

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1502

**Das Bundesverfassungsgericht
als kindschaftsrechtliche
Superberufungsinstanz?**

**Zugleich ein Beitrag zur Kontrollkompetenz
gegenüber Fachgerichten**

Von

Jakob Beaucamp



Duncker & Humblot · Berlin

JAKOB BEAUCAMP

Das Bundesverfassungsgericht
als kindschaftsrechtliche
Superberufungsinstanz?

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1502

Das Bundesverfassungsgericht als kindschaftsrechtliche Superberufungsinstanz?

Zugleich ein Beitrag zur Kontrollkompetenz
gegenüber Fachgerichten

Von

Jakob Beaucamp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahr 2022
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18827-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58827-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Für Anke und Guy

Vorwort

Die Arbeit ist im Jahr 2022 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertationsschrift angenommen worden. Die mündliche Prüfung fand am 16.08.2022 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis November 2021 berücksichtigt. Bei der Aktualisierung für die Veröffentlichung konnte neue Literatur teilweise berücksichtigt werden (Stichtag: 31.10.2022).

Mein erster und wichtigster Dank gilt Prof. Dr. Wolfram Höfling für die Betreuung der Arbeit und wertvolle Denkanstöße. Herzlich danke ich auch Prof. Dr. Christian von Coelln für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Vater Guy Beaucamp für anregende Diskussionen, hilfreiche Tipps und unermüdliches Korrekturlesen. Für eine tolle Zeit am Institut für Staatsrecht und wertvolle Unterstützung möchte ich Felix Thrun, Ludwig Szasz und Jan Martin Lellek danken.

Köln, im November 2022

Jakob Beaucamp

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Problemaufriss	19
B. Gang der Untersuchung	22
<i>Teil I</i>	
Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts – Grundlagen	24
A. Maßgebliche grundrechtsdogmatische Entwicklungen	24
I. Untrennbarkeit von einfachem Recht und Verfassungsrecht (Elfes)	24
II. Ausstrahlungswirkung der Grundrechte (Lüth)	26
III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	27
B. Drei Prüfungsansätze des Bundesverfassungsgerichts	28
I. Grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte	28
1. Die Heck'sche Formel	28
2. Die Schumann'sche Formel	31
II. Willkürkontrolle	32
III. Rechtsfortbildungskontrolle	32
IV. Ergebnis	34
C. Meinungsstand in der Literatur	34
I. Vorschläge zur Änderung des Verfassungs- und Prozessrechts	34
II. Materiell- und funktionell-rechtliche Ansätze	36
1. Materiell-rechtlicher Ansatz: vollständige Grundrechtsprüfung	37
2. Funktionell-rechtlicher Ansatz: begrenzte Grundrechtsprüfung	38
a) Ziel und Arten funktionell-rechtlicher Argumente	39
b) Methodische Einordnung	40
c) Beschränkte Steuerungswirkung	41
III. Die Vielfalt funktionell-rechtlicher Vorschläge	43
1. Spielraum bei der Bestimmung des Prüfungsumfanges	43
2. Begrenzung der Prüfungskompetenz	45
a) Rechtssatzkontrolle	45
b) Rechtsanwendungskontrolle	47
aa) Schwerpunkt bei der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde	47

bb) Berücksichtigung der objektiven und der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde	49
c) Kontrolle der Tatsachenfeststellung und -würdigung	51
IV. Ergebnis und weitere Fragestellung	53

Teil 2

Prüfungsumfang und Eingriffsintensität – Eine Analyse kindschaftsrechtlicher Entscheidungen	54
A. Zur Methode: begrenzte Möglichkeit der Skalierung des Prüfungsumfanges	54
I. Rechtsanwendungskontrolle	56
1. Abwägung und Abwägungskontrolle	56
2. Versuch einer Skalierung	58
a) Kategorisierung nach Abwägungsfehlern	59
b) Abwägungsleitlinien und Einzelfallabwägung	60
II. Tatsachenkontrolle	62
III. Übersicht zur Skalierung des Prüfungsumfanges	63
B. Der Prüfungsmaßstab: Art. 6 GG und Kindesgrundrechte	63
I. Die Elternverantwortung	65
1. Abwehrrecht	65
2. Grundpflicht	67
3. Kindeswohlorientierung und Elternprimat	68
a) Begriff des Kindeswohls	68
b) Vorrangige Bestimmung des Kindeswohls durch die Eltern	70
c) Wohl, Wille und Grundrechte des Kindes	71
II. Die Kindesgrundrechte	72
1. Das Kind als Grundrechtsträger und Prozessbeteiligter	73
a) Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit	73
b) Selbstbestimmungsfähigkeit	74
c) Verfahrensfähigkeit	76
2. Recht des Kindes auf Entwicklung zur selbstbestimmten Persönlichkeit	78
3. Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung	79
III. Staatliches Wächteramt	80
1. Schranke des Elternrechts	81
2. Positivierte Schutzpflicht zugunsten der Kindesgrundrechte	82
3. Modalitäten und Voraussetzungen des Wächteramts	83
IV. Trennung von den Eltern als Anwendungsfall des Wächteramts	85
C. Der Prüfungsumfang	87
I. Anfänge der Intensitätsrechtsprechung in Entscheidungen zu den Kommunikationsgrundrechten	88
1. Ausgangsentscheidungen: Lebach, DGB und Echternach	88

2. Eingriffsintensität und abschreckende Wirkung	91
a) Eingriffsintensität als grundrechtsinternes Kriterium	91
b) Abschreckende Wirkung auf die Grundrechtsausübung Dritter . .	94
3. Auswirkung auf die Kontrolltätigkeit: 3-Stufen-Modell?	95
4. Tatsächliches Entscheidungsverhalten	98
5. Eingriffsintensität und Tatsachenkontrolle	99
6. Fazit und weiterer Gang der Untersuchung	101
II. Intensitätsrechtsprechung in kindschaftsrechtlichen Fällen	102
1. Erste Intensitätsphase: Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler . . .	104
a) Grundsätzlicher Prüfungsumfang: Heck'sche Formel	105
b) Erweiterter Prüfungsumfang: Kontrolle auf einzelne Auslegungs- fehler	106
c) Erste Erkenntnisse	110
aa) Zwei-Stufen-Modell	110
bb) Keine einheitliche Kontrolltätigkeit	112
2. Zweite Intensitätsphase: Tatsachenkontrolle	113
a) Erweiterter Prüfungsumfang in Trennungsfällen	116
aa) Verfassungsbeschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen	118
(1) Herausnahmefälle	119
(2) Rückführungsfälle	124
bb) Verfassungsbeschwerden gegen Eilentscheidungen	133
(1) Herausnahmefälle	134
(2) Rückführungsfälle	136
(3) Ausreißer	138
cc) Zwischenergebnis	139
(1) Begründung des erweiterten Prüfungsumfanges: Sach- liches Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung	139
(2) Auswirkung auf den Prüfungsumfang: erweitertes Zwei- Stufen-Modell	141
(3) Tatsächliches Entscheidungsverhalten	143
(a) Einzelne Auslegungsfehler	143
(b) Sachverhaltsfeststellung und -würdigung	144
(4) Flankierende Verfahrenskontrolle	146
b) Grundsätzlicher Prüfungsumfang in anderen Kindschaftssachen	148
aa) Entscheidungen zur Alleinsorge	149
bb) Entscheidungen zum Umgangsrecht	155
cc) Entscheidungen zur Vormundschaft	160
dd) Zwischenergebnis	164
(1) Schilderung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges	164
(2) Tatsächliches Entscheidungsverhalten	165
(3) Flankierende Verfahrenskontrolle	167
c) Zwischenergebnis: Vergleich der Prüfungsstufen	167

III. Ergebnis: Entwicklungslinien der Intensitätsrechtsprechung	168
D. Die tatsächliche Kontrolltätigkeit im Abgleich mit den in der Literatur vertretenen dogmatischen Modellen	169
I. Keine Orientierung an objektiver Funktion der Verfassungsbeschwerde	169
II. Keine Beschränkung auf Rechtssatzkontrolle	170
III. Variierende Rechtsanwendungskontrolle als Resultat divergierender Prüfungsmaßstäbe	170
IV. Doppeleinfluss der Eingriffsintensität: Tatsachenkontrolle	171

Teil 3

Die Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts – funktionell-rechtliche Grenzen	173
A. Normative Ausgangslage und Notwendigkeit des funktionell-rechtlichen Ansatzes	174
I. Überblick: Relevanz von Tatsachen in den bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren	175
1. Einzeltatsachen und generelle Tatsachen	175
2. Beteiligung oder Nichtbeteiligung einer tatsachenfeststellenden Vorinstanz	177
II. Normative Ausgangslage	179
III. Notwendigkeit des funktionell-rechtlichen Ansatzes	182
B. Die Tatsachenkontrolle aus funktionell-rechtlicher Perspektive	185
I. Das kindschaftsrechtliche Verfahren	186
1. Die Verfahrensgrundsätze	186
a) Die Offizialmaxime	186
b) Der Grundsatz der Mündlichkeit	187
c) Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot	191
d) Das Hinwirken auf Einvernehmen	192
e) Zwischenergebnis: Empirische Überlegenheit der Fachgerichte	193
2. Der Verfahrensgang	195
a) Der verfassungsrechtliche Rahmen	195
b) Der Instanzenzug in Kindschaftssachen	196
aa) Das Hauptsacheverfahren	197
bb) Das Eilverfahren	198
cc) Sonderfall Abänderungsverfahren	198
c) Zwischenergebnis zur Tatsachenkontrolle im fachgerichtlichen Instanzenzug	199
II. Verfassungsprozessuale Sicherungen der fachgerichtlichen Erstbeschäftigung	200
1. Der Grundsatz der Subsidiarität	200
a) Die Rechtswegerschöpfung	201

b) Weitere formelle und materielle Subsidiaritätsanforderungen	202
c) Folgerung für die Tatsachenkontrolle	204
2. Die Substantiierung der Verfassungsbeschwerde	206
a) Begründungsanforderungen	207
aa) Bezugspunkte der Begründungsobliegenheit	208
bb) Tatsachen- und Rechtsausführungen	208
b) Rückschlüsse auf das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts	211
III. Das Annahmeverfahren	213
1. Annahmegründe des § 93a BVerfGG	214
a) Die Grundsatzannahme	215
b) Die Durchsetzungsannahme	217
aa) Besonderes Gewicht der geltend gemachten Grundrechtsverletzung	217
bb) Besonders schwerer Nachteil	218
cc) Zurückhaltende Prüfungspraxis	220
2. Zwischenergebnis: Annahme- und Sachentscheidung als separate Verfahrensabschnitte	221
IV. Die gerichtsinterne Aufgabenverteilung	221
1. Die stattgebende Kammerentscheidung	223
a) Fall der Durchsetzungsannahme	223
b) Vorliegen von Senatsmaßstäben	223
c) Offensichtliche Begründetheit	227
2. Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz: Keine gerichtsinterne Differenzierung	228
V. Die Funktion der Verfassungsbeschwerde	230
1. Die subjektive Funktion	230
2. Die objektive Funktion	231
3. Daneben „genereller Edukationseffekt“ der Verfassungsbeschwerde?	235
4. Fazit: Keine Beschränkung der Kontrollkompetenz aufgrund der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde	236
C. Zwischenergebnis zur Tatsachenkontrollkompetenz: Verfahrens- und Willkürkontrolle	238
I. Uneingeschränkte Verfahrenskontrolle	238
II. Beschränkte materiell-inhaltliche Tatsachenkontrolle	239
1. Keine Kompetenz zur selbstständigen Tatsachenermittlung	240
2. Auf Willkür beschränkte Kontrolle der Tatsachenwürdigung	242
III. Rechtsfolge der Feststellung eines Tatsachenfehlers	242
D. Abstufung der Tatsachenkontrollkompetenz anhand der Eingriffsintensität	243
I. Fehlen einer materiell-verfassungsrechtlichen Begründung	243
II. Die Eingriffsintensität als funktionell-rechtliches Kriterium?	244
1. Tatsachenkontrolle im Interesse effektiven Grundrechtsschutzes	245

2. Tatsachenkontrolle zur Verfahrensvereinfachung	247
III. Methodisches Argument: untrennbare Verknüpfung von Rechts- und Tatsachenkontrolle	249
IV. Grundrechtsdogmatische Begründung: Differenzierung zwischen Ein- griffs- und Ausstrahlungskontrolle	250
E. Ergebnis	251
Zusammenfassung	253
Literaturverzeichnis	265
Sachverzeichnis	289

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
abw. M.	abweichende Meinung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AK	Alternativ-Kommentar
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Bonner Kommentar
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BT-PlProt.	Bundestags-Plenarprotokoll
bzw.	beziehungsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGHS	Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag

DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FamFG	Familienverfahrensgesetz
FamFR	Zeitschrift für Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRB	Der Familien-Rechts-Berater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht
f./ff.	folgende Seite(n)/ Randnummer(n)
FFG	Freiwillige Gerichtsbarkeit – Gesetz
FG	Festgabe
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz
GO	Geschäftsordnung
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGR	Handbuch der Grundrechte
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lfg.	Lieferung
lit.	littera (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
mitbegr.	mitbegründet
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OK	Online-Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rn.	Randnummer
RuP	Recht und Politik
RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
SRa	SozialRecht aktuell
u.	und
u. a.	unter anderem
v. a.	vor allem
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe

ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

A. Problemaufriss

Einhergehend mit einer außergewöhnlichen Häufung stattgebender Kammerbeschlüsse in Trennungsfällen änderte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2014 seine Kontrolltätigkeit bei Urteilsverfassungsbeschwerden¹ gegen kindschaftsrechtliche Entscheidungen. Mit Verweis auf das sachliche Gewicht der Beeinträchtigung der Grundrechte von Eltern und Kind rechtfertigte es eine Überprüfung von fachgerichtlichen² Trennungsentscheidungen auf einzelne Auslegungsfehler und deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts.³ Diese Rechtsprechung reiht sich in eine Mitte der 70er Jahre einsetzende Entwicklung, die Kontrolltätigkeit anhand der Eingriffsintensität zu bestimmen, ein und scheint die Beschränkungen der Heck'schen Formel⁴ für Fälle besonderer Betroffenheit nahezu vollständig aufzuheben, indem sie insbesondere die fachgerichtliche Tatsachenarbeit der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfung unterstellt.

Solche Verschiebungen der Aufgabenteilung bedürfen, obwohl die Erfolgsaussichten entsprechender Unterfangen gelegentlich angezweifelt werden,⁵

¹ Zutreffend wird darauf verwiesen, dass „Entscheidungsverfassungsbeschwerde“ terminologisch präziser wäre, *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 213. Hier wird der verbreiteten Verwendung der Begrifflichkeit gefolgt, Verfassungsbeschwerden gegen fachgerichtliche Beschlüsse sind mitgemeint.

² Dieser Begriff ist nicht ganz unumstritten, vgl. *Zuck*, JZ 2007, 1036, wird jedoch hier verwendet, da er sich als prägnante Bezeichnung für Gerichte, die keine Verfassungsgerichte sind und deren Entscheidungen daher grundsätzlich der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterliegen, in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt hat: siehe BVerfGE 42, 64, 74 – Zwangsversteigerung; 96, 375, 394 – Kind als Schaden; 148, 267, 281 (Rn. 34) – Stadionverbot; *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028; *Robbers*, NJW 1998, 935; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 22; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 2.

³ Vgl. nur BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26); BVerfGE 136, 382, 391 (Rn. 28) – Großeltern als Vormund.

⁴ BVerfGE 18, 85, 92 f. – Patent-Beschluss.

⁵ *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 74 der eine Systematisierung aus verfassungsdogmatischer Perspektive für nicht möglich hält; diese Einschätzung teilend *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 146; *Schlink*, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 445, 461 (dort Fn. 34) meint, man müsse akzeptieren, dass das Bundesverfassungsgericht eine „diskretionäre Superrevisionsinstanz“ sei; *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34, 65 hält

der Untersuchung und dogmatischen Einordnung; hiervon sollte auch die geringe Erfolgsquote⁶ von Verfassungsbeschwerden nicht abhalten. Erstens ist die „Erfolgsrate“ vom konkret gerügten Grundrecht abhängig,⁷ zweitens wird die Frage des Prüfungsumfanges auch bei erfolglosen Beschwerden relevant⁸ und drittens besteht ein Systematisierungsinteresse auch unabhängig von der quantitativen Betrachtungsweise.

Die Kontrolltätigkeit⁹ des Bundesverfassungsgerichts ist abhängig vom Prüfungsmaßstab. Der Prüfungs- oder Kontrollmaßstab bezeichnet die Rechtssätze, anhand derer der Prüfungsgegenstand kontrolliert wird.¹⁰ Er wird in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG beschrieben, wonach jedermann mit der Behauptung Verfassungsbeschwerde erheben kann, durch die öffentliche Gewalt in einem *seiner Grundrechte oder in einem seiner grundrechtsgleichen Rechte*¹¹ verletzt zu sein. Begrifflich ist die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts damit klar eingegrenzt: Es kontrolliert die Beachtung der Grundrechte¹² und nicht die korrekte Anwendung des einfachen Rechts. Seine Kontrolltätigkeit hängt von der Dichte des Kontrollmaßstabs ab: Sind die grundrechtlichen Anforderungen höher, gibt es mehr zu kontrollieren.¹³

das Nachdenken über neue Formeln für wenig ermutigend; *Papier*, DVBl. 2009, 473, 478 meint, dass es theoretische Großformeln nicht geben wird und sieht die (bisherige) Suche danach als gescheitert an.

⁶ Von 237.223 Verfassungsbeschwerden, die im Zeitraum vom 07.09.1951 bis zum 31.12.2020 erledigt wurden, waren 5.372 (= 2,3 %) erfolgreich. Im Jahr 2020 lag der Anteil stattgebender an den entschiedenen Verfassungsbeschwerden bei 2,07 %, Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 1 u. 21.

⁷ *Wendel*, JZ 2020, 668, 675 ff., kommt aufgrund einer statistischen Untersuchung von 9261 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Ergebnis, dass eine Rüge von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bei Kammerentscheidungen die dritthöchste „Erfolgsrate“ hat, wenn man die Anzahl der Grundrechtsrügen mit der Anzahl der erfolgreichen Rügen ins Verhältnis setzt (vgl. Tabelle 5, S. 677).

⁸ Zur engen Verknüpfung der Prüfung der (Nicht-)Annahmegründe mit den Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde in der Kammerrechtsprechung noch Teil 3, B.III., S. 213 ff.

⁹ Das Bundesverfassungsgericht spricht zum Beispiel von „Kontrollbefugnis“ BVerfGE 94, 1, 10 – DGHS; oder „Eingriffsmöglichkeiten“, vgl. 18, 85, 92 – Patent-Beschluss.

¹⁰ *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 20; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1315.

¹¹ Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden zur Beschreibung des Prüfungsmaßstabs regelmäßig nur von den „Grundrechten“ die Rede sein.

¹² Hierzu können auch Unionsgrundrechte gehören BVerfGE 152, 216, 236 (Rn. 50 ff.) – Recht auf Vergessen II; 152, 152, 179 (Rn. 63 ff.) – Recht auf Vergessen I; 156, 182, 197 (Rn. 36); dazu aus dem Gericht *Britz*, NJW 2021, 1489 ff.; kritisch *E. Klein*, DÖV 2020, 341, 342 ff.; *Detterbeck*, JZ 2021, 593, 598.

¹³ BVerfGE 42, 143, 149 – DGB: „Je nachhaltiger ferner ein zivilgerichtliches Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen trifft, desto strengere Anforderungen sind an die Begründung dieses Eingriffs zu stellen und desto weiter-

Darüber hinaus stellt sich einerseits die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung des Prüfungsmaßstabs vollumfänglich überprüft oder es grundrechtliche Vorgaben gibt, deren Durchsetzung allein den Fachgerichten vorbehalten ist. Andererseits – aus der Perspektive der fachgerichtlichen Tätigkeit – ist fraglich, ob und inwieweit das Bundesverfassungsgericht bei Anlegung des Prüfungsmaßstabes auf die verschiedenen Aufgabenbereiche des Fachgerichts zugreift und wieviel Spielraum ihm dabei zusteht.¹⁴ Die bezüglich dieser Problematiken verwendete Terminologie ist uneinheitlich, in Literatur und Rechtsprechung ist die Rede von der Intensität¹⁵, der Dichte¹⁶ oder dem Umfang¹⁷ verfassungsgerichtlicher Prüfung¹⁸ bzw. Kontrolle. Hier soll, soweit das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Bundesverfassungsgerichts beschrieben wird, von „Prüfungsumfang“ und, soweit es um normative Grenzen der Kontrolltätigkeit geht, von „Prüfungskompetenz“¹⁹ oder „Kontrollkompetenz“²⁰ die Rede sein.

reichend sind folglich die Nachprüfungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts“.

¹⁴ Vgl. für die beiden Pole dieser Diskussion zunächst nur *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 183 f., der einen erheblichen Spielraum bei einem rechtlich nur begrenzt determinierten Gestaltungskorridor sieht; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1317 der eine strenge Kompetenzauslegung fordert.

¹⁵ *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 183; *Britz*, FF 2015, 387; BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 10.

¹⁶ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1315; *C. Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 93 (84. EL 08/2018), Rn. 402.

¹⁷ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 21 f.; BVerfGE 136, 382, 391 (Rn. 28) – Großeltern als Vormund.

¹⁸ Kritisch zur Begrifflichkeit des Prüfungsumfanges *Lincke*, EuGRZ 1986, 60, 73; der darauf verweist, dass nicht das „Prüfen-Dürfen“ beschränkt sei, sondern die an der Art des erkannten Fehlers orientierte Befugnis, daraus Konsequenzen zu ziehen.

¹⁹ Mit dieser Begrifflichkeit *Starck*, JZ 1996, 1033, 1035; *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 561. Die Begriffe „Prüfungscompetenz“ und „Kontrollkompetenz“ werden im Folgenden synonym verwendet; in der Literatur werden mit gleicher Bedeutung auch die Begriffe „Prüfungsbefugnis“ und „Kontrollbefugnis“ genutzt, vgl. *M. Bender*, Befugnis, 1991, S. 6; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 21 f.; *Seidl*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), 61. DJT (1996), Bd. II/1, S. O 9, 11; teilweise ist auch von „Kognition“, verstanden als Überprüfungsbefugnis und -pflicht die Rede, vgl. *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, 1963, S. 198; ähnlich *Waldner*, ZZP 98 (1985), 200, 202 ff.

²⁰ Mit diesem Begriff beispielsweise *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 19 f.

B. Gang der Untersuchung

Die neuen Entwicklungen der Intensitätsrechtsprechung bieten Anlass, sich mit dem Kriterium der Eingriffsintensität und seinem Einfluss auf den Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts zu beschäftigen. Die Untersuchung geht von den bundesverfassungsgerichtlichen Formeln aus und stellt den Forschungsstand, insbesondere das Nebeneinander von materiell-rechtlichen und funktionell-rechtlichen Ansätzen, knapp dar (Teil 1).

Der zweite Teil der Bearbeitung widmet sich dem Kriterium der Eingriffsintensität und seiner Bedeutung für den Prüfungsumfang. Hierzu wird die Entwicklung der Intensitätsrechtsprechung dargestellt und untersucht, inwieweit sich die entsprechenden Prüfungsformeln im tatsächlichen Entscheidungsverhalten der Senate und Kammern widerspiegeln. Ausgangspunkt und Anlass dafür ist die teilweise geäußerte Kritik, dass der doppelte Einfluss der Eingriffsintensität auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich nicht begründbar sei²¹: Einerseits stiegen die materiellen Anforderungen an die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes, es werde ein strengerer Prüfungsmaßstab angelegt. Andererseits werde die Einhaltung dieser strengeren Anforderungen zusätzlich anhand eines erweiterten Prüfungsumfanges kontrolliert. Vor dem Hintergrund, dass die Steuerungswirkung von Prüfungsformeln – auch aus dem Gericht²² – bezweifelt wurde, soll eine Analyse nicht nur der Senats-,²³ sondern auch der Kammerrechtsprechung in kindschaftsrechtlichen Fällen ein genaueres Bild davon liefern, ob ein solcher Doppeleinfluss tatsächlich besteht. Was die Betrachtung dadurch an Breite verliert, gewinnt sie daher an Tiefe und – mit Blick auf Teil 3 – an Präzision.

Auf den deskriptiven zweiten Teil der Arbeit folgt nämlich eine Untersuchung der normativen Grenzen der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts, die sich auf das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Familiengerichtsbarkeit beschränken kann. Im Gegensatz zu anderen Arbeiten wird schwerpunktmäßig untersucht, wie materiell-rechtliche und funktionell-rechtliche Ansätze zur Bestimmung der Tatsachenkontrollkompetenz beitragen können²⁴ und der Frage nachgegangen, ob die Grenzen der Prüfungskompetenz von der Eingriffsintensität abhängig sind.

²¹ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 91.

²² *Limbach*, in: Bogs (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 132 f. (Diskussionsbeitrag).

²³ Viele Abhandlungen beschränken sich (im Wesentlichen) auf die Untersuchung von Senatsentscheidungen, vgl. beispielsweise *M. Bender*, Befugnis, 1991, S. 17; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 23.

²⁴ Vgl. beispielsweise *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 21, bei dem die fachgerichtliche Tatsachenarbeit „nicht im Zentrum des Interesses“ steht.

Mit Blick auf die jüngste Entwicklung der Intensitätsrechtsprechung könnte man auch plakativ formulieren: Macht die Formel von der Eingriffsintensität das Bundesverfassungsgericht zur kindschaftsrechtlichen Superberufungsinstanz?

