

Christopher Wekel

Rechtssichere Gewichtung
von Eingriff und Rechtfertigung
in der verfassungsrechtlichen Abwägung



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 73

Christopher Wekel

Rechtssichere Gewichtung
von Eingriff und Rechtfertigung
in der verfassungsrechtlichen Abwägung



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Graz, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6567-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-0684-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Rechtssicherheit im Sinne einer berechenbaren Rechtsanwendung ist gewiss kein Selbstzweck, sondern zählt eher zu den Sekundärtugenden einer Rechtsordnung. Sie wirkt deshalb mitunter vernachlässigbar im Verhältnis zu kodifizierten materiellen Leitprinzipien wie dem der Menschenwürde oder zu nicht explizit positivierten Idealen materieller Richtigkeit oder Gerechtigkeit.

Und doch sind Methoden mit berechenbaren Anwendungsergebnissen stets eine notwendige Bedingung, damit das tatsächlich adjudizierte Recht überhaupt irgendein Ziel erwartungssicher realisieren kann – sei es nun aus positiven Normen entnehmbar oder auf außerjuridische Erwägungen gestützt. Positivistischen wie non-positivistischen Zielsetzungen dürfte es daher gleichermaßen dienlich sein, rechtssichere Methoden zu entwickeln, um eine wie auch immer geartete Rechtsordnung im konkreten Gerichtsfall zuverlässig zur Geltung zu bringen.

Diesem Ziel verschreibt sich die vorliegende Abhandlung bezüglich des Gewichtungsverfahrens innerhalb der grundrechtlichen Abwägung. Dabei verstehe ich die Untersuchung persönlich als akademisches Gesellenstück, also als ersten eigenen umfangreicheren Beitrag zur Rechtswissenschaft.

Dessen Ausarbeitung wäre nicht möglich gewesen ohne die Unterstützung etlicher Menschen, die mich bei der Promotion begleitet haben. Zwar fehlt zur umfassenden namentlichen Erwähnung hier der Raum. Dennoch möchte ich all jenen meine tiefe Verbundenheit versichern, die mir im fachlichen Austausch oder auf sonstige Weise geholfen haben, die Monografie zu verfassen.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Professor Matthias Klatt, der sich des Vorhabens frühzeitig annahm und es ganz ausgezeichnet betreut hat. Seine beständigen kritisch-konstruktiven Ratschläge haben der Abhandlung entschieden den Weg bereitet. Ebenfalls nützlich waren die zusätzlichen Anregungen, die er und mein Zweitbetreuer Herr Professor Christoph Bezemek im Nachgang der Fertigstellung der Dissertation geäußert haben; gerne habe ich diese vor Drucklegung noch berücksichtigt.

Vorwort

Auch über die Publikation hinaus betrachte ich die in der Monografie entworfene Theorie eines rechtssichereren Gewichtungsmodells als entwicklungs offen und freue mich darauf, sie im Zuge der fachlichen Diskussion weiter zu schärfen.

Hamburg, im Januar 2020

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	15
I. Ausgangsüberlegung	15
II. Untersuchungsfrage	19
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	21
IV. Untersuchungsrelevanz	23
1. Theoretische Bedeutung	23
2. Praktische Bedeutung	28
V. Prämissen	30
VI. Untersuchungsaufbau	31
Kapitel 2: Maßstab für die Rechtssicherheit der Normanwendung	33
I. Orientierung	33
II. Vorgaben der Verfassungsdogmatik	36
1. Orientierung	36
2. Abstrakte Vorgabe des Rechtssicherheitsgebots	37
3. Konkrete Vorgaben des Rechtssicherheitsgebots	42
a. Orientierung	42
b. Harte Vorgaben	43
c. Weiche Vorgaben	46
aa. Rechtssicherheitsgrundsatz als nicht sanktionsbewehrtes Finalprogramm	46
bb. Grenze des gebotenen Optimums	50
4. Zwischenergebnis	53
III. Konkretisierung	54
1. Orientierung	54
2. Diskurstheorie	55
a. Orientierung	55
b. Habermas' Anwendungsdiskurs	57
aa. Darstellung	57
bb. Kritik	58
c. Alexys juristischer Diskurs	60
aa. Darstellung	60

