

Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit: aktuelle Herausforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Annahme von Verfassungsbeschwerden

Prof. Dr. DDr. h.c. Matthias Herdegen

I. Herausforderungen moderner Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit gilt als eine Art Rückgrat des modernen Rechtsstaats. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, ob die verfassungsrechtliche Kontrolle von einem obersten Gericht wie in den USA oder einem speziell geschaffenen Verfassungsgericht ausgeübt wird. Jedoch steht die Verfassungsgerichtsbarkeit in vielen westlichen Ländern vor Herausforderungen, die ihre Stellung im Verfassungsgefüge und ihre Autorität nachhaltig berühren. Diese Herausforderungen und/oder Bewährungsproben können im Wesentlichen vier verschiedene Ursachen haben:

1. Veränderungen der Außenwelt durch neue Krisen und Bedrohungen durch Pandemien oder Angriffe auf die innere und äußere Sicherheit des Landes;
2. Versuche der politischen Gewalt, Einfluss auf die Besetzung von Gerichten zu nehmen oder die Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu beschneiden wie in Polen, Ungarn oder Israel;
3. Richterlicher Aktivismus der als Übergriff in demokratische Entscheidungsprozesse gesehen wird und deshalb die Akzeptanz der Verfassungsgerichtsbarkeit schwächt und
4. Umgekehrt die Lockerung verfassungsrichterlicher Kontrolle, die Enttäuschungen auslöst.

Die Entscheidung des amerikanischen Supreme Court zur Abtreibung im Fall *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹ verbindet richterlichen Aktivismus mit gleichzeitiger Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle. Hier wird die ihrerseits aktivistische Rechtsprechung im Fall *Roe v. Wade*² (1973) in einem radikalen Rücksprung des Pendels aufgegeben und dem demokratischen Prozess in den einzelnen Staaten weitgehend freier Lauf gelassen. Aktivistisch erscheint dieses neue Urteil aus dem Jahre 2022 deshalb, weil es nach über 50 Jahren das Rad eines bestimmten dynamischen Verfassungsverständnisses

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

wieder zurückdreht. Insoweit überschreibt ein neuer richterlicher Aktivismus den alten Aktivismus.

Die folgenden Bemerkungen möchten ein Schlaglicht auf verschiedene Argumentationsmuster werfen, mit denen Verfassungsgerichte auf Herausforderungen reagieren oder ihrerseits eine Autoritätskrise auslösen. Zentrale Argumentationsmuster in diesen Zusammenhängen beziehen sich auf die Güterabwägung, die Entwicklung neuer, ungeschriebener Rechte und prognostische Unsicherheiten. Ein gesonderter Abschnitt sei dabei dem individuellen Zugang zu verfassungsgerichtlichen Verfahren in Form der Verfassungsbeschwerde gewidmet.

II. Herausforderungen der Güterabwägung

Ein zentrales Thema bei der Bewältigung von Krisen ist die Abwägung von Gütern mit Verfassungsrang und deren Justiziabilität. In der Corona-Pandemie haben die europäischen Verfassungsgerichte im Schutz des Lebens als einem Höchstwert eine Rechtfertigung auch für einschneidende Eingriffe in Freiheitsrechte, etwa Beschränkungen der Fortbewegungsfreiheit, der Glaubensfreiheit, der Versammlungsfreiheit oder Berufsfreiheit gesehen. Dabei hat etwa der französische Verfassungsrat dem Gesetzgeber bei der Abwägung zwischen dem Schutz der Gesundheit als Verfassungswert und den Grundrechten des Einzelnen einen sehr weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt und Freiheitsbeschränkungen nur daraufhin überprüft, ob sie im Lichte wissenschaftlicher Erkenntnis offensichtlich unangemessen sind³. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht eine etwas strengere Vertretbarkeitskontrolle praktiziert, aber dem Gesetzgeber beim Schutz des Lebens und der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems als überragend wichtigen Rechtsgütern ein beachtliches Einschätzungsermessen zugebilligt⁴. Umfassende Ausgangsbeschränkungen hat das Bundesverfassungsgericht an eine äußerste Gefahrenlage gebunden⁵. Interessant ist, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Überschreitung einer bestimmten Infektionsquote in der Bevölkerung sogar unmittelbar wirkende Freiheitsbeschränkungen angeordnet hat. Dies

³ Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 22/835 DC vom 21. Januar 2022, Rn. 8, 14.

