

GABRIELE BRITZ

Außerjuridisches
in Maßstäben des
Bundesverfassungsgerichts

Mohr Siebeck

Gabriele Britz

Außerjuridisches in Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts



Gabriele Britz

Außerjuridisches in Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts

Mechanik, Legitimation und Empiriebedarf
tatsachengeprägter Verfassungsentwicklung

Mohr Siebeck

Gabriele Britz ist ehemalige Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.
orcid.org/0009-0009-1129-3105

ISBN 978-3-16-200247-1 / eISBN 978-3-16-200248-8
DOI 10.1628/978-3-16-200248-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Fragen zur Verwendung von Tatsachenannahmen und Empirie in der verfassungsrechtlichen Maßstababbildung haben mich aus der Verfassungspraxis in die Wissenschaft zurück begleitet. Gelegenheit zur Vertiefung bot die Einladung von Matthias Jestaedt und Hidemi Suzuki, ein Referat über „Verfassungsgerichtsbarkeit und außer-juridische Erkenntnisse“ zum Deutsch-Japanischen Verfassungsgespräch 2024 in Hiroshima beizutragen. Ich danke den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Verfassungsgesprächs für Kommentare und Kritik, über die ich sehr gerne weiter nachgedacht habe. Der hier vorgelegte Text ist aus meinem Referatstext für den Tagungsband hervorgegangen, der demnächst in diesem Verlag erscheinen soll; die beiden Texte enthalten einige wortgleiche Passagen. Für vielfältige Unterstützung bei der weiteren Ausarbeitung gilt mein Dank dem Professur-Team. Meinem früheren Senatskollegen Michael Eichberger und meinem Frankfurter Kollegen Roland Broemel verdanke ich hilfreiche kritische Hinweise zum Text. Meinem Gießener Kollegen Franz Reimer danke ich insbesondere für die geteilte Überzeugung von der wissenschaftlich unterbelichteten Bedeutung von Tatsachenfragen im Verfassungsrecht. Daniela Taudt-Wahl sei für die verlegerische Betreuung gedankt.

Frankfurt am Main, August 2025

Gabriele Britz

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
A. Einleitung: Maßstabarbeit und Tatsachenannahmen in der gerichtlichen Verfassungsentwicklung	1
<i>I. Verfassungsrechtsprechung ist Maßstabarbeit</i>	<i>2</i>
<i>II. Wie Tatsachenannahmen in die Maßstabarbeit hineinspielen können</i>	<i>7</i>
<i>III. Welche Fragen Tatsachenannahmen in der Maßstabarbeit aufwerfen</i>	<i>10</i>
B. Beispiele tatsächlicher Annahmen in der verfassungsgerichtlichen Maßstababbildung	13
<i>I. Eigentumsschutz</i>	<i>13</i>
<i>II. Parteienfinanzierung</i>	<i>15</i>
<i>III. Neutralitätsgebot für Regierungshandeln</i>	<i>16</i>
<i>IV. Chilling effects</i>	<i>16</i>
<i>V. Persönlichkeitsentfaltung</i>	<i>21</i>
<i>VI. Tatsächliche Annahmen als Konstante gerichtlicher Maßstabarbeit</i>	<i>28</i>
C. Tatsachengeprägte Maßstababbildung im Modell	31
<i>I. Zugrunde liegende Dichotomien</i>	<i>31</i>
<i>II. Die spezifische Mechanik tatsachengeprägter Maßstababbildung</i>	<i>43</i>
<i>III. Verwandte Mechanik: Tatsächliche Annahmen als Triebkraft intuitiver Normgewinnung</i>	<i>52</i>

D. Gretchenfrage: Wie steht es um die Legitimation gerichtlicher Verfassungsentwicklung?	55
I. Grundlegende Spannungslage	56
II. Zwischen notwendiger Begleiterscheinung und Funktionsgemäßheit	56
III. Tatsachengeprägte Maßstababbildung als harmlose Variante?	61
E. Empirische Sicherung als zentrale Herausforderung tatsachengeprägter Maßstababbildung	69
I. Schwierigkeiten gerichtlicher Rezeption außerjuridischer Daten- und Wissensbestände	70
II. Aufklärungstechniken und -zuständigkeiten	72
III. Wie viel empirische Sicherung?	85
F. Das Kraftfeld der Verfassungsentwicklung	91
I. Triebkraft tatsachengeprägter Maßstababbildung	91
II. Chancen für die Wirkungskraft des Grundgesetzes	93
III. Überdehnung des verfassungsrechtlichen Regelungsanspruchs?	93
IV. Gegenkraft tatsachengeprägter Maßstababbildung	96
V. Erklärungskraft des Empirischen in der Verfassungsentwicklung	97
Literaturverzeichnis	99
Register	105

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
A. Einleitung: Maßstabarbeit und Tatsachenannahmen in der gerichtlichen Verfassungsentwicklung	1
<i>I. Verfassungsrechtsprechung ist Maßstabarbeit</i>	<i>2</i>
<i>II. Wie Tatsachenannahmen in die Maßstabarbeit hineinspielen können</i>	<i>7</i>
<i>III. Welche Fragen Tatsachenannahmen in der Maßstabarbeit aufwerfen</i>	<i>10</i>
B. Beispiele tatsächlicher Annahmen in der verfassungsgerichtlichen Maßstababbildung	13
<i>I. Eigentumsschutz</i>	<i>13</i>
<i>II. Parteienfinanzierung</i>	<i>15</i>
<i>III. Neutralitätsgebot für Regierungshandeln</i>	<i>16</i>
<i>IV. Chilling effects</i>	<i>16</i>
1. Meinungsfreiheit	17
2. Informationelle Selbstbestimmung	18
3. Vergessenwerden	20
<i>V. Persönlichkeitsentfaltung</i>	<i>21</i>
1. Mediale Selbstdarstellung	22
2. Abstammungskennntnis	25
<i>VI. Tatsächliche Annahmen als Konstante gerichtlicher Maßstabarbeit</i>	<i>28</i>
C. Tatsachengeprägte Maßstababbildung im Modell	31
<i>I. Zugrunde liegende Dichotomien</i>	<i>31</i>
1. Normative und tatsächliche Annahmen	32
a) Unterscheidbarkeit	32
b) Exemplarische Verwebungen	33