bb. Kritikpunkte	63
(a) Unnötiger Moralbezug zulässiger Normanwendung	63
(aa) Orientierung	63
(bb) Grenzen der ideellen Dimension des Rechts	63
(cc) Untauglichkeit der Diskurstheorie zur Moralerkenntnis	67
(dd) Zwischenergebnis	73
(b) Mangelnde Praktikabilität	74
(c) Wertrelativismus	78
d. Zwischenergebnis	82
3. Übertragbarkeit wissenschaftstheoretischer Maßstäbe	83
a. Orientierung	83
b. Ermittlung relevanter wissenschaftstheoretischer Prognosemodelle	84
aa. Verortung der Methodendiskussion innerhalb der Wissenschaftstheorie	84
bb. Standpunkte innerhalb der wissenschaftstheoretischen Methodendiskussion	89
c. Anwendungsbereich	93
d. Hürden einer Übertragbarkeit	94
aa. Orientierung	94
bb. Wertgehalt juristischer Hypothesen	95
cc. Recht als subjektive Setzung	98
dd. Recht als Teil der ‚Welt 3‘	101
ee. Unmessbarkeit der Leistungsfähigkeit wissenschaftstheoretischer Modelle?	102
e. Zwischenergebnis	105
4. Wissenschaftstheoretische Prognosemodelle	107
a. Orientierung	107
b. Induktivismus	110
aa. Orientierung	110
bb. Klassischer Induktivismus	112
(a) Darstellung	112
(b) Kritik	113
cc. Kohärentismus	118
(a) Darstellung	118
(b) Kritik	119
dd. Probabilismus	122
(a) Darstellung	122

(b) Kritik	125
ee. Zwischenergebnis	130
c. Kritischer Rationalismus	132
aa. Orientierung	132
bb. Darstellung	133
(a) Grundzüge	133
(b) Falsifikationsgründe	135
(c) Falsifikationsgegenstände	137
cc. Kritikpunkte	139
(a) Setzungen des kritischen Rationalismus	139
(b) ‘Preface Paradox’	141
(c) Ungewissheit der Wahrheitsannäherung	142
(d) Problem der Beibehaltung falsifizierter Hypothesen	151
(e) Problem des Untermaßes	153
dd. Zwischenergebnis	155
IV. Kapitelergebnis	158
Kapitel 3: Verortung der Gewichtung innerhalb der Abwägung	164
I. Orientierung	164
1. Bedeutung der Vorüberlegung	164
2. Vorgehensweise	169
II. Oberstruktur der Grundrechtsanwendung	171
1. Orientierung	171
2. Vorstellung der Modelle	172
a. Orientierung	172
b. Auslegungsbasierte Subsumtionsmodelle	173
aa. Entstehungsgeschichtliche Eingrenzung der Schutzbereiche	176
bb. Systematische Eingrenzung der Schutzbereiche	177
cc. Teleologische Eingrenzung der Schutzbereiche	178
dd. Moralische Eingrenzung der Schutzbereiche	179
ee. Teleologische Reduktion der Grundrechtsgeltung	180
ff. Schutz nur vor Eingriffen in den Kernbereich	181
gg. Schutz nur vor Eingriffen mit Alternativen	182
c. Alternative Modelle	183
aa. Abwägungsmodelle der Kieler Schule	184
(a) Vorgänger	184
(b) Alexys Gewichtsformel	185

