

Linien der Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den  
wissenschaftlichen Mitarbeitern



Linien der Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts –  
erörtert von den wissenschaftlichen  
Mitarbeitern

herausgegeben von

Hartmut Rensen   Stefan Brink



De Gruyter Recht · Berlin

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-480-8

*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.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,  
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Einbandgestaltung: Martin Zech, Bremen

Einbandabbildung: Tobias Helfrich, 2005, Wikipedia

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen  
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

## Geleitwort

Die verfassungsrechtliche Literatur nimmt im aktuellen Trend einer exponentiellen Vermehrung rechtswissenschaftlicher Publikationen sicherlich einen Spitzenplatz ein. Gleichwohl ist es mir eine Freude, den vorliegenden Band einzuleiten. Das liegt zum einen an den Autoren, die sämtlich als wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts mit der Genese und den wesentlichen Inhalten der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „von der Quelle her“ bestens vertraut sind. Zum anderen füllt das Buch eine Lücke in der Literatur insoweit, als es zwischen den Eckpfeilern der Kommentare, der systematischen Hand- und Lehrbücher, der Case-Books und den Abhandlungen über Einzeljudikate oder den globalen Rechtsprechungsübersichten einen neuen Weg geht – nämlich den der gebündelten Behandlung einer Vielzahl konkreter Entscheidungsgruppen. Es wird also einerseits ein detailbezogener Ansatz gewählt, andererseits ist das Buch durchaus weit ausgreifend und durch die thematische Unterschiedlichkeit der besprochenen Rechtsprechungslinien gekennzeichnet.

Dieser Ansatz der Systematisierung im Detail verdient Aufmerksamkeit. Denn die Verfassungsrechtsprechung ist nach bald 60 Jahren Grundgesetz in einer Phase angelangt, in der es bei der Konkretisierung der abstrakten Verfassungsbestimmungen auch um die Abgrenzung und Detailsteuerung von bereits entwickelten Rechtsprechungsfallgruppen geht. Dabei ist angesichts der Bedeutung des Verfassungsrechts und vor allem der Grundrechte für alle staatlichen Gewalten sowie der praktischen Wirksamkeit der Grundrechte als Ausdruck einer objektiven Werteordnung für die Auslegung und Anwendung allen einfachen Rechts zu wünschen, dass die Darstellung der Rechtsprechungslinien Anregungen für die deutsche Staatsrechtslehre und die fachgerichtliche Rechtsprechung geben wird. Insbesondere für Praktiker, aber auch für fortgeschrittene Studierende kann das Buch eine Hilfe bei der vertieften Durchdringung des in der Realität wirksamen Verfassungsrechts bieten.

*Hans-Jürgen Papier*



## Vorwort

Mehrere Fragen sollen gleich zu Anfang dieses neuartigen Sammelbandes geklärt werden: *Warum* schreiben wir es, warum schreiben *wir* es, warum schreiben wir es *jetzt* und warum schreiben wir es *so*?

*Warum dieses Buch?* Diese Frage lässt sich am einfachsten beantworten: Die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur hat einen überragend wichtigen Stellenwert bei der Bestimmung dessen, was die deutsche Rechtsordnung ausmacht. Gelingt es, die zentralen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit ihrer unbestreitbaren Ausstrahlungswirkung auf sämtliche Rechtsgebiete inhaltlich zu erfassen und systematisch zu durchdringen, dann lassen sich – im besten Falle – Rechtsprechungslinien aufzeigen und in die Zukunft hinein verlängern. Im schlechteren Falle lassen sich so verfassungsgerichtliche Entscheidungen fundiert kritisieren, in jedem Falle aber wird das Verständnis der nicht nur juristisch, sondern auch politisch wie gesellschaftlich bestimmenden Gerichtsentscheide erweitert.

*Warum wir?* Die Frage, warum wir als wissenschaftliche Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht mit der vorliegenden Sammlung von Beiträgen den Versuch unternehmen, die Linien der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nachzuzeichnen, lässt sich zunächst unter Hinweis auf unsere Funktion und die damit verbundenen besonderen Einblicke in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beantworten: Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts sollen die wissenschaftlichen Mitarbeiter die Richter des Bundesverfassungsgerichts bei deren dienstlicher Tätigkeit unterstützen. Bei der Anfertigung von Voten und Entwürfen haben sie sich eingehend insbesondere mit der Senats- und Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den jeweils maßgebenden verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessualen Fragen auseinanderzusetzen, zumal die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung oftmals den einzigen Anknüpfungspunkt für die Auslegung wenig konkreter Bestimmungen des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgesetzes bildet. Diese Tätigkeit vermittelt den wissenschaftlichen Mitarbeitern einzigartige Einblicke nicht nur in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verfassungsrecht und zum Verfassungsprozessrecht, sondern auch in die den vom Gericht zu entscheidenden Fällen zugrunde liegenden Zusammenhänge des einfachen Rechts. Hinsichtlich des einfachen Rechts kommt hinzu, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter oftmals besondere

Erfahrungen und Fachkenntnisse aus ihrer beruflichen Tätigkeit vor der Zeit am Bundesverfassungsgericht mitbringen und den Richtern des Bundesverfassungsgerichts zur Verfügung stellen – und mag es auch an diesem Gericht vorrangig um die „spezifisch verfassungsrechtliche“ Prüfung gehen, ohne genaue Kenntnis der einfach-rechtlichen Zusammenhänge kann Verfassungsrechtsprechung nicht „funktionieren“. Die besonderen Kenntnisse der wissenschaftlichen Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht sowie ihr besonderer Zugang zu aktuellen verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessualen Fragen sollen für die folgenden Beiträge des Sammelbandes fruchtbar und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Von der Tätigkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet sich die Tätigkeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter insbesondere dadurch, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter lediglich vorbereitend und unterstützend tätig sind, während nur die Richter Entscheidungen treffen; § 25 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts schließt die an den obersten Bundesgerichten vorkommende Teilnahme von wissenschaftlichen Mitarbeitern an Beratungen der Spruchkörper aus. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter tragen dementsprechend keine Verantwortung im engeren Sinne für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Den folgenden Beiträgen stehen deshalb weder ein Verbot, eigene Entscheidungen zu erläutern und zu verteidigen entgegen, noch besondere, über bestimmte Einzelheiten der täglichen Arbeit hinausreichende Loyalitätsansprüche des Bundesverfassungsgerichts. So sind die Autoren der Beiträge frei gewesen, die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung einer kritischen Prüfung zu unterziehen – und haben von dieser Freiheit auch durchaus Gebrauch gemacht. Deswegen geben die Beiträge auch nicht mehr und nicht weniger als die persönliche Auffassung des jeweiligen Verfassers wieder.

*Warum jetzt und so?* Diese Frage mündet in die Gegenfrage: „Warum nicht schon viel früher so?“. Weder hat es bisher ein der vorliegenden Sammlung vergleichbares Vorhaben gegeben, noch könnte die darauf beruhende Lücke in der im Übrigen sehr umfangreichen Literatur zu verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessualen Fragen auf andere Weise geschlossen werden. In zahlreichen Beiträgen wird demgemäß auch auf „weiße Flecken“ wissenschaftlicher Befassung und Durchdringung des verfassungsrechtlichen Problemstoffs hingewiesen, neben Kritik finden sich auch Anregungen und Vorschläge zur Weiterentwicklung der Verfassungsdogmatik.

Die Beiträge des Sammelbandes betreffen dabei Themen ganz unterschiedlicher Art und Güte. Das mag zwar zunächst wie eine „Festschrift ohne Fest“ wirken. Eine genauere Betrachtung des Zusammenhangs ergibt jedoch, dass die Vielfalt der Themen des Sammelbandes der Bandbreite der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genau entspricht. Eine aktuellen Rechtsfragen und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung dazu geltende

Arbeit kann deshalb, will sie – wie die vorliegende – außerdem einen zutreffenden Eindruck von der Weite des verfassungsgerichtlichen Betätigungsfeldes vermitteln, nicht auf eine Vielfalt an Themen verzichten. Es hat zwar schon früher Veröffentlichungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts gegeben – zu nennen ist hier insbesondere der mittlerweile in 2. Auflage erschienene Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Auch gibt es in mehr oder weniger großem Umfang Literatur zu vielen der in den Beiträgen erörterten Rechtsfragen. Der Versuch, die eingehende Erörterung aktueller verfassungsrechtlicher und verfassungsprozessualer Fragen mit der Vermittlung eines zutreffenden Eindrucks von dem weiten Betätigungsfeld des Bundesverfassungsgerichts zu verbinden, ist bisher jedoch nicht unternommen worden.

Hinzu kommt, dass den folgenden Beiträgen der spezielle, insbesondere aus seinem täglichen Umgang mit verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessualen Problemen gewonnene Zugang des jeweiligen Verfassers zu dem erörterten Gesichtspunkt zugrunde liegt. Deshalb werden die behandelten Rechtsprobleme, wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier in gewissem Sinne aus einer „Innenperspektive“ heraus beleuchtet. Dafür, dass daraus kein „Insidergeschäft“ wird, haben wir Sorge getragen. Und so ist denn gerade die Auswahl der behandelten Themen und hierbei wiederum die Heranziehung (und die Nicht-Heranziehung!) von einschlägigen Senats- und Kammerentscheidungen von besonderer Aussagekraft. Hier finden sich diejenigen Verfassungsgerichtsjudikate der letzten Jahre zusammengetragen und besprochen, die nach der Überzeugung der intensiv damit befassten Mitarbeiter Rechtsprechungslinien erkennen lassen – gerade auch in ihrer Verlängerung in die nahe Zukunft hinein. Wenn dieser Band dabei zugleich die stets notwendige, immer aber auch verbesserungsfähige Kommunikation über Verfassungsrecht innerhalb wie außerhalb des „Hauses“ anregt, soll uns das nur Recht sein.

Karlsruhe im Februar 2009

*Die Herausgeber*



# Inhalt

Geleitwort . . . . .	V
Vorwort . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV

## I. Verfassungsprozessrecht

STEFAN BRINK	
Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate . . . . .	3
ULF BUERMEYER	
Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen. . . . .	35
KIM MATTHIAS JOST	
Verfassungsprozessuale Probleme der Anhörungsrüge. . . . .	59
OLIVER KLEIN	
Der Streitgegenstand der Verfassungsbeschwerde. . . . .	83

## II. Einzelne grundrechtliche und grundrechtsgleiche Gewährleistungen

MATTHIAS BÄCKER	
Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation . . . . .	99
MICHAEL HOPPE/KAI-CHRISTIAN SAMEL	
Art. 6 GG und Aufenthalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – zur Funktion der wertentscheidenden Grundsatznorm im Aufenthaltsrecht . . . . .	137
MATHIAS HONG	
Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	155
ARNDT RÖLIKE/MARTIN TONNER	
Der Schutz des Minderheitsaktionärs durch Art. 14 GG. . . . .	199

JÖRG SCHUMACHER	
Der Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 und Abs. 5 GG – Individualleistungs- und Organisationsprinzip . . . . .	227
ANTJE VON UNGERN-STERNBERG	
Religionsfreiheit – ein ausuferndes Grundrecht? . . . . .	247
MICHAEL WILD	
Die strafprozessuale Durchsuchung von Wohnungen und Art. 13 GG – Auferstehung eines unauffälligen Grundrechts in der Senats- und Kammerrechtsprechung der letzten Jahre . . . . .	273

### III. Steuer- und Finanzrecht

ROBERTO BARTONE	
Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips . .	305
MARC DESENS	
Vertrauen in das Steuergesetz. . . . .	329
THORSTEN KROLL	
Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz - Ein Belastungstest für das Grundgesetz . . . . .	355
KARIM MACIEJEWSKI	
Verfassungskonkretisierung durch Maßstäbegesetzgebung . . . . .	391
FRANCESKA WERTH	
Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum strukturellen Vollzugsdefizit im Lichte der jüngeren Kammerrechtsprechung . . .	411

### IV. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Rechtsschutzes

MATTHIAS HETTICH	
Effektiver Rechtsschutz im Bau-, Enteignungs- und Fachplanungsrecht. . . . .	431
HARTMUT RENSEN	
Das Bundesverfassungsgericht und § 522 Abs. 2 ZPO . . . . .	453

HENDRIK SCHULTZKY Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wieder- einsetzung in den vorigen Stand . . . . .	487
--	-----

## V. Internationale Bezüge

HARALD PAETZOLD Grundrechtliche Maßstäbe für die Wortberichterstattung der Presse – Kontrollstrategien von Bundesverfassungsgericht und EGMR im Vergleich . . . . .	507
--	-----

ALEXANDER PROELSS Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG . . . . .	553
--	-----

HEIKO SAUER Das Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit – Materielle Grenzen und Organkompetenzverteilung beim Wandel von Bündnisverträgen und beim Auslandseinsatz der Bundeswehr . . . . .	585
---	-----

Sachregister . . . . .	621
------------------------	-----



## Abkürzungsverzeichnis

a	auch
A.	Auflage
a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
abgedr	abgedruckt
Abl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.D.	außer Dienst
aE	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27.12.1993
a.F.	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgesetz; Ausführungsgesellschaft
AgrarR	Agrarrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raums
AJIL	American Journal of International Law
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965
allg	allgemein
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten gültig ab dem 1.6.1794
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
amtl Begr	amtliche Begründung
Anm	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung vom 16.3.1976
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Amtsrat
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchivPT/ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art.	Artikel
ARUG RefE.	Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
AStG	Außensteuergesetz vom

AufenthG	Aufenthaltsgesetz in der Bekanntmachung vom 25.2.2008
Aufl.	Auflage
ausf/ausführl	ausführlich
AuslG	Ausländergesetz vom 9.7.1990
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauR	Baurecht
Bay	Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGH	Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Der Betriebsberater
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26.7.1957
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz in der Bekanntmachung vom 3.12.1998
Bbg	Brandenburg
Bd./Bde	Band/Bände
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs
BDiszG	Bundesdisziplinargericht
Bearb	Bearbeiter
Begr/begr	Begründung/begründet
bejah	bejahend
Bek, Bekanntm	Bekanntmachung
BerDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BerHG	Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz)
Berl	Berlin
bes	besonders
Bespr	Besprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BFH BStBl	BFH-Urteile sortiert nach Bundessteuerblatt
BFH/NV	Sammlung (bis 1997: amtlich nicht veröffentlichter) Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19.8.1969
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bln	Berlin
BRAK-Mitt	BRAK-Mitteilungen (Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer)
BRat	Bundesrat
BRDrucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BReg	Bundesregierung
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
Bsp/Bspl	Beispiel(e)
bsplsw	beispielsweise
Bspr	Besprechung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT(ag)	Bundestag
BTDrucks	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht, Kammerentscheidung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVR	Bundesverfassungsrichter
BW	Baden-Württemberg
BWVP/BWVPr	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
BY	Bayern
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
cic	culpa in contrahendo
CMLR	Common Market Law Revue
CR	Computer und Recht
d	durch
d.h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
dass	dasselbe
DB	Der Betrieb
DBA Schweiz	Doppelbesteuerungsabkommen
DDR	Deutsche Demokratische Republik
dens	denselben
ders.	derselbe
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag e.V.
dgg	dagegen
dies.	dieselbe(n)
diff	differenzierend
DIN	Deutsches Institut für Normung eV

Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DKFZ	Deutsches Krebsforschungszentrum (Heidelberg)
DM	Deutsche Mark
DöD	Der öffentliche Dienst
Dok	Dokument(e)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSGv	Datenschutzgesetz (?)
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e.V.
DStR	Deutsche Steuer-Rundschau; Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
dt/dtsch	deutsch
DtKomR	Deutsches Kommunalrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DV	Die Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
DWiR/DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ebd./ebda	ebenda
ed(s)	editor(s)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFG	Eigentumsfristengesetz vom 20.12.1996; Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung vom 30.1.1877
chem.	ehemalig
EIB	Europäische Investitionsbank
Einf	Einführung
EJIL	European Journal of International Law
EL	Ergänzungslieferung
EMAS	Environmental Management and Audit Scheme
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg	endgültig
EnergG	s. EnWG
Entsch	Entscheidung
entspr	entsprechend
Entw	Entwurf
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 7.7.2005
ErbersatzSt.	Erbersatzsteuer
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
ESt	Einkommenssteuer
EStG	Einkommenssteuergesetz in der Bekanntmachung vom 16.4.1997

ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
ESVP	Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc	und so weiter/et cetera
EU	Europäische Union
EUDUR	Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
Europ	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV, EinV	Einigungsvertrag
evtl	eventuell
EWCA Civ	Neutral Citation Number für Entscheidungen des Court of Appeal (Civil Division) seit Januar 2001
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen für Wirtschaftsrecht
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	die nächste folgende Seite; für
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	die nächsten folgenden Seiten
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FG	Festgabe/Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung in der Bekanntmachung vom 28.3.2001
FinArch	Finanzarchiv
FiWi	Finanzwirtschaft
FMSA	Finanzmarktstabilisierungsanstalt
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz in der Bekanntmachung vom 17.10.2008
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Bekanntmachung vom 19.4.1994
Fußn.	Fußnote
FVG	Finanzverwaltungsgesetz in der Bekanntmachung vom 4.4.2006

G/Ges	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GBI	Gesetzblatt
geänd	geändert
gem	gemäß
ges/gesetzl	gesetzlich
Gesellsch	Gesellschaft
GesEntw	Gesetzentwurf
GewArch	Gewerbearchiv
GewSt	Gewerbesteuer
gg	gegen
GG	Grundgesetz
ggf., ggfs.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GK	Großkommentar
GKöD	Großkommentar öffentliches Dienstrecht
GLJ	GrenkeLeasing
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOBVerfG	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts in der Bekanntmachung vom 15.12.1986
GR-Charta	Grundrechte-Charta
grds	grundsätzlich
GrESt	Grunderwerbssteuer
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gesetzessammlung/Gedächtnisschrift
GV NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl, GVOBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GYIL	German Yearbook of International Law
H	Heft
Halbbd	Halbband
HAPolDVG	Hamburger Gesetz zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
Hb	Handbuch
HbStR	Handbuch Steuerrecht
Hdb	Handbuch
Hdwb	Handwörterbuch
Herv./Hervorh.	Hervorhebung
Hess	Hessen
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
Hinw	Hinweis
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hmb	Hamburg

HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HS/Hs./Halbs.	Halbsatz
HundeSt	Hundesteuer
HVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
Hws	Hinweis
i Erg/iE	im Ergebnis
ICJ	International Commission of Jurists; International Court of Justice
i. d. F.	in der Fassung
idR	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinne
IGH	Internationaler Gerichtshof
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
InfAusR	Informationsbrief Ausländerrecht
inkl	inklusive
insbes/insb	insbesondere
insges	insgesamt
InsO	Insolvenzordnung vom 5.10.1994
inzw	inzwischen
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
i.S.	in Sachen
i.S. v./d.	im Sinne von/des
ISAF	International Security Assistance Force (Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe)
iSe	im Sinne eines
IT	Informationstechnik
IUR	Informationsdienst Umweltrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZw	im Zweifel
J	Jahre
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt-Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
Jb	Jahrbuch
JbDBP	Jahrbuch der Deutschen Bundespost
jew	jeweils
Jh(dt)	Jahrhundert
JK	Jura-Kartei
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
jur	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
Juris	Juristisches Informationssystem

JuS	Juristische Schulung
JUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
JZ	Juristenzeitung
K	Kammer
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KOM	Kommissionsdokument
KomE	Kommissionsentwurf
KommunalPraxisBY	KommunalPraxis Bayern
krit	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Bekanntmachung vom 25.8.1969
KSt	Köperschaftssteuer
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
LBG	Landesbeamtengesetz; Landesbeschaffungsgesetz
lfd	laufend
Lfg.	Lieferung
LG	Landesgesetz; Landesgericht
lit	littera/Buchstabe
Lit	Literatur
Losebl	Loseblattsammlung
LPG	Landpachtgesetz vom 25.6.1952; Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft
LplG	Landesplanungsgesetz
LS	Leitsatz
LSA	Sachsen-Anhalt
Lsbl	Loseblattsammlung
lt	laut
LT	Landtag
LT-Drucks	Landtags-Drucksachen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Bekanntmachung vom 7.3.1999
LV(erf)	Landesverfassung
m	mit
m Anm	mit Anmerkung
m krit Anm	mit kritischer Anmerkung
m zust Anm	mit zustimmender Anmerkung
MaßStG	Maßstäbengesetz vom 9.9.2001
maW	mit anderen Worten
MBS	Mortgage Backed Securities
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MDSStV	Mediendienst-Staatsvertrag

MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
Min	Ministerium
Mio	Million(en)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittNWStGB	Mitteilungen des nordrhein-westfälischen Städte- und Gemeindebundes
Mitw	Mitwirkung
MMR	MultiMedia und Recht
m.N.	mit Nachweisen
Mrd.	Milliarde(n)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MVSOG	Gesetz über die öffentliche Ordnung und Sicherheit in Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nachgew	nachgewiesen
Nachw	Nachweise
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NBG	Niedersächsisches Beamtengesetz in der Bekanntmachung vom 19.2.2001
NC	numerus clausus
Nds	Niedersachsen
NdsOVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
n.F./NF	neue Fassung, neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Onlinezeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungs-Report Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr/Nrn	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungs-Report der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NWVBl	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NWVerfGH	Nordrhein-westfälischer Verfassungsgerichtshof
NWVSG	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o.	oben/ohne
O	Ordnung
o. Anm.	obige Anmerkung
o.g.	oben genannte
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OEF	Operation Enduring Freedom
öffentl	öffentlich
OLG	Oberlandesgericht
ör	öffentlich-rechtlich
ÖR	Öffentliches Recht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Bekanntmachung vom 19.2.1987
PAG	Polizeiaufgabengesetz (Bayern) in der Bekanntmachung vom 14.9.1990
pass	passim
PBefG	Personenbeförderungsgesetz in der Bekanntmachung vom 8.8.1990
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
Pl-Pr	Plenarprotokolle
pp.	perge, perge
priv	privat
Prof.	Professor
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
R	Recht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdL	Recht der Landwirtschaft
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RdWW	Recht der Wasserwirtschaft
rechtl	rechtlich
Reg	Regierung
RegEntw	Regierungsentwurf
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rez	Rezension
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt

RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
RiA	Das Recht im Amt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
Rsprübers	Rechtsprechungsübersicht
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RTW	Recht, Technik, Wirtschaft
RuP	Recht und Politik
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
S.	Seite, Satz
s.	siehe
s.a.	siehe auch
Saarl	Saarland
SaarlOVG	Oberverwaltungsgericht des Saarlandes
SaarlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Saarlandes
Sachs	Sachsen
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVerfGH	Sächsischer Verfassungsgerichtshof
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Sart	Sartorius
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
SchaumweinSt	Schaumweinsteuer
SchrVfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik
SGG	Sozialgerichtsgesetz in der Bekanntmachung vom 23.9.1975
SH	Schleswig-Holstein
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StAnz	Staatsanzeiger
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
std	ständig
StEntlG	Steuerentlastungsgesetz vom 19.12.1998
StGB	Strafgesetzbuch in der Bekanntmachung vom 13.11.1998
StGH	Staatsgerichtshof
StKongrRep.	SteuerKongreßReport
StPO	Strafprozessordnung in der Bekanntmachung vom 7.4.1987
str.	strittig
StraBEG	Strafbefreiungserklärungsgesetz vom 23.12.2003
StraFo	Strafverteidiger Forum
StReg	Staatsregierung
StT	Der Städtetag
StudiVZ	Studentenverzeichnis

StuGR	Städte- und Gemeinderat
StuW	Steuer und Wirtschaft
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz vom 16.3.1976
stw-Ausgabe	Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft
su	siehe unten
SV	Sondervotum
TA	Technische Anleitung
teilw	teilweise
THPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
Thür	Thüringen/Thüringer
ThürOVG	Thüringer Oberverwaltungsgericht
ThürVbl	Thüringer Verwaltungsblätter
ThürVerfGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
ThürVGRspr	Rechtsprechung der Thüringer Verwaltungsgerichte
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsdienstgesetz 22.6.2004
TKMR	Zeitschrift für Telekommunikations- und Medienrecht
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TKÜV	Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation
Tz	Textziffer
u.	und/unten
ü	über
u.a.	unter anderen(m), und andere
uam	und anderes mehr
Überbl	Überblick
UBWV	Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung
UGB-KomE	BMU (Hrsg), Umweltgesetzbuch, Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, 1998
ÜK	Übereinkommen
UKHL	United Kingdom House of Lords (Entscheidungssammlung)
umfass	umfassend
umstr	umstritten
UmwG	Umwandlungsgesetz in der Bekanntmachung vom 6.11.1969
UN	United Nations, Vereinte Nationen
UNO	United Nations Organization
unzul	unzulässig
unzutr	unzutreffend
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965
Urt	Urteil
USA	United States of America
USt	Umsatzsteuer

usw.	und so weiter
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
u.U.	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	von/vom
VA	Verwaltungsakt
va	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VBINW	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
VDE	Verband deutscher Elektrotechniker eV
VDI	Verein deutscher Ingenieure eV
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht
Verf.	Verfassung
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verh	Verhandlungen
VerkBl	Verkehrsblatt
VerkMitt	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VersG	Versammlungsgesetz in der Bekanntmachung vom 15.11.1978
VersR	Versicherungsrecht
Verw	Verwaltung, Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerWiss	Verwaltungswissenschaften
VerwPrR	Verwaltungsprozessrecht
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VfG	Verfassungsgericht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl. (a)	vergleiche (auch)
vH	von Hundert
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VkBl	Verkehrsblatt, Amtsblatt des Bundesministers für Verkehr
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VoraufI	Vorauslage
Vorb./Vorbem.	Vorbemerkung
vorl	vorläufig
VR	Verwaltungsrundschau
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VwGerichtsbt	Verwaltungsgerichtsbarkeit
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Bekanntmachung vom 19.3.1991
VwR	Verwaltungsrecht
VwV	Verwaltungsvorschrift(en)

VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Bekanntmachung vom 21.9.1998
VZ	Veranlagungszeitraum
WEG	Wohnungseigentumsgesetz vom 15.3.1951
weit	weitere
WEU	Westeuropäische Union
WiGBI	Wirtschaftsgesetzblatt
WiR	Wirtschaftsrecht
wiss	wissenschaftlich
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WiV/WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w.Nw.	weitere Nachweise
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization/Welthandelsorganisation
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z Zt	zur Zeit
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert
ZK	Zollkodex
ZKF	Zeitschrift für Kommunalfinanzen
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen

ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung in der Bekanntmachung vom 5.12.2005
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
Ztschr	Zeitschrift
zugest	zugestimmt
zul	zuletzt
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zurückh	zurückhaltend
zust	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht



I.

Verfassungsprozessrecht



# Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate

STEFAN BRINK \*

## Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Keine

## Schrifttum

*Arndt, Adolf* Umwelt und Recht, NJW 1962, 783 ff.; *Brink, Stefan* in: Pieroth (Hrsg.), BVerfGG, Online-Kommentar lexis nexis, § 26; *Brink, Stefan* in: Pieroth/Silberkuhl, Die Verfassungsbeschwerde, 2008, § 26; *Bryde, Brun-Otto* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff.; *Kluth, Winfried* Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513 ff.; *Ossenbühl, Fritz* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von Christian Starck, Bd. 1, 1976, S. 458 ff.; *Philippi, Klaus Jürgen* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971; *Redeker, Konrad* 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, NJW 1976, 2111 ff.; *Wacke, Gerhard* Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates, DVBl. 1968, 537 ff.; *Weber-Grellet, Heinrich* Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1979; *Zöbeley/Dollinger* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26.

## Inhalt

	Seite
I. Einleitung . . . . .	4
II. Die Regelung des § 26 BVerfGG . . . . .	5
1. Grundsätze . . . . .	5
2. Begrenzungen des verfassungsprozessrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes . . . . .	7
III. § 26 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	10
1. „Erstinstanzliche“ Verfahren . . . . .	11
2. Abstrakte Normenkontrolle . . . . .	12

\* *Dr. Stefan Brink*, Mainz. Seit 1998 Richter der ordentlichen sowie der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zuletzt als Referatsleiter im Wissenschaftlichen Dienst des Landtags Rheinland-Pfalz tätig. Seit 2003 Lehrbeauftragter der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, seit 2008 auch der Europauniversität Viadrina Frankfurt/Oder. 2006 bis 2008 wiss. Mitarbeiter am BVerfG (Dez. Prof. Dr. Reinhard Gaier).

3. Vorlageverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG) . . . . .	14
4. Verfassungsbeschwerdeverfahren . . . . .	15
a) Urteilsverfassungsbeschwerde . . . . .	15
b) Rechtssatzverfassungsbeschwerde . . . . .	18
IV. Die Praxis der Beweiserhebung: Drei Beispiele . . . . .	19
a) Das Kopftuch-Urteil vom 24.09.2003 . . . . .	19
b) Das Tornado-Urteil vom 03.07.2007 . . . . .	21
c) Das Nichtrauchererschutz-Urteil vom 30.07.2008 . . . . .	24
V. Kritik der Rechtsprechung . . . . .	26
VI. Abhilfemöglichkeiten . . . . .	30
VII. Ergebnis . . . . .	33

## I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Tatsacheninstanz.

Mit dieser apodiktischen Feststellung begnügen sich viele der keineswegs zahlreichen Untersuchungen zur Beweisaufnahme durch das Bundesverfassungsgericht<sup>1</sup> und genügen damit der betont normativen Blickrichtung der überkommenen juristischen Methodik.<sup>2</sup> Auch das Gericht selbst geht offenbar davon aus, dass Tatsachenfeststellungen nicht im Zentrum seiner „eigentümlichen“ Aufgaben stehen; dem hohen Gericht sei „in erster Linie die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen, nicht die Ermittlung von Tatsachen aufgegeben“<sup>3</sup>. Aus berufenem Munde wird dies auch für die forensische Praxis bestätigt: „Man streitet im Verfassungsprozess kaum je über Elemente des Tatsächlichen, häufiger um die Bewertung von Tatsachen und stets über den Inhalt der Verfassung, ihre Prinzipien und der einzelnen Verfassungsvorschriften, die einschlägig sind.“<sup>4</sup>

Diese Positionierungen kontrastieren erheblich mit der für die Frage der Tatsachengrundlage verfassungsgerichtlicher Judikate zentralen Bestimmung des § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG. Dort heißt es:

„Das Bundesverfassungsgericht erhebt den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis.“

Diese Diskrepanz ist keineswegs zu vernachlässigen, besteht doch eine enge Verflechtung von Tatsachenermittlung und Normauslegung<sup>5</sup> sowie zwischen Tatsachengrundlage und Entscheidungsergebnis<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Brink* in: Pieroth (Hrsg.), BVerfGG, Online-Kommentar lexis nexis, § 26 Rn. 1. Stand der Bearbeitung: 13.2.2009.

