Ergebnisse liefert. Dies wiederum trifft

⁷²² Siehe Kapitel 2, Abschnitte III.4.c.bb, IV.

zu, wenn möglichst wenige Anwendungsfälle eine hohe Streubreite von Ergebnissen zulassen, die gleichermaßen mit dem Normanwendungsmodell vereinbar sind.⁷²³

Auf dieser Grundlage ermittelt der Abschnitt nach dem Ausschlussprinzip diejenige Oberstruktur-Hypothese, die sich am ehesten bewährt hat, weil sie zwingende Verfassungsvorgaben einhält und am wenigsten unvorhersehbare Normanwendungen zulässt. Ihr Modell legt die weitere Untersuchung fortan als bewährteste Oberstruktur zugrunde.

Fest steht damit zum Ende des Abschnitts II bereits eine konsolidierte Oberstruktur für die Methode zur Grundrechtsanwendung, die zwingenden Verfassungsvorgaben genügt und Rechtssicherheit verspricht. Ihr Aufbau beantwortet zugleich, wo die Gewichtung ihre Ergebnisse im Normanwendungsmodell einspeist und wie sie die Gesamtentscheidung beeinflusst.

2. Vorstellung der Modelle

a. Orientierung

Lang ist die Liste möglicher Gestaltungsvarianten für die Oberstruktur einer verfassungsrechtlichen Methode. Etliche Autoren haben sich darum bemüht, jeweils ihr eigenes Modell zu entwickeln. Versucht man die Ansätze zu ordnen, fällt allerdings auf, dass alle Varianten sich ihrer Struktur nach einer von zwei Kategorien zuordnen lassen:

Die erste Gruppe orientiert die verfassungsrechtliche Methode am hergebrachten Anwendungsmodell für einfachgesetzliche Normen. Die einzelnen Spielarten dieser Gruppe ähneln sich darin, dass sie die Grundrechte sämtlich per Subsumtion unter einen ausschließlich durch Normdeutung gebildeten Obersatz anwenden möchten. Teilweise vertrauen sie dabei auf die Canones der Auslegung,⁷²⁴ teilweise auf rechtfortbildende Instrumente wie die teleologische Reduktion.⁷²⁵ Einigkeit besteht jedoch unter den entsprechenden Theorien, dass die Verfassungsanwendung der gleichen Oberstruktur gehorcht wie die einfachgesetzliche Methode: Der Obersatz folgt der Norminterpretation und nur in der Subsumtion unter diesen erlangt der Sachverhalt Bedeutung.

Die zweite Gruppe eint der Widerspruch hierzu. Die Rede ist daher fortan von *alternativen Modellen*. Ihnen zufolge verbietet es die besondere Struktur der Verfassungsnormen, sie vorhersehbar mit der gleichen Methode anzuwenden wie ein einfaches Gesetz.⁷²⁶ Stattdessen weicht ihre Oberstruktur von der klassischen Subsumtion ab.

Hier enden bereits die Gemeinsamkeiten zwischen den alternativen Modellen. Denn sie sind keineswegs sämtlich *Abwägungstheorien*. Zwar versammeln sich in ihrem Kreis auch *Alexy* und

⁷²³ Siehe Kapitel 2, Abschnitt IV.

⁷²⁴ Siehe etwa *Böckenförde*, in: *Der Staat* 2003, 165, 174ff.; *Müller/Christensen*: *Juristische Methodik*, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 70.

⁷²⁵ Siehe etwa *Jakab*, in: *ARSP Beiheft* 2010, 145.

⁷²⁶ So etwa *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 75ff., 90ff.; *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 67.

seine Schüler.⁷²⁷ Einen ähnlich alternativen Weg wählt aber auch der *organisationsbasierte Ansatz*. Er versucht, Anwendungsspielräume zu beseitigen, indem von vornherein auf Ebene der Oberstruktur der Kontrollmaßstab des Verfassungsgerichts abgesenkt wird.⁷²⁸

Dazu gesellt sich noch eine weitere Theorie, die sich bewusst von *Alexys* Kieler Schule abgrenzt: die *auf Präjudizien gestützte Methode* mit ihrer Oberstruktur.⁷²⁹ Ihren Spielarten ist gemein, dass sie Verfassungsnormen nicht nur nach deren reiner Auslegung anwenden wollen. Den Obersatz präzisieren ihnen zufolge mindestens ebenso sehr Gerichtsentscheidungen über frühere Konstellationen, in dessen Nähe ein neuer Fall verortet wird. Begreifen lässt sich das präjudiziengestützte Verfahren deshalb als Zwischschritt aus Normkonkretisierungen in Präzedenzfällen und anschließender Subsumtion unter den einmal austarierten neu gewonnenen Obersatz. Daher spricht man teilweise auch von ‚definitional balancing‘ oder in der deutschen Variante von ‚definitorischer Abwägung‘.⁷³⁰

Nachfolgend präsentieren die Abschnitte II.b und II.c sortiert nach den beiden vorgenannten Gruppen alle identifizierten Oberstruktur-Hypothesen in ihren Grundzügen. Ältere Modelle finden allerdings nur Berücksichtigung, wenn sie in der Diskussion des 21. Jahrhunderts noch vertreten werden. Dadurch bleibt die Untersuchung übersichtlich.

b. Auslegungsbasierte Subsumtionsmodelle

Nahezu jede verfassungsrechtliche Methode erkennt an, dass sich durch Auslegung immerhin die Gegenstände eingrenzen lassen, die die Grundrechte schützen.⁷³¹ Das klärt zwar noch nicht, welche Methode verfassungskompatibel und rechtssicher bestimmt, ob der Staat verfassungswidrig handelt, wenn er auf grundrechtlich geschützte Güter oder Betätigungen einwirkt. Zulässig kann eine grundrechtliche Methode aber jedenfalls nur sein, wenn sie auf die eine oder andere Weise berücksichtigt, was der Verfassungsgeber ausweislich des Normtextes schützen wollte. Diese notwendige Bedingung eines verfassungsmäßigen Modells zur Grundrechtsanwendung bestreitet in der Rechtswissenschaft praktisch niemand. Trotz aller Differenzen ist man sich einig: Zumindest ein Baustein der grundrechtlichen Gesamtmethode besteht in der Bestimmung der Schutzbereiche und diese richtet sich nach der Auslegung des Normtextes.⁷³²

Hier nun setzen alle normdeutungsbasierten Subsumtionsmodelle an: Anders als die alternativen Modelle verorten sie die Definition von Schutzbereich und Eingriff per Auslegung nicht bloß als Teilschritt tief in der Unterstruktur.⁷³³ Ergründen wollen normdeutungsbasierte

⁷²⁷ Siehe stellvertretend *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 145ff.; *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 777ff.

⁷²⁸ Siehe stellvertretend *Yowell*: Constitutional Rights and Constitutional Design, 2018, S. 98ff.; 128f.

⁷²⁹ Siehe stellvertretend *Bernstorff*, in: Reasoning Rights, 2014, 63, 67.

⁷³⁰ Siehe *Bernstorff*, in: Der Staat 2011, 165, 186ff.; *Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 69ff.

⁷³¹ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 273ff.

⁷³² Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2459, 2460; *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 293; *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 363.

⁷³³ Vgl. BVerfGE 93, 121, 137f.; *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 187.

Subsumtionsmodelle die Vorgaben der Verfassungsnormen stattdessen unmittelbar anhand des ihnen innewohnenden Gehalts. Ihr Grundrechtsverständnis bezeichnet *Meister* daher auch als ‚Innentheorie‘.⁷³⁴

Solche Methoden verankern wie bei der Anwendung einfacher Gesetze die Anforderungen an Eingriff und Schutzbereich als Obersatz in der Oberstruktur. Diesen Obersatz definieren sie direkt anhand der Normauslegung, zumeist durch canonische Deutung der Grundrechte: Verfassungswidrig ist laut dem Obersatz demnach alles, was geschützte Güter oder Betätigungen laut Norminterpretation ausreichend beeinträchtigt.

Um diesen denkbar abstrakten Obersatz zu konturieren, paart sich die Oberstruktur mit unterschiedlichen Unterstrukturen. Ähnlichkeit herrscht unter den Modellen aber insoweit, als sie allesamt meinen, den Inhalt des Obersatzes allein durch Deutung des Normtextes präzisieren zu können.⁷³⁵ Betrachtet die jeweilige Norminterpretationsweise einen Sachverhalt aus dem Untersatz als Eingriff in einen Schutzbereich, dann folgt nach solchen Oberstrukturen per se dessen Verfassungswidrigkeit.⁷³⁶

Die schlichte Eleganz dieser Vorgehensweise beeindruckt – insbesondere, weil dadurch die Rechtsordnung insgesamt methodisch mit einem einheitlichen Schlusschema auskommt.⁷³⁷ Dass die Verfassungsanwendung per auslegungsbasierter Subsumtion dennoch nicht ganz spielerisch gelingt, ist freilich auch den meisten Vertretern solcher Modelle bewusst.⁷³⁸

Eine normdeutungsgestützte Oberstruktur erlaubt eine zulässige Verfassungsanwendung nur, wenn die reine Auslegung der Grundrechte die Schutzbereiche im Obersatz eng zieht oder staatliches Handeln nur ausnahmsweise als Eingriff ansieht. Denn ansonsten ufer der grundrechtliche Schutz aus, sodass jede Betätigung des Staates irgendein Grundrecht verletzt. Diesen permanenten Verfassungsbruch kann eine Rechtsordnung schwerlich als Regel vorsehen. Daher muss die Norminterpretation hohe Voraussetzungen dafür aufstellen, dass eine geschützte Betätigungsform oder ein Eingriff in diese vorliegt.⁷³⁹

Auslegungsbasierte Subsumtionsmodelle stehen deshalb vor der Aufgabe, enge Grenzen um Schutzbereiche und hinreichende Eingriffe in solche zu stecken, obwohl der Verfassungstext derartige Einschränkungen nicht ausdrücklich nennt⁷⁴⁰.

Um dennoch per Normdeutung zu definieren, was als Eingriff und geschütztes Eingriffsobjekt gilt, orientieren sich Subsumtionsmodelle wahlweise nur an den Canones oder zusätzlich an

⁷³⁴ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 27ff.

⁷³⁵ Vgl. *Klement*, in: JZ 2008, 756, 762.

⁷³⁶ Vgl. *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 232ff.

⁷³⁷ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 293f.

⁷³⁸ Vgl. dennoch geringes Problembewusstsein bei *Pieroth/Schlink/Kingreen* et al.: Grundrechte, 30. Aufl. 2014, Rn. 243; *Klement*, in: JZ 2008, 756, 762.

⁷³⁹ Vgl. *Böckenförde*, in: Der Staat 2003, 165, 174ff.

⁷⁴⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Der Staat 2004, 203, 229; *Volkman*, in: JZ 2005, 261, 267.

Rechtfortbildungsregeln oder außerjuridischen Erwägungen.⁷⁴¹ Die älteren, konventionellen Subsumtionsmodelle wählen eher den ersten Weg⁷⁴², jüngere Varianten eher letzteren.⁷⁴³

Auf die Eingrenzung von Schutzbereichen konzentrieren sich dabei beispielsweise *Böckenförde*⁷⁴⁴, *Müller*⁷⁴⁵, *Rusteberg*⁷⁴⁶ und *Windisch*⁷⁴⁷. Sie greifen dazu auf unterschiedliche Auslegungscanones zurück. *Webber* nutzt hierfür zudem außerjuridische Faktoren wie moralische Erwägungen.⁷⁴⁸ Demgegenüber verengt etwa *Jakab*⁷⁴⁹ die Schutzbereiche mithilfe der teleologischen Reduktion. *Tsakyrakis*⁷⁵⁰ und *Bilchitz*⁷⁵¹ wiederum richten den Blick stärker auf die Eingriffsseite: Sie stellen hohe Hürden daran, welche Beeinträchtigungen überhaupt erheblich genug oder zu wenig erforderlich sind, um ein Grundrecht zu verletzen.

Nachstehend werden die genannten Vorschläge im Einzelnen vorgestellt. Um die Modelle trennscharf voneinander abzugrenzen, skizziert der Abschnitt dabei zuweilen bereits ihre Unterstruktur zur Bestimmung definitionsbedürftiger Begriffe im Obersatz. Schließlich zeigen sich ihre Unterschiede wie dargestellt überwiegend erst daran.

aa. Entstehungsgeschichtliche Eingrenzung der Schutzbereiche

Schon *Böckenförde* empfahl zur Anwendung der Grundrechte die Methode, ihre Schutzbereiche mit rechtshistorischen Argumenten eng einzugrenzen.⁷⁵² In den letzten Jahren entwickelte vor allem *Rusteberg* ein ähnliches Modell zur Grundrechtsanwendung.⁷⁵³

Ihr Ansatz kennzeichnet sich vor allem dadurch, dass er sich sichtlich bemüht, Kollisionen zwischen Grundrechten und entgegenstehenden Verfassungspositionen zu vermeiden, deren Auflösungen der Auslegung allein schwerfallen. *Böckenförde* beseitigt hierzu zunächst einen gewichtigen Kollisionsgrund im Verfassungsrecht, indem er den Schutzrechtscharakter der Grundrechte leugnet. Stattdessen versteht er sie unter Verweis auf ihre Entstehungsgeschichte als reine Abwehrrechte gegen den Staat.⁷⁵⁴

Zudem drohen in *Böckenfördes* Modell keine Kollisionsprobleme, wenn Grundrechte eingeschränkt werden, weil die Methode verfassungsimmanente Schranken ablehnt. Denn ein Eingriff in

⁷⁴¹ Vgl. *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 232ff.

⁷⁴² Vgl. etwa *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 97ff.

⁷⁴³ Vgl. z.B. *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 116f.

⁷⁴⁴ Siehe *Böckenförde*, in: Der Staat 2003, 165, 174ff.

⁷⁴⁵ Siehe *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 97ff.

⁷⁴⁶ Siehe *Rusteberg*: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 173.

⁷⁴⁷ Siehe *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 91ff.

⁷⁴⁸ Siehe *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 116f.

⁷⁴⁹ Siehe *Jakab*, in: ARSP Beiheft 2010, 145, 148ff.

⁷⁵⁰ Siehe *Tsakyrakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 492f.

⁷⁵¹ Siehe *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 61.

⁷⁵² Siehe *Böckenförde*, in: Der Staat 1990, 1, 23f.

⁷⁵³ Siehe *Rusteberg*: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 173.

⁷⁵⁴ Siehe *Böckenförde*, in: Der Staat 1990, 1, 23f.; ähnlich *Poscher*: Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 3, 100.

vorbehaltlose Grundrechte verletzt ihm zufolge stets die Verfassung; ein Eingriff in eines der übrigen Freiheitsrechte hingegen verstößt nur gegen die Norm, wenn er nicht erforderlich ist.⁷⁵⁵

Zwar bleibt hiernach zumindest unter vorbehaltlosen Abwehrrechten weiterhin eine ausufernde Anwendung denkbar. Einen übermäßigen Grundrechtsschutz will *Böckenförde* jedoch vermeiden, indem seine Methode die Schutzbereiche der Grundrechte anhand einer vertieften Analyse ihrer Entstehungsgeschichte eng umgrenzt.⁷⁵⁶ So ist insbesondere Art. 2 GG für ihn kein Auffanggrundrecht, sondern schützt nur bedeutsame Tätigkeiten zur Persönlichkeitsentfaltung. Ähnlich erkennt auch *Rusteberg* in einer sorgsam analysierten Analyse des Gesetzgeberwillens den Schlüssel zur engen Auslegung der Schutzbereiche.⁷⁵⁷ Ihm zufolge ergibt sich deren Zuschnitt daraus, welcher spezifischen historischen Erfahrung der Unfreiheit ein Grundrecht abhelfen wollte.⁷⁵⁸ Er begreift Schutzbereiche vorbehaltloser Grundrechte somit als kategorische Eingriffsverbote und diese wiederum „als in sich abgeschlossene, punktuelle Regelung“⁷⁵⁹.

bb. Systematische Eingrenzung der Schutzbereiche

Mit seiner Theorie der sachlichen Reichweite entwickelte auch *Müller* früh ein weiteres Subsumtionsmodell, um grundrechtliche Schutzbereiche rechtssicher einzugrenzen, ohne abwägen zu müssen.⁷⁶⁰ Von *Böckenfördes* Vorstoß unterscheidet sich *Müllers* hauptsächlich dadurch, dass er die Anordnung enger, nicht kollidierender Schutzradien der Grundrechte primär aus systematischen Erwägungen ableitet statt aus entstehungsgeschichtlichen.⁷⁶¹

Da er unterstellt, der Verfassungsgeber habe Normkollisionen nicht vorgesehen, folgert er aus der Juxtaposition der diversen Grundrechte, dass ihre Geltungsbereiche nur das jeweils „sachspezifisch Geschützte“⁷⁶² umfassen dürften. So begrenzt er die Schutzbereiche auf ihre Kernelemente, also die für den Grundrechtsgebrauch unverzichtbaren Garantien.⁷⁶³ Um diese zuverlässig zu ermitteln, hält er eine sorgfältige Auslegung des Normtextes für ausreichend.⁷⁶⁴ Abwägungsbedürftige Konflikte zwischen Grundrechten bleiben hiernach laut *Müller* aus.⁷⁶⁵

⁷⁵⁵ Siehe *Böckenförde*, in: *Der Staat* 1990, 1, 28f.; *Böckenförde*, in: *NJW* 1974, 1529, 1537f.

⁷⁵⁶ Vgl. *Böckenförde*, in: *Der Staat* 2003, 165, 174f.; *Pieroth/Schlink/Kingreen* et al.: *Grundrechte*, 30. Aufl. 2014, Rn. 243.

⁷⁵⁷ Vgl. *Rusteberg*: *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 173.

Rusteberg, in: *Kollektivität - Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl*, 2012, 15, 22; teilweise zustimmend *Reimer*, in: *Der Staat* 2013, 27, 40f.

⁷⁵⁸ Siehe *Rusteberg*: *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 160ff.

⁷⁵⁹ *Rusteberg*: *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 111.

⁷⁶⁰ Siehe *Müller*: *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. 1990, S. 37ff.

⁷⁶¹ Vgl. *Müller*: *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. 1990, S. 14, 71, 87; *Müller/Christensen*: *Juristische Methodik*, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 66.

⁷⁶² *Müller*: *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. 1990, S. 38.

⁷⁶³ Vgl. *Müller*: *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. 1990, S. 37ff.; *Müller/Christensen*: *Juristische Methodik*, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 70.

⁷⁶⁴ Siehe *Müller*: *Die Einheit der Verfassung*, 2. Aufl. 2007, S. 199.

⁷⁶⁵ Vgl. *Müller/Christensen*: *Juristische Methodik*, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 70.

cc. Teleologische Eingrenzung der Schutzbereiche

In Fortentwicklung hierzu konzipierte *Windisch* vor kurzem eine Theorie, die Grundrechte per Subsumtion unter einen objektiv teleologisch konkretisierten Obersatz anwendet.⁷⁶⁶

Dazu grenzt *Windisch* wie *Müller* zunächst Schutzbereiche ein, wo immer ihre Auslegung anhand der Canones nahelegt, welche spezifische Aktivität etwa im Kreise von Meinungsäußerungen Schutz verdient.⁷⁶⁷ Um auf diesem Wege in der Grundrechtsanwendung eindeutige Obersätze herauszubilden, hält er es meist für ausreichend, Normen gemäß „*einer strukturierten Analyse der Sachgesichtspunkte*“⁷⁶⁸ auszulegen.⁷⁶⁹

Gleichwohl begreift sein Modell die Schutzbereiche nicht kategorisch als eng. Mithin drohen sie teilweise zu kollidieren. Er will derartige Konflikte indes vermeiden, indem er Eingriffe lediglich dort als Grundrechtsverletzungen ansieht, wo das abstrakte Gewicht des beeinträchtigten Schutzguts das der rechtfertigenden Verfassungsposition überwiegt.⁷⁷⁰ Mithilfe der teleologischen Auslegung der betroffenen Grundrechte hofft er zu klären, in welchen Konstellationen typologisch das eine oder das andere Grundrecht den Vorrang genießen soll.⁷⁷¹

Zwar bezweifelt die ganz herrschende Meinung eine systematische abstrakte Hierarchie unter den Grundrechten und sonstigen Verfassungsgütern.⁷⁷² An durchgehenden Indizien für deren Aufbau fehlt es nämlich im Grundrechtskontext. Allenfalls die Schrankensystematik zieht sich durch den gesamten Grundrechtskatalog und wäre somit theoretisch geeignet, Orientierung zum abstrakten Gewicht der einzelnen Verfassungsgüter zu liefern. Aus ihr eine abstrakte Rangfolge abzuleiten, führt jedoch zu Ergebnissen, die kaum dem Willen des Verfassungsgebers entsprechen:⁷⁷³ „*So wäre etwa Leben mit einem Gesetzesvorbehalt weniger bedeutsam als Religion ohne Gesetzesvorbehalt. Dies ist nur für Kreuzritter und Inquisitoren evident*“⁷⁷⁴.

Wohl deswegen verzichtet *Windisch* darauf, Grundrechten abstrakte Gewichte nach Maßgabe der Schrankensystematik zuzumessen. Ihm zufolge erlaubt jedoch allgemein die Auslegung und besonders die objektive Teleologie der einzelnen Verfassungspositionen, ihren Rang im Verhältnis zu den übrigen eindeutig zu bestimmen.⁷⁷⁵

⁷⁶⁶ So *Windisch*, in: "Abwägung", 2014, 19, 79f., 84.

⁷⁶⁷ Siehe *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 87f.

⁷⁶⁸ *Windisch*, in: "Abwägung", 2014, 19, 74f.

⁷⁶⁹ Siehe *Windisch*, in: "Abwägung", 2014, 19, 75.

⁷⁷⁰ Vgl. *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 100f.

⁷⁷¹ Siehe *Windisch*, in: "Abwägung", 2014, 19, 65f.

⁷⁷² Siehe *Klatt*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 891, 892; *Sieckmann*: *Recht als normatives System*, 2009, S. 184f.

⁷⁷³ Siehe hierzu auch BVerfGE 81, 298, 308; BVerfGE 77, 240, 255; BVerfGE 41, 29, 51; *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 142; *Hesse*: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 317ff. *Lagodny*: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 223f. m.w.N.

⁷⁷⁴ *Vogel/Christensen*, in: *Rechtstheorie* 2013, 29, 45f.

⁷⁷⁵ Siehe *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 91ff.

dd. Moralische Eingrenzung der Schutzbereiche

Ein eigenständiges Subsumtionsmodell hat des Weiteren *Webber* vorgelegt. Beschränken will er die Schutzbereiche nicht nur mit den klassischen Canones.⁷⁷⁶ Stattdessen verweist er zur Schutzbereichsabgrenzung zusätzlich auf moralische Erwägungen.⁷⁷⁷ Dieser außerjuridische Maßstab eignet sich ihm zufolge am ehesten, um die Wertungsspielräume einzuengen, die nach der Ausdeutung der Schutzbereiche mithilfe konventioneller Auslegungsinstrumente verbleiben.^{778, 779}

Wie *Böckenförde* und *Müller* reduziert er die Konfliktlagen zuvor bereits, indem er Grundrechte auf ihre Abwehrdimension beschränken will.⁷⁸⁰ Den unbedingten Schutz der Grundrechte gewährt seine Methode gemäß ihrem Obersatz nur Konstellationen, in denen staatliches Handeln evident moralischen Wertungen zuwiderläuft, die hinter betroffenen Normen stehen.⁷⁸¹ Als Anwendungsbeispiel für dieses Auslegungsverfahren beschreibt er, wie sich das kategorische Folterverbot der Menschenwürdegarantie entnehmen lässt.⁷⁸²

ee. Teleologische Reduktion der Grundrechtsgeltung

Einen ähnlichen Weg wie *Windisch* wählt *Jakab*. Seine Methodik unterscheidet sich nur darin, dass sie Schutzbereiche grundsätzlich weit fasst und erst nachträglich in Kollisionsfällen teleologisch reduziert. Diesem Muster folgt seines Erachtens selbst die Praxis des BVerfG, wie er mit einer Analyse des Lebach-Urteils⁷⁸³ zeigen will.⁷⁸⁴

Dass die Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Methode als auslegungsbasiertes Subsumtionsmodell zu Rechtsunsicherheiten führt, wo immer die Teleologie unklar bleibt, erkennt er zwar. Anders als *Kallmeyer* problematisiert er diese mögliche Schwachstelle aber nicht weiter.⁷⁸⁵

ff. Schutz nur vor Eingriffen in den Kernbereich

Verengt man den Grundrechtsschutz nicht auf Ebene der Schutzbereiche, lässt sich innerhalb der Oberstruktur der Obersatz ebenso per Auslegung herausbilden, indem dieser für eine Grundrechtsverletzung nur empfindliche Eingriffe genügen lässt. Abwägungskritiker wie

⁷⁷⁶ Vgl. *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 203f.

⁷⁷⁷ Siehe *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 116f.; vgl. ähnlich *Letsas*, in: Current Legal Problems 2018, 1, 28ff.

⁷⁷⁸ Vgl. *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978b, S. 23f.; *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 312; *Rusteberg*: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 166; *Volkmann*, in: JZ 2005, 261, 266f.

⁷⁷⁹ Siehe *Webber*, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2010, 179, 201f.

⁷⁸⁰ Siehe *Webber*, in: Proportionality, 2017, 75, 97.

⁷⁸¹ Vgl. *Webber*, in: Proportionality, 2017, 75, 80ff. m.w.N.

⁷⁸² Siehe *Webber*, in: Proportionality, 2017, 75, 88f.

⁷⁸³ BVerfGE 35, 202.

⁷⁸⁴ Siehe *Jakab*, in: ARSP Beiheft 2010, 145, 148ff.

⁷⁸⁵ Vgl. *Kallmeyer*: Ideales Sollen, 2016, S. 348.

Tsakyarakis und *Müller/Christensen* versprechen sich davon umgekehrt, dass tiefere Eingriffe kategorisch als Verstöße behandelt werden können.⁷⁸⁶

Die Abwägung als Abgrenzungskriterium zwischen zulässigen und unzulässigen Eingriffen vermeiden sie dadurch, dass ihre Obersätze nur Beeinträchtigungen des Kernbereichs als Grundrechtsverletzungen werten, diese aber ausnahmslos. Für Eingriffe in den Kernbereich genügt ihnen kein noch so hehres Motiv, um Grundrechte einzuschränken – selbst bei bloß einfachem Gesetzesvorbehalt. Damit entgehen sie der Konsequenz, Grundrechte beliebig weit zugunsten opportuner Belange des Eingreifenden verkürzen zu müssen. Anders als die Abwägungslehre will der kerngehaltsschützende Ansatz diese Gefahr unbedingt von vornherein vermeiden.⁷⁸⁷

Bei harmloseren Eingriffen eine Grundrechtsverletzung pauschal zu verneinen, hält *Tsakyarakis* hingegen für verzeihlich. Verlangt die freiheitlich demokratische Grundordnung einmal von einer Methode das Verbot eines Eingriffs, rechtfertigt sich dies nämlich seines Erachtens stets mit dessen Schwere. Regierungskritische Meinungsäußerungen mit einem geringen Bußgeld zu ahnden, ist für *Tsakyarakis* beispielsweise nur zu beanstanden, weil der vermeintlich geringe Eingriff tatsächlich wegen des Abschreckungseffekts an Gewicht gewinnt.⁷⁸⁸ Andere Faktoren als die Eingriffsschwere vernachlässigt sein kerngehaltsschützendes Modell demgegenüber als Voraussetzungen für eine Grundrechtsverletzung im Obersatz der Oberstruktur.

Vergleichbar mit *Tsakyarakis* Ansatz ist im Übrigen das Verständnis von Grundrechten als Trümpfen, die ab einer bestimmten Eingriffsintensität stets den Schutz gebieten.⁷⁸⁹

gg. Schutz nur vor Eingriffen mit Alternativen

Ein auslegungsbasiertes Subsumtionsmodell senkt den Grundrechtsschutz ebenfalls auf ein handhabbares Maß, indem es alternativ als Grundrechtsverletzung nur solche Eingriffe ansieht, die nicht erforderlich sind. Zwar unterbindet die Erforderlichkeitskontrolle als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung des BVerfG jenseits der eigentlichen Abwägung nur selten staatliches Handeln – nämlich nur wenn ein milderer Mittel bereitsteht, das sich zum Eingriffszweck nicht einmal minimal weniger eignet.⁷⁹⁰ Doch sofern das Erforderlichkeitskriterium staatliche Eingriffe freizügiger untersagen würde, gewährt es möglicherweise bereits für sich genommen einen zureichenden Grundrechtsschutz.⁷⁹¹ Das meint bis heute zumindest *Bilchitz*. Sein Modell wählt deshalb eine ausladende Form der Erforderlichkeitskontrolle. Gegen ein Grundrecht verstößt eine

⁷⁸⁶ Siehe *Tsakyarakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 488f.; *Müller/Christensen*: Juristische Methodik, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 70f.

⁷⁸⁷ Vgl. *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 179; *Tsakyarakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 489.

⁷⁸⁸ Siehe *Tsakyarakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 490.

⁷⁸⁹ Vgl. *Kumm*, in: International Journal of Constitutional Law 2004, 574, 592.

⁷⁹⁰ Vgl. *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 49ff. m.w.N.

⁷⁹¹ Vgl. *Schlink*, in: Festschrift - 50 Jahre BVerfG, Band 2, 2001, 446, 459f.

Beeinträchtigung ihm zufolge bereits, wenn immerhin nahezu gleichgeeignete mildere Alternativen zu einem Eingriff verfügbar sind.⁷⁹²

Ob solche bereitstehen, ermittelt *Bilchitz* Methode folgendermaßen: Zunächst identifiziert sie alle theoretisch durchführbaren Alternativen zu einem Eingriff. Anschließend prüft sie, welche den Zweck der Maßnahme am besten erfüllt. Daraufhin verengt sie das Feld der Alternativen auf diejenigen, die den gesetzgeberischen Zweck nahezu ebenbürtig erreichen („*in a real and substantive manner*“⁷⁹³). Hiernach bestimmt das Normanwendungsmodell den Beeinträchtigungsgrad des betroffenen Grundrechts unter den verbleibenden Alternativen. Schließlich soll eine „*overall comparison*“⁷⁹⁴ zeigen, ob eine der Alternativen verglichen mit dem Eingriff eine geringere Beeinträchtigung vorsieht. Trifft dies zu, verstößt der Eingriff gegen das betroffene Grundrecht.⁷⁹⁵

Einen ähnlichen Maßstab von Quasi-Pareto-Effizienz verwendet im Übrigen mitunter der EuGH in seiner Erforderlichkeitsprüfung, mit der sich das Gericht häufig anstelle einer Abwägung begnügt⁷⁹⁶. So bemerkt dies etwa *Marzals* Rechtsprechungsanalyse des Viking-⁷⁹⁷ und des Laval-Urteils^{798, 799}.

Würde der EuGH nur Erforderlichkeit im Sinne des BVerfG verlangen, müsste das Gericht nämlich weit mehr Eingriffe für erforderlich halten. Schließlich bestehen selten exakt gleichgeeignete schonendere Alternativen. Dass der EuGH die Erforderlichkeit trotzdem des Öfteren verneint, spricht dafür, dass ihm dazu bereits *ähnlich* geeignete weniger einschneidende Ausweichmöglichkeiten genügen. Nur so ist zu erklären, dass die Cassis-Entscheidung eine Produktkennzeichnung für eine zureichende Alternative zu einem deshalb nicht erforderlichen Produktverbot hält⁸⁰⁰. Das Gleiche gilt für die Gleichsetzung der Eignung von Streiks mit der von bloßen Arbeitsverhandlungen⁸⁰¹. Dies bringt *Marzal* zu dem Schluss: „*The Court systematically presents alternative measures as ‘just as effective’ where, in reality, they offer only an inferior level of protection*“⁸⁰².

c. Alternative Modelle

Den bisher dargestellten Modellen stehen solche gegenüber, die die klassische auslegungsbasierte Subsumtionsmethode als Oberstruktur für unzureichend halten, um Verfassungsnormen zulässig und rechtssicher anzuwenden. Für sie folgen die Vorgaben der Grundrechte im Obersatz nicht

⁷⁹² Siehe *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 50f., 59f.

⁷⁹³ *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 55.

⁷⁹⁴ *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 61.

⁷⁹⁵ Siehe *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 57.

⁷⁹⁶ Vgl. *Sauter*, in: Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2013, 439, 455ff.; 465f.

⁷⁹⁷ EuGH, Urt. v. 11.12.2007, C-438/05.

⁷⁹⁸ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, C-341/05.

⁷⁹⁹ Siehe *Marzal*, in: International Journal of Constitutional Law, 621, 641f.

⁸⁰⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.02.1979, 120/78.

⁸⁰¹ So *Marzal*, in: International Journal of Constitutional Law, 621, 646f.

⁸⁰² *Marzal*, in: International Journal of Constitutional Law, 621, 646.

unmittelbar aus deren Deutung, sondern zudem aus weiteren Faktoren. Dieses Grundrechtsverständnis charakterisiert *Meister* als ‚Außentheorie‘, wobei er vornehmlich die Prima-Facie-Geltung laut Prinzipientheorie im Blick hat.⁸⁰³ Der hier verwendete Begriff der alternativen Modelle ist der Vollständigkeit halber weiter gefasst und umspannt alle Methoden zur Grundrechtsanwendung, die nicht der ersten Kategorie unterfallen.

Die prominentesten alternativen Oberstrukturen bilden dabei die Spielarten der Abwägungslehre *Alexys* und seiner Schüler.⁸⁰⁴ Da *Alexy* als Kieler Professor sie sämtlich selbst konzipiert hat oder zumindest die Vorlage für Fortentwicklungen lieferte,⁸⁰⁵ bezeichnet die Untersuchung sie synonym als Modelle der Kieler Schule.⁸⁰⁶ Ihre ähnliche geistige Herkunft spiegelt sich inhaltlich bereits in den gemeinsamen Grundzügen ihrer Oberstruktur: Eine Grundrechtsverletzung folgern sie daraus, dass in einem bestimmten Fall die konkrete Eingriffstiefe das spezifischen Rechtfertigungsgewicht staatlichen Handelns überwiegt.⁸⁰⁷

Populär unter Abwägungskritikern ist demgegenüber eine Oberstruktur, die die Schwierigkeiten der auslegungsbasierten Subsumtionsmodelle umgeht, indem sie jenseits eindeutiger Fälle eine Grundrechtsverletzung im Zweifel verneint.⁸⁰⁸ Dadurch verweist sie die Auflösung von Interessenskonflikten organisationsbasiert an den Gesetzgeber zurück.

Entwickelt hat sich daneben in der jüngeren Vergangenheit noch eine weitere Gruppe von Oberstrukturen. Sie eint die Überzeugung, dass einerseits die Struktur der Verfassungsnormen unvereinbar mit dem hergebrachten Subsumtionsmodell ist, aber andererseits auch die Abwägung zu große Spielräume für Beliebigkeit lässt. Als dritten Weg empfehlen diverse Abwägungsskeptiker daher, Anwendungsregeln für Verfassungsnormen aus Präjudizien abzuleiten.⁸⁰⁹

aa. Abwägungsmodelle der Kieler Schule

(a) Vorgänger

Um die Entwicklung der Abwägungslehre zu verstehen, hilft ein kurzer Blick auf vorherige Modelle. Früh begriff die verfassungsrechtliche Forschung der Bundesrepublik, dass ein weiter Zuschnitt der Schutzbereiche Kollisionen provozieren würde. Wer sie deshalb nicht von vornherein beschneiden wollte, bemerkte rasch die Notwendigkeit, in jedem Konfliktfall beide Positionen angemessen zu berücksichtigen: Schon 1958 äußerte das BVerfG diese Überlegung im Lüth-Urteil.⁸¹⁰

⁸⁰³ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 24ff.

⁸⁰⁴ Vgl. *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 78.

⁸⁰⁵ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 5f. m.w.N.

⁸⁰⁶ So bereits *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253.

⁸⁰⁷ Siehe ursprünglich *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 145ff.

⁸⁰⁸ Vgl. zum Beispiel *Yowell*: Constitutional Rights and Constitutional Design, 2018, S. 145f.

⁸⁰⁹ Siehe etwa *Bernstorff*, in: Der Staat 2011, 165, 183f.

⁸¹⁰ Vgl. BVerfGE 7, 198, 204.

Ebenso empfahl im Schrifttum *Lerche* bereits 1961 als Modell für die Grundrechtsanwendung das Prinzip des „nach beiden Seiten möglichst schonenden Ausgleichs“⁸¹¹. Aus jener Frühphase der verfassungsrechtlichen Praxis stammt auch *Hesses* Grundsatz der ‚praktischen Konkordanz‘.⁸¹² Insgesamt blieben solche methodischen Ansätze jedoch „noch eher ungenau; ihnen gelang es nicht, (...) Binnenstrukturen in einer rechtstheoretisch und methodologisch befriedigenden Weise zu erhellen“⁸¹³.

(b) *Alexys* Gewichtsformel

Erst *Alexy* brachte die anfänglichen Leitsätze zur Grundrechtsanwendung schließlich ausgehend von der Analyse der BVerfG-Rechtsprechung auf eine Formel für die Oberstruktur im Abwägungsmodell.⁸¹⁴ In seiner Theorie der Grundrechte formuliert er hierzu das Abwägungsgesetz: „Je höher der Grad der (...) Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“⁸¹⁵, damit der Eingriff das betroffene Grundrecht nicht verletzt.

Schon diese Grundregel zeigt deutlich, worin sich die Abwägungsmethode in der Oberstruktur vom auslegungsbasierten Subsumtionsmodell unterscheidet: Der Obersatz verzichtet auf reichhaltigen feststehenden Gehalt, den die Normdeutung unabhängig vom Sachverhalt des Einzelfalls abstrakt ergründen kann.

Zwar wäre es verkehrt, Ergebnisse einer auslegungsgestützten Subsumtion dem diametral als einzelfallunabhängig gegenüberzustellen. Schließlich stützt sich auch in einem solchen Subsumtionsmodell zumindest der Untersatz auf die Beobachtung relevanter Tatbestände. Im Abwägungsmodell allerdings bestimmt der Sachverhalt sowohl die Hürde zu einer Grundrechtsverletzung als auch den Umstand, dass ein gewisser Eingriff sie überschreitet. In den Worten *Klatts* und *Meisters*: „Aufgabe des Rechtsanwenders (im Abwägungsmodell) ist es, das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Realisierung eines Verfassungsprinzips im Einzelfall zu bestimmen“⁸¹⁶.

Um die einzelnen Variablen der Oberstruktur zu konkretisieren, berücksichtigt *Alexy* freilich zusätzlich zum Sachverhalt ebenso sonstige (außerjuridische) Argumente, solange sie nur seine Diskursregeln einhalten.⁸¹⁷ Der strukturelle Unterschied zu auslegungsbasierten Subsumtionsmodellen besteht allerdings auch hier darin, dass solche Argumente bei *Alexy* den Gehalt der Oberstruktur in Form konkreter Gewichtungen weitreichender *einzelfallabhängig* bestimmen. Im Rahmen eines normdeutungsbasierten Modells würden außerjuridische

⁸¹¹ *Lerche*: Übermass und Verfassungsrecht, 1961, S. 152f.

⁸¹² Vgl. *Hesse*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 317ff.

⁸¹³ *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 259.

⁸¹⁴ Vgl. *Klement*, in: JZ 2008, 756, 763.

⁸¹⁵ *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 146.

⁸¹⁶ *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193.

⁸¹⁷ Siehe *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 194.

Erwägungen des Diskurses stattdessen dazu dienen, Elemente des Obersatzes wie die Definition der Schutzbereiche *einzelfallunabhängig* zu konkretisieren.

Aus dem oben zitierten Abwägungsgesetz entfaltete *Alexy* in späteren Beiträgen schließlich die Gewichtsformel als genauer konturierte Oberstruktur seiner Methode.⁸¹⁸ Ihr Schlussschema löst sich teilweise vom Aufbau der auslegungsbasierten Subsumtionsmodelle, die im letzten Schritt vor dem Endergebnis sehr präzise definierte einzelfallunabhängige Obersätze auf Sachverhalte in den Untersätzen anwenden. Zwar verlagern die meisten Abwägungsmodelle solche Komponenten wenigstens teilweise in die Unterstruktur.⁸¹⁹ Ihre Oberstruktur dagegen entkernt die abstrakt-generellen Obersatz-Elemente bis auf eine schematische Gegenüberstellung von Variablen. Dadurch stützt *Alexys* Gewichtsformel die Entscheidungsfindung weitestgehend auf einzelfallabhängige Erwägungen, die über die konkreten Gewichtswerte einfließen, mit denen das Schlussschema des Obersatzes befüllt wird.

Zwar ist es möglich, die Anordnung der Koeffizienten der Gewichtsformel in ihrem unbefüllten Zustand wegen ihrer fallunabhängigen Konstanz als Äquivalent zum Obersatz im auslegungsbasierten Subsumtionsmodell anzusehen. Gerade dies zeigt aber, wie weitreichend das Abwägungsverfahren die entscheidungsrelevanten Faktoren in den Bereich des einzelfallabhängigen Teils der Oberstruktur verlagert: Denn die unbefüllte Gewichtsformel ohne fallabhängig gewichtete Faktoren von Eingriff und Rechtfertigung ist für sich genommen lediglich ein aussagearmes Verrechnungsschema, ein Ensemble von Platzhaltern. Ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt, richtet sich demgegenüber im Wesentlichen nach den in der Unterstruktur erhobenen und anschließend gewichteten Realdaten und sonstigen fallbezogenen Erwägungen zu den Abwägungsgegenständen.

Gewiss sind sowohl Ober- als auch Untersatz für jedwede Rechtsanwendung in jedem Modell notwendige Bestandteile.⁸²⁰ Auch die Oberstruktur in *Alexys* Abwägungsmodell gestattet keine Entscheidungsfindung ohne die abstrakte Anordnung der Variablen in der Gewichtsformel. Trotzdem ist für *Alexys* Verfahren in der Oberstruktur der Untersatz der einzelfallabhängigen Umstände sozusagen „notwendiger“ als im auslegungsbasierten Subsumtionsmodell. Das zeigt der Abgleich, wie viel oder wenig die nur mit einzelfallunabhängigen relevanten Erwägungen befüllten Oberstrukturen der beiden Grundkonzepte bereits zur genauen Funktionsweise der betroffenen Normen aussagen:

Allgemeine, fallunabhängige Darstellungen des Obersatzes im auslegungsbasierten Subsumtionsmodell verschaffen immerhin schon eine grobe Orientierung dazu, wann die Rechtsfolge einer Norm eintritt und wie sie sich gestaltet. Nicht erforderlich ist es hierfür, bereits die Sachverhaltsdaten eines konkreten Anwendungsfalls darunter zu subsumieren.

⁸¹⁸ Siehe *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 777ff.; *Alexy*, in: International Journal of Constitutional Law 2005, 572, 574ff.

⁸¹⁹ Siehe hierzu Kapitel 3, Abschnitte III.2 bis III.4.

⁸²⁰ Vgl. *Reimer*, in: Der Staat 2013, 27, 42f.; *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 5ff.

Dagegen vermittelt die bloße abstrakt-schematische Anordnung zu gewichtender Variablen in *Alexys* Gewichtsformel an sich keinerlei Richtschnur zum materiellen Gehalt der Grundrechte. Als instruktiver Leitfaden hinsichtlich erwartbarer Rechtsfolgen taugt die Oberstruktur frühestens, wenn fallabhängig Gewichtswerte in sie eingestellt werden. Darin liegt der erste wesentliche strukturelle Unterschied des Abwägungsverfahrens gegenüber dem auslegungsbasierten Subsumtionsmodell: nicht etwa in der fehlenden Subsumtion, sondern darin, dass eine Entscheidung stärker auf fallbezogenen Inhalten des Untersatzes beruht als auf einzelfallunabhängigen Komponenten des Obersatzes.

Denn der einzelfallunabhängige Bestandteil von *Alexys* Oberstruktur, ihre abstrakte obersatzartige Komponente, ist kaum mehr als ein Verrechnungsschlüssel: Er gibt hauptsächlich vor, das abstrakte Gewicht eines beeinträchtigten Schutzguts mit der Eingriffsintensität im konkreten Fall zu multiplizieren und den entsprechenden fallbezogenen Werten der Rechtfertigung gegenüberzustellen.⁸²¹ Ein Eingriff verstößt hiernach immer dann gegen ein Grundrecht, wenn das Ergebnis der Multiplikation seitens des beeinträchtigten Schutzgutes höher ausfällt als seitens des Rechtfertigungsgrundes.

Welche Werte den Gewichten der Abwägungsgegenstände als Faktoren der Oberstruktur zufallen, folgt für *Alexy*, *Klatt* und *Meister* weitgehend fallbezogen aus der ‘externen Rechtfertigung’, also aus Unterstruktur und Gewichtung. Ihnen zufolge bleibt es dabei dem freien Diskurs überlassen, welche Gewichte in die Oberstruktur eingestellt werden: „Für diese externen Begründungen steht das gesamte Arsenal an juristischen Argumenten zur Verfügung“⁸²².

Den ausschlaggebenden Teil der Entscheidungsfindung verschiebt die Gewichtsformel also insbesondere auf die ihr vorgelagerte, von der Kieler Schule diskursiv gestaltete Gewichtszumessung.⁸²³ Denn als zwingende Schritte gehen der Gewichtungsoperation in der Unterstruktur bloß einige Vorbestimmungen voraus, die schon die Oberstruktur diktiert: Zu identifizieren sind das beeinträchtigte Schutzgut, der Rechtfertigungsgrund und der Eingriff. Sie bilden innerhalb der Abwägung notwendige Vorüberlegungen zur Bestimmung der Gewichte und ihrer Gegenüberstellung in der Oberstruktur der Gewichtsformel.⁸²⁴ Schließlich verrechnet die Oberstruktur die Gewichte der involvierten Verfassungsgüter, deren Bemessung die Kenntnis davon voraussetzt, worin die zu gewichtenden Abwägungsgegenstände bestehen. Ebenso erfordert es die Gewichtung, zuvor den Sachverhalt des Eingriffs abzustecken, nach dem sie sich maßgeblich richtet: Gewichte lassen sich Eingriff und Rechtfertigung somit erst zuweisen, sobald man sich darauf verständigt hat, welcher Teil eines Sachverhalts als Eingriff gilt.⁸²⁵

⁸²¹ Siehe *Alexy*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 15, 18; *Klatt/Schmidt*, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 105, 114f.

⁸²² *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 194.

⁸²³ Siehe weiterführend Kapitel 4, Abschnitt II.2.

⁸²⁴ Siehe *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 195ff.; ähnlich *Ipsen*: Staatsrecht II, 20. Aufl. 2017, Rn. 37ff.

⁸²⁵ Siehe weiterführend Kapitel 3, Abschnitte III.2, III.4; vgl. *Alexy*, in: Der Staat 2013, 87.

(c) *Sieckmanns diskursive Variante*

Eine Sonderrolle unter *Alexys* Schülern nimmt *Sieckmann* ein: Anders als etwa *Alexy* und *Klatt* fixiert er die Oberstruktur nicht durch die Gewichtsformel. Stattdessen überantwortet er auch die Verrechnung einzelner Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung dem Diskurs:⁸²⁶ „Demnach ist die Relation zwischen Abwägungsgründen und -ergebnissen nicht eine logische Folgerung, sondern hat die Struktur einer normativen Forderung“⁸²⁷.

Begründen darf eine Entscheidung in *Sieckmanns* Methode alles, was auch immer den Rechtsanwender vom höheren Gewicht des beeinträchtigten Schutzguts oder der Rechtfertigung des Eingriffs überzeugt.⁸²⁸ Mögliche Argumente sind beispielsweise präjudizierte Vorrangregeln,⁸²⁹ aber auch sonstige Erwägungen,⁸³⁰ die andere Gewichtungen nahelegen. Für eine ähnliche Oberstruktur spricht sich *Riehm* aus: Er knüpft die Entscheidung über die Grundrechtsanwendung unmittelbar an das Ergebnis eines vorgelagerten Diskurses. In diesem will er alle denkbaren Argumente versammeln und das Gericht die Summen des Für und Wider wertend vergleichen lassen.⁸³¹ Diesen Ansatz erwägt auch *Kumm*: „the constitutional text here serves merely as the basis for an authorization of courts to engage in an open-ended inquiry regarding the justification of acts of public authorities“⁸³².⁸³³ Ein ähnliches Modell des freien Diskurses befürwortet ferner *Forst*.⁸³⁴

Ebenso empfiehlt *Urbina*, die Grundrechtsanwendung anhand freier moralischer Erwägungen zu vollziehen.⁸³⁵ Gleichwohl problematisiert er, dass die Methode leicht in unberechenbaren Dezisionismus umschlagen kann, solange sie Richtern keine Leitplanken für ihre Entscheidungen setzt. Derartigem „unconstrained moral reasoning“⁸³⁶ will *Urbina* allerdings entgegenreten, indem Schrifttum und Präjudizien anhand moralischer Erwägungen den Gehalt der Grundrechte sukzessive konkretisieren.⁸³⁷ Soweit er damit von *Sieckmanns* Ansatz abrückt und ein ‚definitional balancing‘ bevorzugt,⁸³⁸ greift der nachfolgende Abschnitt II.2.c.cc sein Modell auf.

bb. Organisationsbasierter Ansatz

Einer gewissen Beliebtheit unter Abwägungsskeptikern erfreut sich demgegenüber der alternative Lösungsansatz, Verfassungsgerichte zur Zurückhaltung zu ermahnen und dadurch organisatorisch

⁸²⁶ Siehe *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 177f.; *Sieckmann*, in: ARSP 2004, 66, 68.

⁸²⁷ *Sieckmann*, in: ARSP 2011, 178, 188; vgl. auch *Sieckmann*, in: Proportionality in Law, 2018, 3, 22.

⁸²⁸ Siehe *Sieckmann*, in: ARSP 2011, 178, 189ff.; *Sieckmann*, in: ARSP 2004, 66, 77f.

⁸²⁹ Vgl. *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 173f.

⁸³⁰ Vgl. *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 186f.

⁸³¹ Siehe *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 83ff.

⁸³² *Kumm*, in: Law & Ethics on Human Rights 2010, 142, 146.

⁸³³ Vgl. *Kumm*, in: Law & Ethics on Human Rights 2010, 142, 173f.

⁸³⁴ Siehe *Forst*: Toleranz im Konflikt, 5. Aufl. 2017, S. 708ff.

⁸³⁵ Siehe *Urbina*, in: American Journal of Jurisprudence 2012, 49, 80.

⁸³⁶ *Urbina*, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2014, 167, 192.

⁸³⁷ Siehe *Urbina*: A Critique of Proportionality and Balancing, 2017, S. 215ff.

⁸³⁸ Vgl. *Urbina*: A Critique of Proportionality and Balancing, 2017, S. 244ff.

ihre Entscheidungsspielräume zu verkürzen.⁸³⁹ Einen effektiven Grundrechtsschutz versprechen sich derartige Gestaltungsvarianten meist schon davon, dass Gesetzgeber und Exekutive sich selbst disziplinieren:

So bemerkt beispielsweise *Yowell*, dass der Gesetzgeber in der Regel wesentlich besser Sachdaten als Entscheidungsgrundlage sammeln kann als ein Gericht.⁸⁴⁰ Hinzu tritt seines Erachtens der Umstand, dass für den Gesetzgeber meist auch ein Interesse daran besteht, Grundrechte zu achten, weil eine Missachtung sich nachteilig auf die Wahlchancen der Volksvertreter auswirken kann: *Yowell* zufolge rangieren Länder mit schwach ausgeprägter Verfassungsgerichtsbarkeit wie Großbritannien, Schweden, die Niederlande und die Schweiz in Human Rights and Development Indices ähnlich hoch wie kontinentaleuropäische Staaten mit einflussreicher Verfassungsjustiz.⁸⁴¹

Dies veranlasst *Yowell* zu der Einschätzung, dass das Primat der Legislative eher imstande ist, Grundrechte zu schützen, als die richterliche Kontrolle.⁸⁴² Praktisch lässt sich diese Grundüberlegung in einer Methode berücksichtigen, indem in deren Oberstruktur die starke Zweifelsregel installiert wird, dass jenseits evidenter Grundrechtsverletzungen Verstöße stets verneint werden. Ähnlich zieht *Hofmann* in Betracht, materiellrechtliche Kontrollmaßstäbe zurückzufahren und stattdessen im Sinne einer ‚Legitimation durch Verfahren‘ vorwiegend zu überprüfen, ob staatliches Handeln bestimmte Sorgfaltspflichten einhält. Nachzuweisen wären für die Verfassungsmäßigkeit einer Entscheidung insofern unabhängig von ihrem materiellen Inhalt etwa vorgelagerte Sachverständigengutachten, Konsultationen mit Vertretern von Betroffenen sowie dokumentierte Folgenabschätzungen.⁸⁴³

cc. Präjudiziengestützte Methode

Wie schon der Blick auf den organisationsbasierten Ansatz verdeutlicht, halten es nicht alle Abwägungskritiker für möglich, Schutzbereiche schon per Auslegung intersubjektiv nachvollziehbar eng zu ziehen und damit Normkollisionen zu vermeiden.⁸⁴⁴ Gleichwohl wünschen sie viele genau diesen Zustand und erhoffen sich von der Rechtsprechung, dass sie mit Präjudizien den richtigen Umgang mit Normkonflikten konkretisiert.⁸⁴⁵ Sie erteilen dem BVerfG mithin den methodischen Auftrag, die Anwendungsregeln für Grundrechte nachzuliefern, auf die der Verfassungsgeber verzichtet hat. Schließlich bezweifeln sie die Rechtssicherheit der Abwägung als Alternativmodell.⁸⁴⁶ Erst indem das BVerfG das Verfassungsrecht kasuistisch nach dem Ebenbild

⁸³⁹ So *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 326f.; *Yowell*: *Constitutional Rights and Constitutional Design*, 2018, S. 98ff.; 128f.

⁸⁴⁰ Siehe *Yowell*: *Constitutional Rights and Constitutional Design*, 2018, S. 98ff.; 128f.

⁸⁴¹ Siehe *Yowell*: *Constitutional Rights and Constitutional Design*, 2018, S. 163f.

⁸⁴² Siehe *Yowell*: *Constitutional Rights and Constitutional Design*, 2018, S. 145f.

⁸⁴³ Siehe *Hofmann*: *Abwägung im Recht*, 2007, S. 546f.

⁸⁴⁴ So etwa *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 67.

⁸⁴⁵ Vgl. *Tourkochoriti*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 209, 220f.

⁸⁴⁶ Vgl. *Moreso*, in: *Ratio Juris* 2012, 31, 38.

einfacher Gesetze gestaltet, bereitet das Gericht der Grundrechtsanwendung ihres Erachtens im Obersatz einen rechtssicheren Boden.⁸⁴⁷

Diesen Ansatz verfolgen weitgehend unabhängig voneinander Verfechter des ‚definitional balancing‘, *Poscher* und *Vogel/Christensen*: Positiv als Methode definiert haben das Normanwendungsmodell unter anderem *von Bernstorff* und *Moreso*.⁸⁴⁸ *Poscher* beschränkt sich weitgehend darauf, die Vorzüge der Methode in Abgrenzung zur Abwägung hervorzuheben.⁸⁴⁹ *Vogel/Christensen* verbindet mit der besagten Grundstruktur, dass sie ihren Gebrauch in der Rechtsprechung des BVerfG untersucht haben.⁸⁵⁰ Vor diesem Hintergrund erörtert der Abschnitt die Theorie der ‚definitorischen Abwägung‘ anhand der Publikationen zum ‚definitional balancing‘ und ergänzt sie gelegentlich um Gedanken *Poschers* und *Vogel/Christensens*.

Das ‚definitional balancing‘ fordert von der Rechtsprechung, Wertungsspielräume in der Definition der Schutzbereiche und Eingriffserheblichkeit schonend auszufüllen. Während *von Bernstorff* keine näheren Vorgaben für diese Konkretisierung trifft, empfiehlt *Moreso*, sie gemäß den Diskursregeln vorzunehmen.⁸⁵¹ Auch er ist sich dabei jedoch bewusst, dass die Methode kaum vorhersehen lässt, wie Richter ihr weites Ermessen nutzen, um Regeln auszuformen.⁸⁵² Befürworter bloßer richterlicher Setzungen halten es jedoch für das geringere Übel, dezisive Entscheidungen immerhin transparent als solche kenntlich zu machen, statt dies methodenunehrlich zu verheimlichen.⁸⁵³

Zwar riskiert diese Vorgehensweise somit in präzedenzlosen Fällen Beliebigkeit. Jedoch zeigt *Poscher* immerhin, dass nicht schon die Struktur der Verfassungsnormen ihre Konkretisierung durch Setzung präziserer regelartiger Definitionen vereitelt. Deutbar scheint der Gehalt einer Verfassungsnorm nämlich selbst auf Ebene der Oberstruktur als lose wertoffene Regel: Die Meinungsfreiheit etwa ließe sich interpretieren als Verbot staatlicher Beschränkungen einer Meinungsäußerung unter dem Vorbehalt, dass kein ‚angemessener‘ Grund sie rechtfertigt.⁸⁵⁴

Solche Platzhalter-Begriffe im Obersatz muss die Methode so konkretisieren, dass sie Grundrechte weder marginalisiert noch so weit ausdehnt, bis sie kollidieren. Innerhalb dieses Korridors kann das BVerfG seine Präjudizien so setzen, dass sie die Verfassung möglichst zu Regeln verdichten, die eine Gewichtung im Einzelfall entbehrlich machen.⁸⁵⁵ *Moreso* empfiehlt hierzu Urteilsbegründungen, die die Tatbestandsmerkmale offenlegen, wegen denen das Gericht einen

⁸⁴⁷ Siehe *Moreso*, in: Ratio Juris 2012, S. 31, 42.

⁸⁴⁸ Siehe *Bernstorff*, in: Der Staat 2011, 165, 183f.; *Moreso*, in: Ratio Juris 2012, 31, 39ff.; ähnlich auch *Burazin*, in: Proportionality in Law, 2018, 111, 113ff.; *Cohen-Eliya/Porat*, in: University of Toronto Law Journal 2014, 458; *Fischer-Lescano*, in: Kritische Justiz 2008, 166, 175f.; *Martínez-Zorrilla*, in: Ratio Juris 2011, 347, 356ff. m.w.N.; *Moon*, in: Israel Law Review 2017, 49, 65ff.; *Novak*, in: Ratio Juris 2010, 101, 107f.; *Sartor*, in: Proportionality in Law, 2018, 121, 122ff.

⁸⁴⁹ Vgl. etwa *Poscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 65.

⁸⁵⁰ Siehe *Vogel/Christensen*, in: Rechtsatheorie 2013, 29, 44ff.

⁸⁵¹ Siehe *Moreso*, in: Ratio Juris 2012, 31, 40; vgl. zur Übersicht *Lopes*, in: Proportionality in Law, 2018, 137, 139.

⁸⁵² So *Moreso*, in: ARSP 2012, 411, 420.

⁸⁵³ Vgl. *Fontanelli*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2016, 630, 658f.

⁸⁵⁴ Siehe *Poscher*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 65.

⁸⁵⁵ Vgl. *Schauer*, in: European and US Constitutionalism, S. 49, 58.

Eingriff für erheblich und einen Schutzbereich für betroffen hält.⁸⁵⁶ Ausformen soll die zunehmende Rechtsanwendung dadurch ein erhärtetes System aus Regeln und Ausnahmen.⁸⁵⁷ Befürworter des ‚definitional balancing‘ versprechen sich von solcher Kasuistik ein höheres Maß an Rechtssicherheit als von der Abwägung.⁸⁵⁸ Zumindest in Zukunft würde ihre Methode die Abwägung erübrigen; die Problematik ihrer Rechtssicherheit könnte dahinstehen.⁸⁵⁹

Damit ähnelt das ‚definitional balancing‘ der US-amerikanischen Methode der ‚categorization‘. Auch sie grenzt Verfassungsrechte regelartig Fall für Fall ab und klärt damit ihren Geltungsbereich im Verhältnis zueinander. Dadurch bedarf es höchstens in präzedenzlosen Fällen einer Methode wie der Abwägung, später lediglich einer Subsumtion unter die Obersätze präjudizierter Regeln.⁸⁶⁰

Und selbst ohne solche US-amerikanischen Referenzwerte entgeht die präjudiziengestützte Methode dem Vorwurf, ihr mangle es an Praxisrelevanz: Laut von Bernstorff gebraucht das BVerfG das Verfahren immerhin schon dort, wo das Gericht Art. 1 GG mithilfe der Objektformel anwendet und sich dabei an typologisierten Fallgruppen orientiert.⁸⁶¹

Noch beachtlicher ist das Ergebnis der Rechtsprechungsanalyse von Vogel/Christensen: Ihre Auswertung legt nahe, dass die präjudiziengestützte Verfassungsanwendung schon jetzt in der Praxis des BVerfG weit verbreitet ist.⁸⁶² Ihren Studien zufolge zitieren Richter in der Begründung deutlich häufiger Präjudizien, als kollidierende Verfassungsgüter anhand eigener Argumente zu gewichten und abzuwägen.⁸⁶³ Die schiere Menge der untersuchten Urteile macht eine fehlerhafte Stichprobe dabei unwahrscheinlich: „Auch das BVerfG zitiert sich in unserem hier vorliegenden Korpus (...) mit 28.879 Belegen fast fünfmal häufiger selbst, als es nach etwaigen Prinzipien ‚auslegte‘ (6.177)“⁸⁶⁴. Und sogar in präzedenzlosen Fällen bedient sich das Gericht Vogel/Christensen zufolge weniger der Abwägung nach Alexys Verständnis. Stattdessen nimmt das BVerfG jeweils eine „lokale Ausarbeitung der Semantik“⁸⁶⁵ vor, um damit bewusst neue Präjudizien bzw. konkrete Anwendungsregeln zu schaffen. Das deutet darauf hin, dass bereits heute eine Methode wie das ‚definitional balancing‘ die Verfassungsrechtsprechung über weite Teile beherrscht.⁸⁶⁶

⁸⁵⁶ Siehe Moreso, in: ARSP 2012, 411, 417f.

⁸⁵⁷ Vgl. Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 69ff.

⁸⁵⁸ Siehe etwa Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 186ff.; Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 371ff.

⁸⁵⁹ Vgl. Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 189f.

⁸⁶⁰ Vgl. Barak: Proportionality, 2012, S. 508ff. m.w.N.; Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 67ff.

⁸⁶¹ So Bernstorff, in: Reasoning Rights, 2014, 63, 73f.; vgl. auch Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 112f.

⁸⁶² Vgl. Vogel/Christensen, in: Rechtstheorie 2013, 29, 44ff.

⁸⁶³ Siehe Vogel/Christensen, in: Rechtstheorie 2013, 29, 49f. m.w.N.

⁸⁶⁴ Vogel/Christensen, in: Rechtstheorie 2013, 29, 49.

⁸⁶⁵ Vogel/Christensen, in: "Abwägung", 2014, 87, 126ff.

⁸⁶⁶ Vgl. Vogel/Christensen, in: Rechtstheorie 2013, 29, 44ff.

3. Verfassungskonformität der Modelle

a. Orientierung

Der vorliegende Abschnitt filtert die vorgestellten Oberstruktur-Konzepte nach ihrer Verfassungskonformität. Darin besteht ein notwendiger Vorschritt zur anschließenden Prüfung, welches Modell den rechtssichersten Rahmen der Gewichtung bildet. Denn selbst die rechtssicherste Methode unter ihnen wäre praxisuntauglich, sollte eine Verfassungsnorm ihre Anwendung verbieten. Um schlussendlich nur praxisrelevante Oberstrukturen auf ihre Rechtssicherheit zu prüfen, trennt sich die Untersuchung schon jetzt vom unnötigen Ballast verfassungsinkompatibler Ansätze.

Welche methodischen Oberstrukturen die Verfassungsvorgaben einhalten, bestimmt der Abschnitt danach, wie flächendeckend in Anwendungsfällen die Vorwürfe der Verfassungsinkompatibilität durchgreifen. Berücksichtigt werden dabei die wesentlichen Einwände aus der Diskussion der Methodenlehre bis heute. Konkret betreffen sie erstens die Unvereinbarkeit eines Verfahrens mit der Grundrechtsstruktur und zweitens die Vernachlässigung des Kernbereichsschutzes:

Dem wohl häufigsten Argument zufolge gebietet schon die Normstruktur der Grundrechte dieses Modell zu ihrer Anwendung und verbietet jenes. Von *Poscher* bis zu *Alexy* formulierten die allermeisten Verfassungstheoretiker eine solche Überlegung – angesichts ihrer gegensätzlichen Grundrechtskonzeptionen natürlich mit wechselnder Stoßrichtung.⁸⁶⁷ Einigkeit besteht im Grundsatz, dass die Beschaffenheit der Grundrechte eine stringente Anwendung anhand bestimmter Methoden begünstigt und anhand anderer erschwert.⁸⁶⁸ Nur worin jenes passgerechte Modell für Grundrechtsanwendung besteht, darüber ist man sich weitgehend uneins geblieben. Der Streit hierum soll deshalb strukturiert und einem Zwischenergebnis zugeführt werden. Dazu prüft als erstes Abschnitt II.3.b anhand gegenwärtig diskutierter Vorschläge, welche besonderen Wesensmerkmale die Grundrechte kennzeichnen und welche Vorgaben für Methoden zu ihrer Anwendung daraus folgen.

Neben der Grundrechtsstruktur bringen Verfassungstheoretiker vor allem Art. 19 Abs. 2 GG in Stellung, um eine Methode als unvereinbar mit dem Grundgesetz herauszustellen: Je nach Standpunkt behaupten sie, dieses oder jenes Modell vereitle einen hinreichenden Kernbereichsschutz.⁸⁶⁹ Was sich hiervon angesichts des zwingenden Gehalts von Art. 19 Abs. 2 GG halten lässt, begutachtet daher der Abschnitt II.3.c.

Soweit ersichtlich, definiert das Grundgesetz ansonsten weder explizit noch implizit weitere zwingende Mindeststandards für die Methode der Grundrechtsanwendung. Dies erlaubt es, die

⁸⁶⁷ Vgl. *Poscher*: Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 3, 100; *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 105f., 117ff.

⁸⁶⁸ Vgl. sogar *Böckenförde*: Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. 1991, S. 58; *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 341.

⁸⁶⁹ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 271f.; *Bernstorff*, in: Reasoning Rights, 2014, 63, 66.

Verfassungskompatibilität der verschiedenen Modelle insgesamt immerhin vorläufig danach zu beurteilen, ob sie mit der Grundrechtsstruktur und Art. 19 Abs. 2 GG harmonisieren.

Behauptet sich eine Oberstruktur gegen entsprechende Kritikpunkte, bewährt sie sich vorläufig und verdient eine tiefergehende Überprüfung ihrer Rechtssicherheit im nächsten Schritt.

b. Vereinbarkeit mit der Grundrechtsstruktur

Dass die Normstruktur der Grundrechte eine Sonderrolle einnimmt, akzeptiert vermutlich die Mehrheit der Verfassungstheoretiker.⁸⁷⁰ Doch obwohl die herrschende Meinung den Grundrechten dem Grunde nach einen Sonderstatus zugesteht, fehlt bereits im Ansatz ein Konsens darüber, worin genau ihre normstrukturelle Besonderheit liegt.⁸⁷¹

Stattdessen produzierte die verfassungsrechtliche Diskussion einen bunten Strauß von Merkmalen, die allesamt darum konkurrieren, was den Grundrechten ihre Eigenart verleiht. Als Kandidaten für ihren Wesenskern erwogen werden mindestens

1. ihre Funktion als Optimierungsgebot⁸⁷²,
2. ihre Verkörperung idealen Sollens⁸⁷³,
3. die fehlende Vorentscheidung ihrer Interessenskonflikte⁸⁷⁴,
4. ihre ausnahmslose Geltung⁸⁷⁵ und
5. ihre Unterbestimmtheit⁸⁷⁶.

All diese Vorschläge haben Befürworter eines eigentümlichen Normcharakters vorgebracht, um darzutun, wie sich Grundrechte strukturell von einfachgesetzlichen Vorschriften unterscheiden. Die Gegenauffassung hat sich jeweils darauf beschränkt, Einwände dagegen formulieren. Behaupten sich in allen Punkten die Kritiker, wäre gezeigt, dass die Normstruktur der Verfassung keine methodische Sonderbehandlung gebietet. Das spräche eher für die Verfassungskonformität der auslegungsbasierten Subsumtionsmodelle als für die der alternativen Ansätze.

Falls hingegen mindestens eins der fünf diskutierten besonderen Grundrechtsmerkmale nicht abgestritten werden kann, wäre umgekehrt zu hinterfragen, ob die konventionellen Subsumtionsmodelle mit der Verfassung vereinbar sind. Dann nämlich müsste sogleich geprüft werden, ob die strukturelle Eigenheit auch eine besondere Methodik erzwingt, damit sich die Normanwendung als verfassungskompatibel erweist.

Vor diesem Hintergrund prüft Abschnitt II.3.a.aa zuerst alle potenziellen Sondermerkmale der Grundrechte darauf, ob Verfassungsnormen und ihr Kontext sie zwingend nahelegen oder nicht. Anschließend erörtert der Gliederungspunkt Abschnitt II.3.a.bb, wie sich festgestellte

⁸⁷⁰ Zusammenfassend siehe *Sieckmann*: Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 18.

⁸⁷¹ Vgl. *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 472.

⁸⁷² Siehe grundlegend *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 75ff., 90ff.

⁸⁷³ Siehe *Alexy*, in: *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, 2009, 21, 22ff.

⁸⁷⁴ Siehe *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 79f.

⁸⁷⁵ Siehe *Bäcker*: *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 136ff.

⁸⁷⁶ Siehe *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 477f.

Charakteristiken der Grundrechte auf die Zulässigkeit einzelner Methoden zu ihrer Anwendung auswirken.

aa. Besonderheiten der Normstruktur

(a) Grundrechte als Optimierungsgebote

Prominent beschrieb bereits *Alexys* Habilitationsschrift Grundrechte als *Optimierungsgebote*.⁸⁷⁷ Diese zeichnen sich ihm zufolge dadurch aus, dass es in der Natur entsprechender Normen liegt, ihren Grundsatz auf Rechtsfolgenseite prima facie möglichst umfassend zu verwirklichen, soweit dies tatsächliche und rechtliche Begrenzungen gestatten.⁸⁷⁸

Seitdem *Alexy* diesen Grundgedanken in seiner Theorie der Grundrechte äußerte, ist allerdings umstritten, welche Tragweite die Normeigenschaft hat.⁸⁷⁹ *Alexy* verstand Optimierungsgebote ursprünglich so, dass mit ihnen zwangsläufig ihr Prinzipiencharakter einherginge und damit auch die Abwägung als ihm gemäße Methode.⁸⁸⁰ Zurecht mehren sich inzwischen jedoch die Zweifel, ob die Indizien für die Einstufung als Optimierungsgebot so weitreichende Schlüsse zulassen:⁸⁸¹

Denn während diese Einordnung fundamentale Folgen für die Methodik zeitigt, ergeben sich auf Voraussetzungsseite kaum Hürden: Wo immer Konfliktfälle zwischen prima facie gleichrangigen Normen sich häufen, folgert *Alexy* daraus angesichts der Einheit der Rechtsordnung, es müsse sich um Optimierungsgebote handeln. Sogleich unterstellt er, dies erfordere eine Abwägung zur Auflösung ihrer Kollisionen.⁸⁸²

Indes gebietet die Einheit der Rechtsordnung logisch zwingend nur, dass Widersprüche zwischen konfligierenden Normen aufgelöst werden. Wie das passiert, überlässt der besagte Verfassungsgrundsatz dem Rechtsanwender.⁸⁸³ Unzulässig scheint es lediglich, einen Konflikt kategorisch einseitig aufzulösen. Schließlich wollte der Verfassungsgeber offenbar genau dies vermeiden, indem er beide Konfliktpositionen ins Grundgesetz schrieb und nicht von vornherein nur eine.⁸⁸⁴ Ansonsten stellt es aber zumindest die Einheit der Rechtsordnung ins Belieben ihres Anwenders, nach welcher Methode im Streitfall die eine oder andere konfligierende Position den Vorrang erhält.

Zwar unterscheidet womöglich in der Tat die Häufigkeit ihrer Kollisionen die Grundrechte von einfachgesetzlichen Konfliktlagen. Gerade deshalb scheint die Besonderheit der

⁸⁷⁷ Siehe *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 75ff., 90ff.

⁸⁷⁸ Siehe *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 75.

⁸⁷⁹ Vgl. *Poscher*, in: RW 2010, 349, 352.

⁸⁸⁰ Vgl. *Kallmeyer*: Ideales Sollen, 2016, S. 367.

⁸⁸¹ Kritisch etwa *Poscher*, in: RW 2010, 349, 353.

⁸⁸² Vgl. *Lerche*, in: Festschrift - 50 Jahre BVerfG, Band 1, 2001, 333, 350.

⁸⁸³ Vgl. *Poscher*, in: RW 2010, 349, 365f.

⁸⁸⁴ Vgl. *Alvarez*, in: Ratio Juris 2011, 59, 66ff.

Verfassungsnormen jedoch eine bloß graduell andere Methode zu fordern, keine strukturell verschiedene.⁸⁸⁵

Um unter Optimierungsgeboten mehr als das zu verstehen, reicht das Konfliktpotenzial des Grundrechtsensembles allein nicht aus. Stattdessen wären zusätzliche Prämissen nötig, um ableiten zu können, dass es sich bei Grundrechten um Optimierungsgebote in einem folgenreicheren Sinne handelt. Damit ihre Eigenschaft als Optimierungsgebote die Grundrechte bereits normstrukturell zwingend in die Nähe der Abwägung rückt, müssten zusätzliche Anhaltspunkte diesen Wesenszug entsprechend konturieren.⁸⁸⁶

Solche Indizien für tiefgreifendere Eigenheiten der Grundrechte benennt *Alexy* allerdings nicht. Stattdessen legt seine Theorie der Grundrechte nahe, dass für ihn ein Optimierungsgebot nichts weiter ist als das Produkt seiner konfliktgeladenen Umgebung: eine Norm, bei deren Anwendung Widersprüche mit gegenläufigen gleichrangigen Vorgaben aufgelöst werden müssen – und zwar ohne dabei einer der gegensätzlichen Positionen im Ganzen die Geltung zu verweigern.⁸⁸⁷

Als derartig moderate Besonderheit erzwingt das Optimierungspostulat der Grundrechte hingegen keineswegs die Abwägung als einzig geeignetes Normanwendungsmodell. So verweist etwa *Poscher* auf konventionelle Alternativen zur Abwägung, um die Geltung zweier kollidierender Optimierungsgebote auszutarieren.⁸⁸⁸ Möglich sei dies per Anordnung von Regeln und Ausnahmen, mit der ansonsten die teleologische Reduktion oder eine wechselseitig einschränkende Auslegung Widersprüche einfachgesetzlicher Normen auflöst.⁸⁸⁹

Dass die Funktion der Grundrechte als Optimierungsgebote eine notwendige, aber keine zureichende Bedingung für den methodischen Zwang zur Abwägung bildet, erkennt offenbar teilweise sogar die Kieler Schule:⁸⁹⁰ So problematisiert inzwischen *Alexy* selbst die Ableitung des Abwägungserfordernisses aus der bloßen Charakterisierung von Grundrechten als Optimierungsgebote.⁸⁹¹ Aus dem Gebot, etwas optimiert zu tun, folgt für ihn schließlich noch nicht zwingend die Vorgabe, das Gebot an sich ebenfalls zu optimieren.⁸⁹² Zumindest laut *Alexy* müsste die Eigenheit der Grundrechte indes genau bis dorthin reichen, damit einzig die Abwägung mit ihrer Normstruktur harmoniert.⁸⁹³

Aus ähnlichem Grund gefährdet es für *Sieckmann* das methodische Monopol der Abwägung im Verfassungsrecht, wenn Grundrechte „nur“ Optimierungsgebote wären: „*Das zentrale Problem der Struktur von Abwägungsbegründungen ist damit: Wie kann eine Norm, die in Konflikt mit einer anderen steht, einen Grund dafür bilden, in der Abwägung mit der anderen Norm Vorrang zu*

⁸⁸⁵ Vgl. *Kumm*, in: International Journal of Constitutional Law 2004, 574, 577.

⁸⁸⁶ Vgl. *Ramião*, in: Proportionality in Law, 2018, 157, 162ff.

⁸⁸⁷ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 75ff., 90ff.

⁸⁸⁸ Siehe *Poscher*, in: RW 2010, 349, 352.

⁸⁸⁹ Vgl. *Poscher*, in: RW 2010, 349, 365.

⁸⁹⁰ Vgl. *Poscher*, in: RW 2010, 349, 353.

⁸⁹¹ Siehe *Alexy*, in: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 21, 30.

⁸⁹² So *Alexy*, in: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 21, 24f.

⁸⁹³ Vgl. *Poscher*, in: RW 2010, 349, 357ff.

*erhalten und so das Ergebnis der Abwägung zu bestimmen?*⁸⁹⁴ Mit anderen Worten: Auch wenn die Grundrechte eine Optimierung gebieten, wie und weshalb muss diese per Abwägung erfolgen? Offenbar verlangt nicht schon das Wesen der Optimierungsgebote eine bestimmte Methode, um Konflikte unter ihnen aufzulösen.⁸⁹⁵

Ihre Funktion als Optimierungsgebote exponiert Grundrechte somit lediglich in einem folgenarmen Sinne. Anders als gelegentliche Reibungen erfordern allgegenwärtige Grundrechtskonflikte eine Methode, die routiniert zwischen widersprüchlichen Normen moderiert, ohne sich gänzlich auf eine Seite zu schlagen. Gewiss entrückt also immerhin die Zahl ihrer Kollisionsfälle verfassungsrechtliche Optimierungsgebote von konfligierenden einfachgesetzlichen Normen. Aber selbst wenn bereits solche Kollisionen Grundrechte zu einem strukturell anderen *Normtypus* machen, erzwingt dies für sich genommen noch keine strukturell andere *Anwendungsmethode*.⁸⁹⁶

(b) Grundrechte als ideales Sollen

Dass sich die Abwägung als verfassungsrechtliche Methode besonders eignet, stützt die Kieler Schule deshalb mittlerweile eher auf den Gedanken, dass Grundrechte ein *ideales Sollen* verkörpern.⁸⁹⁷ Ihrer Struktur nach gebieten sie somit nicht mehr bloß optimiertes Tun, sondern auch eine Optimierung des entsprechenden Gebotes und des Gebotes hierzu ad infinitum.⁸⁹⁸

Hierbei darf offenbleiben, ob diese Grundrechtsstruktur überhaupt dazu führt, dass die Abwägung sie als einzige Methode bändigen kann. Schwerer wiegt ein anderer Einwand:

Im Text und Kontext des Grundgesetzes fehlt jedweder Anhaltspunkt dafür, dass der Verfassungsgeber die Grundrechte als ideales Sollen verstanden wissen wollte. Bezeichnend ist insofern, dass die Vertreter des Ansatzes selbst keine Indizien nennen, die auf eine Grundrechtsstruktur idealen Sollens deuten.⁸⁹⁹ Man begnügt sich mit einem Verweis auf die häufigen Kollisionen der Verfassungsnormen.⁹⁰⁰ Wie gesehen genügt diese Normumgebung allein jedoch nicht, um die Grundrechte für etwas zu halten, was eine strukturell andere Anwendungsmethode verlangt. Soweit es diese rechtfertigen soll, scheint das ideale Sollen als Wesensmerkmal der Grundrechte mithin eher vom Ergebnis gedacht;⁹⁰¹ so lautet ein durchaus nachvollziehbarer Vorwurf.

⁸⁹⁴ Sieckmann, in: ARSP 2011, 178, 183.

⁸⁹⁵ Vgl. Martínez-Zorrilla, in: Proportionality in Law, 2018, 171, 179; Poscher, in: RW 2010, 349, 353.

⁸⁹⁶ Vgl. Poscher, in: RW 2010, 349, 366.

⁸⁹⁷ Siehe Alexy, in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, 31, 38; Jansen: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 91ff.; Sieckmann, in: ARSP 2011, 178, 183ff.

⁸⁹⁸ Siehe Alexy, in: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, 21, 22ff.; ähnlich Kallmeyer: Ideales Sollen, 2016, S. 367f.

⁸⁹⁹ So Jestaedt, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 261.

⁹⁰⁰ Siehe etwa Kallmeyer: Ideales Sollen, 2016, S. 293.

⁹⁰¹ So Jestaedt, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 263; Poscher, in: RW 2010, 349, 362f.

Zwar schließt all das nicht die *Möglichkeit* aus, Grundrechte als ideale Sollenssätze zu deuten. Eine *Notwendigkeit* hierzu konnte die Abwägungslehre indes bisher nicht plausibilisieren.⁹⁰² Mithin scheint keine Oberstruktur der verfassungsrechtlichen Methode mehr oder weniger verfassungskonform, nur weil sie die Grundrechte als ideales Sollen begreift oder nicht.

(c) Fehlende Vorentscheidung von Interessenskonflikten

Laut *Windisch* qualifizieren sich Grundrechte jedoch durch eine andere strukturelle Besonderheit: Anders als einfachgesetzliche Regeln entscheiden sie Interessenskonflikte nicht durch eigene Setzung, sondern überlassen dem Rechtsanwender die Auflösung.⁹⁰³

Letztlich beleuchtet er damit jedoch nur die Eigenschaft moderater Optimierungsgebote aus einem anderen Blickwinkel. Denn nur weil die Verfassungsordnung es den Rechtsanwendern überlässt, ihre Interessenkonflikte aufzulösen, legt sie dazu keineswegs eine bestimmte Methode fest. Stattdessen verlangt die Normstruktur nur ein Anwendungsmodell, das keines der konfligierenden Interessen einseitig vernachlässigt. Daraus ergibt sich für die Verfassungskompatibilität einer Methode indes keine besonders rigide Vorgabe, die etwa die konventionellen Subsumtionsmodelle per se überfordern würde.

(d) Ausnahmslose Geltung („Defeasibility“)

Insbesondere *Bäcker* erkennt das Wesensmerkmal von Grundrechten als Prinzipien darin, dass sie nicht ‚defeasible‘ sind, also sich nirgends völlig zurückdrängen lassen, sondern durchgehend gelten.⁹⁰⁴

Wie *Lopes* zutreffend feststellt, meint das allerdings unmöglich eine allumfassende Anwendbarkeit im Sinne eines Verzichts auf Rechtsvoraussetzungen. Das hätte nämlich die absurde Konsequenz, dass alle Grundrechte sachverhaltsunabhängig immer parallel zum Tragen kommen, man also selbst auf eine sehr lockere Schutzbereichsabgrenzung verzichten würde.⁹⁰⁵ Die Eigenschaft mangelnder ‚defeasibility‘ impliziert daher keinesfalls einen derart offenen Zuschnitt der prima-facie-Anwendungsbereiche und damit die Häufigkeit von Kollisionen. Schon dass der Wortlaut der Verfassung zwischen verschiedenen Grundrechten unterscheidet, erzwingt eine Grenzziehung um ihre Schutzbereiche und verbietet eine Vermischung und Vermengung der Schutzgegenstände.

Insofern liegt die Lesart näher, dass ihre fehlende ‚defeasibility‘ Prinzipien auszeichnet, indem *innerhalb zuvor abgegrenzter Anwendungsbereiche* keine Ausnahmeregeln ihre Anwendbarkeit in Konfliktlagen mit Kollisionsnormen kategorisch ausschließen können. Wo widerstreitende Grundrechte Anwendung finden, müssen stattdessen stets in Einzelfällen Begrenzungen bestimmt werden; kein Prinzip darf pauschal zurückgestellt werden. Regeln will *Bäcker* im Gegensatz dazu

⁹⁰² Vgl. auch *Martínez-Zorrilla*, in: Proportionality in Law, 2018, 171, 176f.; *Ramião*, in: Proportionality in Law, 2018, 157, 166ff.

⁹⁰³ Siehe *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 79f.

⁹⁰⁴ Siehe *Bäcker*, in: ARSP Beiheft 2010, 79, 81ff.

⁹⁰⁵ Siehe *Lopes*, in: Ratio Juris 2017, 471, 473.

als Normen mit Ausnahmeverbehalt verstanden wissen.⁹⁰⁶ Unvermeidbar bleibt aus den oben dargelegten Gründen auch bei fehlender ‚defeasibility‘ der Quasi-Ausnahmeverbehalt, dass ein Sachverhalt außerhalb des Anwendungsbereichs einer Norm liegt.

Damit relativieren sich die durch das Kriterium vermittelten Eigenheiten der Grundrechte teilweise bereits wieder. Mithin beschränkt sich das Phänomen der ‚defeasibility‘ nach vertretbarem Verständnis weitgehend darauf, dass Grundrechte im Streitfall gleichermaßen prima facie Geltung beanspruchen. Keinem fällt in der Normhierarchie ein allgemeiner Vorrang zu, kein Grundrecht kann pauschal übergangen werden.

An dieses Merkmal der Normstruktur knüpft sich die bereits festgestellte methodische Folge, dass die Grundrechtsanwendung Kollisionslagen nicht durchgängig einseitig auflösen darf. Darüberhinausgehende Eigenheiten der grundrechtlichen Normstruktur offenbart das Unterscheidungskriterium der ‚defeasibility‘, soweit ersichtlich, hingegen nicht.

Zwar bedingt das relativ hierarchielose Ensemble der Grundrechte unstreitig, *dass* die Verfassung ihnen keine vorgefassten allgemeinen Geltungsränge zuweist und *dass* ihre Geltung an strittigen Punkten maßvoll moderiert werden muss.⁹⁰⁷ Daraus folgt aber noch kein Wesensmerkmal, das spezifiziert, *wie* dies sachgerecht zu geschehen hat.⁹⁰⁸

(c) Unterbestimmtheit („Genericity“)

Tieferliegende strukturelle Eigenheiten der Grundrechte treten erst dort zu Tage, wo man in hohen Kollisionspotenzialen nur ein Symptom erkennt und nach ihrem Grund fragt. Schon die gängigen Erklärungen verweisen hierbei auf die Semantik, die eine weite Auslegung der Schutzbereiche wenigstens zulässt und dadurch Konfliktlagen provoziert.⁹⁰⁹ Früh bemerkten Teilnehmer der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion wahlweise die gesteigerte Vagheit, Unschärfe, Mehrdeutigkeit, Wert-, Kontext- oder Sachverhaltsoffenheit der Grundrechte.⁹¹⁰

Gleichwohl erblickten hierin nur die wenigsten einen radikalen strukturellen Unterschied zu einfachgesetzlichen Normen; üblicherweise beurteilte man das Phänomen als gradweise Verschiedenheit:⁹¹¹ „*Principles are (...) somewhat more general norms than others, which play a*

⁹⁰⁶ Siehe *Bäcker*: Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 136ff.; vgl. auch *Wang*: Defeasibility in der juristischen Begründung, 2004, S. 78f.

⁹⁰⁷ Vgl. *Alvarez*, in: Ratio Juris 2011, 59, 66ff.

⁹⁰⁸ Vgl. *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 76.

⁹⁰⁹ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 48.

⁹¹⁰ Vgl. *Göldner*: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 103f.; *Hesse*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 57ff.; *Kumm*, in: International Journal of Constitutional Law 2004, 574; *Novak*, in: Ratio Juris 2010, 101, 102; *Lopes*, in: Ratio Juris 2017, 471, 472.

⁹¹¹ So etwa *Kumm*, in: International Journal of Constitutional Law 2004, 574, 577.

certain role in adjudication and legal argumentation, but which have no specific logical structures“⁹¹².

Erst jüngere Veröffentlichungen haben die Semantik der Grundrechte näher untersucht und ihre Eigenheiten klar herausgearbeitet. Instruktiv scheint vor allem *Lopes* ‘Beitrag aus dem Jahr 2017’⁹¹³. Er behandelt sprachliche Unschärfen nicht unterschiedslos als ein einheitliches Phänomen, sondern setzt sie zum Willen des Normgebers in Beziehung.

Um die Bedeutung dieser Trennung zu vergegenwärtigen, betont *Lopes* zunächst, dass die bloße sprachliche Unschärfe Grundrechte nur relativ von einfachgesetzlichen Normen abhebt. Schließlich kennt auch ein der Auslegung zugängliches Normenprogramm vage, interpretationsbedürftige Formulierungen wie jene des ‚sonstigen Rechts‘ als eines der Schutzgüter im Sinne des § 823 BGB.⁹¹⁴

Um sich strukturell von sprachlich undeutlichen regelartigen Vorschriften abzuheben, muss eine prinzipienartige Norm somit eine weitere Voraussetzung erfüllen, so *Lopes*. Er plädiert deshalb für eine Abgrenzung der Unspezifität („*genericity*“) von bloßer Vagheit.⁹¹⁵ In beiden Fällen ist der Norminhalt unklar, in letzterem allerdings nur wegen semantischer Unschärfe: Dass sich der Gehalt der Rechtsvoraussetzung einer unspezifischen Norm nicht unmittelbar erschließt, liegt hingegen daran, dass prima facie eine enorme Spannweite von Fällen ihre Rechtsvoraussetzungen erfüllt und ihre Rechtsfolge auslöst.⁹¹⁶ Hieraus erklären sich auch die häufigen Kollisionslagen unspezifischer Normen bzw. Prinzipien: Dank ihrer voraussetzungsarmen Anwendbarkeit greifen sie mangels allgemeiner Vorrangregel häufig parallel und kollidieren infolgedessen bei widerstreitenden Rechtsfolgen.⁹¹⁷

Weitere Implikationen ergeben sich zwar aus der Unspezifität einer Norm noch nicht. Möglicherweise lassen sich aber zusätzliche Rückschlüsse aus dem Wesen eines Prinzips ziehen, sobald man klärt, woran man erkennt, wann eine Norm voraussetzungsarm und damit unspezifisch gehalten wurde. Diese Frage ließ *Lopes* selbst weitgehend unbeantwortet. Gleichwohl ist sie in jedem Fall zu thematisieren, um überhaupt festzustellen, ob Grundrechte tatsächlich unspezifisch sind.

Zwar mag man glauben, dass man schon dem Text einer Norm entnehmen kann, wie restriktiv ihr Anwendungsbereich ausfällt. Bei näherer Betrachtung erweist sich dies jedoch als Irrtum: Denn es für eine vermeintlich voraussetzungsarme Norm kann die Auslegung durchaus erkennen, dass ihre

⁹¹² *Poscher*, in: *Ratio Juris* 2009, 425, 449 (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. auch *Schlink*, in: *Festschrift - 50 Jahre BVerfG*, Band 2, 2001, 446, 464.

⁹¹³ *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471; vgl. als frühen Ansatz *Pulido*, in: *ARSP* 2006, 195, 198.

⁹¹⁴ Vgl. *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 472f.

⁹¹⁵ Siehe *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 477f.; zustimmend *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 77f.

⁹¹⁶ Siehe *Lopes*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 137, 141.

⁹¹⁷ Siehe *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 484f.; vgl. auch *Gruschke*: *Vagheit im Recht*, S. 58.

Rechtsfolge nur eintritt, wenn etliche ungeschriebene Voraussetzungen vorliegen. Und genau das behaupten die auslegungsgestützten Subsumtionsmodelle ja gerade für die Grundrechte.⁹¹⁸

Ebenso gut ist es denkbar, dass ungeschriebene Erwägungen eine eigentlich voraussetzungsreiche Vorschrift für weite Felder zusätzlicher Anwendungsfälle öffnen. So verhält es sich etwa bei § 242 BGB. Eigentlich regelt die Norm nur die Wirksamkeit einer eng abgrenzbaren Zahl von Rechtsgeschäften. Tatsächlich behandelt man sie aber als allgemeinen Rechtsgrundsatz, der quer durch die Rechtsordnung hindurch herangezogen wird.⁹¹⁹

Ob eine Norm tatsächlich unspezifisch ausfällt, richtet sich daher nicht nur nach ihrem reinen Normtext. Stattdessen ist sie nur dann unspezifisch, wenn in ihrem Kontext jedweder Anhaltspunkt für einen eingeschränkteren Anwendungsbereich fehlt. Dann nämlich spricht nichts dagegen, den Normtext beim Wort zu nehmen und die volle Breite der Fälle erfasst zu sehen, die die wenigen feststehenden Rechtsvoraussetzungen erfüllen. Unspezifisch ist eine Norm also nur, wenn nicht einmal ihr Kontext engere Grenzen ihrer Anwendbarkeit bestimmt, sie also *unterbestimmt* gerät.

Eine solche Unterbestimmtheit zeichnet sich in der Regel dadurch aus, dass der Gesetzgeber bewusst auf Auslegungshinweise verzichtet. Schließlich hätte er ja Orientierung stiften können, um einen unspezifischen Text durch Indizien des Kontexts ungeschrieben doch zu spezifizieren. Stattdessen entscheidet sich ein Normgeber für unterbestimmte Prinzipien meist deswegen, weil ihm bei Regelung zwar der gewünschte Endzustand klar vor Augen steht, nicht aber der beste Weg dorthin.⁹²⁰ Indikativ für unterbestimmte Normen ist deshalb ein Finalprogramm.⁹²¹

Denn ein Gesetzgeber mit klaren Vorstellungen vom richtigen Pfad zum angestrebten Endergebnis kann und wird diesen bereits mit spezifizierten Normen passgerecht abstecken. Ihm ist es insofern möglich, sein Ziel planvoll durch enge Führung der Normadressaten mit detaillierten ausdifferenzierten Verhaltensvorschriften zu erreichen.