Teil 1

Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts – Grundlagen

Der Tätigkeitsbereich des Bundesverfassungsgerichts bei der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen scheint leicht bestimmbar: Das Gericht reagiert auf die Verletzung von Grundrechten und schreitet bei der Missachtung einfachen Rechts nicht ein. Doch schon die präzise Festlegung der Rechtsätze, an denen das fachgerichtliche Urteil gemessen wird, begegnet einigen in der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik begründeten Problemen (A.), auf die das Gericht mit der näheren Beschreibung seiner Kontrolle mit im Wesentlichen drei Prüfungsansätzen reagiert hat (B.). Diese bilden die Grundlage für eine Vielzahl von Vorschlägen zur Systematisierung und Einhegung des Prüfungsumfanges (C.).

A. Maßgebliche grundrechtsdogmatische Entwicklungen

Die zuverlässige Bestimmung der Kontrollkompetenz wird durch grundrechtsdogmatische Entwicklungen erschwert, die man als „Konstitutionalisierung“ der Rechtsordnung bezeichnen kann.¹ Diese wird vor allem an zwei Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts festgemacht: Die Elfes-Entscheidung hebt (scheinbar) die Grenze zwischen Rechts- und Grundrechtsverletzung auf (I.) und die Lüth-Entscheidung verwischt die Trennungslinie zwischen einfachem und Verfassungsrecht (II.). Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erlaubt weitreichende Zugriffe auf die fachgerichtliche Tätigkeit (III.).

I. Untrennbarkeit von einfachem Recht und Verfassungsrecht (Elfes)

In der Elfes-Entscheidung vom 16.01.1957 etablierte das Bundesverfassungsgericht ein weites Verständnis der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), deutete die verfassungsmäßige Ordnung als Gesamtheit der for-

¹ Vgl. nur *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309; *Heun*, VVDStRL 61 (2002), 80, 109 f.; *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34, 48 ff.

mell und materiell verfassungsgemäßen Normen und stellte klar, dass der Einzelne mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen könne, dass ein Gesetz nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung gehöre.² Der umfassende Schutz jedes menschlichen Verhaltens führt dazu, dass ein weites Feld staatlicher Verhaltensweisen Eingriffscharakter haben und mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können. Ferner werden Normen des objektiven Verfassungsrechts, zum Beispiel die Kompetenztitel, subjektiviert.³ Dies bewirkt zunächst nur, dass im Rahmen der Verfassungsbeschwerde die Vereinbarkeit eines einschränkenden Gesetzes (auch) mit sonstigem Verfassungsrecht geprüft wird und das Verfahren damit einen Normenkontrollcharakter bekommt.⁴

Überträgt man diese Argumentation auf Einzelakte, stellt sich aus dogmatischer Sicht jede auf fehlerhafter Rechtsanwendung beruhende Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Güter als Grundrechtsverletzung dar.⁵ Der Eingriff ist nicht vom Gesetz gedeckt, genügt damit nicht der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) und ergeht – um es in den Worten der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte zu formulieren – nicht „auf Grund“ eines Gesetzes. Dies gilt auch für fachgerichtliche Urteile, soweit sie einen Grundrechtseingriff darstellen: Ein einfachrechtlich fehlerhaftes Urteil verletzt dann das einschlägige Spezialgrundrecht oder zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).⁶ In solchen Konstellationen liegt (auch) ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nahe, da eine sachliche Rechtfertigung für die fehlerhafte Ungleichbehandlung bei der Gesetzesanwendung nicht gegeben ist.⁷ Der

² BVerfGE 6, 32, 36 ff. – Elfes.

³ Höfling, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 2 I (1. Teil) (39. EL 11/2012), Rn. 85 f.; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 I, Rn. 42; Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 159, 182 ff.

⁴ Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 54; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 34; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 220 f.

⁵ J. Burmeister, DVBl. 1969, 605, 609; R. Schneider, DVBl. 1969, 325; Pelka, DVBl. 1970, 887, 889; Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 138; Henke, DÖV 1984, 1, 9 f.; Schenke, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 27; Miebach, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 33 f.; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 25; M. Bender, Befugnis, 1991, S. 44; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, § 12 Rn. 14; Berkemann, DVBl. 1996, 1028 f.; W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 561 f.; Dörr, Verfassungsbeschwerde, 1997, Rn. 299; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 31 f.; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309, 1310; Kenntner, DÖV 2005, 269, 271; Hensel, Der Staat 50 (2011), 581, 584; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 I, Rn. 43; Bachmann, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug, 2015, S. 61; Neuner, FamRZ 2017, 1805, 1806; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 284; Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 2021, § 12, Rn. 166.

⁶ Vgl. nur Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 284.

⁷ Rennert, NJW 1991, 12 f.; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309, 1310; Korioth, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 60 f.; Kenntner, DÖV 2005, 269, 271; P. S. Schneider, Verfassungsbeschwerde gegen ein gleichheitswidriges Urteil, 2020, S. 161.

vermeintlich klare Prüfungsmaßstab der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) verliert an Unterscheidungskraft, da jede Rechtswidrigkeit eine Verfassungswidrigkeit begründet, d.h. die Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Rechtmäßigkeitskontrolle entspricht.

II. Ausstrahlungswirkung der Grundrechte (Lüth)

Auch die Lüth-Entscheidung⁸ veränderte die Reichweite bundesverfassungsgerichtlicher Kontrolltätigkeit. Sie etablierte die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als Ausprägung ihres Charakters als objektive Werteordnung und führte aus, dass diese für alle Bereiche des Rechts gelte und ihnen „Richtlinien und Impulse“ gebe. Eine Missachtung der grundrechtlichen Beeinflussung der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts durch den Fachrichter könne eine Grundrechtsverletzung darstellen.⁹

Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte stellt sich als Teilbereich der sogenannten objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte dar.¹⁰ Diese unscharfe Bezeichnung dient der Abgrenzung zur originär subjektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte.¹¹ Die „Ausstrahlung“ beschreibt den Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Vorschriften und hat, obwohl sie alle Bereiche des Rechts betrifft,¹² im Privatrecht als „mittelbare Drittwirkung“ die größte Relevanz.¹³

Für die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts wirkt sich diese Entwicklung in folgender Weise aus: Maßgebliche prozessuale Folge ist, dass fachgerichtliche Entscheidungen auch jenseits von Eingriffskonstellationen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen sind.¹⁴ Ferner stellt sich bei der Überprüfung der Beachtung der Ausstrahlungswirkung durch die Fachgerichte die schwierige Frage ihrer Reichweite. Unabhängig vom konkreten Fall lässt sich der Prüfungsmaßstab, d.h. die Wirkung des Grundgesetzes auf die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, kaum be-

⁸ BVerfGE 7, 198 – Lüth; zuvor schon ähnlich zu Art. 6 Abs. 1 GG: 6, 55, 72 – Steuersplitting.

⁹ BVerfGE 7, 198, 205 f. – Lüth.

¹⁰ Dreier, in: ders., GG, Vorb. Art. 1, Rn. 94 und 99 zur umstrittenen dogmatischen Einordnung.

¹¹ Jarass, AöR 110 (1985), S. 363, 367 ff.

¹² Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 924; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 8; Sachs, in: ders., GG, Vor Art. 1, Rn. 32.

¹³ Jarass, AöR 110 (1985), S. 363, 378; ders., FS 50 Jahre BVerfG II, S. 35, 43; Dreier, in: ders., GG, Vorb. Art. 1, Rn. 98.

¹⁴ Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 8; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 37; Alexy, VVDStRL 61 (2002), 7, 9 f.; Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), S. 173, 192.

stimmen.¹⁵ Dies erschwert die Eingrenzung der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts.

III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Als maßgebliche, den Prüfungsmaßstab erweiternde Entwicklung ist schließlich die Etablierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke zu nennen. Dieses sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Wesen der Grundrechte ergebende Verfassungsprinzip¹⁶ wurde vom Bundesverfassungsgericht zunächst auf die Prüfung von Gesetzen angewendet¹⁷ und bald auf deren Einzelfallanwendung übertragen.¹⁸ Es gilt für die drei staatlichen Gewalten, soweit sie subjektive Rechte des Einzelnen beeinträchtigen¹⁹ und fordert, dass bei ihrem Handeln Zweck und Mittel in einem „vernünftigen Verhältnis“²⁰ stehen. Im Einzelnen wird geprüft, ob ein legitimer Zweck staatlichen Handelns vorliegt und das gewählte Mittel zu seiner Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.²¹ Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit sind vom Rang des betroffenen Rechtsguts und der Schwere der Beeinträchtigung des Betroffenen abhängig. Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Eingriffskonstellationen als verfassungsrechtlicher Grundsatz auch die Rechtsanwendung im Einzelfall überlagert, gibt er dem Bundesverfassungsgericht erhebliche Zugriffsmöglichkeiten.²²

¹⁵ *Ossenbühl*, FS Ipsen, S. 129, 138; *Oeter*, AöR 119 (1994), S. 529, 551; *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 193; *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 271; ähnlich *Seidl*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), 61. DJT (1996), Bd. II/1, S. O 9, 11 f.; mit Kritik beispielsweise *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1089 f., der „Strahlenschäden“ befürchtet.

¹⁶ *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20, Rn. 146; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 179 knapp zu weiteren Herleitungen.

¹⁷ BVerfGE 3, 383, 398 f. – Zulassung politischer Parteien zur Landtagswahl; 7, 377, 405 ff. – Apothekenurteil; 9, 338, 345 ff. – Hebammenaltersgrenze.

¹⁸ BVerfGE 16, 194, 201 ff. – Liquorentnahme; 17, 108, 117 ff. – Hirnkammerluftfüllung; 20, 45, 49 f. – Kommando 1005; zu Art. 6 GG zum Beispiel 60, 79, 93 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 187; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 113.

²⁰ BVerfGE 10, 89, 117 – Erftverband.

²¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 180; *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, § 68, Rn. 52 ff.; mit empirischen Daten zum Rückgriff auf die einzelnen Prüfungsstufen durch das BVerfG *Petersen*, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 136 ff.

²² *M. Bender*, Befugnis, 1991, S. 53; *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904, 908; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1038; *H. H. Klein*, FS Stern, S. 1135, 1140; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 41; *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34, 51; gegen eine Anwendung des Verhält-

B. Drei Prüfungsansätze des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht betont zur Beschreibung seiner Kontrolltätigkeit zunächst die Unterscheidung zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht. Es überprüfe fachgerichtliche Urteile nicht in vollem Umfang auf ihre Richtigkeit hin und werde nicht als Revisionsinstanz, Superrevisionsinstanz oder Superinstanz tätig;²³ nur hinsichtlich der unmittelbaren Auslegung und Anwendung von Grundrechtsbestimmungen entscheide es letztverbindlich.²⁴ Auf die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von einfachem und Verfassungsrecht reagierte es mit der bis heute maßgeblichen Formel vom spezifischen Verfassungsrecht (I.). Weitere Prüfungsansätze sind die Willkür- (II.) und die Rechtsfortbildungskontrolle (III.).

I. Grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte

Zentraler Baustein der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeit ist die Heck'sche Formel (1.). Für einen Teilbereich fachgerichtlicher Tätigkeit stellt die Schumann'sche Formel eine Sonderregel auf (2.).

1. Die Heck'sche Formel

Im Patent-Beschluss – der in der Senatsrechtsprechung meistzitierten Entscheidung²⁵ – weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass eine revisionsähnliche unbeschränkte Prüfung fachgerichtlicher Entscheidungen dem Sinn der Verfassungsbeschwerde und der besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht werden würde und beschreibt seine Kontrolltätigkeit wie folgt²⁶:

„Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung

nismäßigkeitsgrundsatzes auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung bspw. noch R. *Schneider*, DVBl. 1969, 325, 333 f.

²³ BVerfGE 7, 198, 207 – Lüth; 18, 85, 92 – Patent-Beschluss; 42, 143, 148 – DGB; 21, 209, 216 – Kreditgewinnabgabe.

²⁴ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 108, 282, 294 – Kopftuch I; 76, 143, 162 – Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft, die jedoch gleichzeitig einen „Wertungsrahmen“ hinsichtlich der rechtlichen Bewertung des ermittelten Sachverhalts und der Einschätzung einzelner Sachverhaltselemente anerkennt.

²⁵ *Staben*, Farbenfrohe Rechtsprechung (VerfBlog 2015/1/26); *Ighreiz/C. Möllers/Rolfes/Shadrova/Tischbirek*, AöR 145 (2020), S. 537, 578.

²⁶ BVerfGE 18, 85, 92 f. – Patent-Beschluss.

durch das Bundesverfassungsgericht entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen [...]. Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muß gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen. Freilich sind die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht. Allgemein wird sich sagen lassen, daß die normalen Subsumtionsvorgänge innerhalb des einfachen Rechts so lange der Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts entzogen sind, als nicht Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.“

Im Anschluss an die Aufzählung der grundsätzlich den Fachgerichten vorbehaltenen Aufgabenbereiche²⁷ folgt die Schilderung der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts: Es soll nur dann eingreifen können, wenn *spezifisches Verfassungsrecht* verletzt ist. Dies wird mit zwei Voraussetzungen präzisiert: Einerseits muss der fachgerichtliche Fehler²⁸ auf einer *grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts* beruhen, was bei Verkennung des Schutzbereiches der Fall sein kann. Ein solcher grundsätzlicher Fehler bei der Berücksichtigung von Grundrechten liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn das Fachgericht die Anwendbarkeit von Grundrechten bzw. die Notwendigkeit ihrer Abwägung überhaupt nicht erkannt oder den grundrechtlichen Einfluss auf die Entscheidung fehleingeschätzt hat.²⁹

²⁷ Diese wird teilweise dahingehend relativiert, dass die genannten Tätigkeiten in der Regel Sache der zuständigen Gerichte seien BVerfGE 97, 12, 27 – Patentgebührenüberwachung: „vornehmlich“; 100, 214, 222 – Gewerkschaftsausschluss: „grundsätzlich“; mit einer der Heck’schen Formel entsprechenden Aufzählung zum Beispiel 72, 122, 138 – Rückführung zwecks Ausreise; 136, 382, 390 (Rn. 27) – Großeltern als Vormund.

²⁸ Die Heck’sche Formel nennt hier nur „Auslegungsfehler“, in anderen Entscheidungen wird ausdrücklich die „Auslegung und Anwendung einfachen Rechts“ genannt, siehe nur BVerfGE 108, 282, 295 – Kopftuch I.

²⁹ BVerfGE 27, 211, 218 – Uranvorkommen; 43, 130, 135 – Flugblatt; 95, 28, 37 – Arbeitszeit; 97, 391, 401 – Missbrauchsvorwurf; 101, 361, 388 – Caroline von Monaco II; 129, 78, 102 – Designermöbel Urheberrecht; die Formulierungen sind nicht einheitlich. Die genannten Entscheidungen deuten darauf hin, dass die zwei Fehlerkategorien Unterfälle der „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts“ sind. Andere Entscheidungen (zum Beispiel BVerfGE 30, 173, 197 (Mephisto)) nennen das Nichterkennen der Anwendbarkeit von Grundrechten neben der grundsätzlich unrichtigen Anschauung und vermitteln daher einen anderen Eindruck.

Andererseits muss der Auslegungs- oder Anwendungsfehler für den konkreten Rechtsfall *materiell gewichtige Bedeutung* haben.³⁰ Diese Voraussetzung wird nicht durchgehend erwähnt³¹ und auch in Fällen, in denen die grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts bejaht wurde, nicht immer explizit geprüft.³² In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die materielle Einzelfallbedeutung vielmehr mit der Eingriffsintensität als Steuerungsfaktor des Prüfungsumfanges verknüpft.³³ Die scheinbar feste Schwelle für das „Ob“³⁴ des Einschreitens wird durch die gleitende Skala der Eingriffsintensität präzisiert.³⁵ Damit füllt die Eingriffsintensität den in der Heck'schen Formel geforderten Spielraum bei den „Eingriffsmöglichkeiten“ aus. Die Ausdehnung des Prüfungsumfanges für Fälle erhöhter Eingriffsintensität begann Mitte der 70er Jahre und findet einen vorläufigen Höhepunkt in der Intensitätsrechtsprechung zu kindschaftsrechtlichen Fällen. Mit Verweis auf das sachliche Gewicht der Beeinträchtigung der Grundrechte von Eltern und Kind wird eine Überprüfung der fachgerichtlichen Urteile auf einzelne Auslegungsfehler und deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts gerechtfertigt.³⁶ Damit scheint die Beschränkung der Heck'schen Formel für Fälle besonderer Betroffenheit der Beschwerdeführer vollständig aufgehoben.

Angesichts des weiten Anwendungsbereiches und der offenen Formulierung ist es nicht verwunderlich, dass die Heck'sche Formel im Allgemeinen und der Begriff des „spezifischen Verfassungsrechts“ im Besonderen harscher Kritik ausgesetzt sind. Weitgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass der Ausdruck „spezifisches Verfassungsrecht“ das Problem der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts zutreffend beschreibe, jedoch wenig zur Lösung beitrage.³⁷ Er meint kein bestimmtes, typisches oder charakteristisches Verfassungsrecht, sondern bezeichnet das Erfordernis eines spezifischen

³⁰ BVerfGE 18, 85, 92 f. – Patent-Beschluss lässt diese Frage offen, da bereits das Vorliegen eines grundsätzlichen Fehlers verneint wurde.

³¹ BVerfGE 30, 173, 196 f. – Mephisto; 85, 248, 258 – Ärztliches Werbeverbot.

³² BVerfGE 66, 116, 140 ff. – Wallraff/Springer; 107, 275, 283 ff. – Benetton-Werbung; 142, 74, 104 ff. – Sampling.

³³ BVerfGE 42, 143, 149 – DGB; ähnlich 53, 30, 61 f. – Mülheim-Kärlich; 66, 116, 131 – Wallraff/Springer.

³⁴ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 38: „Erheblichkeitsschwelle“.

³⁵ Lincke, EuGRZ 1986, 60, 63; Zuck, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.), 2017, Rn. 584 (dort Fn. 810).

³⁶ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26).

³⁷ Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 34; Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 137; Henke, DÖV 1984, 1, 10; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 27; Robbers, NJW 1998, 935, 936; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 21; Roellecke, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III³, § 68, Rn. 13; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 55.

Verstoßes gegen Verfassungsrecht.³⁸ Einfachrechtliche Fehler, die erst der Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG zu grundrechtsverletzenden Fehlern hochstuft, sollen nicht geprüft werden.³⁹ Eine präzise Aussage zu den Voraussetzungen dieses spezifischen Verstoßes beinhaltet die Heck'sche Formel damit nicht. Sie liefert in der Literatur vielfach aufgegriffene Anhaltspunkte für die Eingrenzung der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts, löst die mit Elfes und Lüth aufgeworfenen Probleme jedoch nicht.

2. Die Schumann'sche Formel

Die sogenannte Schumann'sche Formel nimmt mit der Auslegung einfachen Rechts einen Teilbereich fachrichterlicher Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich der Heck'schen Formel heraus. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Fachrichter bei der Schaffung neuer Rechtssätze durch Auslegung oder Rechtsfortbildung durch die Beschränkung der Kontrolle auf eine „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts“ nicht mehr Spielraum als der Gesetzgeber genießen kann.⁴⁰ Nach der Schumann'schen Formel liegt ein Verfassungsverstoß vor, „wenn die Auslegung durch die Gerichte zu einem Ergebnis führt, das nicht einmal der Gesetzgeber anordnen könnte“.⁴¹ Die im Urteil vertretene Auslegung einer Norm ist als Rechtssatz zu formulieren und dann einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen.⁴² Das Bundesverfassungsgericht versteht die Schumann'sche Formel nicht als abschließende Beschreibung seiner Kontrolltätigkeit. Seine Entscheidungen – insbesondere zu Art. 103 GG – zeigen, dass es sich nicht auf eine Rechtssatzkontrolle beschränkt sieht, sondern le-

³⁸ BVerfGE 63, 266, 298 – Anwaltszulassung (abw. M. Simon): „aus spezifischen Gründen des materiellen Verfassungsrechts“; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1035; *Papier*, FG BVerfG I, S. 432, 450; *Broß*, BayVBl. 2000, 513, 514; *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 349; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 282.

³⁹ *Papier*, FG BVerfG I, S. 432, 435 unterscheidet „direkte“ und „indirekte“ Verfassungsverletzungen.

⁴⁰ *Herzog*, FS Dürig, S. 431, 441 f.

⁴¹ BVerfGE 89, 28, 36 zu Art. 103 Abs. 1 GG; ähnlich 74, 228, 233; Art. 14 Abs. 1 GG betreffend: 79, 283, 290; 81, 29, 31 f. – Eigenbedarfskündigung; 82, 6, 15; zu Art. 6 Abs. 1 GG: 68, 256, 268 – Erwerbsverpflichtung zur Unterhaltsleistung; zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung) 115, 320, 367 – Rasterfahndung.

⁴² *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, 1963, S. 206. Damit wird ein Teilaspekt von Schumanns Arbeit nutzbar gemacht, da die Formel nach seinen Ausführungen nur anwendbar ist, wenn es um die Auslegung verfassungsunbestimmter Begriffe geht (S. 199 ff.); vgl. auch *ders.*, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, 49, 74 ff.

diglich eine Fallgruppe benennt, die es „jedenfalls“ zum Eingreifen berechtigt.⁴³ Soweit ein weitergehender Zugriff auf die fachgerichtliche Entscheidung gewollt ist, wird die Schumann'sche Formel nicht verwendet.⁴⁴

II. Willkürkontrolle

Die Willkürkontrolle wird an Art. 3 Abs. 1 GG geknüpft und erfasst den gesamten Prozess fachrichterlicher Rechtsfindung; sie kann sich neben der Tatsachenwürdigung⁴⁵ auch auf die Rechtsauslegung und -anwendung beziehen. Eine Entscheidung ist willkürlich, wenn sie in der Weise fehlerhaft ist, dass sich bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht.⁴⁶ Dabei kommt es – ohne dass ein Verschulden des Fachgerichts erforderlich wäre⁴⁷ – auf das Gewicht und die Qualität des Fehlers an. Willkür liegt vor, wenn die Entscheidung „unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist“ oder auf einer Missdeutung des Rechts in „krasser Weise“⁴⁸ beruht. Auf das Kriterium der Eingriffsintensität greift das Bundesverfassungsgericht bei der Willkürkontrolle nicht zurück. Neben dem Grad der Fehlerhaftigkeit spielt das sachliche Gewicht der in Frage stehenden Grundrechtsbeeinträchtigung keine Rolle.⁴⁹

III. Rechtsfortbildungskontrolle

Im Gegensatz zur Willkürkontrolle bezieht sich die Rechtsfortbildungskontrolle auf einen Teilbereich fachrichterlicher Tätigkeit. Kontrollgegenstand ist nicht die Rechtsanwendung, sondern die Rechtsfindung durch neue „Obersätze“⁵⁰. Als Rechtsfortbildung bezeichnet man die – verfassungsrecht-

⁴³ BVerfGE 89, 28, 36: „zumindest“; 74, 228, 233: „insbesondere“.

⁴⁴ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 70 f.

⁴⁵ BVerfGE 4, 294, 297; 57, 39, 42; BVerfG (1. Kammer), 08.08.2013 – 1 BvR 1314/13, NJW 2014, 291 (Rn. 14 ff.); BVerfG (2. Kammer), 23.01.2017 – 2 BvR 2584/12, NJW 2017, 1731, 1734 (Rn. 27 ff.); BVerfG (2. Kammer), 23.3.2020 – 2 BvR 1615/16, NJW 2020, 1877, 1878 (Rn. 42 ff.).

⁴⁶ BVerfGE 4, 1, 7; 18, 85, 96 – Patent-Beschluss; 42, 64, 72 ff. – Zwangsversteigerung; 62, 189, 192; 66, 199, 206; 112, 185, 215; BVerfG (2. Kammer), 23.01.2017 – 2 BvR 2584/12, NJW 2017, 1731, 1734 (Rn. 27).

⁴⁷ BVerfGE 57, 39, 42; 112, 185, 215 f.

⁴⁸ Beide Zitate BVerfGE 96, 189, 203.

⁴⁹ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 169; *von Lindeiner*, Willkür im Rechtsstaat?, 2002, S. 70 f.

⁵⁰ BVerfGE 122, 248, 284 – Rügeverkümmung (abw. M. Voßkuhle/Osterloh/Di Fabio).

lich grundsätzlich zulässig⁵¹ – lückenfüllende Tätigkeit des Fachrichters durch Schaffung eigener Rechtssätze, wenn die geschriebenen Rechtsnormen zur Lösung des Falles nicht ausreichen.⁵² Methodische Probleme der Abgrenzung von Rechtsauslegung und -fortbildung⁵³ sorgen für Unsicherheiten, welche fachrichterliche Tätigkeit Gegenstand der Rechtsfortbildungskontrolle sein soll; das Bundesverfassungsgericht nimmt hier keine trennscharfe Unterscheidung vor.⁵⁴

Es überprüft die fachgerichtliche Rechtsfortbildung auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen in kompetenziell-methodischer und in sachlicher Hinsicht.⁵⁵ Erstere konzentriert sich auf die Methode der Entscheidungsfindung; Diese kann verfassungsrechtliche Grenzen missachten, obwohl das Ergebnis der Verfassung entspricht.⁵⁶ Hier stellt sich anhand von Art. 20 Abs. 2 und 3 GG (subjektiviert über Art. 2 Abs. 1 GG) die Frage, ob sich das Fachgericht über einen erkennbaren Gesetzgeberwillen hinwegsetzt und damit in die Kompetenzen der Legislative eingegriffen hat.⁵⁷ Daneben prüft das Gericht die rechtsfortbildend gefundenen Rechtssätze in sachlicher Hinsicht.

