

Richter am LG Dr. Kai Habertzettl\*

## Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG

Die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG weist gegenüber jener der Fachgerichte einige Besonderheiten auf. Zunächst erfordert die spezifisch verfassungsgerichtliche Tätigkeit häufig andere Tatsachen als die Tätigkeit anderer Gerichte. Überdies verfügt das BVerfG neben der Beweiserhebung im eigentlichen Sinne über verschiedene Möglichkeiten der Schaffung einer Tatsachengrundlage außerhalb einer förmlichen Beweisaufnahme. Schließlich stellt sich für das BVerfG auf Grund seiner besonderen Stellung im Rechtssystem die Frage, inwieweit es den anzuwendenden Sachverhalt selbst feststellt oder die Feststellung anderer, vor allem des Gesetzgebers und der Fachgerichte, seiner verfassungsrechtlichen Bewertung zu Grunde legt. Der Beitrag befasst sich mit der spezifischen Methode der Tatsachenfeststellung durch das BVerfG und den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber den Fachgerichten.

### I. Einleitung

Die Anwendung des Verfassungsrechts durch das BVerfG erfordert ebenso wie jede andere Rechtsanwendung eine Tatsachengrundlage. Deren Feststellung erfolgt allerdings meist nicht nach den überkommenen Methoden richterlicher Beweiserhebung. Die Tatsachenfeststellung bewegt sich außerdem auf Grund der besonderen Stellung des BVerfG im Rechtssystem und einer vorhandenen, bereits von Gesetzgeber und Ausgangsgerichten festgestellten Tatsachengrundlage in einem Spannungsverhältnis zwischen Untersuchungsgrundsatz und (Selbst-) Beschränkung. Auf der einen Seite geht das Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom Untersuchungsgrundsatz aus (§§ 26 ff. BVerfGG).<sup>1</sup> Das BVerfG hat hiernach die Kompetenz zur selbstständigen Wahrheitsforschung und ist nicht an die Tatsachenfeststellungen anderer Organe gebunden.<sup>2</sup> Auf der anderen Seite folgt aus der Unterscheidung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, dem Subsidiaritätsgrundsatz<sup>3</sup> sowie einer gewaltenteiligen Verfassungsrechtsordnung ein „judicial self-restraint“ des BVerfG.<sup>4</sup> Es billigt dem Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum zu<sup>5</sup> und sieht die Tatsachenfeststellung

„grundsätzlich“ oder „vornehmlich“ als Aufgabe der Fachgerichte an.<sup>6</sup> Der genaue Verlauf der Grenze zwischen Untersuchungsgrundsatz und beschränkter eigener Tatsachenfeststellung ist häufig schwierig zu bestimmen und immer wieder Gegenstand der Kritik an den Entscheidungen des BVerfG.

Im Folgenden soll die spezifisch verfassungsgerichtliche Methode der Tatsachenfeststellung dargestellt und hieran die Grenze eigener Tatsachenfeststellungen näher bestimmt werden. Einer Darstellung der Grundlagen der Tatsachenfeststellung (II.) folgt eine Untersuchung der spezifischen Tatsachenfeststellung in Verfahren, in denen im weiteren Sinne eine Normenkontrolle stattfindet, sei es im Wege der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG), der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 I GG) oder im Rahmen von Verfassungsbeschwerden (III.). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der von den Fachgerichten festgestellte Sachverhalt der eigenen Entscheidung des BVerfG zu Grunde zu legen ist, spielt eine Rolle in Verfassungsbeschwerdeverfahren, in de-

\* Der Verfasser ist Richter am LG Kassel. Er war von 2010–2013 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am BVerfG (Dezernat BVR Prof. Dr. Paulus). Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder. Es handelt sich um die modifizierte schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Verfasser gemeinsam mit BVR Paulus am 27.10.2013 anlässlich der Reinhäuser Juristenzusammenkünfte in Kassel gehalten hat.

1 Kluth, NJW 1999, 3513 (3514).

2 Arndt, NJW 1962, 784 (785); Klein in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 26 Rn. 5, Januar 1987; vgl. auch Brink in Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 2009, 3 (5), der außerdem umgekehrt von einer Verpflichtung zur selbstständigen Wahrheitsforschung ausgeht.

3 Vgl. Klein (o. Fn. 2), § 26 Rn. 6 f.

4 Vgl. dazu Kriele, NJW 1976, 777.

5 Vgl. BVerfGE 14, 263 (275) = NJW 1962, 1667 (1669); BVerfGE 25, 1 (12) = NJW 1969, 499 (501); BVerfGE 30, 250 (262) = NJW 1971, 1603 (1604); BVerfGE 30, 292 (317) = NJW 1971, 1255 (1257); BVerfGE 34, 165 (185) = NJW 1973, 133 (135); BVerfGE 38, 61 (88) = NJW 1975, 31 (33).

6 Vgl. BVerfGE 18, 85 (92) = NJW 1964, 1715 (1716) = GRUR 1964, 554; BVerfGE 30, 173 (196 f.) = NJW 1971, 1645 m. abw. Meinung; BVerfGE 60, 79 (90 f.) = NJW 1982, 1379 (1380); BVerfGE 67, 213 (222 f.) = NJW 1985, 261 = NStZ 1985, 211; NStZ 1985, 213 m. Ann. Otto; BVerfGE 68, 361 (372) = NJW 1985, 2633 (2634); stRspr.

nen es um die Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen geht (IV.).

Verfahren, in denen das *BVerfG* gewissermaßen erstinstanzlich tätig wird, wie etwa bei der Präsidentenanklage (Art. 61 GG), der Richteranklage (Art. 98 II GG), dem Verfahren bei der Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), dem Parteiverbotsverfahren (Art. 21 II GG), dem Wahlprüfungsverfahren (Art. 41 GG) sowie den kontradiktorischen Verfahren wie dem Organstreitverfahren (Art. 93 I 1 GG) und den Bund-Länder-Streiten (Art. 93 I 3 und 4 GG),<sup>7</sup> sind für den hier vorliegenden Untersuchungsgegenstand hingegen weitgehend ungeeignet. Zwar spielen dort eigene Tatsachenfeststellungen eine zentrale Rolle.<sup>8</sup> Diese Verfahren haben jedoch, abgesehen vom Wahlprüfungsverfahren und vom Parteiverbotsverfahren, nur eine untergeordnete praktische Bedeutung und lassen darüber hinaus die Besonderheiten der verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung und die Grenze eigener Tatsachenfeststellung nur schwer erkennen. Denn das *BVerfG* ist in diesen Verfahren originär zur Sachverhaltsfeststellung berufen und bedient sich hierzu im Wesentlichen klassischer Beweismittel.

## II. Grundlagen der Tatsachenfeststellung

Entsprechend der gesetzlichen Konzeption des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes ist das *BVerfG* eine Tatsacheninstanz und nicht grundsätzlich auf die Feststellung der Tatsachen durch die Gerichte beschränkt oder an die vom Gesetzgeber zu Grunde gelegten Sachverhalte gebunden.<sup>9</sup> Der aus den sonstigen Prozessordnungen bekannte Tatsachenbegriff passt allerdings für das Verfahren vor dem *BVerfG* nur teilweise.<sup>10</sup> Die Fachgerichte sind in der Regel mit der rechtlichen Bewertung von Einzel Tatsachen konfrontiert,<sup>11</sup> also mit solchen Tatsachen, die bestimmte Personen, Sachen oder Geschehensabläufe betreffen. Demgegenüber erfordert die spezifische verfassungsgerichtliche Tätigkeit vor allem eine Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen eines Gesetzes an Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz und darüber hinaus häufig eine Befassung mit generellen Tatsachen oder „legislative facts“.<sup>12</sup> Hierbei handelt es sich um allgemeine Sachverhalte,<sup>13</sup> insbesondere um gesellschaftliche und wirtschaftliche Umstände sowie Wirkungszusammenhänge, die der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu Grunde gelegt hat.<sup>14</sup> Beispielsweise ging der Gesetzgeber bei der Normierung eines Anspruchs auf Einwilligung in die Vertragsänderung zur Regelung einer angemessenen Vergütung in § 32 UrhG davon aus, dass ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen bestimmten Urhebern, wie etwa literarischen Übersetzern und Verwertern besteht.<sup>15</sup> Bei generellen Tatsachen handelt es sich häufig um dynamische Prozesse, die Prognosen erfordern.<sup>16</sup> Um solche Prognosen geht es etwa bei den Fragen, ob die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols ein geeignetes Mittel ist, die mit dem Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen und ob Suchtgefahren mit einem staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver beherrscht werden können als im Wege einer Kontrolle privater Wettunternehmen.<sup>17</sup>

Grundlage des Tatsachenstoffs ist angesichts des Begründungserfordernisses des § 23 BVerfGG der Vortrag des Beschwerdeführers, des vorlegenden Gerichts oder eines sonstigen Antragstellers. In verschiedenen Verfahrensarten bestehen sodann Äußerungsrechte, etwa des Gesetzgebers und der Regierung<sup>18</sup> sowie der Beteiligten eines gerichtlichen Ausgangsverfahrens;<sup>19</sup> schließlich kann das *BVerfG* die Akte des Ausgangsverfahrens beziehen (§ 27 S. 2 BVerfGG). Sofern die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eine weitere Tatsachenfeststellung erfordert, ist zwischen einer Beweiserhebung

im eigentlichen Sinne und der Schaffung einer Tatsachengrundlage außerhalb einer förmlichen Beweisaufnahme zu unterscheiden.