(c) Sieckmanns diskursive Variante	188
bb. Organisationsbasierter Ansatz	190
cc. Präjudiziengestützte Methode	191
3. Verfassungskonformität der Modelle	194
a. Orientierung	194
b. Vereinbarkeit mit der Grundrechtsstruktur	196
aa. Besonderheiten der Normstruktur	197
(a) Grundrechte als Optimierungsgebote	197
(b) Grundrechte als ideales Sollen	200
(c) Fehlende Vorentscheidung von Interessenskonflikten	201
(d) Ausnahmslose Geltung (fehlende ‚Defeasibility‘)	201
(e) Unterbestimmtheit (‚Genericity‘)	202
(f) Zwischenergebnis	209
bb. Konsequenzen der Besonderheit	210
(a) Verfassungsincompatibilität auslegungsbasierter Subsumtionsmodelle	210
(b) Abwägung als natürliche Normanwendungsmethode?	212
c. Vereinbarkeit mit dem Kernbereichsschutz	212
aa. Inhalt	212
bb. Konsequenzen für die Modelle	214
(a) Präjudiziengestützte Methode	214
(b) Organisationsbasierter Ansatz	215
(c) Alexys Abwägungsmodell	217
(d) Sonstige Modelle	219
d. Zwischenergebnis	219
4. Rechtssicherheit der Modelle	220
a. Orientierung	220
b. Defizite des moralischen Subsumtionsmodells	222
c. Defizite des diskursiven Abwägungsmodells	223
d. Defizite des präjudiziengestützten Modells	224
e. Alexys Gewichtsformel	226
f. Zwischenergebnis	228
5. Zwischenergebnis	229
III. Unterstruktur der Grundrechtsanwendung	231
1. Orientierung	231
2. Aufbau der Unterstruktur	232
3. Definition der Schutzbereiche und legitimen Zwecke	238
a. Orientierung	238

b.	Grundsatz zur Definition von Verfassungsgütern	240
c.	Umgang mit der Schrankensystematik	241
aa.	Verfassungsrecht zweiten Ranges	242
bb.	Verfassungsrecht ersten Ranges	244
d.	Abgrenzung erstrangiger Verfassungsnormen untereinander	246
e.	Einwände gegen die Rechtssicherheit	248
aa.	Kontextabhängigkeit des Wortlautarguments	248
bb.	Beliebige Neuschöpfung von Rechtfertigungsgründen	251
cc.	Beliebige Neuschöpfung von Grundrechten	254
dd.	Überlastung des BVerfG	256
f.	Zwischenergebnis	257
4.	Definition von Eingriff und Eingriffswirkung	259
a.	Orientierung	259
b.	Eingriff	260
aa.	Grundbegriff	260
bb.	Mehrere Adressaten	261
cc.	Additive Grundrechtseingriffe	261
c.	Eingriffswirkung	266
d.	Zwischenergebnis	270
5.	Zwischenergebnis	271
IV.	Kapitelergbnis	274
	Kapitel 4: Rechtssichere Gewichtung	276
I.	Orientierung	276
II.	Rechtssicherheit bestehender Gewichtungsmodele	280
1.	Orientierung	280
2.	Diskursives Modell	282
a.	Orientierung	282
b.	Darstellung	283
aa.	Grundzüge	283
bb.	Variationen	288
c.	Kritikpunkte	291
aa.	Unklare Bezugspunkte der Gewichtsskala	292
(a)	Falsifizierendes Beispiel	292
(b)	Tragweite des Problems	294
(c)	Hypothesenkorrektur	298
bb.	Zuweisung von Gewichtungen in Grenzfällen	301
(a)	Falsifizierendes Beispiel	301

(b)	Tragweite des Problems	302
(c)	Hypothesenkorrektur	310
cc.	Gesonderte Gewichtung abstrakter Bedeutungen	312
(a)	Falsifizierendes Beispiel	312
(b)	Tragweite des Problems	317
(c)	Hypothesenkorrektur	317
dd.	Gesonderte Gewichtung empirischer Wahrscheinlichkeiten	318
(a)	Falsifizierendes Beispiel	318
(b)	Tragweite des Problems	319
(c)	Hypothesenkorrektur	320
d.	Zwischenergebnis	322
3.	Präjudizienbasiertes Modell	325
a.	Orientierung	325
b.	Darstellung	326
c.	Kritikpunkte	327
aa.	Unübersichtlichkeit relevanter Präjudizien	327
bb.	Unzureichende richterliche Regelsetzung	328
d.	Zwischenergebnis	329
4.	Demoskopisches Modell	330
a.	Orientierung	330
b.	Darstellung	331
c.	Kritik	332
d.	Zwischenergebnis	333
5.	Zwischenergebnis	333
III.	Funktionale Gewichtungsmethode	336
1.	Orientierung	336
2.	Darstellung	338
a.	Zu gewichtende Einzelelemente	338
aa.	Teilkomponenten der Grundrechtsbeeinträchtigung	338
bb.	Teilkomponenten der Rechtfertigung	341
b.	Skalenwerte	343
aa.	Grade der Grundrechtsbeeinträchtigung	343
bb.	Grade der Rechtfertigung	346
c.	Gewichtszumessung auf Seiten der Grundrechtsbeeinträchtigung	349
aa.	Einordnung der Dauer	350
bb.	Einordnung der Eingriffsintensitäten	351
(a)	Kritisch-rationale Intervallmessung	351