Insgesamt ist die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Rechtsfortbildung unklar und umstritten.⁵⁸ Da die Rechtsfortbildungskontrolle nur einen kleinen Teilbereich der richterlichen Tätigkeit betrifft und bei den hier zu untersuchenden kindschaftsrechtlichen Entscheidungen keine Rolle spielt, soll sie nicht vertieft betrachtet werden.

⁵¹ Vgl. nur BVerfGE 34, 269, 287 – Soraya; 138, 377, 391 (Rn. 39) – Auskunftsanspruch des Scheinvaters; zu den maßgeblichen Gründen knapp *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 1 Rn. 48 ff.

⁵² *Gusy*, DÖV 1992, 461, 463; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 13 Rn. 4 ff.; *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 2022, Rn. 878 ff.

⁵³ Für eine Differenzierbarkeit *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 187; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 13 Rn. 20 ff.; ablehnend *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 506; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 301.

⁵⁴ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 149, 126, 154 (Rn. 72) – sachgrundlose Befristung, wo von „den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung“ die Rede ist und S. 160 (Rn. 89), wo ein Überschreiten der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und „verfassungswidrige Auslegung“ gleichbedeutend benutzt werden.

⁵⁵ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 188; *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505.

⁵⁶ Grundlegend BVerfGE 34, 269, 280 – Soraya; 96, 375, 395 – Kind als Schaden; 122, 248, 258 – Rügeverkümmung; 128, 193, 211 – Geschiedenenunterhalt; 132, 99, 128 (Rn. 76) – Delisting.

⁵⁷ BVerfGE 113, 88, 103 ff. – Elternunterhalt; 128, 193, 210 – Geschiedenenunterhalt; 132, 99, 127 (Rn. 75) – Delisting; 149, 126, 155 (Rn. 75) – sachgrundlose Befristung.

⁵⁸ *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028, 1034: „kein klares Konzept“.

IV. Ergebnis

Während die Willkürkontrolle nur besonders schwerwiegende Fehler betrifft und die Rechtsfortbildungskontrolle sich auf eine bestimmte fachrichterliche Tätigkeit fokussiert, ermöglicht die Heck'sche Formel im Zusammenspiel mit der Eingriffsintensität grundsätzlich Zugriff auf alle fachgerichtlichen Arbeitsschritte. Vor einer eingehenden Analyse der Intensitätsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in kindschaftsrechtlichen Fällen⁵⁹ soll genauer betrachtet werden, wie das Zusammenspiel der unterschiedlichen Prüfungsansätze in der Literatur eingeordnet wird.

C. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur werden die drei Kontrollansätze des Bundesverfassungsgerichts aufgegriffen⁶⁰ und teilweise um die sogenannte Grundlagenkontrolle, d.h. die Prüfung, ob der Grundrechtseingriff auf einer hinreichend spezifischen gesetzlichen Grundlage beruht, ergänzt.⁶¹ Bei der Suche nach einem dogmatisch überzeugenden Modell der Prüfungskompetenz werden Ansätze, die auf Änderungen der materiellen Grundrechtsbestimmungen oder des Prozessrechts beruhen, nur (noch) am Rande diskutiert (I.). Angesichts der mit Elfes und Lüth einhergehenden Verwischung der Grenzen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht herrscht Uneinigkeit darüber, ob die Kontrollkompetenz allein materiell-rechtlich zu bestimmen ist oder auf eine funktionell-rechtliche Argumentation zurückgegriffen werden muss (II.). Die funktionell-rechtlichen Vorschläge zur dogmatischen Einhegung der Prüfungskompetenz divergieren stark (III.).

I. Vorschläge zur Änderung des Verfassungs- und Prozessrechts

Um das Problem der zutreffenden Bestimmung der Prüfungskompetenz von vornherein zu vermeiden, werden neben Anpassungen des Prozessrechts auch die Änderung relevanter Grundrechtsbestimmungen oder der Rückbau grundrechtsdogmatischer Entwicklungen diskutiert.

⁵⁹ Dazu unten Teil 2, S. 54 ff.

⁶⁰ Vgl. zum Beispiel *Wank*, JuS 1980, 545, 553; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 45 f.; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 292 ff.

⁶¹ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 302 ff.

Auf materiell-rechtlicher Ebene beseitigt eine Verengung des Schutzbereiches von Art. 2 Abs. 1 GG auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁶² oder die Beschränkung des Art. 3 Abs. 1 GG auf die Gleichbehandlung durch das Gesetz die Problematik der Abgrenzung von einfachem Recht und Verfassungsrecht allerdings nicht.⁶³ Auch die Rückbesinnung auf die grundrechtliche Abwehrfunktion unter „Widerruf“ der Ausstrahlungswirkung ist nicht vorstellbar.⁶⁴

Auf verfassungsprozessualer Seite würde die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde⁶⁵ durch eine Änderung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, auch wenn man die Auswirkungen durch eine Ausweitung der Vorlagepflicht (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) abfederte, mit erheblichen Rechtsschutzdefiziten und der Gefahr der Zersplitterung des Verfassungsrechts einhergehen und scheint angesichts der erheblichen symbolischen Bedeutung des Rechtsbehelfs nicht denkbar.⁶⁶ Weitere verfassungsprozessuale Vorschläge, wie die Schaffung eines freien Annahmeverfahrens⁶⁷ oder die Einschränkung der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, haben sich nicht durchgesetzt. Das betrifft zum Beispiel die Zuständigkeitsverlagerung für sogenannte Verfahrensgrundrechtsbeschwerden, welche die Verletzung von Verfahrensgrundrechten oder des Willkürverbots rügen, auf die obersten Gerichte der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit.⁶⁸ Gleiches gilt für die Idee, alle Verfassungs-

⁶² Vgl. Hesse, Grundzüge, 1995, Rn. 427 f.; H.-P. Schneider, NJW 1996, 2630, 2631 f.; Duttge, NJW 1997, 3353, 3354 f.; dagegen Benda, NJW 1997, 560, 562.

⁶³ Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 44 f.

⁶⁴ Kunig, VVDStRL 61 (2002), 34, 62.

⁶⁵ Dafür plädierend Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, § 12 Rn. 7; ähnlich ders., Die echte Verfassungsbeschwerde, 2007, S. 35 ff.; Kaufmann, RuP 34 (1998), 29.

⁶⁶ Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 44 f.; Kunig, VVDStRL 61 (2002), 34, 64 f., hebt insbesondere die Rechtsschutzlücke hinsichtlich der Justizgrundrechte hervor; die politisch-psychologische Bedeutung betonend Kloepper, DVBl. 2004, 676, 679 f.; dagegen auch Wahl, in: Gesprächskreis Politik und Wissenschaft des Forschungsinstituts der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland gestern und heute, 13, 18 ff.; ablehnend auch schon Röhl, JZ 1957, 105 f., der allerdings die Prüfung der grundrechtsgleichen Rechte allein den Fachgerichten zuweisen will.

⁶⁷ Dafür zum Beispiel Geiger, Besonderheiten, 1981, S. 38 f.; Wahl, in: Gesprächskreis Politik und Wissenschaft des Forschungsinstituts der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland gestern und heute, 13, 33 ff.; Wahl/Wieland, JZ 1996, 1137, 1140 ff.; Böckenförde, ZRP 1996, 281, 283; Wieland, KritV 1998, 171, 190 f.; Hermes, VVDStRL 61 (2002), 119, 149 f.; ablehnend beispielsweise Albers, KritV 1998, 193, 214.

⁶⁸ Graßhof, in: Bogs (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 115, 116; dafür auch Kirchberg, KritV 1998, 228, 235 ff.

beschwerden gegen Entscheidungen der Gerichte der Länder den dortigen Verfassungsgerichten zuzuweisen.⁶⁹

II. Materiell- und funktionell-rechtliche Ansätze

In der Literatur zeigen sich schon bezüglich der Grundannahmen – man könnte von dem Fundament einer Dogmatik vom Prüfungsumfang sprechen – unterschiedliche Auffassungen. Dies gilt zuvörderst für die Frage, ob man die Prüfungskompetenz allein anhand der grundrechtlichen Bindungen der Fachgerichte bestimmen kann.

Überwiegend wird dies aufgrund der Untrennbarkeit von Rechts- und Grundrechtsverletzung für nicht möglich gehalten.⁷⁰ Da unter dieser Prämisse eine Grundrechtskontrolle einer Rechtmäßigkeitskontrolle entspreche, sei zur Bestimmung der Kontrollkompetenz neben materiell-rechtlichen auch auf funktionell-rechtliche Argumente zurückzugreifen. Hierfür werden aus der Funktion von Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht einerseits und der Verfassungsbeschwerde andererseits Grenzen der Kontrolltätigkeit hergeleitet (2.).

Diese grundlegende These wird teilweise abgelehnt und ein rein materiell-rechtlicher Ansatz zur Bestimmung der Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gewählt. Danach ergeben sich die Grenzen der Prüfungskompetenz allein aus dem jeweils anzuwendenden materiellen Verfassungsrecht und dessen Auslegung bzw. Konkretisierung; dieser Prüfungsmaßstab wird vom Bundesverfassungsgericht vollumfänglich an die Entscheidung angelegt. Das Untrennbarkeitsproblem bestehe nur bei dogmatischer, nicht bei kompetenzzieller Betrachtungsweise.⁷¹ Dem Bundesverfassungsgericht fehle schlichtweg die Fähigkeit, einfachrechtliche Fehler zur Kenntnis zu nehmen,⁷² daher könne für die Bestimmung der Prüfungskompetenz präzise zwischen einfachrechtlicher und verfassungsrechtlicher Bindung der Fachgerichte unterschieden werden (1.).

⁶⁹ H.-P. Schneider, in: Bogs (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 103, 106 ff.; kritisch Zuck, ZRP 1997, 95, 98.

⁷⁰ Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 137 f.; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 26; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 32; Berkemann, DVBl. 1996, 1028, 1029; Wahl/Wieland, JZ 1996, 1137, 1139; Weiß, Objektive Willkür, 2000, S. 180 f.; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 33; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309, 1312; Gusy, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 641, 664 f.; Alexy, VVDStRL 61 (2002), 7, 10 f.

⁷¹ W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 562 f.; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht (1. Aufl.), 2004, Rn. 161; Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 173; zustimmend P. S. Schneider, Verfassungsbeschwerde gegen ein gleichheitswidriges Urteil, 2020, S. 162; kritisch Zuck, JZ 2007, 1036, 1040.

⁷² W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 565.

1. Materiell-rechtlicher Ansatz: vollständige Grundrechtsprüfung

Einen Vorschlag zur vollständigen Grundrechtsprüfung liefert Alleweldt.⁷³ Er unterscheidet zwischen der Prüfung der grundrechtlichen und einfachrechtlichen Bindungen der Fachgerichte (direkte Grundrechtskontrolle und Rechtsbindungskontrolle) und ordnet letzterer die Willkür-, die Rechtsfortbildungs- und die Grundlagenkontrolle zu. Hinsichtlich der direkten Grundrechtskontrolle sei entlang der Grundrechtsfunktionen zwischen Eingriffs- und Ausstrahlungskontrolle zu unterscheiden.⁷⁴ Für die Kontrolle anhand der grundrechtlichen Eingriffsabwehrfunktion könne die aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4aGG folgende Vermutung der vollständigen Grundrechtsprüfung nicht widerlegt werden,⁷⁵ weshalb sich die Eingriffskontrolle als Ergebniskontrolle auf die gesamte fachgerichtliche Grundrechtsanwendung beziehe und auch die Einzelfallabwägung umfassen könne.⁷⁶ Auch im Bereich der Ausstrahlungswirkung kontrolliere das Bundesverfassungsgericht die grundrechtlichen Bindungen vollständig, sei jedoch im Regelfall auf eine Prüfung des fachgerichtlichen Entscheidungsprozesses beschränkt, da die Grundrechte hier nur dirigierenden, nicht determinierenden Charakter hätten.⁷⁷

Konsequenterweise lehnt Alleweldt die Orientierung der Prüfungscompetenz an der Eingriffsintensität ab, da eine Vollkontrolle grundrechtlicher Bindungen der Regel-, nicht der begründungsbedürftige Ausnahmefall sei.⁷⁸ Nur für die Tatsachenfeststellungen der Fachgerichte sei die prinzipiell auch hier geltende Vermutung der vollständigen Grundrechtsprüfung aufgrund des speziell hierfür geschaffenen fachgerichtlichen Instanzenzugs und der andernfalls drohenden Überlastung des Bundesverfassungsgerichts widerlegt und grundsätzlich eine Willkürkontrolle geboten.⁷⁹ Damit kann auch Alleweldt in seinem Modell vollständiger Grundrechtsprüfung, wie der Verweis auf die Arbeitskapazität des Bundesverfassungsgerichts zeigt, nicht vollständig auf funktionell-rechtliche Argumente verzichten.

⁷³ Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006.

⁷⁴ Ebd., S. 206.

⁷⁵ Ebd., S. 210 ff.

⁷⁶ Ebd., S. 251 f.

⁷⁷ Ebd., S. 256 f.

⁷⁸ Ebd., S. 269, geht allerdings auch davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht seine Intensitätsrechtsprechung beendet habe (S. 89 ff.).

⁷⁹ Ebd., S. 318 ff., nimmt von dieser Beschränkung die Kontrolle der Deutung umstrittener Äußerungen aus, die als fachgerichtliche Aktivität eigener Art einer besonderen Prüfung unterliege (S. 322 ff.).

2. Funktionell-rechtlicher Ansatz: begrenzte Grundrechtsprüfung

Hält man die allein materiell-rechtliche Bestimmung der Prüfungskompetenz für nicht möglich, muss man ergänzend zu funktionell-rechtlichen Argumenten greifen. Diese nehmen ihren Ausgangspunkt in der Überlegung, dass den Staatsorganen durch die Verfassung bestimmte Funktionen zugewiesen sind, deren Grenzen auch das Verfassungsgericht nicht überschreiten darf.⁸⁰ Grundlegendes Leitbild für die Funktionszuweisung ist der Gewaltenteilungsgrundsatz; Entscheidungen sollen von dem Organ getroffen werden, welches am besten dafür geeignet ist. Aus der Organstruktur oder dem Leistungsprofil⁸¹ – genauer: der Organisation, der Zusammensetzung, der Verfahrensweise und dem Entscheidungsprozess – lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, ob dieses Organ zur Aufgabenerfüllung geeignet ist, die funktionellen Bedingungen dafür vorliegen oder es ihr strukturell nahe steht.⁸² Für das Bundesverfassungsgericht wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Gerichtsformigkeit und die Maßstabsgebundenheit hingewiesen.⁸³

Dass aus der Organstruktur des Bundesverfassungsgerichts Rückschlüsse auf sein Verhältnis zu anderen Staatsgewalten – insbesondere dem Gesetzgeber – und damit auf eine sinnvolle Aufgabenverteilung gezogen werden können, leuchtet zum Beispiel mit Blick auf seine Gerichtsformigkeit ein: Fragen des politischen Gemeinwesens sind einer Entscheidung durch ein Spruchkollegium von wenigen Richtern schlichtweg nicht zugänglich, nach seiner Struktur ist es dafür nicht geeignet.⁸⁴ Solche grundlegenden Strukturunterschiede bestehen zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den Fachgerichten jedoch nicht. Beide sind als Gericht organisiert, welches sich aus Spruchkörpern zusammensetzt und einen vorgelegten Fall anhand eines rechtlichen Maßstabs entscheiden muss.⁸⁵ Dennoch finden sich in der Diskussion um das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit eine Bandbreite funktionell-rechtlicher Argumente (a)), deren methodische Einordnung unklar ist (b)). Da auch das Verhältnis materiell-rechtlicher und funktionell-rechtlicher Argumentationsansätze zur Bestimmung der Prüfungskompetenz unterschiedlich bewertet wird und die Steuerungswirkung

⁸⁰ Hesse, FS Huber, S. 261, 262; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 89; am Beispiel der Kontrolle von Regierungshandeln im Bereich der Auswärtigen Gewalt Fischbach, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesregierung, 2011, S. 143 ff.

⁸¹ Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 40; spezifisch für die verfassungskonforme Auslegung ders., AöR 125 (2000), S. 177, 194 f.

⁸² Rinken, in: Wassermann, AK-GG, Art. 93, Rn. 99; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 13; Hesse, Grundzüge, 1995, Rn. 488 f.

⁸³ Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 510 ff.

⁸⁴ H.-P. Schneider, NJW 1980, 2103, 2104; Voßkuhle, NJW 2013, 1329, 1331 f.

⁸⁵ Böckenförde, NJW 1999, 9, 11.

funktionell-rechtlicher Argumente begrenzt ist (c)), divergieren die diesbezüglichen Vorschläge stark.⁸⁶

a) Ziel und Arten funktionell-rechtlicher Argumente

Funktionell-rechtliche Argumente zielen in der Diskussion um das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Fachgerichtsbarkeit darauf ab, unter Bezugnahme auf die fachgerichtlichen Aufgabenbereiche Grenzen der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts aufzustellen. Zur Eingrenzung der Kontrollkompetenz wird auf die Funktion der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts einerseits und der Verfassungsbeschwerde andererseits rekuriert. Von einigen Autoren werden funktionell-rechtliche Argumente, insbesondere zur Funktion der Verfassungsbeschwerde, auch zur Begründung von Rückausnahmen von einer grundsätzlich beschränkten Prüfungskompetenz aufgeführt.

In Bezug auf das Bundesverfassungsgericht wird – anknüpfend an die Heck'sche Formel – vor allem damit argumentiert, welche Funktion das Gericht *nicht* wahrnehmen dürfe. Ein Abrutschen in die Superrevision, d. h. die volle Rechtmäßigkeitsprüfung, müsse verhindert werden.⁸⁷ In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation mit der Funktions- oder Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Eine Überlastung müsse unterbunden, die Entscheidungskapazität gewahrt⁸⁸ und mit Hilfe funktionell-rechtlicher Begrenzungen zur Entlastung beigetragen werden.⁸⁹

Auf der Suche nach einer sinnvollen Arbeitsteilung zielen die Bemühungen ferner darauf ab, einen der Fachgerichtsbarkeit vorbehaltenen Aufgabenbereich (positiv) herauszuarbeiten. Unter Verweis auf ihre Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) und die prozessualen Zugangshürden der Verfassungsbeschwerde, welche den Fachgerichten eine Erstbeschäftigung mit dem Streitstoff sichern, wird auf die grundrechtsschützende Funktion der Fachgerichtsbarkeit und die insofern bestehende Aufgabenparallelität zum Bundesverfassungsgericht verwiesen.⁹⁰ Angesichts ihrer besonderen Sachnähe und spezialisierten Fachkunde (Art. 95 Abs. 1 GG) komme den Fachgerichten die

⁸⁶ Dazu im Detail sogleich unter C.III., S. 43 ff.

⁸⁷ Zweigert, JZ 1952, 321, 327: kein „Hyperrevisionsgericht“; Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 137; Gerhardt, ZVP 95 (1982), 467, 477; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 31; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 328.

⁸⁸ Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 139; Wiegandt, KritV 1997, 19, 27, der im Übrigen für Zurückhaltung bei der Verwendung funktionell-rechtlicher Argumente plädiert (S. 37).

⁸⁹ Starck, JZ 1996, 1033, 1040.

⁹⁰ Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 234 ff.

alleinige Aufgabe zu, verfassungsrechtliche Vorgaben im Einzelfall in die Fachdogmatik umzusetzen.⁹¹ Damit könne auch eine unerwünschte Verdoppelung des Grundrechtsschutzes vermieden werden.⁹²

Daneben wird zur Bestimmung der Prüfungskompetenz auch auf die Funktion der Verfassungsbeschwerde selbst zurückgegriffen. Weitgehend anerkannt ist, dass die Verfassungsbeschwerde subjektiv dem Rechtsschutz und objektiv der einheitlichen Auslegung und Fortbildung des Verfassungsrechts dient.⁹³ Nur vereinzelt wird eine subjektiv-generelle, auf den Schutz der Grundrechtsausübung aller Bürger gerichtete Zielsetzung und die damit einhergehende Edukationswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen als eigenständige Funktion benannt.⁹⁴ Diese Funktionen werden in unterschiedlicher Akzentuierung zur Bestimmung der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts herangezogen. Während einige Vorschläge die subjektive Rechtsschutzfunktion in den Vordergrund stellen, betonen andere die Wahrung und Fortbildung des objektiven Verfassungsrechts als maßgebliche Zielsetzung.⁹⁵

b) Methodische Einordnung

Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der methodischen Einordnung funktionell-rechtlicher Argumente. Die Wahrung der grundgesetzlichen Funktionenordnung wird als Prinzip der Verfassungsinterpretation bezeichnet.⁹⁶ Danach muss die Auslegung der Verfassung die Funktion des jeweiligen Organs berücksichtigen und darf nicht zu einer funktionswidrigen Verschiebung führen. Dieses Vorgehen kann man, da Rückschlüsse auf die Funktion eines Organs in der Regel aus den Normen des Verfassungs- oder

⁹¹ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 321 ff.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 131 f.; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 241 ff.; jeweils unter Verweis auf *Zacher*, FG BVerfG I, S. 397, 399 ff., der von der „Integrität der je konkreten Sach- und Rechtszusammenhänge“ spricht und sich vor allem mit den prozessualen Sicherungen derselben beschäftigt (S. 403); *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 272; ähnlich *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177, 196; zugespitzt *H. H. Klein*, FS Stern, S. 1135, 1146: Das BVerfG solle es vermeiden, „seinen Ruf als höchstes Laiengericht der Republik zu festigen“.

⁹² *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321.

⁹³ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 205; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 164 u. 172; *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 593, auch zu Interdependenzen beider Funktionen (S. 605 ff.).

⁹⁴ *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 157 ff.

⁹⁵ Vgl. einerseits *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 238 f.; andererseits *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 266 ff.

⁹⁶ *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53, 73 f.; *Hesse*, Grundzüge, 1995, Rn. 73: „funktionelle Richtigkeit“; ähnlich *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen, 1980, S. 4 ff.

einfachen Rechts gezogen werden, als systematische Auslegung einordnen.⁹⁷ Teilweise wird die Argumentation mit der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts auch als teleologische Reduktion angesehen.⁹⁸

Mit der Verwendung funktionell-rechtlicher Argumente geht oftmals die Differenzierung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm einher, welche schwerpunktmäßig zunächst im Verhältnis von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht thematisiert wurde, aber auch auf das Verhältnis zu den Fachgerichten übertragen wird.⁹⁹ Danach kann dieselbe grundrechtliche Norm als Handlungs- oder Entscheidungsanweisung für die Fachgerichte einen anderen Inhalt haben als für das Bundesverfassungsgericht als Kontrollmaßstab; die Verfassungsbindung der rechtsanwendenden Gerichte damit weitergehen als die der kontrollierenden Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Differenzierung zwischen Bindungswirkung und Justiziabilität wird von anderen Stimmen mit Verweis auf den Wortlaut der Verfassung abgelehnt und von einer Identität von Handlungs- und Kontrollnorm ausgegangen.¹⁰⁰ Im Ergebnis, der Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz aufgrund funktionell-rechtlicher Argumente, unterscheiden sich beide Ansätze nicht.¹⁰¹

c) Beschränkte Steuerungswirkung

Die Steuerungswirkung funktionell-rechtlicher Argumente sollte nicht überschätzt werden.¹⁰² Einerseits ist das Verhältnis bzw. die Rangordnung materiell- und funktionell-rechtlicher Argumentationsansätze unklar; schon ihre Gegenüberstellung wird als „schief und daher irreführend“¹⁰³ bezeich-

⁹⁷ *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 303; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 223 f.

⁹⁸ *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 93 (44. EL 03/1982), Rn. 682; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1319.

⁹⁹ *Hesse*, FS Huber, S. 261, 269 hebt als Beispiel den Gleichheitssatz hervor; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 306 f.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 98 ff., spricht von „Entscheidungsnorm“; *Robbers*, NJW 1998, 935, 939; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, 225 f.; für den Bereich der Verwaltungskontrolle *Kempny*, Verwaltungskontrolle, 2017, S. 22 ff. u. 183 ff.

¹⁰⁰ *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485, 501; *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 27; *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 46 ff.; *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 550 f.

¹⁰¹ *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 49.

¹⁰² Ebd., S. 13 f.; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1314: „unspezifisch und unpräzise“; *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 77; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 146; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 41; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 525 ff.

¹⁰³ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1315.

net. Dennoch bedarf das „offene System“¹⁰⁴ ihrer Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht der Konkretisierung. Andererseits kann man unterschiedliche Vorstellungen von Funktion der Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zueinander haben. Gleiches gilt für die Funktion der Verfassungsbeschwerde bzw. die Gewichtung ihrer Zielsetzungen.¹⁰⁵ Stellt man die objektive Funktion in den Vordergrund, kann man eine Beschränkung der Kontrolle auf die fachgerichtliche Obersatzbildung leichter begründen. Sieht man hingegen ein Primat der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, wird man tendenziell für eine weitergehende Kontrolle der fachgerichtlichen Rechtsanwendung auf Wahrung der grundrechtlichen Bindungen argumentieren.

Schließlich wird zutreffend auf die Gefahr der Zirkularität funktionell-rechtlicher Argumente hingewiesen.¹⁰⁶ Zur Bestimmung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts, d. h. seiner Tätigkeit, Aufgabe und Rolle im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit, werden unter anderem die kompetenzzuweisenden Normen der Verfassung herangezogen. Das Ergebnis, eine Vorstellung von der korrekten Funktion des Gerichts, soll sich wiederum begrenzend auf die Prüfung fachgerichtlicher Entscheidungen und damit die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts auswirken.¹⁰⁷

Zu Recht wird funktionell-rechtlichen Argumenten daher eine Hilfsfunktion zugesprochen: Die Kontrollkompetenz muss im Wesentlichen über das materielle Verfassungsrecht bestimmt werden und nur ergänzend unter Rückgriff auf funktionell-rechtliche Überlegungen.¹⁰⁸ Insbesondere dort, wo die normative Reichweite der Verfassung besonders schwer zu bestimmen ist, könnte mangels einer geeigneten Alternative ein Rückgriff auf funktionell-rechtliche Ansätze unter Inkaufnahme von Bestimmungsungenauigkeiten angebracht sein.¹⁰⁹ Auch die Fokussierung auf einzelne Fachgerichtsbarkeiten und die jeweils einschlägige Verfahrensordnung birgt Präzisierungspotenzial.¹¹⁰

¹⁰⁴ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 42.

