

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 3

THORSTEN KINGREEN

Woher weißt Du das?

Eine Selbstbefragung
in verfassungsrechtspraktischer Absicht



Duncker & Humblot · Berlin

KINGREEN

Woher weißt Du das?

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 3

Woher weißt Du das?

Eine Selbstbefragung
in verfassungsrechtspraktischer Absicht

Von

Thorsten Kingreen



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-19112-3 (Print)

ISBN 978-3-428-59112-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Zweifel andeutende Selbstbefragung „Woher weißt Du das?“ mag gerade etwas aus der Zeit gefallen sein: aus einer Zeit, in der der Wunsch nach einfachen Gewissheiten zunimmt, während die Bereitschaft, sich auf das Gedankenexperiment einzulassen, dass vermeintlich Gewisses ungewiss werden könnte, dass andere auch ein bisschen Recht haben könnten oder man etwas einfach nicht weiß, eher abnimmt.

Die Verfassungsrechtswissenschaft bedient mit der Verbreitung von Gewissheiten das Bedürfnis nach wissenschaftsinterner Selbstbehauptung und manchmal auch nach wissenschaftsexterner Erwartungshaltung. Von ihren Publikationen werden ebenso wie von Rechtsgutachten und Schriftsätzen eindeutige Ergebnisse und klare Handlungsanweisungen erwartet, aber nicht nagende Zweifel und ergebnisoffene Gegenfragen. Schon aus institutionellen Gründen keine Zweifel artikulieren darf das Bundesverfassungsgericht. Seine Entscheidungen sind gesetzt und teilweise sogar Gesetz (vgl. §31 Abs.2 BVerfGG). Wer daher gefragt wird, woher er verfassungsrechtlich etwas weiß, verweist in Deutschland früher oder später auf die Autorität der Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts.

Das war nicht immer so, und der Hinweis auf Karlsruhe befriedigt das Interesse an verfassungsrechtlicher Gewissheit auch nur vordergründig. Verfassungsgerichtsentscheidungen ergehen nur äußerlich frei von Zweifeln, lassen ihre Adressaten aber meist nicht am senatsinternen Ringen um verfassungsrechtliche Gewissheiten teilhaben. Schon gar nicht vermitteln sie Gewissheit für zukünftige Fälle. Dafür gibt es allerlei Gründe, die in dem nachfolgenden Text näher behandelt werden: das in Deutschland wenig reflektierte Verhältnis zwischen dem konkreten Sachverhalt und den abstrakten Prüfungsmaßstäben, deren unzureichender Kontextualisierung und das daraus folgende methodische Transferproblem auf neue Sachverhalte. Besonders herausfordernd sind Entscheidungen, die frühere Gewissheiten implizit oder, eher selten, explizit für obsolet erklären (müssen).

Anstöße für diesen Text gab es schon lange einige. Konstitutiv war schließlich ein reger Austausch mit meinem Bonner Kollegen Prof. Dr. Heiko Sauer: zunächst über die Verfassungsfragen der Flüchtlingskrise 2015/16, in deren Beurteilung wir übereinstimmten, und dann über die Coronakrise, deren Bewältigung wir auch verfassungsrechtlich teilweise unterschiedlich bewertet haben. Unsere Diskussionen mündeten schließlich in einer Einladung zu den „verfassungstheoretischen Gesprächen Bochum-Bonn“, die ich schon im Hinblick auf den fachlich bereichernden wie persönlich wertschätzenden Austausch gerne angenommen habe.

So ist der vorliegende Text die Schriftfassung eines Vortrags, den ich am 2. Februar 2023 an der Universität Bonn gehalten habe. Ich danke neben Heiko Sauer und seinem Team vor allem Prof. Dr. Julian Krüper (Bochum) für die nette Einladung und den herzlichen Empfang in Bonn; ferner den vielen Zuhörenden, die sich bereitgefunden haben, sich an meiner Selbstbefragung zu beteiligen.

Dank schulde ich Julian Krüper und Heiko Sauer auch für die Aufnahme des Textes in die Schriftenreihe „Verfassungstheoretische Gespräche“ und für die hervorragende Kooperation bei der Vorbereitung der Publikation. In diesen Dank schließe ich auch den Verlag Duncker & Humblot gerne ein. Insbesondere danke ich Frau Norina Stefan vom Verlag sehr herzlich für das umsichtige Lektorat.