<sup>2</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 459.

<sup>3</sup> BVerfGE 18, 192.

<sup>4</sup> *Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, S. 8.

<sup>5</sup> *Maunz* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 26 Rn. 4.

<sup>6</sup> *Karl Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, 278 ff.; zur Bedeutung von Tatsachenfeststellungen für die gesamte richterliche Tätigkeit vgl. *Brink* Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 16 f. m.w.N.

Dass die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes allein Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und damit der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen sei,<sup>7</sup> mag bei Urteilsverfassungsbeschwerden auch regelmäßig noch angehen, stehen doch die fachgerichtlichen Feststellungen zur Tatsachengrundlage nur selten im Mittelpunkt des Streites – und wenn doch, dann haben die Fachgerichte ja meistens das ihnen Obliegende auch schon getan. Das Bundesverfassungsgericht kann sich in dieser Situation also grundsätzlich auf „bereitetes Terrain“ begeben<sup>8</sup> und mit dem eingangs bereits erwähnten Grundsatz auf die Überprüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts konzentrieren.

Diese Herangehensweise versagt jedoch bereits dort, wo es an verlässlichen fachgerichtlichen Tatsachenfeststellungen mangelt – sei es, dass es bei der einschlägigen Verfahrensart, etwa bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden oder Normenkontrollverfahren, keine entsprechenden Tatsachenfeststellungen gibt, sei es, dass diese fachgerichtlichen Feststellungen gerade im Streit stehen. Und dies ist keineswegs selten der Fall.

Die nachfolgende Untersuchung soll aufzeigen, dass die Annahme, das Bundesverfassungsgericht sei keine Tatsacheninstanz, zunächst einmal zu undifferenziert, im Übrigen aber auch unzutreffend ist und in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts zu ganz erheblichen Problemen, ja sogar zu Fehlentscheidungen führen kann.

Abschließend sollen mit Blick auf die verfassungsprozessual relevanten Akteure Überlegungen angestellt werden, wie man diese Praxis des Bundesverfassungsgerichts zum Besseren wenden kann.

## II. Die Regelung des § 26 BVerfGG

### 1. Grundsätze

§ 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG, wonach das Bundesverfassungsgericht den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis grundsätzlich selbst erhebt<sup>9</sup>, unterwirft die Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht dem Untersuchungsgrundsatz. Danach hat das Gericht die Wahrheit von Amts wegen, also selbstinitiativ und -tätig zu erforschen.<sup>10</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat demnach nicht nur die Kompetenz<sup>11</sup>, sondern auch die Verpflichtung zu selbständiger Wahrheitserforschung.

<sup>7</sup> So BVerfGE 18, 85 (92), wenn nicht von den Gerichten spezifisches Verfassungsrecht – hier also die Verfahrensgrundrechte wie das Prinzip rechtlichen Gehörs oder aber das Willkürverbot – verletzt wurde.

<sup>8</sup> Vgl. etwa auch § 33 Abs. 2 BVerfGG.

<sup>9</sup> Vgl. aber auch § 26 Abs. 1 Satz 2 sowie § 33 Abs. 2 BVerfGG.

<sup>10</sup> BVerfGE 15, 249 (253).

<sup>11</sup> *Arndt* NJW 1962, 784 (785).

Die Beweisaufnahme vor dem Bundesverfassungsgericht bedarf dabei keiner förmlichen Anordnung durch Beweisbeschluss,<sup>12</sup> sie erfolgt durch alle prozessualen Mittel der Sachaufklärung, also richterlichen Augenschein, Urkundsbeweis, Vernehmung von Zeugen<sup>13</sup> und Beteiligten sowie Sachverständigenbeweis.<sup>14</sup> Ob neben diesen Strengbeweisverfahren auch Raum für den sog. Freibeweis bleibt – etwa bei der Ermittlung der verfassungsprozessualen Sachentscheidungs Voraussetzungen<sup>15</sup> – bleibt in Rechtsprechung und Literatur unerörtert. Nicht zur Beweiserhebung gezählt werden die Tatsachenerhebung durch Stellungnahmen Dritter gemäß § 27a BVerfGG<sup>16</sup> sowie bei Legislative und Exekutive eingeholte Äußerungen über die Praxis von Parlamenten und Behörden. Hinsichtlich der Vorlage von Urkunden durch Private sind die §§ 422, 429 ZPO entsprechend heranzuziehen, bei Urkunden in Behördenhand greift das Amtshilfegebot (§ 27 BVerfGG).

Die Beweiserhebung durch das Bundesverfassungsgericht muss, einem allgemeinen Prozessrechtsgrundsatz folgend<sup>17</sup>, in mündlicher Verhandlung durchgeführt werden.<sup>18</sup>

Selbst förmliche Beweisanträge der Beteiligten werden dabei lediglich als Beweisanregungen<sup>19</sup> verstanden, die nicht förmlich beschieden werden müssen,<sup>20</sup> in den Entscheidungsgründen aber zu behandeln sind.<sup>21</sup>

Der so verstandene Untersuchungsgrundsatz koppelt demnach die Wahrheitserforschung in seinem Ausgangspunkt von den Beteiligten ab. Allerdings sichert die an den Rahmen der mündlichen Verhandlung gebundene Beweiserhebung deren Einfluss- und Stellungnahmemöglichkeit hinreichend; zudem gebietet der auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren einschlägige

<sup>12</sup> BVerfGE 96, 217 (220).

<sup>13</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 11. Die Vernehmung von Zeugen durch das Bundesverfassungsgericht ist etwa im Riga-Beschluss (BVerfGE 17, 224 (226)) oder im Spiegel-Urteil (BVerfGE 20, 162 (214)) vorgekommen.

<sup>14</sup> § 27 BVerfGG regelt ergänzend die Rechts- und Amtshilfe durch Gerichte und Verwaltungsbehörden, § 28 BVerfGG die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, § 29 BVerfGG Einzelheiten zum Beweistermin.

<sup>15</sup> Vgl. dazu für den ebenfalls dem Untersuchungsgrundsatz unterliegenden Strafprozess *Meyer-Gößner* StPO, 50. Aufl. 2007, § 244 Rn. 7 und 9.

<sup>16</sup> A.A. *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3514), der unscharf von „Beweisaufnahmen im weiteren Sinne“ spricht.

<sup>17</sup> Vgl. §§ 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO, 96 Abs. 1 VwGO.

<sup>18</sup> *Zöbele/Dollinger* in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 16; *F. Klein* in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 25. EL März 2006, § 26 Rn. 11; dagegen nur *Leibholz/Rupprecht* BVerfGG, 1968, § 26 S. 88; zum sog. Erörterungstermin vgl. BVerfGE 107, 339 (349, 352).

<sup>19</sup> BVerfGE 68, 1 (43 ff.).

<sup>20</sup> *Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, 22.

<sup>21</sup> Vgl. etwa BVerfGE 68, 1 (111).

Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG die Anhörung der Beteiligten vor einer Verwertung gerichtlich erhobener Tatsachen.<sup>22</sup>

Die Richter entscheiden dabei – auf Basis der richterlichen Würdigung<sup>23</sup> des gesamten schriftlichen und mündlichen Vortrags einschließlich Anhörungen und Stellungnahmen (§ 27, § 27a BVerfGG) sowie des Ergebnisses der Beweisaufnahme (§ 26 BVerfGG) mitsamt der nicht beweisbedürftigen weil offenkundigen gerichts- und allgemeinbekannten Tatsachen – nach ihrer freien Überzeugung (§ 30 Abs. 1 Satz 1); diese bezieht sich stets auf das Ergebnis einer Beweisaufnahme und kann nicht etwa verfassungsgerichtliche Tatsachenfeststellungen durch einen ‚schöpferischen Akt richterlicher Unabhängigkeit‘ ersetzen.<sup>24</sup>

## 2. Begrenzungen des verfassungsprozessrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes

Dem Untersuchungsgrundsatz des § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG treten weitere gesetzliche Regelungen zur Seite, etwa § 23 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz BVerfGG, wonach der Antragsteller die erforderlichen Beweismittel anzugeben hat. Ihm stehen allerdings auch Bestimmungen des BVerfGG gegenüber, die im Ergebnis zum Ausbleiben verfassungsgerichtlicher Tatsachenfeststellungen führen können.

a) Dieses Ausbleiben verfassungsgerichtlicher Tatsachenfeststellungen kann insbesondere die Folge von je nach Verfahrensart unterschiedlich ausgeprägten<sup>25</sup> Substantiierungs- oder Beibringungslasten der Verfahrensbeteiligten (§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG) sein.<sup>26</sup> Solche extern erbrachten Begründungsleistungen sollen das Bundesverfassungsgericht gerade von eigenen Ermittlungsbemühungen entlasten und zugleich eine zuverlässige Grundlage für die weitere Behandlung des Antrags schaffen.<sup>27</sup> Daher müssen in der Begründungsschrift der entscheidungserhebliche Sachverhalt substantiiert vorgetragen<sup>28</sup> sowie die aus Sicht des Antragstellers wesentlichen rechtlichen Erwägungen<sup>29</sup> dargelegt werden. Die Begründungsschrift muss sodann aus sich heraus, insbesondere ohne Beiziehung weiterer Akten, verständlich und vollständig sein.

<sup>22</sup> Dazu BVerfGE 48, 185 (203) – Sondervotum *Hirsch*.

<sup>23</sup> Dazu instruktiv BVerfGE 93, 248 (abw. Meinung *Sommer*).

<sup>24</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, 459.

<sup>25</sup> BVerfGE 24, 252 (258); dazu *F. Klein* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 23 Rn. 3.

<sup>26</sup> *Brink* in: Pieroth (Hrsg.), BVerfGG, Online-Kommentar lexis nexis, § 23 Rn. 11 ff.

<sup>27</sup> Auch bzgl. der Zulässigkeit des Antrags, vgl. BVerfGE 15, 288 (292).

<sup>28</sup> BVerfGE 24, 252 (258).

<sup>29</sup> *Lechner/Zuck* BVerfGG, § 23 Rn. 11.

b) Andere Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes sind speziellerer Natur: So kann gemäß § 26 Abs. 2 BVerfGG auf Grund eines Beschlusses mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen des Gerichts die Beiziehung einzelner Urkunden unterbleiben, wenn ihre Verwendung mit der Staatssicherheit unvereinbar ist.<sup>30</sup> Einschlägig ist diese Bestimmung bei Streitgegenständen aus dem Bereich der Bekämpfung organisierter Kriminalität und verfassungsfeindlicher politischer Parteien sowie bei Verfahren, bei denen die Tätigkeit von Verfassungsschutz und Bundesnachrichtendienst im Blick steht.<sup>31</sup>

c) Auch der in § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG niedergelegt Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme kennt Ausnahmen: Außerhalb der mündlichen Verhandlung kann ein mit der Beweisaufnahme betrauter Bundesverfassungsrichter des erkennenden Senats als beauftragter Richter tätig werden (§ 26 Abs. 1 Satz 2 1. Var. BVerfGG). Er wird aus Gründen der Zeitersparnis per Beschluss eingesetzt.<sup>32</sup> Auch kann einem ersuchten Richter, der Mitglied eines anderen Gerichts ist, die Beweiserhebung unter genauer Bestimmung des Beweisthemas übertragen werden (§ 26 Abs. 1 Satz 2 2. Var. BVerfGG).

d) In weiterer Durchbrechung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme<sup>33</sup> kann das Bundesverfassungsgericht nach § 33 Abs. 2 BVerfGG seiner Entscheidung tatsächliche Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils<sup>34</sup> zugrunde legen, wenn diese in einem an die Grundsätze der Amtsermittlung gebundenen Verfahren gewonnen wurden – etwa in straf- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Auch die nur teilweise Übernahme der tatsächlichen Feststellungen eines anderen Urteils ist möglich,<sup>35</sup> die Befugnis zu selektiver Übernahme, ergänzt um eigene Beweiserhebungen, folgt schon aus § 26 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG.<sup>36</sup> Eine Umwertung übernommener Tatsachenfeststellungen ist demgegenüber unstatthaft.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Wenn also der Verfassungsstaat Bundesrepublik Deutschland, seine Glieder oder zentralen Einrichtungen in Bestand oder Funktionsfähigkeit gefährdet sind, *Zöbele/Dollinger* in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 18; zu außenpolitischen Geheimnissen vgl. BVerfGE 6, 309 (323).

<sup>31</sup> Während nach § 26 Abs. 2 mit Zweidrittelmehrheit (sechs Stimmen) von der Erhebung des Urkundenbeweises abgesehen werden kann, *F. Klein* in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 25. EL März 2006, § 26 Rn. 13; *Zöbele/Dollinger* in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 20, erlaubt § 28 Abs. 2 Satz 2 mit derselben Mehrheit Sperrerkklärungen für Zeugen und Sachverständige zu durchbrechen.

<sup>32</sup> Zur Grenze vgl. § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

<sup>33</sup> Dazu *F. Klein* in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu*, BVerfGG, § 33 Rn. 7.

<sup>34</sup> Oder Beschlusses, vgl. *Leibholz/Rupprecht* BVerfGG, § 33 S. 125.

<sup>35</sup> A.A. *Lechner/Zuck* BVerfGG, § 33 Rn. 5; *Geiger* BVerfGG, § 33 S. 124; *F. Klein* in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu*, BVerfGG, § 33 Rn. 8.

<sup>36</sup> So auch *Brede* in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, § 33 Rn. 21.

<sup>37</sup> *Geiger* BVerfGG, § 33 S. 124; *Lechner/Zuck* BVerfGG, § 33 Rn. 5.