¹⁰⁵ *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 78 f.

¹⁰⁶ *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 26 f.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 177 f.

¹⁰⁷ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 220.

¹⁰⁸ *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 135 ff.: „Ergänzungs- und Kompensationsfunktion“ funktionell-rechtlicher Argumente; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 329 ff.; ähnlich am Beispiel der Willkürformel *Höfling*, JZ 1991, 955 ff.

¹⁰⁹ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1319 f.

¹¹⁰ Dazu ausführlich unten Teil 3, S. 173 ff.

III. Die Vielfalt funktionell-rechtlicher Vorschläge

Die Offenheit funktionell-rechtlicher Argumentation zeigt sich in der Vielzahl von Vorschlägen, die zur Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts vorgetragen werden (2.). Eine Reihe von Autoren lehnt solche Versuche einer weitergehenden dogmatischen Einhegung ab und betont den vom Bundesverfassungsgericht eingeforderten Spielraum (1.).

1. Spielraum bei der Bestimmung des Prüfungsumfanges

Die Spielraum-Befürworter halten eine Dogmatik vom Prüfungsumfang für nicht möglich oder nicht erforderlich. Ausgangspunkt der Betrachtung ist in der Regel der vom Bundesverfassungsgericht beanspruchte Spielraum bei der Bestimmung seiner Kontrolltätigkeit, der nur in seinen äußeren Grenzen verfassungsrechtlich vorgegeben sei. Innerhalb dieser weiten (kompetenziel-) Grenzen sei das Gericht bei der Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung frei, müsse sich jedoch mit Blick auf seine Funktionsfähigkeit in richterlicher Selbstbeschränkung („judicial self-restraint“) üben.

Ossenbühl meint, dass die flexiblen Grobformeln des Bundesverfassungsgerichts einer Dogmatisierung im Wege stünden.¹¹¹ Funktionell-rechtliche Argumente seien zur Bestimmung des Prüfungsumfanges notwendig,¹¹² jedoch wegen Unsicherheiten bezüglich der maßgeblichen Funktion des Bundesverfassungsgerichts und seiner Kompetenz-Kompetenz weder verlässlich noch befriedigend, weswegen es auf die bundesverfassungsrichterliche Selbstbeschränkung ankomme.¹¹³ Abweichungen von einer dogmatisch vorzugswürdigen Beschränkung auf die Kontrolle eines harten Kerns grundrechtlicher Direktiven seien zugunsten einer grundrechtsverwirklichenden Notkompetenz des Bundesverfassungsgerichts hinzunehmen.¹¹⁴

Auch Hoffmann-Riem betont den weiten Spielraum des Verfassungsgerichts bei der Bestimmung seines Prüfungsumfanges. Dem Gericht obliege zwar nur eine inhaltlich nachvollziehende, das Entscheidungsergebnis nicht ersetzende Prüfung fachgerichtlicher Entscheidungen.¹¹⁵ Hinsichtlich der Bestimmung des Prüfungsumfanges komme ihm aber ein rechtlich nicht gebundener Konkretisierungsspielraum zu, den es unter Berücksichtigung der

¹¹¹ Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 133; zustimmend Gündisch, NJW 1981, 1813, 1819, der eine Eingrenzung des Prüfungsumfanges aus dogmatischen Gründen für „gefährlich, ja für sinnlos“ hält.

¹¹² Ossenbühl, FS Ipsen, S. 129, 137.

¹¹³ Ebd., S. 139.

¹¹⁴ Ebd., S. 141.

¹¹⁵ Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), S. 173, 188.

Eingriffsintensität oder der objektiv-rechtlichen Funktion des Grundrechtsschutzes ausnutzen könne.¹¹⁶ Nach diesen Grundsätzen sei auch eine Ausdehnung des Prüfungsumfanges auf die Tatsachenwürdigung der Fachgerichte möglich.¹¹⁷

Robbers unterbreitet ein Modell, das schon im Ausgangspunkt wesentlich von anderen Konzepten abweicht. Er schlägt ein Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und den Fachgerichten vor¹¹⁸: Es komme weniger auf die Trennung der Aufgabenbereiche, sondern auf die Suche nach Formen der Zusammenarbeit und der gemeinsamen Verantwortungsübernahme an. Hierfür könne die Unterscheidung von Entscheidungs- und Kontrollnorm erhebliche Spielräume eröffnen, bei deren Ausnutzung das Bundesverfassungsgericht den Fachgerichten viele Wertungen – zum Beispiel die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – überlassen könne.¹¹⁹

Der Gedanke, dass das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsumfang innerhalb äußerer Grenzen frei bestimmen und im Wege der Selbstbeschränkung auf die Ausübung seiner Kompetenzen verzichten kann, wird zu Recht abgelehnt.¹²⁰ Die Forderung nach „judicial self-restraint“ verhindert differenzierende, die Grenzen der Prüfungskompetenz (möglichst) präzise herausarbeitende Lösungen¹²¹ und kommt – soweit das Bundesverfassungsgericht bei gegebener Kompetenz nicht entscheidet – einer Rechtsverweigerung gleich.¹²² Auch das Bundesverfassungsgericht selbst versteht hierunter – allerdings sein Verhältnis zum Gesetzgeber beschreibend – keine „Verkürzung

¹¹⁶ Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), S. 173, 183 ff.

¹¹⁷ Ebd., S. 215, nur für die fachgerichtliche Tatsachenerhebung könne eine Begrenzung auf eine Willkürkontrolle in Erwägung gezogen werden (dort Fn. 202).

¹¹⁸ Robbers, NJW 1998, 935, 938, mit Verweis auf Seidl, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), 61. DJT (1996), Bd. II/1, der von einer Kooperation bei der Entwicklung des Verfassungsrechts spricht (dort S. O 25); zustimmend Alexy, VVDStRL 61 (2002), 7, 29 für einen epistemisch bedingten normativen Erkenntnisraum der Fachgerichte hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen.

¹¹⁹ Robbers, NJW 1998, 935, 939; es wird jedoch nicht ganz klar, ob dies eine Selbstbeschränkung innerhalb bestehender Kompetenzen darstellt, da Robbers auch davon spricht, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich den Fachgerichten obliege und dem Ansatz des „judicial self restraint“ zumindest skeptisch gegenübersteht (S. 936).

¹²⁰ Hesse, FS Huber, S. 261, 263 f.; Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 308 f.; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 11 f.; Oeter, AöR 119 (1994), S. 529, 557; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309, 1313; Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 210 f.; E. Klein, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 1, Rn. 28.

¹²¹ Hesse, FS Huber, S. 261, 264 f. u. 271.

¹²² Broß, BayVBl. 2000, 513, 515 f.; Exner, DÖV 2012, 540, 543.

oder Abschwächung seiner [...] Kompetenz“, sondern „den Verzicht ‚Politik zu treiben‘“¹²³.

2. Begrenzung der Prüfungskompetenz

Soweit in der Literatur funktionell-rechtlich begründete Begrenzungsmodelle aufgestellt werden, besteht Konsens darüber, dass die Zerlegung des Kontrollgegenstands in Teilelemente zur Bestimmung der Kontrollkompetenz sinnvoll ist: Verschiedene Aufgabenbereiche unterliegen unterschiedlichem Kontrollzugriff; für die fachgerichtliche Beweiserhebung gelten andere Maßstäbe als für die Gesetzesauslegung.

Von der Prüfungskompetenz umfasst ist jedenfalls die fachgerichtliche Verfassungsauslegung. Dies betrifft die Fälle, in denen das Fachgericht Grundrechtsbestimmungen – zum Beispiel hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereiches – unmittelbar selbst auslegt.¹²⁴ In der großen Mehrzahl der zur Überprüfung gestellten Entscheidungen geht es jedoch um die Wahrung grundrechtlicher Vorgaben bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts. Während einige Autoren das Bundesverfassungsgericht auf eine Rechtssatzkontrolle beschränken wollen (a)), dehnen andere die Prüfungskompetenz in unterschiedlichen Graden auf die Rechtsanwendung aus (b)). Die Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit wird üblicherweise als gesonderte Problematik behandelt (c)).

a) Rechtssatzkontrolle

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Auslegung einfachen Rechts auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher Grenzen. In der Literatur herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass jedenfalls die als Rechtssatz verallgemeinerte fachgerichtliche Gesetzesauslegung, der Obersatz, nach der Schumann'schen Formel¹²⁵ der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.¹²⁶

¹²³ BVerfGE 36, 1, 14 – Grundlagenvertrag; ähnlich 93, 121, 151 (abw. M. Böckenförde).

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 108, 282, 294 f. – Kopftuch I zu Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

¹²⁵ E. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, 1963, S. 206 f. bezeichnet diese Prüfung als (einen Fall der) Interpretationsverfassungsbeschwerde.

¹²⁶ Steinwedel, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 66; Wank, JuS 1980, 545, 550 f.; Schenke, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 42 f.; Berkemann, DVBl. 1996, 1028, 1032; Robbers, NJW 1998, 935, 936; Broß, BayVBl. 2000, 513, 517; Kenntner, DÖV 2005, 269, 273; Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 142; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 61.

Einige Stimmen lehnen – abgesehen von der Willkür- und Rechtsfortbildungskontrolle – eine über die Rechtssatzkontrolle hinausgehende Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung ab¹²⁷ und führen dafür verschiedene Argumente ins Feld: Die Schumann'sche Formel beschreibe die Prüfungskompetenz eindeutig und könne zur Entlastung des Gerichts beitragen,¹²⁸ vermeide eine (zu weitgehende) Verdoppelung des Grundrechtsschutzes¹²⁹ und vereinfache die Ermittlung der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG.¹³⁰ Für eine Abstufung der Kontrollkompetenz anhand der Eingriffsintensität lässt die Schumann'sche Formel keinen Raum, da sie weite Teile der fachgerichtlichen Entscheidung generell von einer Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ausnimmt. Daneben besteht bei der Prüfung des fachgerichtlichen Obersatzes eine Differenzierungsmöglichkeit nach dem Grad der Grundrechtsbeeinträchtigung nicht. Konsequenterweise lehnen die Befürworter der ausschließlichen Rechtssatzkontrolle das Kriterium der Eingriffsintensität als Steuerungsfaktor der Prüfungskompetenz in der Regel ab.¹³¹

Ein überwiegender Teil der Literatur befürwortet eine Erstreckung der Kontrollkompetenz über die Rechtssatzkontrolle hinaus auf die Phase der fachgerichtlichen Rechtsanwendung.¹³² Dies wird im Wesentlichen mit methodischen Problemen und Rechtsschutzlücken der Schumann'schen Formel begründet: Einerseits macht sie die Prüfungskompetenz vom Detailgrad der fachgerichtlichen Auslegung des Gesetzes abhängig. Arbeitet das Fachgericht einen detaillierten Obersatz heraus, ist die Schumann'sche Formel problemlos anwendbar; subsumiert es unter einen (relativ) unbestimmten Obersatz, führt sie zu Ungenauigkeiten¹³³ oder ermöglicht gar keine Kontrolle.¹³⁴ Aus

¹²⁷ *Papier*, FG BVerfG I, S. 432, 454 f.; *Rennert*, NJW 1991, 12, 14; *Oeter*, AöR 119 (1994), S. 529, 559 f.; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1039; *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1091; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321; *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 81, mit Kritik auch an der Willkürkontrolle (S. 72).

¹²⁸ *Starck*, JZ 1996, 1033, 1040.

¹²⁹ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321; ähnlich *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 66.

¹³⁰ *Starck*, JZ 1996, 1033, 1041.

¹³¹ Vgl. zum Beispiel *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1037 ff.; kritisch auch *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 71.

¹³² *Leibholz/Rupperecht*, BVerfGG-Nachtrag, 1971, § 90, Anm. 53 e) (S. 84); *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 76 ff., spricht von „Fallseite“; *Wank*, JuS 1980, 545, 550; *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 110; *Häberle*, JöR 45 (1997), 89, 123 f.; *Robbers*, NJW 1998, 935, 936; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 264 f.; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 214 ff.; *Schenke*, FS Klein, S. 453, 473 ff.; so wohl auch schon *Seuffert*, NJW 1969, 1369, 1370.

¹³³ *Wank*, JuS 1980, 545, 550.

¹³⁴ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 215.

der fachgerichtlichen Entscheidung lässt sich nicht ausnahmslos, auch nicht durch detaillierte Analyse des Judikats,¹³⁵ ein abstrakter Rechtssatz herleiten.

Andererseits schließt sich an die Auslegung des angewendeten Gesetzes zu (mehr oder weniger) detaillierten Obersätzen stets die Subsumtion an, d.h. die Zuordnung von Sachverhaltsinformationen zu Tatbestandsmerkmalen der Norm.¹³⁶ Solche einzelfallbezogenen fachgerichtlichen Tätigkeiten, die oftmals eine Abwägung widerstreitender Rechtsgüter verlangen, können kaum sinnvoll in einen abstrakten Rechtssatz umgedacht werden.¹³⁷ Da aber auch diese Anwendungsphase verfassungsrechtlich relevante Fehler aufweisen kann, führt eine auf die Schumann'sche Formel beschränkte Kontrolle zu einer Rechtsschutzlücke.

b) Rechtsanwendungskontrolle

Hinsichtlich der Prüfung der Einhaltung grundrechtlicher Bindungen bei der Anwendung einfachen Rechts findet sich eine Vielzahl dogmatischer Modelle. Vorschläge zur normativen Eingrenzung des Prüfungsumfanges werden dem Verwaltungsprozessrecht, Revisionsrecht und Europarecht entnommen.¹³⁸ Für das Ergebnis dieser Bemühungen ist von maßgeblicher Bedeutung, wie die Funktionen der Verfassungsbeschwerde gegeneinander gewichtet werden.

aa) Schwerpunkt bei der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde

Einige Autoren heben die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde hervor¹³⁹ und wollen die Prüfungskompetenz an der einzelfallübergreifenden Bedeutung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen orientieren. Da die subjektive Zielsetzung in den Hintergrund tritt, wird eine Orientierung der Kontrollkompetenz an der Eingriffsintensität, d.h. der gesteigerten individuellen Betroffenheit, grundsätzlich abgelehnt.

¹³⁵ So aber *Koch*, GS Jeand'Heur, S. 135, 147 ff., der von der „entscheidungsstragenden Norm“ spricht; *Schuppert*, AöR 103 (1978), S. 43, 61.

¹³⁶ *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung, 2001, S. 210 f.; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 4 Rn. 3.

¹³⁷ *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 79; *Herzog*, FS Dürig, S. 431, 442; *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028, 1033; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 216.

¹³⁸ Vgl. *Schenke*, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987 zur Ermessensfehlerlehre; *Wank*, JuS 1980, 545 zum Revisionsrecht; *Kenntner*, DÖV 2005, 269 zum Vorabentscheidungsverfahren des EuGH.

¹³⁹ Ausdrücklich *Wank*, JuS 1980, 545, 549.

Wank zieht eine Parallele zum Revisionsrecht: Neben der Rechtssatzkontrolle dürfe das Bundesverfassungsgericht nur grundsätzliche, d.h. in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehende verfassungsrechtliche Fragen klären.¹⁴⁰ Die Eingriffsintensität und die individuellen Folgen einer Entscheidung müssten bei der Bestimmung der Prüfungskompetenz unberücksichtigt bleiben.¹⁴¹

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von Kenntner, der für die Bestimmung der Prüfungskompetenz eine Orientierung am Vorabentscheidungsverfahren des EuGH fordert.¹⁴² Die Fachgerichtsbarkeit sei aufgrund ihrer ausgeprägten Kenntnis des Fachrechts und der davon beherrschten Lebensverhältnisse besonders geeignet, einzelfallbezogene Abwägungsentscheidungen zu treffen.¹⁴³ Um eine funktionale Aufgabenteilung herzustellen, müsse sich das Bundesverfassungsgericht auf die Beantwortung von grundsätzlichen, d.h. verallgemeinerungsfähigen Fragen der Verfassungsauslegung beschränken.¹⁴⁴ Die Kontrollkompetenz sei auf die Einhaltung der grundrechtskonkretisierenden Leitlinien – zum Beispiel die Einordnung nach der Drei-Stufen-Theorie bei Art. 12 GG – zu reduzieren und umfasse die Subsumtion bzw. Güterabwägung im Einzelfall nicht.¹⁴⁵ Dabei könnten die grundrechtlichen Leitlinien durch die Formulierung einer verfassungsrechtlichen (Vor-)Frage herausgearbeitet werden.¹⁴⁶ Von dieser beschränkten Prüfungskompetenz solle auch bei erhöhter Eingriffsintensität nicht abgewichen werden.¹⁴⁷

Schuppert kommt, ohne explizit eine Funktion der Verfassungsbeschwerde hervorzuheben, unter Verweis auf eine sinnvolle Funktionenteilung¹⁴⁸ zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit zu vergleichbaren Ergebnissen. Er konzentriert seine Untersuchung auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und möchte die Prüfungskompetenz vom jeweiligen Abstraktionsgrad fachgerichtlicher Tätigkeit abhängig machen. Je höher die Abstraktionsebene richterlicher Argumentation, desto eher seien die Rechtsfindungselemente der Überprüfung zugänglich. Demnach könne das Bundesverfassungsgericht neben der Obersatzbildung die fachgerichtliche Abwägung

¹⁴⁰ Wank, JuS 1980, 545, 551.

¹⁴¹ Ebd., S. 550.

¹⁴² Kenntner, DÖV 2005, 269.

¹⁴³ Ebd., S. 272.

¹⁴⁴ Ebd., S. 273.

¹⁴⁵ Ebd., S. 274.

¹⁴⁶ Ebd., S. 279.

¹⁴⁷ Ebd., S. 276.

¹⁴⁸ Schuppert, AöR 103 (1978), S. 43, 62, vgl. auch S. 65: „sinnvolle Eigenständigkeit der Fachgerichte“.

kontrollieren, soweit diese in Form eines allgemeinen Normsatzes verallgemeinerungsfähig sei. Je fallnäher der Fachrichter argumentiere, desto mehr sei die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf prozedurale Anforderungen beschränkt.¹⁴⁹ Für fachgerichtliche Einzelfallabwägungen müsse sich die Kontrolle folglich auf die Prüfung beschränken, ob die maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte berücksichtigt und hinreichend konkret abgewogen wurden.¹⁵⁰ An der Eingriffsintensität könne die Prüfungskompetenz nur in echten Ausnahmefällen orientiert werden.¹⁵¹

bb) Berücksichtigung der objektiven und der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde

Andere dogmatische Vorschläge berücksichtigen neben der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde verstärkt auch die subjektive Rechtsschutzfunktion. Dies ermöglicht es, die Eingriffsintensität bei der Bestimmung der Kontrolltätigkeit einzubeziehen. Dem liegt in der Regel die Vorstellung zugrunde, dass eine grundsätzlich beschränkte Prüfungskompetenz bei intensiver individueller Betroffenheit zur Wahrung der subjektiven Rechtsschutzfunktion ausgedehnt werden müsse.

Krauß, der seine Untersuchung auf die Kontrolltätigkeit bei Zivilurteilen beschränkt, argumentiert mit der subjektiv-individuellen, der subjektiv-generellen und der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde.¹⁵² Neben der exemplarischen Bedeutung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen für eine Vielzahl vergleichbarer Fälle könne mit Blick auf die subjektiv-individuelle Rechtsschutzfunktion der Verfassungsbeschwerde insbesondere die Eingriffsintensität eine erweiterte Prüfungskompetenz, welche über die grundsätzlich gebotene Vertretbarkeitskontrolle hinausgehe, rechtfertigen. Die Kontrollkompetenz erstrecke sich bei erhöhter Eingriffsintensität auf die konkrete Güterabwägung¹⁵³ und die Ermittlung und Würdigung des Sachverhalts durch die Fachgerichte.¹⁵⁴

Eine besonders differenzierte Betrachtung zur Eingriffsintensität liefert Scherzberg.¹⁵⁵ Neben ihrer materiell-rechtlichen Bedeutung für die Intensität der grundrechtlichen Ausstrahlungswirkung¹⁵⁶ habe sie als kompetenzieller

¹⁴⁹ Schuppert, AöR 103 (1978), S. 43, 64 f.

¹⁵⁰ Ebd., S. 63 f.

¹⁵¹ Ebd., S. 68.

¹⁵² Krauß, Prüfungsumfang, 1987, S. 144 ff.

¹⁵³ Ebd., S. 162 und 197 ff.

¹⁵⁴ Ebd., S. 226 f.

¹⁵⁵ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989.

¹⁵⁶ Ebd., S. 183 ff., insb. S. 191.

Steuerungsfaktor Einfluss auf die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Dies lasse sich über eine Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm darstellen.¹⁵⁷ Scherzberg stellt die subjektive Rechtsschutzfunktion der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund und votiert für eine Abstufung der Kontrollkompetenz anhand der Eingriffsintensität. Grundsätzlich bestehe aus funktionell-rechtlichen Gründen ein fachgerichtliches Konkretisierungsprimat hinsichtlich der Wahrung grundrechtlicher Vorgaben bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts, die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts sei hier auf eine Willkürkontrolle beschränkt.¹⁵⁸ Hiervon könne vornehmlich bei besonderer Schwere der Betroffenheit des Beschwerdeführers, aber auch bei Auswirkungen der fachgerichtlichen Entscheidung auf die Grundrechtsausübung Dritter und bei Eignung des Rechtsbehelfs, zur Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage beizutragen, eine Ausnahme gemacht werden.¹⁵⁹ Dann komme es zu einer „uneingeschränkten Kontrolle der verfassungsrechtlichen Erwägungen des Fachgerichts“¹⁶⁰, deren genauen Auswirkungen Scherzberg jedoch nicht spezifiziert.

Auch Düwel trennt zwischen Entscheidungs- und Kontrollnorm.¹⁶¹ Er zieht jedoch vor allem aus der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde Rückschlüsse auf die Prüfungskompetenz und möchte ihre subjektive Funktion zweitrangig berücksichtigen, da das Bundesverfassungsgericht die primär den Fachgerichten zugewiesene Aufgabe des Grundrechtsschutzes nur ergänze.¹⁶² Es bestehe ein grundsätzliches Konkretisierungsprimat der Fachgerichte hinsichtlich grundrechtlicher Vorgaben, weswegen sich die Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts in der Regel lediglich auf den fachgerichtlichen Entscheidungsprozess erstrecke.¹⁶³ Eine umfassendere, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung könne primär durch die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde gerechtfertigt werden und sei zur exemplarischen Klärung verfassungsrechtlicher Fragen von grundsätzlicher Bedeutung erforderlich.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 121 ff.

¹⁵⁸ Ebd., S. 257, er bezeichnet die Kontrolle der fallbezogenen Konkretisierung von Rechtssätzen als Prüfung anhand der „Entschließungsfunktion“ des Grundgesetzes (vgl. S. 31 f. und 231 ff.) und grenzt dies von der „Maßstabsfunktion“ ab, welche für die Kontrolle von Rechtssätzen gelte (vgl. S. 30 und 224 ff.).

¹⁵⁹ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 247 ff. und 275.

¹⁶⁰ Ebd., S. 253.

¹⁶¹ Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 224 ff.

¹⁶² Vgl. ebd., S. 250 ff. einerseits und 255 ff. andererseits.

¹⁶³ Ebd., S. 268.

¹⁶⁴ Ebd., S. 279 f.

Daneben könne auch eine hohe Eingriffsintensität eine erweiterte Prüfungskompetenz begründen.¹⁶⁵

Einen im Ansatzpunkt stark abweichenden, jedoch auch die Eingriffsintensität als steuernden Faktor anerkennenden Vorschlag macht Schenke.¹⁶⁶ Er nimmt die verwaltungsgerichtliche Tätigkeit zum Vorbild und will die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts an der Ermessensfehlerlehre orientieren. Beide Kontrollvorgänge seien aufgrund der nur richtungsweisenenden, aber nicht die Entscheidung letztverbindlich determinierenden Wirkung der ermessenslenkenden rechtlichen Gesichtspunkte einerseits und der Grundrechte andererseits strukturell vergleichbar.¹⁶⁷ Die über die Rechtssatzkontrolle hinausgehende Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung entspreche der Kategorie des Ermessens Fehlgebrauchs.¹⁶⁸ Hinsichtlich der besonders relevanten Kontrolle fachgerichtlicher Abwägungsvorgänge sei das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich darauf beschränkt, auf offensichtliche Fehlgewichtungen zu reagieren. Nur bei erhöhter Eingriffsintensität könne der grundsätzlich bestehende fachgerichtliche Entscheidungsspielraum eingeschränkt und eine weitergehende Kontrolle von Abwägungsvorgängen gerechtfertigt sein.¹⁶⁹ Darüber hinaus dürften einzelfallbezogene Faktoren keinen Einfluss auf die Überprüfungsbefugnis haben.¹⁷⁰

c) Kontrolle der Tatsachenfeststellung und -würdigung

Neben der Rechtssatz- und Rechtsanwendungskontrolle stellt sich bei der Tatsachenkontrolle die Frage, inwieweit das Bundesverfassungsgericht an die fachgerichtlich festgestellten Tatsachen, d.h. den realen Lebenssachverhalt, welcher der Anwendung des materiellen Rechts zugrunde liegt,¹⁷¹ gebunden ist.¹⁷²

¹⁶⁵ Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 281 ff.