2.	Sachverhalt und Maßstab	39
a)	Wechselspiel von Sachverhalt- und Maßstabarbeit	39
b)	Doppelfunktion „genereller Tatsachen“	41
c)	Unterscheidbarkeit	43
II.	<i>Die spezifische Mechanik tatsachengeprägter Maßstababbildung</i>	43
1.	Wesentliche Züge	44
a)	Verarbeitung genereller Tatsachen	44
b)	Einbindung in bestehenden normativen Kontext	44
c)	Kongruenz von Tatsachenannahme und Maßstab	45
d)	Vorgang der Verfassungsdeutung	45
e)	Entstehung neuer normativer Gehalte?	46
2.	Rekonstruktion als maßstabbildende Subsumtion	46
3.	Fundorte tatsachengeprägter Maßstababbildung	50
III.	<i>Verwandte Mechanik: Tatsächliche Annahmen als Triebkraft intuitiver Normgewinnung</i>	52
 D. Gretchenfrage: Wie steht es um die Legitimation gerichtlicher Verfassungsentwicklung?		55
I.	<i>Grundlegende Spannungslage</i>	56
II.	<i>Zwischen notwendiger Begleiterscheinung und Funktionsgemäßheit</i>	56
1.	Unausweichlichkeit verfassungsgerichtlicher Maßstababbildung	56
2.	Funktionsgemäßheit von (auch detaillierter) Maßstababbildung	58
3.	Grenzen	60
III.	<i>Tatsachengeprägte Maßstababbildung als harmlose Variante?</i>	61
1.	Normverwirklichender Charakter	62
2.	Eigene normative Gehalte	64
3.	Notwendige Unterscheidung tatsächlicher und normativer Annahmen	67
 E. Empirische Sicherung als zentrale Herausforderung tatsachengeprägter Maßstababbildung		69
I.	<i>Schwierigkeiten gerichtlicher Rezeption außerjuridischer Daten- und Wissensbestände</i>	70
II.	<i>Aufklärungstechniken und -zuständigkeiten</i>	72
1.	Aufklärung durch das Bundesverfassungsgericht	72
a)	Förmliche Beweiserhebung	73
b)	Sachkundige Dritte und wissenschaftliche Gutachten	73
c)	Für staatliche Entscheidungsträger aufbereitete Wissensbestände	76

d) Eigenrezeption empirischer Daten und wissenschaftlicher Primärquellen	77
e) Richterliche Überzeugung, Mitwirkungs- und Beweislast	78
2. Vorarbeit mittels anderer Verfahren und Organe	79
a) Fachgerichtliches Verfahren	80
b) Verfassungsorgane, insbesondere der Gesetzgebung	81
c) Sondersituation Maßstababbildung	83
3. Verschärftes Validierungsproblem bei Außerjuridischem in der Maßstababbildung	84
<i>III. Wie viel empirische Sicherung?</i>	85
1. Gerichtliche Alltagstheorie und ihre Grenzen	85
2. Unausweichlichkeit gerichtlicher Plausibilitätsannahmen	87
3. Rolle der Rechtswissenschaft	89
F. Das Kraftfeld der Verfassungsentwicklung	91
I. <i>Triebkraft tatsachengeprägter Maßstababbildung</i>	91
II. <i>Chancen für die Wirkungskraft des Grundgesetzes</i>	93
III. <i>Überdehnung des verfassungsrechtlichen Regelungsanspruchs?</i>	93
IV. <i>Gegenkraft tatsachengeprägter Maßstababbildung</i>	96
V. <i>Erklärungskraft des Empirischen in der Verfassungsentwicklung</i>	97
Literaturverzeichnis	99
Register	105

A. Einleitung: Maßstabarbeit und Tatsachenannahmen in der gerichtlichen Verfassungsentwicklung

Ein Teil der dem Bundesverfassungsgericht zugeordneten Rechtsprechungsaufgabe besteht darin, das Verfassungsrecht zu „entwickeln“.¹ Verfassungsrechtsprechung ist danach auch Arbeit an den Maßstäben des Verfassungsrechts. Dabei ist die Entwicklung von Verfassungsrecht weniger als *Fortentwicklung* gedacht, durch die sich das Verfassungsrecht von etwas Ursprünglichem wegbeugte, sondern mehr als *Entfaltung* der in den Verfassungsnormen teils nur ansatzweise angelegten Gehalte.² Damit die entfaltenen Verfassungsgehalte auch tatsächlich zu Wirkung gelangen können, muss schon bei der Maßstabarbeit das reale Umfeld erkannt und berücksichtigt werden, in dem sich die Verfassungsnormen Geltung verschaffen sollen. Wirkungsorientierte verfassungsgerichtliche Maßstabarbeit verharret nicht in wirklichkeitsabgewandter begrifflicher Maßstabsdeduktion, sondern ist intensiv mit der Verarbeitung außerjuridischer Annahmen und Erkenntnisse beschäftigt. Norm und Wirklichkeit zusammenbindend, hat *Konrad Hesse* für das Grundgesetz früh einen Weg zwischen „normativer Kraft des Faktischen“ und wirkungsloser Doktrin gewiesen, also zwischen „der Preisgabe des Normativen an die bloße Faktizität auf der einen Seite und der durch die Wirklichkeit verdrängten und gegenstandslos gemachten Normativität auf der anderen Seite“:³

„Die Verfassung hat kein eigenes, von der Wirklichkeit unabhängiges Sein. Ihr Wesen besteht darin, daß sie gelten, d.h. den von ihr normierten Zustand in der Wirklichkeit verwirklichen will. Dieser Geltungsanspruch lässt sich nicht von den geschichtlichen Bedingungen seiner Realisierung ablösen, die, in vielfältiger Interdependenz stehend, die besonderen Gesetzlichkeiten schaffen, an denen er nicht vorbeigehen kann. Dazu gehören die jeweiligen natürlichen, technischen, ökonomischen, sozialen Bedingungen, denen ge-

¹ So das Gericht selbst zuletzt in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Dezember 2024 – 1 BvR 1109/21 u.a. – Rn. 133; s. schon BVerfGE 6, 55 (72), zur Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, die *verschiedenen Funktionen einer Grundrechtsnorm zu erschließen*; s. auch BVerfGE 108, 282 (295), wo zusätzlich noch von der Aufgabe gesprochen wird, das Verfassungsrecht *fortzubilden*.