Die Möglichkeit der Übernahme von Tatsachenfeststellungen findet jedoch dort ihre Grenze, wo die Intensität gerichtlicher Tatsachenermittlung selbst grundrechtsrelevant ist<sup>38</sup> – insbesondere wenn sie selbst zum Angriffsgegenstand der Verfassungsbeschwerde gemacht wurde. Ergeben sich im Verfahren wesentliche Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Grundlage einer angegriffenen Entscheidung, so muss das Bundesverfassungsgericht den Sachverhalt ebenfalls selbst aufklären.<sup>39</sup> Nicht ausdrücklich geklärt ist dabei die Frage, ob es eine Bindung des Bundesverfassungsgerichts an von Fachgerichten verfahrensrechtlich korrekt festgestellte Sachverhalte gibt, etwa aus dem Gedanken des spezifisch verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs dieses Gerichts.<sup>40</sup> Zum einen gilt dieser Maßstab nur „grundsätzlich“<sup>41</sup> und in Abhängigkeit von der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung.<sup>42</sup> Der Schluss, § 26 BVerfGG komme erst dann zum Tragen, wenn die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung willkürlich erfolgte, wird ersichtlich von niemandem gezogen. Bryde<sup>43</sup> merkt dazu an, ein Verbot verfassungsgerichtlicher Tatsachenfeststellung sei nicht nur schwer begründbar, sondern angesichts §§ 26, 33 Abs. 2 BVerfGG sogar *contra legem*. Eine augenscheinlich notwendige Differenzierung danach, ob die fachgerichtliche Ermittlung der „prozessualen Wahrheit“ nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime oder in Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz erfolgte, kann hier ebenfalls nur als Merkposten festgehalten werden.

e) Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Kompetenz zu selbständiger Wahrheitserforschung,<sup>44</sup> billigt dabei aber den anderen Verfassungsorganen je eigene Einschätzungs-, Prognose und Beurteilungsspielräume zu.<sup>45</sup> Einer selbsttätigen Tatsachenerhebung durch das Bundesverfassungsgericht kann daher entgegenstehen, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt bereits durch andere öffentliche Stellen verbindlich festgestellt wurde. Andererseits ist das Bundesverfassungsgericht bei einer eigenständigen Beweiserhebung nicht an Prognosen oder Einschätzungen anderer Verfassungsorgane, etwa des Gesetzgebers, gebunden.<sup>46</sup>

f) An den Grenzen richterlicher Wahrheitserforschung schließlich bleibt eine objektive Beweislast bestehen, wonach die Nichterweislichkeit einer

<sup>38</sup> Wie etwa im Asylrecht; vgl. auch BVerfG EuGRZ 1997, 502 ff.

<sup>39</sup> *Ossenbühl* in: BVerfG und GG, I (1976), S. 495.

<sup>40</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 1, 418 (420); vgl. auch BVerfGE 18, 85 (92).

<sup>41</sup> BVerfGE 49, 304 (314).

<sup>42</sup> St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 75, 369 (376).

<sup>43</sup> *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (548).

<sup>44</sup> *Arndt* NJW 1962, 784 (785).

<sup>45</sup> St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 38, 61 (88).

<sup>46</sup> *Brink* in: Pieroth (Hrsg.), BVerfGG, Online-Kommentar lexis nexis, § 26 Rn. 1.

Tatsache sich im Ergebnis zum Nachteil eines Beteiligten – in aller Regel des Antragstellers – auswirkt.<sup>47</sup>

### III. § 26 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Beweiserhebungen sind grundsätzlich nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts. Auf diese griffige Formel lassen sich die insgesamt nur spärlichen Äußerungen des Gerichts<sup>48</sup> zu § 26 BVerfGG bringen: „Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die von den zuständigen Gerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.“<sup>49</sup>

Als paradigmatisch kann die Aussage des Gerichts gelten, § 26 BVerfGG müsse „sinnvoll und ökonomisch gehandhabt werden“<sup>50</sup> – was immer so verstanden wurde, dass es Aufgabe der Fachgerichte sei, das Bundesverfassungsgericht mit einer hinreichenden Tatsachengrundlage zu versorgen: „Es würde zu einer Verkehrung der Aufgaben der Gerichte führen, wollte das vorliegende Gericht mit allgemeinen Ausführungen dieser seiner Aufgabe ausweichen und sie auf das Bundesverfassungsgericht abwälzen, dem in erster Linie die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen, nicht die Ermittlung von Tatsachen aufgegeben ist.“<sup>51</sup>

Auch die Verfassungsrichter selbst verstanden § 26 BVerfGG weniger als Pflichtprogramm (auch verfassungs-)richterlicher Tätigkeit, denn als Kür: Das Bundesverfassungsgericht – so sein dienstältester Richter Willi Geiger – sei „völlig Herr aller Entscheidungen, die die Beweiserhebung und ihre Grenzen betreffen. Es selbst und allein bestimmt, was es sich im Wege einer Beweisaufnahme beschaffen will.“<sup>52</sup> Unterstützt wurde das Gericht bei dieser Sichtweise auch von Äußerungen von wissenschaftlicher Seite, wonach der Gesetzgeber mit § 26 BVerfGG „dem Bundesverfassungsgericht einen ‚Blankoscheck‘ für Tatsachenermittlungen ausgestellt“<sup>53</sup> habe.

Will man dem Gericht nicht Unrecht tun, so wird man ihm allerdings zugestehen müssen, dass es in der Vergangenheit auch nur sehr selten im

<sup>47</sup> *Brink* in: Pieroth (Hrsg.), BVerfGG, Online-Kommentar lexis nexis, § 26 Rn. 3.

<sup>48</sup> Vgl. etwa BVerfGE 8, 222 (227).

<sup>49</sup> BVerfGE 34, 384 (397), sog. Baader-Meinhof-Beschluss, der aufgrund seiner politischen Brisanz allerdings nur bedingt verallgemeinerungsfähig sein dürfte. Als begründungslos ist diese These auch durchweg kritisch aufgenommen worden, vgl. etwa *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 494 m.w.N.

<sup>50</sup> BVerfGE 17, 135 (138 f.).

<sup>51</sup> BVerfGE 17, 135 (138 f.).

<sup>52</sup> *Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, S. 22.

<sup>53</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 12.

Rahmen solcher Verfahrensarten angerufen wurde, bei denen eine Beweiserhebung zum Standardprogramm gerichtlicher Tätigkeit zählt. Damit ist eine Differenzierung nach Verfahrensarten<sup>54</sup> angesprochen, welche augenscheinlich beweisrelevante Gegenstände mit „strafprozessualen Charakter“ (auch „erstinstanzliche“ Verfahren genannt<sup>55</sup>) von den übrigen Verfahren des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet.<sup>56</sup>

### 1. „Erstinstanzliche“ Verfahren

Zu diesen „beweisanfälligen Verfahren“<sup>57</sup> zählen die Präsidentenanklage (Art. 61 GG), die Richteranklage (Art. 98 Abs. 2 GG), das Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG), das Verfahren zur Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) und – mit gewissen Abstrichen – das Wahlprüfungsverfahren (Art. 41 GG). Im Ergebnis nicht anders zu behandeln sind unter dem hier zu behandelnden Blickwinkel die kontradiktorischen Streitverfahren,<sup>58</sup> also Organ- und Bund-Länder-Streite.

Aus der Rechtsprechungspraxis zu diesen Verfahrensarten lässt sich „mangels Masse“ nur wenig zum Thema Beweiserhebung sagen. Einzig die bisherigen Parteiverbotsverfahren (SRP<sup>59</sup>, KPD<sup>60</sup>, NPD<sup>61</sup>) geben einen gewissen Aufschluss: Generelle Aussagen zur verfassungsgerichtlichen Beweiserhebung finden sich in diesen Verfahren nicht, in der Sache beschränkte sich das Gericht auf die Erhebung von Urkunden- und Zeugenbeweisen.<sup>62</sup> Zum NPD-Verbotsverfahren ist allerdings anzumerken, dass es gerade Aufklärungsschwierigkeiten waren, die letztlich zum Prozessabbruch führten.<sup>63</sup> Das Gericht sah sich angesichts „doppelfunktionaler“ Verbindungspersonen im Vorstand der NDP<sup>64</sup> nicht in der Lage, die Ermittlung verlässlichen Tatsachenmaterials in rechtsstaatlicher Weise vorzunehmen.<sup>65</sup> Für diese aus fachgerichtlicher, insbesondere strafprozessualer Sicht, sicherlich nicht unge-

<sup>54</sup> *Weber-Grellet* Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1979, S. 29, der allerdings desillusioniert anmerkt: „Eine allgemeine Regel lässt sich nicht aufstellen.“

<sup>55</sup> *Zöbele/Dollinger* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 10.

<sup>56</sup> Vgl. dazu *Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, 23.

<sup>57</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 474.

<sup>58</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 475.

<sup>59</sup> BVerfGE 2, 1.

<sup>60</sup> BVerfGE 5, 85.

<sup>61</sup> BVerfGE 107, 339.

<sup>62</sup> BVerfGE 2, 1 (8); 5, 85 (107 ff.).

<sup>63</sup> BVerfGE 107, 339 (360 ff.).

<sup>64</sup> BVerfGE 107, 339 (368).

<sup>65</sup> BVerfGE 107, 339 (371).

wöhnliche Aufgabenstellung, die Glaubhaftigkeit von Aussagen potenzieller V-Leute zu würdigen, fand sich keine gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 BVerfGG hinreichende Mehrheit im 2. Senat.<sup>66</sup>

Aber aus der bereits erwähnten, nur geringen Fallzahl solcher „erstinstanzlicher“ Verfahren kann wohl kaum auf den Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit Tatsachenfeststellungen im Allgemeinen geschlossen werden. Dies wird eher aus den zahlenmäßig wesentlich stärker vertretenen Verfahren der Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde möglich sein.

## 2. Abstrakte Normenkontrolle

Gegenstand der Beweiserhebung bei Normenkontrollen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sind regelmäßig nicht Einzeltatsachen, also reale Sachverhalte, die einen individuellen, einmaligen Vorgang in der Lebenswirklichkeit betreffen und die regelmäßig Gegenstand der Beweiserhebung durch die Fachgerichte sind.<sup>67</sup> Im Zentrum des Erkenntnisinteresses stehen hier vielmehr so genannte legislative facts<sup>68, 69</sup> also Tatsachen, die sich auf allgemeine Sachverhalte, auf eine Klasse von Menschen oder Sachen<sup>70</sup> beziehen und die dem Erlass vor allem von Rechtsnormen zugrunde liegen.<sup>71</sup> Hierzu zählen beispielsweise gesellschaftliche oder wirtschaftlichen Umstände und Wirkungszusammenhänge, von denen der Gesetzgeber bei der Gesetzesberatung ausging. Soweit es dabei um dynamische Prozesse geht, spielen in diesem Kontext auch Prognosen eine wichtige Rolle.<sup>72</sup> Nach der empirisch fundierten Analyse Philipppis, welche die ersten 25 Bände der Amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts umfasst (1951 bis 1969), stellte das Bundesverfassungsgericht in 208 Entscheidungen 269 generelle Tatsachen (legislative facts)<sup>73</sup> etwa zur Verschiedenheit männlicher und weiblicher Homosexualität, zur Zweckentfremdung von Bausparsummen oder zur Änderung der politischen Struktur der Beamtenverhältnisse im Dritten Reich fest, von denen sich mehr als jede vierte Tatsachenfeststellung als eine Prognose erweist.<sup>74</sup>

<sup>66</sup> BVerfGE 107, 339 (360).

<sup>67</sup> Definition angelehnt an *Kluth* NJW 1999, 3513 ff., 3514 f.; vgl. auch *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 6; *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 465.

<sup>68</sup> Dieser Begriff findet sich auch bei BVerfGE 77, 360 (362).

<sup>69</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 10.

<sup>70</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 7.

<sup>71</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 466.

<sup>72</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 466.

<sup>73</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 10.

<sup>74</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 2, 193.

Im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des angegriffenen Gesetzes – insbesondere hinsichtlich der einschlägigen Gesetzgebungskompetenz und der verhältnismäßigen Zweck-Mittel-Relation der Regelung – kommt das Bundesverfassungsgericht nicht umhin, sich mit den Annahmen des Gesetzgebers zur Lebenswirklichkeit und deren Wirkungszusammenhängen sowie mit den darauf fußenden legislatorischen Wertungen auseinander zu setzen.<sup>75</sup> Im Rahmen von Normenkontrollverfahren könnte das Bundesverfassungsgericht seiner Aufgabe als „Hüter der Verfassung“ und insbesondere der Grundrechte auch gar nicht gerecht werden,<sup>76</sup> wenn es an tatsächliches Vorbringen der Prozessbeteiligten gebunden wäre und insbesondere gesetzgeberische Annahmen schlicht akzeptieren und seine hierauf gestützten Maßnahmen als unvermeidbare Beschränkungen der Grundrechte hinnehmen müsste.<sup>77</sup> Bei der Normenkontrolle zählt die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers demnach „zum essentiellen Bestandteil der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz“<sup>78</sup>.

Einem hier nahe liegenden Konflikt zwischen den Verfassungsorganen weicht das Bundesverfassungsgericht allerdings regelmäßig dadurch aus, dass es seinen verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab eingrenzt: Dem Gesetzgeber wird ein weitgehender Einschätzungsspielraum bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdungen des Allgemeinwohls zugebilligt,<sup>79</sup> der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann<sup>80</sup> (wenngleich sich auch Beispiele für eine alles andere als restriktive Kontrolle finden lassen)<sup>81</sup>. Der angenommene Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> Kluth NJW 1999, 3513 ff. (3515).

<sup>76</sup> Kluth NJW 1999, 3513 ff. (3514); Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 495.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 6, 389 (398 ff.).

<sup>78</sup> Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 469.

<sup>79</sup> BVerfGE 38, 61 (88); vgl. zuletzt das Urteil zu den Nichtraucherschutzgesetzen der Länder, BVerfG NJW 2008, 2409 ff. (2412) m.w.N.

<sup>80</sup> Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 498.

<sup>81</sup> Vgl. etwa BVerfGE 39, 1; in diesem Sinne auch Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 499.

<sup>82</sup> Vgl. BVerfGE 77, 84 (106); 110, 141 (157 f.); 117, 163 (183).

Das Bundesverfassungsgericht steht demnach auch im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle die Kompetenz zu selbständiger Wahrheitsforschung<sup>83</sup> zu, es ist an Prognosen oder Einschätzungen anderer Verfassungsorgane, etwa des Gesetzgebers, nicht gebunden. An die Stelle einer eigenständigen verfassungsgerichtlichen Erhebung von Tatsachen zum Verfahrensgegenstand, der umstrittenen gesetzlichen Regelung, treten jedoch regelmäßig Ermittlungen des Gerichts zur Einhaltung der „Spielräume“ bei der Tatsachenfeststellung durch den Gesetzgeber. Mithin verlagert sich die verfassungsgerichtliche Prüfung auf eine „zweite Ebene“, aus Tatsachenfragen werden also Kompetenzfragen.<sup>84</sup> Gepaart mit der zurückgenommenen Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts hat das Gericht auf diese Weise die Bedeutung von Tatsachenfeststellungen erheblich reduziert – und damit zugleich das Risiko eigener fehlerhafter Tatsachenfeststellungen erheblich minimiert.

### 3. Vorlageverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG)

Geprägt wurde der verfassungsgerichtliche Umgang mit Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG – der ohnehin aufgrund der ganz erheblichen Anforderungen an die fachgerichtliche Begründungsleistung von vielen Instanzrichtern kritisch betrachtet wird<sup>85</sup> – von einigen frühen Entscheidungen, die gerade hinsichtlich der „Last der Tatsachenfeststellung“ sehr eindeutige Arbeitsverteilungen vornahmen.<sup>86</sup> So wurden Vorlagen der Fachgerichte wegen ‚unzulänglicher‘ Tatsachengrundlagen als unzulässig behandelt:

„Auf Grund eines so wenig gesicherten Tatsachenmaterials kann das Bundesverfassungsgericht die von ihm erbetene verfassungsrechtliche Entscheidung nicht treffen. Zwar könnte es nach § 26 Abs. 1 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis selbst erheben. Jedoch muß diese Vorschrift im Verfahren der Normenkontrolle auf Vorlage eines Gerichts (Art. 100 Abs. 1 GG) sinnvoll und ökonomisch gehandhabt werden. Wenn ein Gericht, das nach seiner Stellung im Aufbau der Gerichte gerade dazu berufen ist, die für die Rechtsfindung erheblichen Tatsachen zu ermitteln, und dem die Rechtsordnung hierzu die prozessualen Mittel zur Verfügung stellt, dem Bundesverfassungsgericht einen Tatsachenkomplex zur rechtlichen Beurteilung unterbreitet, so darf es sich auch nicht unter Berufung auf seine aus freier Beweiswürdigung geschöpfte richterliche Überzeugung mit einem summarischen Hinweis begnügen; vielmehr muß es unter Abwägung des Für und Wider zu einer exakten Tatsachenfeststellung gelangen und in einer für das Bundesverfassungsgericht nachprüfbarer Weise im einzelnen die Tatsachen und Erwägungen angeben, die für seine Überzeugung maßgebend gewesen sind.