¹⁶⁶ Schenke, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987.

¹⁶⁷ Schenke, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 46; vgl. auch ders., FS Klein, S. 453, 477; ähnlich Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 294 mit einer Parallele zu den planungsrechtlichen Grundsätzen.

¹⁶⁸ Schenke, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 48 f., die Rechtssatzkontrolle entspricht dabei der Prüfung auf Ermessensüberschreitungen.

¹⁶⁹ Ebd., S. 53.

¹⁷⁰ Ebd., S. 54 ff.

¹⁷¹ Philippi, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 4; Ossenbühl, FG BVerfG I, S. 459, 466; Kluth, NJW 1999, 3513, 3514; Bartmann, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 38 f.

¹⁷² Davon in ungewöhnlicher Eindeutigkeit grundsätzlich ausgehend BVerfGE 80, 1, 37 ff. – Multiple-Choice (abw. M. Henschel).

Obwohl die Grundrechtsrelevanz der fachgerichtlichen Beweiserhebung und -würdigung weitgehend anerkannt ist,¹⁷³ finden sich zur Überprüfung der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung und -würdigung ganz überwiegend restriktive Ansätze.¹⁷⁴ Diese reichen unter Verweis auf den Instanzenzug, die bessere Eignung der Fachgerichte zur Tatsachenarbeit und die Kapazität des Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁵ von einer Willkürkontrolle¹⁷⁶ über eine auf die Einhaltung von Verfahrensgrundrechten beschränkten Prüfung¹⁷⁷ bis zur Forderung nach völliger Zurückhaltung.¹⁷⁸

Ein Minimum an Tatsachenkontrolle zu fordern, liegt besonders nahe, wenn man die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde betont: Die Tatsachenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kann aufgrund der besonderen Fallnähe der fachgerichtlichen Tätigkeit kaum zur Fortbildung des Verfassungsrechts und der verallgemeinerungsfähigen Klärung verfassungsrechtlicher Fragen beitragen.¹⁷⁹ Zu anderen Ergebnissen kann man kommen, wenn man die subjektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund stellt. Teilweise wird für eine weitergehende Kompetenz zur Tatsachenfeststellung plädiert: Das Bundesverfassungsgericht müsse schon dann eigene Feststellungen treffen, wenn wesentliche Zweifel an vorhandenen Tatsachengrundlage berechtigt seien.¹⁸⁰ Andere wollen die Überprüfung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit anhand der Eingriffsintensität abstufen.¹⁸¹

¹⁷³ *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 37 u. 161; *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 494 f.; *ders.*, FS Ipsen, S. 129, 135; *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 225 f.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 269; *Khuth*, NJW 1999, 3513, 3517 spricht von der Verfassungserheblichkeit der Tatsachenarbeit; *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 213 f.; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 547; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318 u. 324.

¹⁷⁴ Anders wohl *Geiger*, BVerfGG, 1952, § 90, Anm. 6e (S. 280 f.).

¹⁷⁵ Ausführlich dazu in Bezug auf kindschaftsrechtliche Entscheidungen Teil 3, S. 173 ff.

¹⁷⁶ *Koch*, GS Jeand'Heur, S. 135, 164; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1039; so im Grundsatz auch *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 320 f.; ähnlich *Schenke*, FS Klein, S. 453, 468 f.

¹⁷⁷ *Broß*, BayVBl. 2000, 513, 514; *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 276.

¹⁷⁸ *Schuppert*, AöR 103 (1978), S. 43, 65; *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1091; ähnlich *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 81.

¹⁷⁹ *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 225.

¹⁸⁰ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 495; *ders.*, FS Ipsen, S. 129, 135; dieser Ausnahme zustimmend *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 321; für bundesverfassungsgerichtliche Zurückhaltung plädierend jedoch *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904, 911.

¹⁸¹ *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 226 f.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 274 f.

IV. Ergebnis und weitere Fragestellung

Mit den divergierenden Vorstellungen von Funktion und Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts gehen unterschiedliche dogmatische Vorschläge zur Prüfungskompetenz und zur Rolle der Eingriffsintensität als steuernder Faktor einher. Auf der einen Seite wird die Intensitätsrechtsprechung als beendet angesehen¹⁸² oder mit dogmatischen Erwägungen¹⁸³ abgelehnt, auf der anderen Seite die Kontrolltätigkeit maßgeblich an der individuellen Betroffenheit des Beschwerdeführers ausgerichtet.¹⁸⁴ Dies wirft vor allem die Frage auf, inwieweit sich die tatsächliche Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts auf die genannten fachgerichtlichen Aufgabenbereiche erstreckt und inwiefern eine Abstufung entlang der Eingriffsintensität erkennbar ist. Die Untersuchung konzentriert sich – mit Ausnahme der Anfänge der Intensitätsrechtsprechung – auf die Judikatur in kindschaftsrechtlichen Fällen, da gerade dort die Relevanz des Intensitätskriteriums hervorgehoben wird. Da die Kammerrechtsprechung maßgeblich an der Fortentwicklung der Intensitätsformel beteiligt war, wird sie in die Analyse einbezogen.

¹⁸² *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 92.

¹⁸³ Siehe oben C.III.2.a), S. 45 f. und C.III.2.b)aa), S. 47 ff.

¹⁸⁴ Siehe oben C.III.2.b)bb), S. 49 ff.

Teil 2

Prüfungsumfang und Eingriffsintensität – Eine Analyse kindschaftsrechtlicher Entscheidungen

Methodisch erfordert eine Untersuchung des tatsächlichen Prüfungsumfanges, diesen – so weit wie möglich – messbar zu machen, indem die vom Bundesverfassungsgericht genannten Prüfungsstufen präzisiert werden (A.). Als Grundlegung ist außerdem ein knapper Blick auf die relevanten Grundrechtsbestimmungen – den Prüfungsmaßstab – notwendig (B.). Der Schwerpunkt der nachfolgenden Überlegungen liegt bei der Frage, auf welche fachgerichtlichen Aufgabenbereiche – zu denen neben der Rechtsauslegung und der Rechtsanwendung (Subsumtion) die Beweiserhebung und -würdigung gehören¹ – das Bundesverfassungsgericht bei Anlegung des Prüfungsmaßstabes an die fachgerichtliche Entscheidung zugreift (C.).

A. Zur Methode: begrenzte Möglichkeit der Skalierung des Prüfungsumfanges

Ziel der Untersuchung ist eine systematische Betrachtung des tatsächlichen Prüfungsumfanges: Welche fachgerichtlichen Aufgabenbereiche sind der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle wie intensiv unterworfen? Zur Beantwortung dieser Frage werden die einzelnen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des tatsächlichen Prüfungsumfanges qualitativ beurteilt und vergleichend eingeordnet; quantitative Methoden scheinen hier nicht geeignet.² Der folgende Abschnitt versucht, Orientierungs- und Endpunkte einer Skala des Prüfungsumfanges zu identifizieren, um eine Vergleichbarkeit der Entscheidungen herzustellen. „Skalierung“ wird nicht im betriebswirtschaftlichen Sinn verwendet, sondern als ein Verfahren verstanden, welches Größen durch das Einrichten einer Skala messbar macht.

¹ Dazu schon oben Teil 1, C.III.2., S. 45 ff.

² Für quantitative Ansätze zu anderen Problembereichen siehe zum Beispiel *Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig*, JZ 2017, 816; *Lang*, AöR 145 (2020), S. 75 ff.; *Wendel*, JZ 2020, 668; *Ighreiz/C. Möllers/Rolfes/Shadrova/Tischbirek*, AöR 145 (2020), S. 537 ff.

Als grobes Raster für die Feststellung des Prüfungsumfanges dienen die fachgerichtlichen Aufgabenbereiche: Eine stark zurückgenommene Kontrolle beschränkte sich auf die Wahrung grundrechtlicher Vorgaben bei der Auslegung einfachen Rechts. Der weiteste Prüfungsumfang wäre bei selbstständiger, die fachgerichtliche Beweiserhebung ergänzender Sachverhaltsermittlung durch das Bundesverfassungsgericht erreicht. Dazwischen ist Raum und Bedarf für Präzisierung. Unterschiede beim tatsächlichen Prüfungsumfang werden sich weniger bei der im Wesentlichen unumstrittenen Auslegungskontrolle,³ sondern insbesondere bei der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung der fachgerichtlichen Rechtsanwendung und Tatsachenarbeit zeigen.

Die hier im Interesse der Systematisierung vorgenommene Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenarbeit verkennt die Verschränkung beider Elemente im Prozess der Urteilsfindung nicht. Für die Rechtsfindung im Allgemeinen wurde dies zutreffend mit dem Bild des „Hin- und Herwandern des Blickes“⁴ beschrieben: Sie findet – zum Beispiel im Wege der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe – nicht abstrakt, sondern stets mit Blick auf einen konkreten Fall statt.⁵ Umgekehrt ist Art und Umfang der Sachverhaltsaufbereitung von den (möglicherweise) einschlägigen Normen abhängig. Auch für die Anwendung von Verfassungsrecht im Speziellen gilt, dass sich Norm und Wirklichkeit nicht isoliert voneinander betrachten lassen.⁶

Ob diese methodische Erkenntnis für einen einheitlichen Prüfungsumfang hinsichtlich Tatsachenermittlung und Rechtsanwendung spricht,⁷ muss an dieser Stelle nicht entschieden werden.⁸ Während das methodische Argument eine normative Aussage zur Prüfungskompetenz stützen soll, geht es im Folgenden um die Deskription des tatsächlichen Prüfungsumfanges. Hier scheint zur weiteren Präzisierung der Prüfungsumfangsskala – die abschließend in einer tabellarischen Übersicht dargestellt wird (III.) – eine Unterteilung in Rechts- (I.) und Tatsachenarbeit (II.) angebracht.

³ Siehe oben Teil 1, C.III.2.a), S. 45.

⁴ *Engisch*, Logische Studien, 1960, S. 15.

⁵ *Esser*, Vorverständnis, 1970, S. 56 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 206 ff.; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 4 Rn. 10.

⁶ *Hesse*, Grundzüge, 1995, Rn. 45; in Bezug auf die Kontrolle des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht *Geiger*, FG Maunz, S. 117, 128.

⁷ So *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 275; vgl. auch *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 468: „hermeneutisches Argument“ für eine Tatsachenkontrollkompetenz.

⁸ Siehe dazu unten Teil 3, D.III., S. 249 f.

I. Rechtsanwendungskontrolle

Die fachgerichtliche Rechtsanwendung besteht aus der Zuordnung des Sachverhalts zu einem durch Auslegung gefundenen Rechtssatz (Subsumtion).⁹ Maßgebliches Einfallstor für verfassungsrechtliche Wertungen sind die hierbei erforderlichen Abwägungsentscheidungen der Fachgerichte. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob Abwägungsvorgänge überhaupt kontrollierbar sind und welche fachgerichtlichen Entscheidungsspielräume bestehen (1.). Um eine möglicherweise bestehende Korrelation zwischen Eingriffsintensität und Umfang der Abwägungskontrolle sichtbar zu machen, bedarf es einer Skalierung (2.).

1. Abwägung und Abwägungskontrolle

Unter Abwägung versteht man den Ausgleich zwischen gegenläufigen Belangen.¹⁰ Familiengerichte müssen zum Beispiel bei Maßnahmen zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) und bei der Entscheidung über die Alleinsorge (§ 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) Rechtsgüter und Interessen der Eltern und des Kindes gegeneinander gewichten. Methodisch erfordern diese Abwägungsvorgänge folgende Schritte: Die Auswahl des Abwägungsmaterials, die abstrakte und konkrete Gewichtung der Abwägungsbelange und deren Gegenüberstellung.¹¹ Im Wesentlichen gelten diese Schritte auch für die Abwägung im Verfassungsrecht.¹²

Folglich haben bundesverfassungsgerichtliche Abwägungen einen Doppelcharakter: Sie sind einerseits eine nachvollziehende Überprüfung der fachgerichtlichen Gütergewichtung und andererseits „Methode im Prozess der Verfassungsrechtsgewinnung“¹³. Diese Abwägungskontrolle tritt in folgenden Konstellationen auf¹⁴: Als Teilgebot des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fordert die Angemessenheit in Eingriffskonstellationen eine Abwägung der Eingriffsauswirkungen mit den rechtfertigenden Gründen.¹⁵ Gleiches gilt für

⁹ *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung, 2001, S. 210 f.; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 4 Rn. 10.

¹⁰ *F. Reimer*, Methodenlehre, 2020, Rn. 485; zur Einordnung der Abwägung als Teil der Subsumtion *Riehm*, RW 2013, 1, 4 ff.; *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung, 2001, S. 117 f.

¹¹ *Riehm*, RW 2013, 1, 11 ff.; vgl. auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 179 ff., für Abwägungsentscheidungen im Verwaltungsrecht.

¹² *Alexy*, GS Sonnenschein, S. 771, 777 ff.

¹³ *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904.

¹⁴ *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904, 905 ff.; *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028, 1035.

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 16, 194, 201 ff. – Liquorentnahme; 60, 79, 93 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 133, 277, 322 (Rn. 109 ff.) – Antiterrordatei.

die Herstellung praktischer Konkordanz bei der Kollision vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte mit einem anderen Verfassungsgut.¹⁶ Daneben kann die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte – zum Beispiel bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – eine Gewichtung widerstreitender grundrechtlicher Belange erforderlich machen.¹⁷

Teilweise wird bezweifelt, dass Abwägungsvorgänge überhaupt auf ihre Richtigkeit hin kontrolliert werden könnten: Abwägung sei subjektiv und dezisionistisch und folge keinen rationalen, verlässlichen Maßstäben.¹⁸ Nur durch die Wiederholung des Vorgangs im Instanzenzug, d. h. eine subjektive Zweit- und Drittentscheidung, könne eine gewisse Objektivität erreicht werden.¹⁹ Daran ist zutreffend, dass der innere Vorgang des Abwägens nicht überprüfbar ist und die Methode nicht stets zu einem (vor-)bestimmten Ergebnis führt. Allerdings kann die Begründung der Abwägung einer Richtigkeitskontrolle unterworfen werden, da zumindest über einzelne Abwägungsschritte – wie die Gewichtung der Belange²⁰ – rationale Urteile möglich sind.²¹

Neben diese methodischen Unsicherheiten der Abwägungskontrolle tritt das Problem der normativen Reichweite der Verfassung in Bezug auf die Abwägung.²² Die Gewichtung unterliegt der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts nur, wenn und soweit die Abwägung die Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Belange erfordert. Man kann insoweit von „strukturellen Entscheidungsspielräumen“ sprechen.²³ Mit Blick auf diese be-

¹⁶ BVerfGE 30, 173, 195 – Mephisto; 81, 278, 292 – Bundesflagge; 93, 1, 21 – Kruzifix; 140, 240, 293 (Rn. 108) – Beamtenbesoldung; Hesse, Grundzüge, 1995, Rn. 72; Lerche, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V¹, § 122, Rn. 6.

¹⁷ BVerfGE 7, 198, 205 f. – Lüth; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 95, 28, 37 – Werkszeitung; 129, 78, 102 – Designermöbel Urheberrecht; 148, 267, 281 (Rn. 34) – Stadionverbot.

¹⁸ Schlink, Abwägung, 1976, S. 152 f. u. 190 f.; Leisner, NJW 1997, 636, 637 f.

¹⁹ Schlink, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 445, 461.

²⁰ Dazu insb. Alexy, GS Sonnenschein, S. 771, 773 ff.

²¹ Alexy, Theorie, 1985, S. 143 ff. betont die Möglichkeit rationaler Begründung mittels juristischer Auslegungs- und Argumentationsformen; Riehm, RW 2013, 1, 29 ff. betont den möglichen Diskurs über abstrakt-generelle abwägungsleitende Obersätze; besonders eindeutig zur Begründungskontrolle BVerfGE 115, 205, 246 – Geschäfts- und Betriebsgeheimnis: „Insbesondere enthalten die angegriffenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts keine nachvollziehbaren Ausführungen zur Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. In den Entscheidungen ist insbesondere nicht die Möglichkeit genutzt worden, die Richtigkeit des Ergebnisses durch Konkretisierung des Abwägungsprogramms und Rechtfertigung des Abwägungsvorgangs zu sichern“.

²² Ossenbühl, DVBl. 1995, 904, 910 f. sieht die Gefahr der „Kompetenzverschiebung durch Abwägung“.

²³ Alexy, VVDStRL 61 (2002), 7, 16 ff.

grenzte normative Reichweite der Verfassung betont das Bundesverfassungsgericht vielfach, dass Abwägungsvorgänge nicht vollständig grundrechtlich determiniert seien: Schon im Patent-Beschluss geht das Gericht davon aus, dass eine Grundrechtswidrigkeit nicht schon dann vorliege, wenn die fachrichterliche Abwägungswertung fragwürdig erscheine, weil „sie den Interessen der einen oder der anderen Seite zu viel oder zu wenig Gewicht beigelegt hat.“²⁴ Auch gehöre die Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu den typischen Aufgaben des Fachgerichts und sei nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts.²⁵ Das Gericht will die fachgerichtlichen Abwägungen nicht umfassend ersetzen, dies liefe auf einen vollständigen Verfassungsdeterminismus hinaus.

Allerdings funktioniert auch die bundesverfassungsgerichtliche Abwägung nicht losgelöst vom zu entscheidenden Fall; auf abstrakter Ebene lassen sich Grundrechtskonflikte in der Regel nicht lösen.²⁶ Auf der Suche nach beidseitiger Realisierung in möglichst hohem Maße²⁷ gilt es festzustellen, welches Verfassungsgut unter den Bedingungen des konkreten Sachverhalts den Vorrang genießt.²⁸ Will man den Grad der Einzelfallorientierung bundesverfassungsgerichtlicher Abwägung (-skontrolle) skalieren, um eine Korrelation zur Eingriffsintensität zu untersuchen, scheint eine Orientierung an der Abwägungsfehlerlehre und der Bedeutung von Abwägungsleitlinien sinnvoll.²⁹

2. Versuch einer Skalierung

Bei der Systematisierung bundesverfassungsgerichtlicher Abwägungskontrolle hilft zunächst eine Orientierung an Fehlerkategorien (a)). Im Übrigen

²⁴ BVerfGE 18, 85, 93 – Patent-Beschluss; ebenso 30, 173, 197 – Mephisto; ähnlich 42, 143, 148 – DGB; 89, 214, 230; 94, 1, 9 f. – DGHS; 112, 332, 358 – Pflichtteilsentziehung; vgl. auch 142, 74, 101 (Rn. 83) – Sampling: „Dabei gibt das Grundgesetz den Zivilgerichten regelmäßig keine bestimmte Entscheidung vor“.

²⁵ BVerfGE 4, 52, 59 f. – Dänische Schule; 27, 211, 219 – Uranvorkommen; 31, 194, 210 – Umgangsrecht; 73, 206, 260 – Sitzblockade I; 77, 1, 59 f. – Untersuchungsausschuss.

²⁶ *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904, 907; *Alexy*, GS Sonnenschein, S. 771, 778; am Beispiel der Lebach-Entscheidungen von *Coelln*, ZUM 2001, 478, 484 f.; vgl. auch BVerfGE 93, 266, 293 – „Soldaten sind Mörder“: „Das Ergebnis dieser Abwägung läßt sich wegen ihres Fallbezugs nicht generell und abstrakt vorwegnehmen“; anders *Papier*, FG BVerfG I, S. 432, 452 ff., der die Abwägung im Einzelfall von der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle ausnehmen will; dies relativierend *ders.*, DVBl. 2009, 473, 478 f.

²⁷ *Alexy*, Theorie, 1985, S. 75 f: „Optimierung“.

²⁸ Ebd., S. 81; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 10 Rn. 21 spricht in diesem Zusammenhang von Vermutungsregeln.

²⁹ Dazu sogleich 2.

kann zwischen einer Kontrolle der Abwägungsleitlinien und der Überprüfung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände unterschieden werden (b)).

a) Kategorisierung nach Abwägungsfehlern

Als Kategorien von Abwägungsfehlern werden neben dem Ausfall und der Fehleinschätzung³⁰ teilweise das Abwägungsdefizit genannt.³¹ Schwerster Fehler bei der Gewichtung widerstreitender Güter und Interessen ist die Nichtberücksichtigung grundrechtlichen Einflusses (*Abwägungsausfall*): Das Fachgericht hat gar nicht erkannt, dass Grundrechte für seine Entscheidung eine Rolle spielen. In einem die Verurteilung wegen fahrlässiger Lieferung offensichtlich jugendgefährdender Schriften betreffenden Beschluss stellte das Bundesverfassungsgericht beispielsweise fest, dass das Fachgericht „aber an keiner Stelle des Urteils erörtert, ob die Verurteilung des Beschwerdeführers in das Grundrecht der Pressefreiheit eingreift und welche Auswirkungen sich daraus für seine Entscheidung ergeben.“³²

Daneben soll ein *Abwägungsdefizit* gegeben sein, wenn die Abwägung in der Weise unvollständig ist, dass erhebliche Umstände keine Berücksichtigung gefunden haben.³³ Diese Fehlerkategorie lässt sich von der *Abwägungsfehleinschätzung*, d.h. der Fehlgewichtung des grundrechtlichen Einflusses auf die Entscheidung des Fachgerichts, kaum trennen. Die Nichtberücksichtigung erheblicher – mit anderen Worten: grundrechtsrelevanter – Umstände stellt stets auch eine Abwägungsfehleinschätzung dar.³⁴ Die folgende Untersuchung verwendet daher die Fehlerkategorien des Abwägungsausfalls und der Abwägungsfehleinschätzung.

³⁰ Die Terminologie divergiert; wie hier *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 74 ff.; mit ähnlicher Unterteilung *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 352 f.; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 294 bezeichnen den Abwägungsausfall auch als Abwägungsdefizit; *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028, 1036: „Erwägungsausfall“ und „Erwägungsdefizit“.

³¹ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 102; die Begriffe entstammen der Abwägungskontrolle beim Planungsermessen, vgl. dazu *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 114 (36. EL 02/2019), Rn. 208 ff.; *Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 363 ff.

³² BVerfGE 77, 346, 359 – Presse-Grossist; vgl. auch 95, 28, 37 – Werkszeitung: „Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts läßt nicht erkennen, daß es sich der Auswirkung seines Beschlusses auf die Pressefreiheit der Beschwerdeführerin bewußt war“; 93, 352, 360 f. – Mitgliederwerbung im Betrieb.

³³ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 102.

³⁴ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 76.

b) Abwägungsleitlinien und Einzelfallabwägung

Die Kategorie der Abwägungsfehleinschätzung ist offen formuliert und erlaubt Zugriff auf den gesamten fachgerichtlichen Abwägungsvorgang. Eine weitergehende Skalierung kann durch die Unterscheidung zwischen einer Kontrolle der Abwägungsleitlinien und der Einzelfallabwägung erreicht werden. Eine zurückgenommene Kontrolle auf Abwägungsfehleinschätzungen beschränkt sich auf die Prüfung von Abwägungsleitlinien: Sie dringt nicht in die Einzelheiten der Abwägung vor, sondern ist auf die Einhaltung der leitenden Grundsätze³⁵ und die Berücksichtigung der maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte³⁶ begrenzt.³⁷ Derartige Vorrangregeln determinieren als „Abwägungsregeln mittlerer Abstraktionshöhe“ die Einzelfallentscheidung nicht.³⁸

So hat das Bundesverfassungsgericht für Eingriffe in die Meinungs- und Pressefreiheit eine Vielzahl von Leitlinien aufgestellt, die insbesondere die Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht betreffen.³⁹ Anhand einiger Beispiele wird schnell deutlich, dass diese den fachgerichtlichen Abwägungsvorgang lenken, jedoch nicht vorbestimmen: Besonderes Gewicht kommt der Meinungsfreiheit bei Beiträgen zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage zu; hier greift einer Vermutung für die Zulässigkeit freier Rede.⁴⁰ Kritische Werturteile über Personen oder Institutionen des öffentlichen Lebens sind grundsätzlich hinzunehmen.⁴¹ Auch das Recht zum Gegenschlag kann das Abwägungsgewicht der Meinungsfreiheit stärken.⁴² Demgegenüber genießt die Berichterstattung

³⁵ Deskriptiv: *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 84 ff.; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 102; präskriptiv: *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 274.

³⁶ Deskriptiv: *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 157; präskriptiv: *Schuppert*, AöR 103 (1978), S. 43, 63 f.

³⁷ *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 102, Rn. 82 spricht von vorstrukturierenden Leitplanken.

³⁸ Zitat ebd., Rn. 85, zur Determinationsdichte Rn. 88; *Alexy*, Theorie, 1985, S. 86 spricht in diesem Zusammenhang von Vorrangrelationen grundsätzlicher Art.

³⁹ Umfassender Überblick bei *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 I u. II, Rn. 161 ff.; *Clemens*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 5 I u. II, Rn. 167 ff.; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 71 ff.

⁴⁰ BVerfGE 7, 198, 212 – Lüth; 61, 1, 11 – Wahlkampf; 42, 163, 170 – Echter nach; 85, 1, 16 – Bayer-Aktionäre; 93, 266, 294 f. – „Soldaten sind Mörder“; zusammenfassend zur Kritik an der Vermutungsregel *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 196 ff.

⁴¹ BVerfGE 54, 129, 139 – Kunstkritik; 68, 226, 231 f. – schwarzer Sheriff; 82, 272, 281 f. – Zwangsdemokrat Strauß.