Herrscht beim Normgeber indes nur Gewissheit über die Zielvorgaben, muss er es dem Rechtsanwender überlassen, im Einzelfall den Weg dorthin zu bahnen. Dazu hat der Normgeber den Anwendungsbereich im Ausgangspunkt weit auszugestalten, damit der Rechtsanwender je nach den Gegebenheiten das angepeilte Ergebnis bestmöglich verfolgen kann.⁹²²

Der Unterschied zwischen unterbestimmten und bloß vagen Normen richtet sich somit maßgeblich danach, ob der Gesetzgeber Auslegungshinweise unabsichtlich dünn streute oder ganz bewusst wegließ: Wenn vage regelartige Gesetzespassagen die Anwendung auf ein breites Spektrum von Sachverhalten zulassen, dann weil die Canones an ihre Grenzen stoßen, *obwohl* der Gesetzgeber solche Wertungsspielräume am liebsten vermieden hätte. An unterbestimmten Normen rutschen die

⁹¹⁸ Vgl. Müller: Die Einheit der Verfassung, 2. Aufl. 2007, S. 199.

⁹¹⁹ Vgl. Schubert, in: Krüger et al. (Hrsg.), 8. Auflage, 2019, § 242 BGB, Rn. 22ff. m.w.N.

⁹²⁰ Vgl. Duarte, in: Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse, 2018, 109, 120.

⁹²¹ Vgl. Hoffmann-Riem: Innovation und Recht, Recht und Innovation, 2016, S. 85f.; Hoffmann-Riem, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 57, 61ff.

⁹²² Vgl. Lopes, in: Ratio Juris 2017, 471, 478f.; Yowell: Constitutional Rights and Constitutional Design, 2018, S. 109.

Auslegungskriterien dagegen ab, *weil* der Gesetzgeber auf Anhaltspunkte in Wortlaut, Systematik und Gesetzesbegründung absichtsvoll verzichtet hat.⁹²³

Anknüpfend an *Lopes*‘ Überlegungen ergibt sich daraus ein Unterscheidungsmerkmal, das unspezifische bzw. unterbestimmte Prinzipien von lediglich vagen Regeln strukturell abzugrenzen vermag. Denn ob hergebrachten Subsumtionsmodellen die eindeutige, vorhersehbare Bestimmung der Grundrechtsgehalte nicht trotz, sondern wegen des Gesetzgeberwillens schwerfällt, ist eine Frage des ‚Ja‘ oder ‚Nein‘, nicht des ‚Mehr‘ oder ‚Weniger‘.

Ungeklärt blieb bisher jedoch, inwiefern es sich bei den deutschen Verfassungsnormen tatsächlich um unterbestimmte Prinzipien handelt. Denn weil *Lopes* den Normtypus zunächst abstrakt definierte, hat er diese konkrete Frage noch nicht beantwortet.

Mit Blick auf den weiten Zuschnitt der Anwendungsbereiche von Grundrechten nach Text und Kontext lässt sich ihr Prinzipiencharakter dennoch leicht bejahen: Zugelassen wird nämlich nicht ‚die Rede unter Einhaltung eines detaillierten Katalogs zivil- und strafrechtlicher Anforderungen‘; gewährt wird ‚das Recht, seine Meinung frei zu äußern‘.⁹²⁴

Verfechter der auslegungsbasierten Subsumtionsmodelle mögen derartige Beobachtungen gleichwohl für zirkelschlüssig halten, weil sie bereits weite Schutzbereiche voraussetzen. Solche Prämissen scheitern ihnen zufolge jedoch, weil ihres Erachtens gerade die *Canones* eine präzise Abgrenzung der Anwendungsbereiche einzelner Grundrechte erlauben.⁹²⁵

Doch hieran glaubte offenbar nicht einmal der Verfassungsgeber selbst: Ausweislich der Protokolle war sich der Parlamentarische Rat überaus bewusst, dass die Grundrechte allorts Wertungsspielräume zulassen. Ausdrücklich ahnte man, dass sie alsbald den Streitigkeiten innerhalb der Normenkontrolle eine politische Dimension verleihen würden.⁹²⁶ Trotz dieser Vorahnung unternahm der Verfassungsgeber nichts, um mit Legaldefinitionen, feingliederiger Systematik oder Auslegungshinweisen im Stil der Motive zum BGB Orientierung zu bieten. Stattdessen wurde der Grundrechtskatalog *„informationsarm gestaltet, aber zugleich mit einem beträchtlichen Ordnungsanspruch verknüpft“*⁹²⁷. Vermutlich fällt es gerade deshalb den meisten schwer, grundrechtliche Anwendungsbereiche per Auslegung konfliktfrei einzugrenzen, weil der Verfassungsgeber genau das wollte oder zumindest billigend in Kauf nahm.⁹²⁸

Wenig überraschend vermittelt etwa die Entstehungsgeschichte nur äußerst dürftige Hinweise zur Eingrenzung der Schutzbereiche: Denn ebenso gut wie *Böckenfördes* Theorie zum reinen

⁹²³ Vgl. auch die ähnliche Abgrenzung eines ‚constitutional dilemma‘ von bloßen ‚hard cases‘ bei *Zucca*: *Constitutional Dilemmas*, 1. Aufl. 2008, S. 25ff.

⁹²⁴ Vgl. *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 481ff.; *Grabenwarter*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 46, 75–94.

⁹²⁵ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kingreen et al.*: *Grundrechte*, 30. Aufl. 2014, Rn. 243.

⁹²⁶ Siehe zusammenfassend *Borowski*, in: *Ratio Juris* 2003, 155, 165 m.w.N.; vgl. auch *van Ooyen/Möllers*: *Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, S. 131.

⁹²⁷ *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 137.

⁹²⁸ So *Lopes*, in: *Ratio Juris* 2017, 471, 487.

Abwehrrechtscharakter lässt sich beispielsweise *Dürigs* Tabula-Rasa-Überlegung plausibilisieren. Ihr zufolge bildet das unter dem Schock des Nationalsozialismus entwickelte Grundgesetz gerade einen Gegenentwurf zu historischen Grundrechtskonzepten⁹²⁹. Danach bleibt es vertretbar, dass der Verfassungsgeber die Art. 1-19 GG gerade auch als Schutzrechte mit mittelbarer Drittwirkung installiert hat.⁹³⁰ Man bedenke nur, dass die Weimarer Staatsordnung mitsamt ihren zahnlosen Grundrechten⁹³¹ auch von paramilitärischen Gruppen wie der SA zersetzt wurde⁹³².

Ferner spricht für eine aktive Schutzdimension der Grundrechte der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, der den Staat nicht nur dazu anhält, die Menschenwürde zu „*achten*“, sondern ebenso zu „*schützen*“. Sollte dies ebenfalls nur die Abwehrrechte betonen, scheint die Formulierung entgegen den Gepflogenheiten juristischer Brevitas seltsam redundant.⁹³³ Insofern ist *Böckenfördes* Interpretation der Grundrechte als nicht kollidierende reine Abwehrrechte bestenfalls ein 'Kann', keinesfalls ein 'Muss'.

Ähnliches gilt für *Böckenfördes* und *Rusteberts* Vorschlag⁹³⁴, die Schutzbereiche der Grundrechte auch ansonsten durch vertiefte Analyse ihrer Entstehungsgeschichte eng einzugrenzen, um sie konfliktfrei auszulegen.⁹³⁵ Denn wer Grundrechte anhand historischer Vorbilder spezifiziert, muss voraussetzen, dass sich der Verfassungsgeber tatsächlich durchgehend an solchen orientiert hat. Zwar ist dies gewiss eine vertretbare Deutungsmöglichkeit. Gleichwohl zeigt vor allem *Dürigs* Einwand, dass die Umstände der Verfassungsgenese ebenso gut gegenläufige Schlüsse zulassen.⁹³⁶ Und selbst wenn bloß ganz spezifische historische Erfahrungen den Verfassungsgeber veranlassten, die Grundrechte zu erlassen, folgt hieraus keineswegs, dass er ihre Geltung auf entsprechende Fälle beschränken wollte:⁹³⁷ „*Die Motivation für die Norm wird (ansonsten) mit dem Norminhalt verwechselt*“⁹³⁸.

Wo schon die entstehungsgeschichtliche Auslegung mangels eindeutiger Hinweise schwerfällt, scheint eine objektiv-teleologische Deutung im Übrigen noch vermessener: Sie könnte Grundrechtsgehalte schließlich höchstens bestimmen, wenn sich ihre wesensimmanenten Zwecke offenbaren und nahelegen, welche konkreten Betätigungsformen im Einzelnen gegen welche Eingriffe uneingeschränkt geschützt sind.⁹³⁹ Wenn aber bereits der Verfassungsgeber selbst die

⁹²⁹ Siehe ursprünglich *Dürig*, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Aufl. v. 1974, 1974, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 251, Fn. 1; vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 GG, Rn. 5.

⁹³⁰ Vgl. BVerfGE 7, 198, 208; BVerfGE 119, 1.

⁹³¹ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 123ff.

⁹³² Vgl. *Winkler*: Weimar 1918-1933, 2. Aufl. 2018, S. 401ff.

⁹³³ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 396f.

⁹³⁴ Vgl. *Böckenförde*, in: Der Staat 2003, 165, 174f.; *Rusteberg*: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 173.

⁹³⁵ Vgl. *Weiß*, in: AöR 2009, 619, 620f.

⁹³⁶ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 336f.; *Weiß*, in: AöR 2009, 619, 621.

⁹³⁷ Siehe *Weiß*, in: AöR 2009, 619, 622.

⁹³⁸ *Weiß*, in: AöR 2009, 619, 620.

⁹³⁹ Vgl. *Klatt*, in: ARSP 2007, 519, 531.

Grundrechtszwecke für derartige Rückschlüsse nicht detailliert genug aufgeschlüsselt hat, sprechen sie wohl erst recht nicht so feingliedrig direkt aus den Normen.

Ebenso fehlt es der Systematik der Grundrechte an Orientierungspunkten für eine zuverlässige Eingrenzung der Geltungsbereiche. Zwar will etwa *Müller* dem Vorwurf ausweichen, er würde willkürliche Linien um diese ziehen, indem er sich des Kriteriums der Austauschbarkeit bedient. Geschützt wäre der Grundrechtsgebrauch demnach nur dort vor Einschränkungen, wo sie dem Betroffenen keine Alternativbetätigung mehr gestattet.⁹⁴⁰

Dieses Abgrenzungsmerkmal invertiert aber offensichtlich nicht nur spiegelbildlich das Erforderlichkeitskriterium im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Vielmehr schließt es auch solche Grundrechtsbetätigungen aus dem Schutzbereich aus, deren Alternativen nicht gänzlich gleichgeeignet sind.⁹⁴¹ Jedenfalls bildet das Malen auf einer Straßenkreuzung für *Müller* keine strukturell notwendigerweise „grundrechtsspezifisch geschützte Aktionsform“⁹⁴². Dabei ist nicht auszuschließen, dass der Künstler am Straßenrand eine ungünstigere Perspektive zum Abbilden seines Motives vorfindet. Entspricht aber eine Deutung anhand „des für den sachgeprägten Normbereich strukturell Notwendigen, Wesentlichen“⁹⁴³ nicht schon der engen Erforderlichkeitsprüfung, müsste die Systematik das Kriterium näher konturieren.

Zur hinreichend präzisen Schutzbereichsbestimmung per Auslegung müsste *Müller* festlegen, welche Betätigung *wesentlich* ist und worin eine *gleichwertige* Alternative besteht.⁹⁴⁴ Hier aber verweist auch er auf keine näheren Anhaltspunkte im Grundrechtssystem, die sein Abgrenzungskriterium zu mehr als einer bloßen Leerformel ausgestalten. Stattdessen muss Fall für Fall ein Flickenteppich subjektiver Setzungen fixieren, welche Alternativen des Grundrechtsgebrauchs hinlänglich gleichwertig sind und welche nicht und wo mithin die Grenzen der Schutzbereiche verlaufen.⁹⁴⁵

Das Gleiche gilt für eingriffsseitige Ansätze, den Geltungsbereich der einzelnen Grundrechte einzuengen, indem ihre Verletzung eine *hinlänglich* alternativreiche oder tiefe Beeinträchtigung voraussetzt.⁹⁴⁶ Auch solche Anforderungen an einen Eingriff präzisieren nicht schon die Verfassung und der Verfassungskontext; Kontur gibt ihnen höchstens eine nachträgliche Kasuistik.⁹⁴⁷ Die Notwendigkeit dieser Behelfslösung spricht gegen die zuverlässige Eingrenzbarkeit des Grundrechtsschutzes über Eingriffshürden im Obersatz, die sich schon der Verfassungenauslegung entnehmen lassen und nicht erst konkretisierenden Setzungen.⁹⁴⁸

Nach alledem bleiben weite Begriffe von Schutzbereich und Eingriff zumindest vertretbar. Keinem Abwägungskritiker gelingt der Nachweis, dass bereits Anhaltspunkte in Verfassungstext und -

⁹⁴⁰ Vgl. *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 101.

⁹⁴¹ Vgl. *Schwabe*: Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. 1997, S. 159f.

⁹⁴² *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 1. Aufl. 1969, S. 64.

⁹⁴³ *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 99.

⁹⁴⁴ Vgl. *Schwabe*: Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. 1997, S. 161.

⁹⁴⁵ Vgl. *Klatt/Meister*, in: Der Staat 2012, 159, 186.

⁹⁴⁶ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 497f.

⁹⁴⁷ Selbstkritisch bereits *Bilchitz*, in: Reasoning Rights, 2014, 41, 59.

⁹⁴⁸ Vgl. *Marzal*, in: International Journal of Constitutional Law, 621, 647.

kontext eine enge Ausdeutung der Grundrechte nahelegen. Stattdessen deutet vieles hin, dass der Verfassungsgeber die Art. 1-19 GG bewusst unspezifisch gehalten hat. Anzuerkennen ist somit als Wesenszug der Grundrechte ihre Unterbestimmtheit, also der vom Verfassungsgeber gewollte Verzicht darauf, ihre Rechtsvoraussetzungen von vornherein erkennbar einzugrenzen.

(f) Zwischenergebnis

Normstrukturell zeichnet die Grundrechte vor allem ihre Unterbestimmtheit aus, das heißt ihre vom Verfassungsgeber bewusst angelegte Konkretisierungsbedürftigkeit auf Seiten ihrer Rechtsvoraussetzungen. Im Kern unterscheiden sie sich dadurch von typischen detailliert ausspezifizierten einfachgesetzlichen Normen. Will man Grundrechte als Prinzipien bezeichnen und strukturell in Kontrast zu Regeln setzen, dann deshalb.

Konsequenzen ihrer Unterbestimmtheit sind unmittelbar ihre breiten Anwendungsbereiche *prima facie* und mittelbar ihre häufigen Kollisionslagen. Mit diesen geht ihre Funktion als Optimierungsgebote einher. Dies bedeutet aber zunächst lediglich, dass die Normstruktur von einer Methode verlangt, Grundrechtskonflikte nicht fallübergreifend einseitig zu lösen.

bb. Konsequenzen der Besonderheit

(a) Verfassungsinkompatibilität auslegungsbasierter Subsumtionsmodelle

In Frage stellen die festgestellten Eigenheiten der Grundrechte vor allem die Eignung normdeutungsgestützter Subsumtionsmodelle. Denn indem der Verfassungsgeber die Geltungsbereiche der Grundgesetznormen bewusst offenließ, verurteilte er die rein auslegungsbasierte Herausbildung von Obersätzen von vornherein zum Scheitern: Nicht etwa, weil sie den Verfassungskontext zu oberflächlich nach Auslegungshinweisen durchsuchen, misslingt den Canones eine zwingende Eingrenzung der Grundrechtsgeltung. Ihre Suche bliebe selbst dann vergeblich, wenn sie zu den tiefsten historischen Wurzeln und ins engste Getriebe des Verfassungssystems vordrängen – weil der Verfassungsgeber willentlich weder dort noch anderswo Indizien versteckt hat.

Die Unterbestimmtheit der Grundrechte vereitelt schon dem Grunde nach umfassende entstehungsgeschichtliche, systematische und teleologische Eingrenzungsversuche.⁹⁴⁹ Sie sind nicht „*gegenstandsadäquat*“⁹⁵⁰. Ähnlich ergeht es der teleologischen Reduktion, die ebenso auf die sichere Erkenntnis der *ratio legis* angewiesen ist. Stützen solche Methoden dennoch die Grundrechte bis zur Kollisionsfreiheit, dann nicht wegen tatsächlich zwingender Argumente der Canones, sondern nur wegen dezisiver Entscheidungen zugunsten enger Geltungsbereiche.⁹⁵¹ Gehorchen die Eingrenzungen letztlich dennoch vorhersehbaren Regeln, so stets durch Zufall statt durch transparente methodische Anordnung.⁹⁵²

⁹⁴⁹ Vgl. den ähnlichen Befund bei *Bezemek/Somek*, in: *Der Staat* 2018, 135, 142.

⁹⁵⁰ *Bezemek/Somek*, in: *Der Staat* 2018, 135, 143.

⁹⁵¹ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *Der Staat* 2012, 159, 185.

⁹⁵² Vgl. *Meister*: *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, 2011, S. 162ff.

Schon die verfassungsrechtliche Normstruktur legt also derart sachwidrige Methoden fern. Und selbst wenn die übrigen Verfassungsvorgaben rein auslegungsgestützte Subsumtionsmodelle dulden, so interveniert in Verbindung mit der Normstruktur spätestens das Rechtssicherheitsgebot: Denn wo mangels handfester Auslegungshinweise Grenzziehungen allerorts der Setzung anheimfallen, macht eine Methode die Beliebigkeit zur Regel und vorhersehbare Ergebnisse zur Ausnahme. Das jedenfalls verspricht kein Optimum an Rechtssicherheit, wie es der verfassungsrechtliche Maßstab vorgibt.⁹⁵³

Mithin disqualifiziert die Normstruktur den Text und Kontext der Grundrechte als hinreichende intersubjektiv überprüfbare Anhaltspunkte zur Bestimmung des Obersatzes. Diese bewusst vom Verfassungsgeber in Kauf genommene Lücke lässt sich auf drei Wegen füllen:

1. indem in Ergänzung der Canones außerjuridische Erwägungen den Gehalt des Obersatzes konkretisieren und so die Unterbestimmtheit der Grundrechte überbrücken⁹⁵⁴, etwa mithilfe moralischer Wertungen⁹⁵⁵,
2. indem Präjudizien die unterbestimmten Grundrechtsinhalte konkretisieren⁹⁵⁶ oder
3. indem die Oberstruktur dem Untersatz bzw. dem Sachverhalt im Einzelfall eine stärkere Bedeutung bei der Grundrechtsanwendung zumisst.⁹⁵⁷ In der hier relevanten, nicht dezisiven Form stellt dies keineswegs den Norminhalt ins Belieben des Sachverhalts. Der hier gemeinte verstärkte Rekurs auf den Sachverhalt füllt lediglich Anwendungsspielräume innerhalb der Wortlautgrenze der Grundrechte nach einer mit deren zwingenden Gehalt kompatiblen fest gefügten Methode.⁹⁵⁸ In *Alexys* Gewichtsformel etwa geschieht dies teilweise durch die konkrete Gewichtung der Abwägungsgegenstände anhand der Wirkung des jeweils Streitgegenständlichen Eingriffs.⁹⁵⁹ Da *Alexy* zur Gewichtsbestimmung auf den Diskurs setzt, bezieht er freilich ebenso sonstige Argumentationsformen wie außerjuridische Erwägungen ein.⁹⁶⁰

Als Kandidaten für eine verfassungskompatible rechtssichere Methode verbleiben also schon hiernach nur noch *Webbers* Oberstruktur und die alternativen Modelle.

(b) Abwägung als natürliche Normanwendungsmethode?

Die Unterbestimmtheit der Grundrechte und ihre daraus folgende Funktion als Optimierungsgebote erzwingen jedoch noch nicht das Methodenmonopol der Abwägung im Verfassungsrecht.⁹⁶¹ Zwar drohen ohne beliebige Eingrenzung unterbestimmter Geltungsbereiche zweifelsohne Kollisionen

⁹⁵³ Vgl. Kapitel 2, Abschnitt IV.

⁹⁵⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: *Die Verwaltung* 2016, 1, 14ff.

⁹⁵⁵ Vgl. *Webber*: *The Negotiable Constitution*, 2009, S. 116f.

⁹⁵⁶ Vgl. *Bernstorff*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 63, 75f.

⁹⁵⁷ Vgl. Kapitel 3, Abschnitt II.2.c.aa.(b); *Kirchhof*: *Grundrechte und Wirklichkeit*, 2007, S. 18f., 61ff.

⁹⁵⁸ Vgl. *Klatt*, in: *Die Sprache des Rechts*, Band 2, 2005, 343, 347ff. m.w.N.

⁹⁵⁹ Vgl. *Sieckmann*: *Recht als normatives System*, 2009, S. 184f.

⁹⁶⁰ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *JuS* 2014, 193, 194.

⁹⁶¹ So auch *Jansen*, in: *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, 2007, 39, 52; *Urbina*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2012, 49, 59.

zwischen ihnen und zwar dürfen diese nicht fallübergreifend einseitig aufgelöst werden. Auflösen lassen sich Konflikte somit nur durch Kompromisse oder dadurch, dass sich in manchen Streitfällen diese Norm durchsetzt und in anderen jene. In der Verfassungspraxis kommt sogar nur letztere Variante in Betracht. Denn das Verfassungsgericht muss für streitgegenständliche Sachverhalte klären, *ob* ein Grundrecht verletzt ist, nicht bloß wie viel es verglichen mit dem Rechtfertigungsgrund wiegt.⁹⁶²

Dazu eignet sich aber grundsätzlich außer dem Abwägungsmodell ebenso eine wohltarierte Regelausformung durch Präjudizien oder eine differenzierte moralische Bewertung von Konfliktfällen nach *Webbers* Vorstellung.⁹⁶³ Schließlich verlangt keines der Modelle von moralischen Geboten oder der Rechtsprechung eine drastische Unterordnung einiger Grundrechte zugunsten anderer Verfassungsgüter. Durchsetzen dürfte sich im Konfliktfall auch nach solchen Methoden manchmal die eine und manchmal die andere Verfassungsposition. Die Grundrechtsstruktur lässt sämtliche genannten Varianten methodisch genügen.

c. Vereinbarkeit mit dem Kernbereichsschutz

aa. Inhalt

Die einseitige Vernachlässigung einzelner Grundrechte verbietet ferner Art. 19 Abs. 2 GG. Die Vorschrift geht aber sogar noch darüber hinaus: Sie stellt klar, dass *keinesfalls* in den Kernbereich eines Grundrechts eingegriffen werden darf. Dabei handelt es sich nach herrschender Meinung nicht bloß um eine deklaratorische Klausel.⁹⁶⁴ Das ergibt sich bereits daraus, welche Bedeutung der Konvent und der Parlamentarische Rat Art. 19 Abs. 2 GG bzw. dessen Vorgänger Art. 21 Abs. 4 des Chiemseer Entwurfs in den Beratungen zumaßen.⁹⁶⁵ Entstehungsgeschichtlich verkörpert die Norm den Versuch, ein „*Bollwerk gegen die Entleerung der Grundrechte*“⁹⁶⁶ zu errichten.

Zwar folgert das BVerfG die entsprechenden Vorgaben in jüngerer Vergangenheit zuweilen parallel aus dem Gebot des effektiven Grundrechtsschutzes – insbesondere in Konstellationen mit Menschenwürdebezug.⁹⁶⁷ Wie von *Bernstorff* zutreffend bemerkt, ändert dies jedoch nichts an der unbestrittenen Verankerung des Kerngehaltsschutzes im Grundrechtskatalog.⁹⁶⁸

Entnehmen lassen sich Art. 19 Abs. 2 GG deshalb mit unveränderter Gültigkeit zwei zwingende Mindestanforderungen für die Grundrechtsanwendung:

⁹⁶² Vgl. *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 87f.

⁹⁶³ Vgl. *Martínez-Zorrilla*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 171, 179ff.; *Poscher*, in: *Ratio Juris* 2009, 425, 449.

⁹⁶⁴ Siehe BVerfGE 80, 367, 373f.; *Remmert*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 40f.

⁹⁶⁵ Vgl. zusammenfassend *Bernstorff*: *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, 2010, S. 259ff. m.w.N.

⁹⁶⁶ *Bernstorff*: *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, 2010, S. 80.

⁹⁶⁷ Vgl. die Erwähnung von Art. 19 Abs. 2 GG im Obersatz und die anschließende Konkretisierung des Abwägungsmaßstabs unter Rückgriff auf die Menschenwürdegarantie in BVerfGE 115, 118, 139, 151ff.

⁹⁶⁸ Siehe *Bernstorff*: *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, 2010, S. 108f.

1. Vor tiefgreifenden Einschnitten in den Wesensgehalt sind alle Grundrechte ausnahmslos geschützt.⁹⁶⁹ Sie sind „*in keinem Falle*“ erlaubt – so stellt es der Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG eindeutig klar. Solche Eingriffe gelten also stets als verfassungswidrig. Wenigstens ganz drastische Beeinträchtigungen müssen verfassungskompatible Methoden also immer verbieten – *egal*, welche Gründe die Einschränkung rechtfertigen mögen. Zumindest bei heftigsten Beeinträchtigungen erfordert in jedem Normanwendungsmodell *jedes* betroffene Grundrecht gegenüber jedweden Rechtfertigungsgrund den Vorzug.⁹⁷⁰ Pointiert: Selbst wenn ein drakonischer Eingriff nur Art. 2 Abs. 1 GG berührt und abstrakt gewichtigere Verfassungsnormen dies dringend gebieten, muss eine Methode darin eine Grundrechtsverletzung erkennen. Ansonsten missachtet sie den zwingenden Kerngehaltsschutz.
2. Ein Umkehrschluss aus Art. 19 Abs. 2 GG offenbart eine weitere Verfassungsvorgabe: Wenn die Norm den Wesensgehalt *besonders* in Schutz nimmt, dann impliziert dies, dass der Geltungsbereich eines Grundrechts *allgemein* weiter reicht. Das spricht einerseits für den bereits weiter oben festgestellten weiten Zuschnitt der Schutzbereiche. Andererseits folgt daraus im Mindesten, dass manchmal auch weniger einschneidende Eingriffe Grundrechte verletzen können.⁹⁷¹

bb. Konsequenzen für die Modelle

(a) Präjudiziengestützte Methode

Probleme bereitet Art. 19 Abs. 2 GG möglicherweise präjudiziengestützten Modellen. So zieht das ‚definitional balancing‘ im Sinne einer absoluten Kernbereichslehre um die Wesensgehalte der Grundrechte harte Grenzen, vernachlässigt aber den Schutz vor seichteren Eingriffen.⁹⁷²

Hierzu sieht sich die Methode veranlasst, um Konfliktlagen von vornherein weiträumig zu vermeiden. Denn ansonsten liefe sie Gefahr, dass im Einzelfall doch einmal zwei Schutzbereiche konfliktieren. Mangels verlässlicher Auslegungshinweise droht dann wie gesehen eine Auflösung durch beliebige Setzung. Den Geltungsbereich der Kunstfreiheit in Konfliktfällen auf diesem Wege abzugrenzen, schüfe beispielsweise schnell ein subjektives „*Kunstrichtertum*“⁹⁷³. Weil das dem Neutralitätsgebot einer freiheitlichen Ordnung widerspräche⁹⁷⁴, bevorzugt das ‚definitional balancing‘, die Geltungsbereiche prophylaktisch weit hinter mögliche Konfliktlinien zurückzudrängen. Daher beschränkt sie den Schutz auf Fälle tiefgreifender Einschnitte in die Wesensgehalte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG.⁹⁷⁵

⁹⁶⁹ Vgl. Windisch, in: Rechtstheorie 2013, 61, 84ff.

⁹⁷⁰ Vgl. Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 112ff.

⁹⁷¹ Vgl. Jansen, in: Der Staat 1997, 27, 52.

⁹⁷² Vgl. Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 189f.

⁹⁷³ Jarass/Pieroth: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016, Rn. 118.

⁹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 75, 369, 377; BVerfGE 81, 278, 291; Oliveira: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 287.

⁹⁷⁵ Vgl. Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 186ff.

Diese Lösung harmoniert zwar mit der ersten oben genannten Vorgabe von Art. 19 Abs. 2 GG. Denn das Gebot des Kernbereichsschutzes spezifiziert nicht näher, wie heftig Eingriffe ausfallen müssen, um den Wesensgehalt anzutasten.⁹⁷⁶ Erklärt eine Methode zumindest ein denkbares Maximum zur Grundrechtsverletzung, stellt sie immerhin einen engen Wesenskern unter Schutz und genügt der Minimalanforderung des Art. 19 Abs. 2 GG.

So erkennt die ‚definitorische Abwägung‘ beispielsweise durchaus den verfassungswidrigen Charakter von Peitschenhieben zur Bestrafung jugendlicher Delinquenten.⁹⁷⁷ Dass ausgerechnet die Bewertung eines derart krassen Eingriffs das Schutzkonzept des ‚definitional balancing‘ veranschaulicht, sagt jedoch ebenso viel über dessen Grenzen aus. Denn indem die Methode nur Eingriffe in den absoluten Kernbereich als Grundrechtsverletzung betrachtet, hält sie harmlosere Einschnitte stets für verfassungskonform. Mit dieser grundlegenden Weichenstellung stellt sich bereits ihre Oberstruktur gegen die Vorgabe von Art. 19 Abs. 2 GG, die der Umkehrschluss der Norm nahelegt.

Vermeiden kann das ‚definitional balancing‘ diesen Vorwurf jedoch, sofern die Methode den grundrechtlichen Schutz moderat über den Kernbereich hinaus erstreckt. Denkbar wäre dies zum Beispiel, wenn das Normanwendungsmodell seichtere, aber dafür evident ungerechtfertigte Eingriffe ebenfalls für verfassungswidrig erklärt. Was als evident ungerechtfertigt gilt, überlässt das ‚definitional balancing‘ jedoch genau wie die *„Typologisierung kerngehaltsschützender Argumentationsformen“*⁹⁷⁸ zumindest in präzedenzlosen Grenzfällen der freien richterlichen Entscheidung.⁹⁷⁹

(b) Organisationsbasierter Ansatz

Deutlicher als die präjudiziengestützten Modelle widerspricht ein organisationsbasierter Ansatz bereits in seiner Oberstruktur der Vorschrift des Kernbereichsschutzes. Denn bei Art. 19 Abs. 2 GG handelt es sich zunächst um eine strikt materiellrechtliche Vorgabe. Dass sie eingehalten wird, mögen zwar bereits Verfahrensvorkehrungen begünstigen, indem etwa Folgenabschätzungen und Sachverständigenanhörungen den Gesetzgeber dazu bewegen, radikale Maßnahmen zu überdenken.

Eine materiellrechtliche Kontrolle ersetzen solche verfahrensbezogenen Alternativen indes nie vollständig. Das gilt insbesondere, wenn man bedenkt, dass verfahrensbezogene Anforderungen nicht zwingend eine Disziplinierung in der Sache nach sich ziehen, sondern ebenso gut zum leeren Formalismus verkommen können.

Selbst wenn mancherorts auch ohne materielle Normenkontrolle Kerngehalte von Grundrechten tadellos unangetastet bleiben, folgt daraus nicht, dass dies in jedem anderen Staat und in jedem Fall

⁹⁷⁶ Vgl. Krebs, in: Münch/Kunig (Hrsg.), 6. Aufl., 2012, Art. 19 GG, Rn. 23; Remmert, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 40f.

⁹⁷⁷ Siehe Bernstorff, in: Reasoning Rights, 2014, 63, 79f.

⁹⁷⁸ Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 186ff.

⁹⁷⁹ Vgl. Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 267ff.; Arnould: Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 204.

gewährleistet wäre. Die für deutsche Gesetzesentwürfe nach § 76 Abs. 2 GO-BT nötige, oftmals extensive Begründung einschließlich dokumentierter Folgenabschätzung bewahrt die jeweiligen Regelungen nicht kategorisch vor der Verfassungswidrigkeit: Das zeigt etwa das Beispiel der aufwändigen Gesetzesvorbereitung zur Vorratsdatenspeicherung⁹⁸⁰ und der dennoch deutlichen Ablehnung im BVerfG-Urteil von 2010⁹⁸¹.

Und auch sofern eine primär verfahrensbezogene Methode zusätzlich zumindest eine materiellrechtliche Evidenzkontrolle bei der Grundrechtsanwendung vorsieht, reicht diese allein vermutlich nicht aus, um einen ausreichenden Kernbereichsschutz zu garantieren. Denn ohne genauere methodische Bestimmungen, was als verfassungswidrig gilt und was nicht, ergibt sich eine eindeutige Aussage zum Grundrechtsgehalt allenfalls aus dessen Auslegung. Diese aber scheitert zumeist bereits strukturell an der Unterbestimmtheit der Normen.⁹⁸² Es ist daher zweifelhaft, ob sich dem Kernbereichsschutz bereits genügen lässt, indem drastische staatliche Maßnahmen wie Zensur und Folter unterbleiben, deren Unzulässigkeit schon die Auslegung der Verfassung klarstellt.

Für die Grundrechtsanwendung unter ausländischen Judikaturen mag es zwar ausreichen, ihre Berechenbarkeit dadurch herzustellen, dass außer in Evidenzfällen stets auf sie verzichtet wird. In Deutschland hingegen lässt sich dieser Ansatz nicht mit dem zwingend gebotenen Kernbereichsschutz vereinbaren, der stets auch ein gewisses Maß an materieller Kontrolle verlangt. Mangels Verfassungskonformität kommt eine organisationsbasierte Lösung daher nicht als tragfähiges Modell in Betracht.

(c) *Alexys Abwägungsmodell*

Alexys Abwägungsmodell scheint manchem Kritiker ebenfalls unvereinbar mit den Vorgaben des Art. 19 Abs. 2 GG.⁹⁸³ Immerhin löst dessen Oberstruktur Normkollisionen stets zugunsten des Verfassungsguts, dem im konkreten Fall ein höheres Gewicht zukommt: Wo immer also der Rechtfertigungsgrund die Schwere des Eingriffs überwiegt, verletzt dieser kein Grundrecht. Abwägungsskeptiker bemängeln daher, dass die Methode Grundrechtsträger selbst vor noch so gravierenden Einschnitten bloß relativ und nicht absolut schützt.⁹⁸⁴ Schließlich gestattet das Abwägungsmodell entgegen Art. 19 Abs. 2 GG selbst schärfste Beeinträchtigungen, solange ihre Rechtfertigung mindestens gleich schwer wiegt – so zumindest der Vorwurf.⁹⁸⁵

Die Abwägungstheorie verwahrt sich gegen diesen Einwand. So erörtert etwa *Klatt*, wie ein relativer Grundrechtsschutz den Kernbereich gegen tiefe Eingriffe de facto absolut immunisieren

⁹⁸⁰ Siehe BT-Drs. 16/5846, S. 1ff.

⁹⁸¹ Siehe BVerfGE 125, 260.

⁹⁸² Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.a.bb.

⁹⁸³ So *Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 80, 372f.; *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 111ff.

⁹⁸⁴ Siehe *Cali*, in: Human Rights Quarterly 2007, 251, 257; *Tsakyrakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 492f.

⁹⁸⁵ Vgl. *Reimer*, in: Der Staat 2013, 27, 50f.

kann. Dies gelingt, indem die Gewichtsformel die Rechtfertigungshürde für einen gravierenden Eingriff ins praktisch Unerreichbare hebt.⁹⁸⁶ Einen Mechanismus hierfür verankern die ältere und die jüngere Kieler Schule an unterschiedlichen Stellen ihrer jeweiligen Oberstruktur:

Wie die Abwägung Art. 19 Abs. 2 GG mit einem quasi-absoluten Kernbereichsschutz Rechnung tragen könnte, skizzierte *Alexy* schon in seiner Theorie der Grundrechte.⁹⁸⁷ Die Rechtfertigungshürde für verfassungskonforme Eingriffe steigt demzufolge exponentiell im Verhältnis zur Eingriffsintensität. Das rechtfertigt vorsichtige Eingriffe schon aus unterproportional leichten Gründen. Für scharfe Einschnitte verlangt die Oberstruktur dagegen eine überproportional gewichtige Rechtfertigung, die ab einem gewissen Punkt faktisch nicht mehr zu leisten ist.⁹⁸⁸

Die später entwickelte Gewichtsformel verzichtet dagegen auf diese dynamische Relation von Eingriffsintensität und Rechtfertigungsbedürfnis. Stattdessen erklärt *Alexys* Modell leichte ebenso wie schwere Eingriffe gleichermaßen für verfassungsgemäß, solange die Rechtfertigung nur gleichschwer wiegt.⁹⁸⁹ „*In these situations, the legislator is free to decide as he wishes*“⁹⁹⁰.

Kumm und *Klatt* skizzieren demgegenüber auch innerhalb der Gewichtsformel zwei neue Wege, um de facto einen absoluten Schutz vor extremen Eingriffen sicherzustellen:

Erstens erwägt *Kumm* scheinbar, diskursiv die konkreten Gewichte so zu arrangieren, dass dasjenige des Eingriffs doch schwerer ausfällt als das des Rechtfertigungsgrundes.⁹⁹¹ Dies wirkt jedoch dort sachwidrig, wo der Eingriff evident dem rechtfertigenden Verfassungsgut in höchstem Maße dient.

Zweitens regt *Klatt* an, individualschützende Grundrechte gegenüber rechtfertigenden Kollektivgütern abstrakt höher zu gewichten und dadurch einen quasi-absoluten Schutz herzustellen.⁹⁹² Diese Vorkehrung verhilft dem absoluten Kernbereichsschutz indes dort nicht zur Geltung, wo der abstrakt ebenso gewichtige Individualrechtsschutz zugunsten eines anderen Grundrechtsträgers einen schwerwiegenden Eingriff rechtfertigt.

Insgesamt vernachlässigt die bisherige Abwägungslehre, dass ein abstrakt höheres Gewicht des Rechtfertigungsgrundes bei ähnlich hohen konkreten Gewichten laut Gewichtsformel den Ausschlag für die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs gibt. Dadurch erlaubt die Gewichtsformel sogar Maximaleingriffe in abstrakt eher geringwertige Verfassungsgüter wie die allgemeine Handlungsfreiheit.

Den von Art. 19 Abs. 2 GG verlangten Kernbereichsschutz gewährt *Alexys* Oberstruktur in ihrer derzeitigen Form demzufolge nur abstrakt gewichtigeren Grundrechten. Damit riskiert sie an

⁹⁸⁶ Siehe *Klatt*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 891, 895.

⁹⁸⁷ Siehe *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 145ff., 270f.

⁹⁸⁸ Zusammenfassend *Barak*: *Proportionality*, 2012, S. 363f. m.w.N.

⁹⁸⁹ So *Alexy*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, 771, 774f.

⁹⁹⁰ *Alexy*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 31, 45.

⁹⁹¹ Siehe *Kumm*, in: *Law, Rights and Discourse*, 2007, 131, 149.

⁹⁹² Siehe *Klatt*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 891, 896f.

diesem Punkt die Verfassungskonformität der Methode. Lösbar scheint das Problem gleichwohl, indem die Gewichtsformel stets das betroffene Grundrecht die Rechtfertigung überwiegen lässt, wo sich das konkrete Gewicht der Eingriffsintensität dem Maximum nähert.⁹⁹³

Diskutabel bleibt danach, wie die Oberstruktur die Relation praktikabler und vor allem rechtssicherer abbilden kann. Mit Art. 19 Abs. 2 GG harmonisiert die Abwägungstheorie aber zumindest nach einer Modifikation zweifellos. Schließlich erklärt die skizzierte Variante einen gewissen Satz schwerster Eingriffe in jedwedes Grundrecht für faktisch unrechtfertigbar und damit kategorisch für verfassungswidrig. Wie sich diese Verformelung am besten gestalten lässt, soll das Folgekapitel intensiver besprechen, sobald feststeht, auf welcher Skala sich welche numerischen Werte als Gewichtungsfaktoren vorhersehbar bestimmen lassen.⁹⁹⁴

(d) Sonstige Modelle

Am wenigsten Kritik richtet sich wegen Art. 19 Abs. 2 GG gegen *Webbers* und *Sieckmanns* Ansätze. Indem sie die Auflösung von Normkollisionen moralischen Bewertungen bzw. dem Diskurs überlassen, müssen sie nur sicherstellen, dass die Argumentation stets den Kernbereichsschutz beachtet. Solange ihre Methode kernbereichsrelativierende Entscheidungen von Konfliktlagen untersagt, bleiben der Diskurs und die moralbasierte Auslegung in diesem Punkt verfassungskompatibel.

d. Zwischenergebnis

Vor allem die Unterbestimmtheit der Grundrechte kennzeichnet ihre Normstruktur, so lautet der Zwischenbefund der Untersuchung: Dass der Verfassungsgeber ihre Rechtsvoraussetzungen ganz bewusst semantisch offen zeichnete, trennt Grundrechte als Prinzipien von der versehentlichen Vagheit einfachgesetzlicher Regeln. In Text und Kontext des Grundgesetzes fehlen willentlich genauere Anhaltspunkte für die Auslegung.⁹⁹⁵

Konventionelle Subsumtionsmodelle scheitern deshalb schon dem Grunde nach, weil sie über weite Strecken beliebig setzen müssen, worunter sie subsumieren. Sofern also nicht schon die Normstruktur ihre Methode verbietet, so zumindest das verfassungsrechtlich gebotene Minimum an Rechtssicherheit in der Normanwendung.⁹⁹⁶

Um die Unterbestimmtheit der Grundrechte zu überbrücken, kommen nur vier zurzeit diskutierte methodische Ansätze in Betracht:

1. *Webber* behält das auslegungsbasierte Subsumtionsmodell zwar weitgehend bei. Er kompensiert die Unterbestimmtheit im Obersatz aber in Ergänzung der Canones mit außerjuridischen moralischen Wertungen, um *einzelfallunabhängig* Schutzbereiche und Eingriffshürden zu definieren.

⁹⁹³ Vgl. den ähnlichen Gedanken der Rechtsprechung in BVerfGE 80, 367, 373f.

⁹⁹⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.

⁹⁹⁵ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.a.aa.

⁹⁹⁶ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.a.bb.

2. *Alexys* Abwägung baut die Oberstruktur zur Gewichtsformel um und füllt deren konkretisierungsbedürftige Leerstellen im Gegensatz *einzelfallbezogen* per Diskurs. Einbeziehen darf dieser gerade bei der Bestimmung konkreter Gewichte empirische Beobachtungen zum Sachverhalt ebenso wie jedwedes überzeugungsfähige außerjuridische Argument.
3. *Sieckmanns* Abwägung überlässt selbst den Aufbau der Oberstruktur *einzelfallbezogen* dem Diskurs.
4. Im präjudiziengestützten Modell schafft sich das Gericht notfalls dezisiv eigene Regeln und Ausnahmen. Unter deren so ausdefinierte *einzelfallunabhängige* Obersätze subsumiert das Verfahren in der Oberstruktur bei der weiteren Grundrechtsanwendung gleichgelagerte Konstellationen.

Einerseits harmonisieren diese Oberstrukturen alle mit der festgestellten Normstruktur der Grundrechte.⁹⁹⁷ Andererseits scheinen sie sämtlich grundsätzlich geeignet, tiefe Eingriffe in den Kernbereich kategorisch als verfassungswidrig anzusehen – anders als der organisationsbasierte Ansatz.⁹⁹⁸ Somit beachten alle vier verbleibenden Oberstruktur-Modelle die wesentlichen relevanten Verfassungsvorgaben und dürfen als verfassungskompatible Teilschritte einer Methode gelten. Hierfür spricht im Übrigen auch die praktische Erprobung der unterschiedlichen Oberstrukturen in verschiedenen Judikaturen.⁹⁹⁹

4. Rechtssicherheit der Modelle

a. Orientierung

Wie Kapitel 2 zeigte, formuliert die Verfassung für Methoden neben dem Verbot von Entscheidungen contra legem die weiche Vorgabe, ihre Normen möglichst vorhersehbar anzuwenden.¹⁰⁰⁰ Welchem der verfassungskompatiblen Modelle dies in der Oberstruktur am ehesten gelingt, will der vorliegende Abschnitt klären.

Dazu prüft die Untersuchung die potenziellen Varianten nacheinander anhand des Maßstabs, den das vorausgehende Kapitel entwickelt hat. Hiernach bestimmt sich die Rechtssicherheit einer Methode nach der Vorhersehbarkeit ihrer Anwendungsergebnisse. Diese wiederum richtet sich danach, in wie wenigen Fällen die stringente Methodenanwendung eine hohe Streubreite beliebig vertretbarer Ergebnisse zulässt.

Um festzustellen, welches verfassungskompatible Oberstruktur-Modell hieran krankt, unterziehen die Abschnitte II.4.b bis II.4.e nacheinander ein jedes einem Falsifikationsversuch. Daraufhin verwirft die Überprüfung alldiejenigen Ansätze, deren Anwendung flächendeckend verfassungswidrige oder unvorhersehbare Ergebnisse produziert. Ebenso verwirft die Untersuchung Methoden, deren Vorgehensweise sich nicht durchgängig intersubjektiv

⁹⁹⁷ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.b.bb.

⁹⁹⁸ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.

⁹⁹⁹ Vgl. *Coan*, in: *Wisconsin Law Review* 2017, 833, 847.

¹⁰⁰⁰ Siehe Kapitel 2, Abschnitt IV.

kontrollieren lässt, weil ihr Schlussschema bereits wegen Intransparenz beliebige Folgerungen riskiert.

Endgültig abgelehnt wird ein Modell dabei nicht schon wegen punktueller Defizite, sondern nur wenn die Schwachstellen einer Anwendungsmethode irreparabel sind und strukturimmanent beliebige Ergebnisse provozieren. Ob dies der Fall ist, kontrolliert der Abschnitt, indem er auslotet, wie viele Anwendungsfälle ein erkanntes Einfallstor für Beliebigkeit in einem Oberstruktur-Modell betrifft. Dementsprechend sucht der Abschnitt stichprobenhaft Fälle, in denen die Methode schon wegen ihrer Oberstruktur unberechenbare Entscheidungen gestattet. Entdeckt die Untersuchung solche Beispiele, prüft sie deren Ausmaß. Bleiben unvorhersehbare Ergebnisse auf Sonderkonstellationen beschränkt, spricht dies nach dem Falsifikationsgrundsatz für eine Korrigierbarkeit. Je vielfältiger dagegen die Anwendungsszenarien, in denen die Methode eine hohe Streubreite verschiedener Entscheidungen gleichermaßen zulässt, desto schwieriger ist sie zu korrigieren. Wo dies keinen Erfolg verspricht, gilt ein Normanwendungsmodell im Ganzen als falsifiziert. Dann nämlich mangelt es einer Methode aufgrund ihrer Oberstruktur durchgängig an Rechtssicherheit.¹⁰⁰¹

Umgekehrt gelten nach kritischer Überprüfung solche Modelle als rechtssicher, deren Normanwendungsverfahren sich in der Oberstruktur gegen Falsifikationsversuche behauptet. Dies trifft auf Methoden zu, die bei feststehenden Zwischenergebnissen aus der Unterstruktur in den kontrollierten Anwendungsfällen jeweils nur einen engen Korridor vertretbarer Entscheidungen zulassen.

b. Defizite des moralischen Subsumtionsmodells

Das auslegungsgestützte Subsumtionsmodell *Webbers* stützt sich flächendeckend auf beliebige Wertungsentscheidungen des Normanwenders, solange kein universell gültiger moralischer Maßstab zur Verfügung steht. Dass ein solcher bislang nicht entwickelt wurde, zeigte bereits der entsprechende Abschnitt in Kapitel 2: Brückenprinzipien wie ‚Sollen impliziert Können‘ disqualifizieren zwar manche Handlungen als moralische Leitlinie. Präzisere Eingrenzungen von Wertungsspielräumen erlauben universell akzeptable moralische Sätze indes nicht.¹⁰⁰² Sie eignen sich deshalb auch nicht dazu, die Unterbestimmtheit der Grundrechte zu überbrücken. Stattdessen stellen sie die Normanwendung überwiegend in das Belieben des Rechtsanwenders.

Möglicherweise erlangt jedoch in Zukunft eine feingliedrige moralische Richtschnur universelle Anerkennung. Noch leichter einführen ließe sich ein Gradmesser moralischer Richtigkeit als außerjuridisches Normanwendungskriterium im Übrigen durch bloße Setzung. Ähnlich einem Präjudiz bliebe dabei zwar dessen Auswahl beliebig. Seine Anwendung wäre im Folgenden jedoch vorhersehbar, *wenn* das moralische Bewertungssystem Ermessensspielräume zurückdrängt und seine Funktionsweise für jedermann vorhersehbar ist.

¹⁰⁰¹ Siehe zur Herleitung dieses Maßstabs Kapitel 2, Abschnitt IV.

¹⁰⁰² Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb.

Doch ob letzteres gelingt, ist zu bezweifeln. Denn damit ein moralischer Maßstab eindeutige Vorgaben für die Auflösung von Normkollisionen liefert, darf er nicht bloß ganz abstrakte oder pauschale Wertungen treffen. Erforderlich scheint vielmehr ein fein austariertes Bewertungssystem mit ausreichend Bodennähe zu den Einzelfällen: Wegen des Kernbereichsschutzes darf es einerseits keinen Konflikt einseitig auflösen, indem es etwa die Meinungsfreiheit kategorisch über den Persönlichkeitsrechtsschutz hebt. Für ausgeglichene Beurteilungen genügt dabei andererseits nicht schon eine konkretisierungsbedürftige Formel. Um die Unterbestimmtheit zu überbrücken, reicht gerade keine Vorgabe, die lediglich gebietet, Normkollisionen ‚angemessen‘ oder ‚verhältnismäßig‘ aufzulösen. Über dem darunter zu subsumierenden Untersatz darf ein moralischer Maßstab nur so weit schweben, dass er bereits ohne beliebige Präzisierung handhabbar ist.¹⁰⁰³

Das erzwingt als Spezifizierung des Obersatzes ein komplexes moralisches Bewertungssystem. Nicht bloß dessen Einführung durch Setzung dürfte somit unvorhersehbar ausfallen. Praktisch gestaltet sich auch die Subsumtion darunter unberechenbar. Denn erst wenn sämtliche Rechtsanwender und Beobachter das komplizierte ethische Bewertungsschema verinnerlichen, produziert dessen Anwendung flächendeckend vorhersehbare Ergebnisse. Dass es soweit kommt, scheint weit unwahrscheinlicher, als dass präjudizienartige Setzungen allgemein zur Orientierung dienen. Ihre Akzeptanz beruht immerhin auf tatsächlicher Spruchpraxis. Die Akzeptanz eines komplizierten (vom Schrifttum) gesetzten Bewertungssystems ruht höchstens auf der Hoffnung, dass künftig einmal alle anderen das Normanwendungsmodell verstehen und verwenden.¹⁰⁰⁴

Die Oberstruktur einer Subsumtion unter moralisch konkretisierte Obersätze verspricht deshalb kaum vorhersehbare Anwendungsergebnisse – zumindest auf derzeitigem Entwicklungsstand.

c. Defizite des diskursiven Abwägungsmodells

Die Rechtssicherheit des diskursiven Abwägungsmodells *Sieckmanns* hängt schon nach seiner Oberstruktur davon ab, wie vorhersehbar die Ergebnisse einer diskursiven Methode sein können. Wie in Kapitel 2 festgestellt, gestattet ein solches Modell in Streitfragen zumeist ein breites Spektrum diskursiv möglicher Entscheidungen. Wie der Richter die Oberstruktur zur Grundrechtsanwendung im Diskurs ordnet, richtet sich somit nach seinem beliebigen Entschluss für eine von vielen vertretbaren Möglichkeiten.

Wer den Aufbau der Oberstruktur weitgehend dem Diskurs überlässt,¹⁰⁰⁵ erlaubt demnach methodisch nur in eindeutigen Fällen diskursiver Notwendigkeit eine antizipierbare Normanwendung. Schließlich harmonieren mit seiner Methode ganz unterschiedliche Verrechnungsschlüssel für die Gewichtungen der Kollisionsnormen in der Oberstruktur.¹⁰⁰⁶ Im Rahmen der Diskursregeln könnte der Rechtsanwender dazwischen beliebig wählen. Und selbst rechtssicher ermittelte Gewichtungsfaktoren ließen sich nach großzügigem Ermessen korrigieren,

¹⁰⁰³ Vgl. Barak: Proportionality, 2012, S. 377f.

¹⁰⁰⁴ Zum Ganzen vgl. Panaccio, in: International Journal of Constitutional Law 2010, 988, 994.

¹⁰⁰⁵ So Sieckmann: Recht als normatives System, 2009, S. 177f.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Bäcker, in: Rechtstheorie 2009, 404, 424; ferner z.T. selbstkritisch Sieckmann, in: ARSP 2011, 178, 193.

indem ein Obersatz ihre Variablen so in Beziehung setzt, dass daraus das jeweils gewünschte Ergebnis folgt.

Auch eine diskursive Oberstruktur der Abwägung erbringt mithin bloß eine überschaubare Prognoseleistung und vermittelt wenig Rechtssicherheit.

d. Defizite des präjudiziengestützten Modells

Wie vorhersehbar das präjudiziengestützte Modell Grundrechte anwendet, muss differenziert beurteilt werden: Gesondert zu betrachten ist der Umgang mit präzedenzlosen Fällen und solchen, zu deren Auflösung Präjudizien in Frage kommen.

Auf letztere konzentriert sich das Modell. Hier verspricht sich die Theorie die größten Zugewinne für die Rechtssicherheit.¹⁰⁰⁷ Kritikern zufolge produziert jedoch auch der Rückgriff auf Präjudizien in etlichen Anwendungsfällen eine hohe Streubreite gleichermaßen vertretbarer Ergebnisse. Teils richtet sich der Vorwurf gegen die Variante des ‚definitional balancing‘, der zufolge die Setzung eines Präjudizes nur dazu dient, Grundrechtskollisionen in gleichgelagerten Fällen aufzulösen.¹⁰⁰⁸ Teils wendet sich der Einwand gegen das alternative Modell, in dem präjudizierte Anwendungsregeln gemeinhin Anwendung finden sollen, wie von *Bernstorff* dies begrüßt¹⁰⁰⁹.

In der ersten Variante statuiert die Methode den Vorrang eines Grundrechts in Kollisionslagen nur für solche Fälle, die dem Präzedenzfall ähneln. Laut *Vogel/Christensen* entspricht dies der derzeitigen Rolle von Präjudizien in der Rechtsprechung des BVerfG.¹⁰¹⁰ In jedem Einzelfall muss der Rechtsanwender somit aufs Neue prüfen, ob die aus der Kasuistik hergeleitete Regel in der streitigen Konstellation einschlägig ist.¹⁰¹¹ Letztlich forciert dies außer in identischen Fällen jedes Mal ein Ringen darum, ob die Umstände der beiden Fälle hinreichend gleichgelagert sind.¹⁰¹² Die Methode verspricht dabei von sich aus keine nähere Orientierung: Wann und welche Sachverhaltsmerkmale sich gleichen müssen, um unter ein Präjudiz subsumieren zu dürfen, lässt der Ansatz nämlich offen. Dem Rechtsanwender ist damit freie Hand gelassen; entsprechend beliebig darf eine Norm häufig methodenkonform angewandt werden.¹⁰¹³

Immerhin eine Erwägung von *Bernstorffs* vermeidet jedoch solche Wertungsspielräume in der Frage, ob eine kasuistisch aufgestellte Regel anwendbar ist: Seine Überlegung erklärt sie nämlich in allen Fällen für anwendbar.¹⁰¹⁴ In Präjudizien soll der Richter somit als Ersatzgesetzgeber fungieren und allgemeine Regeln ausformulieren. Zu denken ist insofern an die richterliche Praxis

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Bernstorff*, in: *Der Staat* 2011, 165, 188; *Petersen*, in: *German Law Journal* 2013, 1387, 1403.

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 152.

¹⁰⁰⁹ Siehe *Bernstorff*, in: *Der Staat* 2011, 165, 188; *Bernstorff*: *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz*, 2010, S. 68.

¹⁰¹⁰ Siehe *Vogel/Christensen*, in: *Rechtstheorie* 2013, 29, 44ff.

¹⁰¹¹ Vgl. *Riehm*: *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 45.

¹⁰¹² Vgl. *Alexy*, in: *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 2003, 217, 222; *Kallmeyer*: *Ideales Sollen*, 2016, S. 352.

¹⁰¹³ Vgl. *Weiß*, in: *AöR* 2009, 619, 621.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Bernstorff*, in: *Der Staat* 2011, 165, 183f.; ähnlich *Sartor*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 121, 122ff.

im Case Law, Tests einzuführen.¹⁰¹⁵ Dabei räumen Befürworter des Verfahrens ein, dass dies der künftigen Rechtsprechung einiges an Flexibilität raubt. Sie erkennen darin jedoch den nötigen Preis für ein Maß an Rechtssicherheit, das dem Rechtsstaatlichkeitsgebot genügt.¹⁰¹⁶

Doch auch dem ‚definitional balancing‘ misslingt eine vorhersehbare Normanwendung womöglich an anderer Stelle – nämlich in präzedenzlosen Fällen. Hier läuft die Methode ins Leere, weil sie präjudizierte Regeln stets schon voraussetzt. Wo Grundsatzentscheidungen erst einmal getroffen werden müssen, hilft die präjudizienbasierte Normanwendung nicht weiter.¹⁰¹⁷ So genügt die Orientierung an Vorentscheidungen zwar im Tagesgeschäft; davon künden auch die häufigen Zitate älterer Urteile durch das BVerfG.¹⁰¹⁸ Aber gerade in zentralen Streitfragen stellt das ‚definitional balancing‘ die Auflösung der Normkollision ins Belieben des Anwenders.¹⁰¹⁹

Dass das präjudiziengestützte Modell dadurch einen beträchtlichen Teil der Grundrechtsanwendung Wertungsspielräumen überlässt, zeigt die kritische Auseinandersetzung mit der Methode der ‚categorization‘ in der Praxis des U.S. Supreme Courts: Ein unverminderter Strom zentraler Streitfragen kann Jahr für Jahr nicht stringent per Subsumtion unter bereits entwickelte Tests aufgelöst werden. Dies offenbart strukturelle Vorhersehbarkeitsdefizite der amerikanischen Methode.¹⁰²⁰

Rechtssicherheit verspricht die präjudiziengestützte Methode somit nur in einem Teil der Anwendungsfälle. In präzedenzlosen Konstellationen liefert das Verfahren dagegen naturgemäß keine präzisierenden Vorgaben, wann ein Grundrecht verletzt ist und mit welcher Entscheidung deshalb gerechnet werden darf. Gerade die wichtigsten Weichenstellungen der Grundrechtsanwendung stellt die Methode somit dem richterlichen Belieben anheim. Darin besteht das strukturimmanente Defizit des ‚definitional balancing‘ und der ‚categorization‘ im Hinblick auf ihre Rechtssicherheit.¹⁰²¹

e. *Alexys Gewichtsformel*

Leichter fällt der Umgang mit präzedenzlosen Fällen offenbar *Alexys Gewichtsformel*. Deren Funktionsweise veranschaulicht er sogar fast ausschließlich anhand von Grundsatzentscheidungen wie dem Lüth-¹⁰²² oder dem Lebach-Urteil¹⁰²³.

Schließlich kann seine Gewichtsformel zum Einsatz kommen, um jede erdenkliche Normkollision aufzulösen: Ihre Verrechnung der Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung im konkreten Fall

¹⁰¹⁵ Vgl. Barak: Proportionality, 2012, S. 508ff. m.w.N.

¹⁰¹⁶ Vgl. Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 188; Bernstorff: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 375; Petersen, in: German Law Journal 2013, 1387, 1403.

¹⁰¹⁷ Vgl. Sampaio, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 101

¹⁰¹⁸ Vgl. Vogel/Christensen, in: Rechtsatheorie 2013, 29, 45ff.

¹⁰¹⁹ Vgl. Sieckmann, in: ARSP 2004, 66, 68f.; Sieckmann: Recht als normatives System, 2009, S. 189.

¹⁰²⁰ Vgl. Greene, in: Harvard Law Review 2018, 30, 35ff., 79ff.

¹⁰²¹ Vgl. Riehm: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 44.

¹⁰²² BVerfGE 7, 198, 212.

¹⁰²³ BVerfGE 35, 202; vgl. ferner Alexy, in: Ratio Juris 2003, 131, 136f.

verlangt weder ein Präjudiz noch einen eindeutigen moralischen Kompass noch sonstige Spezialkenntnisse außerjuridischer Faktoren.

Stattdessen folgt die Methode zumindest in der Oberstruktur stets einem logisch nachvollziehbaren Schluss-Schema von überschaubarer Komplexität. Kennt man die gemäß der Unterstruktur ermittelten Gewichtungen, kann jedermann anhand der Gewichtsformel zuverlässig vorhersagen, wie ein Gericht entscheidet, das sich ebenfalls an diesem Schema orientiert.¹⁰²⁴ Das gilt selbst für so genannte *Pattsituationen*, in denen Eingriff und Rechtfertigung gleichviel wiegen. Denn zumindest indem das BVerfG seine Kontrollkompetenz aus Rücksicht auf eine Einschätzungsprärogative beschränkt, gebietet *Alexys* Gewichtsformel auch in solchen Fällen eindeutig, eine Grundrechtsverletzung zu verneinen. Wie insbesondere *Klatt* herausgearbeitet hat, erlaubt hier die zusätzliche Abwägung kollidierender Kompetenzen des Eingreifenden und des kontrollierenden Gerichts eine eindeutige Entscheidung zwischen kollidierenden gleichgewichtigen materiellrechtlichen Verfassungswerten.¹⁰²⁵ So führt etwa das Demokratieprinzip dazu, dass Eingriffe des Gesetzgebers in Pattsituationen als verfassungskonform gelten.¹⁰²⁶

Inwiefern die vorausgehenden Teilschritte der Gewichtung und der Unterstruktur berechenbar ablaufen können, ist dabei eine andere Frage.¹⁰²⁷ Die Abwägungstheoretiker wissen genau wie ihre Kritiker, dass die Bestimmung der Gewichte und nicht ihre Verrechnung die Schlüsselstelle ihrer Methode bildet.¹⁰²⁸ Das streng logische Schlusschema der Oberstruktur bereitet gerade deshalb keine Probleme, weil das Abwägungsmodell die umstrittene Gewichtszumessung in vorherigen Schritten des Entscheidungsverfahrens auslagert: Wie genau die besondere Berücksichtigung des Sachverhalts und sonstiger diskursiver Argumente im Einzelfall die Unterbestimmtheit der Verfassungsnormen überbrücken soll, lässt *Alexys* Oberstruktur nämlich offen.¹⁰²⁹ Stattdessen klammert sie diesen kritischen Vorgang aus und bezeichnet ihn im Gegensatz zur ‘internen Rechtfertigung’ der Gewichtsformel als gesonderte ‘externe Rechtfertigung’.¹⁰³⁰

Anders als die Modelle von *Webber* und von *Bernstorff* legt sich nicht schon *Alexys* Oberstruktur darauf fest, welche Unterstruktur anschlussfähig ist. Sie trifft für sich genommen keine Vorgaben dazu, wie die in sie eingestellten Gewichte ermittelt werden. *Von Bernstorff* dagegen bindet in seine Oberstruktur dezidiert Präjudizien ein, *Webber* moralische Erwägungen. Somit provoziert bei ihnen bereits die Oberstruktur Einwände gegen ihre Rechtssicherheit. Will auch das Abwägungsmodell den Rechtsanwender methodisch eng führen, benötigt es entsprechende Leitplanken letztlich in der Gewichtung und der Unterstruktur. Solange sie dort aber auftauchen, muss umgekehrt *Alexys* Gewichtsformel nirgendwo anecken.

¹⁰²⁴ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 424.

¹⁰²⁵ Vgl. *Klatt*: *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, 2014, S. 256ff.

¹⁰²⁶ So *Klatt*, in: *Global Constitutionalism* 2015, 195, 214.

¹⁰²⁷ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *Der Staat* 2012, 159, 172.

¹⁰²⁸ Siehe nur *Alexy*, in: *Der Staat* 2013, 87, 98; *Hoffmann-Riem*, in: *Der Staat* 2004, 203, 229.

¹⁰²⁹ Vgl. *Pavlakos*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2011, 129, 153.

¹⁰³⁰ Vgl. *Bäcker*, in: *Rechtstheorie* 2009, 404, 409ff.; *Klatt/Meister*, in: *JuS* 2014, 193, 198.

Zumindest der Blick auf die Oberstruktur offenbart somit noch keine durchgreifenden Einwände gegen die Rechtssicherheit von *Alexys* Abwägungsmodell.

Alexys Gewichtsformel kommt im Übrigen zugute, dass ihr das BVerfG bereits folgt – jedenfalls nach Meinung der meisten Rechtsprechungsanalysen.¹⁰³¹ Das Abwägungsmodell gilt inzwischen als „grundrechtsdogmatische(s) Urgestein“¹⁰³². Selbst wenn der Abwägung eine andere verfassungskompatible Oberstruktur in ihrer Rechtssicherheit gleichkäme, profitiert sie also von einem einzigartigen Platzvorteil:

Bewährt hat sich das Schlusschema der Abwägung mithin nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch – und zwar nicht nur im Tagesgeschäft des BVerfG, sondern gerade bei Grundsatzentscheidungen. Anders als ihre Alternativen verlangt *Alexys* Oberstruktur weder einen besonderen Umstellungswillen noch einen Umstellungsaufwand. Schließlich droht ihr auch nicht das Umstellungsgefahr, dass die Praxis die Methode nicht konsequent anwendet.

f. Zwischenergebnis

Beliebigkeiten in der Normanwendung riskiert bereits der Grundaufbau des moralischen Subsumtionsmodells *Webbers*, des diskursiven Abwägungsmodells *Sieckmanns* und der präjudiziengestützten Methode:

1. Das moralische Subsumtionsmodell gestattet beliebige Ergebnisse, weil ein intersubjektiv nachvollziehbarer moralischer Leitfaden fehlt, der Begriffe im Obersatz der Grundrechtsanwendung auch jenseits offensichtlicher Fälle für jedermann vorhersehbar definiert.¹⁰³³
2. Das diskursive Abwägungsmodell erlaubt zumindest in Grenzfällen eine beliebige Verrechnung der Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung, da der Diskurs hier vielfältige unterschiedliche Wertungen gleichermaßen duldet.¹⁰³⁴
3. Die präjudiziengestützte Methode überlässt schon gemäß ihrer Oberstruktur wenigstens die präzedenzlosen Grundsatzentscheidungen dem freien richterlichen Ermessen.¹⁰³⁵

Nach dem in Kapitel 2 herausgestellten Maßstab disqualifiziert die genannten Methoden daher bereits ihre Oberstruktur für die rechtssichere Grundrechtsanwendung.

In *Alexys* Abwägungsmodell eröffnet dagegen zumindest die Gewichtsformel als Oberstruktur noch keine Spielräume zur beliebigen Normanwendung: Der finale Teilschritt der Gewichtsverrechnung vollzieht sich vorhersehbar, weil die mitunter kontroverse Zumessung der Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung davor stattfindet. Ihre Gegenüberstellung in der Oberstruktur bildet dagegen bloß noch eine strenglogische Rechenoperation. Diese verweist bei näherer Ausgestaltung der

¹⁰³¹ Zusammenfassend siehe *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 260.

¹⁰³² *Ipsen*, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, 2012, 369, 374.

¹⁰³³ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.4.a.

¹⁰³⁴ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.4.b.

¹⁰³⁵ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.4.c.

Kontrollkompetenz auf klare Entscheidungen sogar in Pattsituationen, wenn Eingriff und Rechtfertigung gleichviel wiegen.¹⁰³⁶

Wie rechtssicher die Abwägung insgesamt ausfällt, zeigt sich erst im nächsten Abschnitt und im Folgekapitel. Denn erst dort wird geprüft, inwiefern auch die Teilschritte der Unterstruktur und vor allem der Gewichtung vorhersehbare Ergebnisse produzieren.

5. Zwischenergebnis

Der Nutzen der in Kapitel 4 zu suchenden rechtssicheren Gewichtungsmethode setzt voraus, dass sie in ein insgesamt verfassungskompatibles rechtssicheres Modell zur Grundrechtsanwendung eingebettet ist. Andernfalls konterkarieren die übrigen Teilschritte ihren Beitrag zur Rechtssicherheit oder disqualifizieren sie für die deutsche verfassungsgerichtliche Praxis. Der zurückliegende Abschnitt ermittelte deshalb eine verfassungskonforme rechtssichere Oberstruktur, innerhalb derer die Gewichtung einen praktischen Mehrwert leisten kann.

Gesichtet und geordnet wurden hierfür zunächst alle gegenwärtig diskutierten Modelle für die Oberstruktur einer Methode zur Grundrechtsanwendung.¹⁰³⁷ Anschließend kontrollierte die Untersuchung erst ihre Vereinbarkeit mit Verfassungsvorgaben¹⁰³⁸ und schließlich ihre Rechtssicherheit anhand des Maßstabs des vorherigen Kapitels¹⁰³⁹.

Schon in der Frage der Verfassungskompatibilität zeigte sich: Auslegungsgestützte Subsumtionsmodelle scheitern bereits an der unterbestimmten Normstruktur der Grundrechte: Ihnen misslingt deren berechenbare Anwendung schon dem Grunde nach, weil der Verfassungsgeber Auslegungshinweise als Anhaltspunkte für die Canones bewusst aussparte.

Organisationsbasierte Ansätze, die auf die materielle Kontrolle staatlichen Handelns außer in Evidenzfällen lieber ganz verzichten, scheitern unterdessen am zwingenden Gebot des Kerngehaltsschutzes: Rein verfahrensbezogene Vorkehrungen disziplinieren etwa den Gesetzgeber nicht hinreichend, um kategorisch jede Unterschreitung materieller Mindeststandards von vornherein auszuschließen. Dies kann nur eine berechenbare materiellrechtliche Normenkontrolle leisten.

Die Oberstrukturen der verbleibenden Theorien harmonisieren zwar mit der Normstruktur, indem sie deren Unterbestimmtheit wahlweise mit Präjudizien, außerjuridischen Faktoren oder einem stärkeren Sachverhaltsbezug der Entscheidung überbrücken. Vorhersehbare Entscheidungen misslingen dem präjudiziengestützten Ansatz jedoch bereits nach seiner Oberstruktur in präzedenzlosen Fällen. Eine beliebige Normanwendung gestatten jenseits ganz eindeutiger Fälle ebenso Oberstrukturen, die durch Wertungsspielräume diskursiv oder nach moralischen

¹⁰³⁶ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.4.d.

¹⁰³⁷ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.2.

¹⁰³⁸ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.

¹⁰³⁹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.4.

Erwägungen navigieren wollen. Das zeigte sich bereits in Kapitel 2, als solche Leitlinien als Maßstab einer rechtssicheren Methode verworfen wurden.

Unter den diskutierten Modellen harmoniert daher einzig die Gewichtsformel *Alexys* mit den Verfassungsvorgaben, ohne schon für sich genommen als methodischer Teilschritt beliebige Ergebnisse zuzulassen. Wie genau der Sachverhalt und sonstige diskursive Argumente die Normanwendungsentscheidung beeinflussen, verlagert *Alexys* Abwägungsmodell nämlich weitgehend in die Unterstruktur. Ihre Oberstruktur dagegen verrechnet nur noch die zuvor festgestellten Gewichte. Damit gleicht sie einem streng logischen Schlusschema, das seinerseits kaum neue Einfallstore für Beliebigkeiten in der Normanwendung eröffnet.

Deshalb bewährt sich *Alexys* Variante als die zurzeit rechtssicherste verfassungskompatible Oberstruktur. Ein solcher methodischer Rahmen ist eine erste notwendige Bedingung für den praktischen Mehrwert der Gewichtung. Deshalb verortet die Untersuchung sie unterhalb von *Alexys* Gewichtsformel als Teilschritt, der den zuvor in der Unterstruktur ermittelten Abwägungsgegenständen Gewichte zumisst und diese in die Oberstruktur eingibt.

III. UNTERSTRUKTUR DER GRUNDRECHTSANWENDUNG

1. Orientierung

Nicht nur Wertungsspielräume in der Oberstruktur verzerren selbst das Ergebnis der rechtssichersten Gewichtung ins Beliebige. Auch ein allzu freies Ermessen in der Unterstruktur speist in die Gewichtung beliebige Zwischenergebnisse ein, die selbst bei transparenter, eng gebundener Weiterverarbeitung unvorhersehbare Anwendungsentscheidungen zulassen.

Damit eine rechtssichere Gewichtung einen praktischen Mehrwert leistet, bedarf es ihr vorgelagert daher eine rechtssichere und verfassungskompatible Unterstruktur. Der hiesige Abschnitt prüft daher, wie eine solche aufgebaut sein kann.

Eine geeignete Oberstruktur als Gegenstück fand die Untersuchung einzig in Gestalt von *Alexys* Gewichtsformel. Als mögliche Unterstruktur einer stimmigen Gesamtmethode kommt somit nur diejenige in Betracht, die mit der Oberstruktur des Abwägungsmodells harmoniert. Wie die Festsetzungen der Oberstruktur die Unterstruktur vorprägen, ist mithin als erstes in Abschnitt III.2 zu erörtern. Daraus ergibt sich das zwingende Grundgerüst einer Unterstruktur, die im Entscheidungsprozess eine Vervollständigung durch die ermittelte rechtssichere verfassungskompatible Oberstruktur zulässt.

Hiernach klären die Abschnitte III.3 und III.4 für die Teilschritte der Unterstruktur, inwieweit sie im Rahmen der Vorgaben der Oberstruktur verfassungskompatibel und rechtssicher gestaltet werden können. Dabei legt die Untersuchung jeweils den bereits oben entwickelten Maßstab an.¹⁰⁴⁰

¹⁰⁴⁰ Siehe Kapitel 3, Abschnitte II.3, II.4.

2. Aufbau der Unterstruktur

Der vorliegende Unterabschnitt stellt klar, welche Vorgaben *Alexys* Gewichtsformel an eine mit ihr kompatible Unterstruktur der Grundrechtsanwendung richtet. Dies ergibt sich maßgeblich daraus, mit welchen vorher zu fassenden Zwischenergebnissen die Oberstruktur operiert:

Wie oben dargestellt, verrechnet die Gewichtsformel die Gewichte der von ihr gegenübergestellten Abwägungsgegenstände, die diesen zuvor zugemessen wurden. Dem finalen Schritt der Abwägung geht mithin die Gewichtung unmittelbar voraus. Sie betrifft dabei sämtliche Faktoren, die die Oberstruktur der Abwägung zueinander in Beziehung setzt: das abstrakte und konkrete Gewicht von Eingriff und Rechtfertigung und auch etwaige Variablen, um die Ungewissheit solcher Zuschreibungen festzusetzen, das heißt empirische und normative Wahrscheinlichkeitswerte.¹⁰⁴¹

Dabei setzt das Abwägungsmodell der Gewichtsbestimmung kaum Grenzen. Nur ihre Anknüpfungspunkte in der Oberstruktur diktieren ihr freilich, dass sie nur Gegenstände gewichten darf, für die in der Gewichtsformel Variablen vorgesehen sind. Diese Gegenstände erst einmal abzustecken, ist ein logischer Vorschrift der Gewichtung, der sich somit innerhalb der Unterstruktur vollziehen muss.

Jenem Teilabschnitt widmet die Kieler Schule allerdings weniger Aufmerksamkeit als der Gewichtsformel.¹⁰⁴² Weil *Alexy* die Gewichtung dem freien Diskurs überlässt, beschäftigt er sich auch nicht näher damit, inwiefern sich vorgelagerte Teilschritte berechenbarer gestalten lassen, indem sie stärker schematisierten Verfahren gehorchen.¹⁰⁴³

Bespricht die Kieler Schule die Unterstruktur, so anhand des Aufbaus der gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁰⁴⁴ Die Komponenten ihres Verfahrens ordnen sich jedoch eher in einer historisch gewachsenen Reihenfolge.¹⁰⁴⁵ Diese folgt nur lose einer Unterstruktur, die gezielt auf die Gewichtsformel abgestimmt ist:

So schiebt sich in der Verhältnismäßigkeitskontrolle etwa die Erforderlichkeitsprüfung vor die Gewichtung und deren Verrechnung in der Gewichtsformel, jedoch ohne sie zu beeinflussen.¹⁰⁴⁶ Stattdessen verarbeitet die Erforderlichkeitsprüfung Zwischenergebnisse vorheriger Teilschritte gesondert, indem sie ermittelt, ob verglichen zur festgestellten Eingriffswirkung ein milderer Mittel besteht, um den festgestellten legitimen Zweck zu erfüllen.¹⁰⁴⁷ Die nachgelagerte Zumessung und Gegenüberstellung von Gewichten im Rahmen der ‚Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne‘ berücksichtigt die Feststellungen zur Erforderlichkeit indes ihrerseits nicht weiter.

Die Teilschritte der Verhältnismäßigkeitskontrolle bauen insofern nur begrenzt aufeinander auf. Schon deswegen ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ausschließlich auf die Oberstruktur der

¹⁰⁴¹ Vgl. *Alexy*, in: International Journal of Constitutional Law 2005, 572, 575f.

¹⁰⁴² Vgl. *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 777ff.

¹⁰⁴³ So bereits *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 66f.

¹⁰⁴⁴ Vgl. *Klatt/Meister*, in: Der Staat 2012, 159; *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 195ff.

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Bumke*, in: Innovationen im Recht, 2016, 117, 124f.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Reimer*, in: Verhältnismäßigkeit, 2015, 60, 74.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 195ff.

Abwägung ausgerichtet. Dementsprechend gibt sie nur wenig Aufschluss über den Gehalt einer zu dieser „passenden“ Unterstruktur.

Es scheint daher zielführender, schlichtweg die Festsetzungen der Gewichtsformel und ihre Implikationen zu ermitteln, um die zwingenden Merkmale ihrer Unterstruktur zu rekonstruieren. Die sachlogisch vorausgesetzten Grundzüge der Unterstruktur folgen schließlich direkt aus den Einzelkomponenten der Oberstruktur. Sie bezieht nämlich keine völlig austauschbaren Variablen ein. Stattdessen verrechnet sie nebst Koeffizienten für etwaige Ungewissheiten bei deren normativer Einstufung ausschließlich die Gewichte

1. des Eingriffs, das heißt seiner wahrscheinlichen Wirkung zulasten des beeinträchtigten Grundrechts und zugunsten des rechtfertigenden Verfassungsgutes¹⁰⁴⁸ (konkrete Gewichte),
2. des beeinträchtigten und des rechtfertigenden Verfassungsgutes (abstrakte Gewichte).¹⁰⁴⁹

Nun wäre die Abwägung trotz der rechtssichersten Gewichtungsmethode höchst beliebig, würde die Unterstruktur offenlassen,

1. was als Eingriff zählt und wie weit man seine wahrscheinliche Wirkung berücksichtigt oder
2. wann ein Grundrecht beeinträchtigt wird und wann ein rechtfertigendes Verfassungsgut betroffen ist.

Denn ohne Präzisierungen hierzu ließe sich das Endergebnis der Abwägung freihändig dadurch manipulieren, welche Eingriffswirkungen und Verfassungswerte man herausgreift und in die Gewichtung einstellt. Um das zu verhindern, muss die Unterstruktur also zumindest festlegen,

1. was in einem vorliegenden Sachverhalt als Eingriff gilt und welcher Teil seiner empirischen Wirkung für seine konkrete Gewichtung relevant wird,¹⁰⁵⁰
2. wann der Sachverhalt des Eingriffs den Schutzbereich eines Grundrechts berührt und einem anderen Verfassungsgut dient, das seinen legitimen Zweck bildet.¹⁰⁵¹

Der erste Punkt verlangt nach Grundregeln, um aus dem Sachverhalt die rechtserheblichen Merkmale des Eingriffs, seiner Wirkung und seiner Wahrscheinlichkeit zu filtern. Stehen solche Regeln fest, besteht die logische Operation der Filterung als Teilschritt der Unterstruktur darin, die Sachlage im Untersatz unter die herausgebildeten Relevanzkriterien im Obersatz zu subsumieren. Folglich setzt dieser Teilschritt als Vorstufe voraus, zunächst die empirischen Rohdaten im Einzelfall zu erheben. Am Anfang der Unterstruktur steht also die Ermittlung des Sachverhalts (Schritt 1).

¹⁰⁴⁸ Zur Differenzierung zwischen Eingriff und Wirkung siehe etwa *Ipsen*: Staatsrecht II, 20. Aufl. 2017, Rn. 37ff.; vgl. auch *Caviedes*, in: American Journal of Jurisprudence 2017, 165, 168.

¹⁰⁴⁹ Siehe *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 777ff.

¹⁰⁵⁰ Vgl. *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 144ff. m.w.N.

¹⁰⁵¹ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 273ff.

Der zweite Teilschritt filtert die Realdaten anschließend auf die gewichtungsrelevanten Elemente, die die Methode weiterverwertet.¹⁰⁵² Hierzu muss das Verfahren zunächst feststellen, was zum Eingriff zählt, der potenziell ein Grundrecht beeinträchtigt (Schritt 2.a). Wenn dies klar ist, kann den Sachdaten entnommen werden, was der Eingriff bewirkt und mit welcher Wahrscheinlichkeit. Da später nur solche Wirkungen gewichtet werden sollen, die Verfassungsgüter betreffen,¹⁰⁵³ ist auch nur ein Teil der Eingriffsfolgen zu berücksichtigen. Zu filtern ist die Gesamtheit der Wirkungen dabei auf jene, die potenziell ein Grundrecht berühren oder einem anderen rechtfertigenden Verfassungsgut dienen (Schritt 2.b).¹⁰⁵⁴ Die äußerste Grenze rechtserheblicher Wirkungen dürfte in der Praxis entlang der Verfassungsgüter verlaufen, die ein Grundrechtsträger beeinträchtigt sieht und die der Eingreifende als legitimen Zweck hierfür erkennt. Die Relevanz von Eingriffswirkungen bemisst sich an diesem Punkt zunächst nach einer „*grobe(n) Sichtung des Grundrechtskatalogs auf möglicherweise als verletzt in Betracht kommende Grundrechte*“¹⁰⁵⁵. Steht fest, welche Eingriffswirkungen potenziell gewichtungsrelevant sind, lässt sich sodann deren Wahrscheinlichkeit aus dem zugrundeliegenden Sachverhalt ermitteln (Schritt 2.c).¹⁰⁵⁶

Wendet man die grundrechtliche Methode auf den Einzelfall an, bereiten schon die ersten zwei Teilschritte der Unterstruktur die Gewichtung wesentlich vor: Erfassung und Strukturierung des Sachverhalts münden zumindest schon in den Zwischenbefund, welche Eingriffswirkungen zulasten potenziell beeinträchtigter und zugunsten potenziell rechtfertigender Verfassungsgüter auftreten. Ebenso festgestellt ist an dieser Stelle bereits die Wahrscheinlichkeit der relevanten Eingriffswirkungen.

Damit die Gewichtung nicht leerläuft, müssen jedoch noch weitere Zwischenschritte folgen. Welche Verfassungsgüter abstrakt zu gewichten sind, ist beispielsweise noch vollkommen ungeklärt. Denn die ersten beiden Teilschritte haben noch nicht dargelegt, bei welchem Grundrecht die Eingriffswirkung *tatsächlich* den Schutzbereich tangiert. Entsprechendes gilt für das rechtfertigende Verfassungsgut. Der zweite Teilschritt berücksichtigt nämlich zunächst die Eingriffswirkungen auf alle Verfassungsgüter als rechtserheblich, solange die Parteien nur *behaupten*, sie seien betroffen.¹⁰⁵⁷

Aus diesen bloß potenziell betroffenen Verfassungsgütern muss also noch ermittelt werden, welche von ihnen die Eingriffswirkungen wirklich berühren. Dass eine solche zweistufige Prüfung nötig ist, erklärt sich daraus, dass der betroffene Schutzbereich erst sicher bestimmt werden kann, sobald feststeht, worauf die Eingriffswirkungen zielen.¹⁰⁵⁸ Erst hiernach stellt sich die Frage nach Definitionen der Obersätze von Schutzbereichen und legitimen Zwecken, unter die schließlich die tatsächlich relevanten Eingriffswirkungen subsumiert werden können (Schritt 3).

¹⁰⁵² Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 37.

¹⁰⁵³ Vgl. *Urbina*, in: American Journal of Jurisprudence 2012, 49, 60; *Windisch*, in: "Abwägung", 2014, 19, 65.

¹⁰⁵⁴ Vgl. *Martínez-Zorrilla*, in: Proportionality in Law, 2018, 171, 182.

¹⁰⁵⁵ *Ipsen*: Staatsrecht II, 20. Aufl. 2017, Rn. 123f.

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Klatt/Schmidt*, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 105, 114ff.

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 100f.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 36.

Welche Betätigungen ein bestimmtes Grundrecht schützt, muss dessen Schutzbereichsdefinition nach zwei Seiten abgrenzen: einmal gegenüber ungeschützten Betätigungen und einmal gegenüber Betätigungen, die von einem anderen Grundrecht erfasst werden, zum Beispiel einem spezielleren. Im Fall der Meinungsfreiheit betrifft das beispielsweise die Abgrenzung zu ungeschützten Ausdrucksformen einerseits und künstlerischen andererseits.¹⁰⁵⁹

Je nachdem, wie sauber diese Abtrennung gelingt, kann vorhersehbar eingeordnet werden, ob die von einem Eingriff berührten Objekte unter die Begriffe bestimmter Verfassungswerte fallen. Danach stehen die gewichtungsrelevanten Verfassungsgüter fest. Auch die rechtserhebliche Eingriffswirkung ist endgültig bestimmt. Denn nur soweit sie *tatsächlich* Grundrechte und Rechtfertigungsgründe betrifft, bilden sie später den Gegenstand der konkreten Gewichtung. Sonstige Eingriffswirkungen werden spätestens an dieser Stelle als unerheblich ausgeklammert.

Hiernach mündet die Unterstruktur in die abstrakte und die konkrete Gewichtung. Ihre Ergebnisse verrechnet zuletzt die Oberstruktur in der Gewichtsformel.

Aus der Gewichtsformel als Oberstruktur ergibt sich somit für die Grundrechtsanwendung als Gesamtmethode die nachstehende Abfolge von Teilschritten:

I. Unterstruktur

1. Feststellung des Sachverhalts
2. Strukturierung des Sachverhalts in gewichtungsrelevante Elemente
 - a. Ermittlung der eingriffszugehörigen Bestandteile des Sachverhalts
 - b. Bestimmung der Eingriffswirkungen
 - i. zulasten der laut Grundrechtsträger beeinträchtigten Schutzposition
 - ii. zugunsten des laut Eingreifendem begünstigten Verfassungsguts
 - c. Bemessung des Wahrscheinlichkeitsgrads der Eingriffswirkungen
 - i. zulasten der laut Grundrechtsträger beeinträchtigten Schutzposition
 - ii. zugunsten des laut Eingreifendem begünstigten Verfassungsguts
3. Feststellung der zu gewichtenden Gegenstände
 - a. Ermittlung, welches Grundrecht die beeinträchtigte Betätigung schützt
 - b. Ermittlung, welchem Verfassungsgut die Eingriffswirkung dient
 - c. Filterung der Eingriffswirkung auf Effekte gegenüber tatsächlich gewichtungsrelevanten Verfassungsgütern

II. Gewichtung: Zumessung von Gewichtswerten zu den auf Seiten des Eingriffs und der Rechtfertigung in der Oberstruktur gegenüberzustellenden Faktoren nach Lage der betroffenen Grundrechte und der Eingriffswirkungen auf diese

III. Oberstruktur

1. Verrechnung der Gewichtswerte von Eingriff und Rechtfertigung nach der Gewichtsformel
2. Feststellung, ob der Eingriff wegen übermäßiger Schwere ein Grundrecht verletzt

Das Ergebnis von Schritt 1 der Unterstruktur richtet sich nach den empirischen Gegebenheiten des Sachverhalts. Die Schritte 2.b und 2.c subsumieren diese als Untersatz unter den in 2.a

¹⁰⁵⁹ Vgl. Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 46, 75–94.

herauszubildenden Obersatz. Das Resultat dieser Subsumtion greift wiederum Schritt 3 im Untersatz auf, um per Subsumtion unter die Obersätze der Geltungsbereichsdefinitionen von Verfassungsgütern zu ermitteln, welche vorliegend betroffen sind.

Die hierbei mehrstufig verarbeiteten empirischen Rohdaten richten sich nach dem Sachverhalt im jeweiligen Einzelfall. Das heißt, sie unterfallen nicht methodischen Gestaltungsspielräumen. Da die intersubjektive Erfassbarkeit und Überprüfbarkeit des Sachverhalts angenommen werden darf, provoziert dessen Einbeziehung in die Methode keine Beliebigkeit. Gemäß dem Maßstab aus Kapitel 2 scheitert die Rechtssicherheit der Normanwendung jedenfalls nicht an ihren empirischen Komponenten.¹⁰⁶⁰ Soweit erkennbar, untersagt auch keine sonstige Verfassungsvorgabe die verstärkte Berücksichtigung des Sachverhalts in einem Normanwendungsmodell.

Einzelfallunabhängige Festlegungen trifft die Methode in ihrer Unterstruktur vor der Gewichtung lediglich in den Obersätzen der subsumtionsartigen Teilschritte 2 und 3. Für deren Gestaltung formuliert nicht schon die Gewichtsformel Vorgaben: Eine Methode zur Grundrechtsanwendung kann somit unabhängig von ihrer Oberstruktur konzipieren, was sie als Eingriff definiert und welchen Teil seiner Wirkung sie als rechtserheblich betrachtet. Ebenso kann die Unterstruktur eigenständig festlegen, nach welcher Definition sie Schutzbereiche für eröffnet hält und wann sie Verfassungsgüter als legitime Rechtfertigungsgründe für Eingriffe anerkennt. Je nachdem, wie eine Methode hier die Obersätze zuschneidet, bleiben ihre Teilschritte verfassungskompatibel und vorhersehbar. Ein weniger besonnenes Verständnis von Eingriff, Eingriffswirkung, Schutzbereichen und legitimen Zwecken riskiert hingegen, zwingende Verfassungsvorgaben zu verletzen oder Rechtsanwendern Spielräume für Beliebigkeit zu belassen.

Von der Gestaltung der Obersätze in den Teilschritten hängt mithin ab, ob die Unterstruktur der Grundrechtsanwendung insgesamt verfassungskonform und rechtssicher ausfällt. Die nächsten beiden Abschnitte konzentrieren sich somit auf diesen Ausschnitt der Vorstufen vor der Gewichtung.

Etwaige Schwierigkeiten bei der tatsächengetreuen Sachverhaltserfassung klammert die Untersuchung demgegenüber aus.¹⁰⁶¹ Da sie ihren Schwerpunkt nicht darauf legt, die Rechtssicherheit der Unterstruktur im Detail zu klären, sondern diese nur dem Grunde nach plausibilisieren will, ist eine Vertiefung hier entbehrlich. Denn immerhin konnte Kapitel 2 darlegen, dass zumindest im Rahmen eines kritisch-rationalen Verfahrens ein empirischer Erkenntnisgewinn zuverlässig möglich ist.¹⁰⁶² Wenigstens strukturelle Rechtssicherheitsdefizite drohen im Zuge der Sachverhaltserfassung daher nicht. Wie der Prozess sich im Einzelnen in der verfassungsgerichtlichen Praxis optimieren lässt, müssen dagegen künftige Studien erörtern.¹⁰⁶³ Die

¹⁰⁶⁰ Siehe Kapitel 2, Abschnitte III.3.c, IV.

¹⁰⁶¹ Vgl. grundlegend zur Herausforderung der Sachverhaltserfassung BVerfGE 50, 290, 332f.; *Bull*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 29; *Epstein/Martin*: An Introduction to Empirical Legal Research, 2014, S. 193–195.

¹⁰⁶² Siehe Kapitel 2, Abschnitte III.3.c, III.4.

¹⁰⁶³ Vgl. weiterführende interessante Ansätze, z.B.: die wirtschaftswissenschaftliche Orientierung bei *Chang/Wang*, in: University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series 2016, 1, 10ff. m.w.N.; die

Folgeabschnitte können sich dagegen darauf beschränken, die Verfassungskompatibilität und Rechtssicherheit einzelfallunabhängiger Komponenten der Unterstruktur zu prüfen.

3. Definition der Schutzbereiche und legitimen Zwecke

a. Orientierung

Hat das Modell zur Grundrechtsanwendung abgesteckt, welche Eingriffswirkungen laut den Parteien bestimmte Verfassungsgüter berühren, muss die Methode dies im dritten Teilschritt kontrollieren. Wie gesehen subsumiert sie dazu vom Eingriff betroffene Objekte unter die Obersätze der potenziell beeinträchtigten und rechtfertigenden Verfassungsgüter. Die Methode fragt an dieser Stelle beispielsweise: Erfasst der Schutzbereich der Berufsfreiheit auch die Werbung für Tabakprodukte, auf die sich die fragliche gesetzliche Beschränkung nachteilig auswirkt?¹⁰⁶⁴

Damit solche methodischen Weichenstellungen verfassungskompatibel und rechtssicher ausfallen, hat ein Modell zur Grundrechtsanwendung mehrere Herausforderungen zu meistern:

Erstens muss es verhindern, dass die methodenkonforme Rechtsanwendung Obersätze contra legem formuliert. Kein Schutzbereich darf dem anerkannten Gehalt eines Grundrechts widersprechen, den sein Text und Kontext nahelegen. Zweitens darf eine Methode als legitime Zwecke nur Verfassungsgüter akzeptieren, die eine Eingriffswirkung ihrer Definition nach berührt. Einhalten muss der Begriff legitimer Zwecke drittens Schrankensystematik, damit das Normanwendungsmodell deren zwingende Vorgaben beachtet.

Bei alledem will die Rechtssicherheit im dritten Teilschritt gewahrt bleiben. Nach dem aktuellen Stand der Diskussion droht bei der Herausbildung von Obersätzen von zwei Seiten Beliebigkeit: Entweder die Schutzbereiche werden zu eng gezogen und grenzen beliebig bestimmte Betätigungen aus. Oder die Schutzbereiche werden umgekehrt zu weit gesteckt, verwischen die Trennlinien zwischen verschiedenen Grundrechten und verwässern so die Schrankensystematik.