⁴ BVerfGE 155, 223 Rn. 172 ff. – Bundesnotbremse I.

⁵ BVerfGE, aaO, Rn. 305.

erlaubte dann eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen dieses sich selbst vollziehende Gesetz.

Oft sind in der Abwägung zwischen den unterschiedlichen Rechtsgütern das relative Gewicht und der Rang eines bestimmten Interesses oder Rechtsgutes gegenüber anderen Belangen Gegenstand kontroverser Beurteilung. So räumen etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht oder der Gerichtshof der Europäischen Union dem Datenschutz in einer kontroversen Rechtsprechung ein hohes Gewicht gegenüber der Kriminalitätsbekämpfung und anderen Aspekten der nationalen Sicherheit ein.⁶ Hiergegen hat dann der französische Verfassungsrat in einer aufsehenerregenden Entscheidung im Fall *French Data Network* wegen dieser angenommenen Überhöhung des Datenschutzes kritisiert und darauf hingewiesen, dass die nationale Sicherheit in Frankreich Belange von „Verfassungsrang“ darstellen, die nicht einfach dem Datenschutz untergeordnet werden dürfen⁷. Dabei hat der französische Staatsrat darauf hingewiesen, dass Frankreich nicht nur von Risiken des Terrorismus betroffen, sondern auch wegen seiner militärischen Fähigkeiten und militärischen Einsätze und seinem technologischen und wirtschaftlichen Potential der Spionage und anderen ausländischen Interventionen ausgesetzt sei.⁸

Besonders komplexe Abwägungen verlangt der Kampf gegen die Erderwärmung. Der Entscheidung über Maßnahmen zum Schutz des Klimas geht die Auswahl zwischen unterschiedlichen Energieträgern und deren Verfügbarkeit und Kosten, die Auswirkungen auf die Beschäftigung und die Lasten für die Volkswirtschaft voraus. Hinzu kommt die Zeitachse, auf der ein bestimmtes Klimaziel erreicht werden soll. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in einer ebenso aufsehenerregenden wie heftig umstrittenen Entscheidung zum Klimaschutzgesetz⁹ diese Komplexität der Abwägung weitgehend ausgeblendet. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Prüfung auf die Zeiträume konzentriert, in denen bestimmte Klimaschutzziele erreicht werden sollen und ein bestimmtes Budget an CO₂-Emissionen aufgebraucht werden kann. Dabei hat das Verfassungsgericht eine Verpflichtung zum Kampf gegen die Erderwärmung und die Reduktion der CO₂-Emissionen aus dem Staatsziel des Umweltschutzes (Art. 20 a GG) in Verbindung mit dem Pariser

⁶ Zuletzt BVerfG Beschlüsse vom 14. und 15. Februar 2023 - 1 BvR 141/16, 1 BvR 2683/16, 1 BvR 2845/16; siehe auch EuGH C-793/19 und C-794/19 – SpaceNet und Telekom Deutschland GmbH.

⁷ Conseil d'Etat, Entscheidung vom 21.4.2021 Nr. 393033 ECLI:FR:CEASS:2021:393099.2021042, Rn. 9 ff.

⁸ Conseil d'Etat, aaO, Rn. 44.

⁹ BVerfGE 157, 30.