² So hat das Bundesverfassungsgericht „Verfassungsrecht *fortbilden*“ inzwischen nicht mehr in die eigene Aufgabenbeschreibung aufgenommen, BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Dezember 2024 – 1 BvR 1109/21 u.a. – Rn. 133.

³ *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 7 f.

genüber der Geltungsanspruch der Rechtsnorm sich nur realisieren läßt, wenn sie diese Bedingungen in Rechnung stellt.“⁴

Das Bundesverfassungsgericht nimmt sich der Aufgabe an, das Außerjuridische in die Maßstabarbeit zu integrieren, spricht darüber aber kaum.⁵ Im Wesentlichen unausgesprochen sind so auch eine Reihe von Bedingungen geblieben, die eine wirkungsorientierte Verfassungsentwicklung hat. Sie muss die tatsächlichen Umstände, die Gegebenheiten der Lebenswirklichkeit, ermitteln und einkalkulieren, unter denen die Verfassung zur Anwendung kommt und unter denen sich ihre Wirkungskraft mehr oder weniger stark entfaltet. Allzu abgehoben begrifflich operierende Dogmenbildung würde fehlgehen,⁶ weil sich ohne Berücksichtigung der realen Gegebenheiten schwer prognostizieren lässt, in welcher Auslegung eine Verfassungsnorm welche tatsächliche Wirkung haben kann. Es müssen also reichlich Annahmen und Erkenntnisse über tatsächliche Wirkungszusammenhänge getroffen und gefunden werden, um einigermaßen einschätzen zu können, in welcher Deutung eine Norm ihre Wirkungskraft tatsächlich entfalten wird. Wie und in welchem Maße außerrechtliche Tatsachenannahmen die Interpretation des Grundgesetzes und die Entwicklung seiner Gehalte geprägt haben und weiter prägen, wie diese Annahmen empirisch gesichert sind, welche Fragen die Verwendung und Abhängigkeit von außerrechtlichem Wissen aufwirft und was diese empirische Seite der verfassungsgerichtlichen Maßstabbildung für die Beurteilung von Verfassungsentwicklung insgesamt bedeutet, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

I. Verfassungsrechtsprechung ist Maßstabarbeit

Die aufgeworfenen Fragen sind in zweierlei Hinsicht speziell: Es geht um *Tatsächliches* in der verfassungsgerichtlichen Entscheidungspraxis, und es geht um *Tatsächliches* in der *Maßstabarbeit* des Bundesverfassungsgerichts. Zunächst sei der Aspekt der „Maßstabarbeit“ einmal grob verortet, um anschließend (II.) zu schauen, wie sich das zweite Spezifikum, das „Tatsächliche“, dazu verhält: Recht-

⁴ Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 8.

⁵ In BVerfGE 6, 55 (72) heißt es zwar: „Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm, insbesondere eines Grundrechts, zu erschließen. Dabei ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, ‚die die juristische *Wirkungskraft* der betreffenden Norm am stärksten entfaltet‘ (Thoma).“ (Hervorhebung hinzugefügt). Die zitierte Passage entstammt Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Dreier (Hrsg.), Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 173 (182). Damit wandte sich das Gericht jedoch zunächst einmal (nur) dagegen, Verfassungsbestimmungen und insbesondere Grundrechtsbestimmungen als bloße Programmsätze zu begreifen. Näher Cremer, in: Dörr/Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 4 Rn. 89.

⁶ Vgl. Tamamushi, Verfassungsgerichtsbarkeit und nicht-juridische Erkenntnisse aus Sicht des japanischen Rechts, Manuskript unter II.

sprechung ist Maßstabarbeit. Sie arbeitet *mit* Maßstäben. Und – hier von größerem Interesse – sie arbeitet *an* den Maßstäben. Gerichtliches Entscheiden erfordert Arbeit am Entscheidungsmaßstab auf den Fall hin⁷ und wirkt dann oft über den konkreten Fall hinaus. Das gilt für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Grunde wie für das Entscheiden jedes anderen Gerichts, doch fordert gerade die Maßstabarbeit des Bundesverfassungsgerichts Verfassungstheorie und -wissenschaft besonders heraus.⁸ Unabhängig von der näheren Bezeichnung und der methodischen Einordnung⁹ verdankt diese Maßstabarbeit wissenschaftliche Faszination und Aufmerksamkeit vor allem ihrer schöpferischen¹⁰ Komponente. Denn man kann es drehen und wenden, wie man will, und je nach Darlegungsinteresse begrifflich eng- oder weitziehen:¹¹ Wenn ein zum Urteilen berufenes Verfassungsgericht in Entscheidung eines ihm angetragenen Rechtsstreits die Verfassung anwendet, wird ihm das immer wieder Präzisie-

⁷ S. dazu nur die Beschreibung von *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 108 f.

⁸ Hier soll die Feststellung genügen, dass das seit 2023 grunderneuerte Handbuch des Staatsrechts bereits in den beiden ersten Bänden neben § 7 „Interpretieren der Verfassung“ von *Volkmann* und § 8 „Verfassungswandel“ von *Michael* (beide Band I) noch § 25 „Verfassungsauslegung: Methodische Ansätze“ von *F. Reimer* und § 26 „Praxis der Verfassungsauslegung“ von *Bumke* sowie § 27 „Unionsrecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung in der Verfassungsauslegung“ von *Petersen* und § 28 „Verfassungsauslegung in ausländischen Verfassungen“ von *Jakab* (alle in Band II) enthält. Einen Popularitätsschub hatte das Thema durch den Beitrag von *Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, 159 ff., erfahren.

⁹ Unterscheidungen und Abgrenzungen von Verfassungsinterpretation, -auslegung, -deutung, -konkretisierung, -konturierung, -entfaltung, -entwicklung, -fortbildung oder Verfassungswandel sind ausführlich diskutiert, ohne dass sich allgemein konsenterte klare Grenzen gebildet hätten. S. exemplarisch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 49 ff.; *Häberle*, Zeit und Verfassung, insbes. 82 f.; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, insb. 279 ff.; *Böckenförde*, in: FS für Peter Lerche, 3 ff.; *Vofkuhle*, Der Staat 43 (2004), 450 ff.; *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungstheorie, 140 f.; *Grimm*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. II, § 23 Rn. 68; *F. Reimer*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. II, § 25 Rn. 3; besonders skeptisch zur Unterscheidbarkeit bei der einfachrechtlichen Rechtsfindung etwa *C. Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 (300 f.) m.w.N. Denkbare Unterscheidungen sollen an dieser Stelle auf sich beruhen. Hier wird „Verfassungsentwicklung“ als Klammerbezeichnung für alle Formen der Normgehalt gewinnenden Maßstabarbeit verwendet; s. auch *Göbel*, Rechtswandel, 18.