(b) Berücksichtigung intensitätsrelevanter Sonderumstände	360
d. Gewichtszumessung auf Seiten der Rechtfertigung	363
e. Auflösung von Pattsituationen in der Oberstruktur	368
f. Zusammenfassung	368
3. Kritische Überprüfung	371
a. Orientierung	371
b. Beliebigkeit der Referenzpunkte auf den Skalen der Gewichtswerte?	372
c. Manipulierbarkeit der Gewichtszumessung wegen subjektiver Bezugspunkte?	373
aa. Subjektive Bemessung der Beeinträchtigungsschwere	374
bb. ‚Haarspalterei‘ bei Intervallmessung	375
cc. Beliebige Wahl des Ziels durch den Gesetzgeber	376
d. Vernachlässigung abstrakter Gewichte?	377
e. Intransparenz im Umgang mit epistemischen Gewissheitsgraden?	379
f. Bloß mittelschwere Einstufung gravierender punktueller Eingriffe?	379
g. Dürfen schwere Eingriffe kategorisch als Grundrechtverletzung gelten?	381
h. Zwischenergebnis	382
4. Gewichtung in Fallbeispielen	384
a. Orientierung	384
b. Lebach-Urteil	385
c. Cannabis-Beschluss	391
d. Titanic-Urteil	393
e. Rasterfahndung-II-Entscheidung	397
f. Auswertung	402
IV. Kapitelergbnis	404
Kapitel 5: Ergebnisse	411
I. Orientierung	411
II. Zum Maßstab der Rechtssicherheit	411
III. Zur Verortung des Gewichtungsverfahrens in der Abwägung	414
IV. Zur rechtssicheren Gewichtung	416
V. Einordnung	420

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

425

Kapitel 1: Einleitung

I. Ausgangsüberlegung

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

Und doch misslingt es eben jener Abwägung, die abzuwägenden Güter rechtssicher zu gewichten – obwohl die Verfassung 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 Gewichtungentscheidungen 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

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.

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 hinsichtlich ihrer Rechtssicherheit noch *verbesserungswürdig*.

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 schon ein kurzer Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte 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 Grundrechts-

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 Ervägungen 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.

konformität 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

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

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

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

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

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 derart, 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 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 Entstehungsgeschichte 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,

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.

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.

auf den die hergebrachten juristischen Handwerkszeuge nicht mehr passen.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 bis zur Vervollkommnung erst noch 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.

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

23 Vgl. *Bombhoff*: *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.

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 eine der wenigen Größen, die eindeutig im Verfassungsrecht positiviert sind 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

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.

einer Methode, die diesem Gebot weitreichender genügt als ihre Alternativen. Ein solches Gewichtungsverfahren zu finden, ist deshalb das Ziel der Abhandlung.

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}

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.; *Schubert*, in: JZ 2008, 603, 604.

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

4. Um die Rechtssicherheit des Gewichtungsverfahrens zu erproben, betrachtet es die Arbeit hauptsächlich in Kollisionslagen zwischen der **Abwehrdimension von Freiheitsrechten** und kollidierenden 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 Gewichtungungsverfahren 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 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 Verfas-

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

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.

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

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.

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

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

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.

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 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 Urteilskontrolle 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 definitionologisch keinerlei Vorentscheidungen Orientierung stiften.⁶⁰ Zumindest in solchen Konstellationen stellt sich daher unverändert die Herausforderung, Grundrechte nach einer Methode anzuwenden, die eine Ge-

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

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.

richtsentscheidung auch ohne Vorfestlegung hinreichend rechtssicher gestaltet.

Schon die verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangen also nach einem zuverlässigen Abwägungsmodell einschließlich geeignetem Gewichtungungsverfahren. 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 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 ins-

61 BVerfGE 133, 143, 158.

62 Siehe *Arnauld*: 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.

besondere 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 Einschränkend 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 vorschreitet, desto eher realisieren sich die 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

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.