Der vorliegende Abschnitt überprüft, inwiefern es einer mit der Gewichtsformel kompatiblen Unterstruktur gelingt, diese Anforderungen zu erfüllen. Die Untersuchung orientiert sich dabei an Ansätzen der Kieler Schule zur Definition von Schutzbereichen und legitimen Zwecken und beurteilt jeweils einzeln deren Verfassungskonformität und Rechtssicherheit. Die Abhandlung konsolidiert diese und entwickelt sie bewusst an Stellen fort, an denen die Abwägungstheorie sich zu solchen Vorschriften der Gewichtung bisher nicht näher geäußert hat.

Geprüft wird die Verfassungskompatibilität hier bereits im Zuge der Vorstellung einzelner Definitionen in den Abschnitten III.3.b bis III.3.d. Schließlich konzipiert die Kieler Schule die

Analyse der Folgenabschätzung von Exekutivorganen bei *Hofmann*: Abwägung im Recht, 2007, S. 44ff.; die Orientierung an den Erhebungen des Gesetzgebers bei *Petersen*, in: International Journal of Constitutional Law 2013, 294, 317f.; die rechtssoziologischen Überlegungen bei *Röhl*: Rechtssoziologie, 1987, S. 1, 101ff.

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Hufen*: Staatsrecht II, 5. Aufl. 2016, S. 413.

Schutzbereichsbestimmung weitgehend als Antwort auf zwingende Verfassungsvorgaben wie jene der Schrankensystematik.¹⁰⁶⁵

Abschnitt III.3.e lotet die Rechtssicherheit der methodischen Teilschritte aus. Dabei geht er vor wie schon oben die Besprechung der Oberstruktur: Gemäß dem Maßstab aus Kapitel 2 bestimmt sich die Berechenbarkeit eines Unterstruktur-Modells danach, in wie wenigen Fällen es eine hohe Streubreite von Anwendungsergebnissen zulässt.

b. Grundsatz zur Definition von Verfassungsgütern

Wie weit Schutzbereiche reichen und was als legitimer Zweck eines Eingriffs zählt, bestimmt auch die Kieler Schule grundsätzlich nach Text und Kontext der jeweiligen Verfassungsnorm. Um beispielsweise den Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszumessen, orientiert sich eine mit der Gewichtsformel kompatible Unterstruktur insofern durchaus an der Auslegung. Entgegen gelegentlicher Unterstellungen¹⁰⁶⁶ betonen die meisten Abwägungstheoretiker, dass gerade die Canones dazu dienen, Schutzbereiche zu konturieren.¹⁰⁶⁷ Soweit also Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie Anhaltspunkte für den Anwendungsbereich eines Grundrechts liefern, kann die Unterstruktur sie berücksichtigen, um zuverlässig Schutzbereiche abzugrenzen.¹⁰⁶⁸ Damit entgeht eine Methode zur Grundrechtsanwendung zugleich dem Vorwurf, sie würde den Verfassungstext unterwandern und Entscheidungen contra legem provozieren.¹⁰⁶⁹

Gleichwohl kann ein Anwendungsmodell hier nicht stehen bleiben, will es der Grundrechtsstruktur gerecht werden. Denn schon weiter oben zeigte sich die strukturimmanente Unterbestimmtheit der Verfassungswerte.¹⁰⁷⁰ Folglich vermag die konventionelle Auslegung kaum einzugrenzen, was verfassungsrechtlichen Rang genießt und somit als Schutzrecht oder legitimer Zweck anerkannt werden darf.¹⁰⁷¹ Bei methodenehrlichem Gebrauch zieht die canonische Deutung nur einen groben Rahmen um die einzelnen Verfassungsgüter.¹⁰⁷² Darüber hinausgehende Begriffsschärfungen laufen dagegen Gefahr, der Beliebigkeit anheimzufallen, weil Normtext und -kontext zu wenige eindeutige Implikationen zulassen.¹⁰⁷³

Um trotzdem zu einer verlässlichen Schutzbereichsbestimmung zu gelangen, empfiehlt die Kieler Schule einen klaren Grundsatz: Solange die Auslegung eine Betätigung nicht eindeutig aus dem

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 283ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 574ff. m.w.N.; *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 105.

¹⁰⁶⁷ Siehe etwa *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 293; *Barak*: Proportionality, 2012, S. 45f.

¹⁰⁶⁸ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 67f.

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 49.

¹⁰⁷⁰ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.a.aa.(e).

¹⁰⁷¹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.a.bb.(a).

¹⁰⁷² Siehe etwa *Barak*: Proportionality, 2012, S. 50; *Klatt/Meister*, in: Der Staat 2012, 159, 184.

¹⁰⁷³ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 75f.

Schutzbereich ausschließt, fällt sie darunter.¹⁰⁷⁴ Kurz: im Zweifel für den weiten Geltungsbereich.¹⁰⁷⁵

Dieses allgemeine Prinzip schafft eine Grundorientierung, um grundrechtliche Schutzkreise und legitime Zwecke für die Rechtfertigung zu definieren.¹⁰⁷⁶ Geklärt ist damit allerdings noch nicht, wie ein solches Modell zur Grundrechtsanwendung sich mit der Schrankensystematik harmonisieren lässt.

c. Umgang mit der Schrankensystematik

Schon der Verfassungstext differenziert zwischen vorbehaltlosen Grundrechten wie der Religionsfreiheit und solchen mit Gesetzesvorbehalt wie der Berufsfreiheit. Dabei gehen die Meinungen auseinander, was die Unterscheidung für die Grundrechtsanwendung bedeutet.¹⁰⁷⁷ Gleichwohl hält niemand sie für bloß deklaratorisch.¹⁰⁷⁸ Vorbehaltlose Grundrechte sind mithin in irgendeiner Form zu privilegieren, so der Konsens der Grundrechtsdogmatik.¹⁰⁷⁹

Hierzu treffen die verfassungsrechtlichen Methoden verschiedene Vorkehrungen: Etliche auslegungsgestützte Subsumtionsmodelle erklären alle Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte für verfassungswidrig.¹⁰⁸⁰ Wie festgestellt, verlangt dies jedoch enge Schutzbereiche,¹⁰⁸¹ die wegen der Unterbestimmtheit von Verfassungsnormen notwendig beliebig eingegrenzt werden müssten.¹⁰⁸²

Weil die Kieler Schule hingegen strukturell weite Anwendungsbereiche von Verfassungsnormen annimmt, kann sie vorbehaltlose Grundrechte nicht vor jeder Einschränkung schützen. Ansonsten wäre der Staat bis zur Handlungsunfähigkeit beschränkt. Kollisionen zwischen mehreren vorbehaltlosen Normen müssten zudem willkürlich zugunsten desjenigen gelöst werden, der gerade sein Verfassungsrecht geltend macht.¹⁰⁸³

Derartige Probleme lassen sich vermeiden, indem auch vorbehaltlose Grundrechte grundsätzlich eingeschränkt werden dürfen. Um sie gleichwohl gegenüber Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt zu privilegieren, akzeptieren das BVerfG und die Kieler Schule bei Eingriffen in vorbehaltlose Grundrechte nicht jedwede Position als legitimen Zweck. Als Rechtfertigungsgrund reicht ihnen stattdessen nur kollidierendes Verfassungsrecht ersten Ranges bzw. Grades als verfassungsimmanente Schranke.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁷⁴ Siehe *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 105f., 117ff.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 69, *Klatt/Meister*, in: Der Staat 2012, 159, 185.

¹⁰⁷⁶ Siehe *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 291.

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Lenz*: Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 238; *Müller/Christensen*: Juristische Methodik, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 70.

¹⁰⁷⁸ Siehe *Lenz*: Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 227f.; *Tsakyrakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 489.

¹⁰⁷⁹ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 119.

¹⁰⁸⁰ Siehe etwa *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 37ff.

¹⁰⁸¹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.2.b.

¹⁰⁸² Siehe Kapitel 3, Abschnitte II.3.b.aa.(e) & II.3.b.bb.(a).

¹⁰⁸³ Vgl. *Weinrib*, in: Ratio Juris 2017, 341, 343f.

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 119.

Auch eine mit der Gewichtsformel kompatible Unterstruktur kann auf diesem Weg die Differenzierung der Schrankensystematik berücksichtigen. Rechtssicher gelingt diese Ausgestaltung der Methode jedoch nur, wenn man beide Stufen von Verfassungsrecht nach außen und zueinander trennscharf abgrenzen kann. Andernfalls gerät die Einordnung unter den Anwendungsbereich einer Verfassungsnorm bestimmten Ranges beliebig und gefährdet zugleich die Einhaltung der Schrankensystematik.

aa. Verfassungsrecht zweiten Ranges

Das Verfassungsrecht zweiten Ranges bereitet der herrschenden Grundrechtsanwendungsmethode keine Abgrenzungsschwierigkeiten. Schließlich fasst sie darunter sämtliche Betätigungsformen, die in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fallen.¹⁰⁸⁵ Dadurch stellt sich nirgendwo die Schwierigkeit, eine Trennlinie zu ungeschützten Sachverhalten ziehen zu müssen.

Zudem besteht auch kein Zweifel an der Verfassungskompatibilität der weiten Lesart von Art. 2 Abs. 1 GG: Sie entspricht der ganz herrschenden Meinung und ergibt sich schlüssig aus Telos und Entstehungsgeschichte.¹⁰⁸⁶

Dieser Allschutz spiegelt sich systematisch konsequent auf der Rechtfertigungsseite, wo grundsätzlich jedes Ziel einen Eingriff in ein Grundrecht unter Gesetzesvorbehalt rechtfertigen kann.¹⁰⁸⁷ Einige Stimmen befürchten jedoch, dass dadurch trivialste Belange des Eingreifenden den Grundrechtsschutz unter das verfassungsmäßig gebotene Niveau stützen können.¹⁰⁸⁸ Eine derartige Kritik krankt allerdings an drei Schwächen:

Erstens fällt der Rechtfertigungsgrund eines Eingriffs de facto vermutlich fast nie trivial aus. Denn soweit Behörden und Gerichte eingreifen, unterliegen sie neben der Bindung an die Verfassung auch dem einfachen Gesetz. Handeln dürfen sie schon deswegen nur im engen Rahmen gesetzlich anerkannter Zwecke. Greift hingegen der Gesetzgeber ein, setzen ihm solche Schranken keine Grenzen und er kann de jure in der Tat eine Regelung mit jedem beliebigen Ziel erlassen. Letztlich vereinigt der Gesetzgeber allerdings die gewählte Parlamentsmehrheit auf sich und bleibt den Bürgern angesichts künftiger Wahlen Rechenschaft schuldig. Strengt er ein Gesetzesvorhaben an, dann im vollen Bewusstsein hierüber. Was immer den Gesetzgeber zu Neuregelungen veranlasst, ist somit regelmäßig gesellschaftlich relevant und somit gerade nicht banal – insbesondere, wenn das Anliegen mit Grundrechten kollidiert.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32, 36f.; BVerfGE 80, 137, 151ff. m.w.N.; *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 155.

¹⁰⁸⁶ Siehe nur BVerfGE 6, 32, 36f.; BVerfGE 80, 137, 151ff. m.w.N.; *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 155.

¹⁰⁸⁷ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 118f.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 179; *Sachs*, in: *Sachs/Battis* (Hrsg.), 8. Aufl., 2017, Vor Art. 1 GG, Rn. 97; *Tsakyrakis*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2009, 468, 489.

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Beyme*: Der Gesetzgeber, 1997, S. 325.

Zweitens legt ein Umkehrschluss nahe, dass einfache Gesetzesvorbehalte im Gegensatz zu qualifizierten gerade keine besonderen Anforderungen an das mit der Grundrechtseinschränkung verfolgte gesetzgeberische Ziel stellen.¹⁰⁹⁰

Drittens widerspricht das Demokratieprinzip willkürlich anmutenden Begrenzungen der Einschätzungsprärogative¹⁰⁹¹: Vorbehalten bleibt schließlich nicht den Gerichten, sondern den Volksvertretern kraft ihrer unmittelbaren Legitimation die Entscheidung darüber, welche Ziele der Staat neben denen der Verfassung verwirklichen soll.¹⁰⁹²

Solange die Gewichtung rechtssicher gelingt, scheitert die Einbeziehung beliebiger Ziele des Eingriffs als akzeptable Rechtfertigungsgründe im Übrigen auch nicht an Art. 19 Abs. 2 GG.¹⁰⁹³ Denn solange sich zuverlässig feststellen lässt, dass die Rechtfertigung niemals einen Maximalergriff aufwiegt, schützt eine Methode auch den Kernbereich von Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt absolut.¹⁰⁹⁴

bb. Verfassungsrecht ersten Ranges

Der Anwendungsbereich der Verfassungsnormen ersten Ranges muss sachlogisch restriktiver ausfallen als derjenige zweitrangiger Werte. Laut seiner abstrakten Definition umfasst das entsprechend privilegierte Verfassungsrecht deshalb nur materielle Schutzpositionen, die die Verfassung ausdrücklich oder implizit zwingend regelt – abzüglich jener, die nur Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.¹⁰⁹⁵

Offen bleibt dabei jedoch zunächst, wie viele Schutzpositionen dies überhaupt im Einzelnen betrifft und wie weit ihr Anwendungsbereich ausfällt. Gleichzeitig steht fest: Je weiter er sich dem Allschutz im zweiten Rang annähert, desto eher ebnet dies die Privilegierung erstrangiger Verfassungsgüter ein – und desto eher verstößt eine entsprechende Methode gegen die Schrankensystematik. Die Herausforderung für ein zulässiges Modell der Grundrechtsanwendung besteht also darin, das Verfassungsrecht ersten Grades eindeutig und vorhersehbar von Normen zweiten Ranges abzugrenzen.¹⁰⁹⁶

Ob dies rechtssicher gelingt, klärt die Auseinandersetzung mit entsprechenden Einwänden in Unterabschnitt III.3.e.¹⁰⁹⁷ Zumindest die übrige Verfassungskompatibilität der Differenzierung der Schutzränge steht inzwischen jedoch außer Frage: Zwar halten etliche Diskussionsbeiträge die

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 GG, Rn. 39; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Rn. 42.

¹⁰⁹¹ Vgl. BVerfGE 90, 145, 173.

¹⁰⁹² Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 118f.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, II, Rn. 134f.

¹⁰⁹³ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 691f. m.w.N.

¹⁰⁹⁴ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 271f.

¹⁰⁹⁵ Siehe *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 155.

¹⁰⁹⁶ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 105f.; *Kriele*, in: JA 1984, 629, 631.

¹⁰⁹⁷ Siehe Kapitel 3, Abschnitt III.3.e.

weite Schutzbereichsbestimmung des Abwägungsmodells für unvereinbar mit zwingenden Verfassungsvorgaben. Die allermeisten Einwände hat aber spätestens *Meister* systematisch ausgeräumt.¹⁰⁹⁸ Die Auseinandersetzung muss daher nicht wiederholt werden.

Ausreichen soll es an dieser Stelle, kurz die strukturellen Defizite der gängigen Kritik nachzuzeichnen: Die meisten Vorwürfe krankten am fehlenden Bewusstsein für die Unterbestimmtheit der Verfassungsnormen. Diese aber verhindert dem Grunde nach eine vorhersehbare enge Eingrenzung ihres Anwendungsbereichs und macht deren weite Lesart letztlich alternativlos.¹⁰⁹⁹

Die weite prima facie Geltung der Grundrechte kann man freilich trotzdem für eine unzulässige Schutzbereichskonzeption halten. Kritikern zufolge verstoßen ihre allgegenwärtigen Kollisionen gegen die Einheit der Rechtsordnung.¹¹⁰⁰ Den Allschutz von Art. 2 Abs. 1 GG bezeichnen manche sogar als „groteske – das Rechtsbewusstsein zersetzende – Vorstellung des Grundrechts auf Töten, auf Stehlen und Hehlen“¹¹⁰¹.

Letztlich fußen solche Vorwürfe aber vor allem auf dem Fehlverständnis, bei der Schutzbereichsbestimmung handle es sich um mehr als einen Teilschritt in der Unterstruktur der Gewichtung. Tatsächlich trifft die Bestimmung von Schutzbereich und legitimem Zweck keine Vorentscheidung über eine Grundrechtsverletzung. Stattdessen verlagert das Abwägungsmodell die eigentliche Bewertung auf den Verfahrensabschnitt der Gewichtung.¹¹⁰² Und solange dieser sich rechtssicher gestalten lässt, löst die Abwägung Normkonflikte befriedigend auf und vermeidet einen überbordenden Schutz weniger schützenswerter Betätigungen.¹¹⁰³

Durchschlagende Einwände gegen die Verfassungskonformität weiter Anwendungsbereiche der Grundrechte und der Rechtfertigungsgründe für Eingriffe sind nach alledem nicht erkennbar.

d. Abgrenzung erstrangiger Verfassungsnormen untereinander

Die bisherige Untersuchung zeigte, dass eine mit der Gewichtsformel kompatible Unterstruktur alle erdenklichen beeinträchtigten Betätigungen und Rechtfertigungsgründe zumindest als Verfassungsgüter zweiten Ranges einstufen kann. Jenseits von Eingriffen in vorbehaltlose Grundrechte lassen sich Eingriffswirkungen daher uneingeschränkt in die Gewichtung einbeziehen, soweit Grundrechtsträger darin eine Beeinträchtigung erkennen bzw. der Hoheitsträger darin eine Rechtfertigung erblickt. Weiterhin ergab sich, dass auch zulässige Definitionen der Verfassungsgüter ersten Ranges weit ausfallen und alles darunterfällt, was die Auslegung nicht explizit ausschließt.

¹⁰⁹⁸ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 147ff. m.w.N.

¹⁰⁹⁹ Vgl. *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 283ff.

¹¹⁰⁰ Siehe etwa *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 293.

¹¹⁰¹ *Starck*, in: JuS 1981, 237, 245f.

¹¹⁰² Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 78f.; *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 151.

¹¹⁰³ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 295ff.

Offen blieb bisher aber, nach welchem Muster eine rechtssichere Unterstruktur einzelne erstrangige Verfassungsnormen zueinander abgrenzen sollte.¹¹⁰⁴ Dabei beeinflusst auch dieses Verhältnis das Endergebnis der Methode. Denn die Unterteilung entscheidet immerhin darüber, welcher Schutzbereich einen Grenzfall erfasst und welches Verfassungsgut mithin abstrakt zu gewichten ist.¹¹⁰⁵ Zudem wirkt es sich unmittelbar auf schrankensystematische Anforderungen an Rechtfertigungsgründe aus, ob etwas beispielsweise eine wissenschaftliche oder künstlerische Äußerung bildet oder eine bloße Meinungsäußerung: Erstere ist vorbehaltlos geschützt, letztere steht unter Gesetzesvorbehalt.¹¹⁰⁶

Soweit erkennbar, befasste sich die verfassungsrechtliche Methodendiskussion jedoch bisher nur am Rande mit Schnittmengen der Schutzbereiche mehrerer Grundrechte, das heißt mit ihrer *Homogenität*.¹¹⁰⁷ Zwar widmeten sich vor allem *Breckwoldt* und *Reßing* der gewichtsverstärkenden Berücksichtigung mehrerer betroffener *heterogener* Grundrechte.¹¹⁰⁸ Inwiefern deren gemeinsame Betroffenheit sich auf die Gewichtung auswirkt, ist allerdings erst eine Frage dieses Teilschritts und damit des Folgekapitels.

Unabhängig davon erfordert eine zuverlässige abstrakte Gewichtung jedoch schon in der Unterstruktur eine Festlegung, welches von mehreren betroffenen homogenen Grundrechten gelten soll. Auch hierzu äußerte sich zwar etwa *Reßing* im Zuge seiner allgemeinen Auseinandersetzung mit Grundrechtskonkurrenzen.¹¹⁰⁹ Gleichwohl schlug er keine Kollisionsregel vor, die vorhersehbar macht, welches von zwei Grundrechten mit überlappenden homogenen Schutzbereichen im konkreten Fall Anwendung finden soll.¹¹¹⁰

Bisherige Ansätze zur Auflösung von Spezialitätsverhältnissen überzeugen ihrerseits nicht. Zwar wirkt es sachangemessen, wie das BVerfG jeweils das „*primäre*“, „*meistbetroffene*“ oder „*sachlich nähere*“¹¹¹¹ Grundrecht anzuwenden. Wegen der Unterbestimmtheit der Grundrechte fehlt es jedoch meist an Indizien, um nach dieser Regel eine intersubjektiv vorhersehbare Auswahl zu treffen.¹¹¹²

Die vorliegende Abhandlung setzt ihre Schwerpunkte an anderer Stelle; das dargestellte Problem kann sie daher hier nur aufwerfen, nicht beheben.

Als provisorische Lösung kommt es jedoch in Betracht, im Zweifel die Anwendbarkeit des vorbehaltloseren und abstrakt gewichtigeren Verfassungsguts zu bejahen. Gelten ansonsten beide Verfassungswerte mit überlappenden Anwendungsbereichen vorbehaltlos oder wiegen sie abstrakt

¹¹⁰⁴ Vgl. *Kirchhof*: Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, S. 25f.

¹¹⁰⁵ Vgl. *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 235.

¹¹⁰⁶ Vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 46, 75–94.

¹¹⁰⁷ Vgl. *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 20f.; *Breckwoldt/Kleiber*, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 1, 12ff.

¹¹⁰⁸ Siehe *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 228; *Reßing*: Die Grundrechtskonkurrenz, 2016, S. 285, 299ff.

¹¹⁰⁹ Siehe *Reßing*: Die Grundrechtskonkurrenz, 2016, S. 79ff.

¹¹¹⁰ Vgl. *Reßing*: Die Grundrechtskonkurrenz, 2016, S. 102ff.

¹¹¹¹ BVerfGE 13, 290, 295.

¹¹¹² Vgl. *Hofmann*, in: Jura 2008, 667, 669; *Meinke*: In Verbindung mit, 2006, S. 249.

gleichviel, läuft die Regel zwar leer. Die Entscheidung bleibt dann ausnahmsweise dem Richter überlassen. Letztlich wirkt sich dieses Ermessen aber nicht auf das Gewichtungsergebnis aus, weil hierfür nur eine unterschiedliche Schrankenregelung oder ein unterschiedliches abstraktes Gewicht von Bedeutung wäre. Wo immer die überlappenden Verfassungsnormen diesbezüglich variieren, greift der dargestellte Zweifelssatz.

Damit regelt der bewährte Grundsatz für die Abgrenzung zwischen erst- und zweitrangigem Verfassungsrecht auch das Binnenverhältnis unter mehreren betroffenen homogenen Schutzbereichen erstrangiger Verfassungsgüter. Und da das Prinzip nur in Grenzfällen greift, die Verfassungstext und -kontext mangels Anhaltspunkten für die Auslegung nicht näher regeln, liegt auch seine Verfassungskonformität nahe: Gegenläufige Verfassungsvorgaben sind hier gerade nicht zu erwarten. Zudem scheint die Rechtssicherheit des Grundsatzes zumindest größer als die der Alternative, überlappende Schutzbereiche in Konfliktfällen nach freier Wahl des Richters abzugrenzen.¹¹¹³

e. Einwände gegen die Rechtssicherheit

Seit Entwicklung des Konzepts weiter Schutzbereiche lautete ein zentraler Vorwurf stets, eine derartige methodische Unterstruktur würde Geltungsbereiche von Verfassungsgütern zu beliebig definieren. Häufig lag dieser Kritik der irrümliche Glaube zugrunde, man könne die Schutzbereiche ohnehin per Auslegung eng genug eingrenzen, um Kollisionen zu vermeiden.¹¹¹⁴

Ähnlich wie die Zweifel an der Verfassungskompatibilität hat unter anderem *Meister* systematisch Einwände gesammelt und widerlegt, die sich gegen die Rechtssicherheit der Schutzbereichsbestimmung richten.¹¹¹⁵ Der vorliegende Abschnitt beschränkt sich deshalb auf die Diskussion der drei Vorwürfe, die bislang noch nicht lückenlos entkräftet wurden.

aa. Kontextabhängigkeit des Wortlautarguments

Was in den Anwendungsbereich eines Verfassungsgutes ersten Ranges fällt, ermittelt die hier diskutierte Unterstruktur anhand der äußersten Grenzen einer weiten Lesart. Erfasst ist etwas, solange die Canones nicht explizit nahelegen, dass einem bestimmten Verfassungsgut nicht unterfallen soll.

Dieses Modell verdient Zuspruch, weil es beliebige Eingrenzungen konsequent vermeidet. Doch auch die eindeutige Entscheidung zugunsten der weitestmöglichen Lesart setzt sich einem Risiko aus: Grenzt die Methode nämlich nur solche Betätigungen aus Schutzbereichen aus, die der Normtext keinesfalls erfasst, muss sich wenigstens hier eine scharfe Trennlinie ziehen lassen.¹¹¹⁶

¹¹¹³ Vgl. *Richers*, in: RPhZ 2018, 181, 192ff.

¹¹¹⁴ Vgl. Kapitel 3, Abschnitt II.2.b.

¹¹¹⁵ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 147ff. m.w.N.

¹¹¹⁶ Vgl. grundlegend zur Problematik *Klatt*, in: ARSP 2004, 51, 53.

Diese erwartet man entlang der äußersten Wortlautgrenze, weil ab hier die Auslegung aufhört und die Rechtsfortbildung beginnt.

Dass der Wortlaut bereits für sich genommen die Normbedeutung eingrenzt, wird jedoch zunehmend in Zweifel gezogen.¹¹¹⁷ Schließlich, so lautet das Argument, konstruiere sprachwissenschaftlich betrachtet erst der Kontext die Bedeutung einer Norm:¹¹¹⁸ „*Es gibt nicht die fixe Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks. Die Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks folgt vielmehr aus dem Zusammenhang, in dem er jeweils verwendet wird*“¹¹¹⁹.

Huang zeigt beispielsweise für den Begriff ‚Jurist‘, dass er wahlweise bereits Jurastudenten fortgeschrittenen Semesters umfasst oder nur Referendare und vollausgebildete Berufsträger oder nur letztere. Was der Verwender konkret meint, hängt vom Kontext ab, nicht von einer invarianten Begriffsbedeutung.¹¹²⁰ Vermeintlich feststehende Begriffe wie ‚Anwalt‘ oder ‚Buch‘ erscheinen Huang zufolge nur deswegen kontextunabhängig, weil die bekannten Verwendungskontexte sich stark ähneln. Aus dem Begriff selbst ergibt sich jedoch weder eine einzige streng wörtliche Lesart noch eine klare Abgrenzung zu nicht wörtlichen Deutungen.¹¹²¹

Diese Kontextabhängigkeit des Wortsinns ist geeignet, die Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu erschüttern.¹¹²² Der Wortlaut wird deshalb jedoch keine beliebige bestimmbare Größe. Nach sprachwissenschaftlichen Ansätzen wie denen von *Brandom* und *Klatt* beruht er bloß nicht auf einer abstrakt feststehenden Bedeutung, sondern auf tatsächlichen Gebrauchsregeln einer Sprachgemeinschaft.¹¹²³ Um richtige von unrichtigen Deutungen des Wortlauts zu unterscheiden, stehen der Interpretation neben dem reinen Normtext etwa die Anhaltspunkte der übrigen Canones als Auslegungshilfe zur Verfügung.¹¹²⁴ Darüber hinaus bietet die Rechtsprechung mit Präjudizien Orientierung.

Soweit also der Betrachter den Kontext im Ganzen erfasst, kann er zuverlässig bestimmen, welche Normbedeutung die Sprachgemeinschaft intersubjektiv anerkennt. Damit steht das Wortlautargument freilich nicht isoliert innerhalb der Canones, sondern erhält seine Gestalt abhängig von den übrigen Auslegungshinweisen.¹¹²⁵ Sie prägen den Wortsinn und formulieren somit Regeln, wann etwas als unzulässige Deutungsweise verworfen werden darf. So lassen sich etwa Schutzbereiche vorhersehbar eingrenzen, ohne dass dieser Vorgang an einer notwendigen Beliebigkeit der Wortdeutung scheitert.

¹¹¹⁷ Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*: Innovation und Recht, Recht und Innovation, 2016, S. 36ff.; *Kuntz*, in: AcP 2015, 389.

¹¹¹⁸ Siehe *Müller/Christensen*: Juristische Methodik, Band 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 533ff.

¹¹¹⁹ *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 400.

¹¹²⁰ Siehe *Huang*, in: Synthese 2017, 963, 967ff.

¹¹²¹ Vgl. *Huang*, in: Synthese 2017, 963, 986.

¹¹²² Vgl. *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 436f.

¹¹²³ Siehe *Brandom*: Making It Explicit, 1994, S. 159; *Klatt*, in: ARSP 2004, 51, 63f.

¹¹²⁴ Vgl. *Klatt*: Theorie der Wortlautgrenze, 2004, S. 237.

¹¹²⁵ Siehe *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 430f.

Angesichts der Kontextabhängigkeit der Sprachbedeutung mag man einwenden, dass der Wortlaut unterbestimmter, kontextarmer Verfassungsnormen ihren Anwendungsbereich fast nicht eingrenzt. Das vernachlässigt jedoch, dass neben den übrigen Canones auch die alltagssprachliche Bedeutung eines Normbegriffs den juristischen Sprachgebrauch prägen kann.¹¹²⁶ Sie diktiert zwar den Wortsinn nicht invariant, kommt aber zumindest dort zum Tragen, wo der spezifische Verwendungskontext keine abweichende Bedeutung nahelegt.¹¹²⁷ Darin erkennt auch *Alexy* eine Lösung für die Wortlautbestimmung: „*Es spricht einiges dafür, zunächst von der Umgangssprache auszugehen und erst bei auftauchenden Unklarheiten und Mißverständnissen Festlegungen über den Wortgebrauch zu treffen*“¹¹²⁸.

Ferner bemerkt etwa *Kuntz*, die Deutung des Wortsinns könne den Normgehalt noch wesentlich vorhersehbarer ermitteln, würden außer den Canones weitere Wortgebrauchsregeln offengelegt und bewusst angewandt.¹¹²⁹ Ansätze wie die von *Brandom* und *Klatt* gehen noch weiter und arbeiten solche Interpretationsinstrumente bereits heraus.¹¹³⁰

Aber schon diesseits weiterführender Überlegungen zeigt sich, dass weite Anwendungsbereiche nicht in einen Allschutz ausufern müssen, nur weil sie lediglich evident ungeschützte Betätigungen ausgrenzen. Eine kontextspezifische Abgrenzung des zulässigen Wortsinns von schlechthin unvertretbaren Deutungen gelingt schon anhand der canonischen Sprachgebrauchsregeln und der Alltagssprache gut genug.¹¹³¹

bb. Beliebige Neuschöpfung von Rechtfertigungsgründen

Sorge bereitet daneben die höchstrichterliche Praxis, dem Verfassungstext mittelbar eine unüberblickbare Menge an erstrangigen Verfassungswerten zu entnehmen¹¹³² – spätestens, wenn aus den Kompetenznormen der Art. 73-75 GG Verfassungsgüter ersten Ranges abgeleitet werden.¹¹³³ Zutreffend erkennt hierzu *Reimer*: „*Wenn selbst die Wirtschaftlichkeit der Deutschen Bundesbahn ein ‚überragend wichtiges Verfassungsgut‘ ist und noch die Beteiligung einer Tierschutzkommission an der Verordnungsgebung mit Verfassungsrang ausgestattet werden kann, dann scheint die Annahme einer wirksamen Begrenzung der auf der Sollseite der Abwägung einzustellenden ‚Prinzipien‘ übermäßig optimistisch*“¹¹³⁴.

Rechtsgüter derart freizügig mit erstem Verfassungsgrad auszustatten, riskiert in der Tat, die Privilegierung vorbehaltloser Grundrechte systemwidrig einzuebnen: Unter dem Deckmantel einer

¹¹²⁶ Vgl. *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 449.

¹¹²⁷ Vgl. *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 432; *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 420f.

¹¹²⁸ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 237.

¹¹²⁹ Siehe *Kuntz*, in: AcP 2015, 389, 448.

¹¹³⁰ Siehe *Klatt*, in: ARSP 2004, 51, 56; *Brandom*: Making It Explicit, 1994, S. 159.

¹¹³¹ Vgl. *Kuntz*, in: AöR 2016, 645, 649; *Klatt*: Theorie der Wortlautgrenze, 2004, S. 234.

¹¹³² Vgl. *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 264f.

¹¹³³ Vgl. BVerfGE 28, 243, 261; *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 177f.

¹¹³⁴ *Reimer*, in: Der Staat 2013, 27, 49.

Kompetenznorm oder als implizites Verfassungsrecht kann jeder zweitrangige Verfassungswert in einen erstrangigen verkehrt werden.¹¹³⁵

So bedenklich für die Verfassungskompatibilität der Unterstruktur solche inflationäre Tendenzen auch sein mögen, so sehr widerstreben sie sowohl der Kieler Schule als auch der älteren Rechtsprechung.¹¹³⁶ Insofern entgeht zumindest *Alexy* dem Vorwurf, erst- und zweitrangige Verfassungswerte würden ununterscheidbar, sobald man Art. 73-75 GG als Rechtsquelle für kollidierende Verfassungsgüter anerkennt.¹¹³⁷ Stattdessen stuft er die bloß „*relativen Gemeinschaftsinteressen*“¹¹³⁸ im Sinne parteipolitischer Forderungen als zweitrangige Verfassungswerte ein, die ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht nicht einzuschränken vermögen. Aus dem in Art. 73-75 GG festgesetzten rechtlichen Können ein rechtliches Sollen im Sinne materieller Staatsziele zu folgern, verwirft *Alexy* als inkohärent.¹¹³⁹ Damit trägt er *Krieles* Einwand Rechnung.

Gleichzeitig geht die Kieler Schule nicht so weit wie etwa *Bamberger*, der nur in Ausnahmefällen Verfassungsnormen jenseits kollidierender Grundrechte als verfassungsimmanente Schranken anerkennen will.¹¹⁴⁰ Stattdessen zeigt sich *Alexy* genau wie das BVerfG aufgeschlossen, Gemeinschaftsgüter wie den Sozialstaat und die Demokratie als Verfassungsgüter ersten Ranges in die Gewichtung miteinzubeziehen.¹¹⁴¹ Als erstrangige Verfassungswerte will er jedoch nur solche berücksichtigen, die nicht erst unter ideologischen Prämissen des Gesetzgebers dazu dienen, ausdrückliche materielle Verfassungsbestimmungen zu verwirklichen.¹¹⁴²

In diesem Maße auch ungeschriebene Grundsätze in den ersten Verfassungsrang zu heben, scheint im Interesse staatlicher Handlungsfähigkeit geboten.¹¹⁴³ Will man nämlich überhaupt einen funktionsfähigen Staat, der Grundrechte durchzusetzen imstande ist, kommt man nicht umhin, solche Einschränkungsründe zuzulassen. Denn obwohl sie sich nur mittelbar aus dem Verfassungstext ergeben, kommt der Staat gerade als zuverlässiger Garant der Grundrechte nicht ohne derartige Rechtfertigungsgründe aus.¹¹⁴⁴

Entsprechende Belange jedoch lediglich ausnahmsweise als kollidierende Verfassungsgüter ersten Grades anzusehen, ohne eine präzise Ausnahmeregel aufzustellen, schafft ebenfalls subjektive Wertungsspielräume.¹¹⁴⁵ Um hingegen ein rechtssicheres Eingrenzungskriterium zu definieren,

¹¹³⁵ Vgl. *Oliveira*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, S. 178f.

¹¹³⁶ Siehe BVerfGE 13, 97, 107ff.; *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 119.

¹¹³⁷ Vgl. *Kriele*, in: JA 1984, 629, 631.

¹¹³⁸ *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 119.

¹¹³⁹ Siehe *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 118.

¹¹⁴⁰ Vgl. *Bamberger*, in: Der Staat 2000, 355, 363 m.w.N.

¹¹⁴¹ Siehe *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 118; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 824 m.w.N.

¹¹⁴² Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 119; *Kriele*, in: JA 1984, 629, 638.

¹¹⁴³ Vgl. BVerfGE 1, 48, 52; BVerfGE 33, 52, 71; NJW BVerfG, NJW 1999, 304.

¹¹⁴⁴ Vgl. *Bamberger*, in: Der Staat 2000, 355, 373.

¹¹⁴⁵ Vgl. BAGE 113, 230, 234f.; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 574ff. m.w.N.

eignet es sich eher, wie *Alexy* nur Faktoren als erstrangige Verfassungsgüter zu berücksichtigen, die zur Verwirklichung ausdrücklicher Verfassungswerte zwingend vorliegen müssen.

Als explizite Verfassungswerte gelten hierbei fast ausschließlich die Grundrechte, die Staatsziele der Art. 20ff. GG und die zwingenden Einrichtungen und Abläufe der Staatsorganisation. Implizite Gemeinschaftsgüter ergeben sich schon aus diesem Bestand zusätzlich, soweit sie einer „*Bündelung* [...] (von) *geschützten Individualinteressen*“¹¹⁴⁶ dienen: Da ihr Schutz beispielsweise notwendig voraussetzt, dass der Staat fortbesteht, gilt der Fortbestand nach *Alexys* Definition ebenfalls als schützenswerter Belang im Rang einer verfassungsimmanenten Schranke. Erstrangige Grundrechte hiergegen abzuwägen, scheint verfassungskompatibel, weil der Verfassungsgeber denklogisch genau dies wünscht, sobald er nur daran interessiert ist, die expliziten konstitutionellen Werte zu verwirklichen.

Alexys Kriterium, um erstrangige Verfassungsprinzipien zu ermitteln, halten einige zwar ebenfalls noch für zu locker.¹¹⁴⁷ Schließlich berücksichtigt es *sämtliche* ungeschriebenen Gemeinschaftsgüter in der Gewichtung, solange sie nur konstitutive Faktoren zur Verwirklichung einer ausdrücklichen Verfassungsnorm bilden. Bis auf weiteres wurde jedoch kein alternatives Abgrenzungskriterium vorgeschlagen, das gleichermaßen die staatliche Handlungsfähigkeit sichert, ohne jedem beliebigen Rechtsgut ersten Verfassungsrang zuzumessen.

Im Übrigen wirkt *Alexys* methodischer Teilschritt zur Auswahl erstrangiger Gemeinschaftsgüter berechenbar: Hypothesen zur Unentbehrlichkeit bestimmter impliziter Grundsätze für die Verwirklichung expliziter Verfassungswerte lassen sich empirisch falsifizieren. Umgekehrt können sie sich in rigoröser Prüfung bewähren. Mithin bilden sie eine verlässliche methodische Planke in einer mit der Gewichtsformel kompatiblen Unterstruktur.

Lockerere Kriterien zur Ermittlung erstrangiger Verfassungsprinzipien provozieren demgegenüber den Einwand, ihre Relevanz hänge allein vom Ermessen des Betrachters ab: Immerhin müssen sie definitionsgemäß nicht zwingend beachtet werden, um ein ausdrückliches Verfassungsprinzip des Grundgesetzes zu verwirklichen.¹¹⁴⁸ Privilegiert man umgekehrt vorbehaltlose Grundrechte weiter und verwirft deshalb mittelbare Staatsziele teilweise als verfassungsimmanente Schranke, selektiert man ebenso nach subjektiven Maßstäben. Beide Alternativen taugen mangels Vorhersehbarkeit nicht als Methode, um gewichtungsrelevante Gemeinschaftsgüter im ersten Verfassungsrang zu bestimmen.

Während das BVerfG also mitunter zu freizügig Verfassungsgüter für erstrangig erklärt, verspricht *Alexys* Ansatz in diesem Punkt bis auf Weiteres ein Optimum an Vorhersehbarkeit.

¹¹⁴⁶ *Bamberger*, in: *Der Staat* 2000, 355, 373.

¹¹⁴⁷ Vgl. *Böckenförde*, in: *Der Staat* 2003, 165, 167ff.; *Sachs*, in: *Sachs/Battis* (Hrsg.), 8. Aufl., 2017, Vor Art. 1 GG, Rn. 121.

¹¹⁴⁸ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 119; *Kriele*, in: *JA* 1984, 629, 638.

cc. Beliebige Neuschöpfung von Grundrechten

Ähnlich wie auf Seiten legitimer Zwecke neigt die Rechtsprechung auch auf Seiten der Schutzpositionen dazu, großzügig ungeschriebene Verfassungsgüter ersten Grades anzuerkennen. Das prominenteste Beispiel bildet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) und immer weiter verästelte Ableitungen eigenständiger Verfassungswerte hieraus.¹¹⁴⁹ Daran lässt sich ersehen, dass das BVerfG neue Grundrechte auf zwei Arten schafft:

Einerseits bildet das Gericht völlig neue Verfassungsgüter ersten Ranges heraus, wo zuvor eine Betätigung nur zweitrangig geschützt war. Das geschieht selten und das Exempel des APR bleibt eine rare Ausnahme.¹¹⁵⁰ Wie *Hornung* herausgearbeitet hat, handelt es sich dabei zwar um eine bewusste Neuschöpfung des BVerfG. Letztlich macht aber schon der Verfassungstext selbst die Entscheidung hierzu vertretbar, weil das APR der engen Lesart des Art. 2 Abs. 1 GG entspricht. Es wirkt nachvollziehbar, den Schutz des existenziellen Kerns freier menschlicher Betätigung im Verfassungsrang höher zu heben als den Schutz des hobbymäßigen Reitens im Walde.¹¹⁵¹

Gerade deswegen droht kaum Beliebigkeit wegen einer derart einmaligen, zumal vertretbaren Entscheidung, ein neues erstrangiges Verfassungsgut anzuerkennen.¹¹⁵² Diese methodische Spezialität der verfassungsgerichtlichen Schutzbereichsbestimmung bringt ihre Vorhersehbarkeit insgesamt also nicht in Gefahr.

Andererseits tendiert das BVerfG weit häufiger dazu, für kleine Kreise bereits erstrangig geschützter Betätigungsformen ein separates Schutzrecht herauszubilden. Auch hierfür sind die immer feingliedrigeren Auskopplungen aus dem APR ein prominentes Beispiel.¹¹⁵³ Allein für den Schutz personenbezogener Informationen schuf 1983 das Volkszählungsurteil das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹¹⁵⁴ Das eigenständige Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme schützt ferner seit 2008 exklusiv elektronische personenbezogene Daten.¹¹⁵⁵

Eilfertig verurteilen diverse Kritiker solche Aufspaltungen innerhalb des erstrangigen Verfassungsrechts als willkürlich.¹¹⁵⁶ Vor allem *Hornung* hat indes dargelegt, dass solche Neuschöpfungen weitgehend vorhersehbar in geordneten Bahnen ablaufen:

Dass etwa das Recht am eigenen Bild stets Teil des APR blieb, verdeutlicht, dass das BVerfG keineswegs freizügig für einzelne geschützte Positionen separate Schutzrechte ausformt. Eine Gesamtbetrachtung legt stattdessen nahe, dass das BVerfG neue Grundrechte nur ausnahmsweise

¹¹⁴⁹ Siehe etwa BVerfGE 65, 1; vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 51f.

¹¹⁵⁰ Siehe *Hornung*: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 207.

¹¹⁵¹ Vgl. BVerfGE 80, 137, 151ff. m.w.N.; *Hornung*: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 263ff.

¹¹⁵² So auch *Hornung*: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 207f.

¹¹⁵³ Vgl. *Hornung*: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 205f.

¹¹⁵⁴ Siehe BVerfGE 65, 1.

¹¹⁵⁵ Siehe BVerfGE 120, 274, 304ff.

¹¹⁵⁶ Siehe etwa *Hillgruber*, in: JZ 2011, 861, 863f.

herausbildet.¹¹⁵⁷ Solchen Neuschöpfungen gehen stets tiefgreifende gesellschaftliche Entwicklungen voraus, die die Bedeutung bestimmter Betätigungen für den effektiven Grundrechtsgebrauch steigern.¹¹⁵⁸ Davon zeugen die tragenden Erwägungen in der Anbahnung entsprechender Entscheidungen,¹¹⁵⁹ so etwa die Argumente des Steinmüller-Gutachtens im Fall des Volkszählungsurteils¹¹⁶⁰. Ebenso betonen die Entscheidungen selbst die Relevanz des sozialen und technologischen Wandels für die Grundrechtsbetätigung.¹¹⁶¹ Ausschlaggebend für die dargestellten Auskopplungen aus dem APR war beispielsweise die wachsende Bedeutung (elektronisch erfasster) personenbezogener Informationen für die eigene Persönlichkeitsentfaltung.¹¹⁶² Grimm bezeichnet dementsprechend die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als „Musterbeispiel einer interpretatorischen Reaktion auf sozialen Wandel“¹¹⁶³.

In einem derart eng umrissenen Rahmen gefährden mithin auch Neuschöpfungen spezifischer Grundrechte für besondere Betätigungsformen die Rechtssicherheit kaum. Schließlich kommen auch sie nur relativ selten vor und geschehen selbst dann immer nur unter dem intersubjektiv erkennbaren Vorzeichen profunder gesellschaftlicher Entwicklungen. Im Übrigen hält sich die Auswirkung solcher Neuschöpfungen auf das Endergebnis einer grundrechtlichen Methode in Grenzen. Immerhin fielen die fortan exklusiv geschützten Betätigungen zuvor in den Anwendungsbereich eines anderen erstrangigen Grundrechts.

Jedenfalls im Rahmen der bisherigen Verfassungsrechtsprechung erschweren Neuschöpfungen von Schutzbereichen daher kaum die Vorhersehbarkeit der grundrechtlichen Methode in der Unterstruktur.¹¹⁶⁴

dd. Überlastung des BVerfG

Zuletzt verdient ein Einwand Erwähnung, der die Praxis der Grundrechtsanwendung betrifft: Nach Auffassung mancher Kritiker leidet die Zuverlässigkeit der Methode praktisch daran, dass ein weiter prima facie Anwendungsbereich häufig aussichtslose Verfahren begünstigt.¹¹⁶⁵ Dieser Befürchtung zufolge überlasten dadurch inflationäre Verfassungsbeschwerden die gerichtlichen Kapazitäten: Denn je mehr Fälle die Verfassungsrichter bearbeiten müssen, desto weniger gründlich können sie sich einer einzelnen Streitfrage widmen. Das beeinträchtigt letztlich auch die Berechenbarkeit der Entscheidungen.

Und in der Tat unterstreicht die Entwicklung der Fallzahlen augenscheinlich das Problem: Je deutlicher das BVerfG in seiner Praxis Schutzbereiche weit definierte, desto mehr Verfassungsbeschwerden wurden beim zweiten Senat anhängig. Lag ihre jährliche Zahl vor 1960

¹¹⁵⁷ So Hornung: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 207.

¹¹⁵⁸ Vgl. Hornung: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 209f.

¹¹⁵⁹ Zur Übersicht siehe Hornung: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 270f.

¹¹⁶⁰ Siehe BT-Drs. VI/3826, S. 88.

¹¹⁶¹ Siehe nur BVerfGE 65, 1, 43.

¹¹⁶² Vgl. Hornung: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 209f.

¹¹⁶³ Grimm, in: Seoul Law Journal 2001, 182, 194.

¹¹⁶⁴ So auch Hornung: Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 560.

¹¹⁶⁵ Vgl. Barak: Proportionality, 2012, S. 79f.

unter 100 und vor 1970 unter 1.000, erreichten das Gericht in den letzten zehn Jahren im Durchschnitt über 6.000 konkrete Verfassungsbeschwerden.¹¹⁶⁶ Um dieser Verfahrensmenge Herr zu werden, muss das BVerfG inzwischen umfassend vorselektieren. So dringen weit über 95% der Verfassungsbeschwerden gar nicht zu den Senaten vor, sondern werden bereits von den Kammern per Nichtannahmebeschluss zurückgewiesen.¹¹⁶⁷

Worin die tatsächlichen Gründe für den rasanten Anstieg der Fallzahlen liegen, lässt sich an dieser Stelle nicht beantworten. Angesichts des zeitlichen Zusammenfalls bildet das Aufkommen weiterer Schutzbereichsdefinitionen aber immerhin einen plausiblen Erklärungsansatz. Ob dieser einer kritischen Überprüfung standhält¹¹⁶⁸, kann allerdings offenbleiben.

Denn die Menge der Verfassungsbeschwerden belastet das BVerfG zumindest solange nicht, wie es sich auf eine praktikable Methode zur vorhersehbaren Normanwendung stützt. Dann nämlich drohen keine unnötigen zusätzlichen Verfahren wegen einer etwaigen Ungewissheit der Erfolgsaussichten; schließlich erlaubt eine rechtssichere Methode, diese im Voraus zuverlässig zu prognostizieren. Solange sich die übrigen Teilschritte des Modells zur Grundrechtsanwendung also vorhersehbar gestalten lassen, entkräftet dies auch den Einwand, dass weite Anwendungsbereiche Verfassungsgerichte vermeidbar überlasten.

f. Zwischenergebnis

Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand gelingt dem Abwägungsmodell die Bestimmung gewichtungsrelevanter Verfassungsgüter sowohl verfassungskompatibel als auch rechtssicher:

Die hier diskutierte Unterstruktur hält sämtliche Betätigungen für verfassungsrechtlich zweitgradig unter Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Ebenso akzeptiert die Methode unterschiedslos jedes legitime Ziel zur Einschränkung von Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt. Weiterhin beachtet eine mit der Gewichtsformel kompatible Unterstruktur die Schrankensystem, indem sie Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte nur duldet, wo kollidierendes Verfassungsrecht ersten Grades sie rechtfertigt.

Bei der Bestimmung der Anwendungsreichweite einzelner erstrangiger Grundrechte vermeidet die Kieler Schule Beliebigkeit, indem nur Betätigungen aus dem Schutzbereich ausschließt, die der Norm(kon-)text evident nicht deckt. Interpretationsschwierigkeiten werden restlos und eindeutig dadurch aufgelöst, dass im Zweifel immer der weite Zuschnitt gelten soll. Einschränkungen erfährt ein Schutzbereich lediglich dort, wo die Auslegung von Verfassungsnormen ihre Geltung offenkundig fern legt. Dadurch stellt die Methode auch sicher, Anwendungsbereiche nirgendwo contra legem abzustecken.

Die Untersuchung zeigte im Übrigen, dass die verfassungsrechtliche Methodendiskussion bislang keine Vorgabe erwogen hat, welche von zwei betroffenen erstrangigen Verfassungsnormen mit überlappenden Schutzbereichen berücksichtigt werden soll. Als provisorische Lösung empfiehlt der

¹¹⁶⁶ Siehe BVerfG: Jahresstatistik 2018, 2019, S. 2ff.

¹¹⁶⁷ Vgl. Hillgruber, in: JZ 2011, 861, 867ff.

¹¹⁶⁸ Vgl. dies bezweifelnd Meister: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 159f.

zurückliegende Abschnitt, sich am bewährten Grundsatz zur Abgrenzung erstrangiger Verfassungsnormen gegenüber zweitrangigen zu orientieren: Aufgelöst werden soll ein Konflikt zwischen homogenen Anwendungsbereichen demnach im Zweifel immer zugunsten des vorbehaltloseren, abstrakt gewichtigeren betroffenen Grundrechts.

Die Einwände gegen die Vorhersehbarkeit der Schutzbereichsbestimmung nach hiesigem Muster konnten nicht überzeugen. Entkräftet haben Vertreter der Kieler Schule wie gesehen ohnehin bereits die allermeisten Kritikpunkte. Nur den bislang offenen widmete sich der Abschnitt noch einmal ausführlich.

Ein Vorwurf betraf dabei die Kontextabhängigkeit des Wortlauts und damit verbunden die Schwierigkeit, Schutzbereiche entlang der äußersten Wortlautgrenze abzugrenzen. Dass erst der Kontext und die dortigen Gebrauchsregeln der Sprachgemeinschaft dem Wortsinn seine Bedeutung verleihen, hindert wie festgestellt jedoch nicht dessen intersubjektiv nachvollziehbare Bestimmung: Eine kontextsensitive Deutung ermöglichen vorhersehbar meist schon die Canones und Präjudizien. Hilfsweise ergeben sich die Grenzen der Schutzbereiche aus dem, was sich nach der alltagssprachigen Bedeutung des Normtexts vertretbar dazu zählen lässt.

Zwei weitere Einwände bemängelten die Beliebigkeit verfassungsgerichtlicher Neuschöpfungen von Rechtfertigungsgründen einerseits und Grundrechten andererseits:

Letztere treten jedoch bei näherer Betrachtung nur selten auf und ereigneten sich bislang immer erst infolge tiefgreifender gesellschaftlicher Entwicklungen. Soweit die Schutzbereichsbestimmung nicht darüber hinausgeht, schafft sie kein nennenswertes Einfallstor für Beliebigkeit.

Ähnliches gilt für die Herausbildung von Rechtfertigungsgründen ersten Ranges aus impliziten Verfassungsgrundsätzen und Kompetenznormen. Zwar gebraucht das BVerfG diese Möglichkeit zuweilen zu großzügig. *Alexys* Ansatz besteht indes darin, nur solche Gemeinschaftsgüter in den ersten Verfassungsrang zu erheben, die unentbehrlich für die Verwirklichung geschriebener Verfassungsprinzipien sind. Damit sichert seine Methode die Handlungsfähigkeit des Staates, indem sie beispielsweise den Erhalt der staatlichen Ordnung als Rechtfertigungsgrund zulässt. Gleichzeitig verhindern die Anforderungen an die Berücksichtigung ungeschriebener Verfassungswerte ausufernde und damit unvorhersehbare Aufwertungen legitimer Zwecke in den ersten Verfassungsrang.

Zuletzt zeigte sich, dass weite Anwendungsbereiche der Verfassungsnormen keine unnötige Flut zusätzlicher Verfassungsbeschwerden provozieren, die die Zuverlässigkeit der Verfassungsjustiz praktisch lähmt. Denn solange das BVerfG widerstreitende Verfassungswerte nach einer vorhersehbaren Methode abwägt, steht die fehlende Erfolgsaussicht von vornherein fest und hält Grundrechtsträger von überflüssigen Verfahren ab.

Alexys Methode, die Anwendungsbereiche erst- und zweitrangiger Verfassungsgüter zu definieren, erweist sich nach kritischer Überprüfung somit als verfassungskompatibel und rechtssicher.

4. Definition von Eingriff und Eingriffswirkung

a. Orientierung

Um den Obersatz im zweiten Teilschritt einer mit der Gewichtsformel kompatiblen Unterstruktur näher zu bestimmen, ist festzulegen, welche Sachverhaltselemente die grundrechtliche Methode zum gewichtungsrelevanten Eingriff rechnet. Darauf aufbauend muss das Modell präzisieren, wie weit es die Eingriffswirkung filtert, ehe später ihre konkrete Gewichtung folgt. Beides darf das Modell nicht dem Zufall überlassen, da andernfalls Rechtsanwender an diesen Stellschrauben nach Belieben das Gewichtungsergebnis beeinflussen können.

Wie ein Modell zur Grundrechtsanwendung an diesen Punkten seine Unterstruktur aufbauen kann, hat *Alexy* bisher nur im Ansatz definiert.¹¹⁶⁹ Hierin ist ihm auch die übrige Kieler Schule gefolgt, ohne allzu viele weiterführende Überlegungen zu diesen Teilfragen anzustellen.¹¹⁷⁰ Der gemeinsame Grundgedanke lässt sich deshalb kurz in Abschnitt III.4.b.aa beleuchten.

Unabhängig davon erkennt die jüngere Diskussion gleichwohl zumindest drei zentrale Probleme, die die Begriffe von Eingriff und Eingriffswirkung bewältigen müssen, um Wertungsspielräume zu schließen: So hat erstens Abschnitt III.4.b.bb zu klären, ob ein Eingriff nur in seiner Beziehung zu einem Einzelnen gewichtungsrelevant werden soll oder als Gesamtphänomen gegenüber allen Betroffenen.¹¹⁷¹ Zweitens muss die Methode festsetzen, inwiefern sie Einwirkungen auf mehrere parallele Grundrechte kumuliert oder isoliert voneinander betrachtet; dieser Frage geht Abschnitt III.4.b.cc nach.¹¹⁷² Drittens behandelt Abschnitt III.4.c die Schwierigkeit, ob die Eingriffswirkung wirklich alle noch so mittelbaren kausalen Folgen eines Eingriffs berücksichtigen will.¹¹⁷³

In der skizzierten Vorgehensweise sucht der Abschnitt nach möglichst rechtssicheren Obersätzen dazu, was zum Eingriff und was zu seiner abwägungsrelevanten Wirkung zu rechnen ist.

b. Eingriff

aa. Grundbegriff

Die in der verfassungsrechtlichen Diskussion vorherrschende Definition eines Eingriffs formuliert *Meister* präzise wie folgt: „*Ein Eingriff ist jedes staatliche Verhalten, das kausal zu einer Reduktion grundrechtlicher Freiheiten führt*“¹¹⁷⁴. Dieser Begriff lässt sich dem Obersatz des zweiten Teilschritts der Grundrechtsanwendung zugrunde legen. Schließlich harmonisiert er mit der Gewichtsformel und verwirklicht zudem einen möglichst umfassenden Grundrechtsschutz, wie *Meister* überzeugend ausführt.

¹¹⁶⁹ Vgl. *Alexy*, in: *Der Staat* 2013, 87, 98.

¹¹⁷⁰ Siehe *Meister*: *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, 2011, S. 144.

¹¹⁷¹ Vgl. *Klement*, in: *AöR* 2009, 35, 78f.

¹¹⁷² Vgl. *Winkler*, in: *JA* 2014, 881, 882.

¹¹⁷³ Vgl. *Alexy*, in: *Der Staat* 2013, 87.

¹¹⁷⁴ *Meister*: *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, 2011, S. 144.

Zugleich ist dem Ansatz seine Rechtssicherheit gewiss, weil der weite Eingriffsbegriff jede Beeinträchtigung einschließt und damit Abgrenzungsschwierigkeiten vermeidet. Spielräume für beliebige Selektionen entlang der Eingriffsdefinition drohen somit in keinem Fall. Ihr haftet insofern eine schlichte Eleganz an, weil sie die Streitpunkte im Abwägungsverfahren bündig auf den Teilschritt der Gewichtung verschiebt und nicht bloß partiell.¹¹⁷⁵

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre folgen der genannten Eingriffsdefinition deshalb aus gutem Grund. Nur vereinzelt regt sich Kritik gegen die Verfassungskonformität und Rechtssicherheit des weiten Eingriffsbegriffs.¹¹⁷⁶ Sie ähnelt allerdings den Beanstandungen der weiten Schutzbereiche. Da die Argumente und ihre Entkräftung unter Verweis auf die Unterbestimmtheit der Grundrechte weitgehend analog ausfallen, wird hier auf eine nähere Auseinandersetzung verzichtet. Im Ergebnis scheitern die Vorwürfe aus ähnlichen Gründen wie schon das weiter oben besprochene Plädoyer für engere Schutzbereichsbestimmungen.¹¹⁷⁷

bb. Mehrere Adressaten

Unbeantwortet lässt auch der weite Eingriffsbegriff jedoch zunächst, ob er nur auf die Beziehung des Eingreifenden gegenüber einem einzelnen Betroffenen abstellt oder gegenüber allen. Gleichzeitig erwecken manche Urteile des BVerfG den Eindruck, die Zahl der Betroffenen beeinflusse das konkrete Gewicht eines Eingriffs.¹¹⁷⁸

Eine Rechtsprechungsanalyse ergibt indes, dass das BVerfG die Zahl der Betroffenen nur dort für gewichtsbestimmend hält, wo sie auch beim Individuum eine zusätzliche Wirkung entfaltet.¹¹⁷⁹ So problematisiert das Gericht die anlasslose Vorratsdatenspeicherung offenbar nicht per se wegen des weiten Adressatenkreises, sondern wegen des damit einhergehenden Einschüchterungseffekts für den Einzelnen.¹¹⁸⁰

Und auch unabhängig von der Urteilspraxis konzipierte bereits der Verfassungsgeber die Grundrechte als Ensemble von Schutzpositionen des Individuums.¹¹⁸¹ Ihre Systematik legt nahe, eine Grundrechtsverletzung nicht nach der Gesamtwirkung eines Eingriffs auf alle Grundrechtsträger zu bestimmen, sondern nach der Beeinträchtigung des Einzelnen.¹¹⁸²

Die besseren Gründe sprechen insofern dafür, einen Eingriff immer nur in Beziehung gegenüber einem einzelnen Grundrechtsträger in der Grundrechtsanwendung zu berücksichtigen. Darin scheint die verfassungskompatiblere Eingriffsdefinition zu bestehen.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 144ff. m.w.N.

¹¹⁷⁶ Vgl. etwa *Ipsen*, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, 2012, 369, 377.

¹¹⁷⁷ Vgl. *Alexy*, in: Der Staat 2013, 87, 93.

¹¹⁷⁸ Siehe nur BVerfGE 115, 118, 164f.; BVerfGE 115, 320, 347ff.; BVerfGE 121, 317, 355ff.

¹¹⁷⁹ Siehe *Klement*, in: AöR 2009, 35, 48.

¹¹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 125, 260, 282f., 318ff.

¹¹⁸¹ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 46.

¹¹⁸² So auch *Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, 2010, S. 111f.; *Klement*, in: AöR 2009, 35, 78f.

cc. Additive Grundrechtseingriffe

Größere Probleme bereiten Fälle einer verstärkten Gesamtbelastung des Einzelnen. Sie kommt dort zustande, wo mehrere Grundrechtseingriffe additiv auftreten. Insgesamt wurde das Problem bisher erst cursorisch besprochen und auch von Vertretern der Kieler Schule häufig ausgespart.¹¹⁸³ Dass die Auseinandersetzung mit der Thematik bislang noch nicht weit gedungen ist, zeigt die uneinheitliche Bezeichnung:¹¹⁸⁴ Das BVerfG und einige Kommentatoren sprechen von „*additiven Grundrechtseingriffen*“¹¹⁸⁵, *Kirchhof* von „*kumulativen Belastungen*“¹¹⁸⁶, *Klement* von „*kumulativen Grundrechtseingriffen*“ bzw. einer „*Belastungskumulation*“¹¹⁸⁷.

Anders als es die überschaubare Menge der Diskussionsbeiträge erwarten ließe, wirkt es sich erheblich auf das Endergebnis der Methode aus, inwiefern Eingriffe kumuliert als Einheit behandelt werden: Denn je nachdem, wie viele Teileingriffe gesammelt betrachtet werden, desto intensiver fällt ihre Gesamtwirkung aus und desto schwerer müssen die Rechtfertigungsgründe wiegen. Liegt die Zusammenrechnung der parallelen staatlichen Eingriffe im freien Ermessen des Rechtsanwenders, droht hier selbst bei einer ansonsten vorhersehbaren Abwägungsmethode ein neues Einfallstor für Beliebigkeit.¹¹⁸⁸

Die Problematik stellt sich umso drängender, je mehr staatliche Eingriffe nebeneinander treten.¹¹⁸⁹ Akut wird die Frage bereits heute angesichts der Vielzahl überlappender Beeinträchtigungen eines Unternehmers durch Compliance-Vorgaben, Steuern, Sozialabgaben, Arbeitnehmerschutzrechte usw.¹¹⁹⁰

Immerhin haben sich inzwischen einige Ansätze dazu herausgebildet, wie methodisch mit additiven Grundrechtsphänomenen umzugehen ist:

Als einer der ersten wies *Schwabe* auf das Phänomen hin. Er riet dazu, Grundrechtsbeeinträchtigungen möglichst feingliedrig in abtrennbare Einzeleingriffe zu zerteilen und diese isoliert voneinander jeweils für sich genommen auf ihre Unverhältnismäßigkeit zu prüfen.¹¹⁹¹ Vor allem *Spielmann* empfindet dies jedoch als lebensferne Zerstückelung einheitlicher Sachverhalt und moniert, dass dadurch die Gesamtbelastung eines Grundrechtsträgers nur unzureichende Beachtung findet. Alternativ regt er an, Einzelbeeinträchtigungen mit gleichem Zweck und anderen sachlich einheitsstiftenden ‚Konnex-Kriterien‘ als Gesamteingriff in die Grundrechtsanwendung einzustellen.¹¹⁹²

¹¹⁸³ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 40f.; *Winkler*, in: JA 2014, 881, 882.

¹¹⁸⁴ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 51f.

¹¹⁸⁵ BVerfGE 112, 304, 321; *Winkler*, in: JA 2014, 881, 882.

¹¹⁸⁶ *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732.

¹¹⁸⁷ *Klement*, in: AöR 2009, 35, 42.

¹¹⁸⁸ Vgl. *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 182.

¹¹⁸⁹ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 54f.; *Winkler*, in: JA 2014, 881.

¹¹⁹⁰ Vgl. *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732.

¹¹⁹¹ Siehe *Schwabe*: Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl. 1997, S. 324.

¹¹⁹² Siehe *Spielmann*: Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 1. Aufl. 2008, S. 118ff.

Dazwischen entwickelte sich mittlerweile eine vermittelnde Positionen: Vor allem *Klement* und *Reßing* wollen weiterhin gesondert Einzeleingriffe zum Gegenstand der Gewichtung machen, dafür aber eine besondere Gesamtbelastung intensitätsverstärkend in der konkreten Gewichtung berücksichtigen.¹¹⁹³ Für diesen Ansatz streitet zumindest, dass es der Gewaltenteilung zuwiderliefe, wenn das BVerfG ansonsten wie in *Spielmanns* Modell Maßnahmenpakete mit einheitlicher Zwecksetzung als Gesamteingriff im Ganzen verwerfen dürfte. Gerade gegenüber dem Gesetzgeber würde das Gericht damit riskieren, dessen demokratisch legitimierte Kompetenz zu weit zu beschneiden, wenn lediglich ein Maßnahmenteil besonders gravierend in ein Grundrecht einschneidet.¹¹⁹⁴

Für den vermittelnden Ansatz streitet weiterhin, dass jeder Normadressat dauerhaft mehreren Beeinträchtigungen unterworfen ist, die insofern häufig auch parallel auftreten. Das ergibt sich bereits aus der mittelbaren Drittwirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Bei einer Mehrfachbelastung scheint es sich somit zunächst um einen Normalzustand zu handeln, der nicht per se einen gesteigerten Schutz rechtfertigt. Dies gilt insbesondere, weil zufällig parallel erfolgende Eingriffe in verschiedene Schutzgüter nicht als besonders erdrückend wahrgenommen werden.¹¹⁹⁵ Diesen Einwänden entgeht eine gemeinsame Erfassung additiver Grundrechtseingriffe nur, wenn sie sich auf besondere Ausnahmen beschränkt.

Schwierigkeiten bereitet bei kumulierter Berücksichtigung von Eingriffen mithin die Abgrenzung zwischen zufälligen zusammenhanglosen parallelen Eingriffen und solchen, die zusammengezählt werden sollen.¹¹⁹⁶ *Lücke* erwog hier, Eingriffe immer dann zusammenzufassen, „wenn diese Akte im Wesentlichen denselben Zwecken dienen und sie dasselbe Grundrecht(sgut) berühren“¹¹⁹⁷. Dabei deutet bereits der wertoffene Begriff des „Wesentlichen“ an, dass die Trennlinie mühevoll durch konkretisierende Präjudizien gezogen werden muss. Vorher bliebe die Zusammenlegung in Grenzfällen nicht vorhersehbar.¹¹⁹⁸

Ganz im Sinne dieser Argumente prüft auch das BVerfG systematisch Eingriffe nur isoliert auf ihre Verhältnismäßigkeit.¹¹⁹⁹ Die Gesamtbelastung gerät hingegen allenfalls in Ausnahmesituationen in den Blick, wo sie sich besonders erdrückend gestaltet. Auch dort kontrolliert das BVerfG anders als *Spielmann* keinen Verbund von Belastungen als solchen auf seine Verfassungsmäßigkeit, sondern nur einen einzelnen Eingriff.¹²⁰⁰ Die Umstände des Einzeleingriffs sollen stattdessen eingriffsverstärkend berücksichtigt werden, wenn die Beeinträchtigung additiv besonders gewichtig erscheint.¹²⁰¹ Das BVerfG stellt insofern fest, dass „verschiedene, einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche (...) in ihrer Gesamtwirkung zu einer

¹¹⁹³ Siehe *Klement*, in: AöR 2009, 35, 66; *Reßing*: Die Grundrechtskonkurrenz, 2016, S. 195f. m.w.N.

¹¹⁹⁴ Vgl. *Reßing*: Die Grundrechtskonkurrenz, 2016, S. 190f.

¹¹⁹⁵ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 43.

¹¹⁹⁶ Vgl. *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732, 734.

¹¹⁹⁷ *Lücke*, in: DVBl. 2001, 1469, 1470.

¹¹⁹⁸ Vgl. *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732, 734.

¹¹⁹⁹ Vgl. *Winkler*, in: JA 2014, 881, 883.

¹²⁰⁰ Siehe BVerfGE 112, 304, 319ff.

¹²⁰¹ Siehe BVerfGE 112, 304, 321.

*schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreite(n)*¹²⁰².

Dieser Umgang mit additiven Grundrechtseingriffen entspricht mithin nicht bloß der herrschenden Meinung, sondern verspricht verglichen mit *Spielmanns* Alternative zudem die größere Verfassungskonformität und Rechtssicherheit. Offen bleibt dennoch, wie sich möglichst vorhersehbar bestimmen lässt, erstens wann und zweitens wie eine Gesamtbelastung die Eingriffsintensität steigert. Letztere Frage betrifft schon die Gewichtung; erstere noch die Filterung gewichtungsrelevanter Elemente aus dem Sachverhalt im zweiten Teilschritt der Unterstruktur.¹²⁰³ Zum erstgenannten Punkt ist also bereits hier Stellung zu beziehen, zum zweiten erst im Folgekapitel.

Zur besagten Problematik hat zwar das BVerfG keine konkrete Regel herausgebildet, wohl aber die Fachliteratur:¹²⁰⁴ Eine erhebliche Gesamtbelastung erkennen *Kirchhof*, *Klement* und *Winkler* dort, wo der Grundrechtsträger in der Normwirklichkeit die Eingriffskumulation als konnexe und besondere Belastung empfindet.¹²⁰⁵ *Winkler* spricht insofern auch von Gesamteinwirkungen auf denselben Freiheitsraum.¹²⁰⁶ *Klement* definiert als Unterschwelle einer hinreichenden Gesamtbelastung, dass wegen der bestehenden Belastungslage ein weiterer Eingriff „*Erdrosselungswirkung*“¹²⁰⁷ gewinnt.

Ganz überwiegend erwägt man eine relevante Gesamtbelastung immer nur bei gleichzeitig wirkenden Eingriffen in dieselbe Lebenssphäre, also etwa die der politischen Betätigung oder der Berufswelt.¹²⁰⁸ Verschiedene Zwecke der additiven Grundrechtseingriffe scheinen indes kein Ausschlusskriterium zu sein.¹²⁰⁹ Umgekehrt ist ein gemeinsamer Zweck noch kein Indiz für eine Gesamtbelastung: Denn „(w)enn eine Dogmatik des kumulativen Grundrechtseingriffs Zwecke der höchsten Abstraktionsstufe (Umweltschutz) verwendet, kann sie sehr große ‚Eingriffsbündel‘ schnüren“¹²¹⁰.

Nach den bisherigen Überlegungen verbleiben zwar noch Ungewissheiten in Grenzfällen. Zu erwägen ist jedoch auch hier eine Orientierung an den bewährten Zweifelsregeln der Schutzbereichsdefinition: Da die eigentliche Bedeutung der Gesamtbelastung erst in der Gewichtung gewürdigt wird,¹²¹¹ ist es in der Unterstruktur unproblematisch, erhebliche Gesamtbelastungen in Grenzfällen im Zweifel mitberücksichtigen. Es stellt sich also anfangs nur die Frage: Verengt der Eingriff den betroffenen Freiheitsraum auch angesichts seiner übrigen Beeinträchtigung *möglicherweise* empfindlich? Solange sich dies unstreitig verneinen lässt, ist der

¹²⁰² BVerfGE 123, 186, 266.

¹²⁰³ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 72f.

¹²⁰⁴ Vgl. *Winkler*, in: JA 2014, 881, 884.

¹²⁰⁵ Siehe *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732, 734.

¹²⁰⁶ Siehe *Winkler*, in: JA 2014, 881, 886.

¹²⁰⁷ *Klement*, in: AöR 2009, 35, 73f.

¹²⁰⁸ So *Kirchhof*, in: NJW 2006, 732, 735; *Klement*, in: AöR 2009, 35, 44f.

¹²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 130, 372, 392.

¹²¹⁰ *Klement*, in: AöR 2009, 35, 64f.

¹²¹¹ Vgl. *Klement*, in: AöR 2009, 35, 81.

additive Grundrechtseingriff auf Ebene der Gewichtung nicht weiter zu diskutieren, ansonsten schon.¹²¹²

Die Regel entscheidet in Zweifelsfällen ausnahmslos zugunsten einer vorläufigen Berücksichtigung. Dieses Verfahren hat sich bereits zur Schutzbereichsbestimmung bewährt. Damit schließt die Methode Spielräume für die beliebige Auflösung solcher Fallkonstellationen. Hohe Streubreiten vertretbarer Ergebnisse vermeidet der Teilschritt insofern auch im Umgang mit Gesamtbelastungen, weil erhebliche additive Grundrechtseingriffe weder von vornherein außer Acht bleiben noch vorschnell berücksichtigt werden dürfen.

Damit ist die Problematik additiver Grundrechtseingriffe keineswegs abschließend besprochen. Zumindest erhält der Obersatz des zweiten Teilschritts der Unterstruktur aber ein provisorisches Kriterium zur Vorselektion gewichtungsrelevanter Gesamtbelastungen. Dieses scheint immerhin hinreichend verfassungskonform und rechtssicher, um das Endergebnis der grundrechtlichen Methode nicht empfindlich zu verzerren.

c. Eingriffswirkung

Die Kieler Schule betrachtet die eingreifende Maßnahme und ihre Wirkung begrifflich meist im Ganzen als ‚Eingriff‘. Das legt nahe, dass die gesamte Eingriffswirkung auf das betroffene Grundrecht abwägungsrelevant sein soll.¹²¹³ Die gewichtungserhebliche Eingriffswirkung betrifft demnach die Einzelbeeinträchtigungen eines Grundrechts durch eine Maßnahme gemessen an ihrer Intensität und Dauer.¹²¹⁴

Die Diskussion bleibt hier bislang stehen und widmet der Unterstruktur an dieser Stelle keine weitere Aufmerksamkeit.¹²¹⁵ Soweit die Abwägungslehre hierzu überhaupt Stellung nimmt, empfiehlt sie offenbar, sämtliche Wirkungen eines Eingriffs auf relevante Verfassungsgüter in der Grundrechtsanwendung zu berücksichtigen.¹²¹⁶

Nimmt man hiernach aber keine Einschränkung vor, sind grundsätzlich alle Folgen des Eingriffs für ein Grundrecht relevant – unabhängig davon, ob beabsichtigt oder unbeabsichtigt, adäquat kausal oder nicht. Je nachdem, ob und wo man hier die Grenze zieht, preist die Gewichtung ganz unterschiedliche Sachverhaltselemente ein.

Zwar reduziert schon die Gewichtsformel mithilfe empirischer Unsicherheitskoeffizienten die Bedeutung atypischer kausaler Folgen.¹²¹⁷ Unterschiedliche Anwendungsergebnisse ergeben sich je nach Berücksichtigung bestimmter Eingriffswirkungen gleichwohl an mindestens zwei Stellen:

¹²¹² Siehe weiterführend Kapitel 4, Abschnitt III.2.c.bb.(b).

¹²¹³ Vgl. *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 144.

¹²¹⁴ Vgl. *Winkler*, in: JA 2014, 881.

¹²¹⁵ Vgl. *Alexy*, in: Der Staat 2013, 87.

¹²¹⁶ Vgl. *Ipsen*: Staatsrecht II, 20. Aufl. 2017, Rn. 136ff.

¹²¹⁷ Vgl. *Klatt/Schmidt*, in: AöR 2012, 545, 551; *Klatt/Schmidt*, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 105, 125.

1. Besonders krasse Nebenwirkungen mag der Eingreifende wegen ihrer geringen Wahrscheinlichkeit vernachlässigen. In der Gewichtsformel geben sie jedoch aufgrund ihrer überragend hohen Intensität trotz Ungewissheit den Ausschlag, sofern solche Eingriffswirkungen überhaupt berücksichtigt werden.
2. Bei umsichtiger objektiver Betrachtung sind ferner manch andere Folgen erwartbar, für den Eingreifenden gleichwohl unabsehbar, etwa weil ihm für die Prognose die Ressourcen fehlen.¹²¹⁸ Bezieht man solche Eingriffswirkungen trotzdem in die Gewichtung ein, korrigiert nicht schon der Koeffizient der Eintrittswahrscheinlichkeit ihre Bedeutung, auch wenn er sie ex ante bestimmt.

Aufgeworfen ist damit vor allem die Frage, inwiefern als gewichtungsrelevante Eingriffswirkungen unbeabsichtigte Nebeneffekte mitberücksichtigt werden sollen. Schließlich wirken auch sie sich auf die Intensität der Beeinträchtigung und die Stärke des Rechtfertigungsgrundes aus. Möglicherweise verdienen sie es deshalb, das Gewichtungsergebnis mit zu beeinflussen, damit es die Sachlage des Grundrechtseingriffs adäquater widerspiegelt und einen effektiveren Schutz herstellt. Dies lässt sich leicht an einem Beispiel verdeutlichen:

Gesetzliche Mietpreisobergrenzen zielen in der Regel darauf ab, das Angebot an preiswertem Wohnraum auszuweiten.¹²¹⁹ Unter Umständen droht jedoch ein gegenläufiger Effekt. Gerade für sozial schwächere Mieter kann sich die Wohnungsversorgung verschlechtern: Immerhin verringert eine Mietpreisbeschränkung unter anderem die Anreize der Privatwirtschaft, neue Mietwohnungen zu bauen. Zudem macht sie es attraktiver, bestehende Wohnungen alternativ zur Vermietung an Selbstnutzer zu verkaufen. Im Ergebnis kann dies eine Angebotsverknappung begünstigen, die im Gegensatz zum angestrebten Ziel der Gesetzgebung steht.¹²²⁰

Würde die Gewichtung dies berücksichtigen, fiel die Rechtfertigung einer Mietpreisdeckelung vermutlich schwächer aus als ansonsten. Solche Fälle drängen die Frage auf, inwieweit ungewollte Nebenwirkungen einer Maßnahme als relevanter Teil der Eingriffswirkung mitgewichtet werden sollen. Sollen sie ausnahmslos berücksichtigt werden oder ausnahmslos außer Acht bleiben?

Zumindest diese drastischen Ansätze verdienen beide keinen Zuspruch. Nur ein Kompromiss zwischen diesen radikalen Umgangsformen kann eine verfassungskonforme Lösung bilden:

Denn zum einen verbietet es die von Art. 1 Abs. 3 GG eingeforderte effektive Grundrechtsbindung, dass Nebenwirkungen bei der Gewichtung eines Eingriffs ausgeklammert werden dürfen. Unterwandern könnte der eingreifende Hoheitsträger grundrechtliche Vorgaben ansonsten nämlich bereits, indem er lapidar darauf verweist, die schwerwiegenden Grundrechtseinschnitte durch seine Maßnahme seien nicht beabsichtigt.

¹²¹⁸ Vgl. *Klatt/Schmidt*, in: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, 105, 106.

¹²¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/3121, S. 15.

¹²²⁰ Vgl. *Lerbs/Sebastian*, in: *IREBS Beiträge zur Immobilienwirtschaft 2015*, 1, 3; *Röhl*: *Rechtssoziologie*, 1987, S. 103.

Zum anderen widerspräche es umgekehrt seiner Einschätzungsprärogative, wenn dem Gesetzgeber ohne Zurechnungsgrenzen auch ex ante *unabsehbare* Nebeneffekte seiner Maßnahmen vorgehalten werden dürften. Dem gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum liefe es insbesondere zuwider, die Unverhältnismäßigkeit eines Verbotsgesetzes bereits damit begründen zu können, dass es Umgehungspraktiken und organisierter Kriminalität Vorschub leistet.¹²²¹ Ähnliches gilt für die Ermessensausübung eingreifender Behörden.

Zwar scheint es möglich, letzteres Problem notfalls auf Ebene der Gewichtung zwischen Demokratieprinzip und Geltungsanspruch der betroffenen Grundrechte zu lösen.¹²²² Damit wird das Spannungsfeld jedoch bestenfalls verlagert: Gewichtet man nämlich das Demokratieprinzip zur Lösung abstrakt in allen Fällen höher, drohen Verzerrungen dort, wo unabsehbare Nebeneffekte eine untergeordnete Rolle spielen. Folgt man aus dem Demokratieprinzip nur punktuell eine Stärkung der Rechtfertigung in Fällen einer Umgehungspraktik, ist die Ausnahme ebenso schonend nach beiden Seiten zu definieren.

Eine verfassungskompatible und rechtssichere Methode muss folglich zwischen den Extrempositionen hindurch steuern, um *unabsehbare* Nebenfolgen aus der Gewichtung auszuschließen, ohne zugleich sonstige ungewollte Folgen herauszuhalten. Soweit ersichtlich, kommen hierbei als Lösungsansätze grundsätzlich zwei Herangehensweisen in Betracht:

Entweder man entwickelt ähnlich wie die strafrechtliche Lehre der objektiven Zurechnung ein komplexes System von Tatbeständen, die die Zurechnung ausschließen.¹²²³ Da sich ein solches jedoch nicht an einem einzelnen klar umrissenen Leitprinzip orientiert, sondern sich organisch durch Einzelfallrechtsprechung und Typologisierungen entfaltet, skizziert dieser Weg vermutlich erst sukzessive die Konturen einer Zurechnungsgrenze.¹²²⁴

Vorhersehbarer wäre eine Zurechnungsgrenze, zöge man sie von vornherein nach ausdefinierten Grundsätzen. Freilich ist diese Vorgehensweise ihrerseits ambitionierter, weil dabei ein abstrakter Grundsatz formuliert werden muss, der in allen Fällen verfassungskonforme Ergebnisse herbeiführt. Er muss also gleichermaßen sicherstellen, dass keine an ihm ausgerichtete konkrete Zurechnungsentscheidung wahlweise die Einschätzungsprärogative oder die Grundrechtsbindung unverhältnismäßig einschränkt.¹²²⁵

Angesichts ihrer abweichenden Schwerpunkte kann die vorliegende Abhandlung diese Herausforderung nur benennen, nicht bewältigen. Gleichwohl lässt sich zumindest plausibilisieren, dass die Problematik immerhin theoretisch beherrschbar scheint.

Zumindest provisorisch kommt eine prozessuale Lösung in Betracht: Demnach wären alle Wirkungen des Eingriffs zu berücksichtigen, die die Parteien anführen, es sei denn, der

¹²²¹ Vgl. BVerfGE 90, 145, 194; Klatt/Schmidt, in: AöR 2012, 545, 565ff.

¹²²² Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, II, Rn. 122 m.w.N.

¹²²³ Vgl. Kretschmer, in: NStZ 2012, 177, 178ff.; Wessels/Beulke/Satzger: Strafrecht - Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 342ff.

¹²²⁴ Vgl. Kretschmer, in: NStZ 2012, 177, 183f.

¹²²⁵ Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 20 GG, II, Rn. 122 m.w.N.

Eingreifende weist nach, dass eine Konsequenz unabsehbar war. Diese Beweislastregel verhindert, dass der Eingreifende der Grundrechtsbindung durch pauschale Hinweise auf unbeabsichtigte Folgen entgeht. Umgekehrt gesteht ihm der Grundsatz jedoch genug Raum zu, um sich tatsächlich unvorhergesehene Wirkungen nicht vorhalten lassen zu müssen. Schließlich steht genau das in seiner Verantwortung, weil es seiner eigenen Beweisführung überlassen bleibt. Somit beachtet der methodische Teilschritt zur Abgrenzung der gewichtungsrelevanten Eingriffswirkung offenbar die zwingenden Verfassungsvorgaben.

Vorhersehbar gestalten sich seine Ergebnisse dadurch, dass er bei Zweifeln über die Unabsehbarkeit einer Folge die Entscheidung nicht ins Belieben des Rechtsanwenders stellt, sondern eindeutig über die Beweislastregel auflöst – zugunsten der Berücksichtigung einer Eingriffswirkung. Restspielräume bleiben in Fällen, wo es vertretbar, aber nicht zwingend ist, das Beweisangebot für die Unabsehbarkeit einer Konsequenz ausreichen zu lassen. Doch auch hier drohen selten Verzerrungen des Endergebnisses: Denn jedenfalls ungewisse Wirkungen entfalten aufgrund ihrer niedrigen Eintrittswahrscheinlichkeit in der Gewichtung ohnehin nur untergeordnete Bedeutung.¹²²⁶

d. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat dargelegt, wie Eingriff und Eingriffswirkung im Obersatz des zweiten Teilschritts der Unterstruktur zur Grundrechtsanwendung verfassungskompatibel und rechtssicher definiert werden können.

Dazu begreift die Methode jede Beeinträchtigung eines Grundrechts als Eingriff, jedoch immer nur isoliert für ein betroffenes Individuum. Ebenso wird immer nur eine Einzelmaßnahme als Eingriff betrachtet. Zwar verlangt ein effektiver Grundrechtsschutz, dass eine Anwendungsmethode zudem einer besonders erdrückenden Gesamtbelastung Rechnung trägt – jedoch nur auf Ebene der Gewichtung als Faktor, der die Eingriffsintensität verstärkt. Die Unterstruktur hingegen selektiert nur grob vor und erfasst jede bloß möglicherweise empfindliche Gesamtbelastung eines Freiheitsraums.

Diese Vorgehensweise orientiert sich zwar an Vorarbeiten, ihre Zweifelregel zum Umgang mit Grenzfällen wurde aber andernorts noch nicht vorgeschlagen. Da sie jedoch den bewährten Grundsatz zur Schutzbereichsbestimmung auf die Ermittlung relevanter Gesamtbelastungen überträgt, scheint sie ähnlich verfassungskompatibel und rechtssicher.

Welche Wirkungen eines festgestellten Eingriffs in der konkreten Gewichtung zu berücksichtigen sind, beantwortet die verfassungsrechtliche Methodendiskussion bisher erst teilweise. Um hier beliebige oder verfassungswidrige Ergebnisse zu vermeiden, muss die Methode gleichwohl klären, inwiefern unabsehbare Spät- und Nebenfolgen einer Maßnahme mitgewichtet werden sollen. Hier eine abschließende Regel zu formulieren, ist eine Herausforderung für künftige Arbeiten.

Gleichwohl ließ sich eine provisorische Lösung skizzieren: Steht fest, welche Einzelmaßnahme den Eingriff konstituiert, ermittelt die Unterstruktur grundsätzlich all seine Einzelwirkungen auf die

¹²²⁶ Vgl. *Klatt/Schmidt*, in: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, 105, 119ff.

relevanten Verfassungsgüter, soweit der Grundrechtsträger und der Eingreifende sie behaupten. Ausnahmsweise scheiden nur solche aus, deren Unabsehbarkeit der Eingreifende nachweist. Damit wird seiner Einschätzungsprärogative bzw. seinem Ermessen Rechnung getragen, ohne dass er sich mit lapidarem Verweis auf die Unvorhersehbarkeit einer Folge ihrer Mitgewichtung entziehen kann.

5. Zwischenergebnis

Der Abschnitt entfaltete eine Unterstruktur als methodische Vorstufe zur Gewichtung, die mit der Oberstruktur der Abwägung harmoniert und zugleich selbst verfassungskonform und rechtssicher ausfällt. Hiermit sollte geklärt werden, dass keine Wertungsspielräume in den vorherigen Teilschritten der Grundrechtsanwendung vorhersehbare Gewichtungsergebnisse manipulieren können.

Dazu reproduzierte die Untersuchung anders als die Kieler Schule nicht bloß die Vorschritte der Abwägung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung des BVerfG als Unterstruktur. Um stattdessen das bisherige Abwägungsmodell zu einer konsistenten Gesamtmethode zu verfügen, prüfte der Abschnitt zunächst, welches Vorverfahren der Gewichtsformel nicht nur gewöhnlich vorausgeht, sondern logisch zwingend vorausgehen muss.¹²²⁷ Ermittelt wurde also der Aufbau der Unterstruktur, den *Alexys* Oberstruktur voraussetzt, um jene Teilfaktoren herzuleiten, die nach ihrer Gewichtung die Variablen der Gewichtsformel ausfüllen. Dieser logische Rückschluss ergab, dass eine mit der Gewichtsformel kompatible Methode der Grundrechtsanwendung sich insgesamt aus folgenden Teilschritten zusammensetzt:

I. Unterstruktur

1. Feststellung des Sachverhalts
2. Strukturierung des Sachverhalts in gewichtungsrelevante Elemente
 - a. Ermittlung der eingriffszugehörigen Bestandteile des Sachverhalts
 - b. Bestimmung der Eingriffswirkungen
 - i. zulasten der laut Grundrechtsträger beeinträchtigten Schutzposition
 - ii. zugunsten des laut Eingreifendem begünstigten Verfassungsguts
 - c. Bemessung des Wahrscheinlichkeitsgrads der Eingriffswirkungen
 - i. zulasten der laut Grundrechtsträger beeinträchtigten Schutzposition
 - ii. zugunsten des laut Eingreifendem begünstigten Verfassungsguts
3. Feststellung der zu gewichtenden Gegenstände
 - a. Ermittlung, welches Grundrecht die beeinträchtigte Betätigung schützt
 - b. Ermittlung, welchem Verfassungsgut die Eingriffswirkung dient
 - c. Filterung der Eingriffswirkung auf Effekte gegenüber tatsächlich gewichtungsrelevanten Verfassungsgütern

- ### **II. Gewichtung:** Zumessung von Gewichtswerten zu den auf Seiten des Eingriffs und der Rechtfertigung in der Oberstruktur gegenüberzustellenden Faktoren nach Lage der betroffenen Grundrechte und der Eingriffswirkungen auf diese

¹²²⁷ Siehe Kapitel 3, Abschnitt III.2.

III. Oberstruktur

1. Verrechnung der Gewichtswerte von Eingriff und Rechtfertigung nach der Gewichtsformel
2. Feststellung, ob der Eingriff wegen übermäßiger Schwere ein Grundrecht verletzt

Die Unterstruktur folgert ihre Zwischenergebnisse somit weitgehend aus der Ermittlung des Sachverhalts – also empirischen Komponenten, die sich im Einzelfall intersubjektiv überprüfen lassen und dadurch dem Maßstab der Rechtssicherheit aus Kapitel 2 genügen. Wie die gerichtliche Praxis den relevanten Sachverhalt zuverlässig erfassen kann, müssen künftige Studien ausloten. Immerhin legt die hiesige Abhandlung nahe, dass eine berechenbare Methodik zur Erhebung des im Einzelfall maßgeblichen Sachverhalts grundsätzlich möglich ist.

Einzelfallunabhängig gestalten kann die Methode lediglich die Obersätze des zweiten und dritten Teilschritts der Unterstruktur. Hier muss sie verfassungskompatibel und vorhersehbar definieren, was als Eingriff und relevante Eingriffswirkung gilt, wann eine beeinträchtigte Betätigung in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt und was als Rechtfertigungsgrund zählt. Wie eine solche Definition der Obersätze gelingt, zeigten die weiteren Unterabschnitte, indem sie die bisherigen Ansätze der Kieler Schule konsolidierten und fortentwickelten. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird für Einzelheiten auf die dortigen Zwischenergebnisse verwiesen.¹²²⁸

Insgesamt fällt auf, dass die dargelegte Unterstruktur Spielräume für Beliebigkeiten ausschließt, indem sie in Grenzfällen im Zweifel immer den weitestmöglichen vertretbaren Zuschnitt der Definitionen für maßgeblich erklärt.¹²²⁹ Das vermeidet Abgrenzungsschwierigkeiten und verkürzt den Grundrechtsschutz nirgendwo vorschnell oder intransparent.¹²³⁰ Der Schutzbereichs- und Eingriffsbegriff „legt wegen seiner weiten Fassung alles, was der grundrechtlichen Beurteilung irgendwie wert ist, auf den Seziertisch. (...) Natürlich bedeutet dies, dass das Hauptgewicht der grundrechtlichen Argumentation nicht auf der Tatbestands- und der Einwirkungsebene liegt, sondern auf der Rechtfertigungsebene, also auf der Verhältnismäßigkeitsanalyse“¹²³¹.

Dass dieser Ansatz auch jenseits der grundlegenden Bestimmung von Eingriff und Schutzbereichen eine rechtssichere Lösung verspricht, zeigte seine erstmalige Anwendung auf drei jüngere Problemkreise:

1. Auch die Abgrenzung zwischen überlappenden Anwendungsbereichen erstrangiger Verfassungsgüter gelingt anhand einer pauschalen Rechtslastverteilung: im Zweifel zugunsten der Anwendbarkeit des vorbehaltloseren, abstrakt gewichtigeren Verfassungswerts.
2. Inwieweit eine besondere Gesamtbelastung im Eingriffsumfeld gewichtsverstärkend wirkt, entscheidet die grundrechtliche Methode im Interesse vorhersehbarer Ergebnisse erst in der Gewichtung. Erfasst wird bei der Ermittlung des Eingriffs gesondert zur eingreifenden Maßnahme selbst ihr Umfeld überall dort, wo eine besonders empfindliche

¹²²⁸ Siehe Kapitel 3, Abschnitte III.3.f und III.4.d.

¹²²⁹ Vgl. *Richers*, in: RPhZ 2018, 181, 192ff.

¹²³⁰ Vgl. *Klatt/Meister*, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 156f.; *Klatt/Meister*, in: Der Staat 2012, 159, 186f.

¹²³¹ *Alexy*, in: Der Staat 2013, 87, 98.

Gesamtbelastung für den beeinträchtigten Freiheitsraum möglich scheint. In Grenzfällen ist dies im Zweifel zu bejahen.