¹⁰ S. nur *Jestaedt*, in: *Bumke* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 49, der von „dem – heute von niemandem mehr bezweifelten – schöpferischen Element der Rechtsprechung“ spricht, sowie *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungstheorie, 140 f. m.w.N. Gleichsinnig zur fachgerichtlichen Rechtsprechung *C. Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 (301). S. zur kritischen Auseinandersetzung mit allem „Schöpferischen“ nur *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, 53 (67 f.).

¹¹ Die begriffliche Eng- oder Weitfassung ist relevant, wenn mit den verschiedenen Begriffen unterschiedliche Legitimität verbunden wird, vgl. nur *Michael*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. I, § 8 Rn. 3. Es spricht aber einiges dafür, auf begriffsbezogene Legitimitätsklassen verzichtend verfassungsgerichtliche Verfassungsentwicklung als übergreifendes Phänomen zu fassen und in allen Abschattierungen an generellen Qualitätsanforderungen zu messen, die neben gängigen Auslegungsgrundsätzen nicht zuletzt kompetenzielle Gesichtspunkte des Funktionengefüges berücksichtigen müssen.

rungsarbeit am Entscheidungsmaßstab abverlangen,¹² die dann mindestens für den konkreten Fall ein weiteres Stück Verfassungsinhalt hervorbringt, sei es auch noch so klein.¹³ Und was die Anwendung in einem Fall herausgearbeitet hat, kann – wenn es taugt und generell formuliert oder verallgemeinerbar ist – schon bald zum fallübergreifenden Maßstab werden. Als gerichtliche Maßstab**bildung**¹⁴ ist diese Arbeit am Maßstab durchaus treffend bezeichnet.

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat gerichtliche Rechtsentwicklung als zwar kreativen Vorgang beschrieben, der aber doch zugleich Auffinden von Gegebenem zu sein scheint – sprachlich aufgehoben in der genialisch-paradoxen Figur der „*schöpferischen Rechtsfindung*“¹⁵. Es sei ein „Akt des bewertenden *Erkennens*“, bei dem sich der Richter „von Willkür freihalten“ und seine Entscheidung „auf rationaler Argumentation beruhen“ und „einsichtig gemacht werden können“ müsse. Das Insistieren auf Anteile sowohl des Schöpfens als auch des einsichtig machbaren Findens scheint allerdings für Privatrechtsentwicklung, zu der das Bundesverfassungsgericht dies im Soraya-Beschluss formuliert hat, leichter zu fallen als für das Verfassungsrecht selbst: Dem Zivilgericht stehe bei der Rechtsfortbildung ein orientierungstiftendes „Mehr an Recht“ zur Verfügung, heißt es dort, „das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als Sinnnganzem“ besitze. Dies „zu *finden* und in Entscheidungen zu verwirklichen“ sei Aufgabe der Rechtsprechung. Für das Verfassungsrecht passt das nicht ganz. Die Deutung von Verfassungsbestimmungen kann in einem übergeordneten Sinnnganzem der verfassungsmäßigen Rechtsordnung nur wenig Orientierung finden, weil sie die konkreten Bestandteile eines solchen Sinnnganzem gerade erst selbst hervorbringen muss. Allenfalls der im „Sinnnganzem“ anklingende Gedanke der „Einheit der Verfassung“¹⁶ mag der Interpretation insofern Halt bieten, ist ihr aber realistisch betrachtet allenfalls selten wirklich starke Stütze. Gleichwohl muss sich auch in die Beschreibung der verfassungsgerichtlichen Maßstabarbeit zum „Schöpfen“ ein „Suchen und Finden“ mischen, um angemessen abbilden zu können, was dort geschieht. Verfassungsinterpretation ist nicht freie Kreation. Auch sie muss – um legitim zu sein – von Willkür frei bleiben. Verfassungsinterpretation muss ihrerseits den der Zivilrechtsprechung angetragenen Rationalitätsanspruch einlösen, indem sie die Herleitungen genauerer Verfassungsgehalte von Wortlaut, Systematik und Historie der Verfassungs-

¹² S. nur *Hesse*, Grundzüge, Rn. 50.

¹³ S. etwa *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 108 f.; *Hornung*, Grundrecht-sinnovationen, 185. Jüngst noch einmal grundlegend *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, s. etwa 245 ff.

¹⁴ Statt vieler *Lepsius*, Entscheiden durch Maßstabsbildung, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 303 ff. S. aus jüngerer Zeit auch die titelgebenden Bezeichnungen bei *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, und über das Verfassungsrecht hinaus *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung.

¹⁵ S. hierfür und für die folgenden Zitate BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya, Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁶ S. dazu nur *Hesse*, Grundzüge, Rn. 20, 71.

normen her über die damit verfolgten Zwecke nachvollziehbar begründet (näher S. 59 f.).

Die Spannungslage, in die sich die Verfassung des demokratischen Verfassungsstaates aber doch unweigerlich begibt, wenn sie ein Verfassungsgericht mit dem Urteilen am Maßstab der Verfassung betraut, kann die Verfassungsrechtswissenschaft nicht kaltlassen. Die deutsche Staatsrechtslehre nimmt sich dieser Herausforderung beständig an,¹⁷ bearbeitet sie im Crescendo¹⁸ und ist damit nicht alleine. Etwa als *countermajoritarian difficulty*¹⁹ popularisiert, prägt diese Herausforderung heute weltweit Diskussionen über Verfassungsgerichtsbarkeit. Wenn kürzlich konstatiert wurde, die Frage nach der Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit sei „eine aus den Vereinigten Staaten in die ganze Welt exportierte Obsession geworden“²⁰, setzt diese Frage nach der Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit gerade an dem eingangs genannten Kreationselement gerichtlicher Maßstabarbeit an. Gewissermaßen als Lockerungsübung sei aber schon hier in Erinnerung gebracht, wie sehr es in der deutschen Verfassungsordnung der vom Verfassungsgeber selbst geschaffene und legitimierte konkrete institutionelle Rahmen des Grundgesetzes ist, der Verfassungsentwicklung durch Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts antreibt: Der Verfassungsgeber hat sich entschieden, dem Grundgesetz eine Verfassungsgerichtsbarkeit an die Seite zu stellen. Im internationalen Vergleich hat er seinem Verfassungsgericht besonders umfangreiche Entscheidungszuständigkeit zugewiesen. In all den verschiedenen Verfahrensarten, die dem Bundesverfassungsgericht aufgetragen sind, muss es *als Gericht* entscheiden, also nach Regeln des Rechts. Wie andere

¹⁷ Zur Debatte um die Staatsgerichtsbarkeit unter der Weimarer Reichsverfassung zusammenfassend *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 117 f.