Die Beweiserhebung im eigentlichen Sinne unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der Beweiserhebung in anderen Gerichtsverfahren. Sie ist in den §§ 26, 27, 28 und 29 BVerfGG geregelt. Neben den dort genannten Zeugen, Sachverständigen und Urkunden sind außerdem die weiteren klassischen Beweismittel der Beteiligtenvernehmung und des Augenscheins sowie weitere sachdienliche Mittel, wie etwa die behördliche Auskunft, zulässig.<sup>20</sup> Die Beweisaufnahme erfolgt regelmäßig in mündlicher Verhandlung (§ 29 BVerfGG);<sup>21</sup> aus ihrem Ergebnis und Inhalt schöpft das *BVerfG* die Überzeugung für seine Entscheidung (§ 30 I 1 BVerfGG).

Das *BVerfG* verfügt außerdem über verschiedene Möglichkeiten der Schaffung einer Tatsachengrundlage außerhalb einer förmlichen Beweiserhebung. Diese werden vor allen Dingen – wenn auch nicht ausschließlich – relevant, wenn es um die Erforschung genereller Daten und Prognosen geht, die zur Prüfung eines Gesetzes an Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Gleichheitssatz erforderlich sind oder dem Vorverständnis für die Interpretation der anzuwendenden Verfassungsnorm dienen. Diese Art der Tatsachenfeststellung unterscheidet sich grundlegend von der Beweiserhebung und -würdigung in sonstigen Gerichtsverfahren bei der Erhebung von Einzel Tatsachen; sie unterscheidet sich aber auch von der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung, wenn dort generelle Tatsachen eine Rolle spielen.<sup>22</sup> Zu dieser spezifisch verfassungsgerichtlichen Art der Schaffung einer Tatsachengrundlage gehört die Erhebung gesellschaftlicher, politischer, kultureller und wirtschaftlicher Daten<sup>23</sup> vor allem durch die Einholung von Stellungnahmen sachkundiger Dritter (§ 27a BVerfGG), aber auch von den obersten Bundesgerichten (im Wege der Rechts- und Amtshilfe, § 27 BVerfGG<sup>24</sup>), die zunächst schriftlich und im

7 Eingehend dazu *Ossenbühl* in *Starck*, *BVerfG* und Grundgesetz I, 1976, 458/474 ff.

8 So führte etwa im Verfahren auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Auflösung der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) im Jahre 2003 nicht zuletzt die Sorge, das Verfahren könne durch den Einsatz von V-Leuten hinsichtlich des Tatsachenmaterials nicht dem erforderlichen Höchstmaß an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Verfahrens gerecht werden, zu einer Einstellung des Verfahrens. Vgl. dazu *BVerfGE* 107, 339 (369) = NJW 2003, 1577 (1581) = NVwZ 2003, 1248 Ls. für die Minderheit und *BVerfGE* 107, 339 (382 f.) = NJW 2003, 1577 (1584) = NVwZ 2003, 1248 Ls. für die auf die Amtsermittlungspflicht des § 26 BVerfGG gestützte Ansicht der Mehrheit.

9 *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des *BVerfG*, 1971, 12.

10 *Ossenbühl* (o. Fn. 7), 458/465.

11 *Philippi* (o. Fn. 9), 9.

12 *Philippi* (o. Fn. 9), 6 ff.; *Ossenbühl* (o. Fn. 7), 458/465 f.; *Bryde* in *Badura/Dreier*, FS 50 Jahre *BVerfG* I, 2001, 533/556 f.

13 *Ossenbühl* (o. Fn. 7), 458/466; *Brink* in *Rensen/Brink*, Linien der Rechtsprechung des *BVerfG* I, 2009, 3/12.

14 *Brink* (o. Fn. 13), 3/12.

15 Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs in BT-Drs. 14/6433, 9.

16 *Ossenbühl* (o. Fn. 7), 458/466; *Brink* (o. Fn. 13), 3/12.

17 Vgl. *BVerfGE* 115, 276 (308 f.) = NJW 2006, 1261 (1264) = NVwZ 2006, 679 Ls.

18 Derartige Rechte bestehen bspw. bei der abstrakten und konkreten Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde, vgl. § 77 BVerfGG, § 82 I iVm § 77 BVerfGG und § 94 I, 2 und III iVm § 77 BVerfGG.

19 Äußerungsrechte der Beteiligten des Ausgangsverfahrens bestehen etwa im Verfahren der konkreten Normenkontrolle, § 82 III BVerfGG, und bei der Verfassungsbeschwerde, § 94 III BVerfGG.

20 *Zöbele/Dollinger* in *Umbach/Clemens/Dollinger*, *BVerfGG*, 2. Aufl. 2005, § 26 Rn. 13.

21 *Brink* (o. Fn. 13), 3/6.

22 *Bryde* (o. Fn. 12), 533/537.

23 *Bryde* (o. Fn. 12), 533/536 ff.; *Dollinger* (o. Fn. 20), § 27 a Rn. 13.

24 Vgl. *Dollinger* (o. Fn. 20), § 27 Rn. 20.

Falle einer mündlichen Verhandlung auch mündlich angehört werden.<sup>25</sup> Weitere, diesen Zwecken dienende Informationsquellen des *BVerfG* außerhalb einer mündlichen Verhandlung sind etwa Fachliteratur,<sup>26</sup> allgemein zugängliche Statistiken<sup>27</sup> und richterliche Erfahrungssätze.<sup>28</sup>

### III. Tatsachengrundlage und Tatsachenfeststellung bei der Kontrolle von Rechtssätzen

Die Tatsachenfeststellung des *BVerfG* bei der Überprüfung von Gesetzen bewegt sich in dem verfassungsrechtlich sowie politisch brisanten Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Gesetzgebers und ist dogmatisch weitgehend ungeklärt.<sup>29</sup> Hier geht es zumeist um die Feststellung genereller Tatsachen; Einzeltatsachen spielen hingegen eine untergeordnete Rolle, da es bei der abstrakten Normenkontrolle keinen Ausgangsrechtsstreit gibt, bei der konkreten Normenkontrolle eine ausreichende Tatsachenfeststellung des vorlegenden Gerichts erforderlich ist<sup>30</sup> und bei der Verfassungsbeschwerde ebenfalls meist der von den Ausgangsgerichten festgestellte Sachverhalt zu Grunde zu legen ist.<sup>31</sup>

#### 1. Umfang der Kontrolle der Tatsachengrundlage

Seine durch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz verliehene Kompetenz zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung übt das *BVerfG* bei der Überprüfung von Gesetzen eher zurückhaltend aus. Es erkennt in ständiger Rechtsprechung einen Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers an.<sup>32</sup> Dadurch verschiebt sich die Prüfung des *BVerfG* von einer vollständigen Tatsachenkontrolle hin zu einer Evidenzkontrolle und damit auf eine zweite, kompetenzielle Ebene.<sup>33</sup> Gleichwohl handelt es sich bei der Tatsachengrundlage des Gesetzgebers und dessen Prognosen auch für das *BVerfG* um tatsächliche Fragen, wenn sie auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle aus einer anderen Perspektive betrachtet werden müssen.