3. Die Wirkung eines Eingriffs auf die relevanten Verfassungsgüter berücksichtigt das Modell zur Grundrechtsanwendung grundsätzlich in dem Maße, wie die Parteien sie zutreffend unterstellen. Eine Ausnahme gilt nach dem Begriff der Eingriffswirkung im Obersatz des zweiten Teilschritts nur dort, wo der Eingreifende nachweisen kann, dass eine Folge unabsehbar war. Im Zweifel gilt dagegen jede Folge eines Eingriffs als absehbar und wird mitgewichtet.

Nach alledem liefert die Unterstruktur der grundrechtlichen Methode auf vorhersehbare und verfassungskonforme Weise Zwischenergebnisse für die Gewichtung. Im Einzelnen ergibt sich nach den vorherigen Teilschritten, welche betroffenen Verfassungsgüter und welche Wirkungen des Eingriffs auf diese bei der Zumessung abzuwägender Gewichtswerte zu berücksichtigen sind. Zudem benennt die Unterstruktur gegebenenfalls eine besonders empfindliche Gesamtbelastung, die innerhalb der Gewichtung sodann auf ihre eingriffsverstärkende Bedeutung zu prüfen ist.

IV. KAPITELERGEBNIS

Das Kapitel verortete den Teilschritt der Gewichtung in der Gesamtmethode der Abwägung und prüfte deren übrige Teilschritte auf ihre Verfassungskonformität und Rechtssicherheit: Einerseits stellte diese Vorüberlegung klar, welche Zwischenergebnisse der vorgelagerten methodischen Unterstruktur die Gewichtung weiterverarbeitet und welche Teilwerte sie daraus gewinnen muss, um sie in die nachgelagerte Oberstruktur einzustellen. Andererseits vergewisserte die Verortung der Gewichtung im Gesamtaufbau der Methode, dass die übrigen Teilschritte ihrerseits verfassungskompatibel und vorhersehbar ausfallen. Andernfalls wäre nämlich selbst das rechtssicherste Gewichtungsmodell letztlich unbrauchbar, weil entweder das Verfahren insgesamt gegen zwingende Verfassungsvorgaben verstieße oder sonstige manipulierbare Teilschritte berechenbare Endergebnisse vereiteln könnten.

Um diese Gefahren auszuschließen, untersuchte das Kapitel zuerst nacheinander die gegenwärtig diskutierten Oberstrukturen auf ihre Verfassungskonformität und Rechtssicherheit und zwar anhand des Maßstabs, der in Kapitel 2 entwickelt wurde.¹²³² Es zeigte sich, dass letztlich nur *Alexys* Gewichtsformel diesem Standard genügt.

Konventionelle Oberstruktur-Varianten scheitern dagegen schon an der unterbestimmten Struktur der Verfassungsnormen: Inkompatibel mit dieser sind gerade normdeutungsbasierte Subsumtionsmodelle, weil sie den Grundrechtsgehalt mangels hinreichender Auslegungshinweise nicht zuverlässig eingrenzen können.

Alternativen Oberstruktur-Modellen fehlt es wiederum an der nötigen Vorhersehbarkeit: Schon Kapitel 2 verdeutlichte, dass diskursive und an ethischen Maximen orientierte Methoden Verfassungsinhalte höchstens per subjektiver Setzung bestimmen, weil keine ausreichend spezifischen Moralnormen universell anerkannt sind. Die präjudiziengestützte

¹²³² Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.

Verfassungskonkretisierung liefert ihrerseits in präzedenzlosen Fällen keine vorhersehbaren Ergebnisse. Angesichts ihrer strukturellen Orientierungslosigkeit in Grundsatzentscheidungen erweist sich dies als nicht korrigierbares schwerwiegendes Rechtssicherheitsdefizit.

Nur die Gewichtsformel verspricht bisher flächendeckend ein prognosesicheres Verfahren: Schließlich folgert sie selbst nur noch deduktiv die Anwendungsentscheidung aus der Gegenüberstellung der Wertungen von Eingriff und Rechtfertigung, die bereits zuvor deren Gewichtung ermittelt hat. Ihre logische Klarheit und Nachvollziehbarkeit macht mithin zumindest *Alexys* Gewichtsformel berechenbar.

Ähnlich verhält es sich mit der Unterstruktur, die seine Oberstruktur als Teilschritt vor der Gewichtung vorgibt.¹²³³ Spätestens die hiesige Fortentwicklung des Abwägungsmodells gestaltet dieses notwendige Vorverfahren zur Ermittlung der zu gewichtenden Gegenstände vorhersehbar und verfassungskompatibel: Alle Grenzfälle von Subsumtionen des Sachverhalts unter die Begriffe der Schutzbereiche, legitimen Zwecke, Eingriffe und Eingriffswirkungen löst die Methode nach eindeutigen Zweifelssätzen. Nur wo die Sachlage etwa die Eröffnung eines Schutzbereichs offensichtlich fern legt, findet ein Grundrecht keine Anwendung. Ansonsten aber ist jeder betroffene Verfassungswert gewichtungsrelevant, jede nicht völlig unabsehbare Folge einer Maßnahme gewichtungserhebliche Eingriffswirkung. Derart klare Regeln vermeiden Spielräume im Umgang mit Grenzfällen und tragen zur Vorhersehbarkeit des Entscheidungsprozesses bei.

Damit bilden *Alexys* Gewichtsformel und die damit kompatible Unterstruktur einen verfassungskonformen und rechtssicheren methodischen Rahmen für den Teilschritt der Gewichtung: Die Unterstruktur stellt eindeutig fest, welche Verfassungsgüter und welche Wirkungen des Eingriffs auf sie die Gewichtung einzubeziehen hat. Sind den Abwägungsgegenständen auf dieser Grundlage Gewichtswerte zugewiesen, verrechnet die Oberstruktur sie anschließend transparent und prognostizierbar und folgert daraus die gebotene Normanwendungsentscheidung.

Gleichwohl zeigt sich, dass auch das hier konsolidierte Abwägungsmodell die Berechenbarkeit seiner Ober- und Unterstruktur meist zu dem Preis erkauft, die Entscheidung über Problemfälle nur zu verlagern. Letztlich bleibt ihre rechtssichere Auflösung der Gewichtung überlassen. Sie gerät damit zum anspruchsvollsten Teilschritt innerhalb der Abwägung.

¹²³³ Siehe Kapitel 3, Abschnitt III.

Kapitel 4: Rechtssichere Gewichtung

I. ORIENTIERUNG

Der Boden für das Kernstück der Untersuchung ist bereitet: Aus den Kapiteln 2 und 3 ergeben sich der Prüfungsmaßstab und dessen Anwendungsgegenstand in der hiesigen Untersuchung. Nun forscht Kapitel 4 nach einer rechtssicheren Methode für den Teilschritt der Gewichtung innerhalb der Abwägung.

Dazu legt die Untersuchung den Maßstab der Rechtssicherheit an, wie er in Kapitel 2 ausgearbeitet wurde. An ihm müssen sich mögliche Schlusschemata für die Gewichtszuweisung messen lassen. Auf welchen Vorschriften sie aufbauen und in welche nachgelagerten Schritte sie münden, hat Kapitel 3 freigelegt:

Der nun zu begutachtende Teilschritt der Gewichtung bestimmt die Gewichte der zuvor in der Unterstruktur festgestellten Eingriffswirkungen auf betroffene Verfassungsgüter. Die ermittelten Gewichtswerte werden sodann in die Oberstruktur der Gewichtsformel eingesetzt. Sie stellt die Gewichte gegenüber und gibt auf dieser Grundlage in Streitfällen vor, ob ein Grundrecht verletzt wird. Für die Oberstruktur in Gestalt der Gewichtsformel wie auch für die Unterstruktur hat Kapitel 3 bereits erörtert, wie sie sich rechtssicher im Sinne des Maßstabs von Kapitel 2 gestalten lassen.

Im Ganzen darf die Methode der Abwägung aber erst Rechtssicherheit für sich beanspruchen, sobald sich zudem ein Verfahren zur rechtssicheren Gewichtung als Bindeglied zwischen Unter- und Oberstruktur aufzeigen lässt. Dabei formuliert neben dem Rechtssicherheitsprinzip zuvorderst die Funktionsfähigkeit der Gesamtmethode Anforderungen an die Ausgestaltung der Gewichtung, will sie praxistauglich sein:¹²³⁴

Wenngleich die Gewichtung in ihr Schlusschema zusätzliche externe Prämissen einbeziehen darf, so muss sie zunächst an den Endpunkten der Unterstruktur anknüpfen: am rechtserheblichen Sachverhalt, also an den festgestellten Wirkungen eines Eingriffs auf die ermittelten Geltungsbereiche der berührten Verfassungsgüter. Ausgehend hiervon muss das Schlusschema zu Werten auf der Folgerungsseite führen, die kommensurabel sind und sich in der Oberstruktur gegenüberstellen lassen. Der Gewichtung kommt mithin innerhalb der Gesamtmethode die Rolle zu, Eingriffswirkungen zugunsten beeinträchtigender und rechtfertigender Verfassungsgüter in Einheiten zu bemessen, die die Gewichtsformel gegeneinanderhalten kann. Die Gewichtswerte sind also in jedem Fall so auszuformen, dass die Oberstruktur eine Streitentscheidung erzielen kann, indem sie feststellt, ob die Beeinträchtigung oder ihre Rechtfertigung im Einzelfall schwerer wiegt.

Erst dadurch macht die Methode bloße *Tatsachen* aus dem relevanten Sachverhalt einer rechtlichen *Bewertung* zugänglich und somit letztlich einer Entscheidung über die Rechtsfolge in der Oberstruktur. Es ist also gerade die Gewichtung, in deren Zuge der Rechtsanwender das Beobachtete erstmalig auf die Wertungsebene konvertiert. Diese Umwandlungsfunktion *muss* der

¹²³⁴ Vgl. *Lassahn*, in: ARSP 2013, 323, 340.

gewichtende Teilschritt erfüllen, damit die Methode der Abwägung im Ganzen verwertbare Normanwendungsergebnisse produziert.¹²³⁵

Wie genau die Gewichtung diese Rolle ausfüllt, *darf* die Methode indes frei festlegen, solange sie dabei die Verfassungsnormen beachtet. Denn nur wenn die konsequente Anwendung eines Abwägungsverfahrens Entscheidungen forciert, die harte oder zumindest weiche Rechtsvorgaben missachten, ist sie rechtlich abzulehnen. Nachstehend ist hierbei kurz zu rekonstruieren, wie diese Leitplanken einhegen, welche Gewichtungsmethoden als rechtlich zulässig und vor allem als rechtssicher in Frage kommen.

Kapitel 2 hat dazu offengelegt, wann eine Methode wie die Abwägung Verfassungsvorschriften widerspricht. Dies ist zunächst der Fall, wenn sie Normanwendungsergebnisse nahelegt, die evidenten oder dogmatisch festgesetzten verfassungsrechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen. Hier gerät die Methode bereits mit dem ‚hard law‘ in Konflikt und erweist sich als verfassungsincompatibel.

Wie Kapitel 2 verdeutlichte, zieht das Rechtssicherheitsgebot einer Methode allerdings nicht erst dort Grenzen, wo sie sich offen contra legem stellt. Stattdessen zeigte die Untersuchung, dass das Rechtssicherheitsprinzip zugleich über seine ‚soft law‘-Dimension vorschreibt, unter mehreren verfassungskompatiblen Methoden diejenige zu wählen, die Entscheidungen zur Anwendung einer Norm am vorhersehbarsten vorzeichnet.

Auch wie sich diese optimale Methode ermitteln lässt, arbeitete das zweite Kapitel heraus. Am geeignetsten hierzu erwies sich die Orientierung am Theorierahmen eines verfeinerten kritischen Rationalismus, der sich bereits in der Wissenschaftstheorie als Indikator präziser Vorhersageleistungen bewährt hat. Dieser Maßstab kann nun wie folgt angewandt werden, um eine möglichst rechtssichere und darum verfassungsorientierte Gewichtungsmethode zu identifizieren:

Zunächst sammelt die Untersuchung alle denkbaren Verfahren für die Gewichtung, die bisher präsentiert wurden. Einbezogen wird jedes Schlusschema, sofern es nur die nötige Funktionsweise der Gewichtung aufweist. Alle prüfungsgegenständlichen Modelle kennzeichnen sich also dadurch, dass sie bei den Wirkungen des fraglichen Eingriffs ansetzen und ihnen Werte zuordnen, die in der Gewichtsformel gegenübergestellt werden können. Um nicht vorschnell eine Variante des gewichtenden Teilschritts zu Unrecht zu verwerfen, unterbleibt dabei eine Vorselektion ausdrücklich.

Jedes potenzielle Modell wird sodann nach zwei Kriterien beurteilt: erstens anhand seiner Verfassungskompatibilität unabhängig vom Rechtssicherheitsgebot und zweitens anhand seiner Eignung, Eingriffswirkungen vorhersehbar Gewichte zuzumessen. So wird also einerseits für jedes diskutierte Gewichtungsverfahren kontrolliert, ob seine konsequente Anwendung teilweise Entscheidungen befürwortet, die gegen evidente oder dogmatisch gefestigte Vorgaben des

¹²³⁵ Vgl. *Lassahn*, in: ARSP 2013, 323, 347f.

Verfassungsrechts verstoßen würden. Andererseits wird begutachtet, welche Entscheidungsspielräume eine Methode von Fall zu Fall erlaubt.

Geprüft wird dies anhand des Maßstabs gebotener Vorhersehbarkeit, den Kapitel 2 empfiehlt. Somit durchläuft die Untersuchung das nachstehende Schema, das dem Wechselspiel von Falsifikation und Hypothesenkorrektur des kritischen Rationalismus folgt:

1. Es wird versucht, die Hypothese einer Gewichtungsmethode anhand einzelner Anwendungsfälle zu falsifizieren. Falsifiziert wird ein denkbares Modell, wenn es in einem Beispiel eines der beiden oben genannten Kriterien verletzt. Als Falsifikationsgrund gilt folglich jedwede exemplarische Konstellation, in der die konsequente Anwendung des Gewichtungsmodells Rechtsverstöße oder Unvorhersehbarkeit provoziert, weil sie Entscheidungen contra legem nahelegt oder verschiedene gegenläufige Gewichtungsvarianten gleichermaßen zulässt.
2. Ermittelt die Untersuchung für ein Gewichtungsmodell einen Falsifikationsgrund im Sinne von Schritt 1, ist das Ausmaß der aufgedeckten Falsifikation festzustellen: Wo Problemfälle erkannt werden, folgt dazu die sukzessive Kontrolle anderer Konstellationen darauf, ob die Gewichtungsmethode auch dort Entscheidungen contra legem erzwingt oder Entscheidungsspielräume gestattet. Je mehr kritische Konstellationen sich finden, desto weiter ist der Suchradius zu stecken. Die Überprüfung zielt darauf, auszuloten, wie flächendeckend die Defizite einer Methode auftreten und ob es sich also um rare Anomalien handelt oder systematische Unzulänglichkeiten.
3. Ist das Ausmaß der Falsifikation geklärt, ist hieraus abzuleiten, welche Bestandteile des Gewichtungsmodells dafür verantwortlich sind, dass bei seiner Anwendung Entscheidungen contra legem oder zu breite Gewichtungsspielräume drohen. Um diese kritischen Teilelemente zu identifizieren, lassen sich an fraglichen Stellen probeweise Modifikationen des Gewichtungsverfahrens darauf testen, ob sie problematische Resultate im Methodengebrauch beeinflussen. Hierbei kann sich auch zeigen, dass eine Gewichtungsmethode gerade deswegen Rechtsunsicherheiten provoziert, weil sie gewisse Gewichtungskriterien nicht transparent offenlegt. Nach dem in Kapitel 2 erarbeiteten Maßstab ist auch dies korrekturbedürftig.
4. Sind die defizitären Bestandteile einer Gewichtungsmethode von den unkritischen abgegrenzt, gelten sie als falsifiziert und sind zu korrigieren. Anzupassen ist dabei ausschließlich das kritische Element eines Gewichtungsverfahrens. Andernfalls riskiert die Hypothesenkorrektur nämlich, anstelle anderer nicht zu beanstandender Bestandteile eines Modells eine leistungsschwächere Alternative zu implementieren. Umgekehrt verspricht es zur Hypothesenkorrektur an kritischen Stellen im Verfahren Erfolg, das ‚Meta-Modell‘ der kritisch-rationalen Methode der Falsifikation selbst einzusetzen, um einzelne Gewichte zu bestimmen. Denn wie in Kapitel 2 gesehen, bewährt sich jedenfalls die kritisch-rationale Wissenschaftstheorie selbst nach ihrem eigenen Maßstab.¹²³⁶ Gelingt es also, ihre Meta-Kriterien für Prognoseerfolge unmittelbar in der Rechtsanwendungsmethode nachzubilden,

¹²³⁶ Siehe Kapitel 2, Abschnitt IV.

profitiert das entsprechende Gewichtungsverfahren von einem weiterhin falsifizierbaren, aber immerhin erprobten Schema.

5. Nach der Hypothesenkorrektur ist vorsorglich zu kontrollieren, ob das überarbeitete Schlussschema eine durchgehend bewährte Vorgehensweise vorgibt. Offenbaren Falsifikationsversuche nach wie vor oder an anderer Stelle Defizite, mag der Überprüfung oder der Ausbesserung ein Fehler unterlaufen sein. In diesem Fall empfiehlt es sich, das hier angeregte Verfahren erneut ab Schritt 1 zu durchlaufen.

Soweit erkennbar, werden gegenwärtig drei Orientierungspunkte diskutiert, nach denen sich Gewichte zumessen lassen: erstens der *Diskurs*¹²³⁷, zweitens ausschließlich *Präjudizien*¹²³⁸ und drittens die *Mehrheitsmeinung* im Rahmen einer demoskopischen Befragung von Fachleuten oder einfachen Bürgern¹²³⁹.

All diese Ansätze überprüft die Untersuchung anhand des oben wiedergegebenen Maßstabs in Abschnitt II. Wo weitreichende strukturelle Defizite eines Gewichtungsprozesses zu Tage treten, unternimmt das vorliegende Kapitel 4 im Folgeschritt eine eigenständige Hypothesenkorrektur (Abschnitt III). Als Leitlinie für die Neufassung falsifizierter Teilkomponenten des Gewichtungsmodells gelten hierbei die fallibilistischen Grundzüge der bewährten kritisch-rationalen ‚Meta-Methode‘. Zu optimieren ist das Gewichtungsverfahren hierbei ausschließlich nach der Vorgabe, die Rechtssicherheit der Rechtsanwendung weitgehender als bislang zu verwirklichen. Ausbessern sollen die Komponenten des neuen Modells defizitäre Elemente bisheriger Theorien möglichst funktionell zugunsten dieses Zwecks. Daher firmiert das zu erarbeitende korrigierte Verfahren als **funktionales Gewichtungsmodell**.

Von der skizzierten Vorgehensweise verspricht sich die Untersuchung, ein möglichst vorhersehbares Gewichtungsverfahren zu entwickeln, das sich als Kernstück einer insgesamt rechtssicheren Abwägungsmethode eignet.

II. RECHTSSICHERHEIT BESTEHENDER GEWICHTUNGSMODELLE

1. Orientierung

Die Maßstabsbildung in Kapitel 2 legte nahe, dass am ehesten eine Chance besteht, das vorhersehbarste Gewichtungsmodell zu entdecken, wenn man im Geiste des kritischen Rationalismus keinen Kandidaten von vornherein ausschließt. Auf den Prüfstand gehören stattdessen zunächst alle denkbaren Hypothesen gleichermaßen. Andernfalls riskiert man im Falle verschiedener Gewichtungsverfahren, dass man das rechtssicherste womöglich zu Unrecht vorschnell verwirft.

Nähert man sich den Gewichtungsmethoden daher unvoreingenommen, erkennt man in der gegenwärtigen Diskussion mehrere Ansätze, die die Funktionsbeschreibung des Teilschritts der Gewichtung innerhalb der Abwägung erfüllen. Insofern eignen sie sich allesamt als potenzielle

¹²³⁷ Vgl. etwa Alexy, in: Rechtstheorie Beiheft 1994, 143, 147f.

¹²³⁸ Vgl. etwa Bernstorff, in: Der Staat 2011, 165, 186ff.

¹²³⁹ Vgl. etwa Hutt, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2018, 235, 251ff.

Kandidaten für den untersuchungsgegenständlichen Teilschritt der Methode – obgleich ihre Vertreter sie teilweise in eigene Gesamtverfahren integrieren und nicht mit der hier herausgearbeiteten Ober- und Unterstruktur kombinieren. Immerhin taugen sie ihrem Schlussschema nach dazu, relevanten Sachverhaltsmerkmalen wie den Eingriffswirkungen Gewichtswerte zuzuweisen.

Da hier eine Vorselektion bewusst unterbleiben soll, qualifizieren sich Ansätze schon als Hypothesen für den Gewichtungsprozess, solange sie nur anschlussfähig an die herausgearbeitete rechtssichere Ober- und Unterstruktur sind. Konkret leisten dies innerhalb der aktuellen Diskussion drei Modelle:

1. Das prominenteste Verfahren entwickelten *Alexy* und diverse seiner Schüler. Anknüpfend an die Terminologie des Vorkapitels ist deshalb nachstehend die Rede vom Modell der Kieler Schule.¹²⁴⁰ Ihre Vertreter bezeichnen das Gewichtungsverfahren im Verbund mit der Unterstruktur ansonsten zuweilen als ‚externe Rechtfertigung‘ – als Gegenstück zur ‚internen Rechtfertigung‘ der Gewichtsformel.¹²⁴¹ Inhaltlich kennzeichnet die Methode *Alexys*, dass sie einen diskursiven Ansatz wählt, um in die Variablen der Gewichtsformel Gewichte einzustellen.¹²⁴²
2. Alternativ plädiert das präjudizienbasierte Modell dafür, einzelnen Eingriffswirkungen Gewichte ausschließlich anhand früherer gerichtlicher Wertentscheidungen zu verleihen.¹²⁴³ Hierfür sprechen sich insbesondere Vertreter des ‚definitional balancing‘ aus, die die Methode wie in Kapitel 3 dargelegt teilweise sogar direkt in der Oberstruktur einsetzen möchten.¹²⁴⁴ Ebenso greift das BVerfG zur Begründung von Gewichtungen auf eigene Präjudizien zurück, wenngleich das Gericht zudem auch sonstige Argumente im Sinne des diskursiven Ansatzes nutzt.¹²⁴⁵
3. Im Übrigen befürwortet das demoskopische Verfahren, Gewichte so festzulegen, wie es für die jeweilige Abwägungskonstellation die Mehrheit einer befragten Gruppe empfiehlt. Je nach Modell lässt sich hierbei einerseits eine repräsentative Auswahl einfacher Bürger konsultieren. Andererseits wird unter diesem Ansatz häufiger noch erwogen, einen mehr oder weniger eng eingegrenzten Kreis von Experten zu befragen, etwa aus der juristischen Fachliteratur.¹²⁴⁶

Zweifellos sind darüber hinaus weitere Modelle entwickelbar. Da vorliegend aber ohnehin nicht bloß die Defizite der Gewichtungsprozesse aufzudecken sind, sondern auch ihre Korrektur durch neue Teilhypothesen vorgesehen ist, wird von Alternativvarianten noch genug die Rede sein. Bis dahin scheinen die dargestellten Varianten die einzigen bisher besprochenen Ansätze zu sein, um

¹²⁴⁰ Zum Begriff siehe Kapitel 3, Abschnitt II.2.c.aa.

¹²⁴¹ Zu den Begriffen siehe Kapitel 3, Abschnitte I.1, II.2.c.aa.(b).

¹²⁴² Vgl. etwa *Alexy*, in: *Rechtstheorie Beiheft* 1994, 143, 147f.

¹²⁴³ Vgl. etwa *Bernstorff*, in: *Der Staat* 2011, 165, 186ff.

¹²⁴⁴ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.2.c.cc.

¹²⁴⁵ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 142; *Vogel/Christensen*, in: *Rechtstheorie* 2013, 29, 49.

¹²⁴⁶ Vgl. etwa *Hutt*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2018, 235, 251ff.

die rechtfertigenden und beeinträchtigenden Wirkungen von Eingriffen in Grundrechte zu gewichten.

Somit droht keine unzulässige Vorselektion, wenn sich die Kontrolle anhand des kritisch-rationalen Maßstabs der Vorhersehbarkeit auf die drei skizzierten Gewichtungsmodelle beschränkt. Die Überprüfung konzentriert sich daher nachfolgend in den Abschnitten II.2, II.3 und II.4 auf die einzelnen Kandidaten in der obigen Reihenfolge.

2. Diskursives Modell

a. Orientierung

Als erstes wird der diskursbasierte Ansatz darauf untersucht, wie verfassungskompatibel und vorhersehbar es ihm gelingt, in der Abwägung Gewichte zu bestimmen. Dem besagten Modell gebührt dabei vor allem deswegen der Vortritt, weil es sich um das am weitesten ausgearbeitete Modell zur Gewichtung innerhalb der Abwägung handelt. Schließlich ist es gerade der Verdienst der Kieler Schule, mit der Gewichtsformel in der Oberstruktur ein darauf abgestimmtes vorgelagertes Verfahren der Gewichtung zu kombinieren: So stellt sie neben die ‚interne Rechtfertigung‘ eine anschlussfähige ‚externe Rechtfertigung‘.¹²⁴⁷ Die übrigen Konzepte eines Gewichtungsprozesses bilden demgegenüber lediglich Gegenentwürfe für diesen Teil der Gesamtmethode. Sie dürfen also nicht beanspruchen, ‚aus einem Guss‘ heraus ersonnen worden zu sein.

Um die Rechtssicherheit des Gewichtungsmodells der Kieler Schule abzuschätzen, rekonstruiert der Unterabschnitt II.2.b dieses eingangs in seiner gegenwärtigen Form. Anschließend folgen in Unterabschnitt II.2.c verschiedene Versuche zur Falsifikation und Hypothesenkorrektur anhand des oben dargelegten kritisch-rationalen Maßstabs.

b. Darstellung

aa. Grundzüge

Die Kieler Schule setzt im Teilschritt der Gewichtszumessung seit jeher auf den (juristischen) Diskurs.¹²⁴⁸ Hierbei scheint es sich für *Alexy* geradezu um eine Selbstverständlichkeit zu handeln. Jedenfalls finden sich erst in jüngeren Publikationen explizite Empfehlungen, die Gewichtsformel in der ‚internen Rechtfertigung‘ durch den Diskurs in der ‚externen Rechtfertigung‘ zu ergänzen.¹²⁴⁹ Aus der schwerpunktmäßig von *Alexy* dargestellten Gewichtsformel selbst ergab sich unterdessen noch nicht zwingend eine ganz bestimmte Ausgestaltung des vorgelagerten

¹²⁴⁷ Vgl. *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 194.

¹²⁴⁸ Siehe *Alexy*, in: *Rechtstheorie Beiheft* 1994, 143, 147f.; *Riehm*: *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 11.

¹²⁴⁹ Siehe etwa *Alexy*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 31, 40ff.

Gewichtungsverfahren.¹²⁵⁰ Dies mag auch erklären, weswegen Kritiker der Kieler Schule häufig vorwarfen, sie schweige sich zur Methode der Gewichtung aus¹²⁵¹.

Tatsächlich entwickelte *Alexy* das zugrundeliegende Regelwerk für die Begründung einzelner Gewichte bereits in seiner Dissertation in den 1970er Jahren. Konkret formulierte er 53 Diskursvorgaben dazu, wie Argumente in juristische Entscheidungsverfahren eingespeist werden sollen, um Spielräume rational auszufüllen.¹²⁵² Den ersten Anwendungsfall für das Verfahren bildete damals zwar zunächst die Entscheidung in Auslegungsspielräumen.¹²⁵³ Bald schon wandte sich *Alexy* jedoch der verfassungsrechtlichen Abwägung zu und damit einem weiteren Anwendungsbereich juristischer Diskurse:

Die Brücke zur Oberstruktur schlug *Alexy* erstmalig in seiner Habilitationsschrift von 1986.¹²⁵⁴ Darauf aufbauend verfeinerten seine späteren Werke ab der Jahrtausendwende, in welcher Form der juristische Diskurs Werte in die Variablen der Gewichtsformel einstellen soll. Als Zielpunkt der diskursiven juristischen Argumentation im Rahmen der Gewichtung empfahl *Alexy* dabei eine Einstufung der relevanten abzuwägenden Einzelfaktoren auf einer triadischen Skala.¹²⁵⁵ Damit umriss er seinen Gewichtungsprozess erstmals vollständig: Der freie Austausch von Argumenten unter Einhaltung der Diskursregeln soll in seinem Modell herausstellen, ob die abstrakte Bedeutung und die konkrete Beeinträchtigung eines Grundrechtes leicht, moderat oder schwer wiegen. Ebenso ist auf Seiten der Rechtfertigung vorzugehen. Hier soll der Diskurs ermitteln, wo die Schwere des abstrakten und konkreten Rechtfertigungsgrundes auf der dreistufigen Skala zu verorten ist.¹²⁵⁶

Zuweilen schlug *Alexy* darüber hinaus eine noch feingliedrigere Skalierung vor: Zuzuweisen hätte der Diskurs den tangierten abstrakten Verfassungsgütern und ihrer konkreten Betroffenheit demnach je einen von neun Gewichtswerten statt bloß einen von dreien.¹²⁵⁷ *Kumm* regte sogar an, eine stufenlose Skala zu verwenden: „*But why not refine the scales infinitely, thereby infinitely decreasing the degree of structural discretion?*“¹²⁵⁸

Weil eine derartig mathematisch präzise Gradmessung innerhalb der Rechtsanwendung methodenehrlicher Weise aber kaum gelingen kann, fand dieser Ansatz aber nie breite Unterstützung

¹²⁵⁰ Vgl. *Alexy*, in: *Ratio Juris* 2003, 433, 448.

¹²⁵¹ So etwa *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 328; *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 266; *Poscher*, in: *Ratio Juris* 2009, 425, 444; *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 102; *Tsakyrakis*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2009, 468, 471; *Urbina*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2012, 49, 80; *Windisch*, in: *Rechtstheorie* 2013, 61, 71.

¹²⁵² Siehe *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 361ff.

¹²⁵³ Vgl. *Alexy*: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl. 2015, S. 22f.

¹²⁵⁴ Siehe *Alexy*: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 145ff., 270f.

¹²⁵⁵ Siehe etwa *Alexy*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2005, 572, 574ff.

¹²⁵⁶ Vgl. *Alexy*, in: *Festschrift für Hans-Joachim Koch*, 2014, 15, 24.

¹²⁵⁷ Siehe *Alexy*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, 771, 777ff.; *Alexy*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2005, 572, 574ff.

¹²⁵⁸ *Kumm*, in: *Institutionalized Reason*, 2012, 201, 222.

innerhalb der Kieler Schule.¹²⁵⁹ So bemerkte selbst *Alexy*: „*The nature of law as an argumentative enterprise excludes every unrestricted refinement of the scales*”¹²⁶⁰.

Insgesamt dominiert in den Schriften *Alexys* und auch denen anderer Vertreter der Kieler Schule deshalb das dreistufige Modell der Gewichtswerte.¹²⁶¹ Dieses kommt auch der Methodik des BVerfG am nächsten, das in den meisten Entscheidungen sogar bloß leichte und schwere Gewichtswerte vergibt.¹²⁶²

Erstens kennzeichnet die Gewichtungsmodelle aus *Alexys* Abwägungslehre somit eine stark vereinfachte, meist dreigliedrige Kardinalskala; sie gilt einheitlich für die Gewichtswerte aller Variablen der Oberstruktur.¹²⁶³ Dies ermöglicht überhaupt eine anschließende aussagekräftige Gegenüberstellung der Abwägungsgegenstände in der Oberstruktur:¹²⁶⁴ Erst Gewichtungen in der gemeinsamen Einheit des Grades der Erfüllung bzw. Beeinträchtigung der kollidierenden Verfassungsgüter „*machen unterschiedliche evaluative Maßstäbe (...) kommensurabel, indem sie diese zueinander in Beziehung setzen*“¹²⁶⁵.

Bemäße man Grundrechtsbeeinträchtigung und Rechtfertigungsgrund nämlich nicht in derselben Werteinheit, gliche ihre Abwägung dem vergeblichen Versuch, die Länge von Linien mit dem Gewicht von Steinen zu vergleichen.¹²⁶⁶ Dies unterliefe nicht nur die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse. Es würde zugleich dazu führen, dass die Gewichtungsmethode nicht den Anschluss an die in Kapitel 3 ermittelte rechtssichere Oberstruktur der Gewichtsformel findet. Nur durch die Vereinheitlichung der Gewichtswerte weisen die Gewichtungsergebnisse eine Form auf, die sich in der Oberstruktur weiterverwerten lässt.¹²⁶⁷

Zweitens ist für das Gewichtungsverfahren der Kieler Schule prägend, dass es den Gewichtungsprozess in Einzelschritte zerlegt: Jede einzelne Komponente der Gewichtsformel wird gesondert gewichtet. Bereits in *Alexys* ursprünglichem Modell aus der Zeit um die Jahrtausendwende waren dies

1. die abstrakte Bedeutung des beeinträchtigten Grundrechts,
2. dessen konkrete Beeinträchtigung,
3. die abstrakte Bedeutung des rechtfertigenden Verfassungsgutes und
4. dessen konkrete Begünstigung durch den Eingriff.¹²⁶⁸

¹²⁵⁹ Siehe etwa *Kleiber*: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 99.

¹²⁶⁰ *Alexy*, in: Institutionalized Reason, 2012, 319, 340.

¹²⁶¹ Siehe zusammenfassend *Kleiber*: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 260ff., 278ff. m.w.N.

¹²⁶² Siehe etwa BVerfGE 115, 320; BVerfGE 101, 361; BVerfGE 86, 1.

¹²⁶³ Vgl. *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 91f.

¹²⁶⁴ Vgl. *Tsakyrakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 471.

¹²⁶⁵ *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 124 Die Hervorhebung entspricht dem Original.

¹²⁶⁶ Vgl. die Metapher im abwägungsskeptischen Kontext bei *Petersen*, in: German Law Journal 2013, 1387.

¹²⁶⁷ Vgl. *Da Silva*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2011, 283, 301; *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 88.

¹²⁶⁸ Siehe etwa *Alexy*, in: Ratio Juris 2003, 433, 443ff.; vgl. auch *Alexy*, in: Ratio Juris 2018, 254, 256.

Je mehr *Alexy* und seine Schüler die Gewichtsformel seither verfeinerten, desto weiter nahm auch die Zahl der Teilschritte der Gewichtung zu. Nach dem wohl am weitesten entwickelten Schema der Gewichtsformel durch *Alexy*, *Klatt* und weitere Angehörige der Kieler Schule vollzieht die vorgelagerte Gewichtung je eine weitere separate Einordnung auf der triadischen Skala für

1. die normative Verlässlichkeit (*Reliabilität*) der Einordnung der abstrakten und konkreten Gewichte der Grundrechtsbeeinträchtigung bzw. deren Einstufungsunsicherheit – Kürzel: R_i^n (auf Englisch) bzw. S_i^n (auf Deutsch) –,
2. die empirische *Sicherheit* (*Reliabilität*) des Eintritts der konkreten Beeinträchtigung – Kürzel: R_i^e (auf Englisch) bzw. S_i^e (auf Deutsch) –,
3. die normative Verlässlichkeit der Einordnung der abstrakten und konkreten Gewichte der Rechtfertigung bzw. deren Einstufungsunsicherheit – Kürzel: R_j^n (auf Englisch) bzw. S_j^n (auf Deutsch) – und
4. die empirische Sicherheit des Eintritts der konkreten rechtfertigenden Wirkung – Kürzel: R_j^e (auf Englisch) bzw. S_j^e (auf Deutsch).¹²⁶⁹

Auch ihnen weist das Modell eins von drei möglichen Gewichten auf einer triadischen Skala zu. In Sachen Reliabilität unterscheidet *Alexy* auf dieser jeweils zwischen sicher, plausibel und nicht evident falsch¹²⁷⁰; ähnlich differenziert *Klatt* zwischen (völliger) Sicherheit, mittlerer Sicherheit und Unsicherheit¹²⁷¹.

Jenseits solcher Nuancierungen herrscht unter den Vertretern des Kieler Modells aber weitgehende Einigkeit: Ihr Verfahren unternimmt insgesamt acht separate Gewichtungen.

Drittens zeichnet sich ihre Gewichtungsmethode dadurch aus, dass sie dem Eingriff und der Rechtfertigung Werte auf der triadischen Skala jeweils nach Maßgabe des juristischen Diskurses zuweist.¹²⁷² In diesem Punkt hat es auffällig wenige Bemühungen gegeben, das ursprünglich von *Alexy* ersonnene Modell fortzuentwickeln.¹²⁷³ Es liegt deshalb nahe, dass die Gewichtungsmethode der Kieler Schule unverändert auf dem ursprünglichen Verständnis des diskursiven Verfahrens aus *Alexys* Dissertation aufbaut.

Welche Gewichtungen im Diskurs vertretbar sind, bestimmen demnach laut *Alexy*

- vier Grundregeln,
- vier Vernunftregeln,
- vier Argumentationslastregeln,
- sieben Argumentformen,

¹²⁶⁹ Siehe zum Überblick zur Verformelung *Alexy*, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 511, 522; *Klatt/Schmidt*, in: AöR 2012, 545, 561; *Klatt*, in: International Journal of Constitutional Law 2015, 354, 367ff.; *Klatt/Meister*: The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. xvi.

¹²⁷⁰ *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 789f.

¹²⁷¹ *Klatt/Schmidt*, in: AöR 2012, 545, 554f.

¹²⁷² Siehe etwa *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 773f.; *Alexy*, in: Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, 2011, 3, 15.

¹²⁷³ Vgl. *Klatt/Meister*: The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. 53ff.

- sechs allgemeine Begründungsregeln,
- zwei Formen und fünf Regeln der internen Rechtfertigung des juristischen Diskurses sowie
- 21 eigene Regeln und Formen der externen Rechtfertigung.

Verwiesen sei an dieser Stelle auf die Vorstellung der einzelnen Diskursregeln in *Alexys* Dissertation¹²⁷⁴, um deren bloße Wiedergabe auszusparen. Die Kritik an seinem Verfahren im nächsten Abschnitt setzt sich ebenfalls noch zur Genüge mit den besagten Diskursregeln auseinander.¹²⁷⁵

Schon hier lassen sich jedoch die Grundzüge der Methode festhalten: Das Diskursmodell grenzt den Spielraum zulässiger Wertungen ein, indem es nur Gewichtungen zulässt, die sich auf Argumente stützen, die alle oben erwähnten Regeln einhalten. Welche Argumente ein Sprecher dabei im Einzelnen bemüht, ist ansonsten ohne Belang. Die Argumentation zugunsten einer bestimmten Gewichtszumessung muss sich also nicht darauf beschränken, besonders scharfsinnig den Sachverhalt in Gestalt der Eingriffswirkung zu analysieren. Hieraus können zulässige empirische Argumente folgen. Ebenso gut denkbar ist aber die Argumentation mit der Verfassungshistorie, mit Präjudizien oder gänzlich außerjuridischen Erwägungen wie solchen der Ethik. Damit sich eine Gewichtung nach dem Modell vertreten lässt, ist ausschließlich entscheidend, dass die zugrundeliegende Begründung den Diskursregeln gehorcht.¹²⁷⁶

Dabei akzeptiert das diskursive Modell, dass durchaus verschiedene Gewichtungen gleichermaßen alle Diskursregeln einhalten können. In diesen Fällen lässt die Methode dem Rechtsanwender dazwischen die Wahl, ohne seine Entscheidung enger einzugrenzen. Man spricht von bloßer *diskursiver Möglichkeit* der Entscheidung zugunsten einer der zulässigen Gewichtszuweisungen. Nur wenn lediglich *eine einzige Gewichtung* die Diskursregeln achtet und somit *diskursiv möglich* ist, gilt diese Variante auch als *diskursiv notwendig*. Alle anderen Gewichtungen wären in einem solchen Fall demgegenüber *diskursiv unmöglich*, also unvertretbar. Nur in derartigen Konstellationen mit bloß einer diskursiv notwendigen Gewichtszumessung macht es der Diskurs vollständig vorhersehbar, welchen Wert der Rechtsanwender einer Variable der Gewichtsformel zuzuordnen hat.

bb. Variationen

Alexy und seine Schüler kommen zwar weitgehend darin überein, dass sie als Gewichtungsverfahren das diskursive Modell mit seinen oben skizzierten Grundelementen anerkennen. Dennoch haben sich gerade in den letzten Jahren mehrere Spielarten entwickelt, die in Teilen davon abweichen. Die prominentesten vier unter ihnen sollen nachstehend kurz umrissen werden:

¹²⁷⁴ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 361ff.

¹²⁷⁵ Siehe insbesondere Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.bb.

¹²⁷⁶ Vgl. *Alexy*, in: Ratio Juris 2018, 254, 256.

Eine Sonderstellung nimmt erstens das an *Alexys* Verfahren angelehnte Gewichtungsmodell *Baraks* ein. Berücksichtigen will er zur Bemessung der einzelnen Gewichte ausschließlich den sozialen Wert von Eingriff und Rechtfertigung („*marginal social importance*“).¹²⁷⁷ Da er aber nicht konkretisiert, wie dieser wiederum zu bestimmen ist, scheint es sich dabei letztlich um eine unterbestimmte Leerformel zu handeln.¹²⁷⁸ Vorbehaltlich weiterführender eigenständiger Überlegungen muss *Barak* den sozialen Wert letztlich im Diskurs ermitteln, wenn er ihn nicht beliebig oder nach einer ganz anderen Methode festlegen möchte.

Auf etwas konkretere Weise zieht zweitens *Jansen* eine Grundregel in den Gewichtungsdiskurs ein. Er behilft sich Indifferenzkurven, um den Punkt zu bestimmen, ab dem im konkreten Fall schwerwiegend in Grundrechte eingegriffen wird.¹²⁷⁹ Gemäß seiner „*Konvexitätsannahme*“ sind Beschränkungen einer relativ weitläufigen Zusicherung überproportional harmloser als solche, die im selben Maße den Minimalschutz eines Verfassungsgutes begrenzen.¹²⁸⁰ Die Wichtigkeit des Schutzes nimmt zum Kern eines Grundrechts hin exponentiell zu; diesen Grundgedanken teilt *Jansen* insofern mit *Alexy* und *Klatt*.¹²⁸¹ Wie tiefgreifend ein Eingriff dabei ausfällt, hängt für *Jansen* von der Substituierbarkeit des Teils des Schutzbereichs ab, den ein Eingriff beschneidet. Je umfassender dieser ausfällt und je geringer der kompensierende Mehrwert der Rechtfertigung, desto eher ist eine Substituierbarkeit zu verneinen. Ist dies der Fall, lässt sich von einem nicht zu rechtfertigenden Einschnitt in den Kernbereich sprechen.¹²⁸²

Dies verlagert gleichwohl die allgemeine Frage nach der konkreten Gewichtung zunächst nur auf das Problem, ab wann ein Eingriff dem Grundrechtsträger unsubstituierbare Schutzbereichsteile abtrennt. Das Maß des Substitutionsbedürfnisses eines Einschnitts und des Substitutionspotenzials einer Rechtfertigung richtet sich letztlich nach der Präferenzordnung des Rechtsanwenders. So bemerkt es *Jansen* selbst.¹²⁸³ Anders gewendet: Welche Teile der Schutzbereiche heilig sind und welche Zwecke das Mittel einer Grundrechtsbeeinträchtigung heiligen, liegt zunächst im Auge des Betrachters. Eine Methode kann auch hier intersubjektiv verbindliche Vorgaben treffen, um das Kriterium der Substituierbarkeit zu konkretisieren. Ein der Kieler Schule zurechenbares Modell wird in dieser Frage letztlich aber wieder auf den Diskurs zurückgeworfen. Wie bei *Barak* liegt es somit auch in *Jansens* Modell nahe, dass im Ergebnis nur unter anderer Überschrift als bei *Alexy* der Diskurs die Gewichtszuweisung bestimmt.

Besondere Erwähnung verdient drittens ein Ansatz, auf den insbesondere *Veel* hinwies und den man innerhalb der diskursiven Methode gewissermaßen als erfolgsversprechende Argumentationsstrategie begreifen kann: Demzufolge deutet eine relative Nähe von Eingriffswirkungen zum denkbaren Maximum oder Minimum einer Grundrechtsbeeinträchtigung

¹²⁷⁷ Siehe *Barak*: Proportionality, 2012, S. 484.

¹²⁷⁸ Vgl. *Endicott*, in: Proportionality and the Rule of Law, 2014, 311, 318f.

¹²⁷⁹ Siehe *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 106ff.

¹²⁸⁰ Siehe *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 128ff.

¹²⁸¹ Vgl. *Klatt/Meister*: The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. 68 m.w.N.

¹²⁸² Vgl. *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 131ff.

¹²⁸³ Siehe *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 114f.

darauf hin, dass jeweils ein schwereres oder aber ein leichtes Gewicht anzusetzen ist. Zumindest in Fällen ersichtlich krasser oder harmloser Einwirkungen auf den Schutzbereich eines Grundrechts dringen somit die einzigen mit den Diskursregeln kompatiblen Ansichten auf eine eindeutige Gewichtung.¹²⁸⁴

Eine Variation des Grundmodells bildet viertens der an *Sieckmanns* Überlegungen angelehnte Vorschlag *Sampaio's*, das abstrakte Gewicht nicht nach allen diskursiv statthaften Argumenten zu bestimmen, sondern nur nach drei Faktoren:

1. der Stärke der allgemeinen Interessen hinter Verfassungsgütern (gemäß Auslegung),
2. der Verstärkung durch andere betroffene Verfassungsgüter und
3. der Bedeutungszumessung durch Präjudizien.¹²⁸⁵

Eine ähnliche, wenn auch etwas losere Eingrenzung empfiehlt *Sampaio* zudem für die Kriterien zur Zuweisung konkreter Gewichte.¹²⁸⁶

Der letztgenannte Ansatz modifiziert das diskursive Modell nach hiesiger Einschätzung noch stärker als derjenige, der den Diskurs mit *Veel* bloß in maximal- und minimalinvasiven Fällen quasi per Daumenregel vereinfacht. Denn die entsprechende Argumentationsstrategie bleibt weiterhin auf einen uneingeschränkten Diskurs darüber angewiesen, ob ein Eingriff hinreichend nah am denkbaren Maximum oder Minimum liegt. Hierfür dürfen im Rahmen der Diskursregeln jedwede Argumente bemüht werden. *Sampaio's* Modell zeichnet sich demgegenüber gerade dadurch aus, dass es die in der Gewichtszumessung berücksichtigten Argumente auf die drei genannten Erwägungen verengt. Letztlich verkürzt er hiermit auch die Auswahl diskursiv möglicher Gewichtungen um solche Alternativen, die nur vertretbar wären, wenn weitere Erwägungen einbezogen werden dürften.

Trotzdem scheint *Sampaio's* Ansatz nicht die Grenzen des diskursiven Modells zu sprengen: Denn indem er unter den verbleibenden anerkannten Argumentationsformen keine nähere Rangordnung festlegt, ersetzt er die Rahmenregeln der diskursiven Gewichtung offenbar nicht, sondern ergänzt sie nur. So scheint sein Ansatz beispielsweise dahingehend weiterhin mit dem *Alexys* übereinzukommen, dass er überall dort mehrere Gewichtungen für gleichermaßen vertretbar hält, wo die drei akzeptierten Argumenttypen mehr als einen Gewichtungswert zulassen.

Auch kann sich *Sampaio* solange nicht völlig vom Grundmodell der Kieler Schule lossagen, wie er nicht auch den Diskurs um die Zumessung konkreter Gewichte ähnlich weitreichend begrenzt. Hier beschränkt er sich indes darauf, grobe Ordnungsstrukturen wie räumliche und zeitliche Elemente der Beeinträchtigung als Orientierungspunkte für deren Gewichtung einzuziehen.¹²⁸⁷ Anders als auf Ebene abstrakter Wertungen der abwägungsrelevanten Verfassungsgüter grenzen derartig lose Kriterien den Diskurs noch nicht ein, sondern strukturieren ihn bloß. Ungeachtet dessen ist es

¹²⁸⁴ Siehe *Veel*, in: *Law & Ethics on Human Rights* 2010, 178, 199ff.; vgl. auch *Gruschke*: *Vagheit im Recht*, S. 56ff.; *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 706f.

¹²⁸⁵ Siehe *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 84f.; *Sieckmann*: *The Logic of Autonomy*, 2012, S. 100ff.

¹²⁸⁶ Siehe *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 103ff.

¹²⁸⁷ Vgl. *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 103ff.

trotzdem denkbar, dass *Sampaio* sich darum bemüht, einen Gegenentwurf zur diskursiven Gewichtungsmethode zu formulieren; er selbst hat sich hierzu bisher nicht ausdrücklich positioniert. Sollten seine Überlegungen ein ganzes Gewichtungsverfahren aufzeichnen, bliebe seine Skizze in bisherigen Publikationen jedoch unterbestimmt und ließe insoweit Spielräume für Beliebigkeit. Daher versteht die Untersuchung *Sampaio*s Ansatz vorläufig mehr als Ergänzung denn als Ersatz für *Alexys* Grundmodell.

Als derartige Spielart verdeutlicht *Sampaio*s Konzept indes ähnlich wie *Veels* Überlegung zur Gewichtung maximal- und minimalinvasiver Eingriffe, dass auch im Fahrwasser *Alexys* vereinzelt konkretere Haltelinien der Gewichtung entwickelt werden. Während ältere Varianten wie die Modelle *Baraks* und *Jansens* den Anknüpfungspunkt des Diskurses im Wesentlichen nur unter einen anderen Begriff stellen, schärfen die jüngeren Ansätze die Gewichtungskriterien in der Sache.

Gerade die Variationen *Sampaio*s und *Veels* kommen insofern als Ansätze zur Hypothesenkorrektur in Betracht, sollte sich das Kieler Grundmodell ganz oder teilweise falsifizieren lassen, weil sich Gewichtungen darunter häufig nur unzureichend vorhersehen lassen. Zunächst überprüft die Untersuchung aber *Alexys* ursprüngliches Diskursverfahren als etabliertestes Gewichtungsmodell. Da *Barak* und *Jansen* den Diskurs dagegen eher innerhalb des Teilschritts der Gewichtung verlagern als ihn zu modifizieren, werden ihre Modelle aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht eigenständig behandelt.

c. Kritik

Anhand des in Kapitel 2 herausgearbeiteten kritisch-rationalen Maßstabs der Rechtssicherheit ist nachstehend zu prüfen, inwiefern *Alexys* diskursive Gewichtszuweisung dem Rechtsanwender vorhersehbare Entscheidungen vorgibt. Hierbei überprüft die Untersuchung zunächst exemplarisch, ob das Verfahren bei stringenter Anwendung in Einzelfällen diverse unterschiedliche Gewichtungen gleichermaßen zulässt. Zeigt sich dabei eine problematische Konstellation, ermittelt der Abschnitt die Tragweite des Defizits. Dazu kontrolliert er anfangs benachbarte, später anders gelagerte Anwendungsbeispiele darauf, ob auch hier eine Streubreite ähnlich vertretbarer Gewichtungen droht. Steht das Ausmaß der Fälle fest, in denen ein Rechtsanwender nach der Gewichtszuweisung beliebig zwischen mehreren Gewichtungen wählen darf, ermittelt die Kritik den hierfür verantwortlichen Bestandteil des Gewichtungsmodells. Dies gelingt im Abgleich mit solchen Fällen, in denen die kritischen Bestandteile der Theorie nicht relevant für die Gewichtung werden und in denen zugleich eine größere Vorhersehbarkeit erreicht wird.

Sind die falsifizierten Aspekte der Gewichtungsmethode *Alexys* jeweils identifiziert, bemüht sich das Kontrollverfahren um eine gezielte Hypothesenkorrektur und überprüft die Leistungsfähigkeit der angepassten Version der Theorie. Versprechen geringfügige Modifikationen keine Besserung der Prognostizierbarkeit von Gewichtungen unter dem diskursiven Modell, beschränkt sich die Untersuchung darauf, vorerst irreparabel defizitäre wie auch unfalsifizierte und somit bewährte Komponenten der Methode zu vermerken. Auf dieser Grundlage wird der Folgeabschnitt versuchen, eine breiter angelegte Hypothesenkorrektur zu entfalten, die ein Gewichtungsmodell mit vorhersehbareren Ergebnissen anstrebt.

Anhand des zuvor skizzierten Verfahrens überprüft der hiesige Abschnitt die Falsifikationsgründe und denkbaren Hypothesenkorrekturen ausgehend von vier Beispielfällen aus der Urteilspraxis des BVerfG: den Entscheidungen zur Volkszählung¹²⁸⁸ (1.), zur Rasterfahndung¹²⁸⁹ (2.), zur Beschränkung des Tabakvertriebs¹²⁹⁰ (3.) und des Einsatzes von Gentechnik¹²⁹¹ (4.). Den Sachverhalten ist gemein, dass hier das diskursive Gewichtungsmodell möglicherweise eine Streubreite unterschiedlicher Gewichtungen erlaubt. Deshalb lässt sich anhand der Fälle besprechen, welche Gründe dies haben kann und in welchem Ausmaß sie jeweils die prognostische Leistungsfähigkeit des diskursiven Gewichtungsmodells begrenzen.

aa. Unklare Bezugspunkte der Gewichtsskala

(a) Falsifizierendes Beispiel

Erste Schwierigkeiten bei der diskursiven Eingrenzung zulässiger Gewichte tun sich auf, wenn man den methodischen Teilschritt im Beispiel der Volkszählungsentscheidung von 1983 betrachtet: Streitig war hier, wie schwer der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wiegt, den die Ermächtigungen zur Datenerhebung und -weitergabe im Volkszählungsgesetz bewirken.¹²⁹²

Das Gewicht der Beeinträchtigung im besagten Fall steht und fällt damit, welchen Bezugspunkt des Eingriffs man betrachtet: Gewichtet man danach, wie hart ein Eingriff den individuell betroffenen Beschwerdeführer mit seinem vielleicht gesteigerten konkreten Datenschutzinteresse trifft? Oder danach, wie stark ein abstrakt gedachter durchschnittlicher Bundesbürger ohne überdurchschnittliche Sensibilität in seinem Belang getroffen wird, grundsätzlich eigenständig über seine personenbezogenen Daten zu disponieren? Sprechen lässt sich in solchen Konstellationen auch von subjektiven und objektiven Referenzpunkten oder Dimensionen der Eingriffsintensität.¹²⁹³

Diesbezüglich fehlt es dem Modell der Kieler Schule selbst in jüngeren Variationen bisher an einer ausdrücklichen Festlegung, ob die Skala an subjektiven oder objektiven Mindest- und Höchstwerten ausgerichtet ist.¹²⁹⁴

Gerade im genannten Beispiel der Volkszählung liegen die Werte aber auseinander: Wer Wert darauf legt, personenbezogene Daten so selten wie möglich herauszugeben, mag sein Datenschutzanliegen infolge der Volkszählung als fundamental gestört erachten. In subjektiver Hinsicht wiegt diese Einschränkung für manche somit ganz erheblich, weil dem Einzelnen dadurch nach seinen privaten Vorsätzen zum Umgang mit Daten eine empfindliche Beeinträchtigung droht.

¹²⁸⁸ BVerfGE 65, 1.

¹²⁸⁹ BVerfGE 115, 320.

¹²⁹⁰ BVerfGE 95, 173.

¹²⁹¹ BVerfGE 128, 1.

¹²⁹² Siehe BVerfGE 65, 1, 41 ff.

¹²⁹³ Vgl. zu einer ähnlichen Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Schutzdimensionen *Kleiber*: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 260 ff., 278 ff. m.w.N.

¹²⁹⁴ Vgl. in Ansätzen allenfalls *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 105; vgl. ein ähnliches Konzept allein für den Koeffizienten der normativen Reliabilität bei *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 21 ff.

Bei allgemeiner Betrachtung ohne Berücksichtigung der für bestimmte Individuen existenziellen Bedeutung sparsamer Datenpreisgabe verengt die staatliche Erhebung einiger persönlicher Kennwerte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung weniger stark: Intimere Lebensdetails waren schließlich von vornherein gar nicht Gegenstand der Datenerhebung im Rahmen des Volkszählungsgesetzes. Dem durchschnittlichen Grundrechtsträger dürfte es mithin ferngelegen haben, die Volkszählung als essentiellen Einschnitt in die Selbstbestimmung über personenbezogene Daten anzusehen. Je nachdem, welches Verständnis des Höchstmaßes einer Beeinträchtigung man also anlegt, wiegt eine Volkszählung im Sinne des VolkszählG von 1983 mehr oder weniger schwer.¹²⁹⁵

Überlässt man dabei so wie offenbar das Diskursmodell die Wahl zwischen einer subjektiven und einer objektiven Referenzgröße der konkreten Gewichte dem Rechtsanwender, drohen an dieser Stelle Wertungsspielräume. Sie trüben die Vorhersehbarkeit der Gewichtungsentscheidung in Fällen wie dem Volkszählungsurteil ein.

(b) Tragweite des Problems

Solange sich eine Methode nicht klar festlegt, gestattet sie beliebige Entscheidungen in allen Fällen, in denen das objektive und subjektive Höchstmaß der Beeinträchtigung auseinanderfallen.¹²⁹⁶ Dazu kommt es freilich nicht immer: Man denke etwa an das Titanic-Urteil¹²⁹⁷. Hier wog ein Eingriff aus objektiver Sicht ebenso viel wie aus subjektiver. Schließlich liegt es in der Natur einer Satirezeitschrift, die Grenzen objektiver Meinungsfreiheit subjektiv auszuschöpfen. Trotzdem dürfte das Volkszählungsurteil nicht den einzigen Fall bilden, in dem der Eingriff für den Beschwerdeführer einschneidender wirkte als für den durchschnittlichen Grundrechtsträger.

Erst recht ergibt sich das Problem auf Seiten des konkreten Gewichts der Rechtfertigung eines Eingriffs: Genügt hier das *subjektiv* vom eingreifenden Hoheitsträger *angenommene* Höchstmaß an Wirkung zugunsten eines verfassungsrechtlich relevanten Ziels? Oder erfordert eine Einstufung des konkreten Rechtfertigungsgewichts als schwer eine *objektive* Nähe zum *tatsächlich praktikablen* Maximum oder sogar zur *hypothetisch* größtmöglichen Begünstigung?¹²⁹⁸

Weiter noch kann man auf Rechtfertigungsseite fragen, ob womöglich ganz andere Referenzwerte für die konkrete Gewichtung anzusetzen sind. Zwar mag die Symmetrie in der Gewichtsformel suggerieren, diese Wahl bestünde gar nicht. Aus ihr folgt für den Vorschritt der Gewichtung indes kein Zwang, auch hier die Bezugspunkte für schwere Eingriffe und Rechtfertigungsgründe spiegelbildlich anzuordnen. Tatsächlich ist es gerade auf Seiten der Rechtfertigung keineswegs vorgezeichnet, auf welche Dimension einer rechtfertigenden Wirkung abgestellt werden soll, um ihre Schwere zu bemessen.

¹²⁹⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1, 61ff.

¹²⁹⁶ Vgl. *Chartier*, in: Australian Journal of Legal Philosophy 2015, 1, 12ff.

¹²⁹⁷ BVerfGE 86, 1.

¹²⁹⁸ Vgl. eine ähnliche Differenzierung auf der Skala normativer Reliabilität bei *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 21ff.

Man mag damit argumentieren, dass individuell im Einzelfall der Diskurs entscheiden müsse, welcher dieser Bezugspunkte jeweils bei der Gewichtsbestimmung zum Tragen kommen soll. Damit löst man das Problem der dadurch verringerten Vorhersehbarkeit der letztendlichen Gewichtung aber noch nicht, sondern lässt die Frage zunächst offen.

Denn entweder gestattet der Diskurs in verschiedenen Verfahren tatsächlich unterschiedliche Referenzpunkte eines schwerwiegenden Eingriffs: mal den subjektiven, an dem der Betroffene die größtmögliche Belastung empfindet, und mal den objektiven, an dem ein abstrakter Grundrechtsträger sie verorten würde. Diese fehlende Festlegung kommt indes eher einem Eingeständnis einer gewissen Unvorhersehbarkeit gleich.

Oder man geht davon aus, dass der Diskurs bei der Gewichtung in allen Fällen auf die gleiche Dimension von Eingriff und Rechtfertigung abstellt. Dann kann und sollte man aber deutlich benennen, welcher objektiver oder subjektiver Referenzpunkt durchgehend gelten soll, ohne dass dieser im Einzelfall in Frage gestellt wird.

Immerhin scheint die festgestellte Schwachstelle kein Symptom eines tieferliegenden Kommensurabilitätsproblems zu sein, welches es generell vereitelt, Beeinträchtigungsgrade verschiedener Güter gewichtend gegenüberzustellen. Zwar erntet die Abwägung vielfach auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion den Vorwurf, sie messe mit Eingriff und Rechtfertigung inkommensurablen Größen Gewichte in einer einheitlichen Einheit zu¹²⁹⁹. Dabei tragen Kritiker ihren Einwand nicht bloß gegen Verortungen auf subjektiven Skalen vor, sondern gleichsam gegen Gewichtungen anhand objektiver Bezugspunkte. Besagte Kommensurabilitäts skeptiker wenden sich grundlegend gegen die Gewichtung in sämtlichen Einzelfällen und zwar nicht nur im diskursiven Modell, sondern auch nach jedwedem Alternativverfahren: „*Is the state's decision-making process distorted by a pretense: that judges can weigh the unweighable? (...) To make these decisions, they have to throw the scales out the window and just choose*”¹³⁰⁰.

In dieser Radikalität, weit über die Unklarheit der subjektiven oder objektiven Beurteilung von Eingriffsintensitäten hinaus, greift die Kritik aber nicht durch.¹³⁰¹ Zwar mag es Abwägungen in der Ethik höchste Schwierigkeiten bereiten, intersubjektiv nachvollziehbar zu quantifizieren, welches Maß eines bestimmten Gutes wie Geld ein qualitativ anderes Gut wie die Gesundheit aufwiegt.¹³⁰² Juristisch wird ein solcher Abgleich aber bereits dadurch möglich, dass eine Setzung der Methode unterschiedliche Güter schlichtweg in der Normanwendung für kommensurabel erklärt:¹³⁰³ Mit

¹²⁹⁹ So etwa *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 316; *Grant*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 383, 386; *Urbina*: A Critique of Proportionality and Balancing, 2017, S. 74; *Urbina*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2015, 575, 604f.; *Urbina*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2012, 49, 55f. m.w.N.; *Webber*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2010, 179, 196.

¹³⁰⁰ *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 315.

¹³⁰¹ Vgl. grundlegend *Da Silva*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2011, 283, 274f.

¹³⁰² Vgl. *Panaccio*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2010, 988, 994; *Wekel*, in: *RPhZ* 2018, 78, 80ff.

¹³⁰³ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 698f.

welcher Leichtigkeit dies einer Rechtsordnung möglich ist, zeigt beispielsweise das andernfalls undenkbbare Schadensersatzregime für immaterielle Beeinträchtigungen.¹³⁰⁴

Ebenso wenig artet eine Abwägungsmethode in Willkür aus, wenn sie Skalenwerte auf Seiten des Grundrechtseingriffs ins Verhältnis *setzt* zu Skalenwerten auf Seiten der Rechtfertigung durch ein anderes Verfassungsgut.¹³⁰⁵

Diese Setzung geschieht auch nicht *contra legem*. Schließlich gebietet ja gerade der ebenbürtige Verfassungsrang verschiedener kollidierender Güter eine Vergleichbarkeit. Dass die Verfassungsordnung ihnen gleichermaßen Bedeutung zumisst, bildet ihren gemeinsamen Bezugspunkt und rechtfertigt die Setzung, ihr jeweiliges konkretes Gewicht in der gleichen Werteinheit anzugeben.¹³⁰⁶

Solange methodengetreue Normanwendungsentscheidungen den dogmatisch als zwingend anerkannten Inhalt von Rechtsvorschriften einhalten und die Rechtssicherheit befördern, regt sich hiergegen seitens der Rechtsordnung kein Widerstand. Im Gegenteil: Ein auf Rechtssicherheit bedachtes Normensystem gebietet sogar einen methodischen Kunstgriff, um der Sache nach grundverschiedene gleichermaßen rechtlich geschützte Güter zueinander in Beziehung zu setzen.¹³⁰⁷ Erst dadurch gelingt es nämlich, Rechtsklarheit zu schaffen, wenn mehrere betroffene Schutzpositionen kollidieren.¹³⁰⁸

Dabei bewährt es sich, wie *Alexy* auf eine vereinfachte Kardinalskala zurückzugreifen. Denn je mehr unterschiedliche Gewichtswerte man Sachverhalten zuweisen kann, desto mehr Grenzfälle provoziert dies. Und umso häufiger greift somit der falsifizierende Einwand, das richterliche Ermessen in Grenzbereichen führe zur Unberechenbarkeit der Methode. Umgekehrt verlangen sonstige Verfassungsvorschriften zwingend nur eine geringfügige Abstufung: Art. 19 Abs. 2 GG verbietet Eingriffe in den Wesensgehalt kategorisch (absoluter Kernbereichsschutz). Im Umkehrschluss folgt daraus, dass weniger schwere Eingriffe immerhin in manchen Fällen unzulässig sein sollen (relativer Kernbereichsschutz).¹³⁰⁹ Zu unterteilen sind Sachverhalte mit einem Beeinträchtigungsniveau unterhalb der Schwelle zu Einschnitten in den absoluten Kerngehalt darum notwendig bloß in zwei Gruppen: eine mit zulässigen Eingriffsgraden und eine mit unzulässigen. Demnach gebietet die Verfassung in der Gesamtbewertung von Eingriffen nur drei Stufen und zwei Schwellen zwischen ihnen.

Folglich produzieren juristische Gewichtungsmethoden wie das diskursive Modell nicht schon wegen des Kommensurabilitätsproblems flächendeckend unvorhersehbare Ergebnisse. Im Gegenteil ist es mit den zwingenden Vorgaben der Verfassungsordnung und dem

¹³⁰⁴ Vgl. *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 323ff.

¹³⁰⁵ Vgl. *Alexy*, in: *Ratio Juris* 2003, 433, 442; *Borowski*, in: *German Law Journal* 2013, 1409, 1411; *Jansen*: *Die Struktur der Gerechtigkeit*, 1. Aufl. 1998, S. 124; *Klatt/Meister*: *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, S. 63.

¹³⁰⁶ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *Der Staat* 2012, 159, 179.

¹³⁰⁷ Vgl. *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 133.

¹³⁰⁸ Vgl. *Klatt/Meister*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2012, 687, 698f.

¹³⁰⁹ Siehe bereits Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa.

Rechtssicherheitsgebot im Besonderen vereinbar, die Gewichtswerte von Eingriff und Rechtfertigung zu vereinheitlichen. Dabei ist es im Mindesten gestattet, Intensitäten von Eingriffen in bestimmte Rechtsgüter auf der gleichen vereinfachten Kardinalskala abzubilden wie die der Rechtfertigung mit der günstigen Wirkung für andere Verfassungspositionen.

Darüber hinaus scheint unter den gleichen Voraussetzungen für eine Gewichtungsmethode die Festsetzung möglich, ob sie Eingriffsintensitäten und Rechtfertigungsgründe nach subjektiven Empfindungen der Parteien gewichtet oder nach einem objektiven Wahrnehmungshorizont. Soweit erkennbar, verzichtet das diskursive Gewichtungsmodell hierbei jedoch bisher auf eine ausdrückliche Festlegung. Die Methode lässt somit die freie Wahl, anhand subjektiver oder objektiver Bezugspunkte zu gewichten. Dies geht immer dort zulasten der Vorhersehbarkeit, wo diese denkbaren Referenzwerte auseinanderfallen wie im eingangs genannten Beispiel und generell auf Seiten der Rechtfertigung.

(c) Hypothesenkorrektur

Nachdem die Schwachstelle identifiziert wurde, ist zu prüfen, inwieweit eine maßvolle Umstellung des Modells dessen prognostische Leistungsfähigkeit erhöhen kann: Für die Bemessung von Beeinträchtigungsintensitäten einerseits und Rechtfertigungsgründen andererseits muss das diskursive Verfahren dazu festsetzen, welche Dimension der Eingriffswirkung als Referenzpunkt zur Verortung auf der triadischen Skala dient.

Holt man die bislang unterbliebene Klarstellung nach, löst sich das Problem zumindest auf Ebene der konkreten Gewichtung der Grundrechtsbeeinträchtigung rasch. Ein objektiver Orientierungspunkt der konkreten Gewichtung des Eingriffs dürfte verfassungsrechtlich nämlich kaum vertretbar sein. Denn was einem „durchschnittlichen“ Grundrechtsträger als schwererer Eingriff gilt, ist letztlich nur durch Setzungen bestimmbar. Ebenso wenig taugt ein objektives Höchstmaß als Referenzpunkt oberer Eingriffsintensitäten: Eine schwerwiegende konkrete Beeinträchtigung wäre hiernach schließlich nur anzunehmen, wenn eine Maßnahme annähernd alle Varianten beeinträchtigt, eine grundrechtlich verbürgte Freiheit auszuschöpfen. Davon ließe sich im Falle der Berufsfreiheit beispielsweise nur sprechen, wenn bestimmte Grundrechtsträger mit einem umfassenden Berufsverbot belegt werden, wie man es höchstens aus der Zeit des Nationalsozialismus kennt.¹³¹⁰

Das deutlich aus Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Grundrechte erkennbare Anliegen des Individualrechtsschutzes legt stattdessen ein subjektives Verständnis des Beeinträchtigungsgrades von Grundrechten in der Gewichtszumessung nahe. Kraftvoll stellte insofern das BVerfG im Mitbestimmungsurteil klar, Grundrechte seien „nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt in erster Linie individuelle Rechte“¹³¹¹. Letztlich wurzelt sogar der Kollektivschutz durch Grundrechte darin, dass es sich beim Kollektiv um eine Gruppe einzelner Grundrechtsträger

¹³¹⁰ Vgl. § 3 der Vierten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.07.1938 (Berufsverbot für jüdische Ärzte), § 1 der Fünften Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 27.09.1938 (Berufsverbot für jüdische Rechtsanwälte).

¹³¹¹ BVerfGE 50, 290, 337.

handelt.¹³¹² Es widerspräche insofern dem Wesen der Grundrechte, bei der Eingriffsgewichtung auf ihre objektive Schutzdimension abzustellen. Um also verbindlichen Wertungen der Verfassung Rechnung zu tragen, muss das diskursive Modell eingriffsseitig danach gewichten, wie intensiv eine Beeinträchtigung in den subjektiven Grundrechtsgebrauch eines bestimmten Grundrechtsträgers einschneidet. Entsprechend *Veels* Anregung richtet sich eine maximalinvasive Eingriffsintensität folglich danach, welche Beeinträchtigung am weitreichendsten subjektiv für den Betroffenen relevante Grundrechtsbetätigungen unterbindet.¹³¹³

Schwierigkeiten bereitet hingegen die Wahl zwischen einem subjektiven und einem objektiven Höchstwert als Referenzpunkt für das konkrete Gewicht der Rechtfertigung. Beide Varianten weisen empfindliche Schwachstellen auf: Denn ein subjektiver Blickwinkel ermöglicht es dem beeinträchtigenden Hoheitsträger, die Maßnahme im Hinblick auf das rechtfertigende Ziel eilfertig für äußerst effizient und alternativlos zu erklären.¹³¹⁴ Ist aus Sicht des Eingreifenden zu entscheiden, ob die Rechtfertigung schwer genug wiegt, gerät die Grundrechtsanwendung also entweder beliebig oder senkt das Schutzniveau unter das von Art. 19 Abs. 2 GG gebotene Maß ab.¹³¹⁵

Das droht im Übrigen nicht nur, wenn der Zielerreichungsgrad einem objektiven Kontrollmaßstab entzogen ist, sondern bereits, wenn das Ziel selbst beliebig gewählt werden kann. Denn wenn der Eingreifende beliebig ausformulieren darf, welchen legitimen Zweck er mit einer Maßnahme verfolgt, kann er die Gewichtung bereits damit manipulieren. Nach der Wahl des Ziels richtet sich nämlich mittelbar der zu gewichtende Zielerreichungsgrad. Je spezifischer und weniger ambitioniert der Eingreifende subjektiv den rechtfertigenden Zweck seines Handelns fasst, desto eher verwirklicht er ihn maximal und desto eher wiegt der Rechtfertigungsgrund schwer.¹³¹⁶ Das Gewicht oder auch nur den rechtfertigenden Zweck nach subjektiven Maßstäben des Eingreifenden bestimmen zu lassen, verfehlt mithin zumindest in Deutschland den gebotenen effektiven Grundrechtsschutz.

Der Diskurstheoretiker mag also geneigt sein, Zielsetzung und Zielerreichung einer objektiven Prüfung im Diskurs zu unterziehen. Ein objektiver Maßstab der Zweckmäßigkeit und eine Kontrolle der Zielauswahl riskieren hingegen, den Grundrechtsschutz zu überdehnen, will die Methode seine Grenzen nicht beliebig ziehen: Denn solange nur solche Ziele als legitime Rechtfertigungsgründe eines Eingriffs anerkannt werden, die den Grundrechten ähneln, handelt es sich dabei um Ideale, die sich kaum in Gänze verwirklichen lassen. Selbst die gemessen an Alternativen wirkungsstärkeren Maßnahmen reichen daher kaum an den objektiven Orientierungspunkt heran, der einem Rechtfertigungsgrund hiernach ein schwereres konkretes Gewicht verleiht.

Auch wenn man deshalb „nur“ *praktikable* Maximalleistungen zum Referenzwert am oberen Skalenende erklärt, schafft dies wahlweise einen unklaren oder einen überambitionierten Bezugspunkt. Denn was als praktikabel gilt, hängt letztlich davon ab, welche Ressourcen eingesetzt

¹³¹² Vgl. BVerfGE 115, 320, 358ff.; *Kleiber*: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 282.

¹³¹³ Vgl. *Veel*, in: *Law & Ethics on Human Rights* 2010, 178, 199ff.

¹³¹⁴ Vgl. *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 22.

¹³¹⁵ Vgl. *Petersen*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2013, 294, 309f.

¹³¹⁶ Vgl. *Reaume*, in: *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, 2009, 1.

werden. Meint das praktikable Höchstmaß also dasjenige, was sich mit nahezu grenzenlosem Budget und Handlungsspielraum erreichen lässt, entspricht das reale Optimum fast der hypothetisch größten Wirkung zugunsten des Ziels. Auch dieser an realen Gegebenheiten anknüpfende Referenzpunkt würde somit daran krankens, den tatsächlichen Rechtfertigungsgraden stets zu entrückt zu sein.

Alternativ ist durch willkürliche Setzung zu bestimmen, welche Ressourcen und Handlungsspielräume ‚angemessenerweise‘ oder ‚im Rahmen des Zumutbaren‘ als praktikabel gelten. Damit handelt sich die Skalenbemessung aber den Vorwurf ein, unberechenbar fixiert zu werden. Will man derartige Leerformeln hingegen noch konkretisieren, zeigt sich die bloße Problemverlagerung. Bestehen bleibt unverändert die Frage, nach welchem Maßstab dies gelingen soll.

Das Dilemma offenbart, dass es zur Bemessung des konkreten Rechtfertigungsgewichts gänzlich neuer Fixpunkte für das obere und untere Ende der Skala bedarf, auf dem konkrete Eingriffswirkungen eingeordnet werden. Weder das objektive noch das subjektive Mindest- und Höchstmaß rechtfertigender Effekte eignen sich hierfür. Nötig scheint vielmehr eine tiefgreifende Hypothesenkorrektur dieser Teilregel zur Zumessung konkreter Rechtfertigungsgewichte.

Eine Verbesserung der Vorhersehbarkeit scheint dabei denkbar, wenn die verschiedenen Gewichte auf Rechtfertigungsseite strukturell anders zugemessen werden als auf Seiten des Eingriffs. Als schwer qualifiziert sich danach nicht bloß ein Verwirklichungsgrad mit Nähe zum Maximum und als leicht nicht bloß einer mit Nähe zum Minimum. Denn ganz gleich, ob man diese Orientierungspunkte nun subjektiv oder objektiv bestimmt: Es gelingt nicht, durch Einordnung auf dem Kontinuum dazwischen den Skalenwert eines Rechtfertigungsgewichtes vorhersehbar und verfassungskonform zu verorten.

Weil dies aber so ist, empfiehlt es sich für die Hypothesenkorrektur, nicht zu den *Außenpunkten* der Skala als Bezugsgröße zu blicken, sondern zu den *Innenpunkten*. Das heißt, es bietet sich an, die oberste und unterste Stufe der Gewichtsskala über ihre Grenzwerte zur mittleren Stufe zu definieren. Eine aussichtsreiche Hypothesenkorrektur sollte deshalb Schwellenwerte entwickeln, ab denen die Rechtfertigung einer Maßnahme das Mittelmaß deutlich genug unter- oder übersteuert.

Wie genau eine Gewichtungsmethode derartige Schwellenwerte mit hoher prognostischer Leistungsfähigkeit abstecken kann, erörtert Abschnitt III. Der skizzierte Ansatz übersteigt nämlich die Grenzen dessen, was sich noch unter einer diskursiven Methode fassen ließe. Die starr zu definierenden Grenzwerte zwischen verschiedenen Stufen der Rechtfertigungsseite ersetzen hier nämlich den Diskurs als Mittel der Gewichtung. Dadurch beraubt die einzige erfolgsversprechende Hypothesenkorrektur das Gewichtungsverfahren der Eigenschaft freier Argumentation, die *Alexys* Modell kennzeichnet.

Mit einem diskursiven Grundansatz lässt sich indes nur die geringfügige Hypothesenkorrektur auf Seiten des Eingriffs vereinbaren. Skalenwerte sind demzufolge danach zuzuweisen, wie schwerwiegend staatliches Handeln einen individuellen Grundrechtsträger in seinem subjektiven Grundrechtsgebrauch beeinträchtigt. Die Bezugspunkte für die Gewichtung von

Rechtfertigungsgründen bleiben im diskursiven Modell dagegen notwendig unklar – auch nach Versuchen einer schonenden Hypothesenkorrektur. Weil dies die Vorhersehbarkeit des Rechtfertigungsgewichts in jedem Fall potenziell eintrübt, offenbart sich hier bereits ein erstes nachhaltiges Defizit des diskursiven Ansatzes.

bb. Zuweisung von Gewichtungen in Grenzfällen

(a) Falsifizierendes Beispiel

Ein weiteres Einfallstor für Beliebigkeit im Gewichtungsmodell der Kieler Schule offenbart sich in Grenzfällen oder ‚hard cases‘. Dabei handelt es sich um Konstellationen, in denen sich keine bestimmte konkrete Gewichtung der Eingriffswirkung jedermann nach den Diskursregeln als evident aufdrängt. *Alexy* und andere Vertreter der diskursbasierten Gewichtungsmethode erkennen die Problematik selbst.¹³¹⁷ Besprochen wird sie unter dem Schlagwort verschiedener gleichermaßen diskursiv möglicher Gewichtungen.¹³¹⁸ Als Beispiel benennt *Alexy* selbst die Gewichtszumessung in der Rasterfahndung-II-Entscheidung des BVerfG¹³¹⁹. Hier erkannte die Senatsmehrheit eine schwere Beeinträchtigung des Grundrechts zur informationellen Selbstbestimmung;¹³²⁰ ein Sondervotum¹³²¹ bezeichnete den Eingriff hingegen als „nicht (...) besonders intensiv“¹³²².

In derartigen Konstellationen erzwingt die Einhaltung der Diskursregeln nicht schon die Festlegung auf eine bestimmte Gewichtung. Stattdessen lassen sich mehrere gleichermaßen vertreten.¹³²³ Der Urteilende erhält hier also einen Spielraum für die beliebige Auswahl zwischen den unterschiedlichen diskursiv möglichen Gewichtszuteilungen.¹³²⁴ In betroffenen Fällen folgt hieraus eine gewisse Rechtsunsicherheit. Bis hierhin besteht Einigkeit zwischen Kritikern und Befürwortern des diskursbasierten Gewichtungsmodells.¹³²⁵

(b) Tragweite des Problems

Streit entzündet sich hingegen daran, in wie vielen Fälle der Grundrechtsanwendung mehr als eine Gewichtszuweisung diskursiv möglich ist. Kritiker monieren, eine Mehrzahl diskursiv gleichermaßen möglicher Gewichtungsvarianten sei die Regel.¹³²⁶ Insbesondere *Alexy* beharrt indes

¹³¹⁷ Siehe etwa *Borowski*, in: German Law Journal 2013, 1409, 1412f.; vgl. selbstkritisch auch *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 26; *Kleiber*: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 101ff.

¹³¹⁸ Zusammenfassend *Alexy*, in: Ratio Juris 2018, 254, 256.

¹³¹⁹ Siehe *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 23ff.

¹³²⁰ Siehe BVerfGE 115, 320.

¹³²¹ BVerfGE 115, 320, 371ff.

¹³²² BVerfGE 115, 320, 373.

¹³²³ So auch *Alexy*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 15, 26f.

¹³²⁴ Vgl. *Chang*, in: APA Journal of Philosophy 2017, 586, 608ff.

¹³²⁵ Vgl. *Alexy*, in: Ratio Juris 2015, 441, 443; *Klatt/Meister*, in: JuS 2014, 193, 198; *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 102.

¹³²⁶ Vgl. *Poscher*, in: Ratio Juris 2009, 425, 444; *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 71f.; *Tsakyakis*, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468, 471; *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 103ff.; *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 69.

darauf, es handle sich dabei um seltene Ausnahmen, während sich in aller Regel deutlich vorsehen lasse, welche Gewichtung als einzige mit den Diskursregeln harmoniere.¹³²⁷

Zur Plausibilisierung verweist *Alexy* hauptsächlich auf zwei Argumente: Erstens schließt er darauf, dass die Gewichtszumessung in den meisten Fällen evident und deshalb unkritisch sei, weil nur eine Minderzahl der Fälle überhaupt vor dem Verfassungsgericht verhandelt werden müsste.¹³²⁸ Zweitens hält er auch in den meisten vor dem BVerfG verhandelten Fällen jeweils eine ganz bestimmte Gewichtszumessung erkennbar für diskursiv notwendig.¹³²⁹ Beliebte Beispiele *Alexys* hierfür sind die Gewichtungen im Titanic-Urteil¹³³⁰, im Cannabis-Beschluss¹³³¹ und im Lebach-Urteil^{1332 1333}.

Jedoch dringt keines der beiden Argumente *Alexys* durch: Denn zunächst fehlen eindeutige Indizien dafür, dass in den meisten Fällen Verfassungsbeschwerden unterbleiben, weil sich schon im Vorfeld die einzig richtige Gewichtungsentscheidung aufdrängt.¹³³⁴

Mindestens ebenso plausibel scheint zumindest vor einer genaueren empirischen Überprüfung folgende Erklärung für die verhältnismäßig geringe Zahl an Verfassungsbeschwerden verglichen mit der Gesamtzahl potenzieller Streitigkeiten: Eventuell scheuen die meisten den Gang nach Karlsruhe wegen des hohen Prozessrisikos, gerade weil das Verfassungsgericht außer in wenigen Evidenzfällen nahezu beliebig urteilen kann.

Des Weiteren sind ganz andere Gründe dafür denkbar, dass gegen die meisten Handlungen öffentlicher Stellen eine Verfassungsbeschwerde vermieden wird: Gut möglich ist es zum Beispiel, dass der Aufwand eines Verfahrens für viele selbst ohne Kostenrisiko außer Verhältnis zum Mehrwert der Feststellung steht. Dies gilt insbesondere, weil die wenigsten Entscheidungen des BVerfG kurzfristig ergehen und die allermeisten eine enorme Wartezeit voraussetzen.¹³³⁵

Und selbst wenn man unterstellt, dass weitere Verfassungsbeschwerden nur ausbleiben, weil in allen anderen Fällen evident eine ganz bestimmte Gewichtszuweisung diskursiv notwendig ist, so beschäftigen das Verfassungsgericht jährlich immerhin über 5.000 individuelle Verfassungsbeschwerden (2018 zuletzt 5.427).¹³³⁶ Eröffnet die Gewichtszuweisung auch nur in einem beträchtlichen Bruchteil dieser Fälle Spielräume für beliebige Entscheidungen, so verbindet sich schon damit ein ernstzunehmendes Rechtssicherheitsdefizit.

¹³²⁷ Siehe *Alexy*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 31, 46; *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 23ff.; vgl. auch *Klatt/Meister*: The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. 60.

¹³²⁸ Vgl. *Alexy*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 15, 26f.

¹³²⁹ Vgl. *Alexy*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 15, 25.

¹³³⁰ BVerfGE 86, 1.

¹³³¹ BVerfGE 90, 145.

¹³³² BVerfGE 35, 202.

¹³³³ Siehe etwa *Alexy*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 31, 46.

¹³³⁴ Vgl. *Webber*: The Negotiable Constitution, 2009, S. 103ff.

¹³³⁵ Siehe BVerfG: Jahresstatistik 2018, 2019, S. 2ff.

¹³³⁶ Siehe BVerfG: Jahresstatistik 2018, 2019, S. 9.

Und in der Tat erweisen sich nicht einmal *Alexys* Paradebeispiele als Fälle, in denen die von ihm bzw. dem BVerfG bevorzugte Gewichtszumessung diskursiv notwendig ist. Denn diskursiv notwendig sind nach klassischer diskurstheoretischer Ansicht *Habermas*‘ nur konsensfähige Entscheidungen und nach *Alexys* eigenem Modell nur solche, bei denen lediglich eine Entscheidungsvariante alle Diskursregeln einhält.¹³³⁷

Selbst die von *Alexy* selbst angeführten Musterurteile verfehlen bei näherer Betrachtung beide Diskurskriterien, obwohl er die jeweiligen Entscheidungen als diskursiv notwendig darstellt: Konsensfähig ist zunächst einmal keine der Gewichtungslösungen in den von *Alexy* benannten Urteilen, sobald sich ein Einzelner begründet vom Konsens lossagt und *Alexy* widerspricht. Selbst wenn derjenige ernsthaft zum Diskurs bereit ist, kann man ihn freilich immer noch pauschal ausschließen und nur Anhänger des vermeintlichen Konsenses für diskursmündig erklären.¹³³⁸ Das aber entzieht die Entscheidungsfindung einer transparenten Grundlage. Solche Immunisierungsstrategien würden die diskursive Methode daher ungeeignet machen, um Gewichte vorhersehbar zuzuweisen und Grundrechte berechenbar anzuwenden.¹³³⁹

Will man Gegenmeinungen nicht opportunistisch als unvertretbar disqualifizieren, sondern nach vorhersehbaren Mustern, kann dies nur durch den Nachweis gelingen, dass eine Auffassung bestimmte Verfahrensregeln verletzt.¹³⁴⁰ Für den Diskurs in der Rechtsanwendung hat solche, soweit ersichtlich, nur *Alexy* ausgearbeitet.¹³⁴¹

Gleichwohl ist nicht einmal erkennbar, gegen welche Diskursregeln *Alexys* es verstößt, wenn man in einem seiner oben erwähnten Musterfälle eine andere Gewichtungsentscheidung befürwortet.¹³⁴² So könnte auch ein ernsthafter Diskursteilnehmer begründet vertreten, dass dem Eingriff in das Resozialisierungsrecht durch den Lebach-Dokumentarspielfilm nur mäßiges konkretes Gewicht zuzumessen sei. Denn immerhin wäre eine Resozialisierung frühestens nach Entlassung aus der Haft in Betracht gekommen – also zu einem Zeitpunkt, zu dem selbst die meisten Filmzuschauer die Namen des Soldatenmörders schon wieder vergessen haben und sich zudem sein äußeres Erscheinungsbild bereits altersbedingt verändert hat. Die Wirkung der Namensnennung im Film mindert auch, dass dem Betroffenen das Recht auf Namensänderung nach § 1 NamÄndG unbenommen blieb. Wenn man als schwere Beeinträchtigungen solche mit einer relativen Nähe zum (subjektiven) Höchstmaß ansieht, spricht eine weitere Erwägung gegen die Zumessung eines besonders schweren Gewichts: Denn die Resozialisierung scheitert am ehesten am Eintrag im polizeilichen Führungszeugnis bzw. – nach dessen Tilgung gemäß § 46 BZRG – an der Lücke im Lebenslauf.¹³⁴³ Sie erschwert eine berufliche Wiedereingliederung in der Praxis weitaus wahrscheinlicher als die vage Erinnerung mancher Arbeitgeber an den Namen und ein jüngerer Gesicht des Straftäters. Erachtet man aber nicht einmal solche Umstände als übermäßig schwere,

¹³³⁷ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 234ff.; *Habermas*, in: Rationalität, 1984, 218, 239.

¹³³⁸ Vgl. *Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 148f.

¹³³⁹ Siehe Auseinandersetzung mit der Diskurstheorie in Kapitel 2, Abschnitt III.2.

¹³⁴⁰ Vgl. *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 23ff.

¹³⁴¹ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 361ff.

¹³⁴² Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 66f.

¹³⁴³ Vgl. *Albertson/Fox*: Crime and Economics, 2012, S. 92f. m.w.N.

nicht zu rechtfertigende Eingriffe in das Resozialisierungsinteresse, bildet der streitgegenständliche Dokumentarspielfilm im Lebach-Fall erst recht keine solche Beeinträchtigung.

Auch drängt sich keine Diskursregel auf, gegen die es verstößt, wenn man der Beleidigung ‘Krüppel’ durch die Titanic jedenfalls kein ganz schweres Gewicht beimisst. Denkbar sind schließlich noch weit üblere Beleidigungen in weitaus herabwürdigenderen Kontexten als dem einer Satirezeitschrift. Von deren üblicher Darstellungsweise ist der Betrachter es immerhin gewöhnt, dass es zu Überzeichnungen kommt. Gerade deswegen mag man Kritik in diesem Format als weniger ehrabschneidend wahrnehmen. Nicht zuletzt betrifft der raue, überzogene Tonfall zahllose Vertreter diverser gesellschaftlichen Gruppen gleichermaßen. Angesichts des inflationären Gebrauchs teils diffamierender Kritik trifft einzelne Adressaten in den Augen etlicher Betrachter vermutlich keine völlig herausstechende Herabwürdigung.¹³⁴⁴

Im Übrigen scheint es im Einklang mit den Diskursregeln ebenso gut vertretbar, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass die Rechtfertigung des Cannabis-Verbots mit dem Gesundheitsschutz nur geringe Stärke aufweist. Zwar mag die Intention zweifellos ehrenwert sein und das abstrakte Gewicht des Gesundheitsschutzes dementsprechend gesteigert. Auch wäre es verfehlt, das Verbot als vollkommen wirkungslos zu betrachten, nur weil Umgehungspraktiken die Maßnahme konterkarieren. Trotzdem nivellierte es den Grundrechtsschutz empfindlich, ließe man bei der Gewichtsbestimmung des Rechtfertigungsgrundes gänzlich außer Acht, wie bescheiden die tatsächliche Wirkung einer Maßnahme zugunsten der rechtfertigenden Zielsetzung ausfällt. Um diesen Fehler im Interesse eines hohen Schutzniveaus vermeiden, muss man berücksichtigen, dass das Verbot die Drogenkriminalität nicht nennenswert zurückdrängt.¹³⁴⁵ Darauf wies bereits 1994 im Cannabis-Beschluss das Sondervotum hin.¹³⁴⁶

Verteilt man deshalb die konkreten Gewichte in Alexys Paradebeispielen anders als er selbst, verletzt das keine einzige Diskursregel:¹³⁴⁷ Keine der skizzierten Gegenmeinungen verstrickt den Diskursteilnehmer in Selbstwidersprüche (Grundregel 1.1¹³⁴⁸). Keine genannte Ansicht scheint so fernliegend, dass wirklich niemand sie wahrhaftig vertreten würde (Grundregel 1.2¹³⁴⁹). Kein dargelegtes Werturteil wirkt so konstruiert, dass man es nicht konsistent in gleichgelagerten Fällen durchhalten würde (Grundregeln 1.3, 1.3¹³⁵⁰). Man kann die umrissenen Gegenauffassungen ferner vertreten, ohne Begriffe mit anderem, irreführenden Inhalt zu füllen (Grundregel 1.4¹³⁵¹).

Auch kann man die vorgestellten Gegenmeinungen begründen, wie dies in Ansätzen bereits geschehen ist (Vernunftregel 2¹³⁵²). Man muss des Weiteren niemanden vom Diskurs ausschließen,

¹³⁴⁴ Vgl. *Moreso*, in: ARSP 2012, 411, 414 *Moreso*, in: ARSP 2012, 411, 416.

¹³⁴⁵ Siehe *Eisenberg/Köbel*: Kriminologie, 7. Aufl. 2017, S. 263 m.w.N.

¹³⁴⁶ Vgl. BVerfGE 90, 145, 187ff.

¹³⁴⁷ Siehe *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 361ff.

¹³⁴⁸ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 235f.

¹³⁴⁹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 236.

¹³⁵⁰ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 236f.

¹³⁵¹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 237.

¹³⁵² *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 239.

um die Gewichtungen so wie dargelegt vorzunehmen (Vernunftregel 2.1¹³⁵³). Man mag insofern ruhig zulassen, dass *Alexy* die Behauptungen problematisiert, abweichende Ansichten äußert und hierzu seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse kundtut (Vernunftregel 2.2¹³⁵⁴). Es besteht ferner keine Notwendigkeit, ihn hieran durch Zwang zu hindern, um die dargestellten Auffassungen zu vertreten (Vernunftregel 2.3¹³⁵⁵).

Soweit ersichtlich, fordern die dargelegten Gegenmeinungen überdies kaum eine Ungleichbehandlung verschiedener Personen. Falls doch, so wurden hierfür die oben skizzierten Gründe geliefert (Argumentationslastregel 3.1¹³⁵⁶). Soweit gegenläufige Thesen wie diejenigen *Alexys* angegriffen werden, geschieht dies im Übrigen mithilfe der vorgetragenen Argumente (Argumentationslastregel 3.2¹³⁵⁷). Sie dienen zugleich zur gebotenen Begründung von Behauptungen über eigene Einstellungen, Wünsche oder Bedürfnisse (Argumentationsregel 3.4¹³⁵⁸). Im Falle von Gegenargumenten ließe sich die jeweils gelieferte Untermauerung zudem gewiss weiter substantiieren (Argumentationslastregel 3.3¹³⁵⁹).