¹⁸ Auch insoweit sei auf das Handbuch des Staatsrechts, hier die von Isensee/Kirchhof herausgegebenen Bände, verwiesen, das erst 2014 in der 2003 begonnenen dritten Auflage und auch dort erst in Band XII den Beiträgen § 270 „Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht“ von *Badura* und § 271 „Maximen der Verfassungsauslegung“ von *Starck* noch den Beitrag § 274 „Subjekte der Verfassungsinterpretation“ von *Borowski* hinzugefügt hat und damit weit hinter der umfänglichen Bearbeitung des Themas in der nunmehr von Kischel/Kube herausgegebenen Neufassung des Handbuchs zurückblieb.

¹⁹ *Bickel*, The least dangerous branch, 16 ff.

²⁰ *Möllers/Müller-Mall*, Theorien der Verfassung, 139. S. auch die breitere Kritik an Stilisierung richterlicher Rechtserzeugung als schöpferischem Willensakt von *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257 (262): „Diese Verdunkelung sorgt für *unendliche Legitimationsdebatten*“ (Hervorhebung hinzugefügt). Für das deutsche Verfassungsrecht war die Debatte um die *countermajoritarian difficulty* allerdings nicht sehr neu, weil es auf die eigenen Debatten aus der Weimarer Zeit zurückblicken kann, die in Wirklichkeit ähnlich auch die Bundesrepublik von Beginn an begleiteten. Der von *Konrad Adenauer* Anfang der 50er Jahre, enttäuscht von der ablehnenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über den Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, formulierte Satz: „Dat ham wir uns so nich vorjestellt...“ legt davon ähnlich beredt Zeugnis ab wie der wahlweise *Herbert Wehner* oder *Horst Ehmke* zugeschriebene Satz, man lasse sich seine Politik (gemeint war die sozialliberale Ostpolitik) nicht durch die „acht Arschlöcher in Karlsruhe“ kaputt machen.

Verfassungen stellt aber auch das Grundgesetz für dieses gerichtliche Entscheiden am Recht nur reichlich vage Maßstäbe zur Verfügung; Verfassungsnormen sind überwiegend und aus guten Gründen offen formuliert. Um über die Verfassungsmäßigkeit eines Aktes oder seines Unterbleibens am Maßstab des Rechts entscheiden zu können, muss das Gericht diese offen formulierten Bestimmungen des Grundgesetzes erst einmal im Lichte des zu lösenden verfassungsrechtlichen Problems interpretieren und konkretisieren.²¹ Eine Entwicklung von Verfassungsgehalten geht damit unweigerlich einher. Wenn man, wie es die Schöpfer des Grundgesetzes getan haben, ein Verfassungsgericht als gerichtliche Entscheidungsinstanz zur Wahrung der Verfassung einschaltet, ist verfassungsgerichtliche Verfassungsentwicklung also unvermeidbar und unerlässlich (S. 56 ff.).

Ein verfassungsentwickelndes Potenzial wohnt dabei allen Interpretationen von Verfassungsbestimmungen inne, d.h. nicht nur Deutungen, die grundlegende und weitreichende Gehalte plakativ formulieren, wie etwa eine weitere Ausprägung eines Grundrechts,²² sondern auch kleineren Entwicklungen, die den bisherigen Maßstab nur geringfügig weiter konkretisieren. Das verfassungsentwickelnde Potenzial ist mithin unabhängig davon, ob es sich um eine grundlegende Verfassungsinnovation handelt oder nur um ein am konkreten Fall entwickeltes Maßstabsdetail. Solche kleineren Deutungen gehören zur alltäglichen Auslegungsarbeit des Bundesverfassungsgerichts und fallen immer an, wenn es den bestehenden verfassungsrechtlichen Maßstab in dem zu entscheidenden Verfahren weiter konkretisieren muss, um einen Obersatz zu erhalten, der die Entscheidung dieses Falls vollständig trägt.²³ Jedenfalls für den konkreten Fall wird auch eine bloß randständige Nachschärfung maßstäblich. Ob sie über den Fall hinaus maßstäbliche Wirkung entfaltet, hängt von verschiedenen Faktoren ab; etwa ob sich überhaupt ein weiterer Fall stellt, für den sie passen könnte, ob sie von Prozessbeteiligten oder dem Gericht in einem späteren Fall aufgefunden wird und ob sie nachhaltig überzeugt.

²¹ Vgl. *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 279 f.; *Bumke*, Verfassungsstaat und Verfassung, 98.

²² S. beispielsweise im ersten Leitsatz der Entscheidung zur Online-Durchsuchung: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, BVerfGE 120, 274.

²³ Vgl. *Hornung*, Grundrechtsinnovationen, 185, der allerdings seinen Begriff der Grundrechtsinnovation enger fasst.

II. Wie Tatsachenannahmen in die Maßstabarbeit hineinspielen können

All dies ist verfassungstheoretisch und -dogmatisch intensiv behandelt und man sollte nicht meinen, dass hier noch Nennenswertes zu entdecken wäre. Und doch scheint nicht bis ins Letzte ausgeleuchtet zu sein, was sich in der verfassungsgerichtlichen Maßstabarbeit wie genau vollzieht. Hier kommt nun das zweite Spezifikum des Untersuchungsgegenstands ins Spiel: Trotz breit geführter Diskussion hat eine nicht unwichtige Komponente der verfassungsgerichtlichen Maßstabarbeit bislang wenig Aufmerksamkeit erhalten; verkürzend sei sie als „*tatsachengeprägte* Maßstababbildung“ bezeichnet. Gemeint ist damit der Umstand, dass sich das Verfassungsgericht, wenn es die Maßstäbe der Verfassung aus dem konkreten Verfahren heraus auf den Fall hin²⁴ formuliert, auch von Annahmen über tatsächliche Wirkungszusammenhänge²⁵ (kurz: von *tatsächlichen Annahmen*) leiten lässt. Dies geschieht ständig. Die vom Verfassungsgericht fallübergreifend aus dem Grundgesetz herausgearbeiteten Maßstäbe sind in hohem Maße von Annahmen über Wirklichkeit und generelle Wirkungszusammenhänge getragen. Diese Annahmen ähneln einer weniger beachteten Spielart der sogenannten *legislative facts*²⁶ oder auch der fachgerichtlich ausdrücklich so benannten Praxis, generelle Wirkungszusammenhänge als *generelle Tatsachen* in die fallübergreifende *Auslegung* einer Rechtsvorschrift einfließen zu lassen.²⁷ Für