⁴² BVerfGE 12, 113, 131 – Schmid-Spiegel; 24, 278, 286 – Tonjäger; 54, 129, 138 – Kunstkritik; 66, 116, 150 f. – Wallraff/Springer.

in rein privaten Angelegenheiten geringeren Schutz.⁴³ Eine ähnliche Trennlinie wird bei Boykottaufrufen gezogen: Die Presse- oder Meinungsfreiheit des Aufrufenden setzt sich in der Abwägung tendenziell durch, wenn der Aufruf durch Sorge um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange der Allgemeinheit motiviert ist, und muss zurücktreten, wenn rein ökonomische Erwägungen ausschlaggebend sind.⁴⁴ Einschränkungen der Meinungsfreiheit sind auch dann unter weniger strengen Anforderungen möglich, wenn lediglich die Form, nicht aber der Inhalt der Äußerung betroffen ist.⁴⁵

Entsprechende Abwägungsleitlinien stellt das Bundesverfassungsgericht auch zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) auf. Hierzu kann zum Beispiel die als Grobraster⁴⁶ zu verstehende Zuordnung geschützter Verhaltensweisen zur Privat- oder Intimsphäre gezählt werden.⁴⁷

Als Beispiel für systematisierende Abwägungsleitlinien wird für die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) auch die Drei-Stufen-Theorie genannt.⁴⁸ Nach der im Apotheken-Urteil aufgestellten Formel werden in Abhängigkeit davon, ob eine Berufsausübungsregelung oder eine subjektive oder objektive Berufswahlregelung vorliegt, abgestufte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen gestellt.⁴⁹ Da die Drei-Stufen-Theorie hauptsächlich die Berufsfreiheit beschränkende Gesetze betrifft, sagt sie zur Abwägungskontrolle gegenüber den Fachgerichten wenig aus. Dementsprechend wird sie regelmäßig im Zusammenhang mit der

⁴³ BVerfGE 34, 269, 283 – Soraya; 101, 361, 391 – Caroline von Monaco II; 120, 180, 205 – Caroline von Monaco III.

⁴⁴ BVerfGE 7, 198, 215 f. – Lüth; 25, 256, 264 – Blinkfüer; 62, 230, 244 f. – Boykottaufruf; kritisch zur Differenzierung nach den ökonomischen Motiven *Friauff/Höfling*, AfP 1985, 249, 255.

⁴⁵ BVerfGE 42, 143, 149 – DGB.

⁴⁶ *Dreier*, in: ders., GG, Art. 2 I, Rn. 93.

⁴⁷ BVerfGE 80, 367, 373 ff. – Tagebuch; 101, 361, 382 – Caroline von Monaco II; 138, 377, 387 (Rn. 29) – Auskunftsanspruch des Scheinvaters.

⁴⁸ *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 274; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 85 f., weist allerdings auch auf die begrenzte Bedeutung der Theorie für die Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung hin (S. 87).

⁴⁹ BVerfGE 7, 377, 405 ff. – Apothekenurteil; 86, 28, 38 f. – öffentlich bestellter Sachverständiger; 126, 112, 137 f. – privater Rettungsdienst; 145, 20, 67 (Rn. 121) – Spielhallenzulassung; die Formel stellt ein Grobraster auf, dass in der Rechtsprechung nicht durchgängig herangezogen wird, vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 141; *Winkler*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 12 (47. EL 09/2015), Rn. 94.

Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts bei gesetzgeberischen Abwägungen diskutiert.⁵⁰

Die Abwägungskontrolle kann jedoch über die Prüfung der Leitlinien hinausgehen. Von einer umfassenderen Kontrolle der fachgerichtlichen Gütergewichtung kann gesprochen werden, wenn das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtliche Gewichtung widerstreitender Güter und Interessen unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände überprüft oder ersetzt.⁵¹

II. Tatsachenkontrolle

Die juristische Arbeit beginnt auch vor Gericht mit einem sog. „Rohsachverhalt“, auf dessen Grundlage unter Berücksichtigung der einschlägigen Normen durch Beweiserhebung und -würdigung der subsumtionsfähige Sachverhalt herausgearbeitet wird.⁵² Die Tatsachenkontrolle bezieht sich auf diese Feststellung des Sachverhalts durch das Fachgericht.⁵³

Sie kann sich zunächst auf die *Vollständigkeit* der Tatsachenermittlung beziehen:⁵⁴ Hat das Fachgericht den verfassungsrechtlich relevanten Sachverhalt erschöpfend ermittelt? Daneben wird die *Richtigkeit* der Tatsachenermittlung als Kontrollkategorie genannt.⁵⁵ Dies betrifft die Frage, ob das Fachgericht den Sachverhalt im Wege der Beweiserhebung und -würdigung zutreffend festgestellt hat. Abstufungen hinsichtlich des Umfangs der Tatsachenkontrolle können sich vor allem bei der Intensität der Prüfung fachgerichtlicher Beweiswürdigung zeigen.

Den Endpunkt der Skala des Prüfungsumfanges markiert als weitreichender Übergriff in fachgerichtliche Aufgabenbereiche die eigenständige Tatsachenermittlung durch das Bundesverfassungsgericht.

⁵⁰ *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 12 Abs. 1 (196. EL 02/2019), Rn. 208 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 156; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Rn. 116 ff.

⁵¹ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 90; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 103; vgl. auch *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 159 f., der eine das Ergebnis der Abwägung umfassende Kontrolle kritisch sieht.


⁵² *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 278 ff.; *T. Möllers*, Methodenlehre, 2021, § 14 Rn. 16; *F. Reimer*, Methodenlehre, 2020, Rn. 92 ff.

⁵³ Siehe oben Teil 1, C.III.2.c), S. 51.

⁵⁴ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 473; *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 183; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 273.

⁵⁵ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 473 u. 494 f.

III. Übersicht zur Skalierung des Prüfungsumfanges

Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung (abzugrenzen von der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der angewendeten Norm, welche das Verhältnis des Gesetzgebers zum Bundesverfassungsgericht betrifft)		
<div>Zunehmender Prüfungsumfang</div> <div></div>	Rechtssatzkontrolle	<i>Kontrolle der Auslegung einer Norm</i> (Schumann'sche Formel)
	Rechtsanwendungskontrolle	<i>Kontrolle auf Abwägungsausfälle</i> (Nichtberücksichtigung von Grundrechten)
		<i>Kontrolle auf Abwägungsfehleinschätzungen</i> (Fehlengewichtung grundrechtlichen Einflusses) <ul style="list-style-type: none">• Einhaltung der Abwägungsleitlinien u. Berücksichtigung der maßgeblichen Abwägungssichtspunkte• Kontrolle der fachgerichtlichen Abwägung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände
	Tatsachenkontrolle	<i>Kontrolle der Beweiserhebung und -würdigung</i> <i>Eigenständige Tatsachenermittlung durch BVerfG</i>

B. Der Prüfungsmaßstab:
Art. 6 GG und Kindesgrundrechte

Die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts wird maßgeblich durch den Prüfungsmaßstab mitbestimmt: Sind die grundrechtlichen Anforderungen strenger, gibt es mehr zu kontrollieren. Familiengerichtliche Entscheidungen werden an den Grundrechten der Eltern aus Art. 6 GG und den Kindesgrundrechten gemessen. Ziel ist an dieser Stelle nur die knappe Darstellung der jeweiligen Gewährleistungsgehalte und der umstrittenen Dogmatik des Art. 6 GG.

Generalnorm des grundrechtlichen Familienschutzes ist Art. 6 Abs. 1 GG, der die tatsächliche Gemeinschaft von Eltern und Kindern der Kleinfamilie in den Entwicklungsphasen von der Erziehungs-, über die Haus- bis zur Be-

gegnungsgemeinschaft schützt.⁵⁶ Daneben können auch verwandtschaftliche Beziehungen der Generationen-Großfamilie⁵⁷ und Bindungen innerhalb der (nur) „sozialen“ Familie, zum Beispiel zu den Pflegeeltern,⁵⁸ in den Schutzbereich fallen. Artikel 6 Abs. 2 GG regelt mit dem Elternrecht ein Teilbereich des Familienlebens. Der persönliche Schutzbereich ist enger gezogen und erfasst allein die Eltern in ihrer Beziehung zum minderjährigen Kind;⁵⁹ insofern wird das Familiengrundrecht verdrängt.⁶⁰ Die Kombination aus elterlichem Abwehrrecht und Pflichtbindung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) wird als Elternverantwortung bezeichnet (I.), über deren Ausübung die staatliche Gemeinschaft nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG wacht (III.). Mit der Trennung des Kindes von der Familie ist in Art. 6 Abs. 3 GG ein besonders intensiver Eingriff in das Elternrecht geregelt (IV.).

Ergänzt werden diese Bestimmungen durch den Mutterschutz (Art. 6 Abs. 4 GG) und das Gleichbehandlungsgebot zugunsten nicht ehelicher Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG). Zunehmende Bedeutung für das Dreiecksverhältnis Eltern-Staat-Kind erlangen die Kindesgrundrechte, die insbesondere der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stärker herausgearbeitet wurden (II.).

Neben den hier im Vordergrund der Betrachtung stehenden subjektiv-rechtlichen Gehalten, d.h. Abwehrrechten und Schutzansprüchen, haben das Elternrecht und die Kindesgrundrechte auch eine objektiv-rechtliche Dimension.⁶¹ Hervorzuheben ist hier die Ausstrahlungswirkung auf die Anwendung des Verfahrensrechts,⁶² die auch vom Bundesverfassungsgericht regelmäßig betont wird.⁶³ Dabei handelt es sich um prozedurale Schutzwirkungen mate-

⁵⁶ BVerfGE 80, 81, 90 – Volljährigenadoption.

⁵⁷ BVerfGE 136, 382, 388 (Rn. 22 f.) – Großeltern als Vormund; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 6, Rn. 10; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 88; anders hinsichtlich des Schutzes der Großfamilie noch BVerfGE 48, 327, 339 – Ehename; zustimmend *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), S. 542, 549 f.

⁵⁸ BVerfGE 68, 176, 187 – Rückführung aus Pflegefamilie; 79, 51, 59 – Rückführung zwecks Adoption.

⁵⁹ BVerfGE 24, 119, 135 – Adoption I.

⁶⁰ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 6, Rn. 3; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, Art. 6, Rn. 145.

⁶¹ Vgl. in Bezug auf das Elternrecht BVerfGE 4, 52, 57 – Dänische Schule: „Richtlinie“; 24, 119, 149 – Adoption I: „allgemeine[...] Wertentscheidung“; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 509.

⁶² *Höfling*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 42 f.; *Jestaedt/P. Reimer*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 166 ff.

⁶³ BVerfGE 55, 171, 182 – Alleinsorge; 79, 51, 66 f. – Rückführung zwecks Adoption; 99, 145, 162 f. – gegenläufige Kindesentführung; 121, 69, 107 – Umgangs-pflicht.

rieller Grundrechtsbestimmungen, die neben die Gewährleistungen der Verfahrensgrundrechte – wie zum Beispiel Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 GG – treten.⁶⁴

Keine Relevanz für den Prüfungsmaßstab hat hingegen die Problematik der Grundrechtsausgestaltung, die vom hier interessierenden Eingriffs- und Rechtfertigungsregime streng zu trennen ist.⁶⁵ Unter Ausgestaltung versteht man die Schaffung einfachrechtlicher Regelungskomplexe, welche die Ausübung des Grundrechts erst ermöglichen⁶⁶ und in Bezug auf das Elternrecht insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Befugnisse der Eltern gegenüber dem Kind und Dritten notwendig sind.⁶⁷ Die Kontrolle grundrechtsausgestaltender Tätigkeit betrifft daher die Funktionenteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung.⁶⁸

I. Die Elternverantwortung

Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG beschreibt eine Kombination von Grundrecht (1.) und Grundpflicht (2.), die vom Bundesverfassungsgericht als „Elternverantwortung“ zusammengefasst wurde.⁶⁹ Der Wortlaut der Norm („Pflege und Erziehung“) und die Pflichtbindung machen deutlich, dass die Elternverantwortung darauf ausgerichtet ist, dem Kindeswohl zu dienen (3.).

1. Abwehrrecht

Das Elternrecht beinhaltet ein Abwehrrecht eines jeden Elternteils gegen staatliche Eingriffe in die Erziehung und Pflege der Kinder.⁷⁰ Trotz der

⁶⁴ *Schmidt-Aßmann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, § 45, Rn. 1 ff., auch zur weiteren Systematisierung des Verhältnisses der Grundrechte zu Organisation und Verfahren; mit abweichender Schwerpunktsetzung bei der Systematisierung *Denninger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX³, § 193, Rn. 26 ff.

⁶⁵ *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 25; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 51.

⁶⁶ *Gellermann*, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand, 2000, S. 48 f.; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 579; auch die „eingrenzend-konkretisierend[e]“ Wirkung betonend *Degenhart*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, § 61, Rn. 18.

⁶⁷ BVerfGE 84, 168, 180 – Ehelicherklärung; 121, 69, 94 – Umgangspflicht; 127, 132, 146 f. – Sorgerecht des nichtehelichen Vaters.

⁶⁸ *Gellermann*, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand, 2000, S. 79 f.

⁶⁹ BVerfGE 24, 119, 143 – Adoption I; 56, 363, 382 – Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelichem Kind.

⁷⁰ BVerfGE 4, 52, 57 – Dänische Schule; 31, 194, 204 – Umgangsrecht; 56, 363, 381 – Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelichem Kind; ausführlich zum persönlichen Schutzbereich *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 144 ff.

Pflichtbindung und der Kindesnützigkeit gewährleistet Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein „Eigenrecht“ der Eltern, welches die Verantwortung für das Kind als Teil ihrer Entfaltung schützt.⁷¹

Grundrechtsträger sind die leiblichen und rechtlichen Eltern,⁷² nicht die Kinder, welche als Grundrechtsbegünstigte bezeichnet werden können.⁷³ In sachlicher Hinsicht schützt das Elternrecht mit dem Begriffspaar „Pflege und Erziehung“ eine ganzheitliche Sorge der Eltern für das Wohlergehen des Kindes,⁷⁴ es erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts.⁷⁵ Hierzu gehört die Sorge für das körperliche Wohlbefinden, die Einflussnahme auf die geistige und seelische Entwicklung des Kindes zur Entfaltung seiner Persönlichkeit und die Vermögenssorge.⁷⁶ Ferner können die Eltern Ziele, Inhalte und Methoden ihrer Sorge grundsätzlich frei bestimmen.⁷⁷ Seine weit zu ziehenden Grenzen hat der Schutzbereich dort, wo aufgrund eindeutig schädigender Verhaltensweisen – wie der Verletzung des Kindes – schon begrifflich nicht mehr von „Pflege und Erziehung“ gesprochen werden kann.⁷⁸ Davon abgesehen fallen auch „suboptimale“ Verhaltensweisen in den Schutzbereich: Hierzu gehört zum Beispiel die Ablehnung der Masernimp-

⁷¹ Lüderitz, AcP 178 (1978), 263, 267 ff.; Böckenförde, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 68; Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 16; Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 116 ff.; von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 74; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 189; ausführlich Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung, 2021, S. 53 ff. u. 169 ff.

⁷² Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 71 f.

⁷³ Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 188.

⁷⁴ Stern, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 516; Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 18.

⁷⁵ BVerfGE 84, 168, 180 – Ehelicherklärung; 107, 150, 173 – Sorgerecht Altfälle.

⁷⁶ Bei der näheren Systematisierung von „Pflege und Erziehung“ werden unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt: für eine Differenzierung zwischen der Sorge für das körperliche Wohl einerseits und die geistige und seelische Entwicklung andererseits Erichsen, Elternrecht, 1985, S. 31 f.; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 158 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 42; Burgi, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 109, Rn. 24; ähnlich von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 60 ff., der aber die Differenzierung zwischen Einwirkungen auf das Kind und Wahrnehmung von Rechten für das Kind für maßgeblich erachtet; Jestaedt/P. Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 268 ff. betonen den Zeitbezug elterlichen Tätigwerdens und unterscheiden zwischen dem Kümern um das aktuelle und das künftige Wohlergehen des Kindes; Jestaedt, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 102.

⁷⁷ Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 152.

⁷⁸ Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 17 und 46; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 144; ähnlich Brüser, Bedeutung der Kindesgrundrechte, 2010, S. 104; Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung, 2021, S. 46; so auch BVerfGE 24, 119, 143 – Adoption I für die „Vernachlässigung“ des

fung⁷⁹ oder die Entscheidung für einen Bildungsweg, der mit Nachteilen für das Kind verbunden ist.⁸⁰ Damit ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob staatliche Beschränkungen, d.h. Eingriffe in das Elternrecht, gerechtfertigt werden können.⁸¹ In zeitlicher Hinsicht erlischt das Elternrecht mit der Volljährigkeit des Kindes.⁸²

2. Grundpflicht

Pflege und Erziehung der Kinder sind nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gleichzeitig eine zuvörderst den Eltern obliegende Pflicht. Als einzigartige⁸³ Grundpflicht begründet sie eine gegenüber dem Staat bestehende Pflicht zur Wahrnehmung des Elternrechts und schließt ein Recht auf Nichtausübung der Pflege und Erziehung aus.⁸⁴ Die Pflichtbindung kann daher als verfassungsunmittelbare Schutzbereichsbegrenzung des Elternrechts eingeordnet werden.⁸⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht sieht darin keine Schranke, sondern einen „wesensbestimmende[n] Bestandteil“ des Elternrechts.⁸⁶ Das Abwehrrecht besteht gegenüber dem Staat also nur dann, wenn die Eltern überhaupt bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen. Im Übrigen müssen Begrenzungen des Elternrechts sich im Rahmen des Wächteramts bewegen.⁸⁷

Kindes; anders *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 111 u. 126, die Schutzbereichsgrenzen ablehnt.

⁷⁹ *Höfling/Stöckle*, RdJB 2018, 284, 291; das gilt auch für die Impfung gegen das SARS-CoV-2-Virus, vgl. *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 1241, 1242.

⁸⁰ BVerfGE 34, 165, 184 – Förderstufe Hessen.

⁸¹ Anders wohl *Erichsen*, *Elternrecht*, 1985, S. 51, der Beschränkungen der elterlichen Einwirkung auf das Kind nur dort als durch das Wächteramt legitimiert ansieht, wo der Schutzbereich des Elternrechts nicht eröffnet ist.

⁸² BVerfGE 59, 360, 382 – Schweigepflicht Schülerberater; 72, 122, 137 – Rückführung zwecks Ausreise; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn. 147; zu den Ausnahmen *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 66.

⁸³ *Böckenförde*, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 67f.

⁸⁴ *Schmitt Glaeser*, *Erziehungsrecht*, 1980, S. 48; *Burgi*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 109, Rn. 29; *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 112; anders BVerfGE 121, 69, 92f. – Umgangspflicht: Pflicht auch gegenüber dem Kind; zustimmend *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 31.

⁸⁵ *Erichsen*, *Elternrecht*, 1985, S. 36; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 585; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 365f.

⁸⁶ BVerfGE 24, 119, 143 – Adoption I; 56, 363, 382 – Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelichem Kind; 79, 203, 210 – Legitimation nichteheliches Kind; 108, 82, 102 – biologischer Vater.

⁸⁷ *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 167f.

3. Kindeswohlorientierung und Elternprimat

Weil seine Gewährleistung „in erster Linie dem Schutz des Kindes“ dient, wird das Elternrecht als „fiduziarisches“, „dienendes“ oder „treuhänderische[s]“ Recht beschrieben.⁸⁸ Es ist auf das Kindeswohl ausgerichtet, welches die „oberste Richtschnur elterlicher Pflege und Erziehung“ bildet.⁸⁹ Da es Bezugspunkt sowohl der Elternverantwortung als auch des Wächteramts⁹⁰ ist, kann man das Kindeswohl als „grundrechtsdogmatische Mitte“ im Verhältnis von Eltern, Kind und staatlicher Gemeinschaft bezeichnen.⁹¹ Insbesondere sein Verhältnis zu den Kindesgrundrechten sorgt allerdings für dogmatische Schwierigkeiten (c)). Die inhaltliche Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs (a)) obliegt vorrangig den Eltern (b)).

a) Begriff des Kindeswohls

Das „Kindeswohl“ ist kein originär verfassungsrechtlicher Begriff, sondern hat seinen Ursprung in den Humanwissenschaften.⁹² Auch heutzutage ist der Begriff nur im einfachen Recht,⁹³ nicht im Verfassungstext zu finden;⁹⁴ kann jedoch aus der Elternrechtsdogmatik nicht weggedacht werden. Der Rechtsbegriff⁹⁵ ist offen, komplex und unbestimmt, was eine Präzisierung anhand abstrakter Kriterien erschwert.⁹⁶ Eine Annäherung an den verfassungsrecht-

⁸⁸ Vgl. nur BVerfGE 61, 358, 371 f. – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener; kritisch zu diesen Begrifflichkeiten *Huster/Hörnle*, JZ 2013, 328, 331.

⁸⁹ BVerfGE 60, 79, 88 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 104, 373, 385 – Familiendoppelname.

⁹⁰ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I: Kindeswohl als „Richtpunkt für den Auftrag des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG“.

⁹¹ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 85; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 587: „verfassungsrechtliche Seinsmitte“.

⁹² *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 36; zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 29 ff.

⁹³ Vgl. §§ 1666 Abs. 1, 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 1697a BGB.

⁹⁴ Die geplante Änderung des Art. 6 Abs. 2 GG, welche eine ausdrückliche Erwähnung des Kindeswohls vorsah, ist vorerst gescheitert; vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte (abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Kinderrechte.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zuletzt abgerufen: 30.11.2021).

⁹⁵ Grundlegend *Coester*, Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983.

⁹⁶ *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 66; *Erichsen*, Elternrecht, 1985, S. 35; *Rossa*, Kinderrechte, 2014, S. 87; noch kritischer *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 468: „Leerformel“.

lichen Gehalt ist jedoch möglich: Das Kindeswohl betrifft einerseits den gegenwärtigen gesundheitlichen Zustand des Kindes und andererseits seine Entwicklungsmöglichkeiten zur Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.⁹⁷ Situationsabhängig können diese Kriterien unterschiedlich starke Bedeutung gewinnen. So stellt das Kindeswohl an fachgerichtliche Trennungsentscheidungen andere verfassungsrechtliche Anforderungen als an Sorgerechts- und Umgangsentscheidungen. Der Versuch einer umfassenden Festlegung unverzichtbarer Kindeswohlbedingungen findet sich bei Frederike Wapler: Zu diesen gehöre die grundlegende materielle Versorgung mit Nahrung, Kleidung und Obdach; die gesundheitliche Erhaltung; der Schutz vor Übergriffen in die leibliche, seelische und geistige Integrität; angemessene Bildung und Zukunftschancen; sowie der grundlegende Respekt vor der individuellen Persönlichkeit des Kindes.⁹⁸

Diese Aufzählung macht die verfassungsrechtliche Funktion des „Kindeswohls“ deutlich. Das Grundgesetz kann und will optimale Lebensbedingungen nicht festlegen, sondern nur ein staatliches Einschreiten bei Unterschreitung von Mindestvoraussetzungen – im gravierendsten Fall durch Verwahrlosung des Kindes (Art. 6 Abs. 3 GG) – ermöglichen.⁹⁹ Dementsprechend überrascht es nicht, dass sich in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung keine umfassende positive Beschreibung des Kindeswohls findet. Auch zu den Mindestvoraussetzungen des kindlichen Wohlergehens kann sich das Gericht nur in Abhängigkeit von der zu kontrollierenden fachgerichtlichen Entscheidung¹⁰⁰ äußern und einzelne kindeswohlrelevante Aspekte hervorheben. Hierzu gehören die Bindungen an die Eltern¹⁰¹ und deren Kontinuität¹⁰², der Umgang mit beiden Elternteilen¹⁰³, die Erziehungseignung der Eltern¹⁰⁴,

⁹⁷ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 82.

⁹⁸ *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 516.

⁹⁹ *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 136 ff. unterscheidet Maximal- und Minimalstandard des Kindeswohls.

¹⁰⁰ *Schmidt*, Will das Kind sein Wohl?, 2020, S. 325 kommt in einer Untersuchung der fachgerichtlichen Verwendung und Ausfüllung des Kindeswohlbegriffs in Umgangs- und Sorgerechtsentscheidungen zu dem ernüchternden Ergebnis, dass eine „konkrete inhaltliche Bestimmung nicht zu leisten“ und er eine „leere Hülle, die beliebig gefüllt werden“ könne, darstelle.

¹⁰¹ BVerfGE 55, 171, 184 – Alleinsorge; oder andere Bezugspersonen 72, 122, 140 f. – Rückführung zwecks Ausreise.

¹⁰² BVerfGE 61, 358, 377 – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener.

¹⁰³ BVerfGE 121, 69, 96 ff. – Umgangspflicht.

¹⁰⁴ BVerfGE 55, 171, 181 – Alleinsorge; ähnlich für Adoptiveltern 79, 51, 68 – Rückführung zwecks Adoption.

die tatsächliche Betreuungs-¹⁰⁵ und Versorgungssituation¹⁰⁶ und die Berücksichtigung des Kindeswillens.¹⁰⁷

Aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs hat die Frage nach dem Kindeswohl neben dem materiell-inhaltlichen auch einen kompetenziellen Aspekt:¹⁰⁸ *Wer* legt fest, welche Pflege- und Erziehungsmaßnahmen das Kindeswohl am besten fördern?

b) Vorrangige Bestimmung des Kindeswohls durch die Eltern

Diese Frage beantwortet Art. 6 Abs. 2 GG zugunsten der Eltern. Sie nehmen bei der Festlegung des Kindeswohls eine als Eltern- oder Erziehungsprimat bezeichnete Vorrangstellung ein.¹⁰⁹ Die Eltern entscheiden grundsätzlich letztverbindlich und frei von staatlicher Beeinflussung, was dem Kindeswohl am besten entspricht und mit welchen Pflege- und Erziehungsmaßnahmen dieses zu erreichen ist.¹¹⁰ Ihnen kommt ein Deutungsprimat zu.¹¹¹

Maßgeblicher Grund für diese Vorrangstellung ist, dass Eltern die Interessen des Kindes aufgrund ihrer natürlichen Verbundenheit in der Regel am besten wahrnehmen können.¹¹² Dabei nimmt die Verfassung in Kauf, dass die Eltern Entscheidungen treffen, die aus Sicht eines objektiven Dritten nicht optimal erscheinen.¹¹³ Auch bezüglich solcher Erziehungsmaßnahmen muss die staatliche Gemeinschaft das Elternprimat beachten und kann nur einschreiten, wenn die Eltern ausfallen oder versagen.¹¹⁴ Der Staat dient als letzte Erziehungsreserve oder „Nothelfer“.¹¹⁵

¹⁰⁵ BVerfGE 60, 79, 92 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

¹⁰⁶ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 31).

