Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

73

Christopher Wekel

Rechtssichere Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung in der verfassungsrechtlichen Abwägung

Nomos

https://www.nomos-shop.de/44499

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

https://www.nomos-shop.de/44499

Christopher Wekel

Rechtssichere Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung in der verfassungsrechtlichen Abwägung

Nomos

https://www.nomos-shop.de/44499

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.

https://www.nomos-shop.de/44499

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.

https://www.nomos-shop.de/44499

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

Hamburg, im Januar 2020

https://www.nomos-shop.de/44499

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

https://www.nomos-shop.de/44499

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

https://www.nomos-shop.de/44499

(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

https://www.nomos-shop.de/44499

(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) Verfassungsinkompatibilität 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

https://www.nomos-shop.de/44499

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. Kapitelergebnis 274

Kapitel 4: Rechtssichere Gewichtung 276

I. Orientierung 276

II. Rechtssicherheit bestehender Gewichtungsmodelle 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

https://www.nomos-shop.de/44499

(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

https://www.nomos-shop.de/44499

(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. Kapitelergebnis 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

https://www.nomos-shop.de/44499

Literaturverzeichnis 425