²⁴ S. dazu auch die anschauliche Beschreibung von *Bumke*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. II, § 26 Rn. 11 m.w.N.: „Interpretieren heißt Vervollständigen, Beantworten offener Fragen und Operationalisieren einer Norm mit Blick auf die zu beurteilende faktische oder rechtliche Wirklichkeit“.

²⁵ Nicht gemeint sind hier „Anschauungen“, „Werthaltungen“ oder ähnliches, obwohl sie als solche natürlich auch Tatsachen und Wirklichkeit sind (so *Tamamushi* Verfassungsgerichtsbarkeit und nicht-juridische Erkenntnisse, unter II. a.E.).

²⁶ S. zu (nicht einheitlichen) Vorstellungen von *legislative facts* im Amerikanischen nur *Proctor*, Notre Dame Law Review 99 (2024), 955 ff. Wenn hierzulande von *legislative facts* die Rede ist, betrifft das regelmäßig nicht die Maßstabs-, sondern die Sachverhaltsebene: bei der Überprüfung von Gesetzen etwa die für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung sprechenden Umstände (*Lepsius*, in: Kischel/Kube [Hrsg.], HStR, Bd. II, § 31 Rn. 87, s. auch Rn. 80), insbesondere die dafür abzuschätzenden generellen Auswirkungen eines Gesetzes (vgl. etwa *Haberzettl*, NVwZ 2015, 30 f.) oder schlicht die dem einfachen Gesetz vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Tatsachenannahmen (vgl. etwa *Kluth*, NJW 1999, 3513 ff.; *Voßkuhle*, NJW 2013, 1329 [1333]; *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 ff.; *Bode*, ZG 2021, 266 [283]; RhPfVerfGH KommJur 2016, 309 [313 Rn. 69]). S. auch *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, § 24 Rn. 26, der den *legislative facts* allerdings auch Bedeutung für die genetische oder die teleologische Auslegung einer Norm beimisst; ebenso für die teleologische Auslegung *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 368 m.w.N.

²⁷ S. zur sozialgerichtlichen Praxis *Röhl*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGG, § 163 Rn. 33; *Berchtold*, in: ders., SGG, § 163 Rn. 19; s. auch schon *Eicher*, SGB 1986, 501 ff.; *Rauscher*, SGB 1986, 45 ff. Zur verwaltungsgerichtlichen Praxis *J.-P. Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, § 24 Rn. 26 ff.; *Burchardt*, AöR 149 (2024), 643 ff. m.w.N.; s. auch *Petersen*, Der Staat 49 (2010), 435 (440 ff.).

das Verfassungsrecht wird die Aufnahme genereller Tatsachenannahmen in die fallübergreifende Maßstababbildung hingegen bislang nur vereinzelt intensiver verfolgt.²⁸

Man wird das ganze Phänomen verfassungsgerichtlicher Maßstababbildung, an dem sich die Verfassungsrechtswissenschaft mit guten Gründen seit jeher arbeitet, aber nur dann richtig erfassen, wenn man den in diesen Maßstäben unzählbar enthaltenen generalisierenden Annahmen darüber, was *ist* und welche verfassungsrechtliche Maßgabe oder Nicht-Maßgabe wie *wirkt*, was also *wäre*, wenn die Verfassung so oder so interpretiert würde, ausreichend Beachtung schenkt. Die präzise Erfassung ist wichtig, um die so gebildeten Maßstäbe angemessen würdigen und auf ihre Validität hin befragen zu können.

Dabei ist sich die Rechtswissenschaft der Omnipräsenz tatsächlicher Annahmen im Recht durchaus bewusst. Rechtstheorie und Methodenlehre haben das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit, beziehungsweise von Maßstab und Sachverhalt, in der juristischen Entscheidungsfindung reichhaltig erschlossen; auch für das Verfassungsrecht.²⁹ Dass bei fast allem, was mit Recht zu tun hat, auch tatsächliche Annahmen mehr oder weniger ausgesprochen einfließen, ist unbestritten und in großer Breite und Tiefe ausgeleuchtet.³⁰ Die explizit als wirkungsorientierte Rechtswissenschaft firmierende Forschung schenkt den Wirkungen und Wirkungsbedingungen von Recht viel Aufmerksamkeit und hat so gewissermaßen die Nachfolge vorausgegangener Diskussionen um eine Folgenberücksichtigung in der Rechtsanwendung angetreten.³¹ Die Aufmerksamkeit für Wirkungen schließt die besonderen Risiken und Herausforderungen ein, die es für Rechtswissenschaft, Rechtsetzung und Rechtsanwendung bedeutet, auf rechtsfremde Erkenntnis angewiesen zu sein.³² An rechtswissenschaftlicher Befassung

²⁸ Insbesondere *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 108 f., auch 49 ff., 89 f., 250 ff. Auch Beiträge zur folgenorientierten Auslegung von Verfassungsrecht haben Gemeinsamkeiten; s. etwa *Grimm*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 139 ff. Zur „Einwirkung genereller Tatsachenurteile auf die richterliche Rechtssetzung“ als (nicht verfassungsrechtsspezifische) Folgenorientierung schon *Winter*, Rechtstheorie 1971, 171 (172).

²⁹ S. dazu stellvertretend nur *Hesse*, Grundzüge, insbes. Rn. 46; *F. Reimer* Verfassungsauslegung, Rn. 3.

³⁰ Programmatisch und titelgebend etwa bei *I. Augsberg* (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht; *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 2016, 1 ff. Eng verbunden ist die inzwischen überaus breite rechtswissenschaftliche Forschung zur Bedeutung der Wissensgenerierung – insbesondere für das Verwaltungshandeln. S. nur *Vesting*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I, § 20, dort insbes. die Nachweise in Fn. 2.