<sup>83</sup> *Arndt* NJW 1962, 784 (785).

<sup>84</sup> *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3515).

<sup>85</sup> Dort hat sich das resignative Bonmot durchgesetzt: „Vorlagen sind unzulässig!“

<sup>86</sup> BVerfGE 17, 135 (138 f.); vgl. auch BVerfGE 18, 186 (192).

*Es würde zu einer Verkehrung der Aufgaben der Gerichte führen, wollte das vorlegende Gericht mit allgemeinen Ausführungen dieser seiner Aufgabe ausweichen und sie auf das Bundesverfassungsgericht abwälzen, dem in erster Linie die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen, nicht die Ermittlung von Tatsachen aufgegeben ist.*“ (BVerfGE 17, 135 (138 f.)); (Hervorhebung nicht im Original)

Diese „sinnvolle und ökonomische“ Handhabung des § 26 BVerfGG kann als paradigmatisch für den Umgang des Gerichts mit Beweiserhebungen gelten, gleiches gilt für die Aufgabenbeschreibung in eigener Sache, wonach dem höchsten Gericht „in erster Linie die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen, nicht die Ermittlung von Tatsachen aufgegeben ist“.

Diese frühe Linie führte das Gericht ungebrochen fort, Vorlagen in konkreten Normenkontrollverfahren mit „unzureichenden“ Tatsachenfeststellungen wurden grundsätzlich als unzulässig gewertet.<sup>87</sup> Gleichzeitig übt das Bundesverfassungsgericht auch bei zulässigen Richtervorlagen jene bereits im Zusammenhang mit der abstrakten Normenkontrolle dargelegte „Zurückhaltung bei der Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen“,<sup>88</sup> wenn es gesetzgeberische Prognosen nur auf Vertretbarkeit, nicht aber auf ihre Richtigkeit hin überprüft. Insgesamt ergibt sich so ein Bild großer Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der Erhebung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen.<sup>89</sup>

#### 4. Verfassungsbeschwerdeverfahren

##### a) Urteilsverfassungsbeschwerde

In Verfassungsbeschwerdeverfahren stellt schon der Grundsatz der Subsidiarität (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG) sicher, dass dem Bundesverfassungsgericht fachgerichtlich erhobenes Tatsachenmaterial zur Verfügung steht.<sup>90</sup> Im Zusammenspiel mit den Substantiierungspflichten des Beschwerdeführers aus §§ 93 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG – dieser muss die angegriffenen oder entscheidungsrelevanten fachgerichtlichen Entscheidungen seiner Verfassungsbeschwerde beifügen<sup>91</sup> – verfügt das Verfassungsgericht so über Tatsachenfeststellungen der Fachgerichte, auf die es

<sup>87</sup> Zu diesen Maßgaben vgl. BVerfGE 79, 256 (264 f.); aus der Kammerrechtsprechung vgl. BVerfG NVwZ 1994, 894 (895 f.).

<sup>88</sup> Benda/E. Klein Verfassungsprozessrecht, Rn. 263.

<sup>89</sup> Mit anderer Tendenz allerdings Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 490 m.w.N., der insbesondere neueren Entscheidungen entnehmen will, dass das BVerfG die Ermittlung und Beurteilung von legislative facts auch im konkreten Normenkontrollverfahren als seine Aufgabe betrachtet und entsprechend verfährt.

<sup>90</sup> BVerfGE 8, 222 (227).

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 88, 40 (45); 93, 266 (288).

zurückgreifen kann. Diesen Weg eröffnet auch § 33 Abs. 2 BVerfGG, der ausdrücklich die auf nach dem Amtsermittlungsgrundsatz erhobenen tatsächlichen Feststellungen rechtskräftiger Urteile erschließt<sup>92</sup> – und vom Bundesverfassungsgericht allenfalls noch eine Plausibilitätskontrolle erwartet.<sup>93</sup> Das Bundesverfassungsgericht kann sich in dieser Situation also grundsätzlich auf „bereitetes Terrain“ begeben.

Das Gericht tut allerdings noch ein Zweites und schränkt – wiederum über die Definition des eigenen Prüfungsmaßstabs – die Notwendigkeit eigener Tatsachenfeststellungen weiter ein. Die seit dem 1. Entscheidungsband geläufige Formel vom der Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf die „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“<sup>94</sup> hat zur Folge, dass die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes „nach wie vor grundsätzlich allein“ Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen ist.<sup>95</sup> Anders ist dies nur dann, wenn von den Gerichten spezifisches Verfassungsrecht – insbesondere das Prinzip rechtlichen Gehörs oder das Willkürverbot – verletzt wurde. Nur wenn dies der Fall ist, erforscht das Bundesverfassungsgericht selbst die Wahrheit. Das Bundesverfassungsgericht betrachtet sich selbst also auch in Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht als „Superberufungsinstanz“.<sup>96</sup>

Ob daraus der Schluss zu ziehen ist, dass die Richtigkeit der Tatsachenermittlung und der Beweiswürdigung für sich genommen keine spezifisch verfassungsrechtliche Forderung darstellt,<sup>97</sup> scheint mit Blick auf das Gebot effektiven Grundrechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG<sup>98</sup> allerdings zweifelhaft, denn effektiver Grundrechtsschutz kann nur auf Basis zutreffender Tatsachenfeststellungen erfolgen.

Verfassungsrechtliche Maßgaben für die fachgerichtliche Tatsachenermittlung können sich auch aus dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG ergeben, welches auch für die Feststellungen der Tatsachengerichte gilt;<sup>99</sup> zum spezifischen Verfassungsrecht zählen auch jene Einzelgrundrechte, deren Ausstrahlungswirkung die fachgerichtliche Tatsachenermittlung beeinflussen.<sup>100</sup>

<sup>92</sup> Vgl. etwa BVerfGE 74, 44 (49).

<sup>93</sup> *Klein* in: Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, BVerfGG, 3. Aufl. (1998), § 33 Rn. 8.

<sup>94</sup> Vgl. BVerfGE 1, 418 (420).

<sup>95</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 1, 418 (420); vgl. auch BVerfGE 18, 85 (92).

<sup>96</sup> *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3517).

<sup>97</sup> So aber *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3517).

<sup>98</sup> Vgl. BVerfGE 52, 131 (156 f.); 70, 297 (308).

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 34, 384 (397); 57, 250 (273).

<sup>100</sup> Vgl. für Art. 5 Abs. 1 und 3 GG etwa BVerfGE 43, 130 (140); 67, 213 (228 f.); 93, 266 (295) zur fachrichterlichen Würdigung von Meinungsäußerungen; für Art. 6 GG vgl. BVerfGE 34, 165 (184); 60, 79 (94).

Jedenfalls aber prüft das Bundesverfassungsgericht diese Tatsachenfeststellungen nicht von Amts wegen, sondern unterzieht sie nur dann der Prüfung, wenn die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen der Fachgerichte oder die Reichweite gerichtlicher Tatsachenermittlungen<sup>101</sup> als Verletzung spezifischen Verfassungsrechts gerügt wird. Die Prüfungsintensität macht das Bundesverfassungsgericht dabei auch von der Eingriffintensität der gerügten Grundrechtsverletzung abhängig.<sup>102</sup> Auch hinsichtlich einer solchen Rüge der verfassungswidrigen fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung gilt im Übrigen der Grundsatz der Subsidiarität,<sup>103</sup> wonach auch hiergegen zunächst alle fachgerichtlichen Rechtsbehelfe auszuschöpfen sind.

Wird aber die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung in zulässiger Weise im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt, so ist das Bundesverfassungsgericht auch „Tatsacheninstanz“ und erhebt selbst Beweis – wenngleich es im Falle verfassungsrechtlich unhaltbarer Feststellungen nicht in der Sache selbst entscheiden kann, sondern wie ein Revisionsgericht das Fachgericht aufhebt und die Sache zurückverweist.<sup>104</sup>

In Bezug auf verfassungsgerichtliche Beweisaufnahmen wird hier allerdings ein Wandel konstatiert. Während das Bundesverfassungsgericht in den Anfangsjahren auch bei Verfahren mit vorausgegangener Tatsacheninstanz in nicht unerheblichem Umfang selbst Beweise erhob (vgl. z.B. BVerfGE 4, 412 (415)), beschränkte es sich später immer mehr auf den Sachverständigenbeweis.<sup>105</sup>

In der Verfahrenspraxis des Bundesverfassungsgerichts spielen dabei „interne Ermittlungsansätze“ eine erhebliche Rolle. Diese Praxis wird von der Überzeugung getragen, dass Beweiserhebung im Sinne eines förmlichen Verfahrens – insbesondere aufgrund eines Beweisbeschlusses des Senats – entbehrlich seien, soweit das Gericht im Wege der Einholung einer amtlichen Auskunft bei einer Behörde, bei einem Ministerium oder beim Parlament in den Besitz des Wissens gelangt, das für seine Entscheidung nötig ist.<sup>106</sup> Das zur Stützung dieser Vorgehensweise denkbare Argument, das Gericht gehe in solchen Fällen eben nicht nach Maßgabe des Streng-, sondern des Freibeweises vor, verfängt schon deswegen nicht, weil die Beweiserhebung in aller Regel nicht durch einen Richter, sondern durch einen seiner Mitarbeiter erfolgt. Das sprengt selbst die Grenzen des Freibeweisverfahrens.

<sup>101</sup> Etwa im Asylrecht; vgl. auch BVerfG, EuGRZ 1997, 502 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 42, 143 (149).

<sup>103</sup> Vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG; vgl. BVerfGE 77, 381 (401).

<sup>104</sup> Kluth NJW 1999, 3513 ff. (3516).

<sup>105</sup> Kluth NJW 1999, 3513 ff. (3514); vgl. zur Entwicklung *Bryde* in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff.

<sup>106</sup> So ausdrücklich der „altgediente“ Verfassungsrichter *Willi Geiger* in: *ders.* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, S. 23.

Diese Praxis sieht sich allerdings inzwischen der Kritik ausgesetzt; so bemängelt etwa Redeker, man finde doch „nicht ganz selten“ in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „Feststellungen, von denen man sich vergeblich fragt, wie das Gericht sie anhand streitigen Parteivorbringens hat treffen können“<sup>107</sup>. Hierzu zählt, neben der Einholung telefonischer Auskünfte bei Fachgerichten, teilweise sogar bei den Urhebern der streitbefangenen Entscheidungen, insbesondere auch die Beiziehung der Akten der Ausgangsverfahren.

Soweit dabei gewonnene Erkenntnisse in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwertet werden, stellen sich zwei Probleme: Zum einen erfolgen solche Sachverhaltsfeststellungen und Beweiserhebungen durch das Bundesverfassungsgericht – und um solche handelt es sich bei der Erhebung von Urkundsbeweisen und der Einholung von (sachverständigen) Zeugnissen<sup>108</sup> – nicht im Rahmen einer mündlichen Verhandlung; zum andern wird dem Beschwerdeführer in aller Regel kein rechtliches Gehör zum Ergebnis dieser Beweiserhebungen gewährt – er erfährt noch nicht einmal von ihnen, selbst nicht nachträglich, wenn seine Verfassungsbeschwerde ohne Gründe abschlägig beschieden wird. Der Einwand, der Beschwerdeführer habe sich ja selbst auch Einblick in die fachgerichtlichen Akten verschaffen können, verfängt nicht: Deren Relevanz wird ihm häufig nicht ohne weiteres klar sein; zudem erfolgten etwaige frühere Einsichtnahmen in die fachgerichtlichen Akten unter einfach-rechtlichem und gerade nicht unter verfassungsspezifischem Blickwinkel. Entscheidungsgrundlage kann aber nur sein, wozu alle Beteiligten sich zuvor äußern konnten.<sup>109</sup>

#### b) Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Gerade bei den nicht seltenen Rechtssatzverfassungsbeschwerden, die häufig auch neben Urteilsverfassungsbeschwerden erhoben werden und die gerichtliche Entscheidungsgrundlage auf diese Weise mittelbar angreifen, steht das Bundesverfassungsgericht vor der Problematik, gesetzgeberische Tatsachengrundlagen überprüfen bzw. eigene legislative facts erheben zu müssen. Diese Aufgabenstellung entspricht zwar derjenigen in Normenkontrollverfahren,<sup>110</sup> eröffnet allerdings das Zusatzproblem, dass der einzige Verfahrensbeteiligte, nämlich der Beschwerdeführer – anders als die Beteiligten am Organstreitverfahren oder bei der Richtervorlage – regelmäßig über keinerlei Einblick in den Gesetzgebungsvorgang verfügt und das Gericht sich somit vollständig auf die eigenständige Erschließung von Tatsachenquellen verwiesen sieht.

<sup>107</sup> Redeker NJW 1976, 2111 ff. (2113).

<sup>108</sup> BVerfGE 93, 248 (abw. Meinung Sommer).

<sup>109</sup> Lechner/Zuck BVerfGG, § 30 Rn. 4.

<sup>110</sup> So bereits Arndt NJW 1962, 783 ff. (784); Ossenbühl Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 491.

#### IV. Die Praxis der Beweiserhebung: Drei Beispiele

Diese notwendig abstrakten Überlegungen zur verfassungsgerichtlichen Tatsachenerhebung sollen an dieser Stelle um Beispiele aus der Beweiserhebungspraxis des Gerichts aus den letzten Jahren ergänzt werden. Auf diese Weise lässt sich ermessen, welche Bedeutung das Gericht der Tatsachenbasis eigener Judikate zuschreibt – und wo die Fallstricke des „höchstgerichtlichen“ Umgangs mit den Fakten liegen.

Bei der Auswahl der Fallbeispiele wurde nicht nach Exoten Ausschau gehalten, vielmehr wurden weithin bekannte und kontrovers diskutierte Entscheidungen gewählt: das Kopftuch-Urteil vom 24.09.2003<sup>111</sup>, das Tornado-Urteil vom 03.07.2007<sup>112</sup> sowie die Nichtrauchererschutz-Entscheidung vom 30.07.2008<sup>113</sup>.

##### a) Das Kopftuch-Urteil vom 24.09.2003

Die Beschwerdeführerin beehrte die Einstellung in den Schuldienst und wendete sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtlich bestätigte Entscheidung des Oberschulamts, ihre Berufung in ein Beamtenverhältnis als Lehrerin mit der Begründung abzulehnen, ihr fehle wegen der erklärten Absicht, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, die für das Amt erforderliche Eignung. Zur Begründung war ausgeführt worden,<sup>114</sup> das Kopftuch sei Ausdruck kultureller Abgrenzung und damit nicht nur religiöses, sondern auch politisches Symbol. Die mit dem Kopftuch verbundene objektive Wirkung kultureller Desintegration lasse sich mit dem Gebot der staatlichen Neutralität nicht vereinbaren.