¹⁰⁷ Dazu sogleich unter c), S. 71.

¹⁰⁸ Dies betonen insb. *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 83.

¹⁰⁹ BVerfGE 4, 52, 56 f. – Dänische Schule; 24, 119, 135 f. – Adoption I; 31, 194, 204 – Umgangsrecht; 33, 236, 238; 60, 79, 88 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 107, 104, 117 – Anwesenheitsausschluss JGG; 133, 59, 74 (Rn. 42) – Sukzessivadoption; *Böckenförde*, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 76; *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, 1980, S. 35.

¹¹⁰ BVerfGE 121, 69, 92 – Umgangspflicht.

¹¹¹ *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 48; ähnlich *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 64: „Interpretationsprimat“; den Aspekt des *Festlegens* betonend *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 118: „Definitionskompetenz“; zu Abweichungen im Bereich der Schule *Ossenbühl*, DÖV 1977, 801, 806 ff.; *Rixen*, in: Klippel/Löhnig/Walter (Hrsg.), Symposium Schwab, 131, 142 ff., am Beispiel der dortigen Sexualerziehung.

¹¹² BVerfGE 60, 79, 94 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

¹¹³ Dies betont auch *Höfling*, Staat und Elternrecht, 2010, S. 129.

¹¹⁴ Dazu sogleich unter III., S. 80.

c) Wohl, Wille und Grundrechte des Kindes

Bei der Bestimmung des Kindeswohls ist der Wille des Kindes zu berücksichtigen. Dass der geäußerte Kindeswille in der Regel nur eines von mehreren zu berücksichtigenden Kindeswohlkriterien darstellt, wird in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung damit beschrieben, dass der Wille des Kindes berücksichtigt werden müsse, „soweit dies mit seinem Wohl vereinbar“ sei.¹¹⁶ Dem geäußerten Kindeswillen kommt dabei in zweifacher Hinsicht Bedeutung zu¹¹⁷: Einerseits kann er Ausdruck von zu berücksichtigenden Bindungen des Kindes an die Eltern sein; andererseits Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, welchem mit zunehmendem Alter und steigender Einsichtsfähigkeit vermehrt Bedeutung zukommt.¹¹⁸ Insbesondere der letztgenannte Aspekt, der einfachrechtlich in § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB festgehalten ist, wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrechts des Kindes geschützt.¹¹⁹

Damit ist auch der grundrechtsdogmatisch relevanteste Aspekt der Dreiecksbeziehung Eltern-Kind-Staat angesprochen: Wie verhalten sich die Kindesgrundrechte zum Kindeswohl und damit zum Elternrecht? Für die innerfamiliäre Beziehung gilt, dass Eltern nicht an die Kindesgrundrechte gebunden sind.¹²⁰ Im Übrigen – d.h. für alle Konstellationen mit staatlicher Beteiligung – herrscht Einigkeit dahingehend, dass das Wohl durch die grundrechtlichen Rechtspositionen des Kindes (mit-)bestimmt wird.¹²¹ Kein

¹¹⁵ Böckenförde, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 76.

¹¹⁶ BVerfGE 55, 171, 182 – Alleinsorge; BVerfGK 9, 274, 278; 10, 519, 522; BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201, 1205 (Rn. 37); vgl. für einen Fall der (verfassungskonformen) Nichtberücksichtigung des ausdrücklichen Kindeswillens im Interesse der Kontinuität der Sorgerechtsentscheidung BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2102/14, FamRZ 2015, 210, 211 (Rn. 19); kritisch Lischewski, DÖV 2020, 102, 104 f.

¹¹⁷ Coester, Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 257 ff.; skeptisch Schmidt, Will das Kind sein Wohl?, 2020, S. 330.

¹¹⁸ BVerfGE 55, 171, 182 ff. – Alleinsorge; BVerfGK 14, 28, 34 f.; 15, 509, 514 f.; BVerfG (2. Kammer), 22.03.2018 – 1 BvR 399/18, FF 2018, 247, 248 (Rn. 13); Kohne, JAmt 2009, 167 f.; vgl. auch Jestaedt/P. Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 102.

¹¹⁹ Dazu sogleich unter II.

¹²⁰ von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 69.

¹²¹ Schmitt-Kammler, Elternrecht, 1983, S. 24; Ossenbühl, Erziehungsrecht, 1981, S. 69; Stern, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 600; Höfling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 36; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 182; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 145; von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 69 ff.; Kriewald, in: Modrzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, 153, 172; Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung, 2021, S. 82 f.; Coester, FS Salgo, S. 13, 16.

Konsens besteht zu der Frage, ob dies zu (echten) Grundrechtskollisionen führt oder als Problem der Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs des Elternrechts zu behandeln ist.¹²²

II. Die Kindesgrundrechte

Das Kind ist nicht nur Begünstigter des Elternrechts und des Wächteramts, sondern selbstständiger Träger von Grundrechten; es ist grundrechtsfähig.¹²³ Mit „Kindesgrundrechten“ sind im vorliegenden Zusammenhang daher nicht die geplanten, aber vorerst gescheiterten Ergänzungen¹²⁴ des Grundgesetzes,¹²⁵ sondern allgemein die Kindern zustehenden Grundrechte gemeint. Auch für Minderjährige handelt es sich dabei zuvörderst um Abwehrrechte, zu deren Ausübung sie jedoch in Abhängigkeit von ihrer Grundrechtswahrnehmungs- und Selbstbestimmungsfähigkeit (1.) auf die Eltern angewiesen sind. Als Grundrechtsträger hat das Kind daneben einen Anspruch auf staatlichen Schutz, der vom Bundesverfassungsgericht in der Regel aus dem jeweiligen Grundrecht in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG hergeleitet wird.¹²⁶

¹²² Dazu sogleich unter B.II.1.b), S. 74.

¹²³ BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I; 72, 155, 172 – Elterliche Vertretungsmacht; 84, 168, 183 – Ehehellerklärung; 99, 145, 156 – gegenläufige Kindesentführung; 121, 69, 92 – Umgangspflicht; *Dürig*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 III (05/1977), Rn. 18; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 11 ff.; *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IX³, § 196, Rn. 12; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 90.

¹²⁴ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte (abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Kinderrechte.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zuletzt abgerufen: 30.11.2021); überwiegend kritisch dazu *Landenberg-Roberg*, NZFam 2021, 145; im Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP wird angestrebt, die Kinderrechte ausdrücklich im Grundgesetz zu verankern (S. 98), abrufbar unter <https://www.spd.de/koalitionsvertrag2021/>, zuletzt abgerufen: 30.11.2021.

¹²⁵ Vgl. zur Diskussion *Eufinger*, NJ 2021, 53; *Treichel*, JZ 2020, 653 ff.; *Lischewski*, DÖV 2020, 102 ff.; *Becker*, in: *Uhle* (Hrsg.), *Kinder im Recht*, 251; *G. Kirchhof*, NJW 2018, 2690 ff.; *Höfling*, ZKJ 2017, 354 f.; *Heiß*, NZFam 2015, 532, 536 ff.; *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 498 ff.; *Rossa*, *Kinderrechte*, 2014, S. 101 ff.; *Hohmann-Dennhardt*, FPR 2012, 185 ff.; *Herdegen*, FamRZ 1993, 374; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn. 25 ff.

¹²⁶ BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I; 55, 171, 179 – Alleinsorge; 72, 122, 132 – Rückführung zwecks Ausreise; BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 22); kritisch, mit dem Verweis, dass sich ein subjektives Recht auf Erfüllung der Schutzpflicht nicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, sondern aus dem jeweiligen Grundrecht ergebe: *Burgi*, in: *Höfling/Augsberg/Rixen*, GG, Art. 6 (22. EL 12/2007), Rn. 153; *Jestaedt/P. Reimer*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 396; sehr kritisch zu den Anfängen dieser

Eine abschließende Erörterung der Grundrechtspositionen des Kindes – die selbstverständlich auch außerhalb des Verhältnisses zwischen Eltern, Staat und Minderjährigem von Bedeutung sind – wird hier nicht angestrebt.¹²⁷ Die Darstellung beschränkt sich auf die für das Dreiecksverhältnis besonders relevanten Rechte: Hierzu gehört das Recht des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit (2.) und das Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (3.).

1. Das Kind als Grundrechtsträger und Prozessbeteiligter

Die Grundrechtsfähigkeit sagt nichts darüber aus, ob und inwieweit Kinder ihre Grundrechte tatsächlich selbstständig ausüben, d.h. Rechtsgeschäfte tätigen, eine Meinung äußern oder eine Religion wählen und praktizieren können. Dies wird unter dem Stichwort der „Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit“ diskutiert (a)). Davon zu trennen ist die Frage, anhand welcher Maßstäbe Interessenkollisionen zwischen Eltern und Kind unter staatlicher Beteiligung zu lösen und wie sie grundrechtsdogmatisch einzuordnen sind (b)). Dies wirkt sich auch auf die Verfahrensfähigkeit des Kindes im Verfassungsprozess aus und setzt der Vertretungsbefugnis der Eltern Grenzen (c)).

a) Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit

Die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit bezeichnet das tatsächliche „Können“, also das Vorliegen der grundlegenden körperlichen und geistigen Voraussetzungen, um überhaupt im grundrechtlich geschützten Bereich tätig zu werden.¹²⁸ Sie betrifft von vornherein nur Grundrechte, die überhaupt ein Verhalten des Berechtigten schützen und daher als verhaltensbezogene Grundrechte (zum Beispiel Art. 8 Abs. 1 GG – Versammlungsfreiheit¹²⁹) bezeichnet werden können. Demgegenüber erfordern positionsbezogene Grundrechte, welche eine tatsächliche (zum Beispiel Art. 2 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. GG – Recht auf Leben) oder rechtliche Position (beispielsweise Art. 14 Abs. 1 GG –

Rechtsprechung, eine „Umkehrung der Grundrechtsidee“ befürchtend *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 69 f.

¹²⁷ Vgl. für eine umfassende Zusammenstellung *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 502 ff.

¹²⁸ *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 599; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX³, § 196, Rn. 13; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 92; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 61: „Grundrechtsreife“ für Kinder und „Grundrechtsverstandesfähigkeit“ für Erwachsene; eine besondere Begrifflichkeit ablehnend *Klenner*, Schülergrundrechte, 2019, S. 100.

¹²⁹ Mit weiteren Beispielen *Klenner*, Schülergrundrechte, 2019, S. 101 ff.

Eigentum) schützen, grundsätzlich kein Tätigwerden.¹³⁰ Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit kein kinderspezifisches Problem sei¹³¹: Auch bei Volljährigen ist es zum Beispiel denkbar, dass sie aufgrund einer Erkrankung oder Behinderung nicht in der Lage sind, eine Meinung zu bilden oder zu haben. Allerdings ist das Fehlen der Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit für einen weiten Bereich grundrechtlicher Gewährleistungen zumindest für jüngere Kinder der Regelfall.

b) Selbstbestimmungsfähigkeit

Wesentlich relevanter ist die Frage, wann sich Vorstellungen des grundrechtswahrnehmungsfähigen Kindes gegenüber dem Willen seiner Eltern durchsetzen, weil es „eine genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt hat“,¹³² d. h. selbstbestimmungsfähig ist. Hierbei handelt es sich um ein innerfamiliäres Problem, dass aus grundrechtlicher Perspektive erst dann relevant wird, wenn der Staat an Konfliktfällen beteiligt ist. Missverständlich ist in diesem Zusammenhang daher die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, dass den Interessen des Kindes grundsätzlich der Vorrang zukomme,¹³³ da diese staatlicherseits allein im Rahmen des Wächteramts unter Wahrung des Elternprimats durchgesetzt werden können.¹³⁴

Die Diskussion dieser materiell-rechtlichen Problematik unter dem Stichwort der „Grundrechtsmündigkeit“¹³⁵ wird mittlerweile überwiegend, aber mit unterschiedlichen Begründungen abgelehnt.¹³⁶ Hier soll das Erfordernis

¹³⁰ Begrifflichkeiten bei *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 116 f.; ähnlich *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 23 ff.: „ausübungsbedürftige und nicht ausübungsbedürftige Grundrechte“.

¹³¹ *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 92, auch zum im Text folgenden Beispiel; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 16.

¹³² BVerfGE 59, 360, 387 – Schweigepflicht Schülerberater; ähnlich 72, 122, 137 – Rückführung zwecks Ausreise.

¹³³ BVerfGE 72, 122, 137 – Rückführung zwecks Ausreise; ähnlich bereits 37, 217, 252 – Staatsangehörigkeit von Kindern; 61, 358, 378 – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener.

¹³⁴ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 143; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 119 f., mit Beispielen.

¹³⁵ So zum Beispiel *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX³, § 196, Rn. 18 ff.; auch das BVerfG spricht gelegentlich von „Mündigkeit“, vgl. BVerfGE 59, 360, 387 – Schweigepflicht Schülerberater.

¹³⁶ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 2022, Rn. 218 f: Vermischung mit prozessualen Problem der Geltendmachung von Grundrechten; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 106: kein

einer intellektuelle Reife, die Tragweite und Konsequenzen grundrechtlichen Handelns einschätzen zu können, als Selbstbestimmungsfähigkeit bezeichnet werden.¹³⁷ Für den Bereich der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) wird diese Reife zum Beispiel durch § 5 und § 6 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (RKEG) gestuft auf das Alter von zwölf bzw. vierzehn Jahren festgesetzt.¹³⁸ Neben den begrifflichen Variationen bestehen zur grundrechtsdogmatischen Verortung des Konflikts zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten – genauer: der Kollisionslage, die entsteht, wenn Träger öffentlicher Gewalt beidseitige Grundrechtspositionen beachten müssen¹³⁹ – unterschiedliche Auffassungen.

Vielfach wird er als Frage der inhaltlichen Bestimmung des Elternrechts behandelt.¹⁴⁰ Bei bestehender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes und damit einhergehender fehlender Erziehungsbedürftigkeit in Bezug auf den jeweiligen Lebenssachverhalt werde das Elternrecht gegenstandslos.¹⁴¹ Staatliche Beschränkungen des Elternrechts – zum Beispiel des Entscheidungsrechts über das religiöse oder weltanschauliche Bekenntnis des Kindes (vgl. §§ 5, 6 RKEG) oder des Informationsanspruches bezüglich schulischer Angelegenheiten durch Regelungen zur Schweigepflicht von Schülerberatern¹⁴² – stellten dann keinen Eingriff in das Elternrecht dar. Soweit jedoch

grundrechtsdogmatischer Mehrwert; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 91: „begriffliche Unklarheit“; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 79 ff.: Rechtsunsicherheit; kritisch auch *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 57; *Brüser*, Bedeutung der Kindesgrundrechte, 2010, S. 69 f.; *Rossa*, Kinderrechte, 2014, S. 74; zu weitgehend allerdings *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 463: „Scheinproblem“.

¹³⁷ So auch *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 70; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 119 ff., sprechen von Erziehungsbedürftigkeit und Urteilsfähigkeit.

¹³⁸ Dazu schon *Krüger*, FamRZ 1956, 329, 330 f., mit dem weiteren historischen Beispiel der Selbstbestimmungsfähigkeit 18-Jähriger (die nach damaligem Recht die Volljährigkeitsgrenze noch nicht erreicht hatten) in Angelegenheiten der Wehrpflicht.

¹³⁹ *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 126; zurückhaltender *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 125: nur „formaliter“ bestehende Kollision; allgemein dazu *Bethge*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, § 72, Rn. 1 ff.

¹⁴⁰ *Dürig*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 III (05/1977), Rn. 22; *Böckenförde*, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 67; ähnlich *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 55 f., betont die Berücksichtigung der „Ausstrahlungseffekte“ (kindes-)grundrechtlicher Wertungen bei der Bestimmung der Reichweite der Elternverantwortung; so wohl auch *Hölbling*, Staat und Elternrecht, 2010, S. 147.

¹⁴¹ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 119 ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 162, spricht aber auch von einer „grundrechtlichen Kollisionslage“ (Rn. 143); zustimmend *Hönig*, Umgangsrecht, 2004, S. 223 ff.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 59, 360, 382 ff. – Schweigepflicht Schülerberater.

aufgrund fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes der Schutzbereich des Elternrechts eröffnet sei, finde eine Abwägung mit den Kindesgrundrechten nicht statt und der Kindeswille sei aus verfassungsrechtlicher Perspektive unbeachtlich.¹⁴³ Als wesentliches Argument für diese Schutzbereichslösung wird auf die mit der Kindeswohlorientierung einhergehende geringere Eigennützigkeit des Elternrechts verwiesen.¹⁴⁴

Teilweise werden Interessenkonflikte zwischen Eltern und Kind – ohne dass damit stets eine unmittelbare Geltung der Grundrechte impliziert würde¹⁴⁵ – als Kollisionslage zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten eingeordnet, die im Wege der Abwägung aufgelöst werden müsse.¹⁴⁶ Nur so werde die Schutzdimension der Kindesgrundrechte dogmatisch hinreichend berücksichtigt.¹⁴⁷

Die Unterschiede zwischen Schutzbereichslösung und Kollisionslösung zeigen sich unter anderem darin, wie stark bei der Beurteilung der Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung der Ausübung des Wächteramts die Kindesgrundrechte herausgearbeitet werden.¹⁴⁸

c) *Verfahrensfähigkeit*

Unter Verfahrensfähigkeit versteht man die Befähigung, Verfahrenshandlungen im Verfassungsprozess wirksam vorzunehmen.¹⁴⁹ Minderjährige sind mangels unbeschränkter Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nicht verfahrensfähig.¹⁵⁰ Ausnahmen werden – da das BVerfGG keine Regelung enthält – von Rechtsprechung und Literatur aus einfachrechtlichen Vorschriften zur Prozessfähigkeit hergeleitet.¹⁵¹ In Anlehnung an die Vorschriften des Familien-

¹⁴³ *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, 1980, S. 54 ff.; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 125.

¹⁴⁴ *Dürig*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 III (05/1977), Rn. 22.

¹⁴⁵ So aber *Krüger*, FamRZ 1956, 329, 331 ff.; den damaligen Meinungsstand zur unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Eltern-Kind-Verhältnis zusammenfassend *Reuter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968, S. 20 ff.

¹⁴⁶ *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 127; in diese Richtung auch *Britz*, NZFam 2016, 1113, 1114 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 17; ähnlich *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI¹, § 134, Rn. 69 ff.

¹⁴⁷ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V¹, § 111, Rn. 15; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 126 f.

¹⁴⁸ Dazu sogleich B.III.3, S. 84.

¹⁴⁹ BVerfGE 1, 87, 88; *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 430; *O. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 556.

¹⁵⁰ *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 432.

¹⁵¹ BVerfGE 28, 243, 255 – Kriegsdienstverweigerung; mit Einschränkungen 51, 405, 407 – Gemeinschuldner; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 93, Rn. 83 f.; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93, Rn. 15.

verfahrensgesetzes¹⁵² erscheint für kindschaftsrechtliche Angelegenheiten daher eine verfassungsprozessuale Verfahrensfähigkeit ab 14 Jahren naheliegend.¹⁵³

Jenseits dieser am einfachen Recht ausgerichteten Ausnahmen ist eine an der Selbstbestimmungsfähigkeit orientierte Verfahrensfähigkeit für das Verfassungsbeschwerdeverfahren abzulehnen, da sie zu Wertungswidersprüchen führte: Verfassungsprozessuale und einfachrechtliche Verfahrensfähigkeit würden auseinanderfallen, der Minderjährige könnte also den Rechtsweg nicht erschöpfen.¹⁵⁴

Soweit die Kinder nicht verfahrensfähig sind, können sie grundsätzlich durch ihre Eltern vertreten werden. Eine Verfassungsbeschwerde durch den gesetzlichen Vertreter kommt jedoch nicht in Betracht, wenn ein Interessenkonflikt besteht oder ein solcher nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁵⁵ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Eltern ihre minderjährigen Kinder (drei bis sechs Jahre) in einer Verfassungsbeschwerde gegen den Sorgerechtsentzug zwecks Fremdunterbringung vertreten wollen, obwohl Sachverständige oder Verfahrensbeistände die Trennung unter bestimmten Umständen befürworten.¹⁵⁶ Dann ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.¹⁵⁷ Alternativ können die Rechte des Kindes durch einen bestellten Verfahrensbeistand geltend gemacht werden.¹⁵⁸

¹⁵² Vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3: Verfahrensfähigkeit, § 60: Beschwerderecht, § 167 Abs. 3: Verfahrensfähigkeit bei Unterbringung oder freiheitsentziehenden Maßnahmen.

¹⁵³ *Fehnmann*, Grundrechte im Kindesalter, 1983, S. 52; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 174 f. u. 213 f.; das BVerfG deutet dies an, hat die Frage aber bis jetzt offen gelassen BVerfGE 72, 122, 133 – Rückführung zwecks Ausreise; BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 105 (Rn. 21).

¹⁵⁴ *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 93 (44. EL 03/1982), Rn. 475; *W. Roth*, Grundrechte Minderjähriger, 2003, S. 176; anders wohl *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 212.

¹⁵⁵ BVerfGE 72, 122, 133 f. – Rückführung zwecks Ausreise; 75, 201, 214 f. – Herausgabe eines Kindes; 79, 51, 58 – Rückführung zwecks Adoption; BVerfG (1. Kammer), 12.02.2021 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2021, 672, 674 (Rn. 18 f.).

¹⁵⁶ BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 106 (Rn. 23).

¹⁵⁷ BVerfGE 72, 122, 134 – Rückführung zwecks Ausreise; 107, 150, 167 f. – Sorgerecht Altfälle.

¹⁵⁸ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 265 (Rn. 35); BVerfG (1. Kammer), 15.12.2020 – 1 BvR 1395/19, FamRZ 2021, 512, 515 (Rn. 26 ff.), daneben ist die Prozessstandschaft eines Landkreises als Träger des Jugendamtes nicht möglich.

2. Recht des Kindes auf Entwicklung zur selbstbestimmten Persönlichkeit

Als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht des Kindes auf Entwicklung und Entfaltung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit, das plastisch als „Menschenwerdungsgrundrecht“¹⁵⁹ oder Recht auf „Person-Werden“¹⁶⁰ bezeichnet wurde. Diese Formulierungen spielen darauf an, dass Kinder ihr Persönlichkeitsrecht aufgrund fehlender physischer oder psychischer Fähigkeiten oder mangelnder Einsichtsfähigkeit nicht wie Erwachsene wahrnehmen können.¹⁶¹ Für Letztere werden mit der Vertraulichkeit im privaten Raum und der Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit die Grundbedingungen personaler Autonomie geschützt.¹⁶² Kinder bedürfen hingegen des Schutzes und der Hilfe, um sich überhaupt erst zu einer eigenverantwortlichen Person in der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln¹⁶³ und die Fähigkeiten zur autonomen Lebensgestaltung zu erlangen.¹⁶⁴ Diese Unterstützungsleistung ist primär den Eltern und nachrangig der staatlichen Gemeinschaft übertragen.

Da den Entwicklungsprozess betreffende staatliche Entscheidungen auch die Perspektive des Kindes beachten müssen, gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Berücksichtigung des Kindeswillens. Dieser gewinnt als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts mit zunehmendem Alter und steigender Einsichtsfähigkeit an Bedeutung.¹⁶⁵ Die fließenden Übergänge bei der Berücksichtigung des Kindeswillens lassen sich anhand von Entschei-

¹⁵⁹ *Ditzen*, NJW 1989, 2519; kritisch dazu *Jeand'Heur*, Schutzgebote, 1993, S. 18; *Kube*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 148, Rn. 72.

¹⁶⁰ *Engels*, AöR 122 (1997), S. 212, 226 f., der dies jedoch nicht als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts („Person-Sein“), sondern als eigenständige Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG versteht.

¹⁶¹ Ebd., S. 225 f.

¹⁶² BVerfGE 54, 148, 153 – Eppler; 99, 185, 193 f. – Scientology; 119, 1, 23 f. – Esra; 120, 180, 197 – Caroline von Monaco III; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 39 ff.; *Kube*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 148, Rn. 36 ff.; *Dreier*, in: ders., GG, Art. 2 I, Rn. 69 ff.

¹⁶³ BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I; 57, 361, 382 – Unterhaltsanspruch; 79, 51, 63 – Rückführung zwecks Adoption; zur Berichterstattung über Kinder 101, 361, 385 – Caroline von Monaco II; BVerfG (1. Kammer), 31.03.2000 – 1 BvR 1454/97, NJW 2000, 2191; BVerfGK 1, 285, 287; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, juris, Rn. 45 f.; die Entscheidung etabliert ebenfalls ein Recht auf schulische Bildung (Rn. 47 ff.).

¹⁶⁴ *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 100 f.