³¹ Zur „Wirkungsorientierung“ statt vieler *Hoffmann-Riem*, Methoden, 7 ff.; *ders.*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2018, 20 ff.; *Franzius*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I, § 4 Rn. 60 ff. S. zur breiten Diskussion um Folgenorientierung in der Rechtsanwendung nur die Nachweise bei *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 370; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 641 ff.

³² Zu sachverständiger oder expertokratischer Beratung staatlicher Entscheidungsträger statt vieler *Voßkuhle*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. III, § 43; *Meßerschmidt*, The

mit Fragen der Empirieprägung³³ von Recht aus rechtstheoretischer, methodischer und stärker sozialwissenschaftlicher Perspektive besteht also kein Mangel. Und auch das Bundesverfassungsgericht ist wissenschaftlich im Grunde längst als Institution der Verarbeitung und Produktion außerjuridischer Annahmen und Erkenntnisse erfasst und analysiert.³⁴ Corona-Pandemie und Klimawandel und die dazu ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³⁵ haben dem nur einmal mehr rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit verschafft.

Dass außerjuridische Erkenntnisse in (verfassungs-)gerichtlichen Verfahren vonnöten sind, weil die Entscheidung eines Falles tatsächliche Zusammenhänge betrifft, ist bislang aber vor allem als Herausforderung der Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts eines Falles präsent. Weniger Beachtung hat hingegen die Bedeutung tatsächlicher Annahmen bei der Formulierung des konkreten Entscheidungsmaßstabs³⁶ erhalten, um die es hier gehen soll. Auch Diskussionen über verfassungsrechtliche Anforderungen an die empirische Absicherung tatsächlicher Prämissen des Gesetzgebers und über die verfassungsgerichtliche Kontrolle dieser Absicherung³⁷ – eine Diskussion, die insbesondere zu den Hartz IV-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³⁸ noch einmal breit geführt wurde – betreffen nicht tatsächliche Annahmen im verfassungsgerichtlichen Maßstab. Vielmehr geht es um tatsächliche Annahmen des Gesetzgebers und die empirische Fundierung dieser dem Gesetz zugrunde liegenden Annahmen, die das Bundesverfassungsgericht überprüft. Überwiegend ist das gemeint, wenn

Theory and Practice of legislation 4 (2016), 209 (219); *Hong*, Die Verwaltung 2018, 367 ff.; *L. Münkler*, Expertokratie, 9 ff.; *I. Augsberg*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVerwR, Bd. I, § 27 Rn. 26 ff.

³³ Vgl. *Harbarth*, JZ 2022, 157 ff.

³⁴ S. nur *Thierfelder*, JurA/1970, 61 ff.; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts; *Ossenbühl*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 458 ff.; *Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1979; *Korinek*, in: Stern (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, München 1990, 107 ff.; *Bryde*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 533 ff.; *G. Kirchhof*, Grundrechte und Wirklichkeit; *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 3 ff.; *Bull*, in: FS für Hans-Joachim Koch, 2014, 29 ff.; *Meßerschmidt*, The Theory and Practice of legislation 4 (2016), 209 ff.; *Bartmann*, Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.

³⁵ BVerfGE 157, 30; 159, 223; 159, 355.

³⁶ Klare typologische Abgrenzung von der Sachverhaltsermittlung etwa bei *Bryde*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), 533 ff.; *Bartmann*, Das Beweisrecht, 30 f. Als Teil der (maßstäblichen) Verfassungsinterpretation o.ä. näher thematisiert etwa auch von *Hesse*, Grundzüge, insbes. Rn. 45; *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, 114 ff.; *H. H. Klein*, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 16 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 34; *Lepsius*, JZ 2005, 1 ff.; *Bunke*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. II, § 26 Rn. 39. Entsprechend zum Verwaltungsrecht *Hoffmann-Riem*, Methoden, 9, 36 ff. Genereller zum Einfluss von Wirklichkeitsannahmen auf die Maßstabbildung etwa *Seiter*, in: FS für Fritz Baur, 573 ff.

³⁷ S. aus der umfangreichen Literatur nur *Steinbach*, Der Staat 54 (2015), 267 ff. m.w.N.

³⁸ BVerfGE 125, 175 (226, 239); 137, 34 (75 Rn. 82 f.; 80 ff. Rn. 91 – 95) m.w.N.

von *legislative facts*, *legislativen Tatsachen* oder auch von *generellen Tatsachen* die Rede ist. Für die verfassungsgerichtliche Prüfung sind diese legislativen Tatsachen also nicht Teil des verfassungsrechtlichen Maßstabs, sondern des zu würdigenden Sachverhalts. Obwohl klar ist, dass Verfassungsgerichte maßstabbildend arbeiten, ist hingegen noch immer wenig beforscht,³⁹ inwieweit und auf welche Weise tatsächliche Annahmen auch in die maßstabbildende Tätigkeit einfließen. Dabei hatte das Bundesverfassungsgericht schon früh angedeutet, dass es seine Aufgabe darin sieht, die Bestimmungen des Grundgesetzes in einer Weise zu interpretieren, die deren normative Gehalte wirksam werden lässt. Dass es dabei tatsächliche Wirkungszusammenhänge auf Maßstabsebene in Rechnung stellen würde, war zu erwarten.⁴⁰

III. Welche Fragen Tatsachenannahmen in der Maßstabarbeit aufwerfen

Was Leserinnen und Leser dieses Texts im Weiteren erwartet, lässt sich nach den ersten Einordnungen tatsachengeprägter Maßstababbildung wie folgt umreißen: Das Phänomen, dass Annahmen und Erkenntnisse über tatsächliche Zusammenhänge die verfassungsgerichtliche Maßstababbildung mitprägen, soll zunächst exemplarisch erschlossen (B.) und dann als spezifische Mechanik der Maßstababbildung modelliert werden (C.). Beidem wird hier viel Raum gegeben, um dieses Phänomen und diese Mechanik an typischen Details ausgewählter Entscheidungen einmal konkret greifbar zu machen und zu belegen.