Meine Mitarbeiter Georg Freiß und Zachariasz Hussendörfer haben den Text nicht nur vollständig gelesen und seine redaktionelle Überarbeitung organisiert, sondern in Diskussionen auch viele wertvolle Hinweise gegeben, die den Text besser gemacht haben. Besonders hervorheben möchte ich auch das Engagement meiner Mitarbeiterin Sabina Schmidt, die den gesamten Text sehr akribisch inhaltlich wie formal Korrektur gelesen hat. Sehr dankbar bin ich Luisa Effenberger, Sanaina Hocke und Karolin Kollmuss dafür, dass sie die undankbare Aufgabe der Fußnotenkontrolle und der Erstellung des Literaturverzeichnisses übernommen haben.

Regensburg, 4. Februar 2024

Thorsten Kingreen

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlegung	11
I. Das Prinzip Augenthaler	11
II. Recht banal: Ein Ausgangsfall für die Ausgangsfrage	13
III. Grundannahmen	17
1. Spezifische Textur von Verfassungsnormen	17
2. Die Methoden- als Kompetenzfrage	19
3. Verfassungsrechtsprechung als Rechtserkenntnisquelle	21
IV. Mögliches Präjudiz für den Ausgangsfall: BVerfGE 103, 242 (2001)	26
B. Fallstudie im Verfassungsvergleich	28
I. Fall oder Maßstab? Bezugspunkte der Rezeption von Präjudizien ...	28
II. Das Recht des Schwangerschaftsabbruchs in der verfassungsgerichtlichen Kontroverse	30
1. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1975–1993)	31
a) Unterscheidung zwischen Maßstabs- und Subsumtionsteil ..	32
b) BVerfGE 39, 1 (1975)	35
aa) Maßstabsteil	35
bb) Subsumtionsteil	37
c) BVerfGE 88, 203 (1993)	38
aa) Kernaussagen	38
bb) Abweichung von der Vorgängerentscheidung: Anderer Maßstab oder anderer Fall?	39
(1) Maßstabsteil	39
(2) Subsumtionsteil	41
2. Die Judikatur des U. S. Supreme Court (1973 – 1992 – 2022) ..	45
a) Vorbemerkung: „Original Intent“ oder „Living Constitution“?	46
b) Roe vs. Wade (1973)	48

c) Planned Parenthood vs. Casey (1992)	51
d) Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization (2022) ...	55
III. Zwischenbilanz	60
C. Maßstäbe und Fälle	64
I. Karlsruher Klassiker	65
1. Verfassungsnormorientierte Maßstabstexte	66
a) BVerfGE 2, 1 (1952) und 5, 85 (1956) – Parteiverbote ...	66
b) BVerfGE 6, 32 (1957) – Elfes	67
c) BVerfGE 8, 51 (1958) – Parteienfinanzierung I	69
d) BVerfGE 12, 205 (1961) – Deutschland-Fernsehen	70
2. Verfassungsübergreifende Maßstabstexte	71
a) BVerfGE 1, 14 (1951) – Südweststaat	71
b) BVerfGE 7, 198 (1958) – Lüth	73
c) BVerfGE 7, 377 (1958) – Apotheken	75
d) BVerfGE 37, 271 (1974) – Solange I	77
e) BVerfGE 89, 155 (1993) – Gründung der Europäischen Union (Maastricht)	79
II. Entstehung und Textur der Maßstabsteile	81
III. Wirkung und Fortschreibung der Maßstabsteile	85
1. Dogmatisch-praktische Funktion	85
2. Volatilität der Maßstabsteile: Modifikation von Karlsruher Klassikern	86
D. Maßstabsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts	90
I. Begründung: Offene Verfassung und verfassungsgerichtliche Maß- stabsverantwortung	90
II. Emanationen der Maßstabsverantwortung	94
1. Rechtsförmige Maßstabsverantwortung	94
a) Einfach-rechtliche Rechtsbindung an Präjudizien, § 31 Abs. 1 BVerfGG	95
aa) Gegenstand der Bindung: Unterscheidung zwischen „tragenden Gründen“ und „obiter dicta“	95
bb) Adressaten der Bindung	97