Die vorgebrachten Argumente folgen des Weiteren mindestens ebenso sehr den zulässigen logischen Schlusschemata wie die jeweilige Gegenauffassung: Sie subsumieren einen Sachverhalt unter eine Gewichtszumessungsregel und folgern daraus das Zwischenergebnis einer bestimmten Gewichtung (Argumentformen 4.1-4.6¹³⁶⁰).

Die Konsequenzen der jeweils geforderten Gewichtszumessung kann ein Diskursteilnehmer auch akzeptieren, wenn er sich selbst in der Situation des Normadressaten befindet (Begründungsregel 5.1.1¹³⁶¹): Als Betroffener eines Titanic-Beitrags müsste er sich als ‘Krüppel’ bezeichnen lassen. Als mehrfacher Mörder müsste er es erdulden, dass ein Dokumentarspielfilm seine Tat und seinen Namen aufgreift, einige Jahre bevor er seine Resozialisierung antritt. Als Cannabis kriminalisierender Gesetzgeber müsste er sein Sanktionsregime effizienter gestalten, damit es nicht gegen die Verfassung verstößt. Keines dieser Gedankenspiele scheint zu derartig unerträglichen Ergebnissen zu führen, dass sich kein Diskursteilnehmer vorstellen lässt, der bereit ist, diese Konsequenzen zu akzeptieren.

Freilich ist unklar, ob nur der behauptende Diskursteilnehmer selbst die Konsequenzen seiner eigenen Auffassung zu akzeptieren bereit ist oder ob diese „von allen akzeptiert werden können“ (Begründungsregel 5.1.2¹³⁶²). Andererseits scheint dies für jede Gegenauffassung genauso fraglich. Es ist nämlich zu bezweifeln, dass alle Cannabis-Konsumenten ihre Kriminalisierung akzeptieren können, alle Satiremagazine das Verbot überspitzender Verbalinjurien und alle Rundfunkanstalten

¹³⁵³ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 240.

¹³⁵⁴ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 240.

¹³⁵⁵ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 240.

¹³⁵⁶ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 243.

¹³⁵⁷ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 243f.

¹³⁵⁸ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 244f.

¹³⁵⁹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 243f.

¹³⁶⁰ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 246f.

¹³⁶¹ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 251f.

¹³⁶² *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 251f.

und Zuschauer die strikte Pseudonymisierung verurteilter Mörder in Beiträgen nach Abschluss des Strafprozesses. Je nachdem, wie streng man Begründungsregel 5.1.2 definiert, verletzen entweder fast alle Ansichten diese Vorgabe oder eben keine, weil die Schwelle der universellen Akzeptabilität auf ein praktikables Niveau gesenkt wird. Damit *Alexy* und das BVerfG nicht mit ihren eigenen Ansichten an den Diskursregeln scheitern, liegt letztere Lesart nahe. Danach erfüllen die oben skizzierten Alternativgewichtungen jedenfalls gleichermaßen die Anforderungen der Begründungsregel 5.1.2.

Begründungsregel 5.1.3 verlangt sodann die Ausrichtung von Entscheidungen an transparenten allgemeinen Regeln.¹³⁶³ Auch diese Vorschrift wird mit Leichtigkeit eingehalten: Der Grundsatz hinter den oben dargestellten abweichenden Gewichtungen bestand darin, die Einordnung von Wirkungsgraden unterhalb einer gewissen Nähe zum Höchstmaß als schwer zurückzuweisen. Stattdessen klassifizierten die darstellten Gegenmeinungen Eingriffe unter diesen Schwellenwerten konsequent höchstens als mittelschwer. Ähnlich stufte die gewählte Gegenansicht Rechtfertigungsgewichte jedenfalls dann nicht als schwer ein, wenn sie kaum Wirkungen zugunsten des Regelungsziels entfalten so wie das Cannabis-Verbot. Solche Gewichtszumessungsregeln dürften als transparent und allgemein verständlich gelten.

Begründungsregel 5.2 verbietet ansonsten moralisch unvertretbare Meinungen zur Rechtsanwendung im Diskurs.¹³⁶⁴ Die Erwägungen zugunsten eines weitreichenden moralischen Relativismus in Kapitel 2 sprechen allerdings dafür, dass es sich auch hierbei um keine allzu strenge Vorgabe handeln kann.¹³⁶⁵ Demnach scheinen die moralischen Auffassungen der Diskursteilnehmer auch dann vertretbar, wenn sie die oben beschriebenen Gegenmeinungen in der Gewichtung befürworten.

Zudem widersprechen solche Gewichtungspräferenzen nicht dem Brückenprinzip, wonach Sollen Können erfordert.¹³⁶⁶ Denn auch die Grundrechtsanwendung nach der Gegenansicht zu *Alexy* und dem BVerfG in den Beispielfällen ist durchaus praktikabel: Die Namen von Mördern müssten in Dokumentarspielfilmen nicht anonymisiert werden, der Cannabis-Konsum dürfte zumindest nicht in der gegenwärtigen Form kriminalisiert werden und einem Satiremagazin wie der *Titanic* wäre es gestattet, jemanden als ‚Krüppel‘ zu karikieren. Nichts davon würde die „faktisch gegebenen Grenzen der Realisierbarkeit“ sprengen (Begründungsregel 5.3)¹³⁶⁷.

Wohlgemerkt: Der hiesigen kritischen Prüfung von Gegenmeinungen geht es nicht darum, ob man diese antithetischen Gewichtszumessungen im Einzelnen für überzeugender hält oder nicht. Behauptet werden muss und soll hier lediglich, dass diese Ansichten alle Diskursregeln *Alexys* einhalten und deshalb ebenso wie seine eigene Position als diskursiv möglich gelten müssen. Schon damit zeigt sich, dass der Diskurs in weit mehr Fällen als angenommen die Gewichtszuweisung innerhalb der Grenzen des diskursiv Möglichen in das Belieben des Urteilenden stellt.

¹³⁶³ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 252.

¹³⁶⁴ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 253f.

¹³⁶⁵ Vgl. Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb.

¹³⁶⁶ Vgl. *Albert*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, S. 91ff.

¹³⁶⁷ *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 2015, S. 254.

Und dadurch geraten die Entscheidungsspielräume in Fällen mit mehreren diskursiv möglichen Gewichtungsvarianten zu einem erheblichen Problem für das diskursbasierte Modell: Denn offenbar darf ein Rechtsanwender häufig zwischen mehreren diskursiv viablen Gewichtungen wählen, wenn ihm der Diskurs selbst in Paradebeispielen für diskursiv notwendige einzigrichtige Gewichtungen tatsächlich mehrere Möglichkeiten lässt.¹³⁶⁸ Evidenzfälle, die im Diskurs eindeutige Gewichtungsentscheidungen verlangen, finden sich umgekehrt hingegen nur selten.

In der Konsequenz heißt das: Der Diskurs macht großzügige gerichtliche Spielräume bei der Gewichtszuweisung zur Regel und vorhersehbare Ergebnisse zur Ausnahme.

Trotz dessen leistet *Alexys* Verfahren natürlich eine Teilrationalisierung.¹³⁶⁹ Jedenfalls diskursiv unmögliche Gewichtungsvarianten vermag bereits der Diskurs zu disqualifizieren.¹³⁷⁰ Wie in Kapitel 3 gezeigt, gewährt zudem die Gewichtsformel eine geordnete und vorhersehbare Gegenüberstellung der ermittelten Gewichte, die kein weiteres Einfallstor für Beliebigkeit lässt.¹³⁷¹ Auch die triadische Skala, die Vereinheitlichung der zuzumessenden Gewichtswerte und die eigenständige Gewichtung für acht verschiedene Einzelfaktoren rührt die hiesige Kritik an den Wertungsspielräumen der Diskursregeln nicht an.

Dennoch schwächen die durch den Diskurs offengelassenen Spielräume bei der Gewichtung die Berechenbarkeit des Gesamtverfahrens entscheidend. Denn ob man eine Grundrechtsverletzung feststellt oder nicht, ändert sich häufig schon dadurch, dass man einen Eingriff oder seinen Rechtfertigungsgrund als schwer statt mittelschwer einstuft. Dass das diskursive Gewichtungsmodell an diesem Stellrad häufig beliebige Justierungen zulässt, gefährdet deshalb die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse der Gesamtmethode weitreichend.¹³⁷²

(c) Hypothesenkorrektur

Wegen der dargelegten Grundsätzlichkeit des Defizits fällt es schwer, die diskursive Methode zu redigieren, ohne ihren Kerngehalt, *Alexys* Diskursregeln, maßgeblich anzupassen.

In Betracht kommt aber immerhin ein Ansatz der Rechtswissenschaftlerin *Chang*. Sie entwickelte unlängst eine Modifikation der Abwägung, die die Gewichtung in ‚hard cases‘ speziell regelt, ohne jenseits solcher Grenzfälle vom Ausgangsmodell abweichen zu müssen.¹³⁷³ Zwar zeigte der Vorabschnitt, dass ‚hard cases‘ mit mehreren diskursiv viablen Entscheidungsvarianten in *Alexys* Gewichtungsmodell die Regel darstellen. Eine Hypothesenkorrektur, die alle ‚hard cases‘ dem

¹³⁶⁸ Vgl. ergänzend zu den oben detailliert besprochenen Musterbeispielen von *Alexy* auch die kritische Auseinandersetzung mit den diskursiven Gewichtungen bei Gesundheitsschutzmaßnahmen bei *Bilchitz*, in: *Reasoning Rights*, 2014, 41, 45 und *Webber*, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2010, 179, 184f.

¹³⁶⁹ So auch *Pulido*, in: *ARSP* 2006, 195, 208.

¹³⁷⁰ Vgl. *Alexy*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 31, 39f.

¹³⁷¹ Vgl. *Alexy*, in: *Proportionality*, 2017, 13, 27ff.

¹³⁷² Vgl. *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 266.

¹³⁷³ Vgl. *Caviedes*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2017, 165.

Regime einer veränderten Gewichtungsmethode unterstellt, greift somit tief in das Grundmodell ein.

Dies scheint aber immer noch die schonendste Optimierungsvariante zu sein. Denn immerhin würde *Alexys* Verfahren dort fortgelten, wo schon der Diskurs eine einzige diskursiv notwendige Gewichtungsentscheidung nahelegt und damit ein vorhersehbares Ergebnis. Da das erkannte Defizit im Übrigen sämtliche ‚hard cases‘ betrifft, ist es aber ansonsten erforderlich, dass eine auf Rechtssicherheit bedachte Hypothesenkorrektur die Methodik für diese insgesamt anpasst.¹³⁷⁴

Hierfür schlägt *Chang* folgende Regel vor: In ‚hard cases‘ also wo mehrere Wertungsentscheidungen gleichermaßen vertretbar sind bzw. „on par“ liegen¹³⁷⁵, soll so gewichtet werden, dass der Eingriff als zulässig gilt.¹³⁷⁶ Eine schlichte Eleganz ist der Lösung deswegen zweifelsohne sicher.

Aber auch dieser korrigierten Methode misslingt es jenseits der Nähe zu den Extremen der Skala womöglich, Eingriffe und Rechtfertigungsgründe verfassungskompatibel zu gewichten. Denn wenn ‚hard cases‘ omnipräsent sind, dann muss auch fast immer eine Grundrechtsverletzung verneint werden. Das aber schmilzt den Grundrechtsschutz auf ein Niveau ab, das zumindest das von der deutschen Verfassung gebotene Minimum unterschreitet. Schließlich ergibt sich zumindest aus dem Umkehrschluss von Art. 19 Abs. 2 GG, dass der Grundrechtsschutz sich gerade nicht bloß in der Sicherung des Kerngehaltes erschöpfen darf.¹³⁷⁷ Selbst wenn sich bei Eingriffen in diesen verletzungsbegründende Gewichtungsverhältnisse bereits evident und diskursiv notwendig aufdrängen, verwässert es also den Grundrechtsschutz empfindlich, ansonsten einen Verstoß stets abzustreiten.

Eine derart pauschale Gewichtungsregel, wie *Changs* Konzept sie nahelegt, erweist sich somit in der Bundesrepublik als verfassungsincompatibel. Mit der Verfassung vereinbar sind einzig Gewichtungsgrundsätze, die auch in ‚hard cases‘ differenzierte Orientierungspunkte für Gewichtungen bieten. Das erfordert eine komplexere Methodik als nur eine Zweifelsregel von *Changs* Format zur Entscheidung in Grenzfällen. Da ein solches verfeinertes Gewichtungssystem als Hypothesenkorrektur für die Behandlung der zahllosen ‚hard cases‘ auszuarbeiten ist, spricht vieles dafür, die Diskursregeln in allen Fällen durch andere Gewichtungskriterien zu ersetzen.

Da also dem diskursbasierten Modell vollständig vorhersehbare Gewichtungsregeln jenseits von Evidenzfällen allorts fehlen, krankt die Methode offenbar an einem irreparablen Defizit. Die dagegen gerichtete Falsifikation lässt sich nicht beheben, ohne sich vom Grundverfahren des Diskurses abzuwenden. Dies deckt sich scheinbar teilweise sogar mit der Auffassung *Alexys*, der

¹³⁷⁴ Vgl. *Caviedes*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2017, 165, 192f.

¹³⁷⁵ Siehe zur Begrifflichkeit *Carlson*, in: *Theoria* 2010, 119, 122f.

¹³⁷⁶ Siehe *Chang*, in: *Ratio Juris* 2016, 395, 407f.; vgl. auch *Caviedes*, in: *American Journal of Jurisprudence* 2017, 165, 189f.

¹³⁷⁷ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa.

einmal bemerkte: „*Eine Struktur des Grundrechtsdiskurses, die Anspruch auf mehr Rationalität erheben kann, ist nicht möglich*“¹³⁷⁸.

Aussicht auf eine durchgreifende Hypothesenkorrektur besteht insofern nur, wenn man die gesamte betroffene Teilkomponente des Gewichtszumessungskriteriums austauscht, also den Diskurs durch ein alternatives Verfahren zur Gewichtsbestimmung ersetzt. Bemerkenswerterweise wollte sogar *Alexy* unlängst nicht völlig ausschließen, dass sich hierbei eine verbesserte Methode entwickeln ließe.¹³⁷⁹ Hierzu unternimmt Abschnitt III den Versuch, eine berechenbarere Gewichtungsmethode zu entwickeln.

cc. Gesonderte Gewichtung abstrakter Bedeutungen

(a) Falsifizierendes Beispiel

Unstreitig ist, dass das abstrakte Gewicht eines Grundrechts in die Abwägung miteinzubeziehen ist.¹³⁸⁰ Dies ergibt sich daraus, dass der Verfassungsgeber schon unabhängig von den Umständen des Einzelfalls manche Verfassungsgüter mit größerer Bedeutung als andere versehen hat.¹³⁸¹

Zugleich fällt es dem Modell der Kieler Schule leicht, den einzelnen Verfassungsgütern vorhersehbar abstrakte Gewichte zuzumessen. Die Methode hierzu beschreibt *Meister* prägnant wie folgt: „*Aus der Vielzahl der Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts (kann) ein kohärentes System abstrakter Vorrangrelationen entwickelt werden, was verfassungsgerichtliche Entscheidungen in hohem Maße vorhersehbar macht*“¹³⁸².

Dass also das so ermittelte abstrakte Gewicht in der einen oder anderen Form zumindest auf Seiten der Grundrechtsbeeinträchtigung in die Gewichtsformel einbezogen werden muss, ist mithin eine verfassungsmäßige Notwendigkeit. Wie genau dies aber zu geschehen hat, folgt daraus noch nicht.¹³⁸³ Die vorstehenden Erwägungen lassen noch völlig offen, ob zum Beispiel abstrakte und konkrete Gewichte zu multiplizieren sind oder ob die abstrakte Relevanz innerhalb der konkreten Gewichtung mitberücksichtigt wird.¹³⁸⁴

Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass die Kieler Schule den falschen Weg wählt, indem sie die abstrakte Gewichtung grundsätzlich separat von der konkreten Gewichtung durchführt.¹³⁸⁵ Ob die Verfassung und das Rechtssicherheitsgebot im Besonderen diesen methodischen Ansatz zulassen, zeigt sich anhand des Endergebnisses der separaten Operation: Maßgeblich ist insofern, ob sich Rechtsfolgen der Verrechnung in der Gewichtsformel mit Verfassungsvorgaben

¹³⁷⁸ *Alexy*, in: VVDStRL 2002, 7, 15.

¹³⁷⁹ Siehe *Alexy*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 31, 42.

¹³⁸⁰ Vgl. *Klatt*, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 891, 896f.; *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 61ff.

¹³⁸¹ Vgl. *Alexy*, in: Ratio Juris 2003, 433, 443ff.

¹³⁸² *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 162.

¹³⁸³ Vgl. *Sieckmann*: Recht als normatives System, 2009, S. 182.

¹³⁸⁴ Vgl. *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 266.

¹³⁸⁵ Vgl. *Tremblay*, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 864, 868.

vereinbaren lassen, wenn die Einzelgewichte auf beiden Seiten der Gewichtsformel miteinander multipliziert werden.

Auf die Probe gestellt sei die separate Gewichtung anhand der BVerfG-Rechtsprechung zur Reglementierung des Tabakvertriebs: In solchen Beschränkungen des Tabakkonsums erkennt das BVerfG einen äußerst gewichtigen Beitrag zum Gesundheitsschutz.¹³⁸⁶ Gerechtfertigt sind entsprechende Berufsausübungsregeln zudem, weil das BVerfG bloße Eingrenzungen der Werbemöglichkeiten für Tabakwaren bis zuletzt als minderschwere Eingriffe einordnete.

Nun nehme man aber an, der Gesetzgeber erließe aus Gründen des Gesundheitsschutzes sogar ein kategorisches Verbot zum Verkauf von Tabakwaren. Infolgedessen verhält sich die Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung nach der Rechtsprechung zu Rauchverboten in Lokalen wie folgt: Ein Berufsverbot beeinträchtigt den Berufsangehörigen in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfähigkeit maximal.¹³⁸⁷ Da Art. 19 Abs. 2 GG solche Einschnitte in den Kernbereich explizit unterbindet, legen die Verfassungsvorgaben nahe, die Maßnahme als Grundrechtsverletzung anzusehen.

Die separate Gewichtung abstrakter und konkreter Gewichte führt im Rahmen des diskursiven Modells aber zu einer abweichenden Bewertung: Der Gesundheitsschutz gilt den Verfassungsrichtern nämlich per se abstrakt bedeutsamer als die Berufsfreiheit. Dafür streitet überzeugend die Erwägung, dass das Leben die Bedingung für den Gebrauch von jedweden anderen Grundrecht bildet.¹³⁸⁸ Dessen Erhalt und Förderung füllt somit eine Schlüsselrolle dabei aus, die objektive Wertordnung der Grundrechte insgesamt zu verwirklichen. Es ist daher nur konsequent, dem Gesundheitsschutz im Rahmen der Grundrechtsanwendung ein gesteigertes abstraktes Gewicht zuzugestehen.

Berücksichtigt die Abwägung dieses abstrakte Gewicht in der Abwägung allerdings separat vom konkreten Gewicht, forciert sie auf Ebene der Gewichtsformel Ergebnisse, die möglicherweise zwingende Verfassungsvorgaben missachten. Denn obwohl ein Berufsverbot einen der schwersten denkbaren Eingriffe in die Berufsfreiheit bildet, wäre dieser nach der Arithmetik der Gewichtsformel doch gerechtfertigt:

Stellt man nur das konkrete Gewicht von Eingriff und Rechtfertigung gegenüber, ergibt sich zwar immerhin eine Pattsituation. Diese könnte man ausreichen lassen, um die Rechtfertigung des Berufsverbots für unzureichend zu halten und eine Grundrechtsverletzung zu bejahen.¹³⁸⁹ In jedem Fall führt jedoch die gesonderte Berücksichtigung des abstrakten Gewichts dazu, dass sich auch schwerste Eingriffe in ein Grundrecht rechtfertigen lassen. Ist das abstrakte Gewicht der Rechtfertigung nämlich nur minimal stärker als das des beeinträchtigten Grundrechts, erlaubt die

¹³⁸⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.05.2016, 1 BvR 895/16; BVerfGE 95, 173, 184.

¹³⁸⁷ Vgl. BVerfGE 121, 317.

¹³⁸⁸ Vgl. Lenz: Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 31bverfge 57; Wekel, in: RPhZ 2018, 78, 81.

¹³⁸⁹ So offenbar Alexys Abwägungsgesetz in: Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 145ff., 270f.; später abweichend Alexy, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 774f. Vgl. auch das vermittelnde Modell der Kompetenzabwägung bei Klatt: Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014, S. 256ff.

Gewichtsformel bei gleichstarken konkreten Gewichten den Eingriff – und zwar eben auch bei tiefgreifendsten Einschnitten. Im Ergebnis bedeutet das, dass in manchen Fällen nicht einmal der Kern eines Grundrechts vor Eingriffen sicher ist.¹³⁹⁰

Dabei ordnet Art. 19 Abs. 2 GG gerade an, dass „in keinem Fall (...) ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“ darf. Um diese Vorschrift beim Wort zu nehmen, muss man keiner absoluten Kernbereichslehre anhängen und die Abwägung insgesamt ablehnen. Man mag ja sehr wohl die Abwägung als rechtssicherstes Modell der Verfassungsanwendung befürworten, wie es hier vertreten wird, nachdem alle alternativen Verfahren in Kapitel 3 verworfen wurden. Das hindert aber nicht daran, den klaren Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 GG zur Kenntnis zu nehmen und innerhalb des Regelwerks der Abwägung folgende Vorgabe einzubinden: Schwerste konkrete Eingriffe sollten stets einen Grundrechtsverstoß darstellen, auch wenn man die Frage einer Verletzung ansonsten danach beantwortet, ob das Gewicht der Rechtfertigung mehr oder zumindest gleichviel wiegt.¹³⁹¹

Freilich kann man annehmen, dass ein Abwägungsmodell auch dann mit Art. 19 Abs. 2 GG harmoniert, sofern es vorsieht, dass ein hinreichend gewichtiger Rechtfertigungsgrund selbst die heftigsten Einschnitte erlaubt. Dazu genügt es, unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte anzuraten, die Vorschrift nicht zu sklavisch entlang des Wortlauts auszulegen. Immerhin ist keine Begründung dafür dokumentiert, wieso der Redaktionsausschuss des Parlamentarischen Rates ausgerechnet die zitierte Formulierung wählte.¹³⁹²

Man mag sich ansonsten wie *Alexy* auf den Standpunkt stellen, der Wesensgehalt eines Grundrechts würde schon deshalb nicht angerührt, weil der Wesensgehalt in der prima facie Geltung seinen Ausdruck findet.¹³⁹³ Mithin käme es zu keinen Einschnitten in den Wesensgehalt, weil die prima facie Geltung unbenommen bleibt, selbst wenn ein Grundrecht im konkreten Fall zurücktreten muss.

Letztlich scheinen solche Erwägungen aber vom Ergebnis her gedacht zu sein. Gewiss lässt zwar gerade der Begriff des Wesensgehaltes reichlich Deutungsspielraum. Das passt im Übrigen zum grundsätzlichen unterbestimmten Charakter der Grundrechtsnormen¹³⁹⁴ und erfordert insofern keine besonders kühne Lesart der Verfassung. Die Grundintention hinter Art. 19 Abs. 2 GG trat aber in den Beratungen mehrfach ausdrücklich zu Tage: So plädierte insbesondere der Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates in seiner 6. und 8. Sitzung aktiv für eine entsprechende Regel.¹³⁹⁵ Dabei ging es etwa von *Mangoldt* erklärtermaßen um die Klarstellung,

¹³⁹⁰ Vgl. *Alexy*, in: AöR 2015, 497, 511 ff.

¹³⁹¹ Vgl. in Ansätzen *Klatt/Meister*: The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. 68 m.w.N.

¹³⁹² Vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 3f., 10.

¹³⁹³ So *Alexy*: A Theory of Constitutional Rights, 2002, S. 193f.

¹³⁹⁴ Siehe weiterführend Kapitel 3, Abschnitt II.3.b.aa.(e).

¹³⁹⁵ Siehe *Pikart/Werner*: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5, 2010, S. 215.

dass Grundrechte nicht vollständig eingeschränkt werden dürften, sofern nur überwiegende Gemeinschaftsinteressen Eingriffe begründen.¹³⁹⁶

Wenngleich dieses Ansinnen Einzelheiten der grundrechtlichen Methode vollkommen offenlässt, so setzt die Absicht hinter Art. 19 Abs. 2 GG der Grundrechtsanwendung immerhin eine geringfügige Leitplanke. Sie besteht darin, dass ein wie auch immer gearteter Teil der grundrechtlich geschützten Betätigungen dauerhaft dem Zugriff öffentlicher Stellen entzogen sein soll – ganz gleich, welche Gemeinschaftsinteressen für eine weitergehende Grundrechtsbeschränkung sprechen mögen.¹³⁹⁷ Diesen Standard hält nicht schon ein prima facie Schutz ein, der immer und überall durchstoßen werden kann, wenn nur die Rechtfertigung schwer genug wiegt. Einhalten lässt sich die Vorgabe nur, wenn schwerste Eingriffe in den Kernbereich per se unzulässig sind – egal, wie (abstrakt) gewichtig ihre Rechtfertigung sein mag.¹³⁹⁸

Angesichts dessen verletzt die gesonderte abstrakte Gewichtung nach dem Modell der Kieler Schule in manchen Fallkonstellationen Art. 19 Abs. 2 GG, etwa bei einem Vertriebsverbot für Tabakwaren: Ein höheres abstraktes Gewicht der rechtfertigenden Verfassungsposition darf jedenfalls keine maximalen Beeinträchtigungen eines Grundrechts legitimieren.

Ebenso bereitet es für das Rechtssicherheitsgebot Schwierigkeiten, wenn die abstrakte Relevanz eines betroffenen Verfassungsgutes und die Intensität des konkreten Wirkungsgrades separat gewichtet werden. Denn dies erzwingt denklogisch, dass die Gewichtsformel zwischen den beiden ermittelten Gewichten einen Verrechnungsschlüssel einführen muss.¹³⁹⁹ Das Modell der Kieler Schule sieht hierfür stets eine Multiplikation vor.¹⁴⁰⁰

Unter anderem *Martínez-Zorilla* hat allerdings zu bedenken gegeben, dass *Alexy* und seine Schüler nirgends näher plausibilisiert haben, warum abstrakte und konkrete Gewichte ausgerechnet so miteinander verrechnet werden. Es scheint noch nicht einmal klar, ob die Kieler Schule die Multiplikation überhaupt als zwingend ansieht.¹⁴⁰¹

Gleichzeitig ist die entsprechende Festlegung von größter Konsequenz: Eine Multiplikation mit einem anderen Vorfaktor als 1 könnte in der Gewichtsformel nämlich zu ganz anderen Ergebnissen führen als etwa eine Addition. Noch erheblichere Veränderungen stellen sich ein, wenn man beispielsweise aus Rücksicht auf Art. 19 Abs. 2 GG das abstrakte Gewicht nur dort hinzurechnet, wo nicht schon das konkrete Gewicht des Eingriffs in die schwerste Kategorie fällt.¹⁴⁰² Nach dieser

¹³⁹⁶ Vgl. *Matz*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, 2010, 177.

¹³⁹⁷ Siehe auch Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa.

¹³⁹⁸ Vgl. hierzu auch die Überlegung, dass es allgemein dem Wesen von Grundrechten widerspricht, selbst schwerste Eingriffe für rechtfertigbar zu halten – so *Endicott*, in: *Proportionality and the Rule of Law*, 2014, 311, 330.

¹³⁹⁹ Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 67f.

¹⁴⁰⁰ Siehe etwa *Alexy*, in: *Ratio Juris* 2003, 433, 443ff.

¹⁴⁰¹ Siehe *Martínez-Zorrilla*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 171, 189f.; vgl. *Jestaedt*, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 253, 266.

¹⁴⁰² Vgl. *Tremblay*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 864, 868.

Gegenüberstellungsmethode verletzt ein Verbot des Vertriebs von Tabakwaren nämlich anders als nach dem Modell der Kieler Schule in der Tat die Berufsfreiheit.

(b) Tragweite des Problems

Zu unzulässigen Ergebnissen führt die separate abstrakte Gewichtung nur, wo ein Grundrecht konkret maximal beeinträchtigt wird, aber das konkrete Gewicht der Rechtfertigung multipliziert mit einer größeren abstrakten Bedeutung überwiegt. Das macht eine zielgerichtete Hypothesenkorrektur theoretisch möglich, die sich auf den Umgang mit den kritischen Anwendungsfällen beschränkt: Grundsätzlich bleibt es weiterhin statthaft, abstrakte Gewichte gesondert zu bestimmen und in die Gewichtsformel einzustellen.

(c) Hypothesenkorrektur

Vermeiden ließen sich Widersprüche zu Art. 19 Abs. 2 GG bereits, indem die Methode im Bedarfsfall das Ergebnis zugunsten des Grundrechtsschutzes korrigiert. Möglich wäre dies, wenn bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen Eingriff und Rechtfertigung abstrakt und konkret Gewichte zugewiesen werden, aus deren Konstellationen die Gewichtsformel eine Grundrechtsverletzung folgert.

Damit erkaufte sich die Methode die Einhaltung von Art. 19 Abs. 2 GG aber durch zusätzliche Rechtsunsicherheit: Eine derartige Ausnahmeregel vereitelt, abstrakte Gewichte dauerhaft durch die Rechtsprechung zu fixieren. Jede Ergebniskorrektur zwingt nämlich zu abweichenden Bemessungen betroffener abstrakter Gewichte.

Dies ruft ein Folgeproblem hervor: Abstrakte Gewichte zu bestimmen, erfordert fortan häufig die Auseinandersetzung darum, welches der konkurrierenden Präjudizien Anwendung finden soll. Darunter leidet die Berechenbarkeit des Gesamtergebnisses. Schließlich setzt das Gewichtungsmodell der Kieler Schule darauf, die abstrakte Gewichtung geradlinig und vorhersehbar anhand einer dogmatisch konsolidierten Wertordnung zu vollziehen.¹⁴⁰³

Ad-hoc-Lösungen ersetzen demgegenüber bestenfalls ein Problem durch ein anderes und riskieren insbesondere, die Vorhersehbarkeit der Methode zu schwächen. Ein überzeugender Ansatz müsste dagegen tiefer ansetzen und dürfte die abstrakte Bedeutung betroffener Verfassungsgüter nicht mehr separat gewichten. Da den teilweise unterschiedlichen abstrakten Gewichten natürlich dennoch Rechnung zu tragen ist, scheint es als verfassungsrechtlich zulässige Alternative am ehesten denkbar, die abstrakte Gewichtung bei der Zumessung konkreter Gewichte mit zu berücksichtigen. Inwiefern dies gelingen kann, klärt Abschnitt III im Zuge der Ausarbeitung einer fortentwickelten Gewichtungsmethode.

¹⁴⁰³ Vgl. *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 162.

dd. Gesonderte Gewichtung empirischer Wahrscheinlichkeiten

(a) Falsifizierendes Beispiel

Ein ähnliches Problem wie bei der gesonderten abstrakten Gewichtung stellt sich auch mit Blick auf den separat gewichteten empirischen Reliabilitätskoeffizienten R^e . Hier droht allerdings keine Verzerrung der Gewichtung zugunsten der Rechtfertigung, sondern eher zugunsten einer vorschnellen Annahme von Grundrechtsverletzungen. Das lässt sich an der Rechtsprechung zu Beschränkungen des Einsatzes von Gentechnik verdeutlichen:

In einem entsprechenden Urteil hat das BVerfG 2010 klargestellt, dass die gesetzgeberischen Reglementierungen der Berufsfreiheit gentechnischer Unternehmen durch das GenTG gerechtfertigt sind.¹⁴⁰⁴ Zwar erkennt das Gericht die Potenziale, beispielsweise durch eine gentechnische Veränderung von Feldfrüchten diese weitreichend gegen Schädlingsbefall zu immunisieren und den Ertrag zudem erheblich zu steigern. Insofern bejaht das BVerfG durchaus, dass die Einschnitte des GenTG in die Berufsfreiheit wünschenswerte Innovationen potenziell verlangsamen oder gar verhindern.¹⁴⁰⁵ Da das Gericht bisher nur über einen abstrakten Normenkontrollantrag entschied, stand naturgemäß kein konkreter Eingriff im Raum, dessen Gewicht zu bemessen war. Angesichts der generellen Ausführungen legt das Urteil von 2010 allerdings nahe, dass die Beschränkung gentechnischer Innovationen konkret betroffene Unternehmen der Branche immerhin mittelschwer beeinträchtigt.

Gleichsam darf man aber unterstellen, dass das Gericht das Anliegen des Gesundheitsschutzes für mindestens ebenso beachtlich hält.¹⁴⁰⁶ Beanstandet ein betroffenes Gentechnikunternehmen die hierfür normierten Einschränkungen also mit einer Verfassungsbeschwerde, hätte diese keine Aussicht auf Erfolg. Denn bei Gegenüberstellung der festgestellten Gewichte in der Gewichtsformel wöge die Rechtfertigung spätestens unter Berücksichtigung des erhöhten abstrakten Gewichts des Gesundheitsschutzes wenigstens genauso schwer wie der Eingriff:

Solange der empirische Reliabilitätskoeffizient außer Betracht bleibt, besteht also eine Pattsituation oder sogar ein Übergewicht zugunsten der Rechtfertigung. Mit Blick auf das Demokratieprinzip und die damit einhergehende Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers wäre die Bewertung des Falls damit klar: Die Grundrechtsbeeinträchtigung ist gerechtfertigt, eine Grundrechtsverletzung scheidet aus.¹⁴⁰⁷

Bezieht man nun aber die empirische Wahrscheinlichkeit auf beiden Seiten so ein, wie das Modell der Kieler Schule es vorsieht, wendet sich das Blatt. Denn die Beeinträchtigung des Gentechnikunternehmens ist absehbar. Ob es umgekehrt langfristig zu einer Gesundheitsschädigung der Konsumenten kommt, ist völlig offen. Schließlich verschaffen erst Langzeitstudien Klarheit. Diese vorläufige Unsicherheit übersetzt das Modell der Kieler Schule in

¹⁴⁰⁴ Siehe BVerfGE 128, 1.

¹⁴⁰⁵ Siehe BVerfGE 128, 1, 36f.

¹⁴⁰⁶ Vgl. BVerfGE 128, 1, 6ff.

¹⁴⁰⁷ Vgl. BVerfGE 128, 1, 39f.

einen niedrigen empirischen Reliabilitätskoeffizienten.¹⁴⁰⁸ Multipliziert man diesen in der Gewichtsformel mit den abstrakten und konkreten Gewichten, fällt das Gesamtgewicht auf Rechtfertigungsseite plötzlich niedriger aus als das der Grundrechtsbeeinträchtigung.

(b) Tragweite des Problems

Konsequent angewandt führt der beidseitig separat berücksichtigte empirische Reliabilitätskoeffizient in der Gewichtszumessung zu einer Unwucht zulasten des Demokratieprinzips. Denn es ist nicht bloß den besonderen Umständen des genannten Gentechnik-Falls geschuldet, dass die beeinträchtigende Wirkung einer Maßnahme gewisser eintritt als die nützlichen, rechtfertigenden Konsequenzen. Dieses Ungleichgewicht der empirischen Wahrscheinlichkeiten liegt vielmehr in der Natur der Sache: In den allermeisten Fällen entstehen die Kosten einer Maßnahme direkt, während sich der potenzielle Nutzen erst in der Zukunft einstellt. Das Opfer, die subjektive Grundrechtsbeeinträchtigung, ist somit keine Frage der Wahrscheinlichkeit, sondern eine Tatsache. Schon dass der Betroffene eine Verfassungsbeschwerde anstrengt, lässt vermuten, dass er eine hinreichende Beeinträchtigung wahrhaftig erleidet und nicht bloß für möglich hält.

Umgekehrt tritt die rechtfertigende Wirkung des Eingriffs in aller Regel erst nachgelagert ein und hängt somit von einer Vielzahl zunächst bloß hypothetischer Umstände ab – etwa von zukünftig denkbaren schädlichen Genmutationen infolge gentechnischer Veränderungen von Feldfrüchten.¹⁴⁰⁹

Zwar suggeriert das Kieler Gewichtungsverfahren eine „*Waffengleichheit*“¹⁴¹⁰ in der Abwägung zwischen Eingriff und Rechtfertigung, indem es die empirische Wahrscheinlichkeit als gesonderten Faktor auf beiden Seiten berücksichtigt. Bedenkt man aber, dass Unsicherheiten in der Praxis ganz überwiegend nur auf Seiten der rechtfertigenden Wirkung auftreten, installiert das Modell faktisch einen strukturellen Nachteil zulasten der Rechtfertigung – jedenfalls, wenn der Rechtsanwender sich konsequent an den formulierten Grundsatz der separaten Gewichtung hält. Wenigstens bei Eingriffen des Gesetzgebers verkennt dies jedoch dessen Einschätzungsprärogative.¹⁴¹¹

Als verfassungswidrig erweist sich die gesonderte Berücksichtigung der empirischen Wahrscheinlichkeit also zumindest überall dort, wo die Methode in Widerstreit zum Demokratieprinzip gerät. Dazu kommt es immer dann, wenn die Rechtfertigung für einen gesetzgeberischen Eingriff nur deswegen nicht ausreicht, weil die rechtfertigende Wirkung nachgelagert eintritt und deswegen ex ante fast per se als unwahrscheinlich bewertet wird.

¹⁴⁰⁸ Vgl. Klatt/Schmidt, in: AöR 2012, 545, 554f.

¹⁴⁰⁹ Vgl. BVerfGE 128, 1, 36f.

¹⁴¹⁰ Breckwoldt: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 153f.

¹⁴¹¹ Vgl. BVerfGE 128, 1, 39f.

(c) Hypothesenkorrektur

Um die Vorgabe des Demokratieprinzips einzuhalten, lässt sich das Kieler Modell so modifizieren, dass der Gesetzgeber bei seinen Eingriffen selbst beurteilen darf, wie wahrscheinlich eine rechtfertigende Wirkung eintritt. Das ersetzt das bestehende Problem aber nur durch ein anderes. Denn indem man dem Gesetzgeber eine derart weitreichende Einschätzungsprärogative einräumt, kann er fast jeden Eingriff rechtfertigen, indem er behauptet, seine Maßnahme realisiere mit Gewissheit die nobelsten Ziele.¹⁴¹² Das wiederum stützt den Grundrechtsschutz vor gesetzgeberischen Beeinträchtigungen auf den Kernbereich zurück. Ein von Art. 19 Abs. 2 GG im Umkehrschluss ebenfalls nahegelegter relativer Schutz entfällt gegenüber dem Gesetzgeber nach dessen Belieben.¹⁴¹³

Daraus folgt, dass nur eine vermittelnde Lösung die Verfassungsvorgaben des Demokratieprinzips und des Art. 19 Abs. 2 GG gleichermaßen wahrt. Ersterer Grundsatz verlangt zu einem gewissen Grad eine Einschätzungsprärogative, letzterer verbietet deren Übermaß. Wo auch immer man die Grenze zieht, dürfte eins klar sein: Die separate Berücksichtigung der empirischen Wahrscheinlichkeit bei der Gewichtszumessung selbst liefert keine Haltepunkte für die Trennlinie.

Bleibt man dennoch bei diesem System der Gewichtsbestimmung, wären vorgelagerte Regeln aufzustellen, die festlegen, nach welchem Verfahren der gesonderte empirische Reliabilitätskoeffizient befüllt wird: nach Bemessung der tatsächlichen empirischen Wahrscheinlichkeit oder nach Setzung per Einschätzungsprärogative. Dieser Doppelschritt verkompliziert die Gewichtszumessung, erschwert in der Praxis ihre Transparenz und provoziert vor allem Abgrenzungsprobleme in der Frage, wann die Einschätzungsprärogative greifen soll. Damit einher gehen weitere Ermessensspielräume in entsprechenden Grenzfällen. Mithin droht ein neues Einfallstor für ein gewisses Maß an Beliebigkeit in der Grundrechtsanwendung.¹⁴¹⁴

Eleganter wäre es, die empirische Wahrscheinlichkeit nicht mehr gesondert zu gewichten, sondern nur noch im Rahmen der Zumessung des konkreten Gewichts zu berücksichtigen: zum Beispiel als Zünglein an der Waage, das lediglich den Ausschlag zwischen zwei ansonsten gleichermaßen vertretbaren Gewichtungen gibt.

Auf Seiten der Beeinträchtigung bleibt der empirische Reliabilitätskoeffizient wegen der dortigen Gewissheit fast immer konstant. Er könnte hier also auch im Ganzen gestrichen werden. Ist einmal ausnahmsweise unklar, wie wahrscheinlich eine Maßnahme Betroffene beeinträchtigt, scheint es möglich, dies auch im Rahmen der Bestimmung der konkreten Eingriffsschwere bzw. der Eingriffsintensität zu berücksichtigen. Hier wäre in Zweifelsfällen der niedrigere von zwei denkbaren Gewichtungsgraden zu wählen.

¹⁴¹² Vgl. *Klatt/Schmidt*: Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 22; *Quecke/Sturm*, in: *Rechtstheorie* 2014, 113, 116.

¹⁴¹³ Vgl. Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa.

¹⁴¹⁴ Vgl. *Quecke/Sturm*, in: *Rechtstheorie* 2014, 113, 117.

Ähnlich kann eine Methode auch auf Seiten der Rechtfertigung verfahren. Bei gesetzgeberischen Maßnahmen ließe sich beispielsweise bei ungewisser Wirkungsreichweite der höhere Gewichtungsgrad unterstellen, bei Eingriffen sonstiger Hoheitsträger der niedrigere.

Einzelheiten dazu bleiben der Erprobung in einem optimierten Gewichtungsmodell vorbehalten. Schon hier wird allerdings erkennbar, dass von einer gesonderten Gewichtung empirischer Wahrscheinlichkeit abzusehen ist, um dem Rechtssicherheitsgebot und den übrigen Verfassungsvorgaben gerecht zu werden.

d. Zwischenergebnis

Das diskursive Gewichtungsverfahren ist maßgeblich von *Alexy* ausgearbeitet worden; andere Vertreter der Kieler Schule haben es nur in Nuancen modifiziert. Im Kern sieht das Modell erstens vor, auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung jeweils vier Faktoren separat zu gewichten: die der abstrakten Relevanz und der konkreten Wirkungsintensität sowie der normativen und empirischen Reliabilität bzw. Gewissheit. Zugewiesen wird zweitens jedem der Faktoren einer von drei Gewichtswerten auf derselben vereinfachten Kardinalskala. Die Einordnung der Faktoren auf dieser richtet sich drittens danach, welcher Gewichtswert sich unter Einhaltung von 53 Diskursregeln vertretbar zuweisen lässt.¹⁴¹⁵

Die Kontrolle des diskursiven Gewichtungsmodells hat einige erhebliche Defizite aufgezeigt, die teils geringe und teils umfangreiche Hypothesenkorrekturen fordern, um die Verfassungskompatibilität und die Rechtssicherheit der Methode herzustellen:

Alexys Verfahren lässt offen, ob sich die konkrete Gewichtung von Eingriffen danach richtet, wie sehr die subjektive Grundrechtsbetätigung des Betroffenen beschränkt wird oder der objektive Schutzbereich insgesamt. Dieses erste Defizit ließ sich durch eine nachträgliche Festlegung leicht lösen: Die Ausgestaltung der Grundrechte als subjektive Schutzpositionen erzwingt nämlich, dass die Gewichtungsmethode auf die subjektive Dimension des Eingriffs abstellt.¹⁴¹⁶

Größere Schwierigkeiten bereitete *Alexys* fehlende Entscheidung, ob zur Bemessung des konkreten Rechtfertigungsgewichts die objektive oder die subjektive Wirkungsdimension maßgeblich sein soll. Hier überdehnt es zulasten eines effektiven Grundrechtsschutzes die Einschätzungsprärogative des Eingreifenden, wenn die Gewichtung des Rechtfertigungsgrundes darauf abstellt, was er selbst subjektiv als schwerwiegende Begründung erachtet. Als ungeeigneter Bezugspunkt einer konkret schwerwiegenden Rechtfertigung erweist sich im Übrigen auch die relative Nähe zu einem objektiven Höchstmaß der (praktikabel realisierbaren) Wirkung zugunsten eines rechtfertigenden Verfassungsgutes. Denn dies stellt zu hohe Anforderungen an die Rechtfertigung, sodass diese nur selten die Eingriffsstärke aufwiegen und eine Grundrechtsbeschränkung legitimieren kann.¹⁴¹⁷

Insofern scheiterten geringfügige Hypothesenkorrekturen durch Festlegung der maßgeblichen konkret zu gewichtenden Wirkungsdimension auf Rechtfertigungsseite. Eine erfolgsversprechende

¹⁴¹⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.b.

¹⁴¹⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

¹⁴¹⁷ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

verfassungskompatible und prognostisch leistungsfähige Anpassung des diskursiven Gewichtungsmodells verlangt daher weitreichendere Modifikationen. Nötig erscheint die Abkehr davon, die Gewichtsskala auf Rechtfertigungsseite spiegelbildlich zu derjenigen auf Eingriffsseite zu kalibrieren. Als Bezugspunkt des schweren und leichten Rechtfertigungsgewichts taugt anders als bei der konkreten Gewichtung des Eingriffs nicht die relative Nähe zu minimalen und maximalen Wirkungen zugunsten des rechtfertigenden Verfassungsgutes.¹⁴¹⁸

Eine Lösung verspricht eine Bestimmung dieser oberen und unteren Stufe nicht im Verhältnis zu den Extremen, sondern zum Mittelmaß. Zu entwickeln ist hierfür ein Verfahren, um Grenzwerte festzulegen, ab denen die rechtfertigende Wirkung besonders intensiv oder besonders schwach ausfällt. Da dies ein verbindlicheres Regularium erfordert, als es das relativ freie Argumentationsspiel des Diskurses zulässt, obliegt die entsprechende Hypothesenkorrektur einer umfassenden Neufassung der Gewichtszumessungsregeln.

Der zweite Falsifikationsversuch offenbarte ein noch gravierenderes Problem der diskursiven Gewichtungskriterien: Die Diskursregeln gestatten häufig mehr als eine vertretbare, diskursiv mögliche Gewichtung einer konkreten Eingriffs- oder Rechtfertigungsintensität. Da der Rechtsanwender dazwischen frei wählen kann, sorgt dies innerhalb der Abwägung für eine begrenzte Beliebigkeit, die sich auch auf das Entscheidungsergebnis in der Gewichtsformel auswirkt. Dies schwächt die Berechenbarkeit der Abwägung empfindlich.¹⁴¹⁹

Zugleich machte der zweite Einwand deutlich, dass an dieser Stelle *Alexys* methodische Hypothese kaum korrigiert werden kann, ohne den Kerngehalt des diskursiven Modells anzurühren. Schließlich wäre es zur Behebung des Defizits notwendig, die Diskursregeln durch andere Gewichtungskriterien zu ersetzen, weil sie selbst der Gewichtsbemessung zu lockere Grenzen aufgeben. Eine Verbesserung innerhalb des Gewichtungsverfahrens der Kieler Schule bleibt daher auch hier außer Betracht; stattdessen muss ein neuer Ansatz Kriterien festlegen, die Gewichte vorhersehbarer einordnen.¹⁴²⁰

Zwei weitere Kritikpunkte zeigten schließlich, dass die separate Gewichtung der abstrakten Relevanz betroffener Verfassungsgüter und der empirischen Reliabilität der Einwirkung auf sie teilweise verfassungsincompatible Ergebnisse produziert. So überdehnt die eigenständige Gewichtung der empirischen Reliabilität teilweise den Grundrechtsschutz zulasten der Einschätzungsprärogative des Eingreifenden. Umgekehrt legitimiert ein höheres abstraktes Gewicht des rechtfertigenden Verfassungsgutes nach dem Modell der Kieler Schule sogar schwerste Eingriffe in den Kernbereich abstrakt nicht ganz so relevanter Grundrechte. Dies droht, den Grundrechtsschutz zuweilen unter das Niveau zu senken, das Art. 19 Abs. 2 GG zwingend gebietet. Eine verfassungskonforme Hypothesenkorrektur verlangt daher, empirische Reliabilität

¹⁴¹⁸ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

¹⁴¹⁹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.bb.

¹⁴²⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.bb.

und abstrakte Bedeutung auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung nicht mehr separat zu gewichten, sondern sie im Rahmen der Bemessung der konkreten Intensität zu berücksichtigen.¹⁴²¹

Zugleich ist aber auch festzuhalten, welche Bestandteile des diskursiven Gewichtungsverfahrens frei von Kritik geblieben sind und sich somit vorläufig bewähren:

Erstens leistet es erst das von *Alexy* vorgesehene Verfahren, Eingriff und Rechtfertigung in der gleichen Einheit aufzuwiegen, sodass sich ihre Werte anschließend in der Gewichtsformel gegenüberstellen lassen. Für die Anschlussfähigkeit eines Gewichtungsmodells an die Oberstruktur bewährt sich gerade diese Konversion von Wirkungsintensitäten zugunsten bzw. zulasten verschiedener Verfassungsgüter in Größen auf der gleichen Skala.¹⁴²²

Zweitens senkt es nicht die Vorhersehbarkeit der Gewichtungsergebnisse, wenn nur drei mögliche Gewichtswerte auf einer triadischen Kardinalskala zugewiesen werden. Im Gegenteil erleichtert dies eher die Einordnung, weil es die Zahl der Schwellen zwischen mehreren Werten reduziert und damit auch die Zahl der Grenzfälle. Eine prognostisch leistungsfähige Gewichtungstheorie sollte insofern ebenfalls auf eine möglichst weitreichend vereinfachte Kardinalskala zurückgreifen.

Drittens eignen sich das subjektive Höchst- und Mindestmaß einer Beeinträchtigung als Fixpunkte der Skala des konkreten Gewichts der Eingriffsintensität. Sie werden dem Ziel des Individualrechtsschutzes am ehesten gerecht und erweisen sich so als besonders verfassungskompatibel, weil hinter dem Grundrechtskatalog gerade dieses Anliegen steht.

Viertens sind die abstrakten Bedeutungen der betroffenen Verfassungsgüter in der Gewichtung ebenso zu berücksichtigen wie die konkreten beeinträchtigenden und rechtfertigenden Wirkungen einer Maßnahme und ihre empirischen Wahrscheinlichkeiten. Sie sämtlich zu berücksichtigen, bleibt ungeachtet des Umstands geboten, dass ihre separate Gewichtung zur Ermittlung einzelner Koeffizienten der Gewichtsformel hierzu keine gangbare Variante bildet.

Sofern ein optimiertes Modell die bewährten Theorieteile übernimmt und falsifizierte Elemente durch verfassungskompatiblere berechenbarere Module ersetzt, würde diese fortentwickelte Gewichtungsmethode eher dem Rechtssicherheitsgebot entsprechen. Dieser Herausforderung widmet sich der Versuch des Abschnitts III, die Gewichtungsmethode umfassend zu korrigieren und ein verfassungskonformes prognostisch leistungsfähigeres Modell zu entwerfen.

3. Präjudizienbasiertes Modell

a. Orientierung

Als Nächstes soll geklärt werden, ob es sich bei der präjudizienbasierten Gewichtszuweisung bzw. dem ‚definitional balancing‘ gegenüber dem diskursiven Modell um ein rechtssicheres Verfahren handelt. Dazu folgt der hiesige Abschnitt dem gleichen Aufbau wie der vorherige:

¹⁴²¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitte II.2.c.cc und II.2.c.dd.

¹⁴²² Vgl. *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 88.

Zuerst stellt Unterabschnitt II.3.b die fragliche Theorie vor. Anschließend untersucht der Folgeabschnitt II.3.c sie entlang des kritisch-rationalen Prüfungsschemas, um ihre bewährten und korrekturbedürftigen Bestandteile zu ermitteln.

b. Darstellung

Das ‚definitional balancing‘ wurde grundsätzlich als eigenständige Normanwendungsmethode entwickelt, die sich von *Alexys* Abwägungslehre abgrenzt.¹⁴²³ Das Verfahren ist deshalb weniger passgenau auf die Gewichtsformel in der Oberstruktur zugeschnitten als das Diskursmodell der Kieler Schule. Dennoch lässt sich dem ‚definitional balancing‘ zumindest eine Gewichtszumessungsregel entnehmen, die mit der in Kapitel 3 herausgearbeiteten Oberstruktur harmoniert. Demnach wäre das Verfahren so zu deuten, dass es Gewichte ausschließlich danach zuweist, wie frühere gerichtliche Entscheidungen sie in vergleichbaren Kollisionslagen verteilt haben.¹⁴²⁴ Während die Kieler Schule Präjudizien nur als eines von zahlreichen denkbaren Argumenten im Rahmen des Diskurses ansieht, bemisst das ‚definitional balancing‘ Gewichte einzig und allein nach richterlichen Vorentscheidungen.

Zusätzliche Orientierung verschafft dabei eine Variante der Methode, mit der Richter allgemeine Tests als Regeln zur Gewichtsbestimmung ausarbeiten.¹⁴²⁵ Dadurch erübrigt sich der Streitpunkt, welche Sachverhaltsmerkmale sich ähneln müssen, damit sich die Wertung eines Urteils übertragen lässt. Indem ein Präjudiz abstrakte Regeln formuliert, legt es bereits die wesentlichen Anforderungen dafür fest, dass ein neuer Fall als gleichgelagert gilt und die Gewichtungen der Vorentscheidung übernehmen darf. Ein zunehmend verdichtetes System aus richterrechtlich konkretisierten Gewichtungsregeln soll so für die meisten erdenklichen Konstellationen Entscheidungen vorauszeichnen – so zumindest die regulative Idee.¹⁴²⁶

Dabei bietet das präjudizienbasierte Modell den Vorzug, dass es sich als praxisfreundlich erweist. Richter müssten sich zur Umsetzung nur noch stärker als bisher nach Vorentscheidungen richten, was ihnen nur eine geringfügige Umstellung abverlangt.¹⁴²⁷

c. Kritik

Im vorherigen Abschnitt war es möglich, falsifizierende Fallbeispiele mit unvorhersehbaren Gewichtungsergebnissen aus der Rechtsprechung zu entnehmen. In der Besprechung der präjudizienbasierten Gewichtszuweisung ist das nicht ohne weiteres möglich, weil sich die deutsche Rechtsprechung nicht ausschließlich an Präjudizien orientiert, wie es die Methode anordnet.

Daher muss mit hypothetischen Problemfällen argumentiert werden, die zu erwarten wären, wenn das Gewichtungsverfahren zum Einsatz käme. Ausgehend hiervon soll untersucht werden, wie

¹⁴²³ Siehe bereits Kapitel 3, Abschnitt II.2.c.cc.

¹⁴²⁴ Vgl. *Moreso*, in: *Ratio Juris* 2012, 31, 39ff.

¹⁴²⁵ Siehe *Bernstorff*, in: *Der Staat* 2011, 165, 186ff.

¹⁴²⁶ Vgl. *Borowski*: *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl. 2007, S. 122; *Bumke*, in: *Innovationen im Recht*, 2016, 117, 142.

¹⁴²⁷ Vgl. *Seybold/Sandner/Weiß*, in: *ARSP* 2015, 319, 321.

häufig das jeweilige Rechtssicherheitsdefizit auftritt und ob es sich durch eine Anpassung des Gewichtungsmodells beheben lässt.

aa. Unübersichtlichkeit relevanter Präjudizien

Inwiefern sich präjudiziengestützte Gewichtungen vorhersagen lassen, hängt zunächst grundsätzlich davon ab, ob Rechtsanwender und Betrachter beide die relevanten Präjudizien kennen. Ist das nicht der Fall, trübt sich die Vorhersehbarkeit von Gewichtungsergebnissen eher ein. Entscheidungen erscheinen dann überraschend: entweder, weil der Betrachter mit der Berücksichtigung eines Urteils rechnete, was das Gericht übersah, oder weil der Betrachter eine urteilsleitende Vorentscheidung nicht kannte.

Im deutschen Verfassungsgericht dürfte diese Schwierigkeit aber selten auftreten, weil die Urteile des BVerfG fast vollständig digitalisiert und durchsuchbar vorliegen. Vorhandene Suchmaschinen sowie die Kommentarliteratur erlauben meist zuverlässig, Gewichtungen des Gerichts zu ähnlichen Sachverhalten bzw. ähnlichen Grundrechtskollisionen zu identifizieren.

Umgekehrt droht eine Überforderung des Betrachters oder Rechtsanwenders auch nicht dadurch, dass die Schlagwort-Recherche einschlägiger Präjudizien zu viele Suchtreffer liefert und dadurch die umfassende Sichtung erschwert. Mit über 230.000 seit 1951 vor dem BVerfG geführten Verfahren¹⁴²⁸ haben die Urteilsdatenbanken noch keine Größe erreicht, die sich mit vorhandenen Suchmaschinen nicht mehr beherrschen lassen. Auch mit Blick auf die ausführlichsten Kommentare scheinen pro Grundrechtskollision nicht zu viele Vorentscheidungen potenziell relevant zu sein, damit sich ihre Sichtung nicht mehr mit überschaubarem Aufwand bewältigen lässt.

Und selbst wenn die Abwägung einmal in einem Kontext mit einer für Menschen nicht mehr beherrschbaren Datenmenge relevant werden sollte, so versprechen jüngere technologische Innovationen weitergehende Abhilfe: Je weiter Vorentscheidungen zur Gewichtung und dahinterstehende Erwägungen maschinenlesbar zur Verfügung gestellt werden, desto eher lassen sich bisherige Gerichtsentscheidungen zu einem engmaschigen Netz von Datenpunkten verknüpfen. Je reicher diese Datengrundlage ausfällt, desto unübersichtlicher wird sie zwar für Individuen und desto eher schwächt dies prinzipiell die Vorhersagbarkeit einer rein präjudiziengesteuerten Rechtsanwendung. Gerade die von Hochleistungsalgorithmen getragene prädiktive Big-Data-Analytik kann dieses menschliche Unvermögen aber überbrücken, sobald eine wirklich unüberschaubare Datenmasse klare Prognosen für hierauf gestützte Gewichtungen verkompliziert.¹⁴²⁹

bb. Unzureichende richterliche Regelsetzung

Wo einschlägige Präjudizien vorliegen, lassen sich abstrakte und konkrete Gewichte stringent zuweisen. Inwiefern Präjudizien einschlägig sind, hängt davon ab, ob überhaupt schon über Sachverhalte mit teilweise identischen Umständen entschieden wurde und, wenn ja, ob Regeln zur

¹⁴²⁸ Siehe BVerfG: Jahresstatistik 2018, 2019, S. 2ff.

¹⁴²⁹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: *Big Data - Regulative Herausforderungen*, 2018, 11, 20f.

Übertragung der Gewichtung aufgestellt wurden. Ist letzteres unterblieben, wie in der deutschen Verfassungsrechtsprechung durchgehend, lassen sich bisherigen Urteilen eindeutige Gewichtungsvorgaben nur für nahezu identische Fälle entnehmen. Denn auch bei geringfügigen Abweichungen bleibt das Risiko, dass ausgerechnet diese wesentliche Sachverhaltsmerkmale betreffen, wegen derer das Gericht anders urteilen würde. Schon das BVerfG-Urteil zum Rauchverbot in der Gastronomie liefert somit nur geringfügige Orientierung für Werbeverbote zulasten des Tabakvertriebs und umgekehrt.¹⁴³⁰

Würde das BVerfG ab morgen Gewichtungen rein präjudizienbasiert zuweisen, ließe sich das Ergebnis also nur in Fällen vorhersagen, die beinahe deckungsgleich bereits entschieden wurden. Wo ansonsten ein Sachverhalt je zum Teil mehreren gegenläufigen Präjudizien oder keinem ähnelt, kann die Methode nicht vorhersagen, an welchem sich die Gewichtung vorliegend zu orientieren hat. Wegweisende Entscheidungen wie das Lüth-¹⁴³¹ oder das Volkszählungsurteil¹⁴³² wären im rein präjudiziengestützten Modell dem Belieben anheimgestellt.

Zwar hilft die präjudiziengestützte Methode selbst hier durchaus, die abstrakte Bedeutung verschiedener betroffener Grundrechte zu ermitteln. Das erkennt auch die Kieler Schule an.¹⁴³³ Schließlich bleibt diese definitionsgemäß von Fall zu Fall unverändert. Da aber kaum ein streitgegenständlicher Eingriff dem anderen gleicht, fällt es dem präjudizienbasierten Ansatz umso schwerer festzulegen, welche frühere Entscheidung maßgeblich dafür sein soll, konkrete Gewichte zuzumessen. Erst recht misslingt dies mangels Bezugspunkten in zentralen Entscheidungen wie den exemplarisch genannten, obwohl diesen für die Rechtsentwicklung insgesamt eine beachtliche Tragweite zukommt.

So krankt das ‚definitional balancing‘ zumindest solange an einem strukturellen Rechtssicherheitsdefizit, wie Verfassungsrichter keine Regeln für die Übertragung bisheriger konkreter Gewichtungen auf andere Fälle aufstellen. Und selbst dann droht in neuen präzedenzlosen Schlüsselfällen unvermeidbar die Orientierungslosigkeit. Dies ließ sich bereits ausführlich in Kapitel 3 zeigen.¹⁴³⁴

d. Zwischenergebnis

Das präjudiziengestützte Gewichtungsverfahren weist Eingriff und Rechtfertigung ausschließlich danach Gewichte zu, wie Vorentscheidungen diese bisher verteilten. Um Unsicherheiten dabei zu vermeiden, welches Präjudiz jeweils maßgeblich sein soll, müssten Richter indes zuerst allgemeine Regeln dazu formulieren, in welchen Kollisionslagen welche Gewichte anzusetzen sind. Für abstrakte Gewichte ist dies bereits geschehen, sodass hier der Rückgriff auf präjudizierte Wertungen Orientierung für vorhersehbare Gewichtungsentscheidungen stiften kann.¹⁴³⁵

¹⁴³⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.05.2016, 1 BvR 895/16; BVerfGE 121, 317

¹⁴³¹ BVerfGE 7, 198.

¹⁴³² BVerfGE 65, 1.

¹⁴³³ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 162.

¹⁴³⁴ Siehe weiterführend Kapitel 3, Abschnitt II.4.c.

¹⁴³⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.b.

Im Hinblick auf konkrete Gewichtungen vermitteln gerichtliche Vorentscheidungen aber allenfalls dort Leitlinien, wo bereits ein nahezu identischer Sachverhalt schon einmal abgeurteilt wurde. Um Gewichtungen darüber hinaus berechenbar zu machen, müssten Gerichte abstrakte Regeln formulieren, damit Rechtsanwender und Betrachter wissen, auf welche neuen Fälle welche präjudizierte Wertung übertragen werden darf. Da die Rechtsprechung des BVerfG hierauf bisher vollständig verzichtet hat, produziert ein präjudizienbasiertes Verfahren zumindest in der Bundesrepublik nur äußerst selten vorhersehbare Gewichtswerte. Und selbst sofern das Gericht in diesem Punkt seine Urteilspraxis ändert, hindern die bereits in Kapitel 3 beschriebenen Gründe das präjudiziengestützte Modell irreparabel daran, in präzedenzlosen Fällen berechenbar Gewichte zuzumessen. Zur Hypothesenkorrektur sind daher gänzlich andere Gewichtungskriterien nötig als diejenigen aus Präjudizien.¹⁴³⁶

Angesichts dieses nahezu flächendeckenden Rechtssicherheitsdefizits eignen sich die bewährten Bestandteile des Präjudizienmodells weniger als die des Kieler Modells als Ausgangspunkt einer optimierten Theorie. Sie können aber ergänzend in ein solches eingebracht werden – insbesondere an Punkten, an denen das Kieler Modell selbst Schwächen zeigt. Insbesondere wo gewichtungsrelevante Rechtskomponenten mit reicher Vorentscheidungssammlung einzubeziehen sind, lässt sich der Diskurs ausschließlich auf eine Betrachtung der Präjudizien reduzieren. Dies hatte innerhalb der Kieler Schule unter anderem schon *Meister* als Erfolgsstrategie identifiziert, um abstrakte Gewichte zu ermitteln.¹⁴³⁷

4. Demoskopisches Modell

a. Orientierung

Nachdem sich beim diskursiven und beim präjudizienbasierten Gewichtungsmodell erhebliche Rechtssicherheitsdefizite zeigten, steht mit dem demoskopischen Ansatz ein drittes Verfahren auf dem Prüfstand. Hierbei übernimmt die Sektion II.4 den Aufbau der beiden vorherigen:

Zunächst fasst Unterabschnitt II.4.b die fragliche Theorie zusammen. Sodann eruiert Abschnitt II.4.c entlang des kritisch-rationalen Kontrollmaßstabs, inwiefern ihre Bestandteile die Vorhersehbarkeit der Gewichtungsergebnisse eintrüben oder sonstigen Verfassungsvorgaben widersprechen und somit als falsifiziert gelten müssen.

b. Darstellung

Auch demoskopische Erhebungen werden zunehmend als Methode diskutiert, um in der Abwägung Eingriff und die Rechtfertigung zu gewichten. So erwägt *Hutt* als Orientierung die Befragung einer repräsentativen Bevölkerungsgruppe, nachdem ihre Angehörigen ihre jeweilige Auffassung in einer vorherigen öffentlichen Diskussion konsolidiert haben.¹⁴³⁸ Befragt werden könnte alternativ zudem eine Gruppe von Experten nach der vorherrschenden Meinung in Fachkreisen. Hierauf stützte sich

¹⁴³⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.c.

¹⁴³⁷ Siehe *Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, 2011, S. 162.

¹⁴³⁸ Vgl. *Hutt*, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2018, 235, 251ff.

beispielsweise der Canadian Supreme Court in Abtreibungsfragen bei der Gewichtung des Lebensschutzes zugunsten des Fötus.¹⁴³⁹ Auch ansonsten ist die demoskopische Form der Rechtsfindung Gerichten nicht unvertraut.¹⁴⁴⁰

Ihr Potenzial liegt immerhin darin, dass sie eine große Zahl intuitiver Einordnungen der Eingriffsschwere auf einer Skala zwischen der schärfsten und der mildesten Alternative bündeln. Dadurch lassen sich stabilere Einstufungen ermitteln, als sie aus der Anschauung einer Einzelperson gewonnen werden könnten.¹⁴⁴¹

Freilich ist auch diese Bemessungsmethode kollektiven Urteilsschwankungen der Befragten ausgesetzt. Sie drohen maßgeblich, wenn Intensitätswahrnehmungen einen historischen Wandel vollziehen, wie er sich sogar innerhalb des BVerfG etwa bei der Bewertung von Eingriffen in die persönliche Ehre beobachten lässt.¹⁴⁴²

Je nach Betrachtungsweise mag man hierin jedoch einen Vorteil erblicken, da eine solche Methode jeweils an das vorherrschende Rechtsempfinden anknüpft. Anhänger der Mehrheitsmeinung können die Einordnung mithin leicht nachvollziehen und demoskopisch versierte Vertreter der Mindermeinung mögen sie zumindest antizipieren.¹⁴⁴³

c. Kritik

Der demoskopische Ansatz begegnet im deutschen Verfassungsrecht jedoch mehreren grundlegenden Einwänden, die jeden Anwendungsfall gleichermaßen betreffen:

Obwohl der demoskopische Ansatz das Judiz der Mehrheit lediglich im Teilschritt der Gewichtung in die Rechtsfindung einbezieht, widerspricht dies der normativen Verlässlichkeit grundrechtlicher Garantien. Es besteht die Gefahr, dass es die Mehrheit der Befragten ablehnt, schwerwiegende Eingriffe als gravierend anzusehen, solange nur hinreichend populäre Gemeinschaftsinteressen die Beeinträchtigung rechtfertigen. Entscheidungen auf solche Wertungen zu stützen, widerspricht indes offenkundig der allgemein anerkannten ratio des Individualrechtsschutzes hinter dem Grundrechtskatalog.¹⁴⁴⁴

Dabei verdient dieser Einwand gerade deshalb Gehör, weil es nicht zwingend plebiszitärer Elemente bedarf, um das Demokratieprinzip in der Rechtsprechung zu wahren. Hierfür genügt es

¹⁴³⁹ Siehe Canadian Supreme Court, Urt. v. 30.9.1993, 3 SCR 463.

¹⁴⁴⁰ Vgl. zu Anwendungsfällen allgemein *Ladeur*, in: Der Staat 2011, 493, 505f.; *Miller*: Essays on Law and Economics, 2009, S. 5ff.; *Röhl*: Rechtssoziologie, 1987, S. 94f. m.w.N.

¹⁴⁴¹ Vgl. *Würtenberger*: Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, S. 99ff.

¹⁴⁴² Vgl. BVerfGE 114, 339, 350; BVerfGE 85, 1, 16; BVerfGE 7, 198, 212; *Martin*: Publizistische Freiheit und Persönlichkeitsschutz, 2008, S. 148 m.w.N.

¹⁴⁴³ Vgl. *Abramson*: We, the Jury, 1994, S. 5ff.

¹⁴⁴⁴ Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 13ff.; *Schladebach*, in: Der Staat 2014, 263, 278.

stattdessen, dass die konstitutionellen und einfachgesetzlichen Normen objektiv nachvollziehbar angewandt werden.¹⁴⁴⁵

Darüber hinaus sind der demoskopischen Messmethode auch praktische Grenzen gesetzt: Jedenfalls in Fällen des einstweiligen Rechtsschutzes im Sinne des § 32 BVerfGG dürfte es kaum möglich sein, eine repräsentative Umfrage vorzunehmen.

Ähnlich hohen Aufwand bereitet es im Hauptsacheverfahren, ohne verzerrende Vorselektion eine repräsentative Menge von Bürgern oder Fachautoren auszuwählen und zum konkreten Fall zu befragen. Zurecht kritisiert beispielsweise *Shecaira* den Canadian Supreme Court dafür, dass er in seiner Abtreibungsentscheidung voreilig einer Position den Status der herrschenden Ansicht zusprach. Bei systematischer Sichtung des Meinungsspektrums in der Fachliteratur zeigte sich nämlich, dass mindestens genauso viele Autoren die Gegenauffassung vertraten.¹⁴⁴⁶ Ohne gründliche Analyse der jeweiligen Fachdiskussion wohnt gerade der (selektiven) Expertenbefragung erhebliches dezisives Potenzial inne.¹⁴⁴⁷ Darüber hinaus erkennt auch *Hutt*, dass trotz intensiverer Forschung hierzu ebenso erhebliche Messschwierigkeiten auftreten, wenn die öffentliche Meinung ausgelotet werden soll.¹⁴⁴⁸

Solche Defizite wiegt unterdessen nicht der Umstand auf, dass eine demoskopische Erhebung zu Gewichtungen führt, die Angehörige der Mehrheitsmeinung womöglich intuitiv verstehen können. Dies gilt insbesondere, weil die Argumentation mit diesem Vorzug nur begrenzt trägt, da sie sich höchstens zu Unrecht moralischer Überlegenheit berühren kann. Denn aus der Beobachtung der mehrheitlich geteilten Auffassung deren Richtigkeit zu folgern, wäre ein klassischer Sein-Sollen-Fehlschluss.¹⁴⁴⁹

d. Zwischenergebnis

Das demoskopische Modell erklärt die vorherrschende Meinung in Fachkreisen oder innerhalb der Bevölkerung zum maßgeblich Gewichtungskriterium.¹⁴⁵⁰

Wegen der aufgezeigten Mängel erscheint dieses Verfahren jedoch weder praktikabel noch kompatibel mit dem Minderheitenschutz. Der demoskopische Ansatz weist daher keine verfassungskonforme Methode aus, um in der Abwägung Eingriff und Rechtfertigung verlässlich Gewichtswerte zuzumessen.¹⁴⁵¹

Angesichts dieses umfassenden Defizits disqualifiziert sich das demoskopische Modell dabei auch als Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung durch bloße Teilkorrekturen. Der Ansatz eignet sich

¹⁴⁴⁵ Vgl. *Abramson*: We, the Jury, 1994, S. 4; *Alexy*, in: International Journal of Constitutional Law 2005, 572, 580.

¹⁴⁴⁶ Siehe *Shecaira*, in: Ratio Juris 2017, 305, 320.

¹⁴⁴⁷ So *Shecaira*, in: Ratio Juris 2017, 305, 318ff.

¹⁴⁴⁸ Siehe *Hutt*, in: International Journal of Constitutional Law 2018, 1121, 1133ff.

¹⁴⁴⁹ Vgl. *Schurz*, in: Ethik und Sozialwissenschaften 1995, 163, 169.

¹⁴⁵⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.b.

¹⁴⁵¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.c.

daher zumindest im deutschen Verfassungsrecht nicht als zulässiger methodischer Teilschritt, darf insofern als falsifiziert gelten und wird deshalb nicht weiterverfolgt.

5. Zwischenergebnis

Diskutiert werden gegenwärtig drei Modelle, um innerhalb der Abwägung Eingriff und Rechtfertigung Gewichte zuzuweisen: das diskursive Modell der Kieler Schule¹⁴⁵², das präjudiziengestützte Verfahren¹⁴⁵³ und das demoskopische¹⁴⁵⁴.

Ersteres gewichtet je vier separate Einzelfaktoren auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung auf einer triadischen Skala mit einem von drei möglichen Werten: leicht, mittelschwer und schwer. Bei den Einzelfaktoren handelt es sich hauptsächlich um die abstrakte Relevanz des betroffenen Verfassungsguts, die konkrete Wirkungsintensität der Beeinträchtigung und deren empirische Wahrscheinlichkeit. Welcher Wert dem jeweiligen Faktor von Fall zu Fall zugewiesen wird, richtet sich danach, welche Gewichtung die Regeln des Diskurses einhält. Sind hierbei mehrere Gewichte ‚diskursiv möglich‘, darf der Rechtsanwender zwischen ihnen beliebig wählen.

Das präjudiziengestützte Alternativverfahren bemisst die einzelnen Gewichte ausschließlich nach den Wertungen in früheren Entscheidungen, das demoskopische Modell nach den Mehrheitsmeinungen in repräsentativen Befragungen der Bevölkerung oder eines Fachpublikums.

Die Prüfung der drei Modelle offenbart verschiedene bewährte Teilelemente:

Für die Berechenbarkeit des Verfahrens eignet es sich zunächst, wie die Kieler Schule Eingriff und Rechtfertigung Gewichtswerte auf einer vereinfachten Kardinalskala zuzuweisen. Eine Kardinalskala ist zwingend nötig, um die Bewertungen strukturell verschiedener abzuwägender Faktoren in der Oberstruktur gegenüberzustellen. Eine Begrenzung der Skalenwerte vermindert unterdessen Unschärfen in der Zuweisung: Je weniger mögliche Stufen eine Gewichtsskala aufweist, desto weniger Schwellen liegen dazwischen. Und je weniger Schwellen vorgesehen sind, desto seltener treten Grenzfälle auf, bei denen der Rechtsanwender gleichermaßen vertretbar diesen oder jenen Gewichtswert wählen kann.

Weiterhin hat die Kieler Schule zutreffend herausgearbeitet, dass nicht nur die konkrete Intensität der grundrechtsbeeinträchtigenden und der rechtfertigenden Wirkung bei der Gewichtung zu berücksichtigen ist. Einzubeziehungen sind ferner die abstrakten Bedeutungen der betroffenen Grundrechte und die empirische Wahrscheinlichkeit der konkreten Folgen des Eingriffs. Nur so ist es möglich, zwingende Verfassungsvorgaben wie die unterschiedliche generelle Wertung verschiedener Schutzpositionen hinreichend zu beachten.

Vorhersehbar ist es weiterhin, die abstrakte Relevanz von Grundrechten anhand von Präjudizien zu bemessen. Schließlich existieren praktisch für sämtliche Verfassungsgüter Vorentscheidungen dazu, welche Bedeutung ihnen innerhalb der normativen Wertordnung des Grundgesetzes

¹⁴⁵² Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.

¹⁴⁵³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.

¹⁴⁵⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.

allgemein zufällt. Hieraus ergeben sich verlässliche Orientierungspunkte, um flächendeckend für jeden Sachverhalt zu ermitteln, wie bedeutsam die jeweils betroffenen Grundrechte und Rechtfertigungsgründe abstrakt ausfallen.

Zugleich richten sich aber gegen alle bisher diskutierten Ansätze erhebliche Falsifikationsgründe:

Die demoskopische Gewichtungsmethode ist zumindest im deutschen Verfassungsrecht unvereinbar mit dem Gebot des Minderheitenschutzes als tragender Zweck des Grundrechtskatalogs. Das präjudiziengestützte Verfahren läuft wenigstens in präzedenzlosen Fällen leer. Damit disqualifizieren sich die beiden Ansätze so weitreichend, dass selbst Kerngehalte der Theorien in Frage gestellt werden. Die nötigen Korrekturen hin zu einem berechenbaren verfassungskompatiblen Gewichtungsmodell erfordern insofern eine vollständige Abkehr von den demoskopischen und rein präjudizienbasierten Gewichtungskriterien.

Nicht ganz so weitreichend sind die Unzulänglichkeiten des diskursiven Gewichtungsmodells. Dass oftmals mehrere Gewichtungsvarianten gleichermaßen diskursiv möglich sind, wodurch der Rechtsanwender beliebig zwischen ihnen wählen kann, disqualifiziert die Diskursregeln trotzdem als rechtssichere Gewichtungskriterien. Wie bei den alternativen Modellen bedarf es im Hinblick auf letztere einer umfassenden Hypothesenkorrektur.

Weiterhin lässt sich zwar die Gewichtsskala in *Alexys* Modell auf Eingriffsseite zwischen den Punkten aufhängen, an denen die subjektive Grundrechtsbetätigung des individuellen Grundrechtsträgers maximal und minimal beeinträchtigt wird. Spiegelbildlich hierzu angeordnete Bezugswerte kommen auf Seiten der Rechtfertigung jedoch nicht in Betracht. Hier fehlt es dem diskursiven Verfahren insofern an Orientierungspunkten dafür, wann ein leichtes und wann ein schweres Gewicht festzusetzen ist. Eine Hypothesenkorrektur müsste demgegenüber versuchen, obere und untere Skalenwerte auf Rechtfertigungsseite nicht wie auf Eingriffsseite über die Nähe zu den Extremen zu definieren, sondern über die Distanz zum Mittelmaß. Dies erfordert ein neues Verfahren zur berechenbaren Ermittlung der Schwellenwerte von dort aus nach oben und unten.

Um die Vorgaben des Demokratieprinzips und des Art. 19 Abs. 2 GG vollständig einzuhalten, müsste das Modell der Kieler Schule überdies darauf verzichten, die abstrakte Relevanz betroffener Grundrechte und die empirischen Wahrscheinlichkeiten separat zu gewichten. Stattdessen empfiehlt sich eine Hypothesenkorrektur, die diese Faktoren im gleichen Zuge mit der Bestimmung der konkreten Gewichte von Eingriffsintensität und rechtfertigender Wirkung berücksichtigt.

Mithin beachtet keine vorhandene Methode das Rechtssicherheitsprinzip und sonstige zwingende Verfassungsvorgaben gleichermaßen umfassend. Soweit sich bereits Perspektiven zur Optimierung zeigten, verlangen diese teilweise sogar Anpassungen im Kerngehalt der einzelnen Methoden. Um die angesprochenen Defizite in diversen Teilschritten zu beheben und die bestehenden Methoden insgesamt zu verbessern, bedarf es also weitreichender Hypothesenkorrekturen.

Vergleichsweise wenig Anpassungsbedarf erfordert immerhin das Gewichtungsmodell der Kieler Schule. Seine bewährten Teilelemente sollen daher als Ausgangspunkt dafür dienen, zu einer umfassenden Korrektur aller aufgedeckten Defizite anzusetzen.

III. FUNKTIONALE GEWICHTUNGSMETHODE

1. Orientierung

Um die Gewichtung rechtssicherer zu gestalten, soll eine verbesserte Methode erarbeitet werden, ein korrigiertes Modell. Dieses verzichtet dezidiert auf normtheoretische Vorannahmen und vermeintlich strukturimmanente Vorgaben wie die quasi-metaphysische Prämisse der Doppelnatur des Rechts, die die Kieler Schule stets mitbedenken muss¹⁴⁵⁵. Die Auseinandersetzung mit solchen Grundannahmen in Kapitel 2 und 3 hat deutlich gemacht, dass sie keineswegs verbindliche Anforderungen an verfassungsrechtliche Methoden formulieren.¹⁴⁵⁶ Daher trennt sich die hiesige Untersuchung vom Ballast solcher Prämissen und forscht jenseits ihrer Sachzwänge nach alternativen Gewichtungsverfahren.¹⁴⁵⁷ Von den neu eröffneten Gestaltungsspielräumen verspricht sich die weitere Untersuchung insbesondere das Potenzial, zielgerichtet zu rechtssicheren verfassungskompatiblen Gewichtungskriterien zu finden.¹⁴⁵⁸

Verfolgt wird also ein rein *funktionaler* Ansatz: Die hier zu entwickelnde korrigierte Gewichtungsmethode richtet ihre Form ausschließlich am Zweck aus, den Anforderungen des Rechtssicherheitsgebots und den sonstigen zwingenden Verfassungsvorgaben möglichst umfassend zu gehorchen.¹⁴⁵⁹

Die bewährten Teilelemente des Kieler Modells werden dazu dergestalt fortentwickelt, dass die Gewichtszumessung den aufgezeigten Falsifikationsgründen entgeht (Abschnitt III.2). Dazu konzipiert der Abschnitt sukzessive die falsifizierten Teilkomponenten der Gewichtungsmethode neu. Diese Hypothesenkorrekturen betreffen insbesondere die separate Wertung relevanter Faktoren aus der Unterstruktur, den Bezugsgegenstand ihrer Gewichtung auf Rechtfertigungsseite und die Kriterien zur Zuweisung von Gewichtswerten insgesamt. Nach den entsprechenden Festsetzungen ist schließlich noch zu klären, wie im Rahmen der Gewichtsformel *Pattsituationen* aufgelöst werden, da dieser Aspekt der Oberstruktur bislang in Kapitel 3 bewusst ausgespart wurde. Gemeint sind Konstellationen, in denen Eingriff und Rechtfertigung gleichhohe Gewichte zugemessen wurden.

Sodann ist zu prüfen, inwiefern gegen die funktionale Methode ihrerseits erkennbare Einwände durchgreifen (Abschnitt III.3). Untersucht wird dies getreu dem in Kapitel 2 erarbeiteten kritisch-rationalen Maßstab anhand möglicherweise falsifizierender Beispiele, in denen das neue Verfahren vielleicht seinerseits keine vorhersehbaren Gewichtungsergebnisse produziert.

Begutachtet wird die prognostische Leistungsfähigkeit der funktionalen Methode zuletzt noch in einigen Praxistests (Abschnitt III.4). Hierzu wendet die Untersuchung das Modell auf Fallkonstellationen an, die bereits *Alexy* häufig besprochen hat, um das Verfahren der Kieler Schule

¹⁴⁵⁵ Vgl. *Alexy*, in: The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence, 2017, 314, 329f.

¹⁴⁵⁶ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb; Kapitel 3, Abschnitt II.3.b.aa.

¹⁴⁵⁷ Vgl. eine ähnliche Denkrichtung bei *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 95.

¹⁴⁵⁸ Vgl. *Zaluski*, in: German Law Journal 2013, 1457, 1459.

¹⁴⁵⁹ Vgl. die hinter der Begriffswahl stehende Idee „*form (...) follows function*“ als architektonisches Prinzip, das zurückgeht auf *Sullivan*, in: Lippincott's Magazine 1896, 403, 408.

zu veranschaulichen. Dies soll es erleichtern, die Berechenbarkeit der beiden Gewichtungsmethoden zu vergleichen.

2. Darstellung

a. Zu gewichtende Einzelelemente

Die Auseinandersetzung mit dem Kieler Modell hat gezeigt, dass die gesonderte Gewichtung abstrakter Geltungsgrade und empirischer Wahrscheinlichkeiten wahlweise Rechtssicherheitsdefizite provoziert oder sonstige Verfassungsvorgaben verletzt. Dem begegnet eine optimierte Theorie, indem sie die Faktoren in die konkrete Gewichtung einbezieht, statt sie separat zu gewichten.

Ehe dargelegt wird, wie dies gelingen kann, ist aber zunächst würdigend anzuerkennen, dass die Zergliederung der Gewichtung in Teilschritte die Rechtssicherheit einer Methode durchaus erhöht.¹⁴⁶⁰ Immerhin gerät sie dadurch transparenter und vermeidet, in einem unübersichtlichen Geflecht Spielräume für Beliebigkeit zu öffnen.¹⁴⁶¹ Schließlich lassen sich kleinteilige Einzeloperationen eines Schemas leichter nachvollziehen als die latent nebulöse Berücksichtigung aller Umstände in einem Gesamtschritt.¹⁴⁶²

Die Gewichtungsoperation stattdessen in Teilabschnitte zu zergliedern, vermeidet umgekehrt nicht nur die Intransparenz der Methode als weitreichendes Einfallstor für Wertungsspielräume. Sie erleichtert auch die vorhersehbare Einordnung von Sachverhaltsdaten auf der Kardinalskala, indem sie Einzeldimensionen aus dem Gesamtsachverhalt herauslöst, die sich besonders für eine exakte Bemessung eignen.¹⁴⁶³

aa. Teilkomponenten der Grundrechtsbeeinträchtigung

Um eine konkrete Grundrechtsbeeinträchtigung in ihre gewichtungsrelevanten Teilaspekte zu zergliedern, haben Teile der Rechtsprechung und Literatur bereits gewisse Vorarbeit geleistet. Einzelkomponenten, die die Stärke eines Eingriffs bestimmen, sind bereits laut diversen BVerfG-Entscheidungen und instruktiven Beiträgen von *Endicott*¹⁴⁶⁴ und *Sampaio*¹⁴⁶⁵ primär:

1. die Eingriffsdauer.¹⁴⁶⁶
2. die Intensität der Wirkung einer Maßnahme auf die geschützte subjektive Lebenssphäre eines Grundrechtsträgers (Beeinträchtigungsgrad im engeren Sinne)¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁰ Vgl. *Smet*: Resolving Conflicts between Human Rights, 2016, S. 141; *Windisch*, in: Rechtstheorie 2013, 61, 88f.

¹⁴⁶¹ Vgl. *Moreso*, in: ARSP 2012, 411, 415.

¹⁴⁶² Vgl. *Barak*: Proportionality, 2012, S. 355.

¹⁴⁶³ Vgl. *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 102.

¹⁴⁶⁴ *Endicott*, in: Proportionality and the Rule of Law, 2014, 311.

¹⁴⁶⁵ *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 103ff.

¹⁴⁶⁶ Vgl. BVerfGE 128, 326; BVerfG, NJW 2005, 40; *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 104.

¹⁴⁶⁷ Vgl. BVerfGE 27, 344, 351; BVerfGE 45, 187, 230ff.; BVerfGE 115, 118, 164f.

Diese Einzelkomponente kann noch einmal für jedes Verfassungsgut in Teilfaktoren zergliedert werden, die den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich oder Zustand konstituieren. Bei der körperlichen Unversehrtheit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG zum Beispiel gehören zu diesen Teilelementen zumindest einerseits die physisch-biologische Integrität und andererseits die psychologische. Deren Bereiche wiederum zerfallen noch einmal jeweils in die Wirkungszonen des Schmerzes und der Gebrauchsbeeinträchtigung von körperlichen bzw. geistigen Fähigkeiten.¹⁴⁶⁸ Schützt das Grundrecht eine Betätigungsfreiheit, so lässt sich der geschützte Bereich untergliedern in die Alternativen, die dem Betroffenen für eine Betätigung desselben Grundrechts verbleiben (Ausweichmöglichkeiten)¹⁴⁶⁹.

Definieren lässt sich die Eingriffsintensität demnach als Menge der für den einzelnen Grundrechtsträger subjektiv relevanten unter einem Grundrecht geschützten Teilelemente bzw. Betätigungsformen, deren Gebrauch der Eingriff unterbindet.¹⁴⁷⁰ Je mehr davon eine Maßnahme durch normiertes Verbot oder faktische Vereitelung beschränkt, desto intensiver gerät der Eingriff.

In jedem Fall dürfte die Intensität zudem davon abhängen, inwiefern der Betroffene eigenverantwortlich beeinflussen kann, ob er eine Beeinträchtigung erleidet oder nicht. Für die Gewichtung muss es beispielsweise einen Unterschied machen, ob ein Unschuldiger oder ein rechtskräftig Verurteilter aus seiner Wohnung geholt wird.¹⁴⁷¹ Der Faktor der Eigenverantwortlichkeit ist somit bei der Intensitätsbemessung ebenfalls stets mit zu berücksichtigen. Zutreffend bemerkt das BVerfG in der Rasterfahndung-II-Entscheidung daher: „*Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat*“¹⁴⁷². Höhere Intensitäten setzen insofern zwingend voraus, dass der Grundrechtsträger Opfer einer Beschränkung wird, die er nicht mit zumutbarem Aufwand vermeiden kann, ohne dafür auf die Grundrechtsbetätigung zu verzichten.¹⁴⁷³ Gerade eigenverantwortlich provozierte Eingriffe dürfen demgegenüber allenfalls ausnahmsweise als besonders invasiv gelten. Bei alledem ist aufgrund des subjektiven Schutzcharakters der Grundrechte stets nur auf diejenigen geschützten Betätigungsformen abzustellen, die für ein beeinträchtigtes Individuum relevant sind: Der für die Gewichtung relevante Intensitätsumfang definiert sich darüber, wie viele von ihnen ein Eingriff unterbindet.¹⁴⁷⁴

Sampaio bemisst das konkrete Gewicht zusätzlich danach, inwieweit eine Beeinträchtigung vom Normalzustand abweicht.¹⁴⁷⁵ Dieses Zusatzkriterium ruft indes das Problem hervor, dass überhaupt erst einmal zu klären ist, was als Normalzustand gilt. Ferner scheint es nicht zwingend, diese Dimension einer Grundrechtsbeeinträchtigung gesondert zu berücksichtigen. Im Gegenteil riskiert

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 55 m.w.N.

¹⁴⁶⁹ Vgl. BVerfGE 58, 137, 149f.; *Müller*: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 101.

¹⁴⁷⁰ Vgl. *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 99.

¹⁴⁷¹ Vgl. *Endicott*, in: Proportionality and the Rule of Law, 2014, 311, 331ff.

¹⁴⁷² BVerfGE 115, 320, 354.

¹⁴⁷³ Vgl. *Endicott*, in: Proportionality and the Rule of Law, 2014, 311, 330.

¹⁴⁷⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

¹⁴⁷⁵ Siehe *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 105.

eine separate Erfassung, den Intensitätsgrad insgesamt durch Doppelberücksichtigung überzeichnet abzubilden. Mit der zusätzlichen Wertungsklasse ‚Anomalität der Beeinträchtigung‘ verzeichnet neben dem Intensitätsfaktor nämlich gleich ein zweites Kriterium eine Abweichung der Eingriffsschärfe vom Mittelwert.

Ein ähnlicher Vorwurf wendet sich gegen sonstige zusätzliche Gewichtungsfaktoren, etwa gegen die von *Smet* konzipierten Kriterien wie den Aspekt, ob der Eingriff den Kern- oder den Randbereich des Schutzbereichs betrifft¹⁴⁷⁶. Einerseits eröffnet ein solcher separater Gewichtungsfaktor neue Abgrenzungsschwierigkeiten und damit neue Wertungsspielräume. Andererseits riskieren derartige Zusatzkriterien ebenso wie dasjenige *Sampaio* eine verzerrende Doppelgewichtung, weil bereits die Faktoren der Dauer und Intensität aussagen, inwiefern der Kerngehalt eines Grundrechts angetastet wird.¹⁴⁷⁷

Derweil beschreiben schon die hier vorgeschlagenen Größen der Dauer und Intensität des Eingriffs in den Freiheitsraum als Sammlung geschützter Teilelemente bzw. Betätigungsformen eine Beeinträchtigung erschöpfend im Raum-Zeit-Kontinuum.¹⁴⁷⁸ Solange der Wirkungsgrad innerhalb dieser Dimensionen nur gewissenhaft ermittelt wird, erfassen die Kriterien also vollständig die tatsächliche Beeinträchtigung, ohne dass dazu weitere Gesichtspunkte separat in die Gewichtung einfließen müssten. Dem Faktor der Zeit haftet dabei zudem der Vorzug an, dass er empirisch exakt messbar ist: Das heißt, dass die von der Rechtsprechung gesetzten Schwellenwerte verschiedener Grade der Dauer sich derart präzise fixieren lassen, dass eine genaue Einordnung der Sachverhalte entlang der Abgrenzungspunkte auf dieser Skala gelingt. Beliebig einstuftbare Grenzfälle drohen hier nicht schon wegen sprachlicher Unschärfe.¹⁴⁷⁹

bb. Teilkomponenten der Rechtfertigung

Auch auf Seiten der rechtfertigenden Wirkung hat die Rechtsprechung mehrere Teilkomponenten herausgebildet, die über deren konkrete Gewichtung bestimmen. Als gewichtungsrelevant gelten insofern die Zahl der Begünstigten¹⁴⁸⁰, der Schutzgrad im Einzelfall¹⁴⁸¹, die Schutzdauer, die Wahrscheinlichkeit¹⁴⁸² und die Menge an leicht weniger geeigneten, aber dafür deutlich mildernden Alternativmaßnahmen¹⁴⁸³. Ähnlich dem letztgenannten Punkt hält *Sampaio* die Effizienz einer Maßnahme für besonders relevant in der Gewichtung ihrer Rechtfertigung.¹⁴⁸⁴

Um eine Doppelberücksichtigung ähnlicher Punkte und damit eine Gewichtsverzerrung zu vermeiden, liegt es nahe, die Effizienz nicht neben den übrigen Faktoren zu berücksichtigen. Eine Lösung verspricht dagegen folgende Anordnung der Unterfaktoren im konkreten Gewicht der

¹⁴⁷⁶ Siehe *Smet*, in: When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, 2017, 38, 47ff.