Das Bundesverfassungsgericht hob die fachgerichtlichen Entscheidungen sowie die ablehnenden Verwaltungsbescheide wegen Eingriffs in die Rechte der Beschwerdeführerin aus Artikel 33 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 1 und 2 GG bei Fehlen einer erforderlichen, hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage auf.

Zur streitentscheidenden Tatsachenfrage der symbolischen Bedeutung des Kopftuchtragens stellte das Bundesverfassungsgericht fest,<sup>115</sup> das Tragen eines Kopftuchs sei nicht notwendig politisches Symbol, sondern mache lediglich die Zugehörigkeit der Beschwerdeführerin zur islamischen Religionsgemeinschaft und ihre persönliche Identifikation als Muslima deutlich.

<sup>111</sup> BVerfGE 108, 282 ff.

<sup>112</sup> BVerfGE 118, 244 ff.

<sup>113</sup> BVerfG in NJW 2008, 2409 ff.

<sup>114</sup> Vgl. BVerfGE 108, 282 (284).

<sup>115</sup> BVerfGE 108, 282 (294).

Auf Grundlage einer Beweiserhebung durch Anhörung verschiedener Sachverständiger kommt das Bundesverfassungsgericht zu folgenden Schlüssen:

„In jüngster Zeit werde im Kopftuch zwar verstärkt ein politisches Symbol des islamischen Fundamentalismus gesehen, das die Abgrenzung zu Werten der westlichen Gesellschaft, wie individuelle Selbstbestimmung und insbesondere Emanzipation der Frau, ausdrücke. Nach den auch in der mündlichen Verhandlung bestätigten tatsächlichen Feststellungen im fachgerichtlichen Verfahren sei das jedoch nicht die Botschaft, welche die Beschwerdeführerin mit dem Tragen des Kopftuchs vermitteln wolle.“ (BVerfGE 108, 282 (304))

Zugleich stelle es eine unzulässige Verkürzung dar, das Kopftuch als politisches Symbol kultureller Desintegration zu deuten. Dazu argumentiert das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

„Die in der mündlichen Verhandlung gehörte Sachverständige Frau Dr. Karakasoglu hat auf der Grundlage einer von ihr durchgeführten Befragung von etwa 25 muslimischen Pädagogikstudentinnen – davon zwölf Kopftuchträgerinnen – dargelegt, dass das Kopftuch von jungen Frauen auch getragen werde, um in einer Diasporasituation die eigene Identität zu bewahren und zugleich auf die Traditionen der Eltern Rücksicht zu nehmen; als Grund für das Tragen des Kopftuchs sei darüber hinaus der Wunsch genannt worden, durch ein Zeichen für sexuelle Nichtverfügbarkeit mehr eigenständigen Schutz zu erlangen und sich selbstbestimmt zu integrieren. (...) Auf der Grundlage der von der Sachverständigen geführten und ausgewerteten qualitativen Interviews lassen sich zwar keine repräsentativen Aussagen für alle in Deutschland lebenden Musliminnen treffen; die Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf.“ (BVerfGE 108, 282 (304 f.))

Gleichzeitig sei eine negativ beeinflussende Wirkung des Kopftuchtragens auf die Schüler nicht bewiesen:

„Der in der mündlichen Verhandlung dazu angehörte Sachverständige Professor Dr. Bliesener hat ausgeführt, dass es aus entwicklungspsychologischer Sicht derzeit noch keine gesicherten Erkenntnisse gebe, die eine Beeinflussung von Kindern allein durch die tägliche Begegnung mit einer Lehrerin belegen könnten, die in Schule und Unterricht ein Kopftuch trägt.“ (BVerfGE 108, 282 (306))

Die Annahme einer Dienstpflichtverletzung wegen befürchteter bestimmender Einflüsse des Kopftuchs auf die religiöse Orientierung der Schulkinder könne sich daher nicht auf gesicherte empirische Grundlagen stützen. Eine derart ungesicherte Erkenntnislage reiche als Grundlage einer behördlichen Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Eignung, die erheblich in das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eingreift, nicht aus.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> BVerfGE 108, 282 (306).

## Kritik

Die genauere Betrachtung dieser verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung ergibt ein interessantes Bild: Die offenkundig schmale Basis des Gerichts für belastbare empirische Befunde – die gerichtliche Auswahl des Sachverständigen bleibt unklar, die von den Sachverständigen erhobenen ‚Fallzahlen‘ (25 muslimischen Pädagogikstudentinnen, davon zwölf Kopftuchträgerinnen) sind äußerst dürftig – wird durch zielgenaue Definition des Zweckes der Tatsachenerhebung kompensiert: Das Bundesverfassungsgericht erhebt nicht den Anspruch, die Frage nach dem tatsächlichen Symbolgehalt des Kopftuchtragens zu klären, sondern es begnügt sich mit der nach verfassungsrechtlichen Maßstäben vorzunehmenden Beurteilung, ob die tätigen Staatsorgane für ihre Entscheidungen über eine ausreichende Tatsachengrundlage verfügten. Diese verfassungsgerichtliche Vorgehensweise, eine Tatsachenfrage zu einer (Verfassungs-)Rechtsfrage umzugestalten, ist bereits angesprochen worden (s.o. II. 2). Die verfassungsgerichtliche Beweiserhebung erfolgt in diesem Kontext zum Zwecke der Falsifikation<sup>117</sup> – zumindest der Entkräftung – behördlicher und gerichtlicher empirischer Annahmen – hier: das Kopftuch sei nicht nur religiöses, sondern auch politisches Symbol; auf das Wagnis eigener (kritisierbarer) Tatsachenfeststellungen lässt sich das Bundesverfassungsgericht also gar nicht ein. Eine solche Vorgehensweise wird man zumindest als äußerst geschickt bezeichnen müssen.

## b) Das Tornado-Urteil vom 03.07.2007

In diesem Organstreitverfahren stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Beschluss der Bundesregierung zur Entsendung von Tornado-Aufklärungsflugzeugen nach Afghanistan nicht die Rechte des Deutschen Bundestags aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art 24 Abs. 2 GG verletzte. Es fehle an konkreten Anhaltspunkten für eine strukturelle Entfernung der NATO von ihrer friedenswahrenden Ausrichtung. Auch in ihrem Zusammenwirken mit der Operation Enduring Freedom, mit der die Vereinigten Staaten von Amerika auf die Terroranschläge vom 11.9.2001 militärisch antworteten,<sup>118</sup> manifestiere sich keine Abkehr vom friedenswahrenden Zweck des Bündnisses, selbst wenn man von einer punktuellen Zurechnung etwaiger einzelner Völkerrechtsverstöße durch eine Aktion der Operation Enduring Freedom ausginge. Die Weitergabe von NATO-Aufklärungsergebnissen an die Operation Enduring Freedom – die Grundlage einer solchen Zurechnung von Völkerrechtsverstößen sein könne – sei auf der Basis

<sup>117</sup> Zum wissenschaftstheoretisch fundierten Konzept der Falsifikation bei *Karl R. Popper* vgl. *Brink* Kritik der Kritik, in: Brink/Wolff, Gemeinwohl und Verantwortung, FS für H. H. v. Arnim, 2004, 449 ff. (456 ff.).

<sup>118</sup> BVerfGE 188, 244 (247).

des ISAF-Operationsplans des UN-Sicherheitsrats ohnehin nur dann vorgesehen, wenn dies zur erforderlichen Durchführung der ISAF-Operation oder für die Sicherheit von ISAF-Kräften erforderlich sei.<sup>119</sup>

Die antragstellende Fraktion PDS/Die Linke im Dt. Bundestag erhob Bedenken, dass den NATO-Staaten die Völkerrechtswidrigkeit der Operation Enduring Freedom zuzurechnen sei,<sup>120</sup> da beide Einsätze durch eine ‚Doppelhut‘-Konstruktion an entscheidender Stelle institutionell weitreichend vernetzt seien, die Weitergabe von Aufklärungsergebnissen der deutschen Tornado-Flugzeuge an die Operation Enduring Freedom keine erkennbare Grenze finde und die Truppen militärisch derart integriert seien, dass die Aufklärungsflugzeuge gleichsam auf beiden Gefechtsfeldern auftauchten.<sup>121</sup>

Zentraler Punkt des Rechtsstreits war demnach die Frage der Intensität des Zusammenwirkens von ISAF mit der Operation Enduring Freedom.<sup>122</sup> Zur Anforderung und Weitergabe von Aufklärungsergebnissen durch die deutschen Tornado-Aufklärungsflugzeuge wurde in der mündlichen Verhandlung der Generalinspekteur der Bundeswehr, General Wolfgang Schneiderhan, gehört. Auf dieser Basis kam das Bundesverfassungsgericht zum Ergebnis, dass die erhobenen Vorwürfe nicht zuträfen. Hierzu führt es aus:

„Zu diesen Fragen hat der Generalinspekteur der Bundeswehr, General Schneiderhan, in der mündlichen Verhandlung Auskünfte gegeben (...). Was die Weitergabe von Aufklärungsergebnissen an die Operation Enduring Freedom anbetrifft, so ist diese nach dem genannten Beschluss auf der Basis des ISAF-Operationsplans der NATO nur dann vorgesehen, ‚wenn dies zur erforderlichen Durchführung der ISAF-Operation oder für die Sicherheit von ISAF-Kräften erforderlich ist‘ (BTDrucks 16/4298, S. 3). General Schneiderhan hat näher ausgeführt, wie dieser restriktive Umgang mit den Aufklärungsergebnissen praktisch gehandhabt und abgesichert wird.“ (BVerfGE 118, 244 (273 f.))

„Wenn schließlich die Antragstellerin geltend macht, der stellvertretende Kommandeur für Sicherheitsoperationen von ISAF sei gleichzeitig als Angehöriger der US-amerikanischen Kommandostruktur für die Streitkräfte der Operation Enduring Freedom zur Terrorismusbekämpfung mitverantwortlich (vgl. auch BTDrucks 16/2380, S. 12; BTDrucks 16/3894, S. 43 f.), so hat General Schneiderhan hierzu klargestellt, dass ein solcher ‚Doppelhut‘ gegenwärtig nicht im ISAF-Hauptquartier angesiedelt ist, sondern im Regional Command East, das unter US-amerikanischer Führung steht. Dadurch ergebe sich gerade nicht die Gefahr einer unkontrollierten Vermischung der Einsätze.

Somit sind nicht nur rechtlich, sondern auch in der praktischen Durchführung hinreichende Vorkehrungen dafür geschaffen, dass es zu einer Vermischung der

<sup>119</sup> BVerfGE 118, 244 (246).

<sup>120</sup> BVerfGE 118, 244 (250 f.).

<sup>121</sup> BVerfGE 118, 244 (273).

<sup>122</sup> BVerfGE 118, 244 (254).

Operationen mit der Folge der Auflösung der bisherigen Trennung der Verantwortungsbereiche nicht kommt.

Damit ist der völkerrechtlichen Argumentation der Antragstellerin bereits die tatsächliche Grundlage entzogen.“ (BVerfGE 118, 244 (274 f.))

### Kritik

Glücklich das Gericht, das einen General Schneiderhan hat! Und so ließ denn die Bundesregierung durch ihren Bundeswehrgeneral über das Bundesverfassungsgericht der Antragstellerin ausrichten, dass alles seine Ordnung habe.

Weniger polemisch lässt sich kritisch anmerken, dass das Bundesverfassungsgericht auf die nahe liegende Fragestellung mit keinem Wort eingeht, wie denn die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Bundeswehrgenerals in einem Verfassungsprozess, an dem sein Dienstherr beteiligt ist, zu beurteilen ist. Diese Problematik ist nicht nur offensichtlich,<sup>123</sup> sie ist dem Gericht auch durchaus bekannt. So stellte der Verfassungsrichter Willi Geiger schon 1981 zum Problem der ‚Parteivernehmung‘ im Verfassungsprozess fest:

„Ich habe meine Zweifel, ob man mit ihm auf den rechten Weg des Verfahrensrechts ist. Da werden dann Leute befragt, die den agierenden Vertretern einer Partei beamtenrechtlich nachgeordnet sind und die Details besser kennen als die leitenden Beamten, Leute, die ihre Rolle vor Gericht darin erblicken, dass aus unmittelbarer Anschauung genauer darzustellen und zu exemplifizieren, was ihre hohen Herren im Prozess allgemein und in ihrer politischen Sicht vorgetragen haben. Das sind nach meiner Überzeugung weder Zeugen noch Sachverständige noch sachverständige Zeugen, sondern Assistenten der agierenden Vertreter einer Prozesspartei. Man kann sie auch durch einen Gerichtsbeschluss nicht in eine jener Rollen zwingen. Das, was da geschieht, ist nicht Beweiserhebung im verfahrensrechtlichen Sinn, sondern rechtstechnisch nicht fassbare Aufklärungshilfe für das Gericht.“<sup>124</sup>

Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt diese Problematik klarer, wenn sie vor den Fachgerichten verortet ist. So führt es zum Amtsermittlungsgrundsatz treffend aus: „Die durch eigene Ermittlungen nicht nachgeprüfte Übernahme von Angaben einer Prozesspartei wird aber der Pflicht des Gerichts, von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen, nicht gerecht.“<sup>125</sup> Und dieser auch vor dem Bundesverfassungsgericht geltende Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG) lässt sich auch nicht dadurch überspielen, dass auf ein angeblich fehlendes Bestreiten von Anga-

<sup>123</sup> Instruktiv das weitere Beispiel, welches *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (535) anführt: die gerichtliche Befragung von Beteiligten zum Restitutionsausschluss hinsichtlich der Bodenreform 1949, BVerfGE 84, 90 (112).

<sup>124</sup> *Willi Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, S. 22.

<sup>125</sup> BVerfGE 17, 135 (138).

ben des Bundeswehrgenerals durch die Antragstellerin wiederholt rekurriert wird (vgl. BVerfGE 118, 244 (270, 272, 273)).

c) Das Nichtraucherschutz-Urteil vom 30.07.2008

In dieser Entscheidung bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Befugnis des Gesetzgebers, wegen der angenommenen Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens absolute oder relative Rauchverbote zu erlassen.<sup>126</sup> In der langwierigen politischen Debatte um Rauchverbote erwies sich eine im Jahre 2005 vom Deutschen Krebsforschungszentrum Heidelberg veröffentlichte Studie als der Wendepunkt: 3300 Nichtraucher verstürben jährlich an den Folgen des Passivrauchens, heißt es dort.<sup>127</sup> Die Wucht dieser Zahl brach jeden politischen Widerstand gegen Rauchverbotsgesetze, die Richtigkeit dieser statistisch, nicht etwa empirisch fundierten Annahme beschäftigte auch das Bundesverfassungsgericht. So verwiesen die Beschwerdeführer auf eine Stellungnahme von Prof. Dr. Gerhard Scherer,<sup>128</sup> wonach die Toxikologie und die Epidemiologie keine stichhaltigen Hinweise lieferten, aus denen ein Gesundheitsrisiko für passivrauchexponierte Gäste in Gastronomiebetrieben abgeleitet werden könne. Epidemiologisch beruhten die meisten Befunde über ein Gesundheitsrisiko durch Passivrauchen auf Metaanalysen, d.h. statistischen Zusammenfassungen von Einzelstudien. Für Lungenkrebs sei so eine Erhöhung des Risikos durch Passivrauchen um 20 % gegenüber nicht Exponierten ermittelt worden. In der epidemiologischen Wissenschaft gelte die Ermittlung relativer Risiken unterhalb einer Erhöhung um 100 % jedoch als sehr unzuverlässig und fragwürdig.