b)	Rechtsbindung der Senate untereinander, § 16 BVerfGG . . .	98
aa)	Explizite Divergenzen	99
(1)	BVerfGE 88, 203 – 96, 375, 409: „Kind als Schaden“	99
(2)	BVerfGE 152, 216 – 156, 182: Prüfungsmaßstab Unionsgrundrechte	102
bb)	Implizite Divergenzen	104
(1)	BVerfGE 108, 282 – 138, 296 – 153, 1: Kopftuch- verbote im öffentlichen Dienst	104
(2)	BVerfG, NJW 2018, 2312 – E 157, 30: Qualifizierte Betroffenheit bei der Verfassungsbeschwerde	108
(3)	BVerfGE 153, 182 – 159, 223: Kontrolldichte bei Konflikten zwischen Persönlichkeitsrechten und Le- bensschutz	110
c)	Begrenzte Steuerungskraft rechtsförmiger Vorgaben für die Maßstabsverantwortung	115
2.	Hermeneutische Maßstabsverantwortung	117
a)	Maßstabsverlässlichkeit	117
aa)	Behutsame Fortschreibung der Maßstäbe	117
bb)	Veränderungen der Maßstäbe	119
b)	Kontextualisierung der Maßstäbe	126
c)	Zitierehrlichkeit	130
aa)	BVerfG, NJW 2023, 1494 – Kinderehen	131
bb)	BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I	132
cc)	Fragwürdige Zitiertechnik bei Präjudizien	135
d)	Maßstäbe-Audit	137
aa)	Konsolidierung von Maßstabstexten	137
bb)	Entfernung von Maßstabstexten	138
E.	Lösung des Ausgangsfalls	143
I.	Prüfungsschritte	143
1.	Identifizieren: die maßgebliche(n) Referenzentscheidung(en) . . .	143
2.	Isolieren: die maßgeblichen Maßstäbe aus der Referenzent- scheidung	147
3.	Interpretieren: Verstehen und Transfer der Maßstäbe	150

II. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.04.2022	152
1. Beitragsrecht in der gesetzlichen Pflegeversicherung	152
a) Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte	152
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	153
c) Rechtsfolge: Nachteilsausgleich	155
2. Beitragsrecht in der gesetzlichen Rentenversicherung	157
3. Beitragsrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung	160
4. Fazit: Maßstabswechsel im Kontext	162
F. Zusammenfassung in Thesen	166
Literaturverzeichnis	171
Sachverzeichnis	182

„1949, beim Inkrafttreten des Grundgesetzes, bestand das deutsche Verfassungsrecht aus 146 Artikeln; heute, 40 Jahre danach, besteht es beiläufig aus 15–16.000 Druckseiten verfassungsgerichtlicher Judikate.“

Roman Herzog, Teilung und Ballung von Macht im Grundgesetz, in: Paul Kirchhof/Donald P. Kommers (Hrsg.), Deutschland und sein Grundgesetz, 1993, S. 435 (435 f.).

A. Grundlegung

I. Das Prinzip Augenthaler

Am 10.05.2007 gab der ehemalige Fußball-Nationalspieler Klaus Augenthaler aus dem niederbayerischen Fürstentum eine längst legendäre Pressekonferenz. Er war mittlerweile Trainer des VfL Wolfsburg, der am folgenden Wochenende gegen Alemannia Aachen das vorentscheidende Spiel gegen den Abstieg aus der Bundesliga zu bestehen hatte. Der Verein war deutlich hinter den Erwartungen des VW-Mutterkonzerns zurückgeblieben, der Druck auf Augenthaler dementsprechend hoch. Die Pressekonferenz sollte indes nur 42 Sekunden dauern, denn Augenthaler begann sie mit den Worten: „Guten Tag! Es gibt vier Fragen und vier Antworten. Die Fragen stelle ich, und die Antworten gebe ich auch.“¹ Nach der knappen Selbstbefragung zur Taktik und Stimmung in der Mannschaft stand er auf und verschwand; zurück blieben konsternierte Pressevertreter, die eigene Fragen mitgebracht hatten. Kurzfristig war das Selbstgespräch immerhin erfolgreich. Der VfL Wolfsburg schaffte in Aachen nach einem 0–2-Rückstand mit zwei späten Toren noch ein Unentschieden und konnte sich am letzten Spieltag so gerade noch retten. Er ist auch 17 Jahre später nach wie vor Bundesligist.

Auch eine verfassungsrechtswissenschaftliche Selbstbefragung nach dem Prinzip Augenthaler kann ertragreich sein. Dann und wann einmal darüber nachzudenken, was man eigentlich warum so macht, gehört zu unserer Jobbeschreibung. Die Skeptikerinnen und Zweifler unter uns

¹ https://www.youtube.com/watch?v=E_jrmspa5Cg (zuletzt 04.02.2024).

werden sich die Frage „Woher weißt Du das?“ sogar regelmäßig stellen, ohne gleich an einem Austausch mit anderen interessiert zu sein. Ohnehin kann man sie in 42 Sekunden nicht beantworten, sonst wäre man reich und berühmt. Manche Erkenntnis ist zudem so vorläufig und das wissenschaftliche Selbstverständnis eine so persönliche Angelegenheit, dass man sie ungern mit anderen teilt. Ernsthafte Zweifel, gar die Antwort „Ich weiß es nicht“, behält man vielleicht lieber ganz für sich.