Während früher teilweise angezweifelt wurde, dass das *BVerfG* grundsätzlich die Kompetenz zur Tatsachenfeststellung auch in diesem Bereich hat,<sup>34</sup> erfährt heute die konkrete Grenzziehung aus zwei entgegengesetzten Richtungen Kritik. Auf der einen Seite wird geltend gemacht, dass das *BVerfG* nicht mit dem Apparat des Gesetzgebers konkurrieren könne, es nur dazu berufen sei, Einzelfälle zu entscheiden, eine eigene Tatsachenfeststellung unökonomisch sei und einen Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers darstelle.<sup>35</sup> In der Tat besteht nicht zuletzt auf Grund der Weite des Schutzbereichs- und Eingriffsbegriffs im Falle einer umfassenden Prüfungskompetenz die Gefahr, dass letztlich jedes Gesetz als unverhältnismäßig angesehen werden könnte. Gleichwohl ist eine eigene Tatsachenfeststellungskompetenz erforderlich, da ohne eine Befugnis, die tatsächlichen Grundlagen für die Ziele des Gesetzgebers zu hinterfragen, eine effektive Gesetzeskontrolle und damit eine Wahrnehmung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Funktion nicht möglich wäre.<sup>36</sup> Für eine umfassende Feststellungskompetenz des *BVerfG* spricht überdies als traditionell-funktionelles Argument, dass zur Jurisdiktion eine eigene Feststellung des Sachverhalts des zu entscheidenden Streitfalls gehört und als hermeneutisches Argument, dass die sachgebotene Methodik richterlicher Urteilsfindung es nicht erlaubt, Norm und Wirklichkeit im Prozess der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung voneinander zu trennen.<sup>37</sup> Zu beachten ist ferner, dass das *BVerfG* insoweit im Vorteil ist, als es anders als der Gesetzgeber, der nicht alle Konsequenzen seiner Gesetze vorhersehen kann, bei seiner Entscheidung meist berücksichtigen kann, wie sich ein Gesetz bislang in der Praxis bewährt hat.<sup>38</sup> Darüber hinaus hat

eine – allerdings ältere – empirische Studie gezeigt, dass insbesondere Prognosen des *BVerfG* eine hohe Qualität aufweisen, weil sie in hohem Maße rational fundiert sind.<sup>39</sup>

Zuweilen wird allerdings auch eine zu große Zurückhaltung des *BVerfG* bei der Tatsachenfeststellung kritisiert. Das *BVerfG* scheue vor erforderlichen Feststellungen zurück und betreibe sie halbherzig und nicht überzeugend.<sup>40</sup> Dem lässt sich entgegenhalten, dass das *BVerfG* fallbezogen und pragmatisch agiert, was vor allem der Zurückhaltung gegenüber den Kompetenzen von Fachgerichtsbarkeit und Gesetzgeber dient.<sup>41</sup> Auch ist zu bedenken, dass eine eigene Tatsachenfeststellung vom *BVerfG* nur insoweit durchzuführen ist, als sie für die spezifisch verfassungsrechtliche Frage erforderlich ist beziehungsweise vom *BVerfG* für erforderlich erachtet wird. Anerkennt man einen Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers, verschiebt sich die Fragestellung im oben genannten Sinne, ohne dass es sich dabei um ein Ausweichen vor Tatsachenfeststellungen handelt.

#### 2. Methode der Tatsachenermittlung, insbesondere bei der Schaffung einer Tatsachengrundlage außerhalb einer förmlichen Beweisaufnahme

Auf Grund des pragmatischen Umgangs des *BVerfG* mit Tatsachenfeststellungen lässt sich die Methode des *BVerfG* am ehesten am Vorgehen in den einzelnen Abschnitten eines Verfahrens nachvollziehen.

a) *Prüfung anhand der Beschwerde-/Antragsschrift.* In einem ersten Schritt erfolgt anhand der vorliegenden Unterlagen eine Prüfung der Sache durch den Berichterstatter unter Vorbereitung seiner Wissenschaftlichen Mitarbeiter. Zu diesen Unterlagen gehören insbesondere die Beschwerdeschrift oder eine sonstige Antragsschrift und die jeweils beigefügten An-

25 Krit. zu dieser Annäherung an parlamentarische Hearings etwa Roelcke, VVDStRL 34, 1975, 126 f.

26 Vgl. etwa BVerfGE 88, 87 (101) = NJW 1993, 1517 (1518) = StAZ 1993, 109 = NVwZ 1993, 663 Ls.; BVerfGE 90, 145 (178 ff.); BVerfGE 90, 199 = NJW 1994, 1577 (1580); BVerfGE 90, 212 = NJW 1994, 1585 = NJW 1994, 1588; Bryde (o. Fn. 12), 533/537; Philippi (o. Fn. 9), 103 ff.

27 Vgl. etwa BVerfGE 85, 191 (195 ff.) = NJW 1992, 964 (965) = NZA 1992, 270; BVerfGE 87, 153 (174) = NJW 1992, 3153 (3154) = NVwZ 1993, 55 Ls.; BVerfGE 91, 93 (112) = NJW 1994, 2817 (2818) = NVwZ 1994, 1197 Ls.; Bryde (o. Fn. 12), 533/537; Philippi (o. Fn. 9), 84 ff.

28 Vgl. Philippi (o. Fn. 9), 103 ff.

29 Vgl. Bryde (o. Fn. 12), 533/539.

30 Vgl. etwa BVerfGE 17, 135 (138), Klein (o. Fn. 2), § 26 Rn. 6.

31 Dazu unten III.

32 Vgl. etwa BVerfGE 102, 197 (218); BVerfGE 103, 44 = NVwZ 2001, 790; BVerfGE 103, 72 = NJW 2001, 1632 (1633, 1637) = NVwZ 2001, 790 Ls. = NJW 2001, 3253 Ls.; BVerfGE 115, 276 (308 f.) = BeckRS 2006, 21933 = NJW 2006, 1261 (1264) = NVwZ 2006, 679 Ls. und zum Spielraum bei der Bestimmung „sicherer Herkunftsstaaten“ im Bereich des Art. 16 a III GG BVerfGE 94, 115 (141, 144) = NVwZ 1996, 691 (695 f.); BVerfGE 94, 163 (164) = NVwZ 1996, 698 (699, 700) = NJW 1996, 1665 Ls.

33 Brink (o. Fn. 13), 3/14, Kluth, NJW 1999, 3513 (3515).

34 So versuchte der Abgeordnete Dichgans, das *BVerfG* per Gesetz an die Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers zu binden, es sei denn, diese seien offensichtlich missbräuchlich falsch getroffen worden. Dies löste heftige Gegenreaktionen hervor, wurde als Angriff auf die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit und als verfassungswidrig angesehen, sodass Dichgans seinen Vorschlag wieder zurückzog. Vgl. dazu Ossenbühl (o. Fn. 7), 458/462 f.

35 Vgl. zu diesen, allerdings älteren Argumenten Philippi (o. Fn. 9), 184 ff.

36 Vgl. BVerfGE 6, 389 (398 ff.) = NJW 1957, 865; Brink (o. Fn. 13), 3/13, Kluth, NJW 1999, 3513 (3515); Ossenbühl (o. Fn. 7), 458 (469) („essentieller Bestandteil der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz“).

37 Vgl. Ossenbühl (o. Fn. 7), 458 (467 ff.).

38 Vgl. Bryde (o. Fn. 12), 533/554; Philippi (o. Fn. 9), 188 f.

39 Vgl. Philippi (o. Fn. 9), 162 ff.

40 Vgl. Brink (o. Fn. 13), 3/26.

41 Bryde (o. Fn. 12), 533/561.

lagen. Dabei können an verschiedenen Punkten der Prüfung ganz bestimmte, gleichwohl generelle Tatsachen klärungsbedürftig erscheinen. So verlangt etwa die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Kenntnis des vom Gesetz geregelten Sachverhalts und der Auswirkungen des Gesetzes auf diesen Lebenssachverhalt. Ähnliches gilt bei der Anwendung des Gleichheitssatzes bereits für die Frage, welche Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund zu stellen sind. Denn dieser hängt insbesondere von dem jeweiligen Regelungsgegenstand ab.<sup>42</sup> Überdies ist eine Kenntnis des allgemeinen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Hintergrundes von entscheidender Bedeutung, wenn es um die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen und der hierzu meist erforderlichen Auslegung einer Verfassungsnorm geht.