¹⁴⁷⁷ Vgl. *Smet*, in: When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, 2017, 38, 46f.

¹⁴⁷⁸ Vgl. *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 104.

¹⁴⁷⁹ Vgl. *Da Silva*, in: Oxford Journal of Legal Studies 2011, 283, 284.

¹⁴⁸⁰ Vgl. BVerfGE 115, 118, 164f.

¹⁴⁸¹ Vgl. BVerfGE 115, 118, 164f.; BVerfG, NJW 2015, 1359, 1364ff.

¹⁴⁸² Vgl. BVerfGE 90, 145.

¹⁴⁸³ Vgl. BVerfGE 17, 108; BVerfGE 121, 317, 355ff.

¹⁴⁸⁴ Siehe *Sampaio*, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 103ff.

Rechtfertigung: Zu dessen alleinigem unmittelbarem Kriterium mag man die Effizienz einer Maßnahme erklären. Sodann lässt sie sich ihrerseits danach bemessen, wie wahrscheinlich eine Maßnahme (gegenüber ihren Alternativen) wie viele Personen wie lange und wie intensiv im Sinne ihres Ziels begünstigt.

Schon allein durch eine entsprechende Zergliederung gewinnt die Gewichtungsmethode offenbar an Rechtssicherheit: Zu denken ist an Abwägungskonstellationen, in denen eine langwierige Schutzwirkung zugunsten einer Vielzahl einen intensiven, aber bloß punktuellen Eingriff zulasten eines Einzelnen rechtfertigen soll.¹⁴⁸⁵ Eine derartige Abwägungssituation entspricht in etwa derjenigen im Caroline-II-Urteil¹⁴⁸⁶. Nimmt man hier intuitiv eine Gesamtschau vor, ohne die Einzelkomponenten im Detail zu analysieren, riskiert man, vorschnell den bloßen Intensitätsgrad im engeren Sinne zu überproportionieren. Dadurch blendet man sonstige Einzelkomponenten aus und geht übereilt von einem schweren Eingriff aus. Indes erweist sich zuweilen lediglich der Beeinträchtigungsgrad im engeren Sinne als besonders schwer – so wie bei der Veröffentlichung der Fotos von Caroline von Monaco¹⁴⁸⁷. Dagegen wäre gesondert genauer zu überprüfen, inwiefern eine solche Publikation diese Wirkung hinreichend langanhaltend entfaltet. Entgegenstehen können dem umgekehrt starke Werte der Rechtfertigung auf anderen Unterskalen, etwa wegen eines nachhaltigen und von einer breiten Zahl von Grundrechtsträgern geteilten Schutzinteresses – wie zum Beispiel demjenigen der Öffentlichkeit an einer freien Presse¹⁴⁸⁸.

Bereits die bloße Zergliederung von Eingriffen und Rechtfertigungen in Teildimensionen reduziert die Zahl der Fälle, in denen die Gewichtszumessung in einen weiten Raum des diskursiv Möglichen fällt – und damit in das Belieben des Richters.¹⁴⁸⁹ Denn auch ohne Ersatz für den Diskurs als Gewichts bemessungsregel begünstigt die Untergliederung eine rechtssichere Abwägung zumindest dort, wo erst die Einzelkomponenten eine Nähe zu Tiefst- oder Höchstwerten offenbaren. Nähert sich nämlich etwa die Grundrechtsbeeinträchtigung immerhin in einem Teilaspekt erkennbar dem jeweiligen Extremen, ist zumindest in diesem Unterpunkt eine eindeutige (diskursiv notwendige) Gewichtung möglich.

Eine Gesamtbetrachtung ohne derartige Detailanalyse sagt demgegenüber methodenehrlicher Weise häufig nur aus, dass die Beeinträchtigungs- und Rechtfertigungsgrade insgesamt *irgendwo* zwischen den beiden Extremen der Skalen der Wirkungsstufen liegen.

b. Skalenwerte

aa. Grade der Grundrechtsbeeinträchtigung

Belässt man es bei der triadischen Skala der Kieler Schule, um in den aufgezeigten Einzelkategorien Teilgewichtungen vorzunehmen, wären auf Seiten der konkreten Grundrechtsbeeinträchtigung

¹⁴⁸⁵ Vgl. *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 222f.

¹⁴⁸⁶ Vgl. BVerfGE 101, 361.

¹⁴⁸⁷ Vgl. BVerfGE 101, 361, 392.

¹⁴⁸⁸ Vgl. BVerfGE 101, 361, 395f.

¹⁴⁸⁹ Vgl. *Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1998, S. 121.

insgesamt neun Intensitätsstufen denkbar. Diese reichen von kurzfristigen Eingriffen mit schwacher Intensität zu langwierigen tiefgreifenden Einschnitten. Jede einzelne Abstufung provoziert dabei eigene Abgrenzungsschwierigkeiten und zusätzliches Ermessen im Grenzbereich.¹⁴⁹⁰

Wie gesehen verlangt Art. 19 Abs. 2 GG als einzige diesbezüglich zwingende Verfassungsvorgabe allerdings nur zwei Abstufungen: zwischen besonders geschützten Betätigungen im Wesensgehalt und sonstigem Grundrechtsgebrauch einerseits und zwischen unzulässigen und zulässigen Beeinträchtigungen des letzteren andererseits.¹⁴⁹¹ Wohlgedenkt: Dies erfordert lediglich eine Dreistufigkeit auf Ebene der Gesamtbewertung der Eingriffsgrade.

Somit ist es möglich, jeweils eine Stufe der Unterskalen einzuebnen und nur noch zwischen tiefgreifender und nicht tiefgreifender Intensität und langer und nicht langfristiger Dauer zu differenzieren. Dadurch spart man auf jeder Unterskala einen von zwei Grenzbereichen aus.

Da zur Rechtsfindung in der Oberstruktur eine grobe Einordnung der Eingriffsschwere genügt, lassen sich zudem die Werte auf den Unterskalen nach einem vereinfachten System verrechnen, um das Gesamtgewicht zu ermitteln:¹⁴⁹² Beiden zu gewichtenden Einzelementen kommt eine gewisse Bedeutung zu, sodass im ordinalen Verhältnis langfristige tiefgreifende Eingriffe als gewichtiger anzusehen sind als Eingriffe, die nicht auf beiden Unterskalen die Höchstwerte erreichen. Umgekehrt sind am ordinalen Tiefpunkt der Gesamtskala Eingriffe einzustufen, die auf keiner Unterskala den oberen Wert erreichen. Betrachtet man deshalb der Übersichtlichkeit halber nicht langfristige tiefgreifende Eingriffe ebenso wie langfristige nicht tiefgreifende als mittelschwer, gelangt man zurück zu einer triadischen Skala. Diese würdigt nun aber anders als die von *Alexy* das konkrete Gewicht nicht bloß anhand einer Gesamtkomponente, sondern anhand zweier Unterkomponenten:

Niedriges Gewicht	Mittleres Gewicht	Hohes Gewicht
Nicht langfristige nicht tiefgreifende Beeinträchtigungen	Nicht langfristige tiefgreifende Beeinträchtigungen	Langfristige tiefgreifende Beeinträchtigungen (Eingriffe in den Kernbereich)
	Langfristige nicht tiefgreifende Beeinträchtigungen	

Tabelle 1: Skalenwerte der konkreten Gewichtung einer Beeinträchtigung

Auf Ebene der Unterskalen besteht jeweils nur noch an einer Stelle ein Abgrenzungsproblem: zwischen der Kurzfristigkeit und der Langfristigkeit bei der Gewichtung der Dauer sowie zwischen

¹⁴⁹⁰ Vgl. *Jestaedt*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, 253, 266.

¹⁴⁹¹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa; Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.cc.

¹⁴⁹² Vgl. *Riehm*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 74.

der nicht tiefgreifenden und der tiefgreifenden Intensität bei der Gewichtung des Beeinträchtigungsgrades im engeren Sinne.

Die abstrakte Relevanz der betroffenen Verfassungsgüter, die empirische Wahrscheinlichkeit und die Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen für den Eingriff sind im Rahmen der Gewichtung der Intensität mit zu berücksichtigen. Wie genau sich diese Unterfaktoren auf die zuzuweisenden Gewichtswerte auswirken, erörtert der Folgeabschnitt, der sich den Gewichtungskriterien widmet.

Schon im Zuge der hiesigen Klärung der zuteilbaren Skalenwerte lässt sich aber feststellen: Die empirische Wahrscheinlichkeit, die normative Einstufungssicherheit und das abstrakte Gewicht müssen nicht mehr gesondert gewichtet werden. Daher changiert das Gesamtgewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung im funktionalen Modell maximal zwischen drei Werten.

Das begrenzt im Übrigen die auf Ebene der Oberstruktur gegenüberzustellenden Faktoren. Die Variablen des abstrakten Gewichts und der empirischen Wahrscheinlichkeit werden nicht mehr separat befüllt und lassen sich somit herauskürzen. Das Gleiche gilt im Übrigen für den Faktor der normativen Reliabilität. Da sich die funktionale Gewichtungsmethode anschickt, Gewichtswerte vorhersehbarer zu bestimmen als das diskursive Modell, bedarf es nämlich keiner gesonderten Koeffizienten, um den Grad der Unsicherheit bei der Zuweisung anzugeben.

Trotz dieser Umstellungen gegenüber dem Abwägungsverfahren der Kieler Schule harmonisiert die funktionale Gewichtungsmethode aber mit der in Kapitel 3 als bewährteste Oberstruktur herausgearbeiteten Gewichtsformel. Das lässt sich erkennen, wenn man bedenkt, dass die Neufassung sich inhaltlich mit einem Modell deckt, das alle acht Faktoren auf der Ebene der Oberstruktur bestehen lässt. Dieses müsste lediglich in der Darstellung die wegfallenden Komponenten allesamt mit Einheitswerten versehen und diese stehenlassen, statt sie zu Übersichtszielen herauszukürzen. Rechtfertigen ließe sich auch diese Aufstellung damit, dass schon der Gewichtswert der konkreten Wirkungsgrade den individuellen Besonderheiten der empirischen Wahrscheinlichkeit und abstrakten Relevanz Rechnung trägt. Letzteres scheint schon deswegen mit einem überschaubaren Aufwand verbunden, weil die abstrakte Bedeutung beeinträchtigter Grundrechte und rechtfertigender Verfassungsgüter in der Regel gleichhoch ausfällt.¹⁴⁹³

Letztlich dient es allein der Übersichtlichkeit, nur noch die Faktoren der konkreten Gewichtung auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung im Modell auszuweisen. Diese Darstellungsweise verdeutlicht den sichtbarsten Vorzug der Anpassungen durch die funktionale Gewichtungsmethode: Sie erspart sich Rechtfertigungsschwierigkeiten in der Frage, wieso verschiedene zu gewichtende Elemente in der Gewichtsformel beispielsweise durch Multiplikation und nicht anders zueinander in Beziehung zu setzen sind. Denn die Frage stellt sich mangels verschiedener separat zu gewichtender Faktoren nicht mehr.

Denkbar ist indes, dass die Anordnung zu gewichtender Einzelelemente und ihre Gewichtungsstufen im funktionalen Modell an anderer Stelle den Verfassungsvorgaben

¹⁴⁹³ Vgl. Klatt, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 891, 893.

zuwiderlaufen: Die Einebnung von Zusatzfaktoren und Zwischenstufen bedeutet nämlich auch, dass tiefgreifende langfristige Beeinträchtigungen stets Eingriffe in den Kernbereich bilden, die per se unzulässig sind. Das verengt den staatlichen Handlungsspielraum möglicherweise übermäßig. Umgekehrt gilt selbst der einschneidendste kurzfristige Eingriff nicht als schwer. Dies droht, den Grundrechtsschutz an manchen Stellen empfindlich zu nivellieren.

Nach vollständiger Vorstellung der funktionalen Gewichtungsmethode sollen die entsprechenden Befürchtungen ausgiebig diskutiert werden.¹⁴⁹⁴ Schon jetzt lässt sich aber bemerken, dass jedenfalls ab einem hinreichend gravierenden Intensitätsniveau Dauermaßnahmen nicht mehr zu rechtfertigen sein dürften, wenn man den Grundrechtsschutz ernstnimmt. Zugleich fällt es schwer, von einer schwerwiegenden Grundrechtsverletzung zu sprechen, wenn ein Eingriff tatsächlich nur punktuell wirkt und nicht wenigstens irgendeine anhaltende Beeinträchtigung nach sich zieht.

bb. Grade der Rechtfertigung

Auf Ebene der Rechtfertigung erfordert eine Korrektur der Gewichtungsmethode zunächst, die abstrakte Relevanz und die empirische Wahrscheinlichkeit neben der konkreten Wirkung nicht mehr separat zu gewichten. Ihre Variablen entfallen somit auf Ebene der Gewichtsformel. Zu ermitteln ist stattdessen nur noch das konkrete Gewicht, wobei hier die abstrakte Bedeutung und die empirische Wahrscheinlichkeit einzubeziehen sind. Um eine Gegenüberstellung mit dem Grad der Grundrechtsbeeinträchtigung zuzulassen, sollte das konkrete Gewicht der Rechtfertigung allein dadurch bestimmt werden, dass ihr ebenfalls einer von drei Skalenwerten zugemessen wird.

Fraglich bleibt aber zunächst, zwischen welchen Fixpunkten diese aufzuhängen sind. Schließlich zeigte die Auseinandersetzung mit dem Modell der Kieler Schule, dass der Verwirklichungsgrad des legitimen Zwecks ein denkbar ungeeigneter Orientierungspunkt dafür ist, was als schwerwiegende Rechtfertigung gelten kann. Bei subjektiver Betrachtung durch den Eingreifenden wird das Optimum nämlich fast immer erreicht, bei objektiver Betrachtung als reines Ideal nie. Erstere Variante marginalisiert den Grundrechtsschutz in unzulässiger Weise, letztere die vom Demokratieprinzip geforderte Handlungsfähigkeit des Staates und vor allem des Gesetzgebers.¹⁴⁹⁵ Wie lassen sich dennoch verschiedene Gütegrade einer Rechtfertigung abgrenzen, ohne Grundrechte einzuebnen oder den Staat handlungsunfähig zu machen?

Die Überlegungen zur Hypothesenkorrektur haben bereits herausgestellt, dass mangels Orientierungsmöglichkeiten an den Extremen der Skala Schwellenwerte zur Mitte hin definieren müssen, wann die Rechtfertigung besonders schwer oder leicht wiegt.

Einen konkreten Ausweg verspricht daher möglicherweise der Ansatz, auf Rechtfertigungsebene die konkrete Gewichtung nach relativen objektiven Verwirklichungsgraden eines legitimen Zwecks auszurichten, nicht mehr nach absoluten. Dazu greift man den Gewichtungsfaktor des BVerfG auf,

¹⁴⁹⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.

¹⁴⁹⁵ Siehe weiterführend Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

der in Erweiterung des Erforderlichkeitskriteriums berücksichtigt, welche mildere Alternativen mit *ähnlichem* Wirkungsgrad zugunsten des Ziels der Maßnahme in Betracht gekommen wären.¹⁴⁹⁶

Systematisiert man diesen Prüfungspunkt, lassen sich zunächst alle Alternativen identifizieren, die dem gleichen Ziel dienen sollen wie der fragliche Eingriff. Diese lassen sich danach ordnen, wie effizient sie dem gemeinsamen Zweck jeweils dienen.¹⁴⁹⁷

Die Effizienz dürfte sich am ehesten danach beurteilen lassen, wie weitreichend sie das Ziel verwirklichen und wie groß die Eingriffsschwere im Verhältnis hierzu ausfällt. Da zur Einordnung innerhalb einer dreigliedrigen Kardinalskala bloße Tendenzaussagen genügen, kann sich die Prüfung darauf beschränken, den relativen Zielverwirklichungsgrad mit Handlungsoptionen zu vergleichen, die eine höchstens mit dem gleichen Gewichtswert versehene Eingriffsintensität aufweisen. Das schließt mildere und moderat schärfere Alternativen ein, keineswegs aber deutlich schwerwiegendere Varianten, die in eine höhere Gewichtsklasse fallen.

In Betracht kommt eine ähnliche Einschränkung auch im Hinblick auf das Budget der betrachteten Alternativen: Prüfungsrelevant sind mithin nur solche Alternativen, deren Grundrechtsbeeinträchtigung kein höheres Gewicht aufweist als der fragliche Eingriff und deren Kosten nicht wesentlich höher ausfallen.

Unter den so eingegrenzten relevanten Alternativen gilt jede Maßnahme als effizienter, die insgesamt einen höheren Wirkungsgrad zugunsten der Zielsetzung erreicht. Der Grund hierfür mag sein, dass die Wirkung mit größerer Wahrscheinlichkeit eintritt oder mehr Personen begünstigt oder länger andauert. Als ineffizienter gilt demgegenüber jede zielgerichtete Alternative zum Eingriff, die einen geringeren Wirkungsgrad zugunsten der Zwecksetzung entfaltet – zum Beispiel, weil der Nutzen mit geringerer Wahrscheinlichkeit eintritt, weniger Adressaten bevorteilt oder kurzfristiger wirkt.¹⁴⁹⁸

Das konkrete Gewicht der Rechtfertigung lässt sich dann danach bemessen, wie viele effizientere und ineffizientere Alternativen zur fraglichen Maßnahme bestehen. Besonders schwerwiegende bzw. besonders schwache Rechtfertigungen lassen sich innerhalb dieser Dimension im Verhältnis dadurch definieren, dass sie Schwellenwerte zur Skalenmitte übersteigen. Ab welchem Punkte diese Schwellenwerte überschritten werden, muss letztlich durch eine anfängliche Setzung festgelegt werden. Ab welcher Zahl (in-)effizienter Alternativen eines Eingriffs genau ein möglicher Gewichtswert seiner Rechtfertigung vom nächsthöheren abgegrenzt wird, lässt sich nämlich nicht streng logisch aus irgendeiner Verfassungsvorgabe folgern.

Im Gegenteil hat die Auseinandersetzung mit den bisherigen Gewichtungsmethoden klargemacht, dass die Verfassung Gestaltungsspielräume offenhält, solange das Verfahren weder die Einschätzungsprärogative noch den Kernbereichsschutz verkennt. Letzterer wird schon dadurch

¹⁴⁹⁶ Vgl. BVerfGE 17, 108.

¹⁴⁹⁷ Vgl. Sampaio, in: Proportionality in Law, 2018, 71, 104f.

¹⁴⁹⁸ Siehe zu den Teilkomponenten bereits Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.bb.

eingehalten, dass ein als schwerwiegend geltender Eingriff sich keinesfalls rechtfertigen lässt. Auf Rechtfertigungsseite darf die Gewichtsskala den obersten Grad insofern nicht in unerreichbare Ferne rücken.¹⁴⁹⁹ Umgekehrt sollte die Skala es verhältnismäßig einfach gestalten, zumindest einen mittleren Wert zu erreichen, damit der Eingreifende wenigstens moderate Interventionen außer bei grober Ineffizienz rechtfertigen kann. Hiernach verlangt die gebotene Handlungsfähigkeit des Staates und insbesondere des Gesetzgebers.

Ein erster Vorschlag mag die Schwellenwerte daher wie folgt fixieren:

1. Leicht wiegt die Rechtfertigung, wenn sich nur andere auf den gleichen Zweck gerichtete Alternativen zur fraglichen Maßnahme finden, die effizienter ausfallen.
2. Schwer wiegt der Rechtfertigungsgrund dagegen, wenn zur Verfolgung des Ziels statt des Eingriffs nur solche Varianten in Frage kommen, die sich ineffizienter gestalten.
3. Der mittlere Skalenwert auf Rechtfertigungsseite ist für Fälle vorgesehen, bei denen sowohl effizientere als auch ineffizientere Alternativen möglich wären oder nur gleicheffiziente.

Auf die Einordnung alternativloser Eingriffe verzichtet diese Aufteilung hingegen bewusst. Der Grund hierfür ist, dass es niemals gänzlich an Alternativen fehlt. Mindestens eine Alternative besteht nämlich immer darin, dass man den Eingriff schlichtweg unterlässt. Der Regelungszustand ex ante ist mithin stets eine mögliche Alternative, die wahlweise effizienter oder ineffizienter ausfällt.

Gegenüber der hier gewählten Zuordnung von Referenzpunkten zu den Skalenwerten kommen gewiss auch Alternativen in Betracht. Möglich wäre es beispielsweise, niedrige und hohe Gewichte schon ab einer gewissen absoluten Zahl effizienterer bzw. ineffizienterer Ersatzmaßnahmen vorzusehen. Auch ließen sich die Gewichte allein in Abhängigkeit davon zuweisen, ob eine Maßnahme im Vergleich zum vorherigen Regelungszustand die Zielsetzung effizienter oder ineffizienter erreicht. Insofern ist die von der funktionalen Gewichtungsmethode gewählte Aufteilung zunächst nur eine Hypothese unter mehreren denkbaren.

Dass sich das hiesige Modell auf Rechtfertigungsseite für die nachstehend erneut dargelegte Skalierung entscheidet, erklärt sich damit, dass sie die erkannten Defizite der falsifizierten Gewichtungsverfahren scheinbar zufriedenstellend löst. Die angeregte Grenzziehung erkennt nämlich, soweit ersichtlich, weder die Einschätzungsprärogative eingreifender Instanzen noch den zwingenden Kernbereichsschutz. Zugleich vermeidet sie Abgrenzungsschwierigkeiten: Denn die Zahl der pro Stufe benötigten effizienteren und ineffizienteren Alternativen ist transparent ausdefiniert und vermeidet aufgrund ihrer Exaktheit Unschärfen, die zu Zuordnungsschwierigkeiten in Grenzfällen führen könnten.

¹⁴⁹⁹ Vgl. Alexy, in: AöR 2015, 497, 511 ff.; Bäcker, in: Der Staat 2016, 433, 451 ff.

Niedriges Gewicht	Mittleres Gewicht	Hohes Gewicht
Effizientere Alternativen zur Begünstigung des legitimen Zwecks des Eingriffs, aber keine ineffizienteren	Teils effizientere und teils ineffizientere Alternativen	Keine effizienteren Alternativen, nur ineffizientere

Tabelle 2: Skalenwerte der konkreten Gewichtung einer Rechtfertigung

Damit soll keineswegs ausgeschlossen werden, dass die funktionale Gewichtungsmethode hier oder an anderer Stelle unbemerkt neue Einfallstore für Beliebigkeit schafft oder sonstige zwingende Verfassungsvorschriften missachtet. Vorläufig bleibt aber festzuhalten, dass das funktionale Verfahren bei der Bestimmung der Skalenwerte die identifizierten Unzulänglichkeiten der Vorgängermodelle behebt, ohne im gleichen Zuge offensichtliche neue Defizite zu provozieren.

c. Gewichtszumessung auf Seiten der Grundrechtsbeeinträchtigung

Inzwischen ist geklärt, welche Einzelfaktoren das funktionale Modell separat gewichtet und welche Gewichtswerte es hierbei zuzuweisen hat. Nun gilt es zu besprechen, nach welchen Gewichtungskriterien sich diese Zumessung der verschiedenen denkbaren Gewichtswerte bei den jeweiligen Teilkomponenten vollziehen soll.

aa. Einordnung der Dauer

Was bei einer Eingriffsdauer als kurz- und was als langfristig gilt, dürfte alsbald die Rechtsprechung klären. Ähnlich wie die abstrakten Gewichtungen vermag ein Präjudiz hier fallübergreifend für Klarheit zu sorgen, weil Erst-Recht-Schlüsse hieraus die Bewertung der Dauer flächendeckend für andere Fallkonstellationen fixieren.¹⁵⁰⁰

Erklärt ein Urteil beispielsweise allgemeinverbindlich einen Monat für eine kurze Dauer und ein anderes ein Jahr für eine lange, so verbleibt höchstens noch in den Fällen dazwischen eine Restunsicherheit. Im Belieben des Richters stünde die Gewichtung der Dauer somit nur noch, wo eine Maßnahme einen Grundrechtsträger länger als einen Monat, aber kürzer als ein Jahr beeinträchtigt.

Und je weiter die Rechtsprechung über Grenzfälle urteilt, desto weiter klärt sich für alle weiteren Fälle vorhersehbar, ab wann ein Eingriff lange dauert und bis wann nur kurz. Dies gilt jedenfalls, solange die Geltung von Präjudizien nicht auf bestimmte Fallgruppen begrenzt wird. Von solchen Beschränkungen dürfen Richter aber absehen, sofern sie die funktionale Gewichtungsmethode befolgen. Schließlich kann und will das Modell mit einheitlichen Gewichtungskriterien arbeiten, da diese zur Übersichtlichkeit beitragen und die Vorhersehbarkeit für einzelne betroffene Fälle erhöhen.

¹⁵⁰⁰ Vgl. Lopes, in: Proportionality in Law, 2018, 137, 148ff.

Kurzum verspricht der Rückgriff auf die in diesem Punkt bewährte Methode der präjudizienbasierten Gewichtszumessung Rechtsklarheit schon nach einer kurzen Periode der präzedenzlosen Fälle. Da die anfängliche Orientierungsphase im Vergleich zur danach unbefristeten Fortdauer des Methodengebrauchs kurz ausfällt, wirkt die erkennbare Beeinträchtigung der Rechtssicherheit vernachlässigbar.

Dies gilt umso mehr, als schon das Demokratieprinzip und das Gebot des effektiven Grundrechtsschutzes Setzungen des Schwellenwertes zwischen langer und kurzer Dauer nur in einem gewissen Korridor zulassen: Weil die Bewertung eines Eingriffs als nicht langfristig die Rechtfertigung erleichtert, erzwingt das Interesse an staatlichen Handlungsspielräumen solche bei bloß punktuellen Interventionen. Umgekehrt würde der Grundrechtsschutz zu sehr abgeschmolzen, sofern selbst jahrelange Belastungen noch als nicht langfristig gelten. Folgt die Rechtsprechung der funktionalen Gewichtungsmethode, verengt sich ihre Kompetenz, Schwellenwerte zu setzen, somit auf einen Graubereich, in dem zwingende Verfassungsvorgaben die Einordnung als langfristig oder nicht freistellen. Vorhersehbar ist die Zumessung der Dauer bis zu einem gewissen Grad folglich bereits vor Präjudizierung des Schwellenwerts, ab dem eine Beeinträchtigung als langanhaltend gilt.

Insgesamt erscheint das Vorgehen der funktionalen Gewichtungsmethode bei der Bemessung der Dauer von Eingriffen also berechenbar – jedenfalls nach erster vorläufiger Einschätzung.

bb. Einordnung der Eingriffsintensitäten

(a) Kritisch-rationale Intervallmessung

Um das Gewicht der Eingriffsintensität rechtssicher zu bestimmen, kommt eine Vorgehensweise in Betracht, die Ansätze von *Veel* und *Gruschke* fortdenkt.¹⁵⁰¹ Als Kriterium für eine hohe Gewichtung gilt es ihren Vorüberlegungen gemäß, ob ein fraglicher Eingriff in der relativen Nähe zur denkbaren maximalinvasiven Grundrechtsbeeinträchtigung liegt. Letztere bezeichnet die Stelle, an der ein Eingriff die Betätigung unter einem Grundrecht vollständig unterbindet, ohne dass den Betroffenen hierfür die Eigenverantwortung trifft.¹⁵⁰² An diesem Punkt ist die Intensität der Beeinträchtigung unstreitig als tiefgreifend anzusehen, weil definitionslogisch keine noch einschneidenderen Alternativen denkbar sind. Will der Grundrechtsschutz überhaupt eine Eingriffsintensität unterbinden, so diese maximalinvasive bzw. einen ihr ähnlichen Einschnitt.

So sehr die Bemessung der Eingriffsintensität nach der Nähe zu diesem Extremwert intuitiv einleuchtet,¹⁵⁰³ so sehr verlagert sie das Problem jedoch zunächst nur: Um ein verlässliches Gewichtungskriterium zu gewinnen, ist schließlich noch zu beantworten, ab wann ein Eingriff hinreichend nah an diesem Orientierungspunkt liegt. Es erschließt sich nämlich keineswegs von selbst, wo auf dem Kontinuum zwischen minimaler und maximaler Beeinträchtigung die Schwelle erreicht ist, ab der man von einem tiefgreifenden Eingriff zu sprechen hat.

¹⁵⁰¹ Siehe *Gruschke*: Vagheit im Recht, S. 56ff.; *Veel*, in: *Law & Ethics on Human Rights* 2010, 178, 199ff.

¹⁵⁰² Siehe bereits Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.aa.

¹⁵⁰³ Vgl. *Gruschke*: Vagheit im Recht, S. 56.

Die Rechtsprechung hat hierfür letztlich erst eine Abstufung einzuziehen. Ähnlich wie auf der Unterskala der Dauer ist der Schwellenwert zur tiefgreifenden Intensität nicht völlig beliebig setzbar. Er muss sich vielmehr in einem Korridor bewegen, den das Demokratieprinzip nach unten begrenzt und der Grundsatz des effektiven Grundrechtsschutzes nach oben. Einschränkungen nah am oberen Extremwert etwa müssen schon wegen Art. 19 Abs. 2 GG als tiefgreifend gelten. Zusätzliche Eingrenzungen trifft für jedes Grundrecht individuell dessen abstraktes Gewicht: Je bedeutsamer es nach Maßgabe der Präjudizien ausfällt, desto schneller lässt sich eine tiefgreifende, schwerer rechtfertigbare Eingriffsintensität bejahen und desto niedriger ist also der Schwellenwert anzusetzen.

Um eine Aussage darüber zu treffen, ob dieser überschritten wird, ist außerdem stets herauszustellen, an welcher Stelle zwischen Minimalinvasion und Maximalinvasion ein konkreter Eingriff einzuordnen ist. Es muss mithin auch das Verfahren geklärt werden, nach dem eine streitgegenständliche Beeinträchtigungsintensität ins Verhältnis zum denkbaren Maximum und Minimum gesetzt wird.¹⁵⁰⁴

Nach der funktionalen Gewichtungsmethode genügt es dazu, jeweils die denkbaren wirkungsstärkeren und -schwächeren Varianten von Eingriffen in das beeinträchtigte Grundrecht zu summieren. Diese Addition der invasiveren und der weniger invasiven Eingriffsalternativen ist zunächst rein quantitativer Art: Die bloße Menge stärkerer und schwächerer Beeinträchtigungsvarianten besagt nichts über die Breite der Intervalle zwischen diesen Zwischenstufen bzw. über ihren qualitativen Intensitätsunterschied.

Eine Hypothese zum Verhältnis der Summen alternativer Eingriffsformen mit geringerer oder höherer Intensität im engeren Sinne muss zudem zunächst vorläufig bleiben. Anfängliche Annahmen in einem Rechtsstreit hierzu, insbesondere die einseitigen Unterstellungen einer Seite, sind nur als Zwischenüberlegungen zur Menge der milderer und intensiveren Varianten anzusehen. Ihre Gesamtzahlen können erst finalisiert werden, sobald sich keine weiteren Zwischenstufen auf beiden Seiten mehr ersinnen lassen, die sich mehr als bloß ganz marginal von den bereits in der Addition berücksichtigten unterscheiden. Denkbar ist allerdings ein Punkt, an dem die am Messverfahren Beteiligten alle ihnen erdenklichen milderer und schärferen Eingriffsstufen in sämtlichen Teildimensionen benannt haben.

In der Praxis ist dieser erreicht, sobald beide Parteien mit der Aufzählung der ihnen bekannten milderer und tiefgreifenderen Alternativen zum streitgegenständlichen Eingriff fertig sind und keiner mehr eine Variante hinzufügen will. Bis dahin optimieren die Verfahrensbeteiligten die Summen der milderer und invasiveren Alternativen in einem Wechselspiel von Vorschlägen, Widerlegungen und Hypothesenkorrekturen durch die Nennung neuer Zwischenstufen. Damit bedient sich das Verfahren der bewährten Vorgehensweise des kritischen Rationalismus selbst. Die Grundregel der hier für die Rechtssicherheit maßstäblichen ‚Meta-Methode‘ wird somit auf der Ebene der funktionalen Gewichtungsmethode gespiegelt.¹⁵⁰⁵ Indem letztere also auf die besagte Art

¹⁵⁰⁴ Siehe *Veel*, in: *Law & Ethics on Human Rights* 2010, 178, 203; vgl. auch *Sampaio*, in: *Proportionality in Law*, 2018, 71, 99.

¹⁵⁰⁵ Siehe Kapitel 2, Abschnitt IV.

einen Eingriff ins Verhältnis zu den Zwischenstufen bis zur Maximal- und Minimalinvasion setzt, vollführt sie eine **kritisch-rationale Intervallmessung**.

Diese beginnt wie gesehen für jeden Eingriff mit der sukzessiven Herausbildung von Hypothesen zur Menge der milderer und intensiveren Zwischenstufen zur Minimal- und Maximalinvasion. Hiernach ist es möglich, die zu gewichtende Eingriffsintensität im engeren Sinne immerhin auf einer abschließenden Ordinalskala einzuordnen. Sie gibt an, welche Anzahl schwächerer Eingriffsalternativen gegenüber der Beeinträchtigung besteht und welche Anzahl intensiverer.¹⁵⁰⁶ Ordinal lassen sich dadurch Eingriffsvarianten mühelos intersubjektiv vorhersehbar gegenüberstellen, weil dafür nur zu bestimmen ist, *ob* alternative Eingriffswirkungen intensiver ausfallen und nicht *wie viel* intensiver.¹⁵⁰⁷ Mithilfe der daraus hervorgehenden Aneinanderreihung zunehmend intensiverer Wirkungsgrade kann man also verlässlich feststellen, wie viele Zwischenstufen eine konkrete Eingriffsintensität jeweils vom potenziellen Mindest- und Höchstwert trennen.

Bis dahin fehlt aber noch eine Aussage über die Distanz zwischen den einzelnen denkbaren Eingriffsstufen. Somit droht die funktionale Gewichtungsmethode offenbar, übermäßige Eingriffe in den Kernbereich zuzulassen, wenn die Beeinträchtigung zwar quantitativ etliche Zwischenstufen von der Maximalinvasion trennen, aber nicht qualitativ.

Ehe sich Betroffenheitsgrade unterschiedlicher Grundrechte ohne solches Risiko verlässlich messen lassen, ist es deshalb zusätzlich erforderlich, das fragliche Eingriffsniveau in einer kardinalen Maßeinheit einzustufen. Dazu genügt die bloße Einordnung in der Rangfolge zu anderen Eingriffen in das gleiche Schutzgut noch nicht. Da keine Methode ersichtlich ist, mit der sich die Größe der Intervalle zwischen den Eingriffsstufen in dieser Rangfolge bemessen ließe, bleiben sämtliche Abstandsmaße zwischen verschiedenen intensiven Eingriffsformen unbekannt.

Genau dadurch eröffnet sich aber ein Ausweg, um die ermittelbare Rangfolge denkbarer Eingriffsstufen auf Ordinalskalen in metrische Positionen auf Kardinalskalen zu transformieren:¹⁵⁰⁸ Denn wenn man unterstellt, dass die kardinale Intensitätsdifferenz sämtlicher Intervalle zwischen verschiedenen intensiven Eingriffsvarianten unbekannt ist, weisen die Abstände zwischen ihnen identische Erwartungswerte auf. Schließlich folgt die Bemessung der Länge jedes Intervalls zwischen ihnen gleichermaßen einem Zufallsexperiment.¹⁵⁰⁹

Finden sich beispielsweise 100 verschieden intensive Varianten für Eingriffe in einen bestimmten subjektiv relevanten Schutzbereich eines Grundrechts, überspannen die Intervalle zwischen ihnen die gesamte Bandbreite zwischen minimalinvasiver und maximalinvasiver Beeinträchtigung. Gibt man den konkreten Intensitätsgrad in kardinalen Größen wieder, mag man der schwächsten Eingriffswirkung den Wert 0% zumessen und der schwersten den Wert 100%. Da zwischen diesen beiden Werten wie gesagt 100 zunehmend intensivere Eingriffsvarianten liegen, trennt die jeweils

¹⁵⁰⁶ Vgl. Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 320f.

¹⁵⁰⁷ Vgl. Da Silva, in: Oxford Journal of Legal Studies 2011, 283, 283.

¹⁵⁰⁸ Vgl. Riehm: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 63f.

¹⁵⁰⁹ Vgl. Behnke/Behnke: Grundlagen der statistischen Datenanalyse, 2006, S. 195f.

zwei benachbarten von ihnen im Durchschnitt eine Intensitätssteigerung von 1%. Da die genauen Intervalllängen unbekannt sind, entspricht der Abstand zwischen einer Eingriffsvariante und der nächst schwerwiegenderen natürlich nicht zwangsläufig diesem Wert. Wie bei einem Zufallsexperiment üblich mag er ebenso gut höher oder niedriger ausfallen – und zwar ohne dass wir jemals die tatsächlichen Abstände einsehen können. Immerhin beträgt aber der Erwartungswert der Intervalllänge 1%. Gemäß dem Gesetz der großen Zahlen bedeutet dies, dass bei Betrachtung einer zunehmend großen Zahl der Einzelintervalle der tatsächliche Durchschnittswert ihrer Distanz sich diesem Wert annähert.¹⁵¹⁰

Trennen den fraglichen Grundrechtseingriff beispielsweise 81 mildere Alternativen vom minimalinvasiven Intensitätsgrad, liegt es stochastisch nahe, dass die Intervalle zwischen ihnen tatsächlich eine durchschnittliche Länge von 1% aufweisen. Dies verortet den streitigen Eingriff bei einem Intensitätsgrad von über 80%. So gelingt es unter Zuhilfenahme stochastischer Grundregeln, die zunächst bloß ordinal gereihten Intensitäten verschiedener Eingriffsvarianten zu kardinalisieren.

Gerade bei geringeren Mengen ermittelter Eingriffsalternativen ist die Schlussfolgerung von der ordinalen Reihung auf die Kardinalwerte in dieser Form gleichwohl keineswegs zwingend. Das Gesetz der großen Zahlen trifft naturgemäß nur dann eine Aussage, wenn tatsächlich eine hinreichend große Zahl von Zufallsexperimenten betrachtet wird, vorliegend also eine hinreichend große Zahl von Eingriffsvarianten bzw. den Intervallen zwischen ihnen. Und selbst wenn eine solche gegeben ist, deutet nur eine Tendenzaussage darauf, dass die betrachteten Intervalllängen wirklich den Erwartungswerten entsprechen: So sprechen 995 mildere und fünf härtere Alternativen zwar stochastisch dafür, dass den Eingriff ein Intensitätsgrad von über 99% kennzeichnet. Und trotzdem bleibt eine Restwahrscheinlichkeit, dass just die fünf schwerwiegenderen Eingriffsvarianten untereinander anormal lange Intervalle aufweisen, die 80% der Gesamtdistanz zwischen Minimal- und Maximalinvasion spannen – und nicht bloß ca. 0,5%.

Zu bedenken ist indes, dass wir niemals die tatsächliche Distanz zwischen einer Eingriffsvariante und seiner nächst schwereren Alternative freilegen können. Die Intervalllängen sind und bleiben uns unbekannt. Deshalb droht auch keine sachwidrige Einstufung des kardinalen Intensitätsgrades, wenn man sich einer am Gesetz der großen Zahlen angelehnten rechtlichen Fiktion bedient. Dieser zufolge entspricht der Intensitätsgrad stets der Summe der Erwartungswerte der milderen Eingriffsalternativen geteilt durch die Gesamtzahl aller benannten Eingriffsvarianten.

Zählt man die Einzelintervalle zusammen, wird es dadurch möglich, die Intensität des konkret zu gewichtenden Eingriffs in metrischen Einheiten ins Verhältnis zu Höchstmaß und Mindestmaß zu setzen. Daraus ergibt sich schon anhand der bloßen Zahlen der Zwischenstufen, ob eine konkrete Beeinträchtigung näher am einen oder am anderen Pol liegt. Je nachdem, ob dabei der auf derselben Kardinalskala der Intervalle festlegbare Schwellenwert überschritten wird, ist dabei eine tiefgreifende Intensität anzunehmen oder nicht.

Offen blieb bisher die Frage, wo genau eben jener Schwellenwert zur tiefgreifenden Intensitätsstufe anzusetzen ist. Dies ergibt sich nicht etwa schon aus dem Aufbau der Kardinalskala selbst. Denn es

¹⁵¹⁰ Vgl. *Alt*: Statistik, 2. Aufl. 2013, S. 262ff.; *Georgii*: Stochastik, 5. Aufl. 2015, S. 93ff., 120ff.

ist keineswegs zwingend, sondern vermutlich sogar unvereinbar mit dem Demokratieprinzip, tiefgreifende von nicht tiefgreifenden Eingriffen am Median der Intervalle zwischen den verschiedenen denkbaren Intensitätsstufen abzugrenzen. Das nämlich hieße, dass alle langwierigen Eingriffe gegen die Verfassung verstießen, solange sie in die obere Hälfte möglicher Intensitätsstufen einzuordnen sind. In solchen Fällen wäre schließlich die höchste Gewichtsstufe auf Eingriffsseite anzunehmen, also ein durch nichts zu rechtfertigender Eingriff in den Wesensgehalt im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG.¹⁵¹¹

Zwar würde es das Schutzniveau der Grundrechte ohne Frage heben, wollte man Eingriffe derartig weitreichend untersagen. Gerade bei Einschnitten durch Gesetze scheint es die parlamentarische Handlungsfähigkeit jedoch übermäßig zu beschneiden, unterbände man die ganze intensivere Hälfte der Dauermaßnahmen kategorisch durch den Kernbereichsschutz.

Eine vertretbarere Balance scheint gefunden, wenn man beispielsweise in den unteren vier Fünfteln der Intervallstufen noch von nicht tiefgreifender Intensität ausgeht und erst im oberen Quintil von schwerer. Bei besonderer abstrakter Bedeutung eines Grundrechts lässt sich der Marker freilich auch verschieben, um dessen allgemeine Relevanz innerhalb der konkreten Gewichtung zu berücksichtigen¹⁵¹². Bei Beeinträchtigungen der Menschenwürdegarantie etwa ließe sich der Schwellenwert zu den tiefgreifenden Intensitäten weit niedriger platzieren.¹⁵¹³ Bei einem abstrakt normalgewichtigen Grundrecht harmonisiert es aber durchaus Demokratieprinzip und effektiven Grundrechtsschutz, 80% der Dauereingriffe für rechtfertigbar zu erklären, die intensivsten 20% aber per se für unzulässig. Illustrieren lässt sich diese Abgrenzung der tiefgreifenden bzw. schweren Intensitätsstufen auf der Intervallskala anhand folgenden Schaubildes:

Damit ist freilich nur ein erster Vorschlag formuliert. Je nachdem, welches Schutzniveau die Rechtsprechung anstrebt, stellt es ihr die funktionale Methode der Gewichtszumessung anheim, zwischen welchen Intervallen sie die Trennlinie zwischen tiefgreifenden und nicht tiefgreifenden Eingriffsintensitäten zieht. Solange der Rechtsanwender dabei weder den Grundrechtsschutz marginalisiert noch die nötigen Handlungsspielräume des Staates einschnürt, scheinen verschiedene Abgrenzungspunkte gleichermaßen vertretbar.

¹⁵¹¹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa; Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.cc.

¹⁵¹² Vgl. Jansen, in: Der Staat 1997, 27, 47f.

¹⁵¹³ Vgl. Alexy, in: AöR 2015, 497, 511ff.; Alexy: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 97; Bäcker, in: Der Staat 2016, 433, 451ff.

Letztlich erlaubt es dieser Ermessensspielraum auch, mit einer einzigen zentralen Stellschraube transparent und berechenbar die Kontrolltiefe der Verfassungsgerichtsbarkeit festzulegen. Wie streng diese prüft, kann sie insofern an der Machtstellung ausrichten, die ihr innerhalb der gelebten Verfassungsordnung zufällt. So vermeidet die Verfassungsjustiz jedenfalls, sich in der Praxis erst ad hoc dem jeweiligen politischen Druck beugen zu müssen.¹⁵¹⁴

Die hiesigen Darstellungen der Intervallskalen sollen im Übrigen nicht den falschen Eindruck erwecken, die tatsächliche Eingriffsintensität und der Schwellenwert ließen sich mit mathematischer Präzision punktgenau bestimmen: Die Mengen der intensiveren und wirkungsschwächeren Stufen gegenüber dem eigentlichen Eingriff werden schließlich kritisch-rational gemessen. Daher beanspruchen entsprechende Messergebnisse nie Unfehlbarkeit, sondern bilden lediglich bewährte, aber letztlich stets vorläufige Hypothesen. Es lässt sich somit nie ausschließen, dass es den Verfahrensbeteiligten misslingt, alle milderen und härteren Zwischenstufen zusammenzutragen, selbst wenn keiner mehr Bedarf nach einer Korrektur ihrer angenommenen Anzahl erkennt. Denkbar bleibt gerade angesichts der begrenzten Ressourcen im Prozess, dass schlichtweg ein alternativer Wirkungsgrad übersehen wird und tatsächlich mehr sanftere oder schärfere Eingriffsvarianten bestehen als vermutet.

Die schematische Visualisierung der Intervallskalen soll mithin nur das Grundprinzip verdeutlichen: Wegen der unbekannten und deshalb im Zweifel gleichgroßen Intervalle ermöglichen robuste Annahmen zur ungefähren Anzahl milderer und invasiverer Zwischenstufen zumindest eine grobe Einordnung auf der Intensitätsskala intersubjektiv vorhersehbar. Mehr muss das Bemessungsverfahren aber auch nicht leisten: Schließlich erübrigt sich aufgrund der Vereinfachung der Skala eine mathematisch exakte Verortung eines Eingriffs. Die verlässliche Zuweisung eines der wenigen Skalenwerte erfordert stattdessen bloß eine berechenbare Tendenzaussage darüber, wie tiefgreifend ein Eingriff ausfällt. Eine solche jedenfalls gestattet die kritisch-rationale Intervallmessung.

Dasselbe gilt im Übrigen für die Festlegung des Schwellenwertes. Es ist nicht nötig, diesen beispielsweise punktgenau am Intervall zwischen zwei Intensitätsstufen am Ende des vierten Quintils der Skala zu fixieren. Für die Vorhersehbarkeit der funktionalen Gewichtungsmethode ist es ausreichend, wenn die Urteilspraxis die ungefähre Stelle auf dem Kontinuum denkbarer Intensitäten herausarbeitet, ab dem ein Eingriff als tiefgreifend gilt. Möglich ist dies etwa durch eine ‚Jedenfalls‘-Rechtsprechung, die verdeutlicht, ab welchem Intervall bei einem bestimmten Grundrecht unstreitig ein tiefgreifender Eingriff gegeben ist.

Dabei ist es im Übrigen entbehrlich, dass ein Gericht das Intervall des Schwellenwertes streng mathematisch im Abstand zu den Extremen ausweist. Die Setzung muss es lediglich zulassen, auf dem Kontinuum der Intensitätsskala die ungefähre Position intersubjektiv vorherzusehen, die mit der sprachlichen Beschreibung des Schwellenwertes korreliert. Wie sich diese Anforderung konkret einhalten lässt, veranschaulichen die exemplarischen Intervallmessungen in Abschnitt III.4 anhand von Fallbeispielen.

¹⁵¹⁴ Vgl. *Mann*, in: *Global Constitutionalism* 2018, 14.

Sind die Schwellenwerte einmal gesetzt, ist es für die Rechtssicherheit lediglich ausschlaggebend, dass die festgelegte Grenzziehung fallunabhängig beibehalten wird. Dann nämlich lässt sich für jede künftige Streitgegenständliche Maßnahme berechenbar prüfen, ob sie oberhalb oder unterhalb der Grenzschwelle zu den schwereren Intensitäten einzustufen ist. Ermittelt man beispielsweise ähnlich viele mildere und schwerere Intensitätsstufen gegenüber dem konkreten Intensitätsgrad, liegt der streitige Eingriff jedenfalls in den ersten vier Fünfteln der Skala. Dann ist er erkennbar als nicht tiefgreifend einzuordnen, wie das nachfolgende Schaubild veranschaulicht:

Alternativ lässt sich die skizzierte Gewichtungsmethode auch dergestalt einsetzen, dass sie nicht alle *erdenklichen* Einzelintervalle berücksichtigt, sondern nur bereits in Präjudizien ermittelte Intensitäten von Eingriffen in das gleiche Grundrecht. Aktuell streitige Eingriffsintensitäten könnte die Rechtsprechung somit zwischen bereits gerichtsbekannten Varianten einordnen. Auf diesem Wege würde sich für jedes Grundrecht allmählich eine Kardinalskala herausbilden, auf der sich konkrete Intensitäten zunehmend präziser als hoch oder niedrig verorten lassen.

Zur Praxistauglichkeit dieser Vorgehensweise dürfte beitragen, dass digitale Urteilsdatenbanken es zunehmend erleichtern, alle jemals Streitgegenständlichen Grundrechtseingriffe systematisch nach ihrer Intensität zu staffeln. Auch weist *Jansen* zutreffend darauf hin, dass es die internationale Verbreitung der Abwägungsmethode zulässt, in gewissem Maße auch Gewichtungen anderer Jurisdiktionen als Referenzpunkte zu verwenden.¹⁵¹⁵ Dies setzt indes eine weitreichende Harmonisierung der Methode voraus oder zumindest ein berechenbares System, um Gewichtungen unterschiedlicher Gerichte weltweit in eine einheitliche Skala zu übersetzen.

Vor derart ambitionierten Vorhaben scheint eine präjudizienbasierte Skalenbildung am ehesten dadurch möglich, dass sukzessive die Gewichtungen von Entscheidungen des BVerfG ausgewertet werden. Immerhin handelt es sich weltweit um das Gericht mit der längsten Abwägungserfahrung und der größten Menge anhand dieser Methode gefällter Urteile.¹⁵¹⁶ Aber auch wenn die Überführung der Gewichtungen aus Einzelentscheidungen in strukturierte Datensätze befriedigend gelingt, ergibt sich daraus höchstwahrscheinlich nur für einen Teil der Grundrechtsbeeinträchtigungen ein zuverlässiges Koordinatennetz. Zwar sind zu Eingriffen in jedes einzelne Grundrecht inzwischen gewiss mehrere tausend Urteile ergangen, sodass man der Theorie

¹⁵¹⁵ Siehe *Jansen*, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 39, 56f.

¹⁵¹⁶ Zu den Fallzahlen siehe BVerfG: Jahresstatistik 2018, 2019, S. 2ff.

nach meinen könnte, es ließe sich für jedes Grundrecht eine Kardinalskala mit über 1.000 Datenpunkten bilden.

Diese Annahme verkennt aber, dass die wenigsten Beeinträchtigungen eines Grundrechts als mildere oder tiefgreifendere Alternativen eines anderen Eingriffs in denselben Schutzbereich gelten können: Warnhinweise auf Tabakprodukten taugen zwar als Referenzpunkt für eine mildere Beeinträchtigungsform der Berufsfreiheit von Herstellern im Vergleich zu abschreckenden Fotografien auf Zigarettenschachteln.¹⁵¹⁷

Aber schon ein Rauchverbot in Gaststätten eignet sich nicht als Orientierungspunkt zur Gewichtung der Eingriffsschwere von Berufsbeeinträchtigungen eines Herstellers.¹⁵¹⁸ Das liegt daran, dass die Eingriffsintensität sich wie gesehen danach zu bemessen hat, inwieweit in den für einen individuellen Grundrechtsträger relevanten Betätigungsbereich eines Grundrechts eingedrungen wird. Ein Rauchverbot in Restaurants beschränkt nur die subjektive Freiheitssphäre solcher Gastronomen, deren Angebot sich zumindest teilweise an rauchende Kundschaft richtet. Die Eingriffsintensität einer solchen Maßnahme bildet eine moderatere Alternative zu einem weitreichenderen Verbot, das auch E-Zigaretten einschließen würde. Solche Ausnahmen bestätigen aber die Regel: Insgesamt hält sich die Zahl der Referenzmaßnahmen in Grenzen, die milder oder empfindlicher in ähnliche Freiheitssphären wie die eines individuellen Betroffenen eindringen.

Somit taugt eine frühere Gewichtung des Rauchverbots in Lokalen nur für andere Eingriffe zulasten von Gastronomen mit *tabakkonsumierender* Kundschaft als Referenzwert. Als Orientierungspunkt für sonstige Eingriffe gegen andere Grundrechtsträger zur Unterbindung des *Tabakvertriebs* eignet sich das besprochene Präjudiz hingegen nicht, von sonstigen Eingriffen in die Berufsfreiheit generell ganz zu schweigen.

Eine flächendeckende Intervallmessung anhand bereits gerichtlich gewichteter Referenzeingriffe scheitert also mangels einer ausreichenden Zahl an Datenpunkten – insbesondere solange nicht einmal die Wertungen aller BVerfG-Entscheidungen als strukturierte Daten rasch in der Praxis herangezogen werden können.¹⁵¹⁹

Wie dargelegt gelingt die Intervallmessung allerdings ohne solche Schwierigkeiten anhand möglicher milderer und tiefgreifender Intensitätsstufen. So lässt sich beispielsweise ein Eingriff mühelos als schwer einstufen, wenn dutzende harmlosere Formen der Beeinträchtigung desselben Schutzgutes denkbar sind, aber nur eine Handvoll intensiverer.

Zudem dürfte es in der Regel keine Probleme bereiten, anhand der empirischen Gegebenheiten festzustellen, welche Eingriffsvarianten relativ zur fraglichen Beeinträchtigung milder oder einschneidender ausfallen. Dementsprechend leidet die Rechtssicherheit des kritisch-rationalen Intervallmessungsverfahrens kaum unter Unwägbarkeiten der Sachverhaltserfassung. Sofern diese

¹⁵¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.5.2016, 1 BvR 895/16; BVerfGE 95, 173, 184.

¹⁵¹⁸ Vgl. BVerfGE 121, 317.

¹⁵¹⁹ Vgl. Greisbach, in: Legal Tech, 2018, 153ff.

im Einzelfall doch auftreten, eignen sich zu ihrer Auflösung die weiter unten für die Rechtfertigungsseite vorgeschlagenen Beweislastregeln.¹⁵²⁰

(b) Berücksichtigung intensitätsrelevanter Sonderumstände

Freilich beansprucht auch die kritisch-rationale Intervallmessung keine unfehlbare mathematische Präzision bei der Einordnung von Eingriffen auf der Intensitätsskala. Meistens ist das aber wie dargelegt ohnehin entbehrlich. Denn die Skala fällt grobschlächtig genug aus und bereits die ablesbaren Tendenzen lassen klar erkennen, ob eine Beeinträchtigung den Schwellenwert zum tiefgreifenden Niveau überschreitet. Nur selten ergibt die kritisch-rationale Intervallmessung, dass ein Eingriff so nahe am Schwellenwert liegt, dass eine fortgesetzte Suche nach weiteren Zwischenstufen möglicherweise das Gewichtungsergebnis umkehrt.

Denkbar bleiben solche Fälle jedoch. Da es sich bei kritisch-rationale ermittelten Intervallverteilungen stets nur um vorläufige Hypothesen handelt, ist es immerhin in derartigen Konstellationen möglich, dass gewisse Zwischenstufen schlichtweg übersehen wurden, die eine andere Bewertung der Intensität nahelegen würden. Eine lückenlose Aufreihung aller denkbaren Intervalle scheitert indes an den begrenzten zeitlichen Kapazitäten eines realen Entscheidungsprozesses.¹⁵²¹

Um die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu mindern, lässt sich die Gewichtungsentscheidung in derartigen Grenzfällen zumindest dort vereinfachen, wo Sonderumstände den Ausschlag zugunsten einer Seite geben. In erster Linie betrifft dies Grundrechtskumulationen, deren Gewichtungsrelevanz grundsätzlich unumstritten ist¹⁵²². Hier sieht die funktionale Gewichtungsmethode vor, eine tiefgreifende Intensität in Zweifelsfällen zu bejahen, wenn die Unterstruktur ermittelt hat, dass zwei heterogene Grundrechte beeinträchtigt werden.¹⁵²³ Die gleiche Wirkung mag man einer Eingriffskumulation zumessen, die zu einer erdrückenden Gesamtbelastung führt.¹⁵²⁴

Zugunsten einer nicht tiefgreifenden Intensität kann man es umgekehrt als Zünglein an der Waage behandeln, wenn die Rechtfertigung schwer wiegt. Für gewöhnlich knüpft das funktionale Gewichtungsmodell daran zwar keine andere Rechtsfolge als an mittelschwere Rechtfertigungsgründe. Denn schon diese legitimieren mittelschwere Eingriffe, während ein Rechtfertigungsgrund so oder so keine schwerwiegende Beeinträchtigung aufzuwiegen vermag. Sofern die Verfassungsjustiz auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung staatlichen Stellen zusätzlichen Handlungsspielraum zubilligen will, scheint es zielführend, ein schweres Rechtfertigungsgewicht zumindest in Grenzfällen den Ausschlag geben zu lassen.

¹⁵²⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.d.

¹⁵²¹ Vgl. *Hofmann*: Abwägung im Recht, 2007, S. 548.

¹⁵²² Vgl. BVerfGE 101, 361; *Breckwoldt*: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 143, 158; *Smet*, in: *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, 2017, 38, 47f.

¹⁵²³ Zur Begrifflichkeit siehe Kapitel 3, Abschnitt III.3.d.

¹⁵²⁴ Siehe hierzu bereits Kapitel 3, Abschnitt III.4.b.cc.

Wegen der Bedeutung des Demokratieprinzips im deutschen Verfassungsrecht empfiehlt sich für das BVerfG insofern eine differenzierte Vorgehensweise: Bei Eingriffen des Gesetzgebers liegt es nahe, in Grenzfällen die Intensität im Zweifel immer unterhalb des Schwellenwertes zur schweren Gewichtsstufe einzuordnen.¹⁵²⁵ Die Intensität behördlicher und gerichtlicher Eingriffe kann dagegen auch bei Nähe zum Schwellenwert als schwer gewichtet werden. Etwas anderes mag nur gelten, wenn statt des Demokratieprinzips ein anderer heterogener Verfassungswert kumulativ zum schweren Rechtfertigungsgrund hinzutritt.

Vereinfacht gesagt ist in Grenzfällen von einer schweren Intensität der Beeinträchtigung auszugehen, wenn auf ihrer Seite eine heterogene Grundrechtskumulation oder eine empfindliche Eingriffskumulation auftritt. Begünstigt ein Eingriff umgekehrt verschiedene Verfassungsgüter kumuliert und wiegt die Rechtfertigung auch ansonsten schwer, ist im Zweifel eine nicht tiefgreifende Eingriffsintensität anzunehmen.

Behilft sich die Methode auf diese Weise des Mittels der Rechtslastverteilung, trägt sie einerseits dem Demokratiegrundsatz angemessen Rechnung, der bei Eingriffen des Gesetzgebers kumulativ als formelles Prinzip auf Rechtfertigungsseite hinzutritt. Andererseits reduziert die Rechtslastverteilung Wertungsspielräume, die die Methode andernfalls zuließe, würde sie keine näheren Vorgaben treffen, wie in Grenzfällen die Eingriffsintensität gewichtet ist.¹⁵²⁶

Will man dem Staat weiteren Handlungsspielraum zubilligen, wäre es sogar möglich, bereits ohne Grundrechtskumulation bei eindeutig schwerem Rechtfertigungsgewicht eine Beeinträchtigung mit unklarer Intensität als nicht tiefgreifend einzuordnen. Derartige Stellschrauben taugen als zusätzliches ‚Druckventil‘, um auch bei einer schwächeren Stellung des Verfassungsgerichtes eine weniger strenge, aber weiterhin zuverlässige Normenkontrolle zuzulassen. Gesenkt wird hierdurch zwar das Schutzniveau, wenn die gelebte Verfassungsordnung dies diktiert. Dafür erhält sich die Verfassungsgerichtsbarkeit aber immerhin ihre Transparenz und Berechenbarkeit, statt Urteile ad hoc unter Opportunitäts Gesichtspunkten dem jeweiligen politischen Druck anpassen zu müssen.¹⁵²⁷ Im Rahmen der deutschen Verfassungsordnung scheint hingegen die oben angeregte Rechtslastverteilung zweckdienlicher, um dem gebotenen effektiven Grundrechtsschutz hinreichend Rechnung zu tragen.

d. Gewichtszumessung auf Seiten der Rechtfertigung

Auch bei der Gewichtung der Rechtfertigung lässt sich die Methode der Intervallmessung fruchtbar machen. So erlaubt es hier gleichermaßen ein Wechselspiel von Widerlegung und Hypothesenkorrektur, zunehmend präziser die Menge denkbarer Alternativmaßnahmen mit ähnlicher Zielsetzung zu bestimmen. Die Verfahrensbeteiligten können hierzu neue Varianten ergänzen, solange sie noch weitere finden, deren Budget höchstens dem des Eingriffs ähnelt und deren Dauer und Intensität höchstens dessen Gewichte aufweisen.

¹⁵²⁵ Vgl. *Klatt*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2015, 354; *Kleinlein*, in: *German Law Journal* 2012, 1141, 1171f.

¹⁵²⁶ Vgl. *Richers*, in: *RPhZ* 2018, 181, 192ff.

¹⁵²⁷ Vgl. *Mann*, in: *Global Constitutionalism* 2018, 14.

Die Prüfung kann sich dabei auf ernstzunehmende Alternativen beschränken, also etwaige vorhergehende Maßnahmen sowie solche, die im Parlament oder in der Fachliteratur tatsächlich vorgeschlagen werden: Der Eingreifende muss sich schließlich nicht vorwerfen lassen, fernliegende Alternativen ignoriert zu haben, die niemals Gegenstand der öffentlichen Diskussion waren. Umgekehrt kann er es auch nicht als Vorzug des Eingriffs darstellen, dass dieser sich besser schlägt als obskure hypothetische Alternativen, die ohnehin nicht in Frage kommen. Im Ergebnis sind damit nur öffentlich diskutierte Alternativmaßnahmen zu bestimmen, die den Fiskus und die Grundrechtsträger höchstens auf ähnlichem Niveau beeinträchtigen wie der tatsächliche Eingriff. Um letzteren der Tendenz nach einzuordnen, dürfte nämlich bereits dieser Kreis an Referenzwerten genügen.

Nachdem die realen Alternativen ermittelt wurden, lassen sie sich im Verhältnis zum fraglichen Eingriff als effizienter oder ineffizienter einordnen. Erweist sich zumindest eine Alternative in der Tendenz als effizienter, ist die Rechtfertigung nicht als schwer zu gewichten. Umgekehrt sollte die Rechtfertigung nur dann als schwach eingestuft werden, wenn es dem Eingreifenden zusätzlich misslingt zu zeigen, dass einzelne andere ernsthaft diskutierte Alternativmaßnahmen ineffizienter sind. Ansonsten ist anzunehmen, dass die Rechtfertigung mittelschwer wiegt.

Die Bestimmung der Effizienz richtet sich dabei nach fünf Faktoren, nämlich danach wie viele Personen (1.) eine Maßnahme wie lange (2.) wie wirkungsreich (3.) mit welcher Wahrscheinlichkeit (4.) begünstigt und welche Opfer sie hierfür fordert (5.). Als Opfer einer Maßnahme gelten dabei einerseits die Kosten und andererseits die nötigen Grundrechtsbeeinträchtigungen.

Wie gesehen berücksichtigt die Rechtsprechung schon jetzt diese Werte, wenn auch zumindest ausweislich der Urteilsbegründungen eher selektiv statt systematisch.¹⁵²⁸ Um anhand dessen mit überschaubarem Aufwand die Effizienz einer Alternativmaßnahme messbar zu machen, empfiehlt es sich, die fünf Einzelfaktoren nach einem vereinfachten Schema zu berücksichtigen: Dieses prüft für jede Alternativmaßnahme, im Hinblick auf welche der genannten Werte sie wirkungsstärker ausfällt als der fragliche Eingriff. Für jeden Aspekt, für den dies zu bejahen ist, lässt sich der Alternativmaßnahme ein Pluspunkt zuweisen. Ist das Gegenteil der Fall, kann ein Minuspunkt vergeben werden. Fällt das Endergebnis positiv aus, gilt die Alternativmaßnahme als effizienter. Bei negativer Summe ist die Alternativmaßnahme als ineffizienter einzustufen. Sonstige Alternativmaßnahmen mit neutralem Punktwert (null) gelten gegenüber der streitigen Grundrechtsbeeinträchtigung in Sachen Effizienz als gleichwertig. Sie werden also weder den effizienteren Alternativen zugerechnet noch den ineffizienteren, sondern bleiben unberücksichtigt.

Veranschaulichen lässt sich der methodische Teilschritt anhand des BVerfG-Urteils zur Anordnung einer Hirnkammerlüftung sowie einer hirnelektrischen Untersuchung.¹⁵²⁹ In der Entscheidungsbegründung stellte das Gericht zwar fest, dass die zusätzliche Anordnung der Hirnkammerlüftung womöglich weitere Erkenntnisse über die Zurechnungsfähigkeit eines Angeklagten liefere. Sieh alternativ nur auf eine hirnelektrische Untersuchung zu beschränken, sei

¹⁵²⁸ Vgl. BVerfGE 95, 173, 183ff.

¹⁵²⁹ Siehe BVerfGE 17, 108.

insofern bei der Aufklärung der Schuldfähigkeit etwas weniger effektiv. Umgekehrt bemerkt das Gericht, dass die Hirnkammerlüftung allein mit geringerer Verlässlichkeit aussagekräftige Beobachtungen produziert als die bloße hirnelektrische Untersuchung. Hinzu käme, dass der Verzicht auf die zusätzliche Hirnkammerlüftung die Gesundheit des Betroffenen weitaus geringfügiger beeinträchtigt. Dies brachte das BVerfG zu dem Ergebnis, dass es dem Eingriff an einer ausreichend starken Rechtfertigung mangle.

Erklären kann das funktionale Modell zur Gewichtungszumessung diesen Befund folgendermaßen: Der geringere Beitrag der Alternativmaßnahme zur Zielsetzung, der Aufklärung eines Sachverhalts, ist mit einem Minuspunkt zu verbuchen (3. Faktor). Zwei Pluspunkte kommen der Alternativmaßnahme jedoch zugute, weil sie ihren Mehrwert für den fraglichen Zweck mit größerer Wahrscheinlichkeit leistet (4. Faktor) und weil sie milder ausfällt (5. Faktor). In den übrigen Effizienzkriterien unterscheiden sich die Maßnahmen dagegen nicht, weil beide in zeitlicher Hinsicht gleichermaßen zur Aufklärung beitragen (2. Faktor) und keine der beiden Alternativen mehr oder weniger Personen betrifft (1. Faktor). Die Addition der Punkte verleiht der Alternativmaßnahme der hirnelektrischen Untersuchung ein positives Punktesaldo. Somit gilt sie einzeln gegenüber einer Durchführung zusammen mit einer Hirnkammerlüftung als effizienter.

Unterdessen ergibt sich für den Verzicht auf jedwede Maßnahme als Alternative ein neutrales Punktesaldo: Die Variante erweist sich zwar naturgemäß als weniger opferreich, gestattet jedoch keine Aufklärung. Wegen der fehlenden Zielwirkung bleiben die übrigen Faktoren außer Betracht, sodass die Punktzahl insgesamt ausgeglichen ist. Um nämlich keine Unwucht zugunsten staatlichen Aktivismus in der Methode anzulegen, sollte es nur mit einem Minuspunkt bedacht werden, falls keine Regelung getroffen wird, sodass eine Wirkung vollends fehlt. Dies wirkt sachgerechter, als in den Rubriken der Intensität, Dauer, Betroffenenzahl und Wahrscheinlichkeit des begünstigenden Effekts je einen Punkt abzuziehen.

Darüber hinaus konnte das zuständige Strafgericht im dargestellten Verfahren nicht einmal aufzeigen, dass die zusätzliche Anordnung der Hirnkammerlüftung im Vergleich zu sonstigen Alternativen effizienter ausfiel. Wegen der niedrigen Effizienz der Maßnahme ist ihrer Rechtfertigung daher nur ein geringes Gewicht zuzumessen. Insofern deckt sich das Ergebnis der funktionalen Gewichtungsmethode im Beispielfall mit dem Urteil des BVerfG.

Die Schematisierung führt, wie im Beispiel erkennbar, zu vorhersehbaren Bewertungen – und zwar ohne dass zur Sachverhaltsanalyse vertiefte sozioökonomische Fachkenntnisse nötig sind. Statt exakter Messungen reichen Tendenzaussagen zu einzelnen Faktoren, um die für die Methode relevante Effizienz zu ermitteln.

Dadurch erfüllt das Verfahren zugleich eine weitere Voraussetzung für ihre Berechenbarkeit in der praktischen Anwendung:¹⁵³⁰ Sie ist nicht mit dem Problem konfrontiert, dass eine rechtssichere Gewichtung misslingen muss, wenn es in der Praxis nicht möglich ist, die abwägungsrelevante

¹⁵³⁰ Vgl. Röhl: Rechtssoziologie, 1987, S. 94f. m.w.N.

Sachlage vollständig aufzuarbeiten.¹⁵³¹ Somit riskiert das Verfahren auch nur begrenzt, dass Richter empirische Unsicherheiten mit wenig nachvollziehbaren Heuristiken, voraussetzungsreichen Prämissen oder subjektiven Präferenzen überbrücken.¹⁵³²

Denn zum einen erspart die grobschlächtige Effizienzprüfung eine komplizierte, praktisch womöglich kaum leistbare Tiefenanalyse: Der funktionalen Gewichtungsmethode genügen ordinale Gegenüberstellungen der Wirkungsgrade von Alternativen statt der exakten Bemessung ihres Unterschieds in Kardinalwerten. Zugleich sind die fünf gewählten Einzelaspekte des Effizienzbegriffs geeignet, häufig schon bei laienhafter Betrachtung einer Maßnahme erkannt zu werden. Um beispielsweise zu beantworten, ob eine Alternative mehr Betroffene als die fragliche Maßnahme begünstigt oder länger wirkt, bedarf es keiner sozial-, wirtschafts- oder naturwissenschaftlich feingliedrigen Messreihen. Eine konsequente Befolgung der Gewichtungsmethode erfordert somit kaum fachliche Vorkenntnisse und ist damit fast ausschließlich eine Frage des Wollens, nicht aber eine Frage des Könnens.

Wie sich eine Alternative unter den relevanten Effizienzgesichtspunkten schlägt, dürfte somit nur selten zweifelhaft bleiben – höchstens, wenn zum Beispiel anders als bei der hirnelektrischen Untersuchung eine gefestigte wissenschaftliche Meinung zur Wirkungsweise der Alternativmaßnahmen fehlt. Da es sich insoweit aber eher um Ausnahmefälle handelt, scheint hier eine Lösung über Beweislastregeln unbedenklich:¹⁵³³ Zweifel an geringeren Wirkungsgraden von Alternativen gehen zulasten des Eingreifenden, Zweifel an höheren Wirkungsgraden zulasten des Beeinträchtigten. Letzteres entspricht schon heute der generellen Beweislastverteilung des BVerfG.¹⁵³⁴

Welche Beweisanforderungen das Gericht hierbei jeweils stellt, scheint indes bisher keiner einheitlichen Regelung zu folgen: *„In ausgewählten Fällen entfaltet das Gericht große Aktivität, um Streitfragen so genau wie möglich aufzuklären. Wann das geschieht oder wann statt dessen auf eine detaillierte Nachprüfung verzichtet wird, folgt offenbar keiner Regel, sondern ist durch das Interesse der Richter an der jeweiligen Thematik und gewiss auch durch die politische Aktualität und Relevanz eines Problems begründet“*¹⁵³⁵. Im Interesse einer größeren Berechenbarkeit des Verfahrens empfiehlt es sich, mit der funktionalen Gewichtungsmethode abzustecken, wie fundiert ein hinreichender Beweis jeweils ausfallen muss. Schärfen lässt sich das Verfahren an diesem Punkt, indem man die Beweishürde in Abhängigkeit davon heraufsetzt, wie substantiell die Einwände der Gegenseite gegen ein Beweisangebot ausfallen. Kann diese keinen Widerlegungsgrund anführen, mag es genügen, einen höheren Wirkungsgrad einer Alternative

¹⁵³¹ Vgl. Klatt/Schmidt, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013, 105, 107; Ziegenaus, in: GRUR-Prax 2010, 417.

¹⁵³² Vgl. Endicott, in: Proportionality and the Rule of Law, 2014, 311, 336ff.; Yowell: Constitutional Rights and Constitutional Design, 2018, S. 37ff.

¹⁵³³ Vgl. grundlegend zu diesem Lösungsansatz im Verfassungsrecht Petersen, in: International Journal of Constitutional Law 2013, 294, 313f.

¹⁵³⁴ Siehe Bull, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 29, 32f. m.w.N.

¹⁵³⁵ Bull, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 29, 55.

mithilfe einer Heuristik zu plausibilisieren.¹⁵³⁶ Gelingt es der Gegenseite aber zumindest mit qualitativ ähnlichen Argumenten Annahmen anzuzweifeln, müsste die beweisbelastete Seite substanzreichere Beweise wie ein Gutachten anbieten, um die Bedenken zu zerstreuen.¹⁵³⁷

Damit sind zumindest die Konturen einer Regelung der Beweisverteilung skizziert, die mit der funktionalen Gewichtungsmethode harmoniert. Schon hieraus wird aber deutlich, dass das Verfahren immerhin die schwersten Rechtssicherheitsdefizite wegen empirischer Unsicherheiten ausschließen kann. Erfolg versprechen hierbei die angeregten Vorkehrungen, erstens den gewichtungsrelevanten Ausschnitt des Sachverhalts konsequent auf ein laienhaft überschaubares Maß zu verkürzen und zweitens Restunsicherheiten über Beweislastregeln zu moderieren.

Freilich verhindert die Vereinfachung der Gewichtszumessung auf Rechtfertigungsseite zugleich, die Effizienz verschiedener Maßnahmen noch präziser zu vergleichen. Da die für die Abwägung erforderlichen Gewichtseinstufungen allerdings auch nicht feingliedriger ausfallen müssen, scheint die Vergröberung zweckmäßig: Sie erhöht die Handhabbarkeit der Methode, ohne ihr die nötige Trennschärfe zu rauben, um Entscheidungen wider das Demokratieprinzip oder die Vorgaben des Art. 19 Abs. 2 GG zu vermeiden.

e. Auflösung von Pattsituationen in der Oberstruktur

Nachdem die Methode zur Gewichtung selbst vorgestellt ist, muss noch geklärt werden, wie Pattsituationen in der Oberstruktur aufzulösen sind. Denn auch damit steht und fällt, ob das funktionale Modell die Vorgaben des Demokratieprinzips und des Art. 19 Abs. 2 GG zufriedenstellend einhält.

Der von Art. 19 Abs. 2 GG geforderte absolute Schutz des Wesensgehalts erzwingt, dass in Pattsituationen mit schwerwiegenden Eingriffen selbst bei besonders gewichtigen Rechtfertigungsgründen als verfassungswidrig gelten müssen.¹⁵³⁸

Bei minderschweren Eingriffen, zumal solchen des Parlaments, sollte hingegen eine gleichviel wiegende Rechtfertigung genügen. Hier verletzt eine Maßnahme Grundrechte gemäß der funktionalen Methode also nur, wenn sie diese mittelschwer beeinträchtigt und dafür lediglich eine leichtgewichtige Rechtfertigung aufbieten kann. Damit werden dem Staat Handlungsspielräume eröffnet, wie sie insbesondere das Demokratieprinzip verlangt.

f. Zusammenfassung

Die **funktionale Gewichtungsmethode** als optimiertes Verfahren zur Gewichtszumessung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

¹⁵³⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 57, 68ff.; 73ff.

¹⁵³⁷ Vgl. *Bull*, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch, 2014, 29, 52f.

¹⁵³⁸ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.3.c.aa; Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.cc.

Gewichtet werden auf Eingriffsseite die Intensität und die Dauer einer Grundrechtsbeeinträchtigung. Intensität meint dabei den Grad, zu dem eine Maßnahme einem Individuum die subjektiv relevanten Betätigungsmöglichkeiten unter einem Grundrecht verkürzt – und zwar unter Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen für den Eingriff.¹⁵³⁹

Zugemessen wird diesen Faktoren je nach Lage des Sachverhalts einer von zwei möglichen Skalenwerten: Bei der Dauer differenziert das Modell nach langfristigen und nicht langfristigen Eingriffswirkungen; bei der Intensität nach tiefgreifenden und nicht tiefgreifenden Intensitätsgraden. Das jeweils niedrigere Gewicht kennzeichnet sich durch eine relative Nähe zum Nullpunkt von Dauer und Wirkung. Das jeweils höhere Gewicht kennzeichnet die relative Nähe zur permanenten Fortdauer bzw. zur vollständigen Vereitelung aller subjektiv relevanten Betätigungsmöglichkeiten unter einem Grundrecht. Das gesamte Eingriffsgewicht basierend auf Dauer und Intensität der Beeinträchtigung bemisst sich auf einer triadischen Skala. An ihrem unteren Ende stehen nicht tiefgreifende kurzfristige Maßnahmen, auf mittlerer Ebene tiefgreifende kurzfristige sowie nicht tiefgreifende langfristige Eingriffe und auf dritter Stufe dagegen langfristige tiefgreifende Einschnitte.¹⁵⁴⁰

Die Methode bewertet die Dauer einer Maßnahme als langfristig oder nicht, je nachdem ob ihre Wirkungslänge oberhalb oder unterhalb des Schwellenwertes liegt, den Rechtsprechung jeweils pro Grundrecht einmalig festlegt. Erklärt das BVerfG in einem Präjudiz beispielsweise einen sechsmonatigen Eingriff für langfristig, ist eine weiter andauernde Beeinträchtigung ebenso zu werten.¹⁵⁴¹

Aufwändiger gestaltet sich demgegenüber die Ermittlung der Eingriffsintensitäten: Zugewiesen werden der zu gewichtenden Intensität die möglichen Gewichtswerte nach der Methode der so genannten **kritisch-rationalen Intervallmessung**. Sie reiht alle denkbaren milderer und härteren Eingriffsintensitäten zur fraglichen Beeinträchtigung auf einer Ordinalskala. Sodann unterstellt das Verfahren per juristischer Fiktion orientiert am Gesetz der großen Zahlen im Umfang der Erwartungswerte gleiche Abstände zwischen den Eingriffsvarianten. Dadurch konstruiert das funktionale Gewichtungsmo­dell zwischen der denkbar schonendsten und der intensivsten Einschränkung der Betätigung unter einem Grundrecht eine Kardinalskala. Auf dieser verortet die Methode die fragliche Beeinträchtigung selbst nach der Zahl der Intervalle, die sie von der mildesten und der tiefgreifendsten Alternative trennen.¹⁵⁴²

Ebenso auf dieser Kardinalskala verorten lässt sich für jedes Grundrecht die Grenzlinie zwischen tiefgreifenden und nicht tiefgreifenden Intensitäten. Die Rechtsprechung darf sie per Präjudiz an einem beliebigen Punkt setzen, an dem weder ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip noch gegen Art. 19 Abs. 2 GG droht. Angemessen berücksichtigen muss der Schwellenwert zudem die abstrakte

¹⁵³⁹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.aa.

¹⁵⁴⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.b.aa.

¹⁵⁴¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.c.aa.

¹⁵⁴² Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.c.bb.

Relevanz des Grundrechts: Je höher diese ausfällt, desto niedriger der Grenzwert, ab dem die Intensität einer Beeinträchtigung als tiefgreifend gilt.

Zwischen solchen zwingenden Vorgaben besteht ein gewisser Korridor gleichermaßen zulässiger Abgrenzungspunkte zwischen tiefgreifenden und nicht tiefgreifenden Intensitäten. Gerade in der Nähe der Schwelle zum obersten Quintil der Intensitätsintervalle stellen es Demokratieprinzip und gebotener effektiver Grundrechtsschutz aber vermutlich frei, wo genau der Schwellenwert verortet wird. Unterdessen ist es für die Rechtsprechung auch nicht erforderlich, mit mathematischer Präzision oder in Formsprache den genauen Grenzpunkt auf der Intensitätsskala zu fixieren. Angesichts der bewussten Grobheit der Skalenwerte genügt eine sprachliche Abgrenzung tiefgreifender Eingriffe, die eine ungefähre Verortung im Kontinuum der Intervalle zwischen den Extremwerten zulässt. Gelingt diese und hält sich die Rechtsprechung nach einmaliger Setzung der Schwellen konsequent daran, ermöglicht dies allein bereits fast immer eine zuverlässige Einordnung des Eingriffs auf der Intensitätsskala.

Bewegt sich die durch Intervallmessung ermittelte Intensität des Eingriffs einmal nahe am Schwellenwert, erleichtert eine methodisch verankerte Rechtslastverteilung die Gewichtung: Sie verlangt die Einordnung der Eingriffsintensität oberhalb des Schwellenwertes zur schweren Stufe, wenn die Unterstruktur auf Eingriffsseite eine Grundrechtskumulation erkannt hat. Bestärkt eine solche umgekehrt etwa wegen des Demokratieprinzips die Rechtfertigungsseite eines gesetzgeberischen Eingriffs, gibt dies den Ausschlag zugunsten einer nicht tiefgreifenden Eingriffsintensität, wenn die Rechtfertigung ihrerseits schwer wiegt.

Die dargestellte Rechtslastverteilung bezeichnet freilich nur Anregungen für die Gestaltung der Grundrechtsanwendung gemäß den Wertungen der deutschen Verfassung. Welche genauen Weichen die funktionale Gewichtungsmethode für Zweifelsfälle stellt, hängt letztlich von dem Maß des Grundrechtsschutzes ab, das eine Verfassungsordnung gewährleisten will, in der das Verfahren angewandt wird.

Auf Rechtfertigungsseite bemisst das funktionale Modell das Gewicht nach der Effizienz, mit der eine Maßnahme ihren Zweck realisiert. Die Effizienz beurteilt das funktionale Modell danach, wie weitreichend Alternativen das rechtfertigende Ziel mit Eingriffen in die Grundrechte auf gleicher Gewichtsstufe und ähnlichem Budget erreichen.¹⁵⁴³

Auch der Rechtfertigung sollten hierbei drei verschiedene Gewichtswerte zugewiesen werden, um sie leichter den triadisch zu messenden Eingriffsgewichten gegenüberstellen zu können.¹⁵⁴⁴ Wann welcher Wert zugewiesen wird, bemisst das funktionale Modell nach einer Abwandlung der Intervallmessungsmethode. So wird geprüft, ob relativ effizientere und ineffizientere Alternativen zur fraglichen Maßnahme in Betracht kommen: Schwer wiegt eine Rechtfertigung danach nur mangels effizienterer Alternativen bei gleichzeitiger Abgrenzung des Eingriffs zu ineffizienteren Maßnahmen. Fehlt es an ineffizienteren Maßnahmen, aber lässt sich dafür mindestens eine

¹⁵⁴³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.bb.

¹⁵⁴⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.b.bb.

effizientere erkennen, gilt die Rechtfertigung als schwach. Ansonsten ist sie als mittelschwer einzustufen.

Eine Maßnahme gilt als effizienter, wenn sie 1. mehr Personen, 2. länger, 3. mit größerer Wahrscheinlichkeit, 4. intensiver im Sinne des rechtfertigenden Ziels begünstigt und dabei 5. weniger Opfer als der fragliche Eingriff fordert – also geringere Grundrechtsbeeinträchtigungen oder Kosten. Pro Vorteil in einer der fünf Kategorien gegenüber der fraglichen Maßnahme ist einer Alternative ein Pluspunkt gutzuschreiben, pro Nachteil ein Minuspunkt anzurechnen. Als effizienter gilt eine Maßnahme mit positiver Summe, als ineffizienter eine mit negativer Summe.¹⁵⁴⁵

Sind die Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung hiernach ermittelt, werden sie in die Gewichtsformel eingestellt und verrechnet. Kommt es dabei zu einem Patt, also zu gleich hohen Gewichten auf beiden Seiten, gelten schwere Eingriffe als Grundrechtsverletzungen und sonstige Beeinträchtigungen als gerechtfertigt. Geschützt wird damit einerseits der Wesensgehalt der Grundrechte, wie von Art. 19 Abs. 2 GG gefordert. Im Übrigen wird dem Staat zusätzliche Handlungsfähigkeit zugebilligt, worauf insbesondere das Demokratieprinzip für die Gesetzgebung dringt.¹⁵⁴⁶

3. Kritische Überprüfung

a. Orientierung

Soweit schon jetzt erkennbar, wenden sich gegen das vorgestellte funktionale Modell sechs Einwände:

Erstens erschwert die Setzung von Referenz- und Schwellenwerten auf den Gewichtsskalen möglicherweise die Vorhersehbarkeit der Gewichtungen, weil sich dadurch mittelbar auf Gewichtungsergebnisse Einfluss nehmen lässt.

Zweitens droht eventuell zusätzliche Beliebigkeit, weil die subjektiv relevanten Betätigungsformen unter einem Grundrecht und die individuelle Zielauswahl des Eingreifenden mitverantwortlich für das Gewicht von Eingriff und Rechtfertigung sind. Dies riskiert, dass der Betroffene und der Eingreifende über die entsprechenden Stellschrauben die abzuwägenden Gewichte manipulieren und damit die Entscheidung darüber, ob ein Grundrecht verletzt ist.

Drittens lässt sich beanstanden, dass die funktionale Gewichtungsmethode zwingende Verfassungsvorgaben verletzt, indem sie die unterschiedlichen abstrakten Gewichte des beeinträchtigten Grundrechts und des rechtfertigenden Verfassungsgutes vernachlässigt.

Viertens mag man bemängeln, dass das Verfahren intransparent mit empirischen Unsicherheiten umgeht, indem es diese nicht mehr separat gewichtet. Dies, so ein möglicher Einwand, schadet der

¹⁵⁴⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.d.

¹⁵⁴⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.e.

Berechenbarkeit, weil der Rechtsanwender fälschlich Ungewissheiten unterschlagen und so das Gewichtungsergebnis verzerren kann.

Fünftens vereitelt es womöglich den verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Grundrechtsschutz, dass die Skala des funktionalen Modells selbst den intensivsten kurzfristigen Eingriffen nur ein mittleres Gewicht zumessen will.

Sechstens läuft es potenziell dem Demokratieprinzip zuwider, sofern intensivste langfristige Eingriffe kategorisch als Grundrechtsverletzung eingestuft werden, selbst wenn die Rechtfertigung noch so schwer wiegt.

Die Unterabschnitte III.3.b bis III.3.g untersuchen nacheinander, ob und wie weitreichend die genannten sechs Kritikpunkte die Verfassungskompatibilität und Berechenbarkeit der funktionalen Gewichtungsmethode als Teilschritt der Abwägung falsifizieren.

b. Beliebigkeit der Referenzpunkte auf den Skalen der Gewichtswerte?

Soweit ersichtlich, bestehen keine Bedenken gegen die Vorhersehbarkeit der Ober- und Unterpunkte, zwischen denen die triadischen Skalen aufgespannt werden, auf denen Eingriff und Rechtfertigung einzuordnen sind.

Auf dem Nullpunkt der Skala der Beeinträchtigungsgrade ist ein Eingriff anzusiedeln, der nur einen Augenblick andauert und demgegenüber alle anderen denkbaren Einschnitte in den subjektiven Schutzbereich gravierender ausfallen. Den Nullpunkt des Rechtfertigungswertes markiert eine Maßnahme, zu der keine ähnlich budgetierte, ähnlich intensiv eingreifende Alternative besteht, die das ausgewiesene Ziel in noch geringerem Maße erreicht: Alle übrigen denkbaren Handlungsvarianten mit ähnlichem Budget und Grundrechtsinvasion gleicher Stufe begünstigen im Sinne der Zwecksetzung eine höhere Zahl von Personen mit größerer Wahrscheinlichkeit in höherem Maße über längere Zeit.

An ihrem obersten Punkt erfasst die Skala der Beeinträchtigungsgrade Eingriffe, die permanent alle für ein Individuum relevanten unter einem Grundrecht geschützten Betätigungsformen unterbinden – und zwar ohne dass der Betroffene dies durch zumutbares eigenes Verhalten vermeiden kann. Am oberen Ende der Skala der Rechtfertigungswerte zu verorten ist eine Maßnahme, die keine ähnlich budgetierte, ähnlich grundrechtsinvasive Alternative darin übertrifft, ihr Ziel zu verwirklichen.

Ließe die Rechtsprechung offen, wo in der Reihung der Stufen zwischen diesen Ober- und Unterpunkten die Schwellen zwischen den verschiedenen Gewichtswerten liegen, bliebe bei ihrer Zumessung eine gewisse Restunsicherheit. Immerhin markieren allerdings die Gebote des absoluten Kernbereichsschutzes und der Handlungsfähigkeit demokratisch legitimierter Institutionen einen Korridor, in dem die Schwellen zwingend angesetzt werden müssen. Zwischen diesen Leitplanken verbleibt der Rechtsprechung zunächst ein gewisser Festsetzungsspielraum, je nachdem welches Schutzniveau sie anstrebt. Die damit einhergehende Unberechenbarkeit wiegt allerdings nicht schwer, weil die Methode sie nur in der Anfangsphase in Kauf nehmen muss. Sobald die Rechtsprechung einmal festlegt, nach welchem Anteil der Intervalle zwischen höchstem

und tiefstem Beeinträchtigungsgrad sie den Grenzpunkt verortet, ist es fortan vorhersehbar möglich, Eingriffen ihren Intensitätswert zuzumessen.

Es ist jedenfalls nach dieser Festsetzung kein Fall mehr ersichtlich, indem einmal uneindeutig sein könnte, worin die genannten Referenzpunkte jeweils bestehen.

c. Manipulierbarkeit der Gewichtszumessung wegen subjektiver Bezugspunkte?

Dem funktionalen Verfahren zur Gewichtszumessung, der kritisch-rationalen Intervallmessung, lässt sich aus mehreren Gründen vorwerfen, die an der Rechtsanwendung beteiligten Parteien könnten das Ergebnis der Methode manipulieren.

So richtet sich die Eingriffsintensität nur danach, welche *subjektiv relevanten* Freiheitsbetätigungsformen eine Maßnahme beschränkt. Daher besteht erstens das Risiko, dass das Individuum die Schwere des Eingriffs mit nicht näher überprüfbaren Behauptungen fingieren kann.

Zweitens ist zu befürchten, dass der Rechtsanwender die denkbaren intensiveren und schwächeren Eingriffsformen so weit künstlich aufspaltet, dass genügend Intervalle eine übermäßige Distanz zum Mindest- oder Höchstmaß suggerieren. Diese ‚Haarspalterei‘ droht, das Ergebnis der Gewichtung zu verzerren und eine geringe in eine hohe Intensität zu verkehren. Dies wäre der Fall, wenn die Intervalle zum Minimum in Wahrheit deutlich kürzer ausfallen als die zum Maximum.

Drittens könnte es sich als Einfallstor für beliebige Wertungen erweisen, dass der Eingreifende nach dem funktionalen Modell selbst angeben darf, nach welcher Zielsetzung sich die Effizienz einer Maßnahme bestimmt.¹⁵⁴⁷ Je nachdem, wie anspruchslos er den Zweck des Eingriffs formuliert, desto eher verwirklicht er ihn nämlich vollumfänglich. Dies könnte zu einer Übersteigerung des Rechtfertigungsgewichts führen.

Wie sich im Folgenden zeigen lässt, greift jedoch keiner der Einwände durch.

aa. Subjektive Bemessung der Beeinträchtigungsschwere

Dass Rechtsvoraussetzungen auf subjektive Tatbestandsmerkmale abstellen, ist keine Besonderheit der Gewichtszumessung in der Abwägung. Etliche zivilrechtliche und strafrechtliche Normen knüpfen ebenfalls an innere Zustände von Personen an.¹⁵⁴⁸ Ob deren Vorliegen angenommen wird und damit die jeweilige Rechtsvoraussetzung erfüllt ist, steht trotz dessen nicht etwa im Belieben des Betroffenen. Vielmehr lässt sich anhand äußerer intersubjektiv wahrnehmbarer Manifestationen einer subjektiven Erfahrung prüfen, inwieweit ihre Behauptung zutrifft.

Erlegt man vor diesem Hintergrund dem Grundrechtsträger die Beweislast auf, obliegt es dem dahingehend bestinformaten Verfahrensbeteiligten, die Beeinträchtigung glaubhaft zu machen.

¹⁵⁴⁷ Vgl. *Reaume*, in: Oxford Legal Studies Research Paper Series, 2009, 1, 3.

¹⁵⁴⁸ Siehe nur die Bezugnahme auf den Vorsatz in § 15 StGB und § 823 BGB; vgl. *Hruschka*, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985, 191; *Maurer*: Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, 2008.

Zweifel gehen zu seinen Lasten und dürften gerade dort bestehen, wo sich Behauptungen über innere Zustände nicht mit äußeren Indizien plausibilisieren lassen.¹⁵⁴⁹ Insofern ist gerade nicht zu besorgen, dass sich die Anwendung der Grundrechte letztlich nach subjektiven Unterstellungen richtet. Maßgeblich für die Gewichtszumessung sind vielmehr Rückschlüsse auf innere Zustände, die sich aus überprüfbaren Aussagen über intersubjektiv wahrnehmbare Phänomene ergeben.

bb. ‚Haarspalterei‘ bei Intervallmessung

Zwar scheint die Sorge verständlich, dass sich die Ergebnisse einer Intervallmessung letztlich kaum vorhersehen lassen, weil sich die denkbaren Eingriffsstufen beliebig klein aufgliedern lassen. Gleichwohl verzerrt dies die Berechnung der relativen Abstände eines Eingriffs zur mildesten und zur intensivsten Alternative nur, wenn die Abstufungen zu den zwei Enden der Skala mit *unterschiedlicher* Detailtiefe gelistet werden. Wenn man die möglichen Eingriffsformen dagegen *durchgehend* grobschlächtig oder feingliedrig zerlegt, fehlen Indizien für unterschiedliche Größen der Intervalle zwischen ihnen im Verhältnis zueinander. Stattdessen sind in solchen Fällen die kardinalen Abstände zwischen ihnen unbekannt. Und nur hier kann die rechtliche Fiktion auf Basis stochastischer Grundregeln annehmen, sie entsprächen allesamt dem gleichen Erwartungswert.