Das Bundesverfassungsgericht argumentiert hierzu wie folgt:

„Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass die Landesgesetzgeber Passivrauchen, also Tabakrauch in der Umgebungsluft („environmental tobacco smoke“ – „ETS“), als Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung angesehen und zum Anlass gesetzlicher Regelungen genommen haben. Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die

<sup>126</sup> BVerfG NJW 2008, 2409 (2411 f.).

<sup>127</sup> DKFZ/Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität Münster/Hygieneinstitut des Universitätsklinikums Heidelberg, Passivrauchen, 2005; vgl. BVerfG NJW 2008, 2409 (2412).

<sup>128</sup> Anhörung vor dem Sozialpolitischen Ausschuss des Landtags Rheinland-Pfalz am 21.8.2007, Protokoll der öffentlichen Sitzung, S. 5 ff.

Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 77, 84 <106>; 110, 141 <157 f.>; 117, 163 <183>).“ (BVerfG NJW 2008, 2409 ff., 2412)

Im Folgenden verweist das Bundesverfassungsgericht auf die Studie des Deutsche Krebsforschungszentrums aus dem Jahre 2005, wonach in Deutschland jährlich über 3300 Nichtraucher an den Folgen des Passivrauchens versterben. Die Annahme der Landesgesetzgeber, gerade in Gaststätten sei von einer besonderen Gefährdung der Gäste und der Beschäftigten durch Passivrauchen auszugehen, stütze sich „ebenfalls auf hinreichende tatsächliche Grundlagen“:

„Der Annahme eines hinreichenden legitimen Ziels steht nicht entgegen, dass Prof. Dr. Gerhard Scherer bei seiner Anhörung als sachkundige Auskunftsperson die Auffassung vertreten hat, die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchbelastung seien relativ gering und teilweise nicht nachweisbar. Angesichts der geschilderten, in der Wissenschaft ersichtlich ganz überwiegend vertretenen Gegenmeinung ist die Einschätzung der Gesundheitsgefährdung durch die Landesgesetzgeber vertretbar und nicht offensichtlich unrichtig. Schon die Schwere der drohenden gesundheitlichen Schädigungen und das hohe Gewicht, das dem Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit in der Werteordnung des Grundgesetzes zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 <163>), sprechen dafür, selbst bei nicht völlig übereinstimmenden Positionen innerhalb der Wissenschaft eine ausreichende tatsächliche Grundlage für den Schutz vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen als Gemeinwohlbelang anzuerkennen.“ (BVerfGE NJW 2008, 2409, 2412)

### Kritik

Bei genauerer Betrachtung erweisen sich die tatsächlichen Grundlagen der Nichtraucherentscheidung als zweifelhaft. Zum Ergebnis, der Gesetzgeber habe seinen Beurteilungsspielraum bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung nicht überschritten, kann das Gericht nur kommen, indem es vorgetragene Einwände schlicht übergeht. Anders als vom Gericht dargestellt geht es nämlich im Kern gar nicht um „nicht völlig übereinstimmenden Positionen innerhalb der Wissenschaft“ zur Größe der Gesundheitsgefahren durch Passivrauchbelastung. Vielmehr geht es um die Frage, ob die allgemein angenommene Erhöhung des Krebsrisikos durch Passivrauchen um 20 bis 30 % nach den wissenschaftlichen Standards der Epidemiologie als signifikant gelten kann, anders ausgedrückt: Gibt es die 3300 Passivrauchtoten wirklich – oder handelt es sich dabei nur um eine wissenschaftlich nicht belegbare theoretische Rechenoperation? Lassen sich tatsächliche Krankheitsfälle mit wissenschaftlich hinreichender Genauigkeit einer erhöhten Passivrauchbelastung zuordnen – oder handelt es sich dabei um eher diffuse Wirkungsvermutungen? Zumindest ein Sachverständiger hat vorgetragen, dass in der epidemiologischen Wissenschaft die Ermittlung rela-

tiver Risiken unterhalb einer Erhöhung um 100 % als sehr unzuverlässig und fragwürdig gelte und damit eben diesen Zusammenhang bei einer angenommenen Risikoerhöhung von nur 20 bis 30 % verneint. Auf diesen Einwand gehen jedoch weder die übrigen angehörtten Sachverständigen noch das Gericht mit auch nur einem Wort ein. Dabei müsste die Überprüfung des Bestehens wissenschaftlicher Standards doch unschwer möglich sein. Sollte nun aber die wissenschaftliche Signifikanz der angenommenen Risikoerhöhung durch Passivrauchen nicht gegeben sein, dann stünden die Annahmen des Gesetzgebers im Widerspruch zum Stand wissenschaftlicher Erkenntnis und wären so „offensichtlich fehlsam“, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben könnten.<sup>129</sup>

## V. Kritik der Rechtsprechung

Dieser kurze und notwendig bruchstückhafte Einblick in Theorie und Praxis verfassungsgerichtlicher Beweiserhebung verdeutlicht, warum Tatsachenfeststellungen als „wunder Punkt“<sup>130</sup> der Verfassungsgerichtsbarkeit angesehen werden. Mal „scheut“ der Senat – zumeist aus verfahrensökonomischen Gründen<sup>131</sup> – „vor den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zurück“<sup>132</sup>, mal betreibt er sie halbherzig und in kaum überzeugender Weise.<sup>133</sup>

Das mag bei Urteilsverfassungsbeschwerden regelmäßig angehen, stehen doch die fachgerichtlichen Feststellungen zur Tatsachengrundlage nur selten im Mittelpunkt des Streites – und wenn doch, dann haben die Fachgerichte ja regelmäßig das ihnen Obliegende auch schon getan. Das Bundesverfassungsgericht kann sich in dieser Situation grundsätzlich auf „bereitetes Terrain“ begeben – vgl. § 33 Abs. 2 BVerfGG – und mit dem eingangs bereits erwähnten Grundsatz auf die Überprüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts konzentrieren.

Allerdings stößt die Übernahme von Tatsachenfeststellungen von Fachgerichten auch an Grenzen: Zunächst unterscheidet sich der verfassungsgerichtliche Streitgegenstand<sup>134</sup> von dem der Fachgerichte: Vor dem Bundes-

<sup>129</sup> Vgl. BVerfGE 77, 84 (106); 110, 141 (157 f.); 117, 163 (183).

<sup>130</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 462 f.

<sup>131</sup> So aber *Zöbele/Dollinger* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 11; vgl. auch *Kluth* NJW 1999, 3513 ff., 3519.

<sup>132</sup> Sondervotum Steinberger in BVerfGE 70, 59 (69).

<sup>133</sup> Vgl. nur die o.g. Beispiele aus der Rechtsprechungspraxis.

<sup>134</sup> *Wacke* Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates, DVBl. 1968, 537 ff. (543); *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 490.

verfassungsgericht steht die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts im Streit – und eben nicht eine einfachrechtliche Fragestellung. Andererseits kann Verfassungsrecht auch durch fachgerichtliche Tatsachenfeststellungen verletzt werden und dies vor dem Bundesverfassungsgericht streitgegenständlich sein, soweit die Verletzung von Verfahrensgrundrechten gerügt wird.<sup>135</sup> Treffend formuliert Arndt: „Daraus darf geschlossen werden, dass das Bundesverfassungsgericht seine eigene Kompetenz zur selbständigen Wahrheitserforschung dort bejaht, wo es für eine zuverlässige Entscheidung der verfassungsrechtlichen Frage, zur Wahrung des Grundgesetzes, auf sie ankommt.“<sup>136</sup>

Eine Herangehensweise über § 33 Abs. 2 BVerfGG versagt also dort, wo es an verlässlichen fachgerichtlichen Tatsachenfeststellungen mangelt – sei es, dass diese gerade im Streit stehen, sei es, dass es bei der einschlägigen Verfahrensart keine entsprechenden Tatsachenfeststellungen gibt (Organstreitigkeiten<sup>137</sup>, Bund-Länder-Streitigkeiten, Anklageverfahren, Parteiverbotsverfahren, Rechtssatzverfassungsbeschwerden, Normenkontrollen).<sup>138</sup> Gerade bei den nicht seltenen Rechtssatzverfassungsbeschwerden, die häufig auch neben Urteilsverfassungsbeschwerden erhoben werden und die gerichtliche Entscheidungsgrundlage mittelbar angreifen – steht das Bundesverfassungsgericht vor der Problematik, gesetzgeberische Tatsachengrundlagen überprüfen und eigene legislative facts erheben zu müssen.

Da hilft es auch nur wenig, dass auch dem Gesetzgeber und der Wissenschaft die Frage der Tatsachenermittlung im Verfassungsprozess „lange Zeit nicht als grundsätzliches Problem bewusst gewesen“<sup>139</sup> ist. Noch weniger hilfreich sind Versuche, diese Gerichtspraxis zu verniedlichen<sup>140</sup> oder gar zu

<sup>135</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 492.

<sup>136</sup> NJW 1962, 783 ff. (785).

<sup>137</sup> *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (542 f.) verweist darauf, dass das Gericht auch in Organstreitverfahren regelmäßig dem angegriffenen Organ eine Einschätzungsprärogative einräumt – was den kontradiktorischen Verfahren eine merkwürdige Schlagseite gebe.

<sup>138</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 473.

<sup>139</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 461.

<sup>140</sup> *Geiger* Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, S. 21: „Gewisse Schwierigkeiten hat das Gericht mit den Fragen einer Beweiserhebung“; *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (541) spricht vornehm von einer verfassungsgerichtlichen „Zurückhaltung gegenüber justizförmigen Beweisverfahren“.

sanktionieren.<sup>141</sup> Gleiches gilt für relativistische Überlegungen, wonach die Methoden der Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls denen des Gesetzgebers überlegen seien.<sup>142</sup> Ein solcher ‚Vorsprung‘ gegenüber der Legislative hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls vor eminenten tatsachenbasierten Fehleinschätzungen nicht bewahrt.<sup>143</sup>

Vielmehr widerspricht dieser Rückzug des Bundesverfassungsgerichts<sup>144</sup> von der Wahrheitsermittlung<sup>145</sup>, zumindest aber von jeder berechenbaren Praxis der Beweiserhebung,<sup>146</sup> nicht nur seiner gesetzlichen Pflicht als Gericht,<sup>147</sup> selbst Beweis zu erheben und Tatsachen zu würdigen.<sup>148</sup> Er stellt sich aus Sicht der Verfahrensbeteiligten zugleich als erheblicher Unberechenbarkeitsfaktor dar.<sup>149</sup> Nun mag man konstatieren, das Bundesverfassungsgericht verfare bei der Sachverhaltsaufklärung eben „fallbezogen“, „prag-

<sup>141</sup> *Weber-Grellet* Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1979, S. 27: „Der Funktionsverteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Instanzgerichten wird nur eine flexible Tatsachenkontrollkompetenz gerecht, die es dem Bundesverfassungsgericht gestattet, der Bedeutung des einzelnen Falles entsprechend zu reagieren.“, S. 28: „Das Bundesverfassungsgericht besitzt daher (sic!) einen Spielraum, der es gestattet, den einzelnen Fall angemessen zu berücksichtigen.“

<sup>142</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, 162 ff. (183); im Anschluss daran *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 472; vgl. dazu auch *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3516).

<sup>143</sup> Dies belegen exemplarisch aus heutiger Sicht vollständig abwegige Ausführungen wie jene zur Strafbarkeit der männlichen Homosexualität § 175 StGB (BVerfGE 6, 389 ff., insbes. 424 ff.).

<sup>144</sup> *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (534), vertritt die Auffassung, dass sich in den letzten 25 Jahren – also nach *Philippis* empirischen Untersuchungen – noch weniger Beispiele für gerichtliche Beweisaufnahmen finden lassen.

<sup>145</sup> *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3517).

<sup>146</sup> *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3519) schreibt hierzu treffend: „Es hat den Anschein, daß das BVerfG seine Kontrolldichte fallbezogen und unter Berücksichtigung der Bedeutung des betroffenen Sachgebiets nach eigenem Ermessen wählt.“

<sup>147</sup> *Wacke* Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates, DVBl. 1968, 537 ff. (543).

<sup>148</sup> *Redeker* NJW 1976, 2111 ff. (2112) konstatiert insoweit eine fehlende Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine eigenen Verfahrensregelungen; *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3518). Das Argument *Brydes* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (536), eine „quasi-kontradiktorische“ Anhörung von Interessenvertretern könne den Mangel einer prozessordnungsgemäßen Beweiserhebung kompensieren, überzeugt nicht einmal ansatzweise.

<sup>149</sup> Zutreffend weist *Wacke* Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates, DVBl. 1968, 537 ff. (544) darauf hin, dass Rückverweisungen mangels zureichender Tatsachenfeststellungen der Fachgerichte in Vorlageverfahren sogar das fachgerichtliche Prozesskostenrisiko der Beteiligten in unzumutbarer, rechtsstaatlich nicht zu rechtfertigender Weise vergrößern.

matisch“ und „flexibel“<sup>150</sup> – eine solche bloße Feststellung des status quo genügt für ein rechtsgebundenes, zumal für ein Verfassungsorgan jedoch nicht!

Vor allen Dingen aber führt eine solche Praxis notwendig zu Fehlentscheidungen. Die engen Verflechtungen von Tatsachenermittlung und Normauslegung<sup>151</sup> sowie zwischen Tatsachengrundlage und Entscheidungsergebnis<sup>152</sup> lassen nur den einen Schluss zu, dass die korrekte Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen notwendige Bedingung der Richtigkeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist.<sup>153</sup> Die Kritik *Redekers*: „Das Bundesverfassungsgericht hat sich aber von mündlichen Verhandlungen und Beweisaufnahmen in einem Umfange dispensiert, der notwendig unzutreffende Sachverhaltsannahmen zur Folge haben muss.“<sup>154</sup>, ist also berechtigt.

Auf dieser Grundlage wird auch deutlich, dass die Auffassung, das Bundesverfassungsgericht sei keine Superberufungsinstanz,<sup>155</sup> in dieser Pauschalität schlicht falsch ist. Richtig ist vielmehr die in anderem Zusammenhang gebräuchliche Redewendung,<sup>156</sup> wonach das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz<sup>157</sup> und kein Revisionsgericht<sup>158</sup> ist: weder Superrevisionsinstanz hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, noch berechtigt, eigenen gebotenen Tatsachenermittlungen aus dem Wege zu gehen.<sup>159</sup> Anders als Revisionsgerichte sind ihm eigene Tatsachenfeststellungen nicht versagt.<sup>160</sup> Und man wird hinzufügen müssen: Solche

<sup>150</sup> *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (561).

<sup>151</sup> Zur hermeneutischen Zuordnung von Norm und Wirklichkeit vgl. *Josef Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 53 ff. (63 f.); *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 461 (468) unter Hinweis auf *Ehmke* Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDtStRL 20 (1961), S. 53 (95 ff.); dazu auch *Maunz* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 26, Rn. 4; *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3514 f.); *Redeker* NJW 1976, 2111 ff. (2113).