Es entspricht der Praxis des *BVerfG*, bereits in diesem Stadium zur Beantwortung der genannten Fragen allgemein zugängliche Quellen und Statistiken heranzuziehen. Freilich zieht es die Gesetzesmaterialien heran, wenn auch die darin enthaltenen Informationen gelegentlich anders bewertet werden als vom Gesetzgeber.<sup>43</sup> Diese Verfahrenspraxis „interner Ermittlungsansätze“, zu denen außerdem die Beiziehung der Verfahrensakte und die Einholung sonstiger amtlicher Auskünfte gehören,<sup>44</sup> ist mit der Gefahr fehlender Transparenz behaftet,<sup>45</sup> wenn die Einholung entsprechender Auskünfte und die Verwertung allgemein zugänglicher Quellen den Verfahrensbeteiligten nicht vor der Entscheidung mitgeteilt beziehungsweise bei nicht begründeten Nichtannahmeentscheidungen gar nicht offengelegt werden.<sup>46</sup> Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt darin allerdings nicht, sofern es sich um den Inhalt der Verfahrensakte oder allgemein zugängliche Quellen handelt und erkennbar ist, dass es auf diese Gesichtspunkte für die Entscheidung ankommt.<sup>47</sup> Andernfalls ist durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung sicherzustellen, dass die Beteiligten Gelegenheit erhalten, zu den entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen des *BVerfG* Stellung zu nehmen.

b) *Zustellung*. Mit der Zustellung der Beschwerde- oder Antragsschrift erfolgt eine weitere Tatsachenaufklärung durch die Gelegenheit zur Äußerung und die Einholung von Stellungnahmen.<sup>48</sup> Sofern dies nicht ausnahmsweise bereits im vorangegangenen Verfahrensabschnitt erfolgt ist, werden jetzt auch die Akten des Ausgangsverfahrens beigezogen. Deren Inhalt dient im Allgemeinen der Stoffsammlung, er kann aber auch objektive Beweisfunktion haben.<sup>49</sup> Im Rahmen ihrer Äußerungen werden die Äußerungsberechtigten<sup>50</sup> sich nicht nur zu Rechtsfragen, sondern gegebenenfalls auch zu den der gesetzlichen Regelung zu Grunde liegenden allgemeinen Tatsachen äußern. Das *BVerfG* holt außerdem Stellungnahmen von den obersten Bundesgerichten und gegebenenfalls außerdem von den Obergerichten der Länder ein, wobei dies jedoch meist Rechtsfragen betrifft.

Ganz wesentlich für die Tatsachenfeststellung ist die Einholung von Stellungnahmen sachkundiger Dritter (§ 27 a *BVerfGG*). Bei Bedarf wird außerdem ein Sachverständiger mit der Erstellung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens beauftragt. Die Einholung von Stellungnahmen Dritter ist allerdings mit dem Problem behaftet, selektive Tatsachenkenntnisse zu verallgemeinern,<sup>51</sup> also überproportional Stellungnahmen aus dem Lager heranzuziehen und zu bewerten, das sich für eine bestimmte Frage besonders engagiert. So hat etwa die Entscheidung des 1. *Senats* zur Sukzessivadoption<sup>52</sup> Kritik aus der Politik hervorgerufen, in der insbesondere die Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung angezweifelt wird.<sup>53</sup> Das *BVerfG* begegnet jedoch der Gefahr

einer selektiven Tatsachenkenntnis, indem es sich dieser Gefahr bewusst ist und es versucht, die Quellen für die Tatsachengrundlage möglichst breit zu fassen. Es gibt möglichst beiden Seiten quasi kontradiktorisch Gelegenheit zur Stellungnahme, was allerdings an seine Grenzen stößt, wenn beide Seiten nicht gleich gut organisiert sind<sup>54</sup> oder sich in unterschiedlichem Maße engagieren. Zumindest in den bedeutenderen Verfahren versucht das *BVerfG* durch die Einholung von Stellungnahmen verschiedener gesellschaftlicher Gruppen und Verbände einen breiten Dialog zu eröffnen, was nicht zuletzt die Akzeptanz der Entscheidungen des *BVerfG* erhöhen<sup>55</sup> und eine ausgewogene Sicht der Dinge ermöglichen soll.<sup>56</sup> Schließlich zieht das Gericht neben den Stellungnahmen sachkundiger Dritter weitere Informationsquellen heran<sup>57</sup> und gleicht diese miteinander ab, wobei zumindest im *Senat* eine „16-Augen-Kontrolle“ die Gewähr für kritische Blicke schafft.<sup>58</sup> Im Übrigen begegnet es den Stellungnahmen mit Vorsicht, indem es sie zwar im Sachverhalt breit darstellt, in den tragenden Entscheidungsgründen aber behutsam mit ihnen umgeht.<sup>59</sup> Zudem haben die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, Einfluss auf diese Art der Tatsachenfeststellung zu nehmen. Zwar gibt es für die Verfahrensbeteiligten keine Möglichkeit, die Einholung von Stellungnahmen sachkundiger Dritter zu erzwingen,<sup>60</sup> entsprechende Anträge sind aber sinnvoll,<sup>61</sup> zumal das Gericht bei Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens und seinem Bestreben, ein möglichst weitreichendes und pluralistisches Meinungsbild zu erhalten, derartigen Anträgen regelmäßig nachkommen wird.

Ein weiteres Problem der Stellungnahmen sachkundiger Dritter besteht in der möglichen Parteilichkeit der Auskunftspersonen. Die sachkundigsten Auskunftspersonen gehören häufig zu einem bestimmten Lager oder gar zur Regierung, sodass ihre Auskünfte interessengeleitet sein können.<sup>62</sup> Dies wurde in einer jüngeren Entscheidung vom *BVerfG* berücksichtigt, indem es entsprechende Äußerungen bei möglichen Standpunktabhängigkeiten der Beurteilung mit Vorsicht ge-

42 Vgl. etwa *BVerfGE* 130, 240 (254) = NJW 2012, 1711 (1712) = NZS 2012, 381 Ls.

43 Vgl. *BVerfGE* 88, 5 (13) = NZA 1993, 427 = NJW 1993, 2093 Ls. und *Bryde* (o. Fn. 12), 533/553.

44 Vgl. *Geiger*, Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, 1981, 23.

45 Vgl. *Redeker*, NJW 1971, 2111 (2113).

46 Vgl. dazu *Brink* (o. Fn. 13), 3/17 f.

47 Vgl. zu den Maßstäben der Verletzung des § 103 I GG etwa *BVerfGE* 84, 188 (190) = NJW 1991, 2823 (2824) = NVwZ 1991, 1173 Ls.; *BVerfGE* 86, 133 (144 f.) = NJW 1992, 2877 = NVwZ 1992, 1185 Ls.

48 Dies ist bereits vor der Zustellung möglich (vgl. § 41 GO-*BVerfG*), wovon aber – soweit ersichtlich – selten Gebrauch gemacht wird.

49 *Lechner/Zuck*, *BVerfGG*, 6. Aufl. 2011, § 26 Rn. 11.

50 Gesetzgeber und Regierung (§ 77 *BVerfGG*, § 82 I iVm § 77 *BVerfGG* und § 94 I, 2 und III iVm § 77 *BVerfGG*) sowie die Beteiligten des Ausgangsverfahrens im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (§ 82 III) und der Verfassungsbeschwerde (§ 94 III *BVerfGG*).

51 *Dollinger* (o. Fn. 20), § 27 a Rn. 13.

52 Vgl. *BVerfGE* 133, 59 = NJW 2013, 847 = StAZ 2013, 184 = NVwZ 2013, 1207 Ls.

53 Vgl. zu dieser politisch motivierten, jedoch sachlich völlig unsubstanzierten Kritik etwa *Der Spiegel*, Ausgabe 10/2013, 25 v. 4.3.2013; Zeit-Online, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-03/union-verfassungsgericht-homoehoe>, 3.3.2013.

54 Vgl. *Bryde* (o. Fn. 12), 533/536.

55 Vgl. *Bryde* (o. Fn. 12), 533/537; *Lenz/Hansel*, *BVerfGG*, 2013, § 27 a Rn. 13.

56 *Voßkuhle*, NJW 2013, 1329 (1334).

57 *Bryde* (o. Fn. 12), 533/537.

58 *Voßkuhle*, NJW 2013, 1329 (1334).

59 *Dollinger* (o. Fn. 20), § 27 a Rn. 13.

60 *Dollinger* (o. Fn. 20), § 27 a Rn. 22.

61 *Lenz/Hansel*, *BVerfGG*, 2013, § 27 a Rn. 10.

62 Vgl. auch *Philippi* (o. Fn. 9), 107 ff.

noss;<sup>63</sup> allerdings war dies in der Vergangenheit nicht immer der Fall.<sup>64</sup>

c) *Mündliche Verhandlung*. In einem weiteren Schritt kommt es in seltenen Fällen zu einer mündlichen Verhandlung.<sup>65</sup> In dieser können die Beteiligten und Äußerungsberechtigten ergänzend und vertiefend Stellung nehmen, gegebenenfalls wird ein Sachverständiger das Gutachten erläutern und Zeugen können vernommen werden. Äußerungen werden neben (verfassungs-) rechtlichen auch tatsächliche Aspekte betreffen, soweit diese für die Entscheidung relevant sind. Durch Fragen der Senatsmitglieder wird nicht zuletzt der tatsächliche Hintergrund gesetzgeberischer Entscheidungen näher beleuchtet.