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

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 gewissermaßen als ‚soft law‘ zu beherzigen und stets die rechtssicherste Methode zur Norman-

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.

wendung 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 über-

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.

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

Gelingt der 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 empfohlen: Anders als die meisten Abwägungstheorien unterstellt die Untersuchung nicht von vornherein den Prinzipiencharakter der Grundrech-

81 Siehe nur die Online-Portale wie www.flightright.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.

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

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

te, 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, werden diese an entsprechender Stelle begründet eingeführt.

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 Orientie-

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

rungspunkte 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 vorgeht 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 en passant 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 womöglich mehr, als bloß einige zurückhaltende 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 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.

Verkürzt 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

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.

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 liefe 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.

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.

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 entwicklungs offene 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 Beliebbarkeit 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 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

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

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 zusätzlich weniger verbindlich empfiehlt.

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.

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 ‚soft law‘-artigen, nicht unmittelbar sanktionbewehrten Anforderungen das Rechtssicherheitsgebot an den verfassungsmäßig angestrebten Grad an Zuverlässigkeit der Normanwendung stellt. 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

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

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

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 (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 der Vorhersehbarkeit und andererseits in der Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen.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 dabei konsequenterweise, Nor-

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.

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.

men insgesamt nach einer Methode anzuwenden, deren materiellrechtliches Ergebnis sich antizipieren und rekonstruieren lässt.

Berechenbar müssen sich in diesem Sinne 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 allgemein 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 der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit seine Vorgaben richtet.

Im Rahmen des Rechtssicherheitsanfordernisses verstehen sich die besagten Gebote als eher ‚technische‘ Anforderungen ohne zwingenden moralisch aufgeladenen Zusatzgehalt: Sie verlangen, dass der Normadressat zu einem nachstehend noch zu bestimmenden Grad erfassen kann, wie ein Gericht wahrscheinlich entscheiden wird oder warum es sich in gewisser Weise entschieden hat. Dass der Betrachter darüber hinaus die moralischen Beweggründe hinter einer Normanwendung mit- oder nachempfinden kann, fordert jedenfalls das Rechtssicherheitsgebot dagegen nicht.¹⁰⁶

Sofern ersichtlich, klärt die Verfassungsdogmatik allerdings nicht die nähere Definition von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit und auch nicht das Verhältnis zwischen ihnen.¹⁰⁷ Instruktiv im Hinblick auf ihre Beziehung zueinander scheint indes die auf *Lubmann* zurückgehende Differenzierung zwischen den Dimensionen der Herstellung und Darstellung einer Entscheidung.¹⁰⁸

Orientiert an diesem Modell 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 materielle Überprüfung nämlich nur an Begründungsmängeln.

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 Siehe *Arnauld*: Rechtssicherheit, 2006, S. 118f. m.w.N.

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

108 Siehe *Lubmann*: Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 51ff.; vgl. auch Siehe *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, 677, 700ff.

Der Herstellungsprozess lässt sich retrospektiv hingegen nicht unmittelbar einsehen.¹⁰⁹ Dennoch bestimmt sich vornehmlich nach diesem, ob die Vorhersage einer Entscheidung sich als zutreffend erweist. Ihre Herstellung mögen jedoch zuweilen gerade Erwägungen zustande bringen, die die Begründung in der nachträglichen Darstellung verschweigt.¹¹⁰

Man mag wegen dieses Auseinanderfallens von Herstellung und Darstellung befürchten, dass die Vorhersehbarkeit und die Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen kaum korrelieren und sogar in Widerspruch treten können. Die Prüfung der Rechtssicherheit einer Methode würde dadurch mangels eines einheitlichen Kriteriums merklich erschwert.