Damit bei der Benennung verschiedener Eingriffsstufen eine ‚Haarspalterei‘ auftritt, die es erlaubt, Gewichtungen beliebig zu manipulieren, darf diese also nur *einseitig* stattfinden. Dies ist aber gerade nicht zu besorgen, wenn beide Parteien in einer grundrechtlichen Streitigkeit gleichberechtigt an der Beweisführung teilnehmen dürfen: idealerweise so, dass der Eingreifende eine relativ hohe Distanz zur maximalen Intensität aufzeigen muss und der Beeinträchtigte eine relativ hohe Distanz zur minimalen Intensität. An einer entsprechenden Beweisführung besteht nämlich für die Parteien im Hinblick auf ihre Verfahrensziele nicht nur jeweils ein hoher Anreiz, der die Erkenntnisfindung begünstigt¹⁵⁵⁰. Vielmehr stellt diese Aufteilung der Beweislast auch eine ‚Waffengleichheit‘ her, die eine einseitige ‚Haarspalterei‘ verhindert:

Listet beispielsweise der Eingreifende die Zwischenstufen zwischen Eingriff und denkbarer maximalinvasiver Alternative penibel kleinteilig, kann es der Beeinträchtigte ihm gleichtun. Hierzu reicht es, wenn er im Rahmen der ihm obliegenden Beweisführung umgekehrt die Abtreppung zum minimalinvasiven Referenzpunkt ebenso detailliert zergliedert. Die Möglichkeit hierzu verhindert, dass eine Seite mit unnötiger ‚Haarspalterei‘ eine Verzerrung der Intervallmessung zu ihren Gunsten erwirkt. Schließlich kann die Gegenseite den Effekt postwendend neutralisieren.

Aus Gründen der Verfahrensökonomie dürfte dies beide Parteien relativ bald dazu veranlassen, denkbare mildere und intensivere Eingriffsstufen nur noch auf derselben Abstraktionsebene zu benennen. Nicht nur lässt sich somit eine einseitige ‚Haarspalterei‘ im Verfahren ausgleichen, sodass ihre verzerrende Wirkung auf die Intervallmessung konterkariert wird. Mehr noch verhindert die ‚Waffengleichheit‘ der Parteien präventiv, dass es überhaupt zu einer ‚Haarspalterei‘ kommt.

¹⁵⁴⁹ Vgl. *Roxin*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, S. 449ff.

¹⁵⁵⁰ Vgl. *Rowbottom*, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2013, 161.

Zugleich erweist sich die Intervallmessung in Kombination mit der Beweislastverteilung nach dem Rechtssicherheitsmaßstab aus Kapitel 2 als äußerst berechenbarer methodischer Teilschritt: Denn er hält die Kriterien der Rechtssicherheit nicht nur ein, sondern spiegelt die maßstabsstiftende ‚Meta- Methode‘ des kritischen Rationalismus regelrecht auf der Ebene des Gewichtungsschemas:

Dies wird erkennbar, sobald man bedenkt, dass die Benennung von Zwischenstufen zwischen tatsächlichem Eingriff und denkbarer Minimal- und Maximalinvasion nichts anderes ist als die Bildung von Hypothesen über die Nähe und Distanz zu diesen Polen. Die Ergänzung ihrer Aufreihung wiederum entspricht der Falsifikation der Ursprungslistung und ergänzt diese an ihren aufgedeckten Schwachstellen um fehlende Zwischenstufen. Somit kommt es zielgerichtet zu Hypothesenkorrekturen. Dadurch verbessert sich sukzessive die Aneinanderreihung einzelner Beeinträchtigungsformen. Infolgedessen präzisiert sich zunehmend die Stelle, an der der fragliche Eingriff zwischen minimaler und maximaler Intensität einzuordnen ist. Je sorgfältiger also die Prognose einer Entscheidung die denkbaren Eingriffsstufen sammelt, desto genauer lässt sich die Intervallmessung vorhersagen, die ein Gericht anstellt, das die Methode ebenso gründlich anwendet.

cc. Beliebige Wahl des Ziels durch den Gesetzgeber

Augenscheinlich ermöglicht die Intervallmessung beliebige Manipulationen der Gewichtungen auch dadurch, dass der Eingreifende zu seiner Rechtfertigung nach freiem Ermessen festlegen darf, welchem Zweck seine Beeinträchtigung dient. Gerade wenn er sich ein besonders unambitioniertes Ziel setzt, kann er darauf verweisen, dass seine Maßnahme dieses in höchstem Maße erfüllt.¹⁵⁵¹

Dies bereitet jedoch eher dem Kieler Verfahren Probleme, weil es die konkrete Gewichtung der Rechtfertigung tendenziell danach ausrichtet, wie weitreichend eine Maßnahme ihren legitimen Zweck verwirklicht.¹⁵⁵² Das funktionale Modell leidet hingegen nicht an solchen Schwierigkeiten, weil es gar nicht auf den absoluten Zielerreichungsgrad abstellt, sondern nur auf die relative Effizienz verglichen mit Alternativmaßnahmen.

Diese Gewichtszumessungsregel erleichtert es dem Eingreifenden gerade nicht, seine Rechtfertigung als schwerwiegend zu klassifizieren, da ein bescheidener Eingriffszweck begünstigt, dass auch sonstige Lösungen ihn ähnlich oder ressourcenschonender realisieren. Dadurch hält die funktionale Gewichtszumessung anhand der relativen Effizienz die Rechtfertigungshürde auf konstantem Niveau: Je näher der Eingreifende das Ziel an die Eingriffswirkung seiner Maßnahme heranrückt, desto schwieriger findet sich zwar eine wirkungsstärkere Alternative, aber desto eher auch eine ähnlich wirksame mildere Variante.

Die funktionale Gewichtungsmethode verhindert somit gerade, dass der Eingreifende über die ihm zustehende Zielauswahl die Schwere des Rechtfertigungsgrundes beeinflussen kann. Somit droht an dieser Stelle keine Nivellierung des effektiven Grundrechtsschutzes.

¹⁵⁵¹ Vgl. *Petersen*, in: *International Journal of Constitutional Law* 2013, 294, 309f.

¹⁵⁵² Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.aa.

d. Vernachlässigung abstrakter Gewichte?

Ein weiterer Kritikpunkt richtet sich dagegen, dass das funktionale Modell keine abstrakten Gewichte mehr explizit berücksichtigt.¹⁵⁵³ Damit stellt sich die Methode möglicherweise gegen zwingende Verfassungsvorgaben. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Sorge allerdings als unbegründet:

Denn zum einen gibt es keine Verfassungsvorschrift, die explizit oder implizit eine Differenzierung abstrakter Gewichte auf Seiten der Rechtfertigung fordert. Im Gegenteil zeigte sich sogar, dass der von Art. 19 Abs. 2 GG geforderte Kernbereichsschutz dezidiert gegen eine abstrakte Gewichtung der Rechtfertigung spricht, die nach der Gewichtsformel sogar schwerste Eingriffe in ein Grundrecht erlauben würde.¹⁵⁵⁴

Zum anderen ist es unzutreffend, dass das funktionale Verfahren abstrakte Gewichte auf Seiten der Grundrechtsbeeinträchtigung ausblendet. Denn nach dem hiesigen Verständnis wird den abstrakten Gewichten der einzelnen Grundrechte schon dadurch Rechnung getragen, dass sie die Festlegung des Schwellenwertes zu tiefgreifenden Intensitäten mitbestimmen. Zudem richtet sich nach der abstrakten Bedeutung eines Grundrechts, ob dessen jeweiliger Schutzbereich eng oder weit gezogen wird:

Sei es durch Zufall oder absichtlich, korreliert bereits nach der aktuellen Rechtsprechung die Weite des Schutzbereichs eines Grundrechts mit seiner abstrakten Relevanz: Je situationsunabhängig bedeutsamer ein Grundrecht, desto enger gerät sein Schutzbereich. So schützt die allgemeine Handlungsfreiheit alle erdenklichen Betätigungsformen und kennzeichnet sich zugleich durch ein abstrakt geringes Gewicht.¹⁵⁵⁵ Umgekehrt zergliedert die Rechtfertigung die für die FDGO konstitutiven Grundrechte in feinere Bestandteile. Die Meinungsfreiheit zerfällt beispielsweise in die Rechte, eine Meinung zu bilden, zu haben, zu äußern, zu verbreiten und zur Kenntnis zu nehmen – jeweils mit eigenem Schutzbereich.¹⁵⁵⁶ Noch feingliedriger fällt die Ausgestaltung der Menschenwürdegarantie aus.¹⁵⁵⁷ So verkörpert allein das Folterverbot eine eigenständige Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁵⁵⁸

Hieran lässt sich exemplarisch zeigen, wie unter dem funktionalen Modell eine gesteigerte abstrakte Relevanz bei der Intensitätsbestimmung zum Tragen kommt. Je enger der Schutzbereich, desto leichter wirkt eine Beeinträchtigung maximalintensiv und desto eher ist ihr ein schweres Gesamtgewicht zuzumessen. Dadurch fließt die abstrakte Bedeutung der Grundrechte auch weiterhin in die Gesamtbewertung ein – und zwar gerade ohne den absoluten Kernbereichsschutz zu missachten, den Art. 19 Abs. 2 GG verlangt.

¹⁵⁵³ Vgl. Alexy, in: Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, 217, 230ff.; Klatt/Meister, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687, 690f.

¹⁵⁵⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.cc.

¹⁵⁵⁵ Vgl. Breckwoldt: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 220f.

¹⁵⁵⁶ Siehe nur Grabenwarter, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 46, 75–94.

¹⁵⁵⁷ Vgl. Breckwoldt: Grundrechtskombinationen, 2015, S. 92; Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 44.

¹⁵⁵⁸ Siehe Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 51 m.w.N.

e. Intransparenz im Umgang mit empirischer Unwahrscheinlichkeit?

Man kann dem funktionalen Modell weiterhin vorwerfen, dass es empirische Wahrscheinlichkeiten vernachlässigt, weil sie nicht mehr gesondert gewichtet werden. Tatsächlich berücksichtigt die Methode diese jedoch nur an anderer Stelle: Eine etwaige Ungewissheit im Hinblick auf Sachverhaltsmerkmale beeinflusst nämlich statt einer eigenständigen Gewichtungskomponente schlichtweg die Faktoren des Intensitätsgrades der Beeinträchtigung und der Effizienz der rechtfertigenden Wirkung:

Auf Seiten der Beeinträchtigung wird eine Ungewissheit der Eingriffswirkung dadurch abgebildet, dass eine größere Zahl von Alternativen als schwerwiegender aufzuzählen ist, weil diese mit höherer Wahrscheinlichkeit eintreten. Umgekehrt gerät ein fraglicher Grundrechtseingriff jedenfalls dadurch empfindlicher, dass seine Folgen mit höherer Gewissheit ein Schutzgut beeinträchtigen. Dann nämlich erhöhen die Alternativen mit unwahrscheinlicherer Einwirkung auf das Grundrecht die Intervallzahl zwischen Minimalinvasion und streitiger Maßnahme und begünstigen so die Einstufung ihrer Intensität als tiefgreifend.¹⁵⁵⁹

Auf Seiten der Rechtfertigung kommen tendenziell zusätzliche Handlungsvarianten als effizientere Alternativen in Betracht, wenn die rechtfertigende Wirkung des fraglichen Eingriffs ihrerseits nur potenziell eintritt und nicht sicher.¹⁵⁶⁰ Mithin berücksichtigt auch die funktionale Gewichtungsmethode auf beiden Seiten der Abwägung empirische Unsicherheiten.

f. Bloß mittelschwere Einstufung gravierender punktueller Eingriffe?

Denkt man an intensivste punktuelle Eingriffe wie die Folter, mag man bezweifeln, ob die funktionale Gewichtungsmethode mit dem verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Grundrechtsschutz harmoniert. Schließlich verlangt sie für die Zuweisung eines schweren Eingriffsgewichts und damit für die rechtfertigungsunabhängige Annahme einer Grundrechtsverletzung zwingend die Langfristigkeit der Beeinträchtigung.

Hieran fehlt es aber möglicherweise gerade bei empfindlichsten Einschnitten, solange diese nur punktuell bleiben. So scheint es, als wiege ein Eingriff durch Folter nur mittelschwer, weil er meist nur von kurzer Dauer ist – so auch im Beispiel der verfassungswidrigen Rettungsfolter.¹⁵⁶¹

Tatsächlich beruhen solche Einordnungen der Dauer allerdings auf einer zu verengten Betrachtung der Wirkungsverhältnisse. Berücksichtigt man zusätzlich die unbestreitbaren psychologischen Langzeitwirkungen der Folter, lässt sich keineswegs mehr nur von einer kurzfristigen Maßnahme sprechen.¹⁵⁶²

Im Interesse eines effektiven Grundrechtsschutzes bemüht sich selbstverständlich gerade die funktionale Gewichtungsmethode um eine Gesamtschau der Eingriffswirkungen. Kein Element

¹⁵⁵⁹ Siehe Kapitel 4, Abschnitte III.2.a.aa, III.2.c.bb.

¹⁵⁶⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitte III.2.a.bb, III.2.d.

¹⁵⁶¹ Vgl. den Sachverhalt in EGMR, Urt. v. 1.6.2010, 22978/05 – Gäfgen v. Deutschland.

¹⁵⁶² Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Rn. 80.

ihres Verfahrens sieht vor, den begutachteten Sachverhalt zu verkürzen und Langzeitfolgen auszublenden. Und wo sich solche wie bei der Folter erkennen lassen, ist der streitigen Maßnahme freilich auch eine langfristige Wirkungsdauer zu attestieren.

Mithin kommt eine mittelschwere Gewichtung nur für solche intensiven Beeinträchtigungen in Frage, deren Wirkung sich tatsächlich ohne länger anhaltende Effekte auf den Moment der eigentlichen Intervention begrenzen. Bei Folter und Zensur ist das jedenfalls nicht der Fall.¹⁵⁶³ Hier liegen unstreitig schwere Grundrechtseingriffe vor, die aufgrund der Wertungen des Art. 19 Abs. 2 GG gemäß der funktionalen Gewichtungsmethode jeden Rechtfertigungsgrund überwiegen.

Und wo sich umgekehrt tatsächlich keine bleibende Wirkung äußert, spricht vieles dafür, bloß ein mittelschweres Gewicht zuzuweisen: Um den demokratisch legitimierten Staat mit der nötigen Handlungsfähigkeit auszustatten, sind dem Bürger kurze intensive Einschnitte ebenso zuzumuten wie mäßige Dauerbelastungen. Andernfalls droht ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip. Dies gilt insbesondere, weil es reichlich beliebig anmutet, dem Staat bei hinreichender Rechtfertigung zwar nicht tiefgreifende Dauerbelastungen der Grundrechtsträger zu gestatten, aber keine bloß kurzfristigen tiefgreifenden Interventionen.

g. Dürfen schwere Eingriffe kategorisch als Grundrechtverletzung gelten?

Eine weitere Bewährungsprobe für die funktionale Gewichtungsmethode formuliert die rechtliche Behandlung polizeilicher Rettungsschüsse. Ein handlungsfähiger Staat hat an dieser Ultima Ratio ein gesteigertes Interesse, bildet sie doch häufig die einzige Möglichkeit, bedrohtes unschuldiges Leben vor konkreten Todesgefahren zu schützen.¹⁵⁶⁴

Gleichzeitig bilden Rettungsschüsse zweifellos erhebliche Eingriffe. Der beim Adressaten der Maßnahme eintretende Tod oder die im mindesten riskierte erhebliche Körperverletzung versagt ihm langanhaltend sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit oder gar auf sein Leben. Die Intervention wiegt also aufgrund ihrer nachhaltigen Wirkung mindestens mittelschwer. Überdies liegt es vermeintlich nahe, dem Eingriff sogar ein schweres Gewicht zuzumessen, weil ein Rettungsschuss jedenfalls im ungünstigen Fall den Adressaten nicht nur seine Gesundheit, sondern auch sein Leben kostet. Das erweckt den Anschein, als negiere die Maßnahme zumindest mit einem erheblichen Risiko vollständig das unter Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte Schutzgut.¹⁵⁶⁵ Augenscheinlich rückt dies den Rettungsschuss in die relative Nähe der denkbaren Maximalinvasion und somit in den obersten Bereich der Intensitätsskala. Das hieße, dass ein Rettungsschuss nach der funktionalen Gewichtungsmethode einen schweren Eingriff bildet und somit per se das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt.

¹⁵⁶³ Vgl. Urteilsbegründung in EGMR, Urt. v. 1.6.2010, 22978/05 – Gäfgen v. Deutschland; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 5, Rn. 119 m.w.N.

¹⁵⁶⁴ Vgl. *Hübner*: Zulässigkeit des finalen Rettungsschusses und des "finalen Rettungsfolterns", 2009, S. 3ff. m.w.N.

¹⁵⁶⁵ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, 2018, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 33ff.

Der Eindruck trägt jedoch. Denn die funktionale Gewichtungsmethode legt besonderen Wert darauf, dass die Gewichtszumessung auch berücksichtigt, inwiefern der Betroffene den Eingriff eigenverantwortlich provoziert hat oder ihn zumindest zumutbar abwenden kann.¹⁵⁶⁶ Im Falle eines Rettungsschusses setzt die jeweilige landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage stets voraus, dass es sich beim Adressaten der Maßnahme um einen Handlungsstörer handelt.¹⁵⁶⁷ Daraus folgt, dass es gerade der Betroffene in der Hand hat, ob der Rettungsschuss als Ultima Ratio zum Tragen kommen darf.

Angesichts der hohen Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen gelangt die kritisch-rationale Intervallmessung zu dem Ergebnis, dass noch etliche schärfere Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit denkbar sind: nämlich solche, in denen Nichtstörer Opfer der gleichen oder noch intensiveren Gewalt werden. Auf intensiveren Zwischenstufen stehen im Übrigen etliche Fallgruppen, in denen die beeinträchtigten Grundrechtsrechtsträger dem Risiko ganz oder teilweise nur mit weniger zumutbarem Aufwand entgehen können. Dass unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit fast nur invasive Alternativen in Frage kommen, drückt den Rettungsschuss in der Gesamtbetrachtung unter den Schwellenwert zu den besonders intensiven Einschnitten.

h. Zwischenergebnis

Keiner der unmittelbar denkbaren Einwände falsifiziert die prognostische Leistungsfähigkeit und Verfassungskompatibilität der funktionalen Gewichtungsmethode.

Unvorhersehbarkeit droht nur äußerst eingeschränkt dadurch, dass es letztlich den Festlegungen der Rechtsprechung überlassen bleibt, wo auf der Intensitätsskala der Schwellenwert liegt, ab dem eine Beeinträchtigung als tiefgreifend gilt. Denn nach anfänglicher Setzung dieses Orientierungspunktes pro Grundrecht ist die Rechtsprechung hieran bei allen weiteren Eingriffen in das Schutzgut ausnahmslos gebunden – ohne dass erneut ein präzedenzloser Fall droht und damit Orientierungslosigkeit. Das Gleiche gilt für die Festsetzung des Schwellenwertes auf der Skala der Dauer.

Und selbst vor der erstmaligen Festlegung eines Schwellenwertes lässt sich zumindest der Korridor verengen, in dem eine methodenbewusste Rechtsprechung die Grenze zum oberen Gewichtsbereich setzen darf. Zumindest innerhalb der deutschen Verfassungsordnung blockieren nämlich bereits das Demokratieprinzip und das Gebot des effektiven Grundrechtsschutzes eine übermäßige Absenkung oder Anhebung des Schwellenwertes.¹⁵⁶⁸

Ein Einfallstor für Beliebigkeit eröffnet die funktionale Gewichtungsmethode weiterhin auch nicht, indem sie die Intensitätsskala am subjektiven Höchstmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung orientiert. Denn wo das Maximum der subjektiv relevanten Betätigungsformen unter einem

¹⁵⁶⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.aa.

¹⁵⁶⁷ Siehe etwa § 25 Abs. 1 HmbSOG.

¹⁵⁶⁸ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.b.

Grundrecht beschränkt wird und wie viele Zwischenstufen einen Eingriff hiervon trennen, lässt sich durchaus intersubjektiv nachvollziehbar bestimmen – so wie auch die Beweisführung über andere subjektive Tatbestandsmerkmale die berechenbare Rechtsanwendung nicht vor unüberwindbare Hürden stellt.¹⁵⁶⁹

Weiterhin behauptet sich das funktionale Modell erfolgreich gegen den Vorwurf, es vernachlässige die Komponenten abstrakter Relevanz betroffener Verfassungsgüter: Die abstrakte Relevanz eines Grundrechts fließt ein in die Bestimmung des denkbaren Höchstmaßes der Intensitätsskala und des Schwellenwertes, ab dem ein Eingriff als tiefgreifend gilt. Unterdessen besteht keine Verfassungsvorgabe, unterschiedliche abstrakte Bedeutungen der Rechtfertigungsgründe ebenfalls zu würdigen.¹⁵⁷⁰

Außerdem provoziert der Umgang der funktionalen Gewichtungsmethode mit empirischen Wahrscheinlichkeit keine Intransparenz: Ist die Wirkung eines Eingriffs empirisch unsicher, liegt dessen Beeinträchtigung zwischen niedrigeren Intervallen auf der Intensitätsskala als bei einem gewissen Einschnitt. Auf Rechtfertigungsseite wird die empirische Wahrscheinlichkeit dadurch gewürdigt, dass die Maßnahme als umso effizienter gilt, je wahrscheinlicher sie gegenüber Alternativen eine Wirkung zugunsten des gesetzten Ziels entfaltet. Diese Facetten der Intervallmessung tragen unterschiedlichen empirischen Wahrscheinlichkeiten intersubjektiv nachvollziehbar Rechnung.¹⁵⁷¹

Auch dass das funktionale Modell selbst tiefgreifendste punktuelle Eingriffe höchstens als mittelschwer einordnet, verstößt nicht gegen das Gebot des effektiven Grundrechtsschutzes. Es ließ sich nämlich zeigen, dass jede wirklich empfindliche Beeinträchtigung auch langfristig eine Wirkung entfaltet, etwa durch einen Einschüchterungseffekt oder eine Traumatisierung. Wäre eine solche zur Annahme schwerwiegender Eingriffe entbehrlich, stützte dies umgekehrt den Handlungsspielraum demokratisch legitimer Stellen auf ein Maß, das die Vorgabe des Demokratieprinzips verkennt.¹⁵⁷²

Schließlich harmoniert es mit eben diesem auch, tiefgreifende Eingriffe mit langfristiger Wirkung jeden Rechtfertigungsgrund aufwiegen zu lassen und damit per se zur Grundrechtsverletzung zu erklären. So verlangt es Art. 19 Abs. 2 GG, ohne dass die funktionale Gewichtungsmethode demokratisch legitimer Staatsorganen dafür übermäßig viele Handlungsoptionen absprechen muss. Denn nach den Vorgaben zur Intervallmessung der Eingriffsintensität gelten selbst weitreichende Beschränkungen der grundrechtlich geschützten Betätigungen dort selten als tiefgreifend, wo der Betroffene sie eigenverantwortlich provoziert hat. So verhält es sich etwa beim gerechtfertigten Rettungsschuss gegen Geiselnnehmer. Eine solche Maßnahme gegen einen Nichtstörer wäre hingegen unstreitig ein schwerwiegender Eingriff von tiefgreifender Intensität, den die funktionale Methode darum auch als Grundrechtsverletzung ansieht.¹⁵⁷³

¹⁵⁶⁹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.c.

¹⁵⁷⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.d.

¹⁵⁷¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.e.

¹⁵⁷² Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.f.

¹⁵⁷³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.g.

Weitere Einwände gegen das funktionale Modell sind nicht ausgeschlossen und werden vermutlich im Laufe der Zeit vorgebracht. Zunächst bleibt aber festzuhalten, dass das Verfahren ersten denkbaren Falsifikationsversuchen standhält. Die Methode bewährt sich also im Hinblick auf ihre Rechtssicherheit und sonstige Verfassungskompatibilität vorläufig.

4. Gewichtung in Fallbeispielen

a. Orientierung

Um die prognostische Leistungsfähigkeit der funktionalen Gewichtungsmethode noch näher zu beleuchten, soll sie nachstehend auf vier Fälle angewandt werden: auf den des Lebach-Urteils von 1973¹⁵⁷⁴, den des Cannabis-Beschlusses von 1994¹⁵⁷⁵, den des Titanic-Urteils von 1992¹⁵⁷⁶ und den der Rasterfahndung-II-Entscheidung von 2006¹⁵⁷⁷.

Dass die folgenden Abschnitte III.4.b bis III.4.e ausgerechnet diese Fälle besprechen, hat zwei Gründe: Erstens hat bereits *Alexy* für die vier Konstellationen erörtert, zu welchen Ergebnissen hier das Modell der Kieler Schule gelangt.¹⁵⁷⁸ Insofern existieren Vergleichswerte, gegen die sich die funktionale Gewichtungsmethode messen lassen kann.

Zweitens decken die vier BVerfG-Entscheidungen verschiedene wesentliche Fallkonstellationen ab: Das Lebach-Urteil entschied über eine Grundrechtskollision im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 22, 23 KunstUrhG – ein Fall von mittelbarer Drittwirkung. Der Cannabis-Beschluss thematisierte eine Beeinträchtigung im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs in Form eines Verbotsgesetzes; hier spielte im Übrigen die empirische Unsicherheit der Gesundheitsschädigung in der Abwägung eine zentrale Rolle.¹⁵⁷⁹ Im Titanic-Urteil beruhte die Beeinträchtigung wiederum auf einem Gerichtsurteil, das das Satiremagazin in seiner Meinungsfreiheit beschränkte, indem es im Wege mittelbarer Drittwirkung gewisse kritische Äußerungen untersagte. Die Rasterfahndung-II-Entscheidung schließlich kennzeichnet sich dadurch, dass es sich jedenfalls bei diesem Fall um einen ‚hard case‘ handelt.¹⁵⁸⁰ Das lässt sich bereits daran ersehen, dass es zu einem Sondervotum kam und mithin nicht einmal im urteilenden Senat ein Konsens erzielt werden konnte¹⁵⁸¹. Gerade nach der prognostischen Leistungsfähigkeit in derartigen Konstellationen richtet es sich, ob die funktionale Gewichtungsmethode dem diskursiven Modell überlegen ist.

Mit der Auswahl der Fälle hofft die Untersuchung, die Berechenbarkeit des funktionalen Verfahrens innerhalb eines möglichst breiten Spektrums unterschiedlicher Konstellationen weitreichend zu veranschaulichen. Der Vollständigkeit halber geht die Fallbesprechung ebenfalls darauf ein, welche

¹⁵⁷⁴ BVerfGE 35, 202.

¹⁵⁷⁵ BVerfGE 90, 145.

¹⁵⁷⁶ BVerfGE 86, 1.

¹⁵⁷⁷ BVerfGE 115, 320.

¹⁵⁷⁸ Siehe etwa *Alexy*, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 790f.; *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 23ff.; *Alexy*, in: Ratio Juris 2003, 131, 136f.; *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 84ff.

¹⁵⁷⁹ Vgl. BVerfGE 90, 145, 174ff.

¹⁵⁸⁰ Vgl. *Alexy*, in: Proportionality, 2017, 13, 23ff.

¹⁵⁸¹ Siehe BVerfGE 115, 320, 371ff.

Vorstadien die Abwägung in der Unterstruktur durchläuft und in welches Ergebnis sie in der Oberstruktur mündet.

b. Lebach-Urteil

Das hier vertretene Abwägungsmodell nimmt seinen Ausgangspunkt in der Unterstruktur, die bereits im dritten Kapitel ausgearbeitet wurde. Festzustellen ist als erstes der streitgegenständliche Sachverhalt. Verwiesen sei hierbei in der Besprechung des Lebach-Urteils auf die Vorarbeit des BVerfG und insbesondere auf den wiedergegebenen Parteienvortrag.¹⁵⁸² Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird hier darauf verzichtet, den Sachverhalt separat zu erfassen oder den empirischen Befund des BVerfG kritisch zu hinterfragen.

Ist der Sachverhalt gesichtet, sieht die Unterstruktur vor, ihn so zu strukturieren, dass die gewichtungsrelevanten Elemente erfasst werden. Zunächst sind dazu die eingriffsrelevanten Bestandteile des Sachverhalts abzugrenzen. Beim Eingriff handelte es sich im Lebach-Fall um eine gerichtliche Auslegungsentscheidung zu § 23 KunstUrhG. Dieser gemäß hatte es der Beschwerdeführer zu dulden, wenn ein Dokumentar Spielfilm des ZDF über den von ihm als Gehilfen mitverübten Soldatenmord in Lebach seinen Namen nennt.¹⁵⁸³

Auf der vorgenannten Grundlage ist zu klären, welche gewichtungsrelevanten Wirkungen der Eingriff zulasten des beeinträchtigten Grundrechts und zugunsten des Rechtfertigungsgrundes zeitigt. Grundsätzlich zu vernachlässigen sind dabei atypische kausale Folgen.¹⁵⁸⁴ Jenseits solcher trugen die Parteien folgende Wirkungen vor, die die Sachverständigen bestätigten: Auf Eingriffsseite macht es die Namensnennung wahrscheinlich, dass der Betroffene in die Kriminalität zurückfällt und die Resozialisierung scheitert. Als Hauptgrund hierfür wird angeführt, dass sich der Betroffene durch die Filmausstrahlung vor dem Umgang mit Mitmenschen ängstige, wodurch sich seine soziale Isolation verfestigt.¹⁵⁸⁵ Weiter erschwert wird die Resozialisierung dadurch, dass die Namensnennung Zuschauer dazu veranlasst, weniger mit dem dadurch für sie leicht identifizierbaren Straftäter sozial zu interagieren.¹⁵⁸⁶ Auf Rechtfertigungsseite vermittelt die Namensnennung der Bevölkerung Detailkenntnisse zum Verbrechen und begünstigt so die öffentliche Meinungsbildung.¹⁵⁸⁷ Der hierzu konsultierte Sachverständige wies darauf hin, dass bei dokumentarischen Sendungen die Namensnennung dabei hilft, die Glaubwürdigkeit der Darstellung zu untermauern. In reinen Spielfilmen sei dies aber wegen des bewusst eingeflossenen fiktiven Gehalts gerade nicht effektiv. In einem Dokumentar Spielfilm sei hierzwischen eine Einordnung vorzunehmen.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸² Siehe BVerfGE 35, 202, 205ff.

¹⁵⁸³ Siehe BVerfGE 35, 202, 204, 206ff.

¹⁵⁸⁴ Siehe Kapitel 3, Abschnitt III.4.c.

¹⁵⁸⁵ Siehe BVerfGE 35, 202, 214ff.

¹⁵⁸⁶ Siehe BVerfGE 35, 202, 217, 237.

¹⁵⁸⁷ Siehe BVerfGE 35, 202, 230ff.

¹⁵⁸⁸ Siehe BVerfGE 35, 202, 216f.

Daneben ist auf Ebene der Unterstruktur festzustellen, welche von den Eingriffswirkungen betroffene Verfassungsgüter einander auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung gegenüberstehen. Eingegriffen wurde mit der fraglichen Namensnennung vorliegend in das Resozialisierungsinteresse des Betroffenen als Teilkomponente seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Rechtfertigen soll den Eingriff seine Wirkung zugunsten der freien Rundfunk-Berichterstattung, die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unter Schutz stellt.¹⁵⁸⁹

Nachdem die Abwägung die Unterstruktur durchlaufen hat, wiegt die funktionale Gewichtungsmethode die ermittelten beeinträchtigenden und rechtfertigenden Wirkungen des Eingriffs. Die Schwere der Beeinträchtigung bemisst sich dabei nach ihrer Intensität und Dauer. Angesichts des Befunds der Sachverständigen ist davon auszugehen, dass die Namensnennung des Betroffenen langanhaltend soziale Kontaktängste provoziert und die Resozialisierung langfristig erschwert.¹⁵⁹⁰ Wo auch immer man im Rahmen des verfassungsmäßig Zulässigen den Schwellenwert zur bloßen kurzfristigen Dauer einer Beeinträchtigung zieht, so überschreitet ihn der Eingriff vorliegend. Alles andere liefe einem effektiven Grundrechtsschutz zuwider.

Im Hinblick auf die Intensität lässt sich durchaus argumentieren, dass nur wenige einschneidendere Zwischenstufen den Eingriff von der denkbaren Maximalinvasion des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts trennen. Immerhin attestieren die befragten Gutachter dem Scheitern der Resozialisierung eine hohe Wahrscheinlichkeit. Diese aber bildet zwangsläufig den Ausgangspunkt fast aller Formen von Persönlichkeitsentfaltung. Sie findet nämlich typischerweise nicht in Isolation statt, sondern ganz wesentlich in sozialen Räumen. Und auch die privaten Gestaltungsmöglichkeiten hängen maßgeblich davon ab, wie sehr es einem Grundrechtsträger möglich ist, sich im öffentlichen Raum legal eine Lebensgrundlage aufzubauen, statt erneut straffällig zu werden.

Wie das BVerfG ausführlich herausarbeitet, erzeugten Anfang der 1970er der Rundfunk und hierbei das beliebte Genre des Dokumentarspielfilms unter allen Medien die weitreichendste und eindringlichste öffentliche Wirkung.¹⁵⁹¹ Denken lässt sich somit eine Vielzahl milderer Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht durch andere Formen der Berichterstattung. Entscheidend ist zudem die Wahl des Zeitpunkts der Ausstrahlung: Je später nach der Tat ein Dokumentarspielfilm den Vorfall in Erinnerung ruft, desto eher durchkreuzt er die Resozialisierungsbemühungen.¹⁵⁹² Im Lebach-Fall lag das behandelte Ereignis schon über drei Jahre zurück; der Betroffene wurde bereits auf die Wiedereingliederung nach seiner geplanten Haftentlassung vorbereitet.¹⁵⁹³

Intensivere Einschnitte bleiben indes immerhin in Konstellationen denkbar, in denen eine Resozialisierung nicht bloß wahrscheinlich, sondern mit Gewissheit scheitert. Wie das BVerfG

¹⁵⁸⁹ Siehe BVerfGE 35, 202, 238.

¹⁵⁹⁰ Vgl. BVerfGE 35, 202, 216f.

¹⁵⁹¹ Siehe BVerfGE 35, 202, 226ff.

¹⁵⁹² Vgl. BVerfGE 35, 202, 233ff.

¹⁵⁹³ Siehe BVerfGE 35, 202, 204ff.

selbst erwähnt, käme dies etwa bei einer „*zusätzlichen Beeinträchtigung durch die jeweilige Art und Weise der Darstellung (Polemik, Verfälschung)*“¹⁵⁹⁴ in Betracht. Zu bedenken ist weiterhin, dass der Film mit der fraglichen Namensnennung Anfang 1972 produziert wurde, als der Beschwerdeführer noch etwa die Hälfte seiner sechsjährigen Haftstrafe zu verbüßen hatte. Es überrascht insofern, dass die Urteilsbegründung nicht darauf eingeht, inwiefern in der restlichen Haftzeit eine (Re-)Stabilisierung der Psyche des Betroffenen ausgeschlossen ist. Auch scheint fraglich, ob die Zuschauer sich noch Jahre später an den Namen eines Gehilfen in einem zwar aufsehenerregenden, aber eben auch nicht epochalen Mordfall erinnern. Egal, wie man den Sachverhalt letztlich einordnet, dürfte feststehen, dass jedenfalls ohne die Gelegenheit zu zusätzlichen Resozialisierungsmaßnahmen zwischen Ausstrahlung und Haftentlassung eine Wiedereingliederung noch wahrscheinlicher gefährdet würde.

Und noch ein weiterer Umstand distanziert den tatsächlichen Eingriff vom oberen Extrem der denkbaren Einschnitte in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht: die Eigenverantwortung des Gehilfen. Dass dieser überhaupt als Person der Zeitgeschichte im Sinne des § 23 KunstUrhG ohne Einwilligung im Rundfunk dargestellt werden darf, gründet auf seiner Beihilfe an einem vierfachen Raubmord. Zutreffend verweist schon das Berufungsurteil des OLG Koblenz auf diesen gewichtungsrelevanten Faktor,¹⁵⁹⁵ dem die Intervallmessung Rechnung zu tragen hat. Auch das BVerfG bezieht diesen Aspekt in die Gewichtung ein.¹⁵⁹⁶

Ob die Intensität trotz Eigenverantwortung des Betroffenen also als tiefgreifend gilt, ist letztlich der einmaligen Setzung des BVerfG überlassen, wo die Grenze zu tiefgreifenden Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts verläuft. Bis zur Präjudizierung lässt sich gleichermaßen vertretbar bejahen oder verneinen, dass die Gestattung der Berichterstattung mit Namensnennung unter § 23 KunstUrhG einen Einschnitt in den Kernbereich bildet. Das BVerfG tendiert in seiner Entscheidung dahin, den Eingriff insgesamt als schwer anzusehen, weil eine Resozialisierungsmöglichkeit selbst Schwerverbrechern offenstehen soll. Sie scheint dem Gericht dermaßen quintessentiell für die Betätigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dass sogar eine gesteigerte Eigenverantwortung dessen konkrete Gefährdung nicht aus der relativen Nähe zur Maximalinvasion rückt.

Für alle künftigen Fälle hat das BVerfG damit im deutschen Rechtsraum abgesteckt, ab welcher Intervallverteilung Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als tiefgreifend gelten. Im Modell der funktionalen Gewichtungsmethode ist der Schwellenwert nach den Wertungen im Lebach-Urteil übertreten, sobald die konkrete Gefahr droht, dass die Resozialisierungschance vollständig verloren geht – und damit faktisch die Möglichkeit aller weiteren Betätigungen unter dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Den Schutz vor derartig folgenreichen Einschnitten in den Kernbereich soll ein Grundrechtsträger dabei nicht einmal einbüßen, wenn er diese eigenverantwortlich provoziert hat. Ohne Eigenverantwortung des Betroffenen überschreitet ein Eingriff den Schwellenwert zu einer tiefgreifenden Intensität im Umkehrschluss sogar schon bei etwas weniger empfindlichen Einschnitten.

¹⁵⁹⁴ BVerfGE 35, 202, 225.

¹⁵⁹⁵ Siehe OLG Koblenz, Urt. v. 5.10.1972, 9 U 552/72.

¹⁵⁹⁶ Vgl. BVerfGE 35, 202, 231f.

Spätestens nach einer solchen anfänglichen allgemeinverbindlichen Setzung lässt sich bei künftigen Beeinträchtigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuverlässig ermitteln, wann ein tiefgreifender Eingriff zu bejahen ist und wann nicht.

Und auch ohne diese Setzung ist das Endergebnis der Gewichtungen im Lebach-Fall antizipierbar. Denn selbst wenn man das letztendliche Gewicht auf Seiten des Eingriffs offenlässt, so weist bereits der Befund auf Seiten der Rechtfertigung in eine eindeutige Richtung:

Vorliegend stehen nämlich drei diskutable Alternativen zur Namensnennung im Dokumentarspielfilm im Raum, um möglichst weitreichend zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen. Eine Variante hätte darin bestanden, dass das ZDF den Namen nicht genannt hätte. Eine zweite hätte ihn genannt, aber den Nachnamen abgekürzt. Eine dritte hätte darin bestanden, dass zwar der volle Name genannt worden wäre, wohl aber nicht in einem Dokumentarspielfilm, sondern in einer reinen Dokumentation. Ein reiner Spielfilm mit Unterhaltungscharakter wäre hingegen keine ‚Berichterstattung‘ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und folglich keine auf dasselbe Ziel gerichtete Alternative.

Von den drei denkbaren Alternativen wäre eine gleichwertig gewesen, aber zwei sogar effizienter. Denn das Herauslassen des Namens verkürzt zwar die Wirkungsintensität zugunsten der öffentlichen Meinungsbildung, verlangt aber wie auf Eingriffsseite gesehen auch geringere Opfer. Die zweite Variante tut dies ebenfalls, erweist sich aber als wirkungsgleich im Hinblick auf das rechtfertigende Verfassungsgut:

Denn die öffentliche Meinungsbildung lässt sich genauso gut begünstigen, wenn die Filmszenen je nach praktikablen Gestaltungsmöglichkeiten den Nachnamen abkürzen, nur den Vornamen erwähnen oder eine alternative Personenanrede wählen: Auch dies trägt in einem Dokumentarspielfilm zur Authentizität der Darstellung bei und befördert die Glaubwürdigkeit. Gerade die verkürzte Namensnennung suggeriert, dass es sich um eine reale Person handelt, die den Produzenten des Films bekannt ist. Man könnte sogar argumentieren, dass dadurch noch eher kenntlich gemacht wird, dass die Figuren nicht bloß fiktive Charaktere sind. Schließlich bestünde bei solchen gar kein (verfassungsrechtlich gebotener) Anlass zur Namens Kürzung. Im Umkehrschluss deutet diese also darauf hin, dass hier ein Originalname modifiziert wurde.

Im Übrigen lässt sich die Glaubwürdigkeit einer Berichterstattung zusätzlich steigern, indem der Dokumentarspielfilm an anderer Stelle auf fiktive Komponenten verzichtet und stattdessen weitere reale Details integriert.¹⁵⁹⁷ Auch diese dritte Variante wäre also wirkungsstärker als die gewählte Möglichkeit der Namensnennung.

Da deren Alternativen also in Summe entweder wirkungsgleich oder effizienter ausfallen, beurteilt die funktionale Gewichtungsmethode das Rechtfertigungsgewicht vorliegend als schwach. Selbst wenn man den Eingriff also nur als mittelschwer gewichtet hätte, würde er die Rechtfertigung also doch überwiegen. So oder so prognostiziert die funktionale Gewichtungsmethode also Ergebnisse, die auf Ebene der Oberstruktur eine Grundrechtsverletzung ausweisen, wie sie auch das BVerfG

¹⁵⁹⁷ Vgl. BVerfGE 35, 202, 216f.

angenommen hat. Damit macht das Verfahren die Entscheidung vorhersehbar bzw. retrospektiv nachvollziehbar. Hierbei zeigt sich zudem, dass das funktionale Modell die Normanwendung auch in Fällen mittelbarer Drittwirkung berechenbar anleiten kann.

c. Cannabis-Beschluss

In der Besprechung des Cannabis-Beschlusses sei erneut zur Sachverhaltserfassung in der Unterstruktur auf die Feststellungen des BVerfG verwiesen.¹⁵⁹⁸ Als Eingriff einzugrenzen sind die Vorschriften des BtMG, die den unerlaubten Umgang mit Cannabisprodukten mit Strafe bedrohen.¹⁵⁹⁹ Die Konsequenz der Regelung für den Betroffenen besteht darin, dass er Cannabisprodukte nicht legal erwerben, weitergeben oder konsumieren darf. Die rechtfertigende Wirkung äußert sich darin, dass möglicherweise weniger Menschen Cannabisprodukte konsumieren, wodurch es eventuell seltener zu Gesundheitsschädigungen kommt.¹⁶⁰⁰

Gewichtungsrelevante Abwägungsgegenstände sind laut gerichtlicher Würdigung die allgemeine Handlungsfreiheit auf Eingriffsseite (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Gesundheitsschutz auf Rechtfertigungsseite (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).¹⁶⁰¹

Dabei wiegt der Eingriff in das beeinträchtigte Verfassungsgut mittelschwer: Aufgrund des permanenten Verbots handelt es sich zwar um einen dauerhaften Eingriff. Dieser ist aber keinesfalls als besonders schwer einzustufen. Denn die Erfahrung eines kurzzeitigen Rauschzustandes wird nicht einmal generell verboten. Schließlich verbleiben legale Substitute wie Alkohol. Überdies bildet der Rausch innerhalb der weit angelegten allgemeinen Handlungsfreiheit auch aus der Perspektive eines Individuums nur eine von zahlreichen subjektiv relevanten Betätigungsformen. Die Möglichkeiten zur individuellen Lebensgestaltung werden somit keineswegs grundlegend in Frage gestellt. Im Gegenteil finden sich zahllose umfassendere Einschnitte in die allgemeine Handlungsfreiheit, etwa ein Verbot jedweder Rauschmittel oder gar jedweder (gesundheitsgefährdender) Genussmittel. Von einem tiefgreifenden Einschnitt kann also keine Rede sein; dafür trennen den konkreten Eingriff zu viele Intervalle vom denkbaren Maximum.

Umgekehrt wiegt auch die Rechtfertigung immerhin mittelschwer: Es finden sich nämlich mindestens teilweise ineffizientere Alternativen. Eine solche bestünde darin, Cannabis schlichtweg zu entkriminalisieren und ohne größere Regulierung zu liberalisieren. Dies ist weniger invasiv im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit, riskiert aber zumindest mit ähnlicher Wahrscheinlichkeit wie die aktuelle Wirkung zugunsten des Gesundheitsschutzes eine stärkere Gesundheitsschädigung bei mehr Betroffenen. Daraus folgt, dass die Alternative noch ineffizienter wäre, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen.¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁸ Siehe BVerfGE 90, 145, 152ff.

¹⁵⁹⁹ Siehe BVerfGE 90, 145, 148ff.

¹⁶⁰⁰ Vgl. BVerfGE 90, 145, 174ff.

¹⁶⁰¹ Siehe BVerfGE 90, 145, 170ff.

¹⁶⁰² Vgl. BVerfGE 90, 145, 174ff.

Umgekehrt könnte eine vertiefte Untersuchung zeigen, dass eine Teilliberalisierung einen größeren Beitrag zum Gesundheitsschutz leisten kann. Immerhin wäre die Entkriminalisierung bei gleichzeitiger Reglementierung schonender für die allgemeine Handlungsfreiheit.¹⁶⁰³ Gleichzeitig versprechen eine Besteuerung oder Einnahmen staatlicher Abgabestellen eine bessere Finanzierung der Suchtprävention und damit möglicherweise zumindest eine qualitative Minderung drogenbedingter Schäden.¹⁶⁰⁴ Ob das tatsächlich zutrifft, kann letztlich dahinstehen. Denn wegen der ineffizienteren Alternative des Verbotes wiegt dessen Rechtfertigung immerhin mittelschwer.

Zwischen den Gewichten von Eingriff und Rechtfertigung entsteht somit mindestens eine Pattsituation, die auf mittlerer Gewichtungsstufe nach dem funktionalen Modell zugunsten des Eingreifenden aufzulösen ist. Folglich verneint das funktionale Gewichtungsverfahren eine Grundrechtsverletzung. Auch den Cannabis-Beschluss macht die Methode somit vorhersehbar.

d. Titanic-Urteil

Auch in der Besprechung des Titanic-Urteils kann man sich auf die Sachverhaltserfassung des BVerfG stützen. Der Eingriff besteht in der gerichtlichen Entscheidung, das Satiremagazin zu einer Schmerzensgeldzahlung zu verurteilen, weil es einen körperlich behinderten Reserveoffizier der Bundeswehr als ‘geborenen Mörder’ und mehr noch als ‘Krüppel’ bezeichnet hatte.¹⁶⁰⁵ Die beeinträchtigende Wirkung dieses Eingriffs liegt darin, dass eine Verurteilung zu Schmerzensgeld einschüchternde Wirkung entfalten und die Titanic dazu veranlassen kann, künftig restriktiver von ihrem Recht auf Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen.¹⁶⁰⁶ Umgekehrt ist die rechtfertigende Wirkung darin zu erblicken, dass die Verurteilung zu Schmerzensgeld die von dem kritisierten Reservisten erlittene Ehrabschneidung korrigiert.¹⁶⁰⁷

Die relevanten Abwägungsgegenstände sind hierbei die Meinungsfreiheit einerseits und der Ehrschutz andererseits. Nachdem also die Unterstruktur durchschritten ist, stellt sich die Frage, ob eine gerichtliche Ahndung kritischer Äußerungen mit Schmerzensgeld das Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG übermäßig beschränkt.¹⁶⁰⁸

Um dies zu beantworten, sind die kollidierenden Verfassungsgüter zu gewichten. Auffällig ist diesbezüglich, dass das BVerfG ausführlich das Gewicht der Ehrverletzung durch die Äußerungen der Titanic vermisst¹⁶⁰⁹. Demgegenüber fasst das Gericht merklich kürzer zusammen, wie schwer das Urteil die Meinungsfreiheit des Satiremagazins trifft:

Hier deutet das BVerfG knapp darauf hin, dass es Schmerzensgeldurteilen eine Signalwirkung zulasten der Meinungsfreiheit attestiert¹⁶¹⁰. Dadurch gerät der Eingriff einer Verurteilung gerade nicht bloß punktuell, sondern bedeutet eine langfristige Einschränkung, weil Opfer von Kritik

¹⁶⁰³ Vgl. *Eisenberg/Köbel*: Kriminologie, 7. Aufl. 2017, S. 263 m.w.N.

¹⁶⁰⁴ Vgl. das Sondervotum BVerfGE 90, 145, 187ff.

¹⁶⁰⁵ Siehe BVerfGE 86, 1, 2ff.

¹⁶⁰⁶ Vgl. BVerfGE 86, 1, 10f.

¹⁶⁰⁷ Vgl. BVerfGE 86, 1, 11f.

¹⁶⁰⁸ Vgl. BVerfGE 86, 1, 8ff.

¹⁶⁰⁹ Siehe BVerfGE 86, 1, 11ff.

¹⁶¹⁰ Siehe BVerfGE 86, 1, 10.

künftig zusätzlich zu Klagen ermutigt werden. Aus diesem Grund gilt die Beeinträchtigung nach der funktionalen Gewichtungsmethode zumindest als mittelschwer.

Ob der Eingriff darüber hinaus schwer wiegt, hängt davon ab, wo auf der Intensitätsskala eine Untersagbarkeit der abgeurteilten Äußerungen verortet wird und wo die Grenze zu tiefgreifenden Einschnitten. Der Umkehrschluss aus der detaillierten Exegese der kränkenden Wirkung der kritischen Äußerungen der Titanic lässt vermuten, dass das BVerfG den Schwellenwert zur tiefgreifenden Beeinträchtigung je nach abgeurteilter Begrifflichkeit überschritten sieht:

Böten Rechtsmittel gegen eine satirische Bezeichnung als ‘geborener Mörder’ Aussicht auf Erfolg, beschränkt dies fast alle subjektiv für die Titanic relevanten Gebrauchsformen der Meinungsfreiheit. Denn dann gerieten die allermeisten überzeichneten Darstellungsarten, die für Satiriker charakteristisch sind, ins Visier von Klagen auf Schmerzensgeld. Das wäre geeignet, ein Medium wie die Titanic weitgehend zum Schweigen zu bringen. So lassen sich nur wenige intensivere Zwischenstufen ersinnen, die einen solchen Einschnitt noch von einem maximalinvasiven Eingriff trennen, der den Betroffenen sogar der letzten für ihn bedeutsamen Freiheitsreserven beraubt.

Die Unterbindung der Bezeichnung als ‘geborener Mörder’ im satirischen Kontext als tiefgreifende Beeinträchtigung anzusehen, ergibt sich auch unter Berücksichtigung der Dimension der Eigenverantwortlichkeit. Gewiss hat das Satiremagazin die Verurteilung mitbeeinflusst, ja sogar provoziert, indem es sich kritisch geäußert hat. Eigenverantwortung für einen Eingriff lässt sich indes nicht schon bejahen, wenn der Betroffene sein Grundrecht gebraucht.

Das widerspräche dem verfassungsmäßig gebotenen effektiven Grundrechtsschutz, weil bei Eingriffen in Betätigungsfreiheiten stets eine Eigenverantwortung bejaht werden müsste. Dadurch würden stets zusätzliche Intervalle den Eingriff von der Maximalinvasion trennen; im Ergebnis wäre eine tiefgreifende Intensität dadurch faktisch immer ausgeschlossen. Ein Einschnitt in den Kernbereich müsste also selbst bei heftigsten Beschränkungen verneint werden. Da sich derartige Gewichtungen nicht mit einem effektiven Kernbereichsschutz vereinbaren lassen, bemisst sich die Eigenverantwortung ausschließlich danach, wie stark Betroffene Eingriffe durch ihr Verhalten jenseits des Grundrechtsgebrauchs vermeiden können.¹⁶¹¹

Anders als durch den Verzicht auf die Meinungsäußerung wäre es der Titanic hier nicht möglich gewesen, einer Verurteilung zu entgehen. Der Eingriff traf sie insofern unvermeidbar, was die Intervalle zur Maximalinvasion weiter verringert. Die Anordnung eines Schmerzensgeldes wegen der Bezeichnung eines Reservisten als ‘geborener Mörder’ ist somit in ihrer Intensität als tiefgreifend einzustufen. Wegen der andauernden Einschüchterungswirkung bedingt dies insgesamt einen schweren Beeinträchtigungsgrad.

Probleme bereitet dagegen die Einordnung der gerichtlichen Unterbindung der schärferen Kritik als ‘Krüppel’ auf der Intensitätsskala. Diese erscheint jedenfalls weniger einschneidend als eine gerichtliche Angreifbarkeit der harmloseren Bezeichnung als ‘geborener Mörder’. Der Grund

¹⁶¹¹ Siehe bereits Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.aa.

hierfür ist, dass der Kontext der Äußerung im Beispielfall weniger als Satire erkennbar war. Zudem ist das Kaliber einer derart beißenden persönlichen Attacke nicht zwingend nötig, um im Meinungsstreit frei seine Ansichten und Kritikpunkte zu platzieren. Es liegen also zusätzliche Intervalle zwischen einem Eingriff, der nur derart scharfe, diffamierende Äußerungen gerichtlich nicht duldet, und einem, der sich auch gegen weitaus vorsichtigere Äußerungen wie den satirischen Ausdruck des ‚geborenen Mörders‘ wendet.

Ob die Zahl dieser Intervalle den konkreten Eingriff unter die Schwelle zu tiefgreifenden Intensitäten drückt, ist damit aber noch nicht eindeutig geklärt. Schließlich ist es vertretbar, bereits die gerichtliche Einschränkung derber für ein Satiremagazin typischer Ausdrucksweisen noch innerhalb der tiefgreifenden Intensitäten zu verorten. Dies ließe sich immerhin dadurch überzeugend plausibilisieren, dass der Eingriff nur wenige Stufen unter dem zuvor besprochenen liegt, der den Begriff ‚geborener Mörder‘ betraf.

Ein Grund für diese Annahme mag sein, dass sich gerade im Bereich der Sprache der Einschüchterungseffekt der Unterbindung einer Äußerung voraussichtlich nicht auf diese beschränkt. Vielmehr ist zu befürchten, dass der Beeinträchtigte aus Vorsicht teilweise selbst harmlosere Aussagen unterlässt. Auch eine solche vorauseilende Selbstzensur wäre Gift für die Teilhabe einer Satirezeitschrift am freien Meinungsaustausch. Hält man es Betroffenen dagegen durchaus für zumutbar, präzise abzuschätzen, welche übermäßig diffamierenden Ausdrücke nicht unter Schutz stehen, darf ihre gerichtlichen Unterbindung jedoch als nicht tiefgreifender Eingriff gelten.

Letztlich hängt die Einordnung von der Ermessensentscheidung ab, zwischen welchen Intervallen man die Schwelle zur tiefgreifenden Eingriffsintensität hier zieht. Das BVerfG hat sich offenbar dafür entschieden, der Unterbindung von Schmähungen wie ‚Krüppel‘ auch im Kontext eines Satiremagazins eine nicht tiefgreifende Intensität zuzumessen. Werden dagegen harmlosere kritische Äußerungen unterbunden, bildet dies in den Augen des Gerichts einen tiefgreifenden Einschnitt in die Meinungsfreiheit. Herausgestellt ist damit zumindest für alle künftigen Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein berechenbarer Schwellenwert, ab dem sie als tiefgreifend gelten.

Die rechtfertigende Wirkung des Urteils zugunsten des Ehrschutzes fällt mittelschwer aus. Als Alternative zur Anordnung einer Schmerzensgeldzahlung denkbar wäre neben einer Zurückweisung der Klage höchstens eine bloße Verurteilung zum Unterlassen und zur Richtigstellung. Beide Alternativen wären zwar weniger einschneidend, aber auch weniger wirkungsstark im Ausgleich der widerfahrenen Ehrverletzung. Eindeutig effizientere oder ineffizientere Alternativen zum fraglichen Urteil sind demgegenüber nicht erkennbar.

Vor diesem Hintergrund überwiegt der Beeinträchtigungsgrad der Verurteilung wegen der Bezeichnung des Reservisten als ‚geborenen Mörder‘ deren Rechtfertigung. Umgekehrt wiegt diese es auf, die öffentliche Anrede eines körperlich Behinderten als ‚Krüppel‘ gerichtlich zu unterbinden. Hierin liegt nämlich nach den Schwellenwerten des BVerfG kein tiefgreifender Eingriff mehr.

Das Ergebnis der funktionalen Gewichtungsmethode deckt sich somit auch mit der Entscheidung im Titanic-Urteil und macht diese nachvollziehbar.

e. Rasterfahndung-II-Entscheidung

Wie bei den vorherigen Urteilsbesprechungen beruht die Sachverhaltserfassung zur Rasterfahndung-II-Entscheidung in der Unterstruktur auf den Feststellungen des BVerfG. Zu prüfen hatte das Gericht als Eingriff die Anordnung einer präventiven polizeilichen Rasterfahndung.¹⁶¹² Die Maßnahme stützte sich auf die Ermächtigungsgrundlage des § 31 PolG NRW von 2003 und schöpfte diese stringent ohne verfassungsinkompatible Auslegung aus.¹⁶¹³ Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs betrifft somit ausschließlich die Gesetzeslage selbst. Die Befugnis zur Rasterfahndung erlaubt es den Ermittlungsbehörden, diverse personenbezogene Daten von anderen Behörden und nichtöffentlichen Stellen zusammenzuführen.

Grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung entfaltet die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage insofern, als sie es ohne konkrete Gefahr gestattet, fast sämtliche personenbezogenen Daten eines Individuums von verschiedenen erhebenden Stellen zusammenzuziehen. Diese Reichweite ergibt sich daraus, dass eine Person gerade im digitalen Zeitalter die allermeisten personenbezogenen Daten nicht nur unangerührt auf privaten Festplatten hortet, sondern gegenüber dem Staat oder privaten Stellen preisgibt. Erlaubt wird somit die zustimmungslose Weitergabe, Bündelung und Weiterverarbeitung nahezu aller erdenklichen personenbezogenen Daten. Eingehengt wird die Nutzung dabei allein durch die Bindung an den Zweck der Prävention abstrakter Gefahren für die Staatsordnung oder Leib, Leben oder Freiheit einer Einzelperson.

Das BVerfG hält die Auseinandersetzung mit der Wirkung auf Rechtfertigungsseite merklich kürzer. Der Grund hierfür dürfte sein, dass gemäß Urteilsbegründung „*das Gewicht (...) der Grundrechtseingriffe (...) so hoch*“¹⁶¹⁴ ist, dass eine Rechtfertigung nicht mehr in Betracht kommt. Eine solche hält das Gericht nur für möglich, sofern man schon die Eingriffsintensität drosselt, indem die Rasterfahndung nur bei konkreten Gefahren zugelassen wird.¹⁶¹⁵

Die Ausführungen des Gerichts verdeutlichen dennoch, dass die präventive Rasterfahndung laut BVerfG womöglich schweren Erschütterungen der öffentlichen Sicherheit wie etwa Terroranschlägen häufiger vorbeugen kann als die akute. Denkbar ist, dass es zu weiteren Zufallsfunden kommt, die bei der bloßen Anordnung der Rasterfahndung bei konkreten Gefahren übersehen worden wären. Dies erscheint dem Gericht gleichwohl nicht so gewiss wie die Schutzwirkung im Falle letzterer: Denn da die Erhebung der präventiven Rasterfahndung nicht zielgerichtet gewisse Verdachtsmomente erhärtet, sondern bestenfalls erst solche zu Tage fördert, sind Ermittlungserfolge ungewisser.¹⁶¹⁶

¹⁶¹² Siehe BVerfGE 115, 320, 321ff.

¹⁶¹³ Siehe BVerfGE 115, 320, 341.

¹⁶¹⁴ BVerfGE 115, 320, 360.

¹⁶¹⁵ Siehe BVerfGE 115, 320, 360ff.

¹⁶¹⁶ Vgl. BVerfGE 115, 320, 362ff.

Als abzuwägende Verfassungspositionen kollidierte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf Eingriffsseite¹⁶¹⁷ mit dem Belang, die Staatsordnung und das Leben und die Freiheit der Bevölkerung vor Gefahren zu schützen¹⁶¹⁸.

Bei der Gewichtung des Eingriffs fällt zunächst auf, dass dieser eine langfristige Wirkung entfaltet. Bereits die einmalige Durchführung einer Rasterfahndung zulasten eines Individuums kann nämlich ein „*Gefühl des Überwachtwerdens*“¹⁶¹⁹ auslösen, das den Betroffenen dauerhaft in seinem Verhalten beeinträchtigt.

Auch die Intensität der Beeinträchtigung bewertet das Gericht als tiefgreifend:¹⁶²⁰ Als tiefgreifend gilt im Rahmen der kritisch-rationalen Intervallmessung nämlich jedenfalls ein Eingriff, den nur wenige Intervallstufen von der denkbaren Maximalinvasion in das beeinträchtigte Grundrecht trennen. Ein maximaler Einschnitt in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bestünde darin, dass einem Individuum vollständig die Verfügungsmöglichkeit über seine personenbezogenen Daten genommen wird.¹⁶²¹

§ 31 PolG NRW von 2003 erlaubte nach seinem Wortlaut und Zweck die vielfältige und umfassende Zusammenführung sämtlicher personenbezogener Daten. Denn als soziales Wesen im digitalen Zeitalter teilt ein potenzieller Adressat der Maßnahme die meisten seiner personenbezogenen Daten mit der einen oder anderen öffentlichen oder nichtöffentlichen Stelle. Zugreifen kann die ermächtigte Behörde folglich fast auf den gesamten Datenbestand eines Individuums. Ebenso weit gefasst sind die zulässigen Verwendungsarten: Solange die ermächtigte Behörde in der einen oder anderen Form einen Beitrag zur Abwehr abstrakter Gefahren leistet, darf sie personenbezogene Daten nach freiem Ermessen verwenden.

Nun könnte man geltend machen, dass die Verfügungsmöglichkeit über personenbezogene Daten dadurch noch nicht auf ein Minimum gestutzt wird, das heißt, den Eingriff noch etliche Intervalle von der Maximalinvasion trennen: Die ursprüngliche Preisgabe der Daten an die weitergebenden Stellen ist eine Entscheidung des Individuums, auch wenn er der Weitergabe an die rasterfahndende Behörde nicht zustimmen mag. Zudem darf nur die zuständige (mittelbar demokratisch legitimierte) Behörde die Daten weiterverwenden und auch nur im Rahmen der abstrakten Gefahrenabwehr, nicht grenzenlos.

Zu bedenken ist gleichwohl, dass gerade gegenüber öffentlichen Stellen wie der Finanzverwaltung Daten häufig nicht freiwillig erhoben werden, sondern aufgrund gesetzlicher Zwänge. Zudem sind gerade die zugelassenen Verwendungsweisen der Daten erstens besonders weitreichend und berühren Adressaten der Rasterfahndung zudem empfindlicher als sonstige unzulässige Nutzungsvarianten. Denn gerade die anlasslose Überwachung kann zu Unrecht inkriminierende,

¹⁶¹⁷ Siehe BVerfGE 115, 320, 341.

¹⁶¹⁸ Siehe BVerfGE 115, 320, 344.

¹⁶¹⁹ BVerfGE 115, 320, 355.

¹⁶²⁰ Siehe BVerfGE 115, 320, 360.

¹⁶²¹ Siehe zur Definition und zur ratio juris des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 115, 320, 341f. m.w.N.

öffentlich stigmatisierende Wirkungen zeitigen.¹⁶²² Hinzu kommt, dass die Fassung des § 31 PolG NRW von 2003 gerade auch die Rasterfahndung zulasten unverdächtiger Personen gestattet. Dies führt dazu, dass sogar Nichtstörer dezidiert in den Kreis der zulässigen Adressaten fallen. Für sie wird der Eingriff zusätzlich in die Nähe der Maximalinvasion gerückt, weil sie ihn nicht eigenständig vermeiden können, geschweige denn provoziert haben.¹⁶²³ Ihnen fehlt es also gerade an einer intensitätsmindernden Eigenverantwortung.

Dass die Rasterfahndung dabei erst durch das Anknüpfen an bloß abstrakte Gefahren ins obere Quintil der Intensitätsintervalle fällt, verdeutlicht unterdessen der Abgleich mit der alternativen Voraussetzung konkreter Gefahren. Diese wirkt sich nämlich gleich auf mehreren Ebenen eingriffsmildernd aus: Sie beschränkt erstens exponentiell die Zahl der Anwendungsfälle und hierbei sogar noch überproportional drastisch diejenigen gegen Nichtstörer, weil es sich bei Daten zur Verhütung konkreter Gefahren zuvorderst um die des Verdächtigen selbst handelt.¹⁶²⁴

Reichen abstrakte Gefahren für die Rasterfahndung aus, erhöht dies nicht nur die Anzahl der Betroffenen. Mit der Ausweitung der Ermächtigungsgrundlage geht auch einher, dass mehr Daten von einer Einzelperson erhoben werden können: Wenn die Chance auf „Zufallsfunde“¹⁶²⁵ als Anordnungsgrund genügt, kommen nämlich unbegrenzte Datenquellen und Datentypen in Betracht, aus denen sich solche gewinnen lassen. Und je dürftiger die Erkenntnis bei einem sehr kleinen Datensatz ausfallen dürfte, desto eher ermutigt eine effektive Zweckverfolgung dazu, in der Breite Daten zu sammeln, um ein Ergebnis vorweisen zu können.

Gleichzeitig verkürzt die Unterbindung abstrakter Gefahren auf Seiten der Zwecksetzung die zulässigen Verarbeitungsformen: Gibt eine konkrete Gefahr Anlass dazu, Daten zusammenzuführen, dienen diese der unmittelbar bevorstehenden Gefahrenverhütung. Eine Sammlung von Daten auf Vorrat für den Bedarfsfall wäre gerade nicht zweckmäßig: Während konkrete Gefahren sich alsbald realisieren oder abgewendet werden können, ist es denkbar, dass sich eine irgendwie geartete abstrakte Gefahrenlage als Dauerzustand verstetigt. Genügt deren Einhegung als Zweck der Datenverarbeitung, kann diese dementsprechend unbegrenzt fort dauern. Das unterstreicht nicht bloß die Langwierigkeit in der zeitlichen Einstufung des Eingriffs, sondern begründet auch die qualitative Tiefe des Einschnitts: Denn je länger die Datenverarbeitung zulässig bleibt, desto weiter kann sie fortgesetzt werden. Schließlich erfordert eine breit angelegte Erhebung und Tiefenanalyse in der Praxis ein Ausmaß an Zeit, das in konkreten Gefahrensituationen gar nicht zur Verfügung steht.¹⁶²⁶

All diese Faktoren verdeutlichen, wie viele Intervalle zwischen der milderen Rasterfahndung bei konkreten Risiken und ihrem fraglichen Pendant bei abstrakten Gefahren liegen. Sie alle rücken die Ermächtigungsgrundlage bei einem derart niedrigschwelligen Anlass weit ans obere Ende der Intensitätsskala. Wenn man also den Schwellenwert für tiefgreifende Beeinträchtigungen des

¹⁶²² Vgl. BVerfGE 115, 320, 352f.

¹⁶²³ Vgl. BVerfGE 115, 320, 347, 354f.

¹⁶²⁴ Vgl. BVerfGE 115, 320, 355ff.

¹⁶²⁵ BVerfGE 115, 320, 359.

¹⁶²⁶ Vgl. BVerfGE 115, 320, 365ff.

Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durchschnittlich hoch setzt, liegt es nahe, einen schwerwiegenden Eingriff zu bejahen. Damit entfällt auch die Frage nach der Schwere der Rechtfertigungswirkung. Eingriffe in den Kernbereich wie der vorliegende bilden schließlich nach der funktionalen Gewichtungsmethode stets eine Grundrechtsverletzung. Mithin macht das Verfahren auch die Entscheidung des BVerfG vorhersehbar.

f. Auswertung

Die funktionale Gewichtungsmethode produziert eingebettet in die in Kapitel 3 herausgearbeitete Unter- und Oberstruktur berechenbare Ergebnisse. Sie erlauben es, Urteile wie die des BVerfG in den thematisierten Entscheidungen zu antizipieren bzw. retrospektiv nachzuvollziehen. Dabei erweist sich das funktionale Modell sogar als leistungsfähiger als das Kieler Pendant. Denn zumindest im Hinblick auf den Fall der Rasterfahndung-II-Entscheidung hatte *Alexy* betont, seinem Verfahren zufolge dürfe auch die Gewichtung im Sondervotum als diskursiv möglich gelten.¹⁶²⁷ Dieses aber bewertete die Rasterfahndung auch bei Anordnung in einer lediglich abstrakten Gefahrenlage als „*nicht (...) besonders intensiv*“¹⁶²⁸ und hielt ihre Ermächtigungsgrundlage daher für gerechtfertigt.

Die oben dargelegte Intervallmessung käme indes höchstens zu einem solchen Ergebnis, wenn der Schwellenwert auf der Intensitätsskala trotz historisch datenschutzfreundlicher BVerfG-Rechtsprechung¹⁶²⁹ wider Erwarten prohibitiv hoch angesetzt würde. Da im funktionalen Modell jüngere Urteile an die frühere Schwellenwertsetzungen gebunden sind, wäre eine derartige Bemessung der Intensität des Eingriffs allerdings methodisch inkonsequent. Damit deutet die funktionale Gewichtungsmethode eindeutig auf die letztlich vom BVerfG getroffene Rasterfahndung-II-Entscheidung.

Dass die Ergebnisse der funktionalen Gewichtungsmethode in den Beispielfällen weitgehend auf Linie der bisherigen Urteilspraxis des BVerfG liegen, ist dabei kein Zufall: Das hier vorgeschlagene Verfahren greift bewusst den bewährten Aspekt des präjudizienbasierten Ansatzes auf, wonach Präzedenzfälle vorhersehbare Gewichtungsverhältnisse festlegen können. Nutzten bisherige Modelle dies nur bei der Bemessung der abstrakten Gewichte, bedient sich das funktionale Verfahren solcher Orientierungspunkte bei der Bestimmung des Schwellenwerts zwischen nicht tiefgreifenden und tiefgreifenden Intensitäten. Mit einer überschaubaren Anzahl von Setzungen fixiert die Rechtsprechung hier Grundrecht für Grundrecht allgemeinverbindlich die Schwellenwerte zu einem schwerwiegenden Beeinträchtigungsgrad (im engeren Sinne). Innerhalb des Korridors zwingender Verfassungsvorgaben dürfen die Richter eingangs frei festsetzen, ab wo die Intervallverteilung Eingriffe nahe genug ans obere Skalenextrem rückt, um sie als tiefgreifend und langfristig einzustufen.

¹⁶²⁷ Siehe *Alexy*, in: *Proportionality*, 2017, 13, 23ff.

¹⁶²⁸ BVerfGE 115, 320, 373.

¹⁶²⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1; BVerfGE 120, 274.

Insofern erweist sich die funktionale Gewichtungsmethode als flexibel genug, um sich dem Schutzniveau anzupassen, den ein bestimmtes Gericht in einer gewissen Rechtsordnung den einzelnen Grundrechten zumessen kann und will.¹⁶³⁰ Ähnlich wie die Gewichtsformel in der Oberstruktur harmoniert die funktionale Gewichtungsmethode somit mit einer Vielzahl unterschiedlicher Grundrechtsordnungen. Durch die anfängliche eingeschränkte Setzungskompetenz der Richter bei der Bemessung der Schwellenwerte lassen sich Eigenheiten verschiedener Gerichts- und Verfassungsordnungen berücksichtigen. Die funktionale Gewichtungsmethode kann also auf verschiedene Anwendungsgebiete zugeschnitten werden.

Dennoch verfällt das funktionale Modell dadurch nicht in Beliebigkeit. Denn trotz seiner Anpassungsfähigkeit minimiert es die Stellen, an denen die Rechtsprechung durch einmalige Setzungen Orientierung schaffen muss: Hauptsächlich handelt es sich pro Grundrecht um die anfängliche Festlegung von Schwellenwerten auf den Skalen der Dauer, Intensität und Effizienz eines Eingriffs. Unberechenbarkeit wegen allorts klaffender Lücken präzedenzloser Fälle drohen nicht. Gleichzeitig vermeidet das funktionale Modell neue Unsicherheiten, wie *Alexys* Modell sie riskiert, indem ein Gericht diskursiv zulässige Gegenargumente mobilisieren darf, um sich über ein missliebige Präjudiz hinwegzusetzen.

Sind einmal die Schwellenwerte gesetzt und die Gewichtungskriterien fertig konfiguriert, ist die Rechtsprechung an diese in allen künftigen Fällen verbindlich gebunden: Rechtsanwender und Betrachter können hiernach gleichermaßen verlässlich bestimmen, ab wann die Intensität eines Eingriffs nach der funktionalen Gewichtungsmethode als tiefgreifend einzuordnen ist. Dasselbe gilt für die Dauer der Beeinträchtigung und die rechtfertigende Effizienz der Maßnahme.

IV. KAPITELERGEBNIS

Das zurückliegende Kapitel suchte und fand eine möglichst rechtssichere verfassungskompatible Gewichtungsmethode als Teilschritt der Abwägung zwischen Ober- und Unterstruktur. Dazu überprüfte der Abschnitt zunächst drei aktuell diskutierte Modelle anhand des in Kapitel 2 erarbeiteten kritisch-rationalen Maßstabs der Rechtssicherheit. Darauf aufbauend entwickelte die Untersuchung ein korrigiertes Verfahren: die **funktionale Gewichtungsmethode**.

In den Blick nahm die Untersuchung zunächst das bereits seit den 1970er Jahren von *Alexy* entwickelte diskursive Modell der Kieler Schule.¹⁶³¹ Es gewichtet separat je vier Einzelfaktoren auf Seiten von Eingriff und Rechtfertigung mit einem von drei Werten auf einer triadischen Skala: leicht, mittelschwer und schwer. Die zu gewichtenden Einzelfaktoren erfassen

1. die abstrakte Relevanz des betroffenen Verfassungsguts,
2. die konkrete Wirkungsintensität der Beeinträchtigung,
3. deren empirische Wahrscheinlichkeit und
4. die normative Einstufungsunsicherheit.

¹⁶³⁰ Vgl. *Mann*, in: *Global Constitutionalism* 2018, 14.

¹⁶³¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.b.

Den Faktoren ist jeweils ein Gewichtswert zuzuweisen, dessen Festlegung den Diskursregeln gehorcht.

Zwei gegenwärtig diskutierte Alternativverfahren wurden ebenfalls analysiert: Der präjudiziengestützte Ansatz bemisst einzelne Gewichte ausschließlich nach den Wertungen in früheren Entscheidungen¹⁶³², das demoskopische Modell nach den Mehrheitsmeinungen in repräsentativen Befragungen der Bevölkerung oder eines Fachpublikums¹⁶³³.

Bei der Prüfung der vorgenannten Modelle bewährten sich folgende Teilelemente, indem sie in keinem erkennbaren Fall verfassungswidrige Entscheidungen nahelegten oder Spielräume für Beliebigkeit eröffneten:

Erstens hilft es der Berechenbarkeit des Verfahrens, Eingriff und Rechtfertigung Gewichtswerte auf einer vereinfachten Kardinalskala zuzuweisen. Sie vermeidet unnötige Stufen und damit verbundene Grenzfälle und überführt doch Gewichtungen verschiedener Faktoren in die gleiche kommensurable Einheit. Dies erst ermöglicht eine Gegenüberstellung in der Oberstruktur.

Zweitens hat die Kieler Schule zutreffend herausgearbeitet, dass eine verfassungskompatible Gewichtung mindestens drei Faktoren berücksichtigen muss: die konkrete Intensität der grundrechtsbeeinträchtigenden und der rechtfertigenden Wirkung, ihre empirischen Wahrscheinlichkeiten und die abstrakten Bedeutungen der betroffenen Grundrechte.

Drittens trägt es zur Vorhersehbarkeit bei, anhand von Präjudizien etwa die abstrakte Relevanz von Grundrechten zu bemessen. Wo sich wie zu diesem Abwägungsaspekt eine Teilwertung an einer reichen Sammlung von Vorentscheidungen ausrichten kann, bieten diese nämlich nach der erstmaligen Einordnung durch die Rechtsprechung verlässliche Orientierungspunkte.

Zugleich falsifizierten weitreichende unvorhersehbare oder anderweitig verfassungsincompatible Gewichtungsergebnisse wesentliche Komponenten der bisherigen Modelle:

Die demoskopische Gewichtungsmethode missachtet das Gebot des Minderheitenschutzes als tragendes Prinzip des deutschen Grundrechtskatalogs.¹⁶³⁴ Das präjudiziengestützte Verfahren stiftet wenigstens in präzedenzlosen Fällen keinerlei Orientierung für vorhersehbare Gewichtungen.¹⁶³⁵ Damit disqualifizieren sich die beiden Ansätze so weitreichend, dass selbst Kerngehalte der Theorien einer Korrektur bedürfen, um Einfallstore beliebiger Rechtsanwendung einzuhegen. Um ein berechenbare, verfassungskompatible Gewichtungsmethode zu entwickeln, ist es insofern nötig, die demoskopischen und rein präjudizienbasierten Gewichtungskriterien im Ganzen auszuwechseln.

¹⁶³² Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.b.

¹⁶³³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.b.

¹⁶³⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.c.

¹⁶³⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.c.

Dass oftmals mehrere Gewichtungsvarianten gleichermaßen diskursiv möglich sind und der Rechtsanwender beliebig zwischen ihnen wählen kann, disqualifiziert weiterhin die Diskursregeln der Kieler Schule als rechtssichere Gewichtungsgrundsätze.¹⁶³⁶ Zumindest die diskursiven Kriterien der Gewichtszumessung bedürfen also ebenfalls einer umfassenden Hypothesenkorrektur.

Weiterhin lässt sich zwar die Gewichtsskala in *Alexys* Modell auf Eingriffsseite zwischen Punkten aufhängen, an denen die subjektive Grundrechtsbetätigung des individuellen Grundrechtsträgers maximal und minimal beeinträchtigt wird. Rechtfertigungsseitig hingegen eignen sich weder Erreichungsgrade idealer Fernziele noch das Realisierungsniveau etwaiger vom Eingreifenden selbst gesetzter ambitionsloser Zwecke als Orientierungspunkte dafür, wann ein schweres Gewicht festzusetzen ist. Eine Hypothesenkorrektur muss demgegenüber versuchen, obere und untere Skalenwerte auf Rechtfertigungsseite nicht wie auf Eingriffsseite über die Nähe zu denkbaren Extremen zu definieren, sondern über die Distanz zur Mitte.

Anders als im Modell der Kieler Schule ist im Übrigen davon abzusehen, die abstrakte Relevanz betroffener Grundrechte und die empirische Wahrscheinlichkeit der Einwirkungen auf diese separat zu gewichten. Andernfalls droht in manchen Fällen eine Nivellierung des effektiven Grundrechtsschutzes und in anderen eine verfassungswidrige Verkürzung der Handlungsspielräume demokratisch legitimierter Institutionen. Um dies zu vermeiden, empfiehlt sich eine Hypothesenkorrektur, die die genannten Faktoren direkt bei Bestimmung der konkreten Gewichte von Beeinträchtigung und rechtfertigender Wirkung berücksichtigt.

Um Rechtssicherheitsdefizite zu beheben und die Verfassungskompatibilität zu vergrößern, sind somit an allen bestehenden Modellen Korrekturen nötig. Vergleichsweise wenige Anpassungen erfordert immerhin das Gewichtungsmodell der Kieler Schule. Seine bewährten Teilelemente dienen daher als Ausgangspunkt einer systematischen Korrektur aller aufgedeckten Defizite.

Hierum bemühte sich die zweite Hälfte des Kapitels mit der Ausarbeitung der **funktionalen Gewichtungsmethode**.¹⁶³⁷ Ihr Name leitet sich von dem Grundsatz ab, ihre Form ausschließlich nach ihrer Funktion zu gestalten, verfassungskompatible Gewichtungsergebnisse mit möglichst großer Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit zu produzieren.

Aus dem Modell der Kieler Schule übernimmt die funktionale Gewichtungsmethode die bewährte triadische Skala.¹⁶³⁸ Auf dieser gewichtet sie separat auf Eingriffsseite nur noch den Beeinträchtigungsgrad und auf Rechtfertigungsseite den Effizienzgrad.¹⁶³⁹

Der Beeinträchtigungsgrad bestimmt sich nach der Einordnung des Eingriffs auf zwei Unterskalen: denen der Dauer und der Intensität. Um zusätzliche Schwellen einzusparen, sind die Dauer und die Intensität nur in jeweils zwei Stufen zu bemessen: kurzfristig und langfristig sowie tiefgreifend und nicht tiefgreifend. Erzielt ein Eingriff auf beiden Skalen einen niedrigen Wert, gilt der triadisch zu bemessende Beeinträchtigungsgrad als niedrig. Erzielt ein Eingriff auf einer der Skalen einen hohen

¹⁶³⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.c.

¹⁶³⁷ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.

¹⁶³⁸ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.b.

¹⁶³⁹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.a.

Wert und auf der anderen einen niedrigen, wird ein mittelschwerer Beeinträchtigungsgrad veranschlagt. Bei hohen Werten auf beiden Unterskalen, also bei langfristigen tiefgreifenden Eingriffen, zählt der Beeinträchtigungsgrad als schwer.

Ab wann eine Beeinträchtigung als langfristig und tiefgreifend gilt, fixiert die Rechtsprechung je nach verfassungsmäßig zwingend vorgeschriebenem Schutzniveau und dem danach verbleibenden eigenen Ermessen pro Grundrecht durch einmalige Setzung. Dabei bemisst sich die Höhe der Schwellenwerte insbesondere nach der abstrakten Bedeutung des jeweiligen Grundrechts. Fortan haben sich Rechtsanwender hiernach zu richten. Halten sie die Methode ein, werden die erwartbaren Gewichtungsergebnisse fortan vorhersehbar: Denn ob der Schwellenwert zur langwierigen Dauer überschritten wird, lässt sich präzise auf der Zeitachse bestimmen. Und auch die Einstufung auf der Intensitätsskala gelingt berechenbar mithilfe der so genannten **kritisch-rationalen Intervallmessung**.¹⁶⁴⁰

Diese reiht auf einer Ordinalskala auf, wie viele zwischengelagerte Wirkungsgrade die Intensität eines Eingriffs jeweils vom denkbaren Höchstmaß und vom denkbaren Mindestmaß trennen. Die Hypothese zur jeweiligen Anzahl lässt sich in einem Wechselspiel aus Widerlegung und Korrektur beständig optimieren, je mehr Zwischenstufen die Parteien jeweils ergänzen. Zwar sagt die quantitative Menge der Zwischenstufen prinzipiell noch nichts über den qualitativen Abstand der Intensität des fraglichen Eingriffs zu den Extremen. Da die Intervalle zwischen den Zwischenstufen aber allesamt von unbekannter Größe sind, unterstellt eine rechtliche Fiktion orientiert am Gesetz der großen Zahlen an dieser Stelle durchgehend gleichlange Erwartungswerte. Dadurch gelingt eine Einordnung des Intensitätsgrades auf der Kardinalskala. Hieran lässt sich schließlich vorhersehbar beurteilen, ob die Beeinträchtigung oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts zur tiefgreifenden Intensitätsstufe einzuordnen ist. Je nachdem wird es möglich, dem Eingriff verlässlich den einen oder den anderen Gewichtswert zuzumessen.

Bewegt sich eine Beeinträchtigung auf der Intensitätsskala einmal nahe am Schwellenwert, kann es freilich unklar sein, ob die kritisch-rationale Intervallmessung das Gewichtungsergebnis darüber oder darunter verortet. Die Gewichtungsentscheidung erleichtern in derartigen Konstellationen Rechtslastverteilungsregeln, die anhand von Grundrechtskumulationen den Ausschlag zugunsten einer tiefgreifenden Intensität geben oder aber zugunsten einer rechtfertigbareren Eingriffsschwere: Eine Kumulation auf Eingriffsseite begründet eine Einordnung der Beeinträchtigung als tiefgreifend. Ein schweres Rechtfertigungsgewicht in Verbindung mit einem kumulativ hinzutretenden Verfassungswert wie dem Demokratieprinzip auf Rechtfertigungsseite spricht dagegen in Zweifelsfällen für eine nicht tiefgreifende Intensität des Eingriffs.

Den Effizienzgrad bestimmt die funktionale Gewichtungsmethode unterdessen nach der Einordnung der Maßnahme im Verhältnis zum Wirkungsgrad ernsthaft diskutierter Alternativen. Hierzu zählen Varianten, die dem gleichen Zweck dienen und hierfür ohne höheren

¹⁶⁴⁰ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.c.

Beeinträchtigungsgrad auskommen.¹⁶⁴¹ Ähnlich wie auf Eingriffsseite kommt eine kritisch-rationale Aufzählung in Frage, um effizientere und ineffizientere Alternativen zu versammeln.

Deren Effizienz bestimmt sich danach, ob sie ordinal betrachtet 1. mehr Personen, 2. länger, 3. wirkungsreicher, 4. mit größerer Wahrscheinlichkeit im Sinne des Ziels begünstigen und zwar 5. mit geringerer Grundrechtsbeeinträchtigung. Schlägt sich eine Alternative in einer Kategorie besser als die fragliche Maßnahme, wird ihr ein Punkt zugewiesen; schlägt sie sich schlechter, wird ihr ein Punkt abgezogen. Varianten mit positivem Punktesaldo gelten als effizienter; Varianten mit negativem Punktesaldo als ineffizienter. Erweisen sich alle Alternativen einer Maßnahme nach dieser Definition als effizienter, fällt das Rechtfertigungsgewicht leicht aus. Kommen nur ineffizientere Alternativen in Frage, gilt das Rechtfertigungsgewicht als schwer. Ansonsten gilt es als mittelschwer.

Wiegen Eingriff und Rechtfertigung gleichviel, ist bei schweren Eingriffen eine Grundrechtsverletzung wegen Art. 19 Abs. 2 GG zu bejahen; ansonsten ist sie in Pattsituationen zu verneinen.¹⁶⁴²

Um die Tragfähigkeit der skizzierten funktionalen Gewichtungsmethode zu überprüfen, wurde zunächst diskutiert, ob eine erhebliche Zahl kritischer Gewichtungsergebnisse die Verfassungskompatibilität oder die Vorhersehbarkeit der Methode in Frage stellt. Dies wurde mit Blick auf diverse anfänglich denkbare Einwände verneint.¹⁶⁴³

So berücksichtigt die funktionale Gewichtungsmethode beispielsweise abstrakte Relevanz der Grundrechte hinreichend, indem die Rechtsprechung die Schwellenwerte auf der Intensitätsskala abhängig davon höher oder tiefer setzen muss. Besonders bedeutsamen Verfassungswerten kommt somit zugute, dass bei ihnen Eingriffe schneller als tiefgreifend einzustufen sind, wodurch sie rascher als Grundrechtsverletzungen untersagt werden.

Dass unterdessen schwerwiegende Eingriffe im funktionalen Modell jede Rechtfertigung aufwiegen, harmoniert mit Art. 19 Abs. 2 GG und lähmt trotzdem nicht den staatlichen Handlungsspielraum im Widerspruch zum Demokratieprinzip: Denn auch weitreichende Grundrechtsbeschränkungen bleiben grundsätzlich rechtfertigbar. Entsprechende Eingriffe gelten nämlich solange fast nie als tiefgreifend, wie der Betroffene sie eigenverantwortlich provoziert. Die kritisch-rationale Intervallmessung berücksichtigt nach dem Intensitätsbegriff des funktionalen Modells die Eigenverantwortung für die Beeinträchtigung stets mit. Dies sichert einen schonenden Ausgleich zwischen den Belangen des Demokratieprinzips und des effektiven Grundrechtsschutzes.

Hinsichtlich des Ergebnisses der Auseinandersetzung mit weiteren Einwänden gegen das funktionale Gewichtungsverfahren sei nach oben verwiesen.¹⁶⁴⁴

¹⁶⁴¹ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.d.

¹⁶⁴² Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.e.

¹⁶⁴³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.

¹⁶⁴⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.

Erprobt wurde die prognostische Leistungsfähigkeit der funktionalen Gewichtungsmethode schlussendlich noch dadurch, dass sie exemplarisch auf vier Fälle angewandt wurde, über die bereits das BVerfG entschieden hatte und anhand derer schon *Alexy* sein Verfahren prüfte.¹⁶⁴⁵ Im Abgleich mit der Rechtsprechung zeigte sich zunächst, dass die funktionale Gewichtungsmethode in der Lage ist, ihre Würdigungen zu antizipieren bzw. retrospektiv nachzuvollziehen. Dies ist nicht etwa bloßem Zufall geschuldet. Stattdessen gründet die Vereinbarkeit mit der tatsächlichen Urteilspraxis darauf, dass die Methode die jeweiligen Schwellenwerte auf der Intensitätsskala bewusst nach erstmaligen Setzungen des Schutzniveaus durch die Justiz ausrichtet. Indem das funktionale Verfahren den Rechtsanwender fortan an diese anfängliche Kalibrierung der Intervallmessung bindet, gewährleistet die Methode trotz der dargestellten Flexibilität die nötige Berechenbarkeit.

Damit erweist sie sich sogar gegenüber einem diskursiven Gewichtungsverfahren als überlegen: *Alexys* Methode misslang es anders als dem funktionalen Modell beispielsweise, die Rasterfahndung-II-Entscheidung sicher vorzuzeichnen, weil diese nur auf einer von mehreren diskursiv möglichen Gewichtungsvarianten beruhte.

Das Ziel der Untersuchung ist mithin erreicht. Entwickelt wurde mit der funktionalen Gewichtungsmethode ein möglichst rechtssicherer Kernprozess der verfassungsrechtlichen Abwägung. Nach hiesiger Einschätzung vermag es gegenwärtig am ehesten das funktionale Modell, Eingriff und Rechtfertigung berechenbar einzuordnen, damit die Oberstruktur der Abwägung ihre Gewichtswerte mit vorhersehbarem Ergebnis gegenüberstellen kann. Somit leistet die funktionale Gewichtungsmethode einen wesentlichen Beitrag dazu, rechtssicher zu entscheiden, ob eine hoheitliche Beeinträchtigung ein Grundrecht verletzt oder nicht.

¹⁶⁴⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.4.

Kapitel 5: Ergebnisse

I. ORIENTIERUNG

Die hiesige Untersuchung zielte darauf, die gegenwärtig rechtssicherste Gewichtungsmethode der verfassungsrechtlichen Abwägung herauszuarbeiten. Hierzu vollzog sich ein Dreischritt: Kapitel 2 konkretisierte zunächst den Prüfungsmaßstab der Rechtssicherheit als positive Vorgabe des deutschen Verfassungsrechts. Kapitel 3 grenzte sodann den Prüfungsgegenstand ein, indem es den Teilschritt der Gewichtung innerhalb des Gesamtverfahrens der Abwägung verortete. Schließlich erörterte Kapitel 4 anhand der herausgestellten Kriterien, wie sich die Gewichtungsmethode möglichst rechtssicher gestalten lässt.

Nach diesen drei Schritten steht inzwischen das Ergebnis des Vorhabens fest und wartet darauf, kritisch diskutiert und fortgedacht zu werden. Ehe die Abhandlung ihren Abschluss findet, bleibt ihr insofern nur noch, ihre wesentlichen Thesen und Argumente bündig zusammenzufassen, um deren Besprechung zu erleichtern. Dazu rekonstruieren die folgenden Abschnitte II bis IV die zentralen Überlegungen der drei Vorkapitel. Die Abhandlung schließt in Abschnitt V mit einer Einordnung der erarbeiteten Hypothesen.

II. ZUM MAßSTAB DER RECHTSSICHERHEIT

Das zweite Kapitel sollte definieren, wann eine Normanwendungsmethode als rechtssicher im Sinne des Grundgesetzes gilt.

Dabei ermittelte die Untersuchung zunächst abstrakt den Inhalt des verfassungsmäßigen Rechtssicherheitsgrundsatzes im materiellen Kontext der Normanwendung – und zwar ausgehend davon, wonach das Gebot laut Rechtsprechung und Schrifttum unstreitig verlangt: nach der Vorhersehbarkeit einer Entscheidung und ihrer Nachvollziehbarkeit. Die Abhandlung beurteilte diese Anforderungen als antizipierende und retrospektive Seiten der einheitlichen Vorgabe, mithilfe der juristischen Methode Wertungsspielräume in der Normanwendung einzugrenzen.

Der zweite Schritt prüfte, welche konkreten Vorschriften die Verfassungsdogmatik aus diesem generellen Gebot von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit ableitet. Wie sich zeigte, formuliert der Rechtssicherheitsgrundsatz als ‘hard law’ allenfalls leicht erfüllbare Mindestvoraussetzungen wie das Verbot, Normen im Widerspruch zu evidenten oder dogmatisch fixierten Gesetzesinhalten anzuwenden.

Bereits daraus ergibt sich als spezifische Vorgabe der Rechtssicherheit immerhin erstens, dass die Befolgung einer Methode den Rechtsanwender niemals zwingen darf, gesetzeswidrig zu entscheiden. Da zugleich aber schon die bloße Geltung einer Rechtsnorm diese Anforderung impliziert, betrachtete die Abhandlung das Rechtmäßigkeitserfordernis und die Rechtssicherheit im Übrigen als eigenständige Anforderungen an verfassungskompatible Methoden.