### 3. Fazit

Das *BVerfG* geht bei der Ermittlung der für die Gesetzeskontrolle erforderlichen Tatsachen fallbezogen und pragmatisch vor. Der Mittelweg aus der Wahrung einer gewaltenteiligen Verfassung einerseits und einer effektiven Kontrolle des Gesetzgebers andererseits erfordert eine Grenzziehung, die sich mit der Anerkennung eines Einschätzungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers abstrakt formulieren, sich dann aber erst von Fall zu Fall konkretisieren lässt. Stützt das *BVerfG* seine Entscheidung auf eine eigene Tatsachenfeststellung, versucht es den Gefahren der spezifischen Methode des Einholens von Stellungnahmen sachkundiger Dritter zu begegnen, indem es die Feststellung auf eine möglichst breite Grundlage stützt. Die Verwertung der unterschiedlichen Quellen der Tatsachenermittlung in der Entscheidung erfolgt weniger formal als etwa die Beweiswürdigung anderer Gerichte.<sup>66</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn es um das Vorverständnis für die Auslegung der Verfassungsnorm geht. Gerade in diesem Bereich lässt sich die entsprechende Überzeugungs- und Meinungsbildung nur schwierig in eine rechtliche Begründung gießen. Das gilt umso mehr als die Senateinstimmungen einer Einigung der acht Senatsmitglieder bedürfen und eine Einigung auf das Ergebnis häufig leichter zu erzielen ist als hinsichtlich dessen Begründung.<sup>67</sup>

## IV. Tatsachengrundlage und Tatsachenfeststellung bei der Kontrolle von Urteilen

### 1. Einleitung

Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde steht die Kompetenz des *BVerfG* zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung in einem Spannungsverhältnis mit den Tatsachenfeststellungen der Ausgangsgerichte. Die jeweilige volle Nachprüfung der den gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde liegenden Tatsachen würde das *BVerfG* zu einer Art Superrevisionsgericht<sup>68</sup> -angesichts dessen, dass ein Revisionsgericht grundsätzlich keine Tatsacheninstanz ist, wohl eher zu einem Superberufungsgericht<sup>69</sup> # machen. Diese Aufgabe möchte und kann das *BVerfG* nicht wahrnehmen. So übt es grundsätzlich Zurückhaltung nicht nur bei der Überprüfung von Gesetzen, sondern auch bei der Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen.<sup>70</sup> Es überprüft die Tatsachenfeststellungen der angegriffenen Entscheidungen nur ausnahmsweise und unter bestimmten, engen Voraussetzungen.<sup>71</sup> Wie bei der Normenkontrolle wird hier ebenfalls der Prüfungsumfang auch und insbesondere bei der Tatsachenfeststellung als zu weitreichend kritisiert,<sup>72</sup> während umgekehrt eine zu große Zurückhaltung<sup>73</sup> und eine Unklarheit<sup>74</sup> bei der Überprüfung der Tatsachenfeststellungen der Ausgangsgerichte beanstandet wird. Effektiver Grundrechtsschutz erfordert jedoch grundsätzlich auch die Überprüfbarkeit gerichtlicher Entscheidungen durch das *BVerfG*, was deren Tatsachenfeststellungen einschließt.<sup>75</sup> Die Reichweite der Überprüfung hat das *BVerfG* nicht nur in

allgemeinen Maßstäben formuliert, sondern auch in zahlreichen Fällen konkretisiert. Dass das *BVerfG* nur selten die Tatsachenfeststellungen der Ausgangsgerichte überprüft oder gar korrigiert, liegt nicht nur an einer selbst geübten Zurückhaltung, sondern außerdem daran, dass der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde vom Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens zu unterscheiden ist. Das *BVerfG* stellt die für die verfassungsrechtliche Prüfung erforderlichen Tatsachen fest, greift dabei nach Möglichkeit auf den Vortrag des Beschwerdeführers und die Feststellungen der Ausgangsgerichte zurück, nimmt aber eine eigene Feststellung vor, wo sie für die verfassungsrechtliche Prüfung erforderlich ist.

### 2. Unterscheidung der Tatsachenebenen

Das Erfordernis eigener Tatsachenermittlung und der Umgang mit den vorgefundenen Tatsachenfeststellungen der Ausgangsgerichte werden ganz wesentlich durch die Unterscheidung der jeweils maßgeblichen Tatsachenebene bestimmt. Dass das *BVerfG* die im angegriffenen Urteil festgestellte Tatsachengrundlage meist nicht kontrolliert, liegt zumindest auch daran, dass diese für die verfassungsrechtliche Prüfung häufig nur von untergeordneter Bedeutung ist. Entsprechend dem unterschiedlichen Streitgegenstand von Verfassungsbeschwerde und Ausgangsverfahren<sup>76</sup> ist auch die Tatsachengrundlage für die verfassungsrechtliche Prüfung grundsätzlich etwas anderes als der für die Prüfung des Falls durch das Ausgangsgericht maßgebliche Sachverhalt. Beide Tatsachenebenen sind prinzipiell voneinander zu unterscheiden, auch wenn sie sich im Einzelfall überschneiden oder gar

63 So etwa in *BVerfGE* 130, 76 (120) = NJW 2012, 1563 (1567) = NVwZ 2012, 1033 Ls.

64 Unkritisch etwa *BVerfGE* 118, 244 (273 f.) = NVwZ 2007, 1039 (1041), vgl. dazu *Brink* (o. Fn. 13), 3/26.

65 In den „quasistrafrechtlichen Verfahren“, insbesondere dem Parteiverbotsverfahren findet zuvor allerdings noch eine Voruntersuchung statt (vgl. §§ 54, 58 I, 38 I, 47 BVerfGG), was die Pflicht zur umfassenden Tatsachenermittlung unterstreicht. Vgl. dazu *Gelberg*, Das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 II GG am Beispiel des NPD-Verbotsverfahrens, 2009, 142.

66 Vgl. für eine Beweiswürdigung im überkommenen Sinne *BVerfGE* 92, 91 (110) = NJW 1995, 1733 (1734) = NVwZ 1995, 781 Ls., für eine ausführliche Darstellung der Tatsachenquellen und deren Verwertung in den rechtlichen Gründen *BVerfGE* 133, 59 (70) = NJW 2013, 847 (853) = StAZ 2013, 184 = NVwZ 2013, 1207 Ls. und für eine Darstellung der Anhörung zahlreicher sachkundiger Dritter und eines Sachverständigengutachtens im Sachverhalt und eine Bezugnahme in den Gründen ohne eine eingehende Würdigung *BVerfGE* 133, 168 = NJW 2013, 1058 = NStz 2013, 295.

67 Vgl. *Bryde* (o. Fn. 13), 533/539.

68 Vgl. *Klein* (o. Fn. 2), § 26 Rn. 6.

69 Vgl. *Kemtnner*, NJW 2005, 785 (786); *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3517).

70 Vgl. *BVerfGE* 14, 76 (104 f.) = NJW 1962, 1195; *BVerfGE* 18, 85 (92 ff.) = NJW 1964, 1715 (1716) = GRUR 1964, 554; *BVerfGE* 30, 173 (196 f.) = NJW 1971, 1645 (1647) m. abw. Meinung; NJW 2003, 3313.

71 Vgl. *BVerfGE* 18, 85 (92 ff.) = NJW 1964, 1715 (1716) = GRUR 1964, 554; *BVerfGE* 30, 173 (196 f.) = NJW 1971, 1645 (1647) = NJW 1971, 1645; *BVerfGE* 34, 384 (397); *Klein* (o. Fn. 20), § 26 Rn. 6.

72 Vgl. etwa die Nachw. bei *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3518), Fn. 67 f. und die eigene Kritik 3519, *Kemtnner*, NJW 2005, 785 (786); Beschränkung auf Verfahrensrüge; *Diederichsen*, AcP 198, 1998, 171 ff.: Übergreif in die Ziviljustiz; zum Strafrecht vgl. Sondervotum *Hasse* in *BVerfGE* 93, 266 (313 ff.) = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 Ls.; (Soldaten sind Mörder); vgl. außerdem *Starck*, in *Mangoldt/Klein Starck*, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Rn. 200.

73 Vgl. das Sondervotum *Steinberger*, *BVerfGE* 70, 59 (69) = NJW 1985, 2315 (2317) = NVwZ 1985, 732 Ls., dazu auch *Zöbeley/Dollinger* (o. Fn. 20), § 26 Rn. 10 und *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3517), Fn. 48; *Brink* (o. Fn. 13), 3/28: „Rückzug des *BVerfG* von der Wahrheitsermittlung“.

74 Vgl. *Ossenbühl* (o. Fn. 7), 458/493: „Schwanken“; *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3519): „Fallbezogen und nach eigenem Ermessen“; *Kemtnner*, NJW 2005, 785 (786): „Unklares Abgrenzungsverhältnis“ und bezüglich der Willkürkontrolle: Beliebigkeit (787) mit Hinweis auf *Berke-mann*, DVBl. 1996, 1028 (1032).