Abkommen abgeleitet¹⁰. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Pariser Übereinkommen zum Klimaschutz eine Art Verpflichtung zur internationalen Solidarität im Sinne gegenseitigen Vertrauens¹¹. Hierbei übersieht das Gericht völlig, dass das Pariser Übereinkommen keine objektiven Reduktionsverpflichtungen enthält, sondern die Maßnahmen zur Reduktion der klimaschädlichen Emissionen in das Ermessen der einzelnen Vertragsstaaten stellt. Insbesondere aber hat das Pariser Übereinkommen keinen Verfassungsrang und vermag den Gesetzgeber selbst nicht zu binden. Zu einer dramatischen Einschränkung demokratischer Entscheidungsoptionen kommt das Bundesverfassungsgericht durch das ihm konstruierte Gebot, im Sinne der Generationengerechtigkeit, die Lasten des Klimaschutzes angemessen zu verteilen und das verfügbare Gesamtbudget an CO₂-Emissionen nicht vorzeitig zu Lasten künftiger Generationen aufzubrauchen¹². Hier spricht das Gericht von einer eingriffsähnlichen Vorwirkung durch den vorzeitigen Verbrauch der verfügbaren CO₂-Emissionen¹³. Am Ende steht ein dramatischer Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers bei einem äußerst komplexen Abwägungsprozess. Heute hat diese Entscheidung den Wirklichkeitsbezug längst verloren. Die Bundesrepublik Deutschland hat - auch durch den radikalen Verzicht auf nukleare Energie und den verstärkten Zugriff auf Kohle und andere fossile Energiequellen – keine gute Klimabilanz mehr. Die Vorstellung des Gerichts, Deutschland werde im Sinne gegenseitigen Vertrauens durch seine Bemühungen um Klimaschutz, einen Anreiz für andere Länder setzen, ist nicht sehr realitätsnahe.

Im Kreis der westlichen Rechtsstaaten hat kaum ein Gericht so weit in die gesetzgeberische Agenda übergreifen wie das deutsche Verfassungsgericht beim Klimaschutz.

III. Der Streit um „unbenannte“ Grundrechte

Viele verfassungsrechtliche Kontroversen und Herausforderungen für die Verfassungsgerichtsbarkeit sind mit der Konstruktion „unbenannter“ Grundrechte verbunden, die in der Verfassung selbst nicht ausdrücklich erwähnt werden, sondern von der Rechtsprechung im Wege der Extrapolation herausgearbeitet werden. Insbesondere in

¹⁰ BVerfGE, aaO, Rn. 197 ff.

¹¹ BVerfGE, aaO, Rn. 204.

¹² BVerfGE, aaO, Rn. 216 ff.

¹³ BVerfGE, aaO, Rn. 183.

Kontinentaleuropa erfreut sich die Konstruktion „neuer, unbenannter“ Freiheitsrechte großer Beliebtheit. Ein Beispiel ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁴, welches das deutsche Bundesverfassungsgericht zu einer Barriere gegen den Zugriff auf elektronische Daten und die weitere Verarbeitung zur Kriminalitätsbekämpfung ausgebaut hat¹⁵. Vor allem bei Daten aus der Überwachung von Wohnungen oder Online-Durchsuchungen verlangt das Bundesverfassungsgericht für die Nutzung einmal erhobener Daten eine dringende Gefahr oder zumindest eine konkrete Gefahr¹⁶, oder, wenn es um Daten aus Wohnraumüberwachung oder Online-Durchsuchungen geht und der weiteren Nutzung der Daten ein anderer Zweck zugrunde liegt als der ursprünglichen Datenerhebung, dass sie der Aufklärung gewichtiger Straftaten oder sonst dem Schutz gewichtiger Rechtsgüter dient¹⁷. Für diese Zweckänderung bedarf es einer hinreichend bestimmten Ermächtigung durch Gesetz. Die Verwendung künstlicher Intelligenz kann dabei das in der Datennutzung liegende Gewicht des Grundrechtseingriffs noch vergrößern und damit zu schärferen Voraussetzungen der Rechtfertigung¹⁸ führen. Im Zusammenhang mit der Schließung von Schulen hat das deutsche Bundesverfassungsgericht das Recht auf schulische Bildung anerkannt, welches es aus dem allgemeinen Freiheitsrecht und dem staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG) ableitet¹⁹. Im Rahmen des Klimaschutzes hat das Bundesverfassungsgericht eine Art Recht auf faire Verteilung der Lasten geschaffen, das sich aus der eingriffsähnlichen Vorwirkung einer vorzeitigen Aufzehrung des CO₂-Budgets ergeben soll²⁰.

Die größte Kontroverse rankt sich um die Konstruktion unbenannter Freiheitsrechte aus der „due process“-Klausel und der „equal protection-Klausel“ der Verfassung der Vereinigten Staaten im Hinblick auf das Recht auf Abtreibung und das Recht auf Eheschließung homosexueller Paare. Hier hat die neue konservative Mehrheit des neuen US Supreme Court im Jahre 2022 im Fall *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*²¹ die Rechtsprechung im Fall *Roe v. Wade*²² aufgegeben. Unter Neubewertung der Rechtstradition in den einzelnen

¹⁴ BVerfGE 65, 1.