<sup>152</sup> *Karl Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, 278 ff.; *Thierfelder* Jura 1970, 879; zur Bedeutung von Tatsachenfeststellungen für die gesamte richterliche Tätigkeit vgl. *Brink* Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 16 f. m.w.N.

<sup>153</sup> Dazu *Friedrich Müller* Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, 1966, S. 77 ff. (114 ff.).

<sup>154</sup> *Redeker* NJW 1976, 2111 ff. (2113).

<sup>155</sup> BVerfGE 21, 209 (216).

<sup>156</sup> Dazu *Kluth* NJW 1999, 3513 ff. (3514).

<sup>157</sup> So zutreffend das Sondervotum *Steinberger* in BVerfGE 70, 59 (69).

<sup>158</sup> *Arndt* NJW 1962, 783 ff. (784); so auch *Redeker* NJW 1976, 2111 ff. (2113).

<sup>159</sup> *Wacke* Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates, DVBl. 1968, 537 ff. (543).

<sup>160</sup> Zu dieser ‚Revisionsperspektive‘ vgl. *Brink* Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, 23 m.w.N.

Tatsachenfeststellungen sind ihm nicht nur nicht versagt, sie sind ihm notwendige Pflicht. Wenn das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung zuständig ist, so ist es auch Tatsachengericht.<sup>161</sup> So jedenfalls der normative Befund.

## VI. Abhilfemöglichkeiten

Einen kritikwürdigen Zustand zu beschreiben ist das eine, ihn zu ändern ist das Wichtigere. Was also können die Beteiligten am Prozess der Verfassungsrechtsprechung unternehmen, um den aufgezeigten Defiziten abzu- helfen.

### *Verfahrensbeteiligte*

Angesichts der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, nur äußerst selten förmliche Beweisaufnahme durchzuführen, muss dem Beschwerdeführer an- geraten werden, Tatsachenfragen als eigenes Aufgabengebiet zu begreifen, seinen Sachvortrag auf streitentscheidende Tatsachenfragen zu durchforsten und zu allen zentralen Punkten dezidiert vorzutragen, insbesondere unzu- treffende fachgerichtliche Annahmen zu bestreiten, seinen Vortrag zu sub- stanzieren und zu plausibilisieren. Dazu gehört angesichts der Praxis des Bundesverfassungsgerichts als entscheidender Aspekt eben auch, selbst aus- drückliche und konkrete Beweisangebote zu machen und auf einem gericht- lichen Hinweis für den Fall zu bestehen, dass das Gericht dem eigenen Sach- vortrag nicht folgt. Das erscheint zwar angesichts des in § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG niedergelegten Amtsermittlungsgrundsatzes redundant, ist es aber offenkundig nicht.

Durch solche Beweisangebote verdeutlicht man dem Gericht zudem, wo aus eigener Sicht die entscheidungsrelevanten Tatsachenfragen liegen und rückt sie als Entscheidungsrelevante in den Fokus. Gleichzeitig reduziert man so die Möglichkeiten des Gerichts, die Klärungsbedürftigkeit von Tat- sachen zu ‚übersehen‘ und schneidet dem Bundesverfassungsgericht ‚ein- fache‘ Entscheidungs- und Begründungsvarianten ab. Auf diese Weise wer- den Beweiserhebungen durch das Bundesverfassungsgericht – ggf. damit auch mündliche Verhandlungen – erzwungen. Darüber hinaus sollte der Ver- fahrensbeteiligte auf einem gerichtlichen Hinweis für den Fall zu bestehen, dass das Gericht seinem Sachvortrag nicht folgt. Sollten Beweisangebote

<sup>161</sup> *Redeker* NJW 1976, 2111 ff. (2113); unter Berufung auf die traditionelle Funktion der Jurisdiktion *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 467.

übergangen werden, stehen dem Verfahrensbeteiligten die aus Art. 17 GG folgenden Rechte – etwa im Wege der Gegenvorstellung<sup>162</sup> Einfluss auf das Gericht zu nehmen – zu.<sup>163</sup> Die Kombination dieser Maßnahmen führt zu einer Effektivierung des Untersuchungsgrundsatzes.

### *Wissenschaft*

Neben einer kritischen Begleitung der aktuellen Rechtsprechungstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts käme es der Wissenschaft zu, Untersuchungen der rechtlichen Bedingungen von und der Gerichtspraxis zu Tatsachenfeststellungen anzustellen. Die weiter zu entwickelnde Dogmatik der verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung<sup>164</sup> würde dabei zwar weitgehend, aber nicht nur „Neuland“<sup>165</sup> betreten: Klaus Jürgen Philippis Monographie „Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts“ aus dem Jahre 1971 lieferte bereits einen beachtlichen Beitrag zur „rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen“<sup>166</sup>.

### *Richter des Bundesverfassungsgerichts*

Als „Herren des Verfahrens“ haben die Richter des Bundesverfassungsgerichts es in der Hand, die Gerichtspraxis zu § 26 BVerfGG zu gestalten. Wenn nach einem Prozess der Steigerung und Lenkung der richterlichen Aufmerksamkeit auf Fragen der Tatsachenfeststellung – an dem alle anderen Verfahrensbeteiligten mitwirken können – diese in ihrer Problematik erkannt wird, sollten sich die konstatierte Ungeübtheit des Gerichts in Fragen der Beweiserhebung und damit einhergehende Berührungsgängste<sup>167</sup> mit den „Mühsalen der Ebene“ überwinden lassen (auch wenn dies „mitunter vielleicht lästig“<sup>168</sup> sein mag). Den „Blankoscheck“<sup>169</sup>, den der Gesetzgeber dem

<sup>162</sup> Vgl. BVerfGE 19, 88 (91 f.).

<sup>163</sup> So auch *Dollinger* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 15a Rn. 29 m.w.N.; a.A. etwa *Sperlich* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 93b Rn. 21.

<sup>164</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 464.

<sup>165</sup> *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 482.

<sup>166</sup> So *Philippis* Forschungsansatz; sein Untersuchungsmaterial sind die ersten 25 Bände der Sammlung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwischen 1951 und 1969.

<sup>167</sup> *Bryde* Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 533 ff. (542) spricht zutreffend vom „fehlenden Know-How“ des Gerichts im Umgang mit Beweisverfahren.

<sup>168</sup> *Steinberger* Sondervotum zu BVerfGE 70, 59 (69).

<sup>169</sup> *Philippis* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 12.

Bundesverfassungsgericht für Tatsachenermittlungen ausgestellt hat, muss das Gericht auch nutzen wollen.

Ein handhabbarer Vorschlag, der freilich für sich genommen schon als Revolution der geordneten Verfahrensgänge des Bundesverfassungsgerichts empfunden würde, kommt dazu von Redeker<sup>170</sup>: Es sollte mindestens ein Erörterungstermin vor dem Berichterstatter zur Klärung streitigen Sachvortrags möglich sein, dies wäre auch eine Basis für den verfassungsgerichtlichen Lernprozess.

Eine wie immer unterstützende und vorentscheidende Rolle käme dabei auch den **Mitarbeitern des Bundesverfassungsgerichts** zu, die aufgrund ihres Arbeitszuschnittes in besonders früher und intensiver Weise mit Verfahrens- und Zulässigkeitsfragen befasst sind.

### *Gesetzgeber*

Ein Tätigwerden des Gesetzgebers erscheint demgegenüber nicht erforderlich. Er hat mit § 26 BVerfGG alles Entscheidende gesagt. Zukünftig sollte also die konsequente Befolgung der einfachgesetzlichen Maßgaben des BVerfGG genügen.

Nicht nur *colorandi causa* lässt sich an dieser Stelle auf einen Antrag des Bundestags-Abgeordneten Dichgans aus der 6. Legislaturperiode<sup>171</sup> verweisen, welcher einen § 26a ins Bundesverfassungsgerichtsgesetz einzuführen vorschlug, der eine Bindung des Bundesverfassungsgerichts an Tatsachenfeststellungen und Prognosen des Gesetzgebers anordnen und damit eine entsprechende eigenständige Tatsachenerhebung durch das Gericht ebenso ausschließen sollte wie eine gerichtliche Kontrolle der gesetzgeberischen Annahmen.

Aufschlussreich ist insofern weniger der Antrag selbst, als die Reaktion, welche er von Gerichtsseite erfuhr: „Absolut verfassungswidrig“, meinte etwa Ernst Friesenhahn, der eine Aushöhlung der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit befürchtete und seine Rolle als Hüter der Verfassung durch eine solche Bindung in Frage gestellt sah.<sup>172</sup> Und nach Ansicht des Richters Geiger hätte die vorgeschlagene Regelung die Grundlage der richterlichen Kompetenz zerstört.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> Redeker NJW 1976, 2111 ff. (2113).

<sup>171</sup> BT-Drucks. VI-388; vgl. auch 6. WP, Protokoll der 38. Sitzung des Rechtsausschusses vom 13.3.1970, S. 1907; dazu *Ossenbühl* in: Starck (Hrsg.), BVerfGG und GG II, 1976, S. 458 ff. (462).

<sup>172</sup> Zitiert nach *Ossenbühl* Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, S. 462.

<sup>173</sup> *Philippi* Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 6.

Solch eine erhebliche Bedeutung der gerichtlichen Tatsachenfeststellungen hätte man nach Betrachtung der gerichtlichen Praxis hierzu gar nicht vermutet.

## VII. Ergebnis

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Tatsacheninstanz? Als normative Feststellung ist diese Aussage unzutreffend, als empirische kann sie als belegt gelten: Obwohl das Bundesverfassungsgericht über alle prozessualen Voraussetzungen für eigeninitiative Beweiserhebungen verfügt und aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes des § 26 BVerfGG hierzu auch regelmäßig verpflichtet wäre, zeigt es offensichtliche „Berührungsgängste“ mit der Aufgabe der Tatsachenermittlung. Dogmatisch unterfütterte Vermeidungsstrategien gehen hier Hand in Hand mit „verfahrensökonomischen“ Ansätzen und schlichtem Übergehen von prozessual Aufklärungsbedürftigem.

Das mag bei Urteilsverfassungsbeschwerden regelmäßig angehen, stehen doch die fachgerichtlichen Feststellungen zur Tatsachengrundlage nur selten im Mittelpunkt des Streites. Diese Herangehensweise versagt jedoch dort, wo es an verlässlichen fachgerichtlichen Tatsachenfeststellungen mangelt – sei es, dass diese gerade im Streit stehen, sei es, dass es bei der einschlägigen Verfahrensart keine entsprechenden Tatsachenfeststellungen gibt.

Daher gilt es, verfassungsgerichtliche Tatsachenfeststellungen in ihrer Problematik zu erkennen und Abhilfemöglichkeiten zu erkunden, die eine gesetzeskonforme Beweiserhebung sicher stellen.



# Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen

ULF BUERMAYER \*

## Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

1. BVerfG Plenum, Beschluss vom 30. April 2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395.
2. BVerfG 1. Senat, Beschluss vom 9. November 2004 – 1 BvR 684/98 – BVerfGE 112, 50.

## Schrifttum

*Bender, Michael* Rügepflicht für Verfassungsverstöße vor den Fachgerichten? Zu einer angenommenen Vorwirkung des Verfassungsprozessrechts, AöR 112 (1987) 169; *Desens, Marc* Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zu fachgerichtlichen Anhörungsrügen, NJW 2006, 1243; *Gersdorf, Hubertus* Der Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Jura 1994, 398 (Teil I) und 495 (Teil II); *Jahn, Matthias* Die Substantiierung der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen – Lehren aus dem Sedlmayr-Verfahren, Festschrift für Gunter Widmaier (2008), 812; *Klein, Oliver/Sennekamp, Martin* Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde, NJW 2007, 945; *Linke, Tobias* Revolutionäres zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde?, NJW 2005, 2190; *Roeser, Thomas/Hänlein, Andreas* Das Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO und der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, NVwZ 1995, 1082; *Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan* Das Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007; *Sodan, Helge* Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, DÖV 2002, 925; *Spranger, Tade Matthias* Die Verfassungsbeschwerde im Korsett des Prozessrechts; AöR 127 (2002), 27; *Voßkuhle, Andreas* Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, 2193.

\* Der Verfasser war von 2007 bis 2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter der Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Professor Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer* und *Professor Dr. Andreas Voßkuhle*. Seit Januar 2007 Richter des Landes Berlin, ist er derzeit Beisitzer der Großen Strafkammer 22 – Schwurgericht – des Landgerichts Berlin. Daneben bearbeitet er als Redakteur der Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS) die Dokumentation der Rechtsprechung zweier Strafsenate des Bundesgerichtshofs. Für wertvolle Hinweise dankt er herzlich *Prof. Dr. Matthias Bäcker* (Universität Mannheim) und Regierungsdirektor *Dr. Stefan Sinner* (Berlin). – Der Beitrag befindet sich auf dem Stand vom 20. September 2008.

<b>Inhalt</b>		Seite
I.	Von der Rechtswegerschöpfung zur umfassenden Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde . . . . .	36
II.	Das Verhältnis des verfassungsgerichtlichen zum fachgerichtlichen Rechtsschutz . . . . .	37
III.	Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne oder formelle Subsidiarität . . . . .	39
	1. Herleitung . . . . .	39
	2. Konsequenzen . . . . .	40
	a) Form und Frist . . . . .	40
	b) Einheitlicher Streitgegenstand . . . . .	41
	c) Sonderfall Anhörungsrüge . . . . .	41
	d) Verfassungsrechtliche Vorgaben als Grenze verfahrensrechtlicher Anforderungen . . . . .	44
IV.	Materielle Subsidiarität . . . . .	46
	1. Herleitung . . . . .	46
	2. Einzelne Folgerungen . . . . .	47
	a) Vollständiger und zutreffender Tatsachenvortrag . . . . .	47
	b) Rüge von Verfahrensmängeln . . . . .	47
	c) Verfassungsrechtliche Argumentation . . . . .	47
	(1) Maßstab nach der Entscheidung BVerfGE 112, 50 . . . . .	48
	(2) Beispiel für die weitreichenden Konsequenzen . . . . .	49
	d) Kritik . . . . .	50
	(1) Tatsachenvortrag . . . . .	50
	(2) Ausschöpfung prozessualer Mittel . . . . .	51
	(3) Rechtsausführungen . . . . .	51
V.	Substantiierungspflichten . . . . .	54
VI.	Zusammenfassung . . . . .	57

## **I. Von der Rechtswegerschöpfung zur umfassenden Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**

Geht man von der Regelung der Verfassungsbeschwerde im Bundesverfassungsgerichtsgesetz aus, so scheinen die Anforderungen an die vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde einzulegenden Rechtsbehelfe überschaubar zu sein. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG macht die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde allein von der „Erschöpfung des Rechtswegs“ abhängig, sofern „gegen die Verletzung“ – nämlich eines der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte – „der Rechtsweg zulässig“ ist.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung von Anfang an als gleichsam *pars pro toto* geregelten Ausschnitt eines allgemeinen Prinzips der Nachrangigkeit oder Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde angesehen.<sup>1</sup> Von diesem Ausgangs-

<sup>1</sup> Vgl. zur „induktiven“ Gewinnung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht bereits *Lübbe-Wolff* EuGRZ 2004, 669 (669 f.).