Darüber hinaus entnimmt die Verfassungsdogmatik dem Rechtssicherheitsgebot gleichwohl als ‘soft law’ noch weitergehende Vorgaben für die juristische Methode: Demzufolge verlangt der

Rechtssicherheitsgrundsatz als richterliches Berufsethos, Rechtsnormen so vorhersehbar anzuwenden wie praktisch möglich. Worin die geforderte optimale Vorhersehbarkeit besteht, erschließt sich daraus jedoch noch nicht unmittelbar. Um also aus der weichen Vorgabe einen handhabbaren Prüfungsmaßstab abzuleiten, war zu konkretisieren, wo die Grenzen menschlicher Prognosefähigkeit unter den Beschränkungen eines juristischen Verfahrens verlaufen.¹⁶⁴⁶

Als Nächstes galt es somit, das gebotene Ideal der Rechtssicherheit mit greifbaren Kriterien abzubilden. Nach diesen suchte die Abhandlung zunächst in den Diskurstheorien von *Habermas* und *Alexy*. Sie fragte, ob eine diskursartige Methode Wertungsspielräume optimal vorhersehbar einengt. Dies wurde verneint: Entweder gestaltet man die Diskursregeln zu rigide und damit unpraktikabel für tatsächliche Rechtsanwendungsentscheidungen. Oder die Anforderungen an einen Diskurs werden so weit abgesenkt, dass sie zwar universell praktikabel sind, genau deshalb aber Anwendungsspielräume kaum eingrenzen.¹⁶⁴⁷ Zwar mag ein Ausweg aus diesem Dilemma darin bestehen, in die Diskurstheorie neue Argumentationsregeln wie die des kritischen Rationalismus einzubeziehen. Wegen zahlreicher Vorfestlegungen der Diskurstheorie betrachtete die Untersuchung alternative Modelle dennoch getrennt, um sie übersichtlich voneinander abzugrenzen.

Auf der Suche nach alternativen Maßstäben fiel der Blick auf die Wissenschaftstheorien, weil sie sich stärker als die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion gezielt um prognostisch leistungsfähige Erkenntnismodelle bemühen. Auch ließen sich alle Einwände dagegen entkräften, ihre Leitlinien möglicherweise erfolgreich für ein Erkenntnisverfahren auf dem Feld der Normanwendung einzusetzen. So schien es nicht per se aussichtslos, die ideale Vorhersehbarkeit im Rechtsanwendungskontext anhand wissenschaftstheoretischer Modelle zu definieren und Methoden daran auszurichten.¹⁶⁴⁸

Daher versuchte die Abhandlung auszuloten, inwieweit die wissenschaftstheoretischen Modelle des Induktivismus und des kritischen Rationalismus Leitfäden für prognosesichere Normanwendungsmethoden bereitstellen. Wie sich dabei zeigte, scheitern selbst fortentwickelte induktivistische Theorien wie der Probabilismus am Induktionsproblem und am Münchhausen-Trilemma: Selbst die fundierteste induktive Begründung der Vorhersageleistung einer Methode bleibt fehleranfällig, ohne dass der Induktivismus Instrumente anbietet, um diese Fehleranfälligkeit gezielt einzudämmen.¹⁶⁴⁹

Diesem Vorhaben verschreibt sich hingegen der kritische Rationalismus. Er hält überhaupt nur die Falsifikation und die anschließende Hypothesenkorrektur für probat, um Theorien zu optimieren. Zwar misslingt es seiner Grundform, einen erfolgsversprechenden Weg aufzuzeigen, wie eine Hypothese sich der Wahrheit annähern kann, ohne Rückschritte zu riskieren. Verfeinerten Varianten des kritischen Rationalismus glückt dies aber: Sie korrigieren Hypothesen maßvoll an

¹⁶⁴⁶ Siehe Kapitel 2, Abschnitt II.3.c.

¹⁶⁴⁷ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.2.

¹⁶⁴⁸ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.3.

¹⁶⁴⁹ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.b.

der Fehlerquelle, behalten ihren Inhalt aber ansonsten bei, um jedenfalls gegenüber ihren Vorgängern keine zusätzlichen Fehlerpotenziale in Kauf zu nehmen.

Welche Methode zur Rechtsanwendung sich als möglichst berechenbar erweist, ermittelt der kritische Rationalismus dementsprechend in folgenden Teilschritten:¹⁶⁵⁰

1. unter **Verzicht** auf jedwede **Vorselektion von Hypothesen** dazu, bei welchem Verfahren es sich um die Methode handelt, die Entscheidungsspielräume am vorhersehbarsten eingrenzt.
2. durch den fortdauernden **Versuch, Hypothesen zu falsifizieren**. Überprüft man anhand des kritisch-rationalen Maßstabs die Berechenbarkeit einer Methode, gelingt ihre Falsifikation, indem Anwendungsbeispiele aufgezeigt werden, in denen sie beliebige gegenläufige Entscheidungsvarianten gleichermaßen zulässt.
3. durch **Ausweitung von Beobachtungen im Umfeld des falsifizierenden Falls**, um das Ausmaß der Fehlerquelle bzw. des falschen Hypothesenteils abzustecken. Widerlegen im Vorschritt aufgedeckte Einfallstore von Beliebigkeit die Berechenbarkeit einer Methode in manchen Anwendungsszenarien, prüft man erst ähnliche, dann abweichende, um den Umfang der Falsifikation zu ermitteln.
4. durch die maßvolle **Hypothesenkorrektur an problembehafteten Teilstellen**.

Damit eine Methode sich überhaupt nach diesem Maßstab messen lassen kann, muss sie vollständig transparent gehalten sein, sodass nicht die Undurchsichtigkeit des Entscheidungsprozesses eine Falsifizierbarkeit ausschließt. Eine berechenbare Methode ist deshalb **durchgängig intersubjektiv überprüfbar** zu gestalten. Einbeziehen dürfen die Teilschritte einer prognostisch leistungsfähigen Methode deshalb lediglich beobachtbare Merkmale des Sachverhalts, des Normtexts und sonstiger entscheidungsrelevanter außerjuridischer Erwägungen sowie logische Ableitungen daraus.

Die Untersuchung ergab, dass gegen die Eignung dieses Maßstabs größtmöglicher Berechenbarkeit verglichen mit den Alternativen bislang die wenigsten Bedenken durchgreifen. Das spricht dafür, die skizzierten kritisch-rationalen Kriterien zumindest vorerst als Messlatte dafür aufzufassen, wann eine Normanwendungsmethode möglichst vorhersehbar Entscheidungen nahelegt und darum als rechtssicher gelten darf. Die begutachteten Gewichtungsverfahren der verfassungsrechtlichen Abwägung mussten sich also hieran messen lassen.

III. ZUR VERORTUNG DES GEWICHTUNGSVERFAHRENS IN DER ABWÄGUNG

Das dritte Kapitel verortete die Gewichtung zwischen anderen Teilschritten der Abwägung und prüfte diese auf ihre Verfassungskonformität und Rechtssicherheit. Dadurch steckte die Vorüberlegung ab, welche Zwischenergebnisse der vorgelagerten methodischen **Unterstruktur** die Gewichtung weiterverarbeitet und welche Teilwerte sie daraus gewinnen muss, um sie in die nachgelagerte **Oberstruktur** einzustellen. Zudem vergewisserte die Verortung der Gewichtung innerhalb der Abwägung, dass deren übrige Teilschritte ihrerseits verfassungskompatibel und

¹⁶⁵⁰ Siehe Kapitel 2, Abschnitt III.4.c.

vorhersehbar ausfallen. Ansonsten bliebe nämlich selbst das rechtssicherste Gewichtungsmodell unnütz, weil die Gesamtmethode zur Entscheidung über Grundrechtsverletzungen untauglich wäre.

Um diese Gefahr auszuschließen, untersuchte das dritte Kapitel nacheinander die gegenwärtig diskutierten Oberstrukturen auf ihre Verfassungskonformität und Rechtssicherheit und zwar anhand des Maßstabs, den Kapitel 2 entwickelte.¹⁶⁵¹ Dabei zeigte sich, dass letztlich nur *Alexys* Gewichtsformel diesem Standard genügt.

Normdeutungsbasierte Subsumtionsmodelle scheitern dagegen schon an der unterbestimmten Struktur der Verfassungsnormen: Sie produzieren allorts weitläufige Wertungsspielräume, weil es an Auslegungshinweisen zur Eingrenzung der Grundrechtsgehalte mangelt. Ebenso belassen alternative an diskursiven und ethischen Maximen orientierte Methoden in den meisten Fällen beliebige Anwendungsmöglichkeiten für Verfassungsnormen, solange universell anerkannte präzise Moralnormen fehlen. Die präjudiziengestützte Verfassungskonkretisierung liefert ihrerseits in präzedenzlosen Konstellationen keine vorhersehbaren Ergebnisse. Solche strukturelle Orientierungslosigkeit in Grundsatzentscheidungen erwies sich jeweils als unkorrigierbares schwerwiegendes Rechtssicherheitsdefizit.

Nur die Gewichtsformel verspricht bisher ein flächendeckend verlässliches Verfahren, weil sie Anwendungsentscheidungen nur noch deduktiv aus Wertungen folgert, die zuvor bereits die Gewichtung ermittelt hat.

Als ebenso rechtssicher erweist sich die Unterstruktur, die *Alexys* Oberstruktur als Teilschritt vor der Gewichtung vorschreibt.¹⁶⁵² Spätestens die hiesige Fortentwicklung des Abwägungsmodells gestaltet auch das Vorverfahren zur Ermittlung der zu gewichtenden Gegenstände berechenbar und verfassungskompatibel: Alle Grenzfälle von Subsumtionen des Sachverhalts unter die Begriffe der Schutzbereiche, legitimen Zwecke und Eingriffswirkungen löst die Methode nach eindeutigen Zweifelssätzen. Nur wo die Sachlage etwa die Eröffnung eines Schutzbereichs offensichtlich fern legt, findet ein Grundrecht keine Anwendung. Im Übrigen aber ist jeder betroffene Verfassungswert gewichtungsrelevant, jede nicht völlig unabsehbare Folge einer Maßnahme gewichtungserhebliche Eingriffswirkung. Derart klare Regeln vermeiden Spielräume im Umgang mit Grenzfällen und machen Entscheidungen vorhersehbar.

Damit bilden *Alexys* Gewichtsformel und die damit kompatible Unterstruktur einen verfassungskonformen und rechtssicheren methodischen Rahmen für den Teilschritt der Gewichtung: Die Unterstruktur stellt eindeutig fest, welche Verfassungsgüter und Einwirkungen des Eingriffs auf solche der Gewichtung zugrunde gelegt werden. Sind ausgehend davon einmal die Gewichtungsfaktoren bestimmt, verrechnet die Oberstruktur sie anschließend transparent und schlüssig und gibt dadurch vorhersehbar eine Normanwendungsentscheidung vor.

Wie sich jedoch zeigte, erkaufte auch das hier konsolidierte Abwägungsmodell die Berechenbarkeit seiner Ober- und Unterstruktur zu dem Preis, Streitfragen nur zu verschieben: Letztlich bleibt ihre

¹⁶⁵¹ Siehe Kapitel 3, Abschnitt II.

¹⁶⁵² Siehe Kapitel 3, Abschnitt III.

rechtssichere Auflösung unverändert der Gewichtung überlassen – dem somit anspruchsvollsten Teilschritt der Abwägung.

IV. ZUR RECHTSSICHEREN GEWICHTUNG

Das vierte Kapitel erarbeitete eine möglichst rechtssichere verfassungskompatible Gewichtungsmethode. Dazu überprüfte der Abschnitt drei aktuell diskutierte Ansätze anhand des in Kapitel 2 erarbeiteten kritisch-rationalen Maßstabs der Rechtssicherheit:

1. *Alexys* Gewichtungszuweisung nach Diskursregeln.¹⁶⁵³
2. die Gewichtungszuweisung anhand von Präjudizien.¹⁶⁵⁴
3. die demoskopische Gewichtungszuweisung anhand von Mehrheitsmeinungen unter Fachleuten oder innerhalb der Bevölkerung.¹⁶⁵⁵

Drei Teilelemente der vorgenannten Modelle bewährten sich:

1. die Zumessung der Gewichte von Eingriff und Rechtfertigung auf derselben vereinfachten Kardinalskala, die Vergleichbarkeit herstellt und unnötige Stufen vermeidet.
2. die verfassungsmäßig zwingende Berücksichtigung dreier Faktoren in der Gewichtung, nämlich der konkreten Intensität der grundrechtsbeeinträchtigenden und der rechtfertigenden Wirkung, ihrer empirischen Wahrscheinlichkeiten und der abstrakten Bedeutungen der betroffenen Grundrechte.
3. die Bemessung der abstrakten Relevanz betroffener Grundrechte anhand von Präjudizien.

Zugleich falsifizierten weitreichende unvorhersehbare oder anderweitig verfassungsincompatible Gewichtungsergebnisse wesentliche Komponenten der bisherigen Modelle:

Die demoskopische Gewichtungsmethode missachtet das Gebot des Minderheitenschutzes als tragendes Prinzip des deutschen Grundrechtskatalogs. Das präjudiziengestützte Verfahren bietet wenigstens in präzedenzlosen Schlüsselfällen keine Orientierung für vorhersehbare Gewichtungen. Die Diskursregeln erklären häufig mehrere Gewichtungsvarianten gleichermaßen für diskursiv möglich und eröffnen so ebenfalls großzügige Anwendungsspielräume. Dies stellt selbst Kerngehalte der Theorien in Frage. Um eine berechenbare, verfassungskompatible Gewichtungsmethode zu entwickeln, erfordert eine Hypothesenkorrektur insofern, demoskopische, diskursive und rein präjudizienbasierte Gewichtungskriterien vollends zu ersetzen.

Weiterhin lässt sich zwar *Alexys* Gewichtsskala auf Eingriffsseite zwischen Punkten aufhängen, an denen die subjektive Grundrechtsbetätigung eines Individuums maximal und minimal beeinträchtigt wird. Rechtfertigungsseitig hingegen eignen sich weder Erreichungsgrade idealer Fernziele noch etwaiger ambitionsloser Zwecke des Eingreifenden selbst als Orientierungspunkte für ein schweres Gewicht. Eine Hypothesenkorrektur muss obere und untere Skalenwerte auf

¹⁶⁵³ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.2.

¹⁶⁵⁴ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.3.

¹⁶⁵⁵ Siehe Kapitel 4, Abschnitt II.4.

Rechtfertigungsseite anders definieren als auf Eingriffsseite: nicht über die Nähe zu Extremen, sondern über die Distanz zur Skalenmitte.

Im Übrigen ist davon abzusehen, die abstrakte Relevanz betroffener Grundrechte und die empirischen Wahrscheinlichkeiten wie in *Alexys* Modell separat zu gewichten. Denn je nach Fall untergräbt die separate Gewichtung teilweise den Kernbereichsschutz und verengt andernorts empfindlich die Handlungsspielräume demokratisch legitimierter Institutionen. Eine Hypothesenkorrektur verlangt stattdessen, die genannten Faktoren in die Bestimmung konkreter Gewichte von Eingriffsintensität und rechtfertigender Wirkung einzubeziehen.

Rechtssicherheitsdefizite zu beheben und die Verfassungskompatibilität zu vergrößern, gebietet daher Optimierungen an allen bestehenden Modellen. *Alexys* Gewichtungsmodell bedarf immerhin vergleichsweise weniger Anpassungen. An seinen bewährten Teilelementen setzte daher eine umfassende Korrektur aufgedeckter Defizite an.

Somit entwickelte der zweite Teil des vierten Kapitels ein korrigiertes Verfahren: die **funktionale Gewichtungsmethode**.¹⁶⁵⁶ Ihre Form orientiert sich ausschließlich daran, die größtmögliche Funktionalität dazu bereitzustellen, die Grundrechtsanwendung verfassungskompatibel und so berechenbar wie möglich zu gestalten.

Aus dem Modell der Kieler Schule übernimmt die funktionale Gewichtungsmethode die bewährte triadische Skala, reduziert aber die Zahl separat zu gewichtender Faktoren: Auf Eingriffsseite ist nur noch der Beeinträchtigungsgrad zu bestimmen, auf Rechtfertigungsseite der Effizienzgrad.

Der Beeinträchtigungsgrad eines Eingriffs bemisst sich nach seiner Einordnung auf zwei Unterskalen: denen der Dauer und der Intensität. Um überflüssige Schwellen einzusparen, wird nur noch zwischen kurzfristiger und langfristiger Dauer differenziert und zwischen tiefgreifender und nicht tiefgreifender Intensität. Erzielt ein Eingriff auf beiden Unterskalen den niedrigen Wert, wiegt die triadisch zu bemessende Beeinträchtigung leicht. Erzielt ein Eingriff auf einer Unterskala einen hohen und auf einer einen niedrigen Wert, gilt der Beeinträchtigungsgrad als mittelschwer. Bei hohen Werten auf beiden Unterskalen, also bei langfristigen tiefgreifenden Eingriffen, wiegt die Beeinträchtigung schwer.

Ab wann eine Beeinträchtigung als langfristig und tiefgreifend gilt, fixiert die Rechtsprechung für jedes Grundrecht durch einmalige Festlegung – und zwar nach abstrakter Relevanz, anderweitig verfassungsmäßig zwingend vorgeschriebenem Schutzniveau sowie dem danach verbleibenden eigenen Ermessen. Fortan werden die Gewichtungsergebnisse vorhersehbar: Denn ob der Schwellenwert zur langwierigen Dauer überschritten wird, lässt sich exakt auf der Zeitachse ablesen. Ebenso berechenbar gelingt die Einstufung auf der Intensitätsskala mithilfe der so genannten **kritisch-rationalen Intervallmessung**.

Sie reiht ordinal auf, wie viele zwischengelagerte Wirkungsgrade die Intensität eines Eingriffs jeweils vom denkbaren Höchst- und Mindestmaß trennen. Indem die Parteien jeweils weitere

¹⁶⁵⁶ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.2.

Zwischenstufen ergänzen, optimiert ein beständiges Wechselspiel aus Widerlegung und Korrektur die Hypothese zur jeweiligen Anzahl. Zwar ergibt sich aus einer quantitativen Menge von Zwischenstufen noch nicht unmittelbar der qualitative Abstand der Intensität des fraglichen Eingriffs zu den Extremen. Da die Intervalle zwischen den Zwischenstufen aber allesamt von unbekannter Größe sind, erlaubt eine am Gesetz der großen Zahlen orientierte rechtliche Fiktion, ihnen sämtlich den gleichen Erwartungswert zuzumessen. Dies ermöglicht es, den Intensitätsgrad auf einer Kardinalskala zu verorten und vorhersehbar zu beurteilen, ob er oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts zur tiefgreifenden Intensitätsstufe liegt. Daraus folgt zuverlässig, welcher Gewichtswert einer Beeinträchtigung zuzuweisen ist.

Den rechtfertigenden Effizienzgrad einer Maßnahme bestimmt die funktionale Gewichtungsmethode nach ihrem Verhältnis zum Wirkungsgrad ernsthaft diskutierter Alternativen, die dem gleichen Ziel dienen und keinen höheren Beeinträchtigungsgrad aufweisen. Die Effizienz der Handlungsvarianten richtet sich sodann danach, ob sie 1. mehr Personen, 2. länger, 3. wirkungsreicher, 4. mit größerer Wahrscheinlichkeit im Sinne des Ziels begünstigen und zwar 5. grundrechts- und budgetschonender. Schlägt sich eine Alternative in einer Kategorie relativ besser als die fragliche Maßnahme, erhält sie einen Pluspunkt; schlägt sie sich schlechter, wird ihr ein Punkt abgezogen. Mit positivem Punktesaldo gilt eine Variante als effizienter, mit negativem Punktesaldo als ineffizienter als der Eingriff. Erweisen sich alle Alternativen einer Maßnahme nach dieser Definition als effizienter, fällt die Rechtfertigung leichtgewichtig aus. Kommen nur ineffizientere Alternativen in Frage, gilt das Rechtfertigungsgewicht als schwer. Ansonsten wiegt es mittelschwer.

Wiegen Eingriff und Rechtfertigung gleichviel, ist bei schweren Eingriffen eine Grundrechtsverletzung wegen Art. 19 Abs. 2 GG zu bejahen; ansonsten ist sie zu verneinen.

Um die Tragfähigkeit der skizzierten funktionalen Gewichtungsmethode zu überprüfen, versuchten sechs Einwände, ihre Verfassungskompatibilität und Vorhersehbarkeit zu falsifizieren. Allerdings griff keiner der Vorwürfe durch, sodass sich das funktionale Verfahren vorläufig behauptete.¹⁶⁵⁷

Erprobt wurde die Rechtssicherheit des funktionalen Modells außerdem durch die beispielhafte Anwendung in vier vom BVerfG entschiedenen und von *Alexy* besprochenen Fällen.¹⁶⁵⁸ Dabei zeigte sich, dass das funktionale Gewichtungsmethode die Würdigungen der Rechtsprechung antizipiert bzw. retrospektiv nachvollziehen kann. Diese Vereinbarkeit des Verfahrens mit der tatsächlichen Urteilspraxis gründet darauf, dass es die jeweiligen Schwellenwerte auf der Intensitätsskala bewusst nach erstmaligen Setzungen des Schutzniveaus durch die Justiz ausrichtet.

Indem das funktionale Verfahren den Rechtsanwender fortan aber an seine anfängliche Kalibrierung der Intervallmessung bindet, gewährleistet die Methode trotz ihrer Flexibilität die nötige Berechenbarkeit. Insofern beweist sie ihre Überlegenheit selbst gegenüber einem diskursiven Gewichtungsverfahren: Anders als das funktionale Modell vermag *Alexys* Methode es nicht,

¹⁶⁵⁷ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.3.

¹⁶⁵⁸ Siehe Kapitel 4, Abschnitt III.4.

Grundrechtsanwendungen wie die Rasterfahndung-II-Entscheidung sicher vorzuzeichnen, weil sie nur auf einer von mehreren diskursiv möglichen Gewichtungsvarianten beruhen.

Bis auf Weiteres gelingt es daher am ehesten der funktionalen Methode, Eingriff und Rechtfertigung so zu gewichten, dass die Oberstruktur der Abwägung sie mit berechenbarem Ergebnis gegenüberstellen kann. Das Verfahren leistet mithin einen Beitrag, um verlässlich vorherzusagen, welches staatliche Handeln gegen ein Grundrecht verstößt.

V. EINORDNUNG

Ihren Ausgang nahm die Untersuchung bei der Betrachtung des Methodenstreits im deutschen Verfassungsrecht, der zuweilen festgefahren wirkt. Zwischen seinen widerstreitenden Positionen ein Stück weit zu vermitteln und die Diskussion voranzutragen, war daher ein Anliegen der Abhandlung. Dazu formulierte sie einen Vorschlag für ein Gewichtungsmodell, mit dem sich Grundrechte rechtssicherer abwägen lassen.

Inwiefern dieser Impuls zumindest theoretische Relevanz gewinnt und zu einem Fortschritt in der Methodendiskussion beiträgt, hängt weniger davon ab, *ob* das funktionale Modell kritisiert wird. Ausschlaggebend für den Mehrwert des hiesigen Ansatzes dürfte vielmehr sein, *weshalb* er kritisiert wird: Beanstanden mag man die hier entworfene Methode nämlich grundsätzlich aus zwei Gründen. Entweder man prüft sie erneut und strenger gegen den Maßstab der Vorhersehbarkeit und der sonstigen Verfassungsmäßigkeit und bemängelt, dass sie mehr Rechtssicherheitsdefizite aufweist als angenommen. Oder aber man verwirft das Verfahren, weil es irgendeinem rechtsparadigmatischen oder außerjuridischen Kriterium nicht gerecht wird.

Kritik in der erstgenannten Form, positivrechtliche Kritik also, treibt die Diskussion ganz im Sinne des kritisch-rationalen Maßstabs voran und stellt eine zunehmend rechtssichere Abwägungsmethode heraus. Kritik der zweitgenannten Art dagegen spricht dem funktionalen Modell lediglich etwas ab, was es nie für sich reklamiert hat. Diese Untersuchung ist bewusst nicht mit dem Anspruch angetreten, ein moralisch veredeltes, metaphysisch wohlgeformtes oder anderweitig nach extrajuridischen Vorgaben vorzugswürdiges Verfahren zu konstruieren.

Das Programm dieser Abhandlung lautete darauf, die Abwägungsmethode etwas weiter auf den positiven Boden der Verfassung zu fußen, statt sie an überpositive Konzepte zu hängen. Der hier verfolgte Ansatz ist insofern profaner als manch anderes Abwägungsmodell der Kieler Schule.

Das erklärt sich aus den wiederholt in der Untersuchung beleuchteten Zweifeln daran, dass Qualitäten wie die Doppelnatur des Rechts oder der Charakter idealen Sollens implizit zwingend in der Normstruktur verankert sind.¹⁶⁵⁹ Zwar liegen genau diese Annahmen insbesondere *Alexys* Rechtsverständnis zugrunde.¹⁶⁶⁰ Die hiesige Abhandlung betrachtet den metaphysischen Überbau des Normgehalts hingegen eher als fakultativ, also als nicht schon zwingend vom positiven Recht vorgeschrieben – jedenfalls nach Lage des gegenwärtigen Argumentationsstands. Dass das Recht

¹⁶⁵⁹ Siehe vor allem Kapitel 2, Abschnitt III.2.c.bb.

¹⁶⁶⁰ Vgl. *Alexy*, in: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, 2017, 314, 329f.

eine Doppelnatur besitzt und dass Grundrechte ideales Sollen verkörpern, das sind Hypothesen, die Text, Kontext und gefestigte Verfassungsdogmatik meines Erachtens bisher weder bestätigen noch falsifizieren.

Das muss zwar nicht für alle Zeiten so gelten. Hürden wie das Münchhausen-Trilemma und die Sein-Sollen-Dichotomie konfrontieren das diskursive Rechts- und Abwägungsverständnis gleichwohl mit einer beachtlichen Argumentationslast. Diese zu schultern, mag perspektivisch gelingen. Zumindest in der Zwischenzeit fällt es jedoch schwer, die von *Alexy* angenommenen impliziten Normgehalte wie den Richtigkeitsanspruch oder die Manifestation idealen Sollens als verbindliche Anwendungsrichtlinien anzuerkennen. Als solche eignen sich deshalb eher Maßstäbe, die zweifelsfrei im positiven Recht verankert sind.

Freilich darf man *Alexys* Normkonzepte einer Methode dennoch zugrunde legen, nur eben nicht so weit, dass sie unstreitig rechtsverbindliche Verfassungsvorgaben für die Methode der Grundrechtsanwendung wie den Rechtssicherheitsgrundsatz überlagern. Weil deren Einhaltung an sich bereits höchst anspruchsvoll scheint, hat sich das vorliegende Vorhaben genau hierauf konzentriert.

Das bringt es mit sich, dass die hier skizzierte Methode, das funktionale Gewichtungsmodell, geradezu schlicht anmutet im Gegensatz zu geistigen Großgebilden wie *Alexys* Pentagon¹⁶⁶¹. Gerade diese Bescheidenheit der hiesigen Ausarbeitung unterstreicht aber zugleich ihren größten Vorzug: Das funktionale Gewichtungsmodell weiß um seine Vorläufigkeit. Es ermuntert deshalb zur stetigen kritischen Überprüfung und zum Austausch von Komponenten, die sich als beliebigkeitsfördernd erweisen und damit als nachteilig für die Rechtssicherheit. Das funktionale Gewichtungsmodell ist kein geschlossenes System, sondern von vornherein entwicklungsoffen angelegt, um noch funktionaler zu werden, wo immer ein Bestandteil falsifiziert wird.

Als Richtschnur für die stetige Schärfung der Methode eignet sich dabei auch zukünftig insbesondere das Rechtssicherheitsideal, das Kapitel 2 konkretisieren konnte:

Denn erstens spricht für dessen weitreichende Verwirklichung sowohl die Verankerung im positiven Verfassungsrecht als auch die Schnittmenge mit einem überpositiven Rationalitätsbegriff. Das lässt hoffen, dass die Rechtssicherheit lagerübergreifend als Orientierungspunkt einer verfassungsrechtlichen Methode akzeptiert wird.

Zweitens umschließt der Grundsatz der Rechtssicherheit definitionsgemäß das Gebot der Gesetzmäßigkeit und verlangt damit selbst die Beachtung sonstigen zwingenden Verfassungsrechts, statt mit diesem zu kollidieren: Soweit die Rechtssicherheit einer Methode mehr abfordert, als bloß eindeutige materiellrechtliche Verfassungsvorgaben zu befolgen, so betrifft dies lediglich die Auflösung darüber hinaus bestehender Wertungsspielräume. Dies ermöglicht es, das Rechtssicherheitsideal einer Methode als einheitlichen Gradmesser ihrer *Verfassungsorientiertheit* zu betrachten.¹⁶⁶² Das Rechtssicherheitsgebot formuliert einen allumschließenden, singulären

¹⁶⁶¹ Siehe *Alexy*, in: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, 2017, 314, 329f.

¹⁶⁶² Vgl. zum Begriff im Allgemeinen *Korioth*: *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 448 m.w.N.

Zielwert für die Optimierung juristischer Methoden. Was ihm zuträglich ist, empfiehlt sich eindeutig als überlegenes Verfahren – anders als es vielleicht ein Modell täte, das nur eines mehrerer konkurrierender Prinzipien verwirklicht.

Drittens bildet das Rechtssicherheitsideal wohl einen der wenigen anerkannten positiven Rechtsgrundsätze, der expliziert oder implizit jeder Ordnung mit Verfassungsgerichtsbarkeit innewohnt: Verkürzt bedeutet dies, dass sich die Rechtsanwendungsmethode einer Staatsordnung am Rechtssicherheitsgedanken auszurichten hat, sofern sie nur vorsieht, dass überhaupt ein Gericht ernsthaft staatliches Handeln auf seine Verfassungsmäßigkeit kontrolliert. Denn ohne Einhaltung zwingender Verfassungsvorgaben wäre das Kontrollverfahren zweckwidrig; ohne methodische Zuverlässigkeit wäre es ein Affront gegen die übrigen Staatsgewalten: eine Selbstermächtigung des Kontrolleurs unberechenbarer Rechtssetzung zum seinerseits unberechenbaren Rechtssetzer. Geeignete Normanwendungsverfahren zu entwickeln, um die Verfassungsjustiz bei der Überwachung der Staatsgewalten zu disziplinieren, ist deshalb ein gemeinsames Projekt für Positivisten weltweit – unabhängig von den spezifischen materiellen Gehalten der verschiedenen Verfassungen und unabhängig von den jeweils für maßgeblich erklärten außerjuridischen Werten. Das Ringen um die rechtssicherste Methode ist mithin eine international führbare Konversation, an der sich die Teilnahme für Verfassungsjuristen länderübergreifend lohnt.¹⁶⁶³

Viertens schließlich eröffnet die hier vorgeschlagene Konkretisierung des Maßstabs der Rechtssicherheit zugleich die Chance, dass eine Vielzahl von Einzelbeiträgen durch Falsifikation und Korrektur die verfassungsrechtliche Methode schrittweise schärft. Das zerlegt die Größe der Aufgabe bewusst in kleine bewältigbarere Etappen. Dadurch verheißt nicht erst das makellose opus magnum zur juristischen Methode Rechtssicherheit, sondern bereits das sukzessive Aufzeigen und Ausbessern einzelner Fehler eines Normanwendungsverfahrens.

Umrissen ist damit ein Vorhaben, bei dem das vorgelegte funktionale Gewichtungsmodell gewiss nur die erste Hypothese bildet in einem längeren Wechsel von Widerlegung und Optimierung. Wenn die hiesige Einschätzung zutrifft, dann nimmt der anfängliche Vorschlag aber immerhin Kurs auf ein neues Leitprinzip in der Methodenentwicklung: auf die Rechtssicherheit als positiv verankerten, monolithischen, international maßgeblichen und schrittweise ansteuerbaren Verfassungswert.

Im günstigen Fall hat die Abhandlung also einen Brückenkopf erschlossen: einen Brückenkopf auf dem Weg zum Optimum an Rechtssicherheit, das eine verfassungsrechtliche Methode anstreben muss, um ihren Alternativen rechtlich überlegen zu sein. Überschreiten müssen diesen Brückenkopf künftige Studien.

¹⁶⁶³ Siehe Kapitel 1, Abschnitt IV.

Literaturverzeichnis

Abramson: We, the Jury, Basic Books Verlag, New York, NY 1994.

Adrian: Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2009.

Adrian: Wie wissenschaftlich ist die Rechtswissenschaft?, in: Rechtstheorie 2010, 521.

Adrian: Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2014.

Afisi: Karl Popper's Critical Rationalism: Corroboration versus Confirmation, in: Philosophy Study 2013, 506.

Agassi: The Future of Critical Rationalism, in: The Impact of Critical Rationalism (Expanding the Popperian Legacy through the Works of Ian C. Jarvie), Sassower, Raphael; Laor, Nathaniel (Hrsg.), Cham 2019, 97.

Alai: Resisting the Historical Objections to Realism: Is Doppelt's a Viable Solution?, in: Synthese 2016, 1.

Albert: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Mohr Verlag, Tübingen 1991.

Albert: Erkenntnis und Recht, in: Hans-Albert-Lesebuch (Ausgewählte Texte), Albert, Hans (Hrsg.), Tübingen 2001, 239.

Albert: Kritik des transzendentalen Denkens, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003.

Albert: Brauchen wir Induktion?, in: Aufklärung und Kritik 2010, 22.

Albert: Der kritische Rationalismus und das Problem der Induktion, in: Aufklärung und Kritik 2010, 144.

Albert: Kritische Vernunft und rationale Praxis, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2011.

Albert: Warum man auf Induktion verzichten kann, in: Aufklärung und Kritik 2011, 72.

Albert: Norbert Hoerster über Karl Popper und die Idee der Induktion, in: Aufklärung und Kritik 2012, 209.

Albertson/Fox: Crime and Economics, Routledge Verlag, London 2012.

Alexander: Fallible Reasons on Behalf of Fallibilism, in: Synthese 2017, 223.

Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1978a.

Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1978b.

Alexy: Ota Weinbergers Kritik an der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität, in: Rechtstheorie Beiheft 1994, 143.

Alexy: Diskurstheorie und Menschenrechte, in: Recht, Vernunft, Diskurs (Studien zur Rechtsphilosophie), Alexy, Robert (Hrsg.), 1. Aufl., Frankfurt am Main 1995, 127.

Alexy: Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses, in: Recht, Vernunft, Diskurs (Studien zur Rechtsphilosophie), Alexy, Robert (Hrsg.), 1. Aufl., Frankfurt am Main 1995, 165.

Alexy: Probleme der Diskurstheorie, in: Recht, Vernunft, Diskurs (Studien zur Rechtsphilosophie), Alexy, Robert (Hrsg.), 1. Aufl., Frankfurt am Main 1995, 109.

Alexy: Grundgesetz und Diskurstheorie, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Brugger, Winfried (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 1996, 343.

Alexy: Zur Struktur von Rechtsprinzipien, in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Schilcher, Bernd (Hrsg.), Wien 2000, 31.

Alexy: A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press Verlag, Oxford 2002.

Alexy: Verfassungsrecht und einfaches Recht, in: VVDStRL 2002, 7.

Alexy: Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, in: *Ratio Juris* 2003, 131.

Alexy: Die Gewichtsformel, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000), Jickeli, Joachim; Kreutz, Peter; Reuter, Dieter (Hrsg.), Berlin 2003, 771.

Alexy: On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: *Ratio Juris* 2003, 433.

Alexy: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Alexy, Robert; Koch, Hans-Joachim; Kuhlen, Lothar; Rüßmann, Helmut (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 2003, 217.

Alexy: On Balancing, Constitutional Review, and Representation, in: *International Journal of Constitutional Law* 2005, 572.

Alexy: Ideales Sollen, in: *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys), Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-Reinard (Hrsg.), 1. Auflage, Baden-Baden 2009, 21.

Alexy: Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: *Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig* (Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa), Schliesky, Utz; Ernst, Christian; Schultz, Sönke (Hrsg.), Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011, 3.

Alexy: Comments and Responses, in: *Institutionalized Reason* (The Jurisprudence of Robert Alexy), Klatt, Matthias (Hrsg.), Oxford 2012, 319.

Alexy: Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte, in: *Der Staat* 2013, 87.

Alexy: Rechtssicherheit und Richtigkeit, in: *Verfassungsvoraussetzungen* (Gedächtnisschrift für Winfried Brugger), Anderheiden, Michael; Kirste, Stephan; Keil, Rainer; Schaefer, Jan Philipp (Hrsg.), Tübingen 2013, 49.

Alexy: Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis, in: *American Journal of Jurisprudence* 2013, 97.

Alexy: Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: *Festschrift für Hans-Joachim Koch* (Methodik - Ordnung - Umwelt), Ewer, Wolfgang; Ramsauer, Ulrich; Reese, Moritz; Rubel, Rüdiger (Hrsg.), Berlin 2014, 15.

Alexy: Formal Principles, in: *International Journal of Constitutional Law* 2014, 511.

Alexy: Legal Certainty and Correctness, in: *Ratio Juris* 2015, 441.

Alexy: Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, in: *AöR* 2015, 497.

Alexy: *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. Berlin 2015.

Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2015.

Alexy: Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung, in: *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Koller, Peter; Hiebaum, Christian (Hrsg.), Berlin 2016, 85.

Alexy: Proportionality and Rationality, in: *Proportionality* (New Frontiers, New Challenges), Jackson, Vicki C.; Tushnet, Mark (Hrsg.), 2017, 13.

Alexy: The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 31.

Alexy: The Ideal Dimension of Law, in: *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Duke, George; George, Robert P. (Hrsg.), New York 2017, 314.

Alexy: The Special Case Thesis and the Dual Nature of Law, in: *Ratio Juris* 2018, 254.

Alt: *Statistik*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien 2013.

Alvarez: Constitutional Conflicts, Moral Dilemmas, and Legal Solutions, in: *Ratio Juris* 2011, 59.

Amaya: *The Tapestry of Reason*, Hart Verlag, Oxford 2015.

Andrae: Art. 13 EGBGB, in: *Allgemeiner Teil, EGBGB*, Heidel, Thomas; Hüßtege, Rainer; Mansel, Heinz-Peter; Noack, Ulrich (Hrsg.), 3. Aufl., Baden-Baden 2016,

- Armbrüster*: § 138, in: MüKo-BGB (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1), Armbrüster, Christian; Arnold, Arnd; Bayreuther, Frank; Busche, Jan; Einsele, Dorothee; Grothe, Helmut; Heine, Robert; Leuschner, Lars; Micklitz, Hans-W; Reuter, Dieter; Rixecker, Roland; Schmitt, Jochem; Schubert, Claudia; Steffensen, Sophia; Stresemann, Christina; Thüsing, Gregor; Weitemeyer, Birgit; Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 7. Aufl., München 2015,
- Arnould*: Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Nomos-Verl.-Ges Verlag, Baden-Baden 1999.
- Arnould*: Rechtssicherheit, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006.
- Arnould*: Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: Verhältnismäßigkeit (Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts), Jestaedt, Matthias; Lepsius, Oliver (Hrsg.), Tübingen 2015, 276.
- Autzen*: Bayesian Convergence and the Fair-Balance Paradox, in: Erkenntnis 2018, 253.
- Bäcker*: Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?, in: Rechtstheorie 2009, 404.
- Bäcker*: Rules, Principles, and Defeasibility, in: ARSP Beiheft 2010, 79.
- Bäcker*: Recht als institutionalisierte Vernunft?, in: ARSP 2011, 346.
- Bäcker*: Begründen und Entscheiden, 2. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2012.
- Bäcker*: Begrenzte Abwägung, in: Der Staat 2016, 433.
- Badura*: Art. 6 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,
- Bamberger*: Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?, in: Der Staat 2000, 355.
- Barak*: Proportionality, Cambridge University Press Verlag, Cambridge 2012.
- Bartelborth*: Eine moderate, empirische Kohärenztheorie, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 2015, 5.
- Bartelborth*: Die erkenntnistheoretischen Grundlagen induktiven Schließens, 2. Aufl., Universitätsbibliothek Leipzig; Universität Leipzig Verlag, Leipzig 2017.
- Bauberger*: Wissenschaftstheorie, Kohlhammer Verlag Verlag, Stuttgart 2016.
- Behnke/Behnke*: Grundlagen der statistischen Datenanalyse, VS Verlag für Sozialwissenschaften | GWV Fachverlage GmbH Wiesbaden Verlag, Wiesbaden 2006.
- Benedict*: Rechtskritik, in: Rechtstheorie 2009, 337.
- Berg*: Ideal Theory and 'Ought Implies Can', in: Pacific Philosophical Quarterly 2018, 1.
- Bernstorff*: Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz, Frankfurt am Main 2010.
- Bernstorff*: Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR, in: Der Staat 2011, 165.
- Bernstorff*: Proportionality Without Balancing, in: Reasoning Rights (Comparative Judicial Engagement), Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher; Bowles, Nigel (Hrsg.), Oxford 2014, 63.
- Bethge*: § 31 BVerfGG, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), 48. EL, München 2016,
- Betz*: On Degrees of Justification, in: Erkenntnis 2012, 237.
- Betz*: Truth in Evidence and Truth in Arguments Without Logical Omniscience, in: British Journal for the Philosophy of Science 2016, 1117.
- Beyme*: Der Gesetzgeber, VS Verlag für Sozialwissenschaften Verlag, Wiesbaden 1997.
- Bezemek/Somek*: Die Wiederentdeckung Weltösterreichs, in: Der Staat 2018, 135.
- Bhakhavatsalam/Cartwright*: What's so Special about Empirical Adequacy?, in: European Journal for Philosophy of Science 2017, 445.
- Bilchitz*: Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach?, in: Reasoning Rights (Comparative Judicial Engagement), Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher; Bowles, Nigel (Hrsg.), Oxford 2014, 41.

Bird: What is Scientific Progress?, in: *Noûs* 2007, 64.

Bird: Book Review: Gerhard Schurz - Philosophy of Science. A Unified Approach, in: *Grazer Philosophische Studien* 2017, 638.

Birk: Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft, in: *Rechtstheorie* 2017, 43.

Bland: Circularity, Scepticism and Epistemic Relativism, in: *Social Epistemology* 2016, 150.

Bock: Der Islam in der Entscheidungspraxis der Familiengerichte, in: *NJW* 2012, 122.

Böckenförde: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *NJW* 1974, 1529.

Böckenförde: Grundrechte als Grundsatznormen, in: *Der Staat* 1990, 1.

Böckenförde: Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1991.

Böckenförde: Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, in: *Der Staat* 2003, 165.

Bomhoff: Balancing Constitutional Rights, Cambridge University Press Verlag, Cambridge 2013.

BonJour: The Myth of Knowledge, in: *Philosophical Perspectives* 2010, 57.

Borowski: The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court, in: *Ratio Juris* 2003, 155.

Borowski: Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2007.

Borowski: Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality, in: *Jurisprudence* 2011, 575.

Borowski: On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen, in: *German Law Journal* 2013, 1409.

Boyce: The Coincidentalist Reply to the No-Miracles Argument, in: *Erkenntnis* 2018, 929.

Brandom: Making It Explicit, Harvard Univ. Press Verlag, Cambridge, MA 1994.

Braun: Einführung in die Rechtsphilosophie, 1. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006.

Breckwoldt: Grundrechtskombinationen, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015.

Breckwoldt/Kleiber: Grundrechtskombinationen, in: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Klatt, Matthias (Hrsg.), Tübingen 2013, 1.

Brown: Infallibilism, Evidence and Pragmatics, in: *Analysis* 2013, 626.

Brown: Impurism, Practical Reasoning, and the Threshold Problem, in: *Noûs* 2014, 179.

Brune: Moral und Recht, Alber Verlag, Freiburg, Br., München 2010.

Buchwald: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Nomos-Verl.-Ges Verlag, Baden-Baden 1990.

Bueno de Mesquita/Smith/Siverson et al.: The Logic of Political Survival, MIT Press Verlag, Cambridge, Mass 2003.

Bühler: Hans Albert und die Wissenschaftstheorie, in: *Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht)*, Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 1.

Bull: Tatsachenfeststellung und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: *Festschrift für Hans-Joachim Koch (Methodik - Ordnung - Umwelt)*, Ewer, Wolfgang; Ramsauer, Ulrich; Reese, Moritz; Rubel, Rüdiger (Hrsg.), Berlin 2014, 29.

Bumke: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beispiel für eine rechtsimmanente Innovation im Recht, in: *Innovationen im Recht*, Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Baden-Baden 2016, 117.

Burazin: Conflicts between Fundamental Rights Norms, in: *Proportionality in Law (An Analytical Perspective)*, Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 111.

Busche: § 139 BGB, in: *MüKo-BGB (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1)*, Armbrüster, Christian; Arnold, Arnd; Bayreuther, Frank; Busche, Jan; Einsele, Dorothee; Grothe, Helmut; Heine, Robert; Leuschner, Lars; Micklitz, Hans-W; Reuter, Dieter; Rixecker, Roland; Schmitt, Jochem;

- Schubert, Claudia; Steffensen, Sophia; Stresemann, Christina; Thüsing, Gregor; Weitemeyer, Birgit; Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 7. Aufl., München 2015,
- Buzzoni*: Poppers methodologischer Individualismus und die Sozialwissenschaften, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2004, 157.
- BVerfG: Jahresstatistik 2018, Karlsruhe 2019.
- Cali*: Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions, in: Human Rights Quarterly 2007, 251.
- Calmes-Brunet*: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verfassungsrecht, in: JuS 2014, 602.
- Canaris*: Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, in: JZ 1993, 377.
- Carlson*: Parity Demystified, in: Theoria 2010, 119.
- Caviedes*: Chang's Parity: An Alternative Way to Challenge Balancing, in: American Journal of Jurisprudence 2017, 165.
- Cevolani*: Carnapian Truthlikeness, in: Logic Journal of the IGPL 2016, 542.
- Cevolani*: Fallibilism, Verisimilitude, and the Preface Paradox, in: Erkenntnis 2017, 169.
- Cevolani/Crupi/Festa*: Verisimilitude and Belief Change for Conjunctive Theories, in: Erkenntnis 2011, 183.
- Cevolani/Festa/Kuipers*: Verisimilitude and Belief Change for Nomic Conjunctive Theories, in: Synthese 2013, 3307.
- Cevolani/Schurz*: Probability, Approximate Truth, and Truthlikeness: More Ways out of the Preface Paradox, in: Australasian Journal of Philosophy 2016, 1.
- Chalmers*: What is This Thing Called Science?, 4. Aufl., University of Queensland Press Verlag, St Lucia, Queensland 2013.
- Chalmers/Bergemann*: Wege der Wissenschaft, 6. Aufl., Springer-Verlag Berlin Heidelberg Verlag, Berlin, Heidelberg 2007.
- Chang*: Parity: An Intuitive Case, in: Ratio Juris 2016, 395.
- Chang*: Hard Choices, in: APA Journal of Philosophy 2017, 586.
- Chang/Wang*: The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning, in: University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series 2016, 1.
- Chartier*: Incommensurable Basic Goods, in: Australian Journal of Legal Philosophy 2015, 1.
- Christensen/Lerch*: Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr, in: JZ 2007, 438.
- Coan*: The Foundations of Constitutional Theory, in: Wisconsin Law Review 2017, 833.
- Cohen-Eliya/Porat*: Book Reviews: Proportionality and Justification by Aharon Barak, in: University of Toronto Law Journal 2014, 458.
- Cowie*: In Defence of Instrumentalism about Epistemic Normativity, in: Synthese 2014, 4003.
- Crupi*: Inductive Logic, in: Journal of Philosophical Logic 2015, 641.
- Crupi/Nelson/Meder et al.*: Generalized Information Theory Meets Human Cognition: Introducing a Unified Framework to Model Uncertainty and Information Search, in: Cognitive Science 2018, 1410.
- Da Silva*: Comparing the Incommensurable, in: Oxford Journal of Legal Studies 2011, 283.
- Di Fabio*: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,
- Di Fabio*: Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

- Di Fabio*: Art. 2 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,
- Di Iorio*: World 3 and Methodological Individualism in Popper's Thought, in: Philosophy of the Social Sciences 2016, 352.
- Díez*: On Popper's Strong Inductivism (or Strongly Inconsistent Anti-inductivism), in: Studies in History and Philosophy of Science 2011, 105.
- Díez*: A (Fatal) Trilemma for Best Theory Realism, in: European Journal for Philosophy of Science 2018, 271.
- Dodd*: Evidentialism and skeptical arguments, in: Synthese 2012, 337.
- Doppelt*: From Standard Scientific Realism and Structural Realism to Best Current Theory Realism, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2011, 295.
- Doppelt*: Best theory Scientific Realism, in: European Journal for Philosophy of Science 2014, 271.
- Duarte*: Analogy and Balancing Once Again, in: Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse, Kaptein, Hendrik; van der Velden, Bastiaan David (Hrsg.), Amsterdam 2018, 109.
- Duhem*: Ziel und Struktur der physikalischen Theorien, Nachdr. d. Ausg. Leipzig 1908, Meiner Verlag, Hamburg 1978.
- Dumont*: Jurisprudenz und Überprüfbarkeit, in: RPhZ 2015, 251.
- Dürig*: Art. 3 Abs. 1 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman (Hrsg.), Aufl. v. 1974, München 1974,
- Effer-Uhe*: Die Bindungswirkung von Präjudizien, Cuvillier Verlag, Göttingen 2008.
- Eisenberg/Kölbel*: Kriminologie, 7. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2017.
- Elgin*: Non-foundationalist Epistemology, in: Contemporary Debates in Epistemology, Steup, Matthias; Sosa, Ernest (Hrsg.), Malden, Mass. 2005, 156.
- Endicott*: Proportionality and Incommensurability, in: Proportionality and the Rule of Law (Rights, Justification, Reasoning), Huscroft, Grant; Miller, Bradley W.; Webber, Grégoire C. N. (Hrsg.), New York, NY 2014, 311.
- Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002.
- Engländer*: Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung?, in: ARSP 2004, 86.
- Engländer*: Diskursethik - Auflösungserscheinungen eines Begründungsprogramms, in: Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht), Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 273.
- Engländer*: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, in: Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften (Zum Einfluss des Kritischen Rationalismus auf die Grundlagendebatten), Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Tübingen 2017, 111.
- Epstein/Martin*: An Introduction to Empirical Legal Research, Oxford Univ. Press Verlag, Oxford 2014.
- Ermacora*: Staat als Rechtsordnung, in: Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht (Festschrift für Günther Winkler), Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Wien, New York 1989, 3.
- Fantl/McGrath*: Advice for Fallibilists: Put Knowledge to Work, in: Philosophical Studies 2009, 55.
- Festa/Cevolani*: Exploring and Extending the Landscape of Conjunctive Approaches to Verisimilitude, in: From Arithmetic to Metaphysics (A Path through Philosophical Logic), Giordani, Alessandro; Florio, Ciro de (Hrsg.), Berlin, Boston 2018, 69.
- Finnis*: Law as Fact and as Reason for Action, in: American Journal of Jurisprudence 2014, 85.
- Fischer-Lescano*: Kritik der praktischen Konkordanz, in: Kritische Justiz 2008, 166.
- Fontanelli*: The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights, in: Oxford Journal of Legal Studies 2016, 630.
- Forst*: Toleranz im Konflikt, 5. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2017.

Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., Beck Verlag, München 1971.

Frege: Über Sinn und Bedeutung, in: Funktion, Begriff, Bedeutung (Fünf logische Studien), Frege, Gottlob; Patzig, Günther (Hrsg.), 3. Aufl., Göttingen 1969, 40.

French: Philosophy of Science, 2. Aufl., Bloomsbury Academic Verlag, London, Oxford, New York, New Delhi, Sydney 2016.

Funke: Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie - zur Einführung, in: Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Funke, Andreas; Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Tübingen 2009, 1.

Gadenne: Bewährung, in: Karl Popper, Logik der Forschung, Keuth, Herbert (Hrsg.), 4., bearb. Aufl., Berlin 2013, 125.

Gadenne: Is Popper's Third World Autonomous?, in: Philosophy of the Social Sciences 2016, 288.

Gao: Rational Action Without Knowledge (and Vice Versa), in: Synthese 2017, 1901.

García: Popper's Theory of Science, Continuum Verlag, London 2006.

García: Karl Popper's Scientific Realism, as Coherent as It is Possible, 2015, 63.

Gärdenfors/Stephens: Induction and Knowledge-What, in: European Journal for Philosophy of Science 2018, 1.

Gassner: Zur Abwägung als Maßstabsproblem, in: NJW 1998, 119.

Georgii: Stochastik, 5. Aufl., de Gruyter Verlag, Berlin/Boston 2015.

Gillies: Bayesianism and the Fixity of the Theoretical Framework, in: Foundations of Bayesianism, Corfield, David; Williamson, Jon (Hrsg.), Dordrecht 2001, 373.

Gillies: Popper's Critical Rationalism: A Philosophical Investigation, in: British Journal for the Philosophy of Science 2013, 229.

Glaserfeld: Konstruktion der Wirklichkeit, in: Einführung in den Konstruktivismus, Foerster, Heinz von (Hrsg.), München, Zürich 1992, 11.

Göldner: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Duncker u. Humblot Verlag, Berlin 1969.

Grabenwarter: Art. 5, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Grant: The Ideals of the Rule of Law, in: Oxford Journal of Legal Studies 2017, 383.

Gratan-Guiness: Karl Popper and the 'The Problem of Induction', in: Erkenntnis 2004, 107.

Greene: Rights as Trumps, in: Harvard Law Review 2018, 30.

Greisbach: Legal Tech - Einsatz in einer kleinen Kanzlei, in: Legal Tech (Die Digitalisierung des Rechtsmarkts), Hartung, Markus; Bues, Micha-Manuel; Halbleib, Gernot (Hrsg.), München 2018,

Gril: Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1998.

Grimm: Verfassungsrecht und sozialer Wandel, in: Seoul Law Journal 2001, 182.

Gruschke: Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung, in: Rechtstheorie 2010, 35.

Gruschke: Vagheit im Recht, Berlin.

Grzeszick: Art. 20 GG, II, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Grzeszick: Art. 20 GG, V, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Grzeszick: Art. 20 GG, VI, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Grzeszick: Art. 20 GG, VII, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Günther: Der Sinn für Angemessenheit, 1. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1988.

Günther: Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 1989, 163.

Gutmann/Neuenkirch/Neumeier et al.: Economic Sanctions and Human Rights: Quantifying the Legal Proportionality Principle, in: Universität Trier Research Papers in Economics No. 2, Universität Trier (Hrsg.), 2018,

Habermas: Wahrheitstheorien, in: Festschrift für Walter Schulz (Wirklichkeit und Reflexion), Fahrenbach, Helmut (Hrsg.), Pfullingen 1973, 211.

Habermas: Über Moralität und Sittlichkeit, in: Rationalität (Philosophische Beiträge), Schnädelbach, Herbert (Hrsg.), 1. Aufl., Frankfurt/M. 1984, 218.

Habermas: Erläuterungen zur Diskursethik, 6. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1991.

Habermas: Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994.

Habermas: Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung, in: Zwischen Naturalismus und Religion (Philosophische Aufsätze), Habermas, Jürgen (Hrsg.), 1. Aufl., Frankfurt am Main 2005, 84.

Habermas: Diskursethik, Band 3, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, M. 2009.

Hannon: Fallibilism and the Value of Knowledge, in: Synthese 2014, 1119.

Hannon: A Solution to Knowledge's Threshold Problem, in: Philosophical Studies 2017, 607.

Hansson: Falsificationism Falsified, in: Foundations of Science 2006, 275.

Harbo: The Function of the Proportionality Principle in EU Law, in: European Law Journal 2010, 158.

Harker: Two Arguments for Scientific Realism Unified, in: Studies in History and Philosophy of Science 2010, 192.

Harker: How to Split a Theory: Defending Selective Realism and Convergence without Proximity, in: British Journal for the Philosophy of Science 2013, 79.

Hassemer: Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Rechtstheorie 2008, 1.

Heinegg: Art. 25 GG, in: BeckOK-GG, Hillgruber, Christian; Epping, Volker (Hrsg.), 39. Edition, München 2018,

Held: Truth Does not Explain Predictive Success, in: Analysis 2011, 232.

Herdegen: Art. 1 Abs. 1 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Herdegen: Art. 1 Abs. 3 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Müller Verlag, Heidelberg 1999.

Hetherington: Concessive Knowledge-attributions: Fallibilism and Gradualism, in: Synthese 2013, 2835.

Hilgendorf: Rechtsphilosophie der Gegenwart, in: Handbuch Rechtsphilosophie, Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Stuttgart 2017, 170.

Hillgruber: Ohne rechtes Maß?, in: JZ 2011, 861.

Hillgruber: Art. 97 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Hirsch: Auf dem Weg zum Richterstaat?, in: JZ 2007, 853.

Hitchcock: Thought Experiments, Real Experiments, and the Expertise Objection, in: European Journal for Philosophy of Science 2012.

Hoerster: Können wir wirklich auf Induktion verzichten?, in: Aufklärung und Kritik 2010, 148.

Hoerster: So oder so: Auf Induktion verzichtet niemand, in: Aufklärung und Kritik 2010, 25.

Hoerster: Was können wir wissen?, C.H. Beck Verlag, s.l. 2010.

Hoerster: Ein halbherziger Verzicht auf Induktion, in: Aufklärung und Kritik 2011, 75.

Hoffmann-Riem: Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Der Staat 2004, 203.

Hoffmann-Riem: Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), 2. Aufl., München 2012, 677.

Hoffmann-Riem: "Soft Law" und "Soft Instruments" in der Arbeit der Venedig-Kommission des Europarats, in: Demokratie-Perspektiven (Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag), Bäuerle, Michael; Dann, Philipp; Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Tübingen 2013, 595.

Hoffmann-Riem: Maßstabsergänzung bei der Rechtsanwendung – eine methodische Notwendigkeit, in: Festschrift für Hans-Joachim Koch (Methodik - Ordnung - Umwelt), Ewer, Wolfgang; Ramsauer, Ulrich; Reese, Moritz; Rubel, Rüdiger (Hrsg.), Berlin 2014, 57.

Hoffmann-Riem: "Außerjuridisches" Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 2016, 1.

Hoffmann-Riem: Innovation und Recht, Recht und Innovation, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2016.

Hoffmann-Riem: Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in: Big Data - Regulative Herausforderungen, Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Baden-Baden 2018, 11.

Hofmann: Abwägung im Recht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2007.

Hofmann: Grundrechtskombinationen in der Fallbearbeitung - Konkurrenzen, Kollisionen, Verstärkungswirkungen, in: Jura 2008, 667.

Hofmann: Rationality, Discretion, and Decision Theory, in: ARSP Beiheft 2010, 73.

Hollmann: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Band 7, De Gruyter Oldenbourg Verlag, München 2010.

Holtz/Monnerjahn: Falsificationism is not Just 'Potential' Falsifiability, but Requires 'Actual' Falsification, in: Journal for the Theory of Social Behaviour 2017, 1.

Hornung: Grundrechtsinnovationen, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015.

Hruschka: Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht (Strafverfahren im Rechtsstaat), Gössel, Karl Heinz (Hrsg.), München 1985, 191.

Huang: A Plea for Radical Contextualism, in: Synthese 2017, 963.

Hübner: Zulässigkeit des finalen Rettungsschusses und des "finalen Rettungsfolterns", GRIN Verlag Verlag, München 2009.

Huemer: Explanationist Aid for the Theory of Inductive Logic, in: British Journal for the Philosophy of Science 2009, 345.

Hufen: Staatsrecht II, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016.

Huster: Rechtswissenschaft als Realwissenschaft?, in: Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht), Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 385.

Hutt: Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2018, 235.

Hutt: Measuring Popular and Judicial Deliberation, in: International Journal of Constitutional Law 2018, 1121.

- Ipsen*: Grundrechte als Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat (Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag), Sachs, Michael; Siekmann, Helmut; Blanke, Hermann-Josef (Hrsg.), Berlin 2012, 369.
- Ipsen*: Ehe für alle - verfassungswidrig?, in: NVwZ 2017, 1096.
- Ipsen*: Staatsrecht II, 20. Aufl., Franz Vahlen Verlag, München 2017.
- Irzik*: Critical Rationalism, in: The Routledge Companion to Philosophy of Science, Curd, Martin; Psillos, Stathis (Hrsg.), 2. Aufl., London 2013, 70.
- Jakab*: Re-Defining Principles as "Important Rules", in: ARSP Beiheft 2010, 145.
- Janich*: Kleine Philosophie der Naturwissenschaften, Beck Verlag, München 1997.
- Jansen*: Die Abwägung von Grundrechten, in: Der Staat 1997, 27.
- Jansen*: Die Struktur der Gerechtigkeit, 1. Aufl., Nomos-Verl.-Ges Verlag, Baden-Baden 1998.
- Jansen*: Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte (Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys), Sieckmann, Jan-Reinard (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 2007, 39.
- Jantzen/Mayo/Patton*: Ontology & Methodology, in: Synthese 2015, 3413.
- Jarass/Pieroth*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016.
- Jestaedt*: Die Abwägungslehre, in: Festschrift für Josef Isensee (Staat im Wort), Depenheuer, Otto; Heintzen, Markus; Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Heidelberg 2007, 253.
- Jestaedt*: Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Rechtswissenschaftstheorie, Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Tübingen 2008, 185.
- Jestaedt*: The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses, in: Institutionalized Reason (The Jurisprudence of Robert Alexy), Klatt, Matthias (Hrsg.), Oxford 2012, 152.
- Johansson*: In Defense of the Notion of Truthlikeness, in: Journal for General Philosophy of Science 2017, 59.
- Jones*: Inference to the More Robust Explanation, in: British Journal for the Philosophy of Science 2018, 75.
- Kallmeyer*: Ideales Sollen, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG Verlag, Baden-Baden 2016.
- Kant*: Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787), in: AA (Kants Werke), Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Berlin 1968, III, 1.
- Katz/Bommarito/Blackman*: A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, in: PLoS One 2017, 1.
- Kelsen*: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 1929, 30.
- Keuth*: Kritischer Rationalismus und Ethik, in: Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht), Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 287.
- Kimling*: „Was ist der Unterschied zwischen einem Induktionsprinzip und dem Prinzip der Gleichförmigkeit des Naturgeschehens?“, in: Aufklärung und Kritik 2016, 238.
- Kirchhof*: Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, in: NJW 2006, 732.
- Kirchhof*: Grundrechte und Wirklichkeit, Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2007.
- Kirchhof*: Art. 3 Abs. 1 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,
- Kirchmann*: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Nachdr. d. Ausg. v. 1848, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) Verlag, Darmstadt 2012.
- Klatt*: Semantic Normativity and the Objectivity of Legal Argumentation, in: ARSP 2004, 51.
- Klatt*: Theorie der Wortlautgrenze, Nomos Verl.-Ges Verlag, Baden-Baden 2004.

Klatt: Die Wortlautgrenze, in: Die Sprache des Rechts, Band 2 (Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts), Lerch, Kent D. (Hrsg.), Berlin 2005, 343.

Klatt: Contemporary Legal Philosophy in Germany, in: ARSP 2007, 519.

Klatt: Taking Rights less Seriously, in: Ratio Juris 2007, 506.

Klatt: An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 891.

Klatt: Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014.

Klatt: Balancing Competences, in: Global Constitutionalism 2015, 195.

Klatt: Integrative Rechtswissenschaft, in: Der Staat 2015, 469.

Klatt: Positive Rights - Who Decides? Judicial Review in Balance, in: International Journal of Constitutional Law 2015, 354.

Klatt/Meister: Proportionality - a Benefit to Human Rights?, in: International Journal of Constitutional Law 2012, 687.

Klatt/Meister: The Constitutional Structure of Proportionality, OUP Oxford Verlag, Oxford 2012.

Klatt/Meister: Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Der Staat 2012, 159.

Klatt/Meister: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: JuS 2014, 193.

Klatt/Schmidt: Spielräume im öffentlichen Recht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010.

Klatt/Schmidt: Abwägung unter Unsicherheit, in: AöR 2012, 545.

Klatt/Schmidt: Abwägung unter Unsicherheit, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Klatt, Matthias (Hrsg.), Tübingen 2013, 105.

Kleiber: Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014.

Kleinlein: Judicial Lawmaking by Judicial Restraint?, in: German Law Journal 2012, 1141.

Klement: Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, in: JZ 2008, 756.

Klement: Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, in: AöR 2009, 35.

Koller: Recht als Kategorie der Vermittlung zwischen Faktizität und Geltung, in: Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung, Koller, Peter; Hiebaum, Christian (Hrsg.), Berlin 2016, 21.

Korioth: Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2018.

Kornmesser/Schurz: Analyzing Theories in the Frame Model, in: Erkenntnis 2018, 1.

Koskeniemi: From Apology to Utopia, 2. Aufl., Cambridge Univ. Press Verlag, Cambridge u.a 2007.

Kötter: Wissenschaftstheorie im 20. Jahrhundert, in: AuK 2017, 47.

Krebs: Art. 19 GG, in: Grundgesetz (Kommentar), Münch, Ingo von; Kunig, Philip (Hrsg.), 6. Aufl., München 2012,

Kretschmer: Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, in: NStZ 2012, 177.

Kriele: Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, in: JA 1984, 629.

Kudlich/Oglakcioglu: Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen kurz- und langfristiger Rechtssicherheit, in: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Tübingen 2014, 171.

Kuipers: Models, Postulates, and Generalized Nomic Truth Approximation, in: Synthese 2016, 3057.

Kuipers: Refined Nomic Truth Approximation by Revising Models and Postulates, in: Synthese 2018, 1.

Kumm: Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice, in: International Journal of Constitutional Law 2004, 574.

- Kumm*: Political Liberalism and the Structures of Rights, in: Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy), Pavlakos, George (Hrsg.), Oxford 2007, 131.
- Kumm*: The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification, in: Law & Ethics on Human Rights 2010, 142.
- Kumm*: Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review, in: Institutionalized Reason (The Jurisprudence of Robert Alexy), Klatt, Matthias (Hrsg.), Oxford 2012, 201.
- Kuntz*: Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive, in: AcP 2015, 389.
- Kuntz*: Buchbesprechung: Sabine Müller-Mall: Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, in: AöR 2016, 645.
- Kurth*: Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, in: JZ 2018, 141.
- Kvasz/Zelenak*: A Problem for Popper's Fallibilism, in: Rethinking Popper, Parusniková, Zuzana; Cohen, Robert S. (Hrsg.), Berlin 2009, 71.
- La Torre*: Human Rights: Existential, Not Metaphysical, in: Ratio Juris 2018, 183.
- Ladeur*: Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie, in: Der Staat 2011, 493.
- Lagodny*: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Mohr Verlag, Tübingen 1996.
- Lamond*: Legal Reasoning for Hedgehogs, in: Ratio Juris 2017, 507.
- Langenbucher*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München.
- Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1991.
- Lassahn*: Rationalität und Legitimität der Folgenberücksichtigung, in: ARSP 2013, 323.
- Lavalette/Zwart*: Belief Revision and Verisimilitude based on Preference and Truth Orderings, in: Erkenntnis 2011, 237.
- Leisner*: Der Abwägungsstaat, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1997.
- Leisner-Egensperger*: Kontinuität als Verfassungsprinzip, Tübingen 2002.
- Leitgeb*: A Way Out of the Preface Paradox?, in: Analysis 2014, 11.
- Lemke*: Juristische Methodenlehre - ein offener Methodenpluralismus?, in: RPhZ 2016, 444.
- Lenz*: Vorbehaltlose Freiheitsrechte, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006.
- Lenz/Hansel*: BVerfGG, 2. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2015.
- Lerbs/Sebastian*: Mietspiegel aus ökonomischer Sicht – Vorschläge für eine Neuregulierung, in: IREBS Beiträge zur Immobilienwirtschaft 2015, 1.
- Lerche*: Übermass und Verfassungsrecht, Heymann Verlag, Köln 1961.
- Lerche*: Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Festschrift - 50 Jahre BVerfG, Badura, Peter (Hrsg.), Tübingen 2001, Band 1, 333.
- Letsas*: Proportionality as Fittingness: The Moral Dimension of Proportionality, in: Current Legal Problems 2018, 1.
- Lindner*: Rechtswissenschaft als Metaphysik, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2017.
- Lopes*: The Syntax of Principles, in: Ratio Juris 2017, 471.
- Lopes*: Balancing Principles and A Fortiori Reasoning, in: Proportionality in Law (An Analytical Perspective), Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 137.

- Lücke*: Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, in: DVBl. 2001, 1469.
- Mangini*: Toward a Theory of Reasonableness, in: Ratio Juris 2018, 208.
- Mann*: Non-ideal Theory of Constitutional Adjudication, in: Global Constitutionalism 2018, 14.
- Martin*: Publizistische Freiheit und Persönlichkeitsschutz, Univ.-Verl. Göttingen Verlag, Göttingen 2008.
- Martínez-Zorrilla*: Constitutional Dilemmas and Balancing, in: Ratio Juris 2011, 347.
- Martínez-Zorrilla*: Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing, in: Proportionality in Law (An Analytical Perspective), Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 171.
- Maruhn*: Vorbem. Art. 5 GG, in: Kommentar Fluggastrechte-VO, Staudinger, Ansgar; Keiler, Stephan (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 2016,
- Marzal*: From Hercules to Pareto, in: International Journal of Constitutional Law, 621.
- Matz*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Häberle, Peter (Hrsg.), 2. Aufl., Tübingen 2010,
- Maurer*: Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, Verl. Alma Mater Verlag, Saarbrücken 2008.
- Mayo*: Error and the Growth of Experimental Knowledge, University of Chicago Press Verlag, Chicago 1996.
- Mayo/Spanos*: Error and Inference, Cambridge University Press Verlag, Cambridge, New York, Melbourne 2010.
- McKenna/Fassio*: Revisionary Epistemology, in: Philosophical Methodology and Metaphilosophy 2015, 755.
- Meinke*: In Verbindung mit, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2006.
- Meister*: Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2011.
- Miller*: Critical Rationalism, Open Court Verlag, Chicago, LaSalle, Ill. 1994.
- Miller*: Out of Error, Ashgate Verlag, Aldershot, Hunt 2006.
- Miller*: Essays on Law and Economics, Pasadena 2009.
- Miller*: Deduktivistische Entscheidungsfindung, in: Kritischer Rationalismus heute (Zur Aktualität der Philosophie Karl Poppers), Neck, Reinhard; Stelzer, Harald (Hrsg.), Frankfurt, M. 2013, 45.
- Miller*: Some Hard Questions for Critical Rationalism, in: Discusiones Filosóficas 2014, 15.
- Mizrahi*: 'Ought' Does Not Imply 'Can', in: Philosophical Frontiers 2009, 19.
- Mizrahi*: Does 'Ought' Imply 'Can' from an Epistemic Point of View?, in: Philosophia 2012, 829.
- Mizrahi*: In Defense of Weak Scientism: A Reply to Brown, in: Social Epistemology Review and Reply Collective 2017, 9 (Heft 2).
- Mizrahi*: What's so Bad about 'Scientism'?, in: Social Epistemology 2017, 351.
- Mizrahi*: More in Defense of Weak Scientism: Another Reply to Brown, in: Social Epistemology Review and Reply Collective 2018, 7 (Heft 4).
- Mizrahi/Buckwalter*: The Role of Justification in the Ordinary Concept of Scientific Progress, in: Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 2014, 151.
- Mizrahi/Kissinger-Know/Aragon*: "Ought Implies Can," Framing Effects, and "Empirical Refutations", in: Philosophia 2017, 165.
- Möller*: Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation, in: Reasoning Rights (Comparative Judicial Engagement), Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher; Bowles, Nigel (Hrsg.), Oxford 2014, 31.

Möllers: Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Rechtswissenschaftstheorie, Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Tübingen 2008, 151.

Moon: Limits on Constitutional Rights: The Marginal Role of Proportionality Analysis, in: Israel Law Review 2017, 49.

Moreso: Alexy und die Arithmetik der Abwägung, in: ARSP 2012, 411.

Moreso: Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights, in: Ratio Juris 2012, 31.

Müller: Die Positivität der Grundrechte, 1. Aufl., Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1969.

Müller: Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl., Duncker u. Humblot Verlag, Berlin 1990.

Müller: Die Einheit der Verfassung, 2. Aufl., Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2007.

Müller/Christensen: Juristische Methodik, Band 1, 11. Aufl., Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2013.

Niiniluoto: Scientific Progress As Increasing Verisimilitude, in: Studies in History and Philosophy of Science 2014, 73.

Niiniluoto: Optimistic Realism about Scientific Progress, in: Synthese 2017, 3291.

Niiniluoto: Truthlikeness: Old and New Debates, in: Synthese 2018, 1.

Niiniluoto: Truth-Seeking by Abduction, Springer International Publishing Verlag, Cham 2018.

Northcott: Verisimilitude: A Causal Approach, in: Synthese 2013, 1471.

Northcott: When are Purely Predictive Models Best?, in: Disputatio 2017, 631.

Novak: Three Models of Balancing (in Constitutional Review), in: Ratio Juris 2010, 101.

Oddie: The Content, Consequence and Likeness Approaches to Verisimilitude: Compatibility, Trivialization, and Underdetermination, in: Synthese 2013, 1647.

Oliveira: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2013.

Otero: Modest Skepticism and Question Begging Proper, in: Grazer Philosophische Studien 2011, 9.

Özbe: „Was ist der Unterschied zwischen einem Verrückten und einem Wissenschaftler?“, in: Aufklärung und Kritik 2015, 45.

Özbe: Kritik an der Popperschen Lösung für das Problem Humes und Russells, in: Aufklärung und Kritik 2016, 211.

Paitlová: Hans Alberts kritischer Rationalismus, in: Aufklärung und Kritik 2015.

Paitlová: Hans Alberts Weiterentwicklung des Popperschen Kritischen Rationalismus, in: Aufklärung und Kritik 2017, 18.

Panaccio: Book Review: G. C. N. Webber, The Negotiable Constitution: On The Limitation of Rights., in: International Journal of Constitutional Law 2010, 988.

Park: The Anti-induction for Scientific Realism, in: Grazer Philosophische Studien 2018, 329.

Pavlakos: Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2011, 129.

Paya: Critical Rationalism as the Theoretical Framework for Futures Studies and Foresight, in: Futures 2018, 104.

Persson: Is Falsification Falsifiable?, in: Foundations of Science 2016, 461.

Petersen: Avoiding the Common Wisdom Fallacy, in: International Journal of Constitutional Law 2013, 294.

Petersen: How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones, in: German Law Journal 2013, 1387.

Petersen: Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015.

Petersen: Proportionality and Judicial Activism, Cambridge University Press Verlag, Cambridge 2017.

- Pieroth/Schlink/Kingreen et al.*: Grundrechte, 30. Aufl., Müller Verlag, Heidelberg, Hamburg 2014.
- Pikart/Werner*: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5, De Gruyter Oldenbourg Verlag, München 2010.
- Pino*: Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals, in: *Ratio Juris* 2014, 190.
- Piscopo/Birattari*: A Critique of the Constitutive Role of Truthlikeness in the Similarity Approach, in: *Erkenntnis* 2010, 379.
- Poggi/Sardo*: Do the Right Thing!, in: *Rechtstheorie* 2016, 413.
- Popper*: Replies to my Critics, in: *The Philosophy of Karl Popper*, Schilpp, Paul Arthur (Hrsg.), LaSalle (Ill.) 1974, 961.
- Popper*: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde - Band II, 8. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003.
- Popper*: Logik der Forschung, 11. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2005.
- Popper*: Wissenschaft: Vermutungen und Widerlegungen, in: *Vermutungen und Widerlegungen (Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis)*, Popper, Karl R.; Keuth, Herbert (Hrsg.), 2. Aufl., Tübingen 2009, 48.
- Popper*: Wissenschaftslehre in entwicklungstheoretischer und in logischer Sicht, in: *Alles Leben ist Problemlösen (Über Erkenntnis, Geschichte und Politik)*, Popper, Karl R. (Hrsg.), 12. Aufl., München 2009, 15.
- Popper*: Alles Leben ist Problemlösen, 15. Aufl., Piper Verlag, München, Zürich 2012.
- Porat*: Book Review: *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse* * By Jacco Bomhoff, Cambridge, Cambridge University Press, 2013., in: *International Journal of Law in Context* 2018, 172.
- Porat*: Niels Petersen. Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa, in: *International Journal of Constitutional Law* 2018, 1035.
- Porciello*: Robert Alexy's Ideal Dimension of Law: Descriptive Theory of the Constitutional Legal System or Normative Theory of the Concept of Law?, in: *ARSP* 2017, 483.
- Portocarrero Quispe*: Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, Baden-Baden 2014.
- Poscher*: Grundrechte als Abwehrrechte, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2003.
- Poscher*: Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: *Die Prinzipientheorie der Grundrechte (Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys)*, Sieckmann, Jan-Reinard (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 2007, 59.
- Poscher*: Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles, in: *Ratio Juris* 2009, 425.
- Poscher*: Theorie eines Phantoms, in: *RW* 2010, 349.
- Potacs*: Kritischer Rationalismus und Rechtswissenschaft, in: *Karl R. Popper - Plädoyer für kritisch-rationale Wissenschaft*, Neck, Reinhard (Hrsg.), Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2004, 109.
- Potacs*: Rechtstheorie, 1. Aufl., Facultas Verlag, Wien 2015.
- Psillos*: Scientific Realism, Routledge Verlag, London 2011.
- Psillos*: The Scope and Limits of the No Miracles Argument, in: *Explanation, Prediction, and Confirmation*, Dicks, Dennis (Hrsg.), Dordrecht 2011, 23.
- Psillos/Ruttkamp-Bloem*: Scientific Realism: Quo Vadis?, in: *Synthese* 2017, 3187.
- Pulido*: The Rationality of Balancing, in: *ARSP* 2006, 195.
- Putnam*: Mathematics, Matter and Method, Cambridge Univ. Press Verlag, Cambridge 1975.
- Quecke/Sturm*: Unsicherheit über Abwägung, in: *Rechtstheorie* 2014, 113.
- Ramião*: Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles, in: *Proportionality in Law (An Analytical Perspective)*, Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 157.

Reaume: Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality, in: Oxford Legal Studies Research Paper Series, University of Oxford (Hrsg.), 2009, 1.

Reed: How to Think about Fallibilism, in: Philosophical Studies 2002, 143.

Reimer: "Und machet zu Jüngern alle Völker?", in: Der Staat 2013, 27.

Reimer: Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Verhältnismäßigkeit (Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts), Jestaedt, Matthias; Lepsius, Oliver (Hrsg.), Tübingen 2015, 60.

Remmert: Art. 19 Abs. 2 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Hrsg.), 85. EL, München 2018,

Reßing: Die Grundrechtskonkurrenz, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG Verlag, Baden-Baden 2016.

Richers: Entscheidung bei Unentschiedenheit, in: RPhZ 2018, 181.

Riehm: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, Beck Verlag, München 2006.

Röhl: Rechtssoziologie, Heymanns Verlag, Köln 1987.

Rosenfeld: Philosophy in Law?, in: Ratio Juris 2014, 1.

Rowbottom: Corroboration and Auxiliary Hypotheses: Duhem's Thesis Revisited, in: Synthese 2010, 139.

Rowbottom: The Instrumentalist's New Clothes, in: Philosophy of Science 2011, 1200.

Rowbottom: Kuhn vs. Popper on Criticism and Dogmatism in Science, Part II: How to Strike the Balance, in: Studies in History and Philosophy of Science 2013, 161.

Rowbottom: Scientific progress without increasing verisimilitude: In response to Niiniluoto, in: Studies in History and Philosophy of Science 2015, 100.

Rowbottom: Extending the Argument from Unconceived Alternatives, in: Synthese (Online) 2016.

Roxin: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., Beck Verlag, München 2006.

Russell: On the Nature of Truth and Falsehood, in: Philosophical Essays, Russell, Bertrand (Hrsg.), London 1910, 170.

Rusteberg: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2009.

Rusteberg: Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum, in: Kollektivität - Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl (52. Assistententagung Öffentliches Recht ; Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten), Burchardt, Dana (Hrsg.), 1. Aufl., Baden-Baden 2012, 15.

Rüthers: Methodenfragen als Verfassungsfragen?, in: Rechtstheorie 2009, 253.

Saatsi/Psillos/Stanford et al.: Grasping at Realist Straws, in: Metascience 2009, 355.

Sachs: Vor Art. 1 GG, in: Grundgesetz (Kommentar), Sachs, Michael; Batts, Ulrich (Hrsg.), 8. Aufl., München 2017,

Sampaio: Proportionality in its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights, in: Proportionality in Law (An Analytical Perspective), Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 71.

Sartor: The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-numerical Magnitudes, in: German Law Journal 2013, 1419.

Sartor: Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules, in: Proportionality in Law (An Analytical Perspective), Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 121.

Saurer: Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Der Staat 2012, 3.

Sauter: Proportionality in EU Law: A Balancing Act?, in: Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2013, 439.

Schippers/Schurz: Genuine Confirmation and Tacking by Conjunction, in: British Journal for the Philosophy of Science (Online) 2018, 1.

Schladebach: Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, in: Der Staat 2014, 263.

Schlink: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Festschrift - 50 Jahre BVerfG, Badura, Peter (Hrsg.), Tübingen 2001, Band 2, 446.

Schneider: Der Isomorphismus von Induktion und Abgrenzungsproblem in den Realwissenschaften und in der Jurisprudenz, in: ZRPh 2008, 1.

Scholz: Wissenschaftstheorie, Erkenntnistheorie und Metaphysik, in: Philosophia Naturalis 2013, 6.

Schröder: Rechtssicherheit - aber mit welchem Recht?, in: RPhZ 2018, 433.

Schubert: § 242 BGB, in: MüKo-BGB (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2), Krüger, Wolfgang; Bachmann, Gregor; Basedow, Jürgen; Bydlinski, Peter; Emmerich, Volker; Ernst, Wolfgang; Fetzer, Rhona; Finkenauer, Thomas; Fritzsche, Jörn; Gaier, Reinhard; Gottwald, Peter; Grundmann, Stefan; Habersack, Mathias; Kanzleiter, Rainer; Kieninger, Eva-Maria; Oetker, Hartmut; Schlüter, Martin; Schubert, Claudia; Wendehorst, Christiane; Würdinger, Markus; Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), 8. Auflage, München 2019,

Schuhr: Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage, in: JZ 2008, 603.

Schuhr: Projektskizze: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, in: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Tübingen 2014, 1.

Schülein/Reitze: Wissenschaftstheorie, 4. Aufl., Facultas Verlag, Wien 2016.

Schulze-Fielitz: Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren, in: Jura 2008, 52.

Schulze-Fielitz: Art. 103 GG, in: Grundgesetz-Kommentar (Band III), Dreier, Horst (Hrsg.), 3. Aufl., Tübingen 2018,

Schupbach/Glass: Hypothesis Competition beyond Mutual Exclusivity, in: Philosophy of Science 2017, 810.

Schurz: Grenzen rationaler Ethikbegründung. Das Sein-Sollen-Problem aus moderner Sicht, in: Ethik und Sozialwissenschaften 1995, 163.

Schurz: Induktion und kritischer Rationalismus, in: Karl Poppers kritischer Rationalismus heute (Zur Aktualität kritisch-rationaler Wissenschaftstheorie), Böhm, Jan M.; Holweg, Heiko; Hooch, Claudia (Hrsg.), Tübingen 2002, 272.

Schurz: Karl Popper, Deduktion, Induktion und Abduktion, in: Karl Poppers kritischer Rationalismus heute (Zur Aktualität kritisch-rationaler Wissenschaftstheorie), Böhm, Jan M.; Holweg, Heiko; Hooch, Claudia (Hrsg.), Tübingen 2002, 126.

Schurz: Structural Correspondence between Theories and Convergence to Truth, in: Synthese 2011, 307.

Schurz: Verisimilitude and Belief Revision, in: Erkenntnis 2011, 203.

Schurz: Bayesian Pseudo-confirmation, Use-novelty, and Genuine Confirmation, in: Studies in History and Philosophy of Science 2014, 87.

Schurz: Philosophy of Science, Routledge Verlag, New York, London 2014.

Schurz: No Free Lunch Theorem, Inductive Skepticism, and the Optimality of Meta-Induction, in: Philosophy of Science 2017, 10.

Schurz/Weingartner: Verisimilitude Defined by Relevant Consequence-Elements, in: What is Closer-to-the-Truth? (Poznan Studies in the Philosophy of Science and the Humanities Vol. 10), Kuipers, Theo A. F. (Hrsg.), Amsterdam 1987, 47.

Schwabe: Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., J. Schwabe Verlag, Buxtehude, Erlenweg 1 1997.

Seybold/Sandner/Weiß: Richterliche Selbstbindung durch Methodenlehre - eine Frage der Ethik, in: ARSP 2015, 319.

Shearmur: Popper, Objectification, and the Problem of the Public Sphere, in: *Philosophy of the Social Sciences* 2016, 392.

Shecaira: Legal Arguments from Scholarly Authority, in: *Ratio Juris* 2017, 305.

Sieckmann: Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden.

Sieckmann: Autonome Abwägung, in: *ARSP* 2004, 66.

Sieckmann: Recht als normatives System, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

Sieckmann: Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente, in: *ARSP* 2011, 178.

Sieckmann: The Logic of Autonomy, Hart Verlag, Oxford 2012.

Sieckmann: Zur Konzeption des Relativismus, in: *Erwägen Wissen Ethik* 2013, 298.

Sieckmann: Proportionality as a Universal Human Rights Principle, in: *Proportionality in Law (An Analytical Perspective)*, Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Hrsg.), Cham 2018, 3.

Smet: Resolving Conflicts between Human Rights, Taylor and Francis Verlag, Florence 2016.

Smet: Conflicts between Human Rights and the ECtHR: Towards a Structured Balancing Test, in: *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights (Conflict or harmony?)*, Smet, Stijn; Brems, Eva (Hrsg.), First edition, Oxford, New York 2017, 38.

Spielmann: Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

Sprenger: The Probabilistic No Miracles Argument, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2016, 173.

Sprenger: Two Impossibility Results for Measures of Corroboration, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2018, 139.

Stanford: Exceeding our Grasp, Oxford Univ. Press Verlag, Oxford 2006.

Starck: Die Grundrechte des Grundgesetzes, in: *JuS* 1981, 237.

Steinhoff: Kritik der kommunikativen Rationalität, U. Steinhoff; Books on Demand Verlag, Marsberg, Auf der Alm 7, Norderstedt 2001.

Steinvorth: Rationalität, Falsifikation und Kohärenz, in: *Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht)*, Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 125.

Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Beck Verlag, München 1988.

Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Beck Verlag, München 1994.

Strevens: The Bayesian Treatment of Auxiliary Hypotheses, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 2001, 515.

Sullivan: The Tall Office Building Artistically Considered, in: *Lippincott's Magazine* 1896, 403.

Taliga: On two Mistakes of Popper's Theory of Verisimilitude, in: *Filozofia* 2007, 122.

Taliga: Why the Objectivist Interpretation of Falsification Matters, in: *Philosophy of the Social Sciences* 2016, 335.

Tambolo: A Verisimilitudinarian Rebuttal of a Recent Attack Against Realism, in: *Recent Developments in the Philosophy of Science (EPSA13 Helsinki)*, Mäki, Uskali; Votsis, Ioannis; Ruphy, Stéphanie; Schurz, Gerhard (Hrsg.), Cham 2015, 17.

Taylor/Vickers: Conceptual Fragmentation and the Rise of Eliminativism, in: *European Journal for Philosophy of Science* 2017, 17.

Thienel: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, Manz Verlag, Wien 1991.

Thienel: Rechtswissenschaft ohne Sollen?, in: *Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht)*, Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 416.

Thomsen: Gerech und tolerant aus Vernunft und Eigeninteresse, in: *AuK* 2017, 82.

- Tourkochoriti*: What Is the Best Way to Realise Rights?, in: Oxford Journal of Legal Studies 2019, 209.
- Tremblay*: An Egalitarian Defense of Proportionality-based Balancing, in: International Journal of Constitutional Law 2014, 864.
- Tsakyrakis*: Proportionality: An Assault on Human Rights?, in: International Journal of Constitutional Law 2009, 468.
- Tschentscher*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1. Aufl., Nomos-Verl.-Ges Verlag, Baden-Baden 2000.
- Tschentscher*: Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurstheorien, in: Rechtstheorie 2002, 43.
- Tschentscher*: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2006.
- Urbina*: A Critique of Proportionality, in: American Journal of Jurisprudence 2012, 49.
- Urbina*: Is it really easy: A Critique of Proportionality and Balancing as Reasoning, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2014, 167.
- Urbina*: Incommensurability and Balancing, in: Oxford Journal of Legal Studies 2015, 575.
- Urbina*: A Critique of Proportionality and Balancing, Cambridge University Press Verlag, Cambridge 2017.
- Vaas*: Das Münchhausen-Trilemma in der Erkenntnistheorie, Kosmologie und Metaphysik, in: Festschrift für Hans Albert (Wissenschaft, Religion und Recht), Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Berlin 2006, 441.
- van Fraassen*: The Scientific Image, Clarendon Press Verlag, Oxford 1980.
- van Ooyen/Möllers*: Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Springer VS Verlag, Wiesbaden 2015.
- Vassend*: A Verisimilitude Framework for Inductive Inference, with an Application to Phylogenetics, in: British Journal for the Philosophy of Science (Online) 2018, 1.
- Veel*: Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, in: Law & Ethics on Human Rights 2010, 178.
- Veith/Bandlow/Harnisch et al.*: How Legal Technology Will Change the Business of Law, 2016.
- Veronesi*: Falsifications and Scientific Progress: Popper as Sceptical Optimist, in: Lettera Mathematica International 2014, 179.
- Vickers*: Understanding the Selective Realist Defence against the PMI, in: Synthese 2017, 3221.
- Vickers*: Disarming the Ultimate Historical Challenge to Scientific Realism, in: British Journal for the Philosophy of Science (Online) 2018, 1.
- Vogel/Christensen*: Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung, in: Rechtstheorie 2013, 29.
- Vogel/Christensen*: Die Sprache des Gesetzes ist nicht das Eigentum der Juristen, in: "Abwägung" (Herausforderung für eine Theorie der Praxis), Müller, Friedrich; Mastronardi, Philippe (Hrsg.), Berlin 2014, 87.
- Volkmann*: Einführung in die Diskurstheorie des Rechts, in: JuS 1997, 976.
- Volkmann*: Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, in: JZ 2005, 261.
- Wang*: Defeasibility in der juristischen Begründung, Nomos Verlagsgesellschaft Verlag, 2004.
- Wang*: Scepticism, Closure and Rationally Grounded Knowledge: a New Solution, in: Synthese 2017, 1.
- Webber*: The Negotiable Constitution, Cambridge University Press Verlag, Cambridge 2009.
- Webber*: Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2010, 179.
- Webber*: Proportionality and Absolute Rights, in: Proportionality (New Frontiers, New Challenges), Jackson, Vicki C.; Tushnet, Mark (Hrsg.), 2017, 75.
- Weiler/Lustig*: Judicial Review in the Contemporary World—Retrospective and Prospective, in: International Journal of Constitutional Law 2018, 315.

- Weinrib*: When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality, in: *Ratio Juris* 2017, 341.
- Weiß*: Buchbesprechung zu: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung. Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, in: *AöR* 2009, 619.
- Wekel*: Perspektiven zum Kommensurabilitätsproblem aus utilitaristischer Sicht, in: *RPhZ* 2018, 78.
- Wendt*: Moralische Forderungen und Relativismus, in: *DZPhil* 2018, 653.
- Wenmackers/Romeijn*: New Theory about Old Evidence, in: *Synthese* 2016, 1225.
- Werner*: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 9, De Gruyter Oldenbourg Verlag, München 2010.
- Wesche*: Recht und Diskurs, in: *ARSP* 1996, 586.
- Wessels/Beulke/Satzger*: Strafrecht - Allgemeiner Teil, 48. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2018.
- Windisch*: "Abwägung": Total, formal oder strukturiert?, in: *Rechtstheorie* 2013, 61.
- Windisch*: „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion, in: "Abwägung" (Herausforderung für eine Theorie der Praxis), Müller, Friedrich; Mastronardi, Philippe (Hrsg.), Berlin 2014, 19.
- Winkler*: Der "additive Grundrechtseingriff": Eine adäquate Beschreibung kumulierender Belastungen?, in: *JA* 2014, 881.
- Winkler*: Weimar 1918-1933, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck Verlag, München 2018.
- Worsnip*: Possibly false Knowledge, in: *The Journal of Philosophy* 2015, 225.
- Wray*: Success and Truth in the Realism/Anti-realism Debate, in: *Synthese* 2013, 1719.
- Wray*: A New Twist to the No Miracles Argument for the Success of Science, in: *Studies in History and Philosophy of Science* 2018, 86.
- Würtenberger*: Zeitgeist und Recht, 2. Aufl., Mohr Verlag, Tübingen 1991.
- Yowell*: Constitutional Rights and Constitutional Design, Bloomsbury Publishing PLC Verlag, London 2018.
- Zaluski*: Remarks on Giovanni Sartor's Paper, The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes, in: *German Law Journal* 2013, 1457.
- Zamora-Bonilla*: Truthlikeness, Rationality and scientific Method, in: *Synthese* 2000, 321.
- Zamora-Bonilla*: Why are Good Theories Good?, in: *Synthese* 2013, 1533.
- Zeman*: Karl Popper and Hans Albert — The Broad Scope of Critical Rationalism, in: *Rethinking Popper*, Parusniková, Zuzana; Cohen, Robert S. (Hrsg.), Berlin 2009,
- Ziegenaus*: Indizienkette kann Zweifel an zuverlässiger automatisierter Ermittlung von IP-Adressen in Filesharing-Fällen überwinden, in: *GRUR-Prax* 2010, 417.
- Zippelius*: Die experimentierende Methode im Recht, Akademie der Wissenschaften und der Literatur; F. Steiner Verlag, Mainz, Stuttgart 1991.
- Zippelius*: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Duncker und Humblot Verlag, Berlin 1996.
- Zucca*: Constitutional Dilemmas, 1. Aufl., Oxford Univ. Press Verlag, Oxford 2008.