Wer als Entscheidungsträger nicht die Angreifbarkeit seiner Entscheidung riskieren will, muss gleichwohl schon bei deren Herstellung ihre spätere Darstellbarkeit mitbedenken.¹¹¹ *Hoffmann-Riem* spricht insofern von der „Darstellungsorientierung“¹¹² der Herstellung. Das damit einhergehende „Kontrollprogramm“ in der Herstellung bzw. die Bemühung um die „Rechtfertigungsfähigkeit“ der Entscheidung diszipliniert deren Erzeugung und macht sie berechenbarer.¹¹³

Dies bedeutet freilich nicht, dass sich die tragenden Erwägungen der Herstellung und Darstellung stets vollständig oder auch nur überwiegend decken.¹¹⁴

Richtig dürfte aber sein, dass jedenfalls eine sehr vorhersehbare Herstellungsweise zugleich die Darstellung von Entscheidungen erleichtert und damit ihre Nachvollziehbarkeit begünstigt.¹¹⁵ Denn je engere Leitplanken das Anwendungsverfahren dem Herstellungsprozess setzt und je weiter es diesen berechenbar gestaltet, desto nachvollziehbarer kann eine Entscheidung üblicherweise auch begründet werden:¹¹⁶ Wo die der Herstellung zugrunde gelegte Methode den Entscheidungsspielraum bewusst einengt, gestaltet dies die Wahl einer Normanwendungsvariante anstelle der denkbaren Alternativen also nicht bloß vorhersehbarer. Ebenso legt dieses Verfah-

109 Vgl. *Sobota*: Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 13ff.

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

111 Vgl. *Sobota*: Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 13ff.

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

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

114 Vgl. *Sobota*: Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 13ff.

115 Vgl. *Sobota*: Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 119f., 147f.

116 Vgl. *Hofmann*: Abwägung im Recht, 2007, S. 110.

ren eine stimmige Begründung einer Entscheidung nahe und erhöht so tendenziell ihre Nachvollziehbarkeit.¹¹⁷

Grundsätzlich gilt daher: Je strenger die für eine Entscheidung zur Normanwendung maßgebliche Methode, desto vorhersehbarer die Herstellung im Vorfeld und desto nachvollziehbarer die Darstellung im Nachgang.¹¹⁸ Je weiter eine Methode Wertungsspielräume in der Herstellung verengt, desto gebotener wird eine Entscheidung innerhalb der durch das Verfahren vorgegebenen Grenzen und zugleich desto vorhersehbarer und nachvollziehbarer.

Wegen dieser Beziehung der zwei Einzelanforderungen der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit scheint es sachgerecht, beide durch Methoden erfüllt zu sehen, die Entscheidungen streng genug vorzeichnen, damit sie hinreichend antizipierbar und nachträglich ausreichend erklärbar ausfallen. Eine weitere Wechselbezüglichkeit der beiden Vorgaben soll und muss nicht nachgewiesen werden. Schon das oben skizzierte Verhältnis legt nämlich nahe, dass der hier zu präzisierende Maßstab der Rechtssicherheit mit den Geboten der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit keine konfligierenden Vorgaben trifft. Stattdessen kann ein Normanwendungsverfahren ihnen gleichermaßen entgegenkommen: Die Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit werden umso weiter begünstigt, je enger die maßgebliche Methode Wertungsspielräume eingrenzt und die Entscheidungsfindung zügelt. Mit dieser Leistungsfähigkeit einer Methode steht und fällt die Berechenbarkeit der Normanwendung und schlussendlich ihre Rechtssicherheit.¹¹⁹

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 Beziehung der Teilvorgaben des Rechtssicherheitsgebots im oben beschriebenen Sinne zu begreifen. Bis auf Weiteres darf das hiesige Verständnis somit wenigstens als verfassungskompatibel gelten. Mangels alternativer Deutungsangebote wird es deshalb der Abhandlung zugrunde gelegt.

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

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

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

Dies reduziert im Übrigen die Komplexität der Untersuchung. Denn wenn die materielle Rechtssicherheit der Normanwendung von zwei teilweise verwandten Anforderungen abhängt, kann ihr Verwirklichungsgrad nach einem einzelnen Kriterium bestimmt werden: der Vorhersehbarkeit, die gleichsam das Nachvollziehen zumindest dann erleichtert, wenn ihre Bedingung einer hinreichend strengen methodischen Führung der Entscheidungsfindung erfüllt ist. Spricht die Untersuchung also wahlweise von intersubjektiver Nachvollziehbarkeit oder Vorhersehbarkeit, so meint dies im Folgenden auch das antizipierende bzw. retrospektive Gegenstück.