Insgesamt geht es vor allem darum, durch nähere Erkundung des Phänomens tatsachengeprägter Maßstababbildung die normanreichernden⁴¹ Vorgänge der Verfassungsentwicklung und ihr Spannungsverhältnis zur politischen Willensbildung noch genauer einordnen zu können. Hintergrund sind die omnipräsenten Legitimationsdiskussionen um verfassungsgerichtliche Verfassungsentwicklung. Es ist ja nicht bestreitbar, dass Maßstabarbeit des Bundesverfassungsgerichts die Verfassung (weiter) entwickelt und dass dies ein kompetenzielles⁴² und damit vor allem legitimatorisches Spannungsverhältnis erzeugt. Weil aber bislang wenig Aufmerksamkeit gefunden hat, wie tatsächliche Annahmen in die gerichtliche Maßstabformulierung einfließen, sind auch mögliche Konsequenzen für die verfassungstheoretische Beurteilung von Verfassungsentwicklung wenig betrachtet worden. Die klassischen Bedenken gegen gerichtliche Verfassungsentwicklung scheinen insoweit nicht unmittelbar zum Tragen zu kommen. Wo tatsächliche

³⁹ Das hat sich seit der Analyse durch *Bryde*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), 533 (538 f.), nicht grundlegend verändert.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 6, 55 (72); dazu oben in Fn. 5. S. auch BVerfGE 2, 380 (402).

⁴¹ *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungstheorie, 140 a.E.

⁴² S. zum Kompetenzaspekt von Rechtsfortbildung im Allgemeinen nur BVerfGE 122, 248 (285 f.) – abw. M.

Personen- und Sachregister

- absolute Obergrenze 15, 48, 66, 86, 92
Abstammungskennntnis 25 ff., 41, 50 f.,
92, 95 f.
adjudicative facts 42
Aufklärungspflicht des
Gesetzgebers 81 f.

Beweislast 78 f., 84, 88
Berichterstatterprinzip 77

chilling effects 16 ff., 44
Common-Law-Methoden 96
Coronapandemie 9, 71
countermajoritarian difficulty 5

Dezisionismus 57, 60 f., 97
Disziplinäre Schnittstellen 90

Eigentumsschutz 13 f., 46, 64, 66, 92
Einschüchterungseffekt 16 ff., 44 f.,
63 f., 66, 86
Einschätzungsspielraum 82
– s. auch Spielraum,
– Entscheidungsspielraum,
– Entscheidungsprärogative
Ehe
– prinzipielle Ehefähigkeit 37
– Ehegrundrecht 37 ff.
Elterngrundrecht 36 f., 42
E-Mail, Schutz durch Art. 10 GG 63
Engisch, Karl 31
entgeneralisierende Wirkung 27 f., 58,
96
Entscheidungsspielraum 58, 81
Entscheidungsprärogative des
Gesetzgebers 79
Eppler-Entscheidung 25 ff., 53
Experten 70 f., 76 ff., 85 ff.

Fahndungsinteresse 34 f.
Familiengrundrecht 36 ff., 6, 91
Fragenkatalog des Gerichts 74

generelle Tatsachen 7 f., 10, 41 ff., 44,
51, 83
Gleichbehandlung der Parteien 42
Gleichberechtigung von Mann und
Frau 52 f.
gleichgeschlechtliche
– Eltern 36 f., 75
– Familie 36 ff., 65, 91
Grundrechtsprüfung 40

Haftenschädigung 63
Hesse, Konrad 1 f., 14
hin und her wandernder Blick 31 f., 39,
53

Informationelle
Selbstbestimmung 18 ff., 33 f., 44 f.,
47 f., 50 f., 63 f., 65 f., 86
Iterative Maßstabskonkretisierung 41

Justizsyllogismus 31, 46

Kfz-Kennzeichenkontrolle 34 ff., 40, 50,
92
Kinderschutz 42
Klimaschutz 9, 32, 76 f.
konkrete Normenkontrolle 81, 83
Kontextsensibilität 61, 96

legislative facts 7, 10, 42, 51
Lebach-Urteil 22 ff., 25 ff., 45, 52, 92
Legitimation von
Verfassungsrechtsprechung 5 f., 10,
55 ff., 92, 97

- von Mangoldt, Hermann* 61
 Meinungsfreiheit 17 f.
 mündliche Verhandlung 73 ff.

 naturalistischer Fehlschluss 32
 Neutralitätsgebot für
 Regierungshandeln 16, 85 f.
 Normative Kraft des Grundgesetzes 58,
 93

obiter dicta 61

 Parteienfinanzierung 15, 48, 66, 86
 Persönlichkeitsentfaltung 14, 19 f.,
 21 ff., 47, 52, 64 f.
 Privatempirie des
 Bundesverfassungsgerichts 70, 86

 Rationalität 4 f., 60, 71, 97 f.
 Recht auf Vergessen 20 f.
 Rechtsanwendungsgleichheit 60
Reimer, Franz 93 ff.
 richterliche Überzeugungsbildung 78 f.
 Robert-Koch-Institut 77
 Rotmilan-Beschluss 32 f.
 Rundfunk
 – -ordnung 49, 65
 – -freiheit 49, 65

 schöpferische Rechtsfindung 4
 Selbstbindung des
 Bundesverfassungsgerichts 59
 Selbstdarstellung 22 ff., 45

 Soraya-Beschluss 4, 60
 Sperrklausel 42
 Spielraum des Gesetzgebers 94 ff.
 statistische Daten 77, 87
 Stellungnahmen 37, 73 ff.
 Stopp-Regeln 78
 Subsidiarität der
 Verfassungsbeschwerde 80
 Subsumtionsteil 34 f., 40 f., 50 f.
 Sukzessivadoption 36 ff., 75, 91

 Tarifaufonomie 84

 Übergeneralisierung 49, 51, 60 f., 66
 Überkonstitutionalisierung 93 ff.

 vage Verfassungsmaßstäbe 6, 57, 81
 Verhältnismäßigkeitsprüfung 42 f.
 Verfassungsfortbildung 3, 41, 45
 verfassungsfreie Räume 94
 Verfassungswandel 3, 41, 92
 Vergessenwerden, Recht auf 20 f.
 Vogelschutz 32 f.
 Vollordnung, Grundgesetz als 95

 Windkraftanlagen 32 f.
 Wirkungsorientierung 1 f., 8, 10, 44 ff.,
 49, 54, 62 ff., 94, 96
 Wissenschaftsadäquate
 Hochschulordnung 65
 Wohnraummiete 14, 46, 66 f., 92