¹⁵ BVerfG Entscheidung vom 16. Februar 2023, 1BvR 1547/19 u. 1BvR 2634/20 Rn. 50 ff.

¹⁶ BVerfG, aaO, Rn. 59.

¹⁷ BVerfG, aaO, Rn. 62 ff.

¹⁸ BVerfG, aaO, Rn. 100 ff.

¹⁹ BVerfGE 159, 355, Rn. 43 ff. – Bundesnotbremse II.

²⁰ BVerfGE 157, 30 Rn. 183.

²¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

²² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Bundesstaaten hat der Supreme Court in seiner neuen Entscheidung der früheren Rechtsprechung im Fall *Roe v. Wade* attestiert, dass hier die methodischen Grundlagen fehlen. Daher liege die Entscheidung über die grundsätzliche Zulassung von Abtreibung in den Händen der Mehrheit der gesetzgebenden Körperschaften der Bundesstaaten. Auch wenn aus rein methodischer Sicht diese neue Entscheidung überzeugend erscheint, ist sie aber auch in Europa weitgehend richterlicher Aktivismus interpretiert worden, der sich gegen ein Recht auf Abtreibung richtet. Dabei wird verkannt, dass der Supreme Court dem demokratischen Prozess weitgehend freien Raum lässt und auch in den meisten europäischen Verfassungen ein Recht auf Abtreibung nicht besteht. Bis heute hat auch die französische Regierung trotz aller scharfen Kritik am amerikanischen Supreme Court nicht die von ihr angekündigte Verfassungsänderung²³ zugunsten eines Rechts auf Abtreibung herbeiführen können.²⁴

IV. Einstweiliger Rechtsschutz

Von großer Bedeutung ist die zeitliche Dimension und damit auch die Kompetenz eines Verfassungsgerichts, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren. Ein faktisches Beispiel hat hier jüngst der EGMR geliefert, indem er einen Abschiebeflug von Großbritannien nach Ruanda vorläufig stoppte.²⁵

In Kolumbien hat das Verfassungsgericht vor wenigen Monaten die Befugnis in Anspruch genommen, bei manch offensichtlicher Verfassungswidrigkeit zur Abwendung eines schweren, nicht wiedergutzumachenden Schadens, die Wirkungen eines Gesetzes auszusetzen²⁶.

In einer nun aufsehenerregenden Entscheidung hat das deutsche Bundesverfassungsgericht dem Parlament aufgegeben, die zweite und dritte Lesung eines umstrittenen Gesetzesentwurfs der Bundesregierung nicht innerhalb einer kurzen Frist zurückzuführen, nach dem der Entwurf noch während des parlamentarischen Verfahrens nach langem Streit in der Regierung von den Regierungsfractionen wesentlich verändert worden ist²⁷.

²³ Zuletzt: <https://www.france24.com/en/france/20230308-macron-says-will-put-right-to-abortion-in-french-constitution-in-coming-months> (accessed on 6th September 2023).

²⁴ https://www.lemonde.fr/en/france/article/2022/11/24/french-parliament-votes-to-enshrine-abortion-as-constitutional-right_6005502_7.html (accessed on 6th September 2023).

²⁵ EGMR, *N.S.K. v. the United Kingdom*, Beschwerden Nr. 28774/22.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto 272/2023.

²⁷ BVerfGE, 2 BvE 4/23, Beschluss vom 5. Juli 2023.

V. Verfassungsbeschwerden

1. Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht und Parallelen im Recht von Taiwan

Für die Autorität, die Wirkungsmacht, aber auch für die Belastbarkeit eines Verfassungsgerichts, ist der Zugang des Einzelnen zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle eine zentrale Frage. In der Bundesrepublik Deutschland werden jedes Jahr mehr als 5.000 Verfassungsbeschwerden eingelegt, von denen in letzter Zeit einmal 1,5 % erfolgreich waren.

a) Zur Statistik von Verfassungsbeschwerden und Urteilsverfassungsbeschwerden

Seit 1951 wurden 249.023 Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig. Davon sind 240.251 Verfassungsbeschwerden (96 %). Von diesen waren jedoch nur **2,3 % erfolgreich**.