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 teilweise verwandte Eigenschaften. Sie stehen insoweit in Beziehung zueinander, als beide davon abhängen, wie streng methodische Vorgaben die Anwendungsentscheidung vorzeichnen. 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*“¹²⁰ richten.¹²¹ Solche weichen Gebote zählen zwar ebenfalls zur verbindlichen Rechtsordnung. Sie grenzen sich aber von harten Vorgaben dadurch ab, dass ihre Verletzung für sich allein genommen noch keine Rechtsfolge wie die Kassation eines Urteilspruchs riskiert.

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*.¹²² 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.¹²³ Daher gilt: „*Methodenfragen sind Verfassungsfragen*“¹²⁴.

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 Rügeverkümmernung: Die Verfassungsvorgaben diktieren, dass die Rechtsanwendung immer dort dem Willen des Gesetzgebers folgt, wo dieser erkennbar zu Tage tritt.¹²⁵ Schließlich müsse die Gesetzesbindung

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

121 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.

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

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

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

125 Siehe BVerfGE 122, 248, 282ff.

wenigstens so weit reichen, um der demokratisch gewählten Volksvertretung gegenüber bloßer richterlicher Rechtssetzung angemessene Geltung zu verleihen.¹²⁶

Bereits eingangs bemerkte das Kapitel indes, dass zumindest Verfassungsnormen in den seltensten Fällen bereits eine evidente oder verfassungsdogmatisch abschließend geklärte Bedeutung aufdrängen.¹²⁷ Stattdessen ist der Gehalt des Verfassungstextes zunächst vielerorts umstritten, sodass dem Rechtsanwender erhebliche Spielräume verbleiben.¹²⁸ Klatt/Schmidt bezeichnen solche deshalb gerade mit Blick auf das Grundgesetz sogar als wesensimmanente „*ubiquitäre Eigenschaften von Recht*“¹²⁹. Pointiert erkennt ferner Hillgruber: „*Die Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit der Rechtsnormen erweist sich (...) als offene Flanke ihres objektiven Geltungsanspruchs*“¹³⁰.

Tiefgreifende Begrenzungen erfahren diese Spielräume auch nicht schon durch die harte Verfassungsvorgabe des Willkürverbots. Dieses erklärt eine denkbare Normanwendungsvariante aus Gründen der Rechtssicherheit nämlich erst für unzulässig, wenn ihre Auswahl auf bloßer Willkür beruht. 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*“¹³¹.

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 diese harte verfassungsrechtliche Anforderung verletzt wird. Die mit dem Willkürverbot kompatible Prognoseunsicherheit in der Normanwendung ist mithin beträchtlich.¹³²

Näher einzugrenzen, für welche vertretbare Normanwendung sich ein Gericht entscheiden darf, erfordert folglich einen höheren Standard an

126 Vgl. Gruschke, in: Rechtstheorie 2010, 35, 51; Rütters, in: Rechtstheorie 2009, 253, 271.

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

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

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

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

131 BVerfG, NJW 2000, 273 m.w.N.

132 Vgl. Arnauld: Rechtssicherheit, 2006, S. 677ff., 690 m.w.N.

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 Präjudizienbindung¹³³. Auf ihre Bedeutung für die Vorhersehbarkeit der Normanwendung hat deshalb unter anderem *von Arnould* hingewiesen.¹³⁴ 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-¹³⁵ und völkerrechtliche Vorschriften¹³⁶ und seine eigenen früheren Entscheidungen¹³⁷:

Zwar entfaltet die internationale Rechtsprechung „*zumindest faktische Präzedenzwirkung*“¹³⁸. Zugleich gebietet sie aber nur selten eine bestimmte Entscheidungsvariante für Verfassungsnormen, zumal die deutsche Verfassungsdogmatik Grundrechten meist stärkere Schutzpositionen zumisst, als supranationale Standards sie erfordern.¹³⁹

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,¹⁴⁰ verwarf es kürzlich bereits weit harmlosere Ungleichbehandlungen wie die Verweigerung des Ehegattensplittings als verfassungswidrig¹⁴¹.

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,

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

134 Siehe *Arnould*: Rechtssicherheit, 2006, S. 394.

135 Vgl. BVerfGE 73, 339.

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

137 Vgl. *Effer-Ube*: Die Bindungswirkung von Präjudizien, 2008, S. 27ff.

138 BVerfGE 128, 326, 366.

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

140 Siehe BVerfGE 6, 389.

141 Siehe BVerfGE 133, 377.