75 *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3519).

76 Vgl. *Brink* (o. Fn. 13), 3/26.

decken mögen. Besonders deutlich wird dies bei der Rüge von Verfahrensgrundrechten, wie etwa der Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG), des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter, des Gebots effektiven Rechtsschutzes oder des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 2 I iVm Art. 20 III GG). Während für das Ausgangsgericht ein bestimmter Lebenssachverhalt der Parteien von Bedeutung war, besteht der für die Prüfung der Verfahrensgrundrechte durch das BVerfG maßgebliche Sachverhalt aus dem Verfahren vor dem Ausgangsgericht.<sup>77</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Tatsachenfeststellung durch die Ausgangsgerichte angegriffen wird. Die beiden Ebenen verschwimmen allerdings häufig bei der Prüfung materieller Grundrechte, bei denen durchaus die vom Ausgangsgericht festgestellte Tatsachengrundlage auch für die verfassungsrechtliche Prüfung erforderlich sein kann. Dies wird besonders deutlich, wenn bereits die Ausgangsgerichte Grundrechte geprüft haben, wie dies insbesondere bei verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen häufig der Fall ist.<sup>78</sup> Durch die Zurückhaltung des BVerfG bei der Überprüfung der Tatsachenfeststellungen durch die Ausgangsgerichte verschiebt sich allerdings auch hier die Perspektive.

### 3. Tatsachengrundlage für die Prüfung der als verletzt gerügten Rechte

Der Untersuchungsgrundsatz wird bei Urteilsverfassungsbeschwerden durch verschiedene Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie etwa die Substanziierungsanforderungen an die Verfassungsbeschwerde oder den Grundsatz der Subsidiarität eingeschränkt. Beide bewirken, dass das BVerfG eine breite Tatsachenbasis vorfindet. Sollte diese für die verfassungsrechtliche Prüfung nicht ausreichen oder streitig sein, verschafft sich das BVerfG die erforderliche Tatsachenkenntnis auf demselben Wege wie bei der Überprüfung von Gesetzen.

a) *Substanziierter Vortrag des Beschwerdeführers.* Ausgangspunkt der Tatsachengrundlage bei der Urteilsverfassungsbeschwerde ist der Vortrag des Beschwerdeführers. Die Substanziierungsanforderungen des BVerfG in den §§ 92, 23 I 2 BVerfGG verlangen vom Beschwerdeführer unter anderem die substanziierte und schlüssige Darlegung des Sachverhalts, aus dem sich die Grundrechtsverletzung ergeben soll.<sup>79</sup> Außerdem muss ein Beschwerdeführer sich mit Grundlagen und Inhalt der angegriffenen Gerichtsentscheidungen auseinandersetzen.<sup>80</sup> Er muss die angegriffenen Hoheitsakte sowie die zu ihrem Verständnis notwendigen Dokumente und Unterlagen vorlegen oder zumindest ihrem Inhalt nach so darstellen, dass eine verantwortbare verfassungsrechtliche Beurteilung möglich ist.<sup>81</sup> In der Regel erfolgt allein auf dieser Grundlage die Prüfung der Annahmeveraussetzungen; die Akten des Ausgangsverfahrens werden im Annahmeverfahren nur selten beigezogen. Die Substanziierungsanforderungen schränken den Untersuchungsgrundsatz ein, da sich das BVerfG die für die verfassungsrechtliche Prüfung erforderlichen Tatsachen vortragen lässt und es insoweit keine eigenen Ermittlungen vornimmt. Nennt etwa ein Beschwerdeführer nicht die für die geltend gemachte Grundrechtsverletzung erheblichen Tatsachen, können sie der Prüfung der Erfolgsaussicht nicht zu Grunde gelegt werden und der Verfassungsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Diese für einen effektiven Grundrechtsschutz nicht unproblematische Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes dient der Prozessökonomie und lässt sich durch die Zweckmäßigkeitserwägung rechtfertigen, dass das eigene Interesse des Beschwerdeführers an der Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen eine vollständige Sachverhaltsdarstellung zur Folge hat.<sup>82</sup>

b) *Tatsachenfeststellungen und –bewertungen durch die Ausgangsgerichte.* Kommt es für die Prüfung der als verletzt gerügten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte unmittelbar oder mittelbar auf Tatsachen an, die bereits von den jeweiligen Ausgangsgerichten festgestellt wurden, legt das BVerfG seiner verfassungsrechtlichen Prüfung in der Regel diese Tatsachen zu Grunde.<sup>83</sup> Nur ausnahmsweise überprüft es die Tatsachenfeststellung oder bewertet die festgestellten Tatsachen neu.

aa) *Vollständige tatsächliche Vorklärung.* Dass das Ausgangsgericht hinreichende Gelegenheit zur Feststellung der erforderlichen Tatsachen hatte und bereits mit dem vollständigen Programm befasst war, stellt der Grundsatz der Subsidiarität sicher,<sup>84</sup> da er unter anderem auf eine vollständige tatsächliche Vorklärung des Streitstoffes zielt.<sup>85</sup> Hiernach muss ein Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergriffen haben, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.<sup>86</sup> Dazu gehört unter anderem, dass der Beschwerdeführer bereits im Ausgangsverfahren den vollständigen Sachverhalt vorgetragen hatte. Der Grundsatz der Subsidiarität bildet damit nach den Substanziierungsanforderungen des Beschwerdeführers eine zweite Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes.

bb) *Zurückhaltende Überprüfung der Tatsachengrundlage.* Die durch die Ausgangsgerichte festgestellte Tatsachengrundlage wird vom BVerfG nur zurückhaltend überprüft. Es geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass insbesondere die Feststellung und die Würdigung des Tatbestandes Angelegenheit der zuständigen Fachgerichte sind. Sie sind der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen, sofern nicht spezifisches Verfassungsrecht verletzt ist. Das BVerfG kontrolliert lediglich, ob die angegriffene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts oder vom Umfang seines Schutzbereiches beruhen.<sup>87</sup>

77 Vgl. dazu bereits *Ossenbühl*, (o. Fn. 7), 458/492.

78 Bspw. in *BVerfGE* 108, 282 = NJW 2003, 3111 = NJW 2003, 3117 = NVwZ 2003, 1248 Ls. und *BVerfG*, NVwZ-RR 2011, 465 = NZV 2011, 414 Ls.

79 Vgl. *BVerfGE* 99, 84 (87) = NVwZ 1999, 401 (402) = NJW 1999, 2658 Ls.

80 Vgl. *BVerfGE* 85, 36 (52) = NVwZ 1992, 361; *BVerfGE* 101, 331 (345) = NJWE-FER 2000, 117 = BeckRS 1999, 30087346; *BVerfGE* 105, 252 (264) = NJW 2002, 2621 = NVwZ 2002, 1495 Ls.

81 Vgl. *BVerfGE* 88, 40 (45) = NVwZ 1993, 666 = NJW 1993, 2599 Ls.; *BVerfGE* 93, 266 (288) = NJW 1995, 3303 (3309) = NVwZ 1996, 159 Ls.

82 Vgl. etwa für den Zivilprozess *Rauscher*, MüKoZPO, 4. Aufl. 2013, Einl. Rn. 308.

83 Bspw. konnte bei der Prüfung der Rüge eines gegen Art. 3 I GG verstoßenden gleichheitswidrigen Erhebungsdefizits von Rundfunkgebühren auf Grund eines strukturellen Erhebungsmangels auf tatsächliche Feststellungen des VGH zurückgegriffen werden, *BVerfG*, NVwZ-RR 2011, 465 = NZV 2011, 414 Ls.

84 *Brink* (o. Fn. 13), 3/15 mit Verweis auf *BVerfGE* 8, 222 (227) = NJW 1959, 29 (30).

85 *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3517) mwN in Fn. 53.

86 Vgl. *BVerfGE* 74, 102 (113) = NJW 1988, 45 = NStZ 1987, 275 = NStZ 1987, 502 Ls. mit Anm. *Schaffstein*; *BVerfGE* 77, 381 (401) = NVwZ 1988, 427 = NJW 1988, 1659 Ls.; *BVerfGE* 104, 65 (70) = NJW 2002, 741 = MMR 2002, 89.