Von den 240.251 Verfassungsbeschwerden seit 1951 sind 149.379 **Urteilsverfassungsbeschwerden** gewesen, was knapp **63 %** entspricht. (Jahresstatistiken des Bundesverfassungsgerichts).

b) Das Annahmeverfahren nach § 93a BVerfGG

Das Annahmeverfahren nach § 93 a BVerfGG soll die ständig ansteigenden Verfahrenseingänge zur Entlastung des Gerichts reduzieren.

Nach § 93 a des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) muss eine Verfassungsbeschwerde nur noch dann angenommen werden, wenn sie

- a) grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung hat oder
- b) dies zur Durchsetzung eigener verfassungsmäßiger Rechte des Beschwerdeführers notwendig ist (§ 93a BVerfGG).

Die Nichtannahme wird nur in wenigen Fällen näher begründet.

Ich weiß, dass in Taiwan die Behandlung von Verfassungsbeschwerden nach Art 59 des Verfassungsprozessordnung ein wichtiges Thema ist. Die Vorschrift des Art. 61 der Verfassungsprozessordnung von Taiwan scheint dem § 93a des deutschen Verfassungsgerichtsgesetzes nachgebildet. Dies dürfte auch für die Schaffung des neuen Kammersystems mit drei Richtern gelten.

2. Die Prüfungsschritte im Annahmeverfahren nach § 93a BVerfGG

§ 93 a BVerfGG dient der Aussonderung derjenigen Verfassungsbeschwerden, deren Annahme nicht in Betracht kommt. In einer Vorabprüfung ist hierfür festzustellen, ob die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. In diesem Fall scheidet eine Annahme von vornherein aus. Ist dies nicht der Fall, sind Verfassungsbeschwerden zur Annahme in zwei Konstellationen zulässig.

a) Grundsätzliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde

Die erste Konstellation liegt nach § 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG vor, wenn der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das ist der Fall, wenn eine klärungsbedürftige Frage des Verfassungsrechts gegeben ist, entweder weil es zum fraglichen Fall noch keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gibt, aufgrund einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse neuer Klärungsbedarf besteht, oder in Literatur und Öffentlichkeit eine verfassungsrechtliche Kontroverse zu den betroffenen Rechtsfragen besteht. Daneben ist eine Verfassungsbeschwerde auch von grundsätzlicher Bedeutung, wenn das Interesse an der Klärung über den konkreten Einzelfall hinausgeht, weil dieser für eine Reihe von anderen Streitigkeiten von Bedeutung ist, oder eine erhebliche Präzedenzwirkung für die Zukunft entwickelt.

b) Zur Durchsetzung von Grundrechten „angezeigte“ Annahme

Die zweite Konstellation der Annahme einer Verfassungsbeschwerde liegt nach § 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG vor, wenn die Annahme zur Durchsetzung von Grundrechten „angezeigt“ ist.

Hierfür nennt die Gesetzesbegründung²⁸ folgende subjektive und objektive Kriterien:

1. Existenzielle Bedeutung oder schwerer Nachteil für den Beschwerdeführer
2. Grundrechtswidrige Praxis von Verwaltung oder Fachgerichten
3. „Grundrechtsblindheit“/ erheblicher Mangel an Grundrechtssensibilität der Fachgerichte
4. mangelnde Erfahrung der Fachgerichte im Umgang mit einem Grundrecht

²⁸ BT-Drucksache 12/3628, S. 14.

Das Wort „angezeigt“ im Sinne von § 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG räumt dem Bundesverfassungsgericht hierbei einen Entscheidungsspielraum ein, aus welchem aber nicht in ein unbegrenztes Ermessen folgt.

Das Annahmeverfahren spiegelt eine gesteigerte Verantwortung der Fachgerichte. Es sind die ordentlichen Gerichte und anderen Fachgerichte, welche in erster Linie zum Grundrechtsschutz berufen sind. Eine hohe Sensibilität der Fachgerichte ist die beste Voraussetzung dafür, dass das Verfassungsgericht vor Überlastung bewahrt wird.