Klaus Augenthalers Karriere hat das Format der kauzigen Selbstbefragung allerdings letztlich nicht genutzt: Er saß am 17. 05. 2007 zum letzten Mal auf der Bank des VfL Wolfsburg und hat seither keinen Bundesligisten mehr trainiert. Daraus lässt sich lernen: Selbstgespräche sind zwar wichtig, um Gedanken zu ordnen, aber sie sollten über kurz oder lang in ein Gesprächsangebot münden. Irgendwann müssen auch Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen den Elfenbeinturm der Selbstbefragung verlassen und andere an vorläufigen Antworten ebenso wie an verbleibenden Zweifeln teilhaben lassen. In diesem Sinne ist der nachfolgende Text zwar zunächst das Ergebnis einer längeren, selbstkritisch-zweifelnden Selbstbefragung: eines akademischen Lehrers, der im Hörsaal erklären muss, woher er sein verfassungsrechtliches Wissen bezieht, eines Forschers, der mit anderen Rechtsauffassungen konfrontiert wird, eines Prozessbevollmächtigten, der ein Karlsruher Verfahren verloren hat (natürlich zu Unrecht) und eines Sachverständigen, der (meist folgenlos) zu Gesetzentwürfen Stellung nimmt. Um nicht das gleiche Schicksal wie Klaus Augenthaler zu erleiden, sind die Antworten auf die Selbstbefragung dann aber vor ihrer Publikation universitätsöffentlich nicht nur vorgetragen, sondern auch diskutiert worden.² Die dabei aufgeworfenen Fragen haben die nachfolgenden Antworten in der Schriftfassung und mittlerweile auch die Gestaltung von Lehrveranstaltungen wesentlich beeinflusst.

Die Frage „Woher weißt Du das“ adressiert in jeder Wissenschaftsdisziplin die „Identität des Fachs“³. Sie ist in den sog. exakten Wissenschaften, die mit Naturgesetzen arbeiten, tendenziell eine kleinere Herausforderung als in den als weich geltenden Geistes- und Gesellschaftswissenschaften, zu denen sich die Rechtswissenschaft zählen darf. Für die rechtswissenschaftliche Methode kommt eine Besonderheit hinzu, die sie

² S. dazu das Vorwort.

³ Für die Rechtswissenschaft *Lübbe-Wolff*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprim der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 283 (283).

von anderen hermeneutischen Wissenschaftsdisziplinen (namentlich der Theologie) unterscheidet: Sie verkoppelt die Rechtswissenschaft mit der Rechtspraxis.⁴ Zwar ist die Methodenfrage wie in anderen hermeneutischen Disziplinen im Ausgangspunkt theoretischer Natur, sie bezieht sich aber – und das macht ihre Besonderheit aus – auf eine praktische Tätigkeit, die, soweit sie in Parlamenten, Verwaltungen und Gerichten erfolgt, Ausübung von Staatsgewalt und daher Bestandteil der rechtsstaatlichen Bindung (Art. 20 Abs. 3 GG) ist.

Dieser Zusammenhang zwischen Macht und Methode⁵ ruft nach Gewissheiten, am besten in Form von Entscheidungsmaßstäben, die so exakt sind, dass die Subsumtion wie bei einer einfachen mathematischen Rechenaufgabe verifizier- bzw. falsifizierbar ist. Aber die hermeneutische Überführung eines Rechtstextes in die Rechtspraxis ist voraussetzungsreicher und volatiler als die Betrachtung von dem Beweis zugänglichen Naturgesetzen.⁶ Von der naiv-positivistischen Vorstellung folgerichtiger und zwingender juristischer Herleitungen aus einem von allen nichtjuristischen Einflüssen bereinigten System⁷ hat sich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft daher längst und mit gutem Grund verabschiedet. Nicht verabschiedet kann sie indes ihren Anspruch, methodisch fundierte Leitlinien für die Auslegung des Grundgesetzes zu formulieren.

II. Recht banal: Ein Ausgangsfall für die Ausgangsfrage

Nun würde man die Verfassungsrechtswissenschaft zwar verzweigen, verstünde man sie allein als anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft, die mit einem Fokus auf die dritte Gewalt und im binären Prüfungsschema „rechtmäßig/rechtswidrig“ Rechtsnormen auslegt. Sie ist auch eine steuerungswissenschaftlich ansetzende, auf die beiden ersten

⁴ *Wrase*, in: Grimm (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter?, 2019, S. 339 (341).

⁵ *Hirzel*, Macht und Methode, 2023.

⁶ *Sauer*, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 1.

⁷ Zum staatsrechtlichen Positivismus und seiner Entwicklung in der Staatsrechtslehre im Deutschen Reich *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 480 ff. und *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 331 ff.