87 Vgl. *BVerfGE* 18, 85 (93) = NJW 1964, 1715 (1716) = GRUR 1964, 554; *BVerfGE* 42, 143 (148 f.) = NJW 1976, 1677 m.abw. M; *BVerfGE* 62, 189 (192) = NJW 1983, 809 = NStZ 1983, 84; *BVerfGE* 85, 248 (257 f.) = NJW 1992, 2341 (2341 f.); = GRUR 1992, 866 mit Anm. *Lange*, GRUR 1992, ; *BVerfGK* 4, 243 (253) = NJW 2005, 1344 (1345) = NVwZ 2005, 1057 Ls. = NJW 2005, 2576 Ls. Während es allerdings zunächst hieß, die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts sei „grundsätzlich allein“ Sache des Gerichts (vgl. *BVerfGE* 1, 418 [420]), verwendet das BVerfG inzwischen meist die Wendung, die Tat-

Diese Abgrenzung ist nicht auf die Tatsachenebene beschränkt; sie wird hier aber besonders deutlich, da die Tatsachenfeststellung traditionell als das „Hausgut des Vorderrichters“ angesehen wird und selbst der Revision nur eingeschränkt zugänglich ist.<sup>88</sup> Trotz vieler Versuche in der Staatsrechtslehre ist die Frage der Kompetenzabgrenzung nicht abschließend geklärt und materiell kaum begründet.<sup>89</sup> Gleichwohl lässt sie sich zumindest nachvollziehen, wenn man im Ausgangspunkt von einer umfassenden Kompetenz des *BVerfG* zur Tatsachenfeststellung ausgeht, die es aus bestimmten Gründen nur eingeschränkt in Anspruch nimmt. Das *BVerfG* hat das Recht einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Streitgegenstands, weil dies durch den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Justizgewährungsanspruch gewährleistet ist.<sup>90</sup> Hiervon übt das *BVerfG* selbstbeschränkend Zurückhaltung. Dies mag grundsätzlich kritisiert werden, wenn man von einer Pflicht zur Wahrheitsermittlung ausgeht.<sup>91</sup> Die Zurückhaltung folgt aber funktionell-rechtlich aus der Teilung der Aufgaben eines Verfassungsgerichts einerseits und der Fachgerichte andererseits.<sup>92</sup> Prozessual wird dies gestützt durch den bereits genannten Subsidiaritätsgrundsatz, indem dieser eine Vorklärung des Streitstoffes sichert.<sup>93</sup> Die Zurückhaltung schlägt sich nicht zuletzt in der Auslegung der Gewährleistung der im Zusammenhang mit der Tatsachenfeststellung jeweils betroffenen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte durch das *BVerfG* nieder, die abgesehen vom Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs den Ausgangsgerichten jeweils einen Spielraum bis zur Willkürgrenze einräumen.<sup>94</sup> So können die angegriffenen Entscheidungen im Hinblick auf ihre Tatsachenfeststellungen nur dann auf eine entsprechende Rüge hin aufgehoben werden, wenn diese gegen Art. 3 I GG in seiner Bedeutung als Willkürverbot,<sup>95</sup> Verfahrensgrundrechte (etwa Art. 19 IV GG bzw. Art. 2 I iVm Art. 20 III GG)<sup>96</sup> oder Art. 103 I GG verstoßen.

Die Grenze der Eingriffsmöglichkeiten mag fallbezogen sein und unberechenbar erscheinen.<sup>97</sup> Gleichwohl geht das *BVerfG* in dieser Frage mit Blick auf einen effektiven Grundrechtsschutz zu Recht davon aus, dass dem richterlichen Ermessen ein gewisser Spielraum bleiben muss, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht,<sup>98</sup> ohne dass sich dieser abstrakt festlegen ließe.

cc) *Abhängigkeit der Nachprüfung von der Eingriffsintensität.* Abgesehen von der allgemeinen Formel von der „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“ hängt Nachprüfung von der jeweiligen Eingriffsintensität ab. Das bedeutet, dass die Nachprüfung umso dichter wird, je nachhaltiger ein Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen trifft.<sup>99</sup> Das *BVerfG* hat diesen Maßstab dadurch konkretisiert, dass es Fallgruppen in den Bereichen des Umgangsrechts,<sup>100</sup> des elterlichen Sorgerechts<sup>101</sup> und der Meinungsfreiheit<sup>102</sup> gebildet hat, in denen es von einer hohen Eingriffsintensität ausgeht. Die höhere Kontrolldichte in Kindschaftsachen begründet das *BVerfG* damit, dass hierzu das sachliche Gewicht der Beeinträchtigung der Eltern in ihren Grundrechten aus Art. 6 II 1 und Art. 2 I GG Anlass gebe.<sup>103</sup> Im Bereich des Art. 5 I GG stellt es umfangreiche tatsächliche Erwägungen zum Sinn der von den Ausgangsgerichten missbilligten Äußerungen an<sup>104</sup> und wendet bei Äußerungsdelikten ausdrücklich nicht die Formel vom spezifischen Verfassungsrecht an. Das *BVerfG* geht vielmehr davon aus, dass es im Einzelnen zu prüfen habe, ob jene strafrechtlichen Entscheidungen bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsfrei-

heit verletzt hätten,<sup>105</sup> wozu Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendungen im Falle der unzutreffenden Einstufung einer Äußerung als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik in vollem Umfang überprüfbar sein müssten.<sup>106</sup>

dd) *Folgen der Feststellung einer Rechtsverletzung.* Stellt das *BVerfG* die Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten bei der Tatsachenfeststellung fest, hebt es die angegriffene Entscheidung auf. Dazu nimmt es zuweilen zwar eine eigene Würdigung der Tatsachengrundlage vor, es führt jedoch keine weitergehenden Untersuchungen abweichend von den Ausgangsgerichten<sup>107</sup> oder gar eine eigene Beweisaufnahme durch. Denn dies ist für eine Aufhebung der Ausgangsentscheidung nicht erforderlich und das *BVerfG* kann im Rahmen der Arbeitsteilung zwischen *BVerfG* und Fachgerichten diesen die Feststellung des Sachverhalts überlassen. Dies ist sinnvoll, da insbesondere in jenen Verfahren,

sachenfeststellung sei „grundsätzlich“ oder „vornehmlich“ Aufgabe der Fachgerichte und daher „nur begrenzt nachprüfbar“; vgl. *BVerfGE* 18, 85 (92); *BVerfGE* 30, 173 (196 f.); *BVerfGE* 60, 79 (90 f.) = NJW 1982, 1379 (1380); *BVerfGE* 67, 213 (222 f.) = NJW 1985, 261 = NSStZ 1985, 211; m. Anm. Otto, NSStZ 1985, 213; *BVerfGE* 68, 361 (372) = NJW 1985, 2633 (2634).

88 *Kemtnner*, NJW 2005, 785 (786).

89 Vgl. dazu *Bryde* (o. Fn. 12), 533/546 f. mwN.

90 Vgl. *BVerfGE* 85, 337 (345) = NJW 1992, 1673; *Kemtnner*, NJW 2005, 785 (786).

91 Vgl. *Brink* (o. Fn. 13), 3/28.

92 *Bryde* (o. Fn. 12), 533/547 f.

93 Vgl. *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3517), *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, 1989, 268 f.

94 Vgl. bspw. zum Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz aus Art. 2 I iVm Art. 20 III GG etwa *BVerfGE* 74, 228 (234) = NJW 1987, 2067; *BVerfGK* 5, 189 (193) = NJW 2005, 1931 (1932); *BVerfGK* 11, 235 (343) = NJW 2007, 3118 (3119) = NZM 2007, 678; zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I 2 GG etwa *BVerfGE* 3, 359 (364 f.) = NJW 1954, 593.

95 Vgl. hierzu bspw. *BVerfG* (3. Kammer des Ersten Senats) v. 21.11.2012 – 1 BvR 1711/09 –, BeckRS 2013, 46029.

96 Das Gebot effektiven Rechtsschutzes etwa ist betroffen, wenn Darlegungs- und Beweislasten in einer Weise zugeordnet werden, die es den belasteten Verfahrensbeteiligten faktisch unmöglich macht, sie zu erfüllen; vgl. *BVerfGE* 54, 148 (157 f.) = NJW 1980, 2070 (2071); *BVerfGE* 59, 128 (160) = NJW 1983, 103 (106).

97 So etwa *Brink* (o. Fn. 13), 3/28, *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3519).

98 Vgl. *BVerfGE* 18, 85 (93) = NJW 1964, 1715 (1716) = GRUR 1964, 554.

99 Vgl. *BVerfGE* 42, 143 (149) = NJW 1976, 1677 m. abw. M; *BVerfGE* 83, 130 (145) = NJW 1991, 1471 (1473) = NVwZ 1991, 663 Ls.; *BVerfGE* 88, 87 (96 f.) = NJW 1993, 1517 = StAZ 1993, 109 = NVwZ 1993, 663 Ls.; *BVerfGE* 97, 169 (181) = NJW 1998, 1475 (1477) = NZA 1998, 470; *BVerfG* (2. Kammer des Ersten Senats), v. 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12 –, BeckRS 2013, 46031.

100 Vgl. die Annahme von Anhaltspunkten für eine konkrete Gefährdung der Kindesmutter nach einer ausgiebigen eigenen Würdigung der vorliegenden Unterlagen in Abweichung vom *OLG* in: *BVerfG* (2. Kammer des Ersten Senats), v. 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12 –, BeckRS 2013, 46031.

101 Zum Beispiel *BVerfGE* 72, 122 (138) = NJW 1986, 3129 (3130) = NVwZ 1987, 43 Ls.

102 Zum Beispiel *BVerfGE* 93, 266 (296) = NJW 1995, 3303 (3305) = NJW 1995, 3309 = NVwZ 1996, 159 Ls.

103 Zum Maßstab vgl. *BVerfGE* 55, 171 (181) = NJW 1981, 217 (218); Umfangreiche tatsächliche Feststellungen finden sich dann in *BVerfGE* 72, 122 (138) = NJW 1986, 3129 (3131) = NVwZ 1987, 43 Ls.; *BVerfGK* 19, 295 (300) = BeckRS 2012, 48175; *BVerfG*, FamRZ 2012, 938 = BeckRS 2012, 51044; erachtet ebenfalls die Tatsachenfeststellung und -würdigung für nicht ausreichend, ohne dass die Willkürgrenze überschritten war.

104 Vgl. etwa *BVerfGE* 85, 1 (17 ff.) = NJW 1992, 1439 (1441) = NVwZ 1992, 766 Ls.; *BVerfGE* 93, 266 (297 ff.) = NJW 1995, 3303 (3307 ff.); *BVerfG*, NJW-RR 2012, 1002 (1003).

105 *BVerfGE* 43, 130 (136) = NJW 1977, 799; *BVerfGE* 82, 43 (50) = NJW 1990, 1980 (1981) = NJW-RR 1990, 1048 Ls.

106 *BVerfGE* 85, 1 (14) = NJW 1992, 1439 (1440) = NVwZ 1992, 766 Ls.

107 So aber wohl *Arndt*, NJW 1962, 783 (785); in der Fraport-Entscheidung (*BVerfGE* 128, 226 = NJW 2011, 1201) erhebt es zwar eigene Tatsachen, aber nicht abweichend von den Ausgangsgerichten.

in denen das *BVerfG* eine höhere Kontrolldichte für sich in Anspruch nimmt, mit einer mündlichen Verhandlung und Anhörungen aller Beteiligten weitreichende Erkenntnismöglichkeiten der Fachgerichte bestehen,<sup>108</sup> die das *BVerfG* schon auf Grund seiner im Verhältnis zur Zahl der zu bearbeitenden Verfahren knappen Ressourcen kaum nutzen kann.

Das Unterlassen einer eigenen Tatsachenfeststellung schließt allerdings nicht aus, dass das *BVerfG* durch eine neue Bewertung und Würdigung des vorliegenden Tatsachenmaterials die Sache anders beurteilt als die Ausgangsgerichte. Beispielsweise erfolgte in einer Umgangssache eine vom Ausgangsgericht abweichende Bewertung bei der Subsumtion der bereits von diesem geschaffene Tatsachengrundlage unter den Rechtsbegriff der konkreten Gefährdung der Kindesmutter.<sup>109</sup> Nimmt das *BVerfG* in den Fällen der Entziehung des elterlichen Sorgerechts eine höhere Kontrolldichte für sich in Anspruch, erfolgen tatsächliche Erwägungen lediglich im Hinblick auf die Überprüfung der Tatsachenfeststellung durch die Familiengerichte, ohne dass eine eigene Tatsachenfeststellung erfolgt.<sup>110</sup> Befasst sich das *BVerfG* in den Fällen zur Meinungsfreiheit etwa umfangreich mit dem Sinn der von den Ausgangsgerichten missbilligten Äußerungen, handelt es sich um einen Akt der Bewertung der vorliegenden Äußerungen und der sich aus der Akte ergebenden Umstände.<sup>111</sup> Ob die umstrittene Äußerung hingegen tatsächlich gefallen ist, welchen Wortlaut sie hatte, von wem sie stammte und unter welchen Umständen sie abgegeben wurde, bleibt ausdrücklich Sache der Fachgerichte.<sup>112</sup>

Dass das *BVerfG* ähnlich einem Revisionsgericht die Ausgangsentscheidung(en) aufhebt und die Sache zurückverweist und im Falle einer erneuten Befassung auf Grund einer weiteren Verfassungsbeschwerde die nach der Zurückverweisung vorgenommene neue Tatsachenfeststellung durch das jeweilige Ausgangsgericht wiederum zurückhaltend kontrol-

liert, kann dazu führen, dass dasselbe Ergebnis bei der zweiten Prüfung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.<sup>113</sup>

c) *Eigene Feststellungen.* Soweit es für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Entscheidungen erforderlich ist, stellt das *BVerfG* die erforderlichen Tatsachen fest. Dazu stehen ihm mit dem Heranziehen von Urkunden und öffentlich zugänglichen Informationen, der Anhörung von Äußerungsberechtigten und sachkundigen Dritten sowie einer förmlichen Beweisaufnahme dieselben Mittel zur Verfügung wie bei der Überprüfung von Gesetzen, so dass auf die dortigen Ausführungen (oben unter III. 2.) verwiesen werden kann.

Abgesehen von der Prüfung der Zulässigkeit kann auch die Prüfung der Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten meist anhand des Beschwerdevortrags und der diesem beigefügten angegriffenen Entscheidungen vorgenommen werden. Gegebenenfalls kann es erforderlich werden, weitere Informationen aus den – meist erst mit der Zustellung beigezogenen – Akten des Ausgangsverfahrens zu gewinnen.

Die Anhörung sachkundiger Dritter ist in reinen Urteilsverfassungsbeschwerden selten. Eigene Feststellungen waren in jüngerer Zeit etwa zur Frage von Betriebsstörung durch Demonstrationen in der Fraport-Entscheidung erforderlich, weil dies von den Ausgangsgerichten mangels Entscheidungserheblichkeit nicht festgestellt worden war, das *BVerfG* für die verfassungsrechtliche Prüfung aber auf eine entsprechende Tatsachengrundlage angewiesen war.<sup>114</sup> In der Kopftuch-Entscheidung aus dem Jahre 2003 dienten eigene Feststellungen des *BVerfG* beispielsweise auch der Prüfung, ob die Tatsachengrundlage der Behörden und der Ausgangsgerichte für die von diesen getroffene Entscheidung ausreichend war.<sup>115</sup> ■

108 Vgl. dazu auch *Kenntner*, NJW 2005, 785 (786).

109 Vgl. *BVerfG* (2. Kammer des Ersten Senats), v. 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12 –, BeckRS 2013, 46031.

110 So etwa in *BVerfGE* 72, 122 (138) = NJW 1986, 3129 (3131) = NVwZ 1987, 43 Ls.; *BVerfGK* 19, 295 (301 ff.) = BeckRS 2012, 48175 *BVerfG*, FamRZ 2012, 938 = BeckRS 2012, 51044.

111 Vgl. etwa *BVerfGE* 85, 1 (17 ff.) = NJW 1992, 1439 (1441), *BVerfGE* 93, 266 (306 ff.) = NJW 1995, 3303 (3307 ff.); = *BVerfGE* 93, 313 = NVwZ 1992, 766 Ls. = NVwZ 1996, 159 Ls.; *BVerfG*, NJW-RR 2012, 1002 (1003).

112 Vgl. *BVerfGE* 43, 130 (137) = *BVerfGE* 43, 126 = NJW 1977, 799; *BVerfGE* 93, 266 (296); *BVerfGE* 93, 313 = NJW 1995, 3303 (3305, 3309) = NVwZ 1996, 159 Ls.

113 Bspw. wurde eine erbrechtliche Entscheidung vom *BVerfG* aufgehoben, weil die Ausgangsgerichte bei der Frage des für die Pflichtteilsentziehung erforderlichen schuldhaften Fehlverhaltens hätten überprüfen müssen, ob der Kläger jedenfalls in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt habe, vgl. *BVerfGE* 112, 332 ff. = NJW 2005, 1561 = NVwZ 2006, 79 Ls. Die nach der Zurückverweisung durchgeführte ergänzende Tatsachenfeststellung des OLG wurde dann mangels willkürlicher Beweislastentscheidung im Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 21.6.2011 – 1 BvR 1354/11 – nicht beanstandet.

114 Vgl. *BVerfGE* 128, 226 = NJW 2011, 1201.

115 Vgl. *BVerfGE* 108, 282 = NJW 2003, 3111 = NJW 2003, 3117 = NVwZ 2003, 1248 Ls.