¹⁶⁵ *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 70; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 102 ff., die insoweit die dezisive Wirkung des Kindeswillens von der konsultativen Berücksichtigung unterscheidet.

dungen zur Alleinsorge verdeutlichen: Ein Kleinstkind kann noch keinen Willen bilden und artikulieren, es ist noch nicht grundrechtswahrnehmungsfähig. Daneben ist die Entscheidung zugunsten eines Elternteils beim Grundschulkind eher Ausdruck von Bindungen, die bei Kindeswohlbeurteilung zu berücksichtigen sind, während eine Wahl beim siebzehnjährigen Jugendlichen stärker als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts zu verstehen ist.¹⁶⁶

3. Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

Die Grundrechtspositionen des Kindes wurden in der jüngeren Rechtsprechung insbesondere mit dem Recht auf staatliche Gewährleistung der elterlichen Pflege und Erziehung näher herausgearbeitet. Dieses Erziehungsgewährleistungsrecht stützte das Bundesverfassungsgericht zunächst allein auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG,¹⁶⁷ zieht mittlerweile zur Herleitung aber auch Art. 2 Abs. 1 GG heran.¹⁶⁸ In der Literatur wird ein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 2 GG teilweise abgelehnt¹⁶⁹ und die Herleitung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und situationsabhängig auf andere Grundrechte des Kindes – zum Beispiel das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) – gestützt.¹⁷⁰

Das Recht auf staatliche Gewährleistung der elterlichen Pflege und Erziehung stellt zunächst ein Abwehrrecht dar, welches das Kind vor Beeinträchtigungen der Beziehung zu den Eltern – zum Beispiel durch behördliche Anfechtung der Vaterschaft oder durch Sorgerechtsentzug und Trennung von den Erziehungsberechtigten – schützt.¹⁷¹ Teilweise wird ein Abwehrrecht des Kindes gegen Fremdunterbringungen auch aus Art. 6 Abs. 3 GG hergelei-

¹⁶⁶ Vgl. zu diesen Abstufungen BVerfGK 14, 28, 34 f.; 15, 509, 514 f.; zur Doppelrolle des Kindeswillens in der fachgerichtlichen Rechtsprechung *Schmidt*, Will das Kind sein Wohl?, 2020, S. 141 ff., 212 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 121, 69, 93 – Umgangspflicht; ähnlich auch schon 68, 256, 269 – Erwerbsverpflichtung zur Unterhaltsleistung; zustimmend von *Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 54; *Rossa*, Kinderrechte, 2014, S. 99.

¹⁶⁸ BVerfGE 133, 59, 73 (Rn. 40) – Sukzessivadoption; 135, 48, 84 (Rn. 97) – behördliche Vaterschaftsanfechtung; 136, 382, 387 (Rn. 18) – Großeltern als Vormund; zustimmend *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 48.

¹⁶⁹ *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 182; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 261 ff. u. 396; *Burgi*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 6 (22. EL 12/2007), Rn. 98.

¹⁷⁰ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 152; auch *Britz*, JZ 2014, 1069, 1070 betont die Verankerung des subjektiven Rechts in Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁷¹ Siehe BVerfGE 135, 48, 85 (Rn. 98 f.) – behördliche Vaterschaftsanfechtung; 136, 382, 391 (Rn. 29) – Großeltern als Vormund; BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 22); *Britz*, JZ 2014, 1069, 1071; kritisch dazu *Heilmann*, NJW 2017, 986, 987.

tet.¹⁷² Da diese Gewährleistungen parallel zum elterlichen Abwehrrecht verlaufen und die Eltern sich regelmäßig gegen einschränkende Maßnahmen wehren, haben sie für die Rechtsprechungspraxis nur eine geringe Bedeutung.¹⁷³

Den über die abwehrrechtliche Komponente des Erziehungsgewährleistungsrechts hinausgehenden Gehalt beschreibt das Bundesverfassungsgericht als „ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat.“¹⁷⁴ Dieses ist im Interesse des Kindes auf Ermöglichung, Förderung und Unterstützung elterlicher Pflege und Erziehung gerichtet und weist folglich – zum Beispiel hinsichtlich staatlicher Erziehungshilfen – eine leistungsrechtliche Dimension auf.¹⁷⁵ Ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Pflege und Erziehung *gegen* die Eltern ist damit nicht verbunden.¹⁷⁶ Diese Kindesgrundrechte sind bei der Ausübung des staatlichen Wächteramts neben dem Elternrecht zu berücksichtigen.

III. Staatliches Wächteramt

Nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG wacht die staatliche Gemeinschaft über die Ausübung der Elternverantwortung. Unter engen Voraussetzungen (3.) ist sie berechtigt (1.) und verpflichtet (2.) die Pflege und Erziehung durch die Eltern einzuschränken.

Dies gilt einerseits für staatliche Maßnahmen, die zulasten des Abwehrrechts beider Elternteile eine Kindeswohlgefährdung abwenden. Andererseits gehört zu den staatlichen Wächteraufgaben auch die Streitschlichtung zwischen den Eltern,¹⁷⁷ zum Beispiel bei der Entscheidung über die Alleinsorge oder den Umgang. Diese verteilen als konfliktlösende Maßnahmen die Erzie-

¹⁷² *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 79; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 255; dagegen *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 467.

¹⁷³ *Britz*, NZFam 2016, 1113, 1115; *dies.*, JZ 2014, 1069, 1072.

¹⁷⁴ BVerfGE 133, 59, 74 (Rn. 43) – Sukzessivadoption; kritisch dazu *P. Reimer/Jestaedt*, JZ 2013, 468, 471.

¹⁷⁵ *Britz*, JZ 2014, 1069, 1070, die auch von einem „Gewährleistungsgrundrecht“ spricht (S. 1072); *dies.*, NZFam 2016, 1113, 1115; *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 202 f.; *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 126; *Kriewald*, in: Morzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, 153, 162.

¹⁷⁶ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 262; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 68; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 171 ff.; *Coester*, FS Salgo, S. 13, 16 f.; *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 124; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn. 24.

¹⁷⁷ *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 68; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 80; *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 28; anders *Bro-*

hungsaufgaben zwischen den Eltern, dienen daher dem Ausgleich zwischen beidseitig geschützten Rechtspositionen und lassen das Elternprimat gegenüber dem Staat grundsätzlich unberührt.¹⁷⁸ In der Kammerrechtsprechung zur Alleinsorge ist daher gelegentlich davon die Rede, dass der „Staat nur vermittelnd und nicht von außen eingreifend tätig“ wird.¹⁷⁹ Allerdings stellen auch Entscheidungen zur Alleinsorge oder zum Umgang einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Elternrecht des unterlegenen Teils dar.¹⁸⁰

1. Schranke des Elternrechts

Hoheitliche Einschränkungen elterlicher Einwirkung auf das Kind stellen, soweit sie nicht eindeutig schädigende Verhaltensweisen betreffen,¹⁸¹ Eingriffe in das Elternrecht dar und bedürfen der Rechtfertigung. Hierfür stellt Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt auf.

Zwar erschwert sein ungewöhnlicher – an die Formulierung von Art. 120 WRV anknüpfender¹⁸² – Wortlaut die grundrechtsdogmatische Einordnung. Mit Verweis auf die Abweichung von der typischen Formulierung von Gesetzesvorbehalten und das Pflichtelement des Wächteramts wird das Elternrecht teilweise als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht qualifiziert.¹⁸³ Überzeugender erscheint jedoch die Einordnung von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG als qualifizierter Gesetzesvorbehalt.¹⁸⁴ Zunächst kann das Wort „Wachen“ auf

sius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 173, die darin eine Ausgestaltung des Elternrechts sieht.

¹⁷⁸ BVerfGE 31, 194, 208 – Umgangsrecht; 61, 358, 374 – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener.

¹⁷⁹ BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 10; BVerfG (1. Kammer), 16.04.2014 – 1 BvR 3360/13, ZKJ 2014, 379, 380 (juris Rn. 8), beide Entscheidungen sprechen allerdings auch von einem „Eingriff in das Elternrecht des einen Elternteils“.

¹⁸⁰ *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 151 ff.; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 161, die jedoch eine Rechtfertigung im Rahmen des Wächteramts ablehnen und das Elternrecht des unterlegenen Teils als kollidierendes Verfassungsrecht heranziehen; anders, einen Eingriff ablehnend BVerfGE 31, 194, 208 – Umgangsrecht.

¹⁸¹ Zu den weiten Schutzbereichsgrenzen bereits oben B.I.1, S. 65 f.

¹⁸² Zur Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG genauer *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 123.

¹⁸³ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 54; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 171; ähnlich *Schmitt-Kammler*, Elternrecht, 1983, S. 23: kein „Einschränkungs Vorbehalt“, nur „Mißbrauchsschranke“; *Burgi*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 6 (22. EL 12/2007), Rn. 151.

¹⁸⁴ So *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 585; *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 53; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 76; mit Einschränkungen *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6

eine Beschränkbarkeit des Handelns des Überwachten hindeuten.¹⁸⁵ Auch herrscht Einigkeit darüber, dass eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Elternrecht erforderlich ist.¹⁸⁶ Schließlich folgt aus der Orientierung am Kindeswohl („Über ihre Betätigung“), dass staatliches Einschreiten nur unter besonderen Voraussetzungen möglich ist, was für einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt spricht.¹⁸⁷ Daneben kommt als Rechtfertigung für Begrenzungen des Elternrechts kollidierendes Verfassungsrecht, zum Beispiel der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG, in Betracht.

2. Positivierte Schutzpflicht zugunsten der Kindesgrundrechte

Aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ergibt sich außerdem eine staatliche Pflicht, zugunsten des Kindes über die Ausübung der Elternverantwortung („ihre Betätigung“) zu wachen.¹⁸⁸ Sie ist, dies folgt schon aus ihrer Akzessorietät zur Elternverantwortung, auf das Kindeswohl ausgerichtet. Ein subjektives Recht des Kindes gewährleistet Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (allein) jedoch nicht.¹⁸⁹ Hierfür bilden die Kindesgrundrechte die Grundlage.¹⁹⁰ Aufgrund dieses engen Zusammenhangs ist zutreffend davon die Rede, dass die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Kindesgrundrechte im Wächteramt positiviert sei.¹⁹¹ Es

Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 345, die das Elternrecht als teilweise vorbehaltlos gewährleistet einordnen (Rn. 347); in diese Richtung aus der Rechtsprechung: BVerfGE 4, 52, 57 – Dänische Schule: „Schranke“; 24, 119, 138 – Adoption I.

¹⁸⁵ *Erichsen*, Elternrecht, 1985, S. 47 f.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 124 f.

¹⁸⁶ BVerfGE 107, 104, 120 – Anwesenheitsausschluss JGG; *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 53; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 54; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 344; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 178.

¹⁸⁷ *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 53.

¹⁸⁸ BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I; 55, 171, 179 – Alleinsorge; 60, 79, 88 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 72, 122, 134 – Rückführung zwecks Ausreise; *Schmitt-Kammler*, Elternrecht, 1983, S. 25; *Burgi*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 6 (22. EL 12/2007), Rn. 151 ff.; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 76; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 384 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 241; mit abweichender dogmatischer Konzeption *Jeand’Heur*, Schutzgebote, 1993, S. 99 ff.: „Garantienorm“.

¹⁸⁹ *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 589; *Höfling*, Staat und Elternrecht, 2010, S. 157; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 396; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 177; anders *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 118 f., die von einer subjektiv-rechtlichen Dimension des Wächteramts spricht.

¹⁹⁰ Siehe oben B.II.2, S. 78 f.

¹⁹¹ *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 69; ähnlich *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 177 f.; *Burgi*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 6 (22. EL

berechtigt zum Eingriff in das Elternrecht und verpflichtet zum Schutz des Kindes. Insoweit kann man von einer Pflicht zum Gebrauch des qualifizierten Gesetzesvorbehalts sprechen.¹⁹²

3. Modalitäten und Voraussetzungen des Wächteramts

Leitendes Prinzip der Ausübung des Wächteramts ist seine das Elternprimat wahrende Subsidiarität,¹⁹³ dem Staat steht kein eigenes Erziehungsrecht zu.¹⁹⁴ Deswegen kann die staatliche Gemeinschaft nicht gegen den Willen der Eltern die bestmögliche Erziehung anstreben, sondern lediglich über deren Erziehungsarbeit und die Einhaltung äußerer Grenzen wachen. Zur subsidiären Verantwortung für die Pflege und Erziehung gehört auch, sozio-ökonomische Unterschiede zwischen Familien zu akzeptieren.¹⁹⁵ Dies wurde treffend damit beschrieben, dass die Geburtsfamilie „ein nur in Randbereichen von der Gesellschaft zu korrigierendes persönliches Schicksal“¹⁹⁶ sei.

Das Wächteramt ist primär auf Beobachtung und sekundär auf Intervention ausgerichtet.¹⁹⁷ Sein Schwerpunkt liegt in der Gefahrenvorsorge und -verhinderung, nicht erst in der Reaktion auf eingetretene Schäden.¹⁹⁸ Dementsprechend gehen freiwillige Angebote und unterstützende Maßnahmen imperativen Eingriffen vor.¹⁹⁹ Hiervon profitiert stets das Kind, aber auch die Eltern, zum Beispiel durch Erziehungshilfe.²⁰⁰

12/2007), Rn. 153; anders *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 397: Sperrwirkung des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG für sonstige Schutzpflichten.

¹⁹² *Sachs*, Verfassungsrecht II, 2017, Kap. 18, Rn. 42; ähnlich *Kriewald*, in: Mo-
drzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG V, 153, 168.

¹⁹³ *Böckenförde*, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980), 54, 76:
kein Einschreiten, soweit „Fragen von ‚gut‘ oder ‚besser‘ zur Entscheidung stehen“;
Ossenbühl, Erziehungsrecht, 1981, S. 71; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 76.

¹⁹⁴ *Ossenbühl*, DÖV 1977, 801, 806; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Wal-
ter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 377; am Beispiel der Ent-
scheidung über den Kindergartenbesuch *Beaucamp*, LKV 2014, 344, 345.

¹⁹⁵ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116
(Rn. 38); ähnlich BVerfGE 72, 122, 139 – Rückführung zwecks Ausreise.

¹⁹⁶ *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 467.

¹⁹⁷ *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, 1980, S. 57; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/
Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 388 und 392.

¹⁹⁸ *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 75.

¹⁹⁹ Ebd., S. 74; *Böckenförde*, in: Krautscheidt/Marré (Hrsg.), Ess.Gespr. 14 (1980),
54, 79; ausführlich *Hölbling*, Staat und Elternrecht, 2010, S. 84.

²⁰⁰ Vgl. zum subjektiven Recht des Kindes auf dieses Tätigwerden oben B.II.3.,
S. 79 f.

Nach diesen Grundsätzen kann nicht auf jede elterliche Nachlässigkeit mit Wächteramtsmaßnahmen reagiert werden.²⁰¹ Ein staatliches Einschreiten ist erst möglich und geboten, wenn ein Fehlverhalten vorliegt, welches ursächlich für eine objektive Kindeswohlgefährdung oder -schädigung ist.²⁰² Uneinigkeit herrscht darüber, inwieweit die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung an den Kindesgrundrechten orientiert sein muss. Teilweise wird für ihre (maßvolle) Berücksichtigung votiert und vor einem „Einsetzen“ der Kindesgrundrechte gegen das Elternrecht unter „Umkehrung der Grundrechtsidee“ gewarnt.²⁰³ Angesichts des Pflichtelements des Wächteramts erscheint eine stärkere Orientierung an den Grundrechten des Kindes geboten. Eine Gefährdung grundrechtlich geschützter Positionen lässt sich dort feststellen, wo diese einen „objektivierbaren“ Gehalt haben.²⁰⁴ Bei diesen Grundrechten kommt es auf die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit des Kindes²⁰⁵ oder eine Festlegung des Grundrechtsinhalts durch die Eltern nicht an; dem Elternprimat sind objektiv bestimmbare Grenzen gezogen.²⁰⁶ Hierzu kann man die Menschenwürde, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit und die Vermögenssphäre zählen.²⁰⁷

Andere Grundrechtspositionen kommen für die Bestimmung einer Kindeswohlgefährdung nicht in Betracht, weil sie sich ohne vorherige Festlegung durch die Eltern mangels Objektivierbarkeit dem Kind „nicht mit einem bestimmten Inhalte zuweisen“ lassen.²⁰⁸ Die Elternverantwortung zielt hier – solange das Kind nicht grundrechtswahrnehmungs- und selbstbestimmungs-

²⁰¹ BVerfGE 24, 119, 144 f. – Adoption I; 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 72, 122, 139 – Rückführung zwecks Ausreise; 104, 373, 385 f. – Familiendoppelname; 107, 104, 117 f. – Anwesenheitsausschluss JGG.

²⁰² BVerfGE 24, 119, 144 – Adoption I; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 403.

²⁰³ Mit dieser Befürchtung *Ossenbühl*, Erziehungsrecht, 1981, S. 69 f.; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 587 f.; ähnlich auch schon *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, 1980, S. 49 f.; *Böckenförde*, in: Krautscheid/Marré (Hrsg.), Ess. Gespr. 14 (1980), 54, 62.

²⁰⁴ *Schmitt-Kammler*, Elternrecht, 1983, S. 24 f.; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V¹, § 111, Rn. 15; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 71; ähnlich, aber vorsichtiger *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 182, die den staatlichen Spielraum bei der Einschätzung der Kindeswohlgefährdung von der „Objektivierbarkeit“ der betroffenen Rechtsposition abhängig machen will; kritisch *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 178.

²⁰⁵ Siehe oben B.II.1.a), S. 73.

²⁰⁶ *Schmitt-Kammler*, Elternrecht, 1983, S. 25.

²⁰⁷ *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 71.

²⁰⁸ *Schmitt-Kammler*, Elternrecht, 1983, S. 24; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 70; zustimmend *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 296 f.

fähig ist – auf die Festlegung dieses Inhalts ab.²⁰⁹ Hierzu gehört zum Beispiel die Bestimmung der Religion oder Weltanschauung nach der ein Kleinkind erzogen wird. Mit zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes müssen staatliche Maßnahmen seinen Willen als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts stärker berücksichtigen.²¹⁰

Daneben bedürfen Wächtermaßnahmen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage²¹¹ und müssen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.²¹²

IV. Trennung von den Eltern als Anwendungsfall des Wächteramts

Art. 6 Abs. 3 GG regelt einen speziellen Anwendungsfall des staatlichen Wächteramts und stellt für Trennungsfälle einen besonders strengen Prüfungsmaßstab auf. Als eigenständiges Grundrecht hat die Norm nur einen kleinen Anwendungsbereich, sie entfaltet insbesondere für nichtelterliche Erziehungsberechtigte Bedeutung.²¹³ Daneben enthält Art. 6 Abs. 3 GG – hierfür spricht der Wortlaut und der Umstand, dass er besondere Voraussetzungen für die Auflösung der Gemeinschaft von Erziehungsberechtigten und Kind aufstellt – einen qualifizierter Gesetzesvorbehalt zum Elternrecht.²¹⁴

Eine Trennung liegt vor, wenn das Kind tatsächlich aus der häuslichen Gemeinschaft dauerhaft entfernt wird, um die Erziehung dem Staat oder einem

²⁰⁹ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 114.

²¹⁰ Siehe oben B.II.2., S. 78 f.

²¹¹ BVerfGE 107, 104, 120 – Anwesenheitsausschluss JGG; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 78.

²¹² BVerfGE 24, 119, 145 – Adoption I; 60, 79, 89 f. – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 187.

²¹³ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 447; zum Grundrechtscharakter auch *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII³, § 155, Rn. 61; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht IV/1, § 100, S. 537; in diese Richtung auch BVerfGE 24, 119, 138 – Adoption I.

²¹⁴ *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 255; *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 84; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 485; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 145 u. 168; anders *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rn. 63: Schranken-Schranke; in diese Richtung BVerfGE 76, 1, 48 – Familiennachzug; ebenso *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 6 (86. EL 01/2019), Rn. 141; anders auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 192 ff., die in Parallele zum Wächteramt ein „Trennungsamt“ annimmt.

Dritten zu übertragen.²¹⁵ Dementsprechend werden fachgerichtliche Entscheidungen, die das Aufenthaltsbestimmungsrecht zum Zweck der Fremdunterbringung entziehen, an Art. 6 Abs. 3 GG gemessen. Gleiches gilt für Judikate, die nach Unterbringung in einer Pflegefamilie die Rückführung zur Ursprungsfamilie ablehnen und die Fremdunterbringung damit aufrechterhalten.

Die Trennung ist zulässig, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder das Kind aus anderen Gründen zu verwahrlosen droht. Dies setzt eine nicht notwendigerweise schuldhafte Nichterfüllung der Erziehungspflichten voraus,²¹⁶ welche eine nachhaltige Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Kindeswohls auslöst.²¹⁷ Eine Gefährdung ist anzunehmen, wenn sich diese mit ziemlicher Sicherheit voraussagen lässt oder bereits ein Schaden eingetreten ist. In vielen Fällen nehmen die Fachgerichte daher Prognosen über die künftige Kindeswohrentwicklung vor und setzen die Wahrscheinlichkeit ins Verhältnis zur Art und zeitlichen Nähe des Schadenseintritts.²¹⁸

Ferner muss eine hinreichend bestimmte gesetzlichen Ermächtigung vorliegen.²¹⁹ Daneben gelten, da die Trennung den „stärksten Eingriff“ in das Elternrecht darstellt, strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen.²²⁰ Hierzu gehören besondere Anforderungen an die Geeignetheitsprüfung: Es reicht nicht aus, dass die gerichtliche Maßnahme zweckförderlich ist, d. h. bestehende Kindesgefährdungen beseitigen kann. Zusätzlich ist erforderlich, dass sich die Situation des Kindes in einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der negativen Folgen einer Trennung – zum Beispiel der psychischen Belastung durch eine Fremdunterbringung – verbessern würde.²²¹ Außerdem müssen mildere Mittel, insbesondere öffentliche Hilfen (vgl. § 1666a BGB),

²¹⁵ BVerfGE 31, 194, 210 – Umgangsrecht; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 194.

²¹⁶ *von Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6, Rn. 85.

²¹⁷ BVerfGE 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 107, 104, 118 – Anwesenheitsausschluss JGG; 136, 382, 391 (Rn. 28) – Großeltern als Vormund; BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 16).

²¹⁸ *Gärditz*, FF 2015, 341, 342.

²¹⁹ BVerfGE 107, 104, 120 – Anwesenheitsausschluss JGG; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 485.

²²⁰ BVerfGE 60, 79, 89 und 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 68, 176, 187 – Rückführung aus Pflegefamilie; 72, 122, 137 – Rückführung zwecks Ausreise; 79, 51, 60 – Rückführung zwecks Adoption; 107, 104, 118 – Anwesenheitsausschluss JGG; BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 16 u. 28 ff.).

²²¹ BVerfGK 19, 295, 303; BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 250 (Rn. 38 f.); *Britz*, NZFam 2016, 1113, 1116.

eingehend im Rahmen der Erforderlichkeit geprüft werden. Für andere Erziehungsberechtigte, zum Beispiel die Pflegeeltern, können aufgrund des geringeren Eingriffsgewichts großzügigere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit gelten.²²²

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Verfassung für Trennungsfälle einen wesentlich strengeren Prüfungsmaßstab bereitstellt als für andere kindschaftsrechtliche Fallkonstellationen, was sich notwendigerweise auf die Kontrolltätigkeit auswirkt. Auf diesen Zusammenhang wird verwiesen, wenn von der Eingriffsintensität als materiell-rechtlicher Determinante²²³ oder materiell-rechtlichem Bestimmungsfaktor²²⁴ für die verfassungsgerichtliche Kontrolltätigkeit gesprochen wird. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern sich die Eingriffsintensität zusätzlich auf den Prüfungsumfang auswirkt.

C. Der Prüfungsumfang

Das Grundgesetz erwähnt die Eingriffsintensität als Steuerungsfaktor der Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts nicht explizit. Vielmehr wurde das Kriterium vom Gericht zur Präzisierung seines Prüfungsumfanges entwickelt. Die Bezugnahme auf die Eingriffsintensität beschreibt zunächst den materiell-rechtlichen Zusammenhang zwischen der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ihre Rechtfertigung: Intensive Beeinträchtigungen fordern wichtige verfassungsrechtliche Gründe, wirken sich also auf den Prüfungsmaßstab aus.

Mit Hilfe der Eingriffsintensität bestimmt das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus, auf welche fachgerichtlichen Aufgabenbereiche sich seine Kontrolle erstreckt und welcher Grad der Fehlerhaftigkeit der fachgerichtlichen Entscheidung es zum Einschreiten bewegt. Ihren Ausgangspunkt findet der explizite Rückgriff auf das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung des Prüfungsumfanges in Entscheidungen zu Art. 5 GG. Die Anfänge der Intensitätsrechtsprechung werden knapp erörtert (I.), um Unterschiede zur Verwendung des Intensitätskriteriums in kindschaftsrechtlichen Fällen (II.) sichtbar zu machen.

²²² BVerfGE 79, 51, 60 – Rückführung zwecks Adoption; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 496.

²²³ *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 149.

²²⁴ *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 135 ff., vgl. auch S. 18: Bestimmungsfaktor für den Inhalt der „materialen grundgesetzlichen Handlungsmaßstäbe“.

I. Anfänge der Intensitätsrechtsprechung in Entscheidungen zu den Kommunikationsgrundrechten

Die Bestimmung des Prüfungsumfanges anhand der Eingriffsintensität beginnt Mitte der 70er Jahre und findet sich anfänglich und verstärkt bei der Kontrolle zivil- und strafgerichtlicher²²⁵ Entscheidungen zu den Kommunikationsgrundrechten, aber auch gelegentlich bei der Überprüfung von Urteilen der Verwaltungsgerichte.²²⁶ Nicht selten war die Orientierung des Prüfungsumfanges an der Eingriffsintensität innerhalb des Gerichts allerdings umstritten.²²⁷ In den frühen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur flexiblen Handhabung des Prüfungsumfanges (1.) zeichnet sich ein an der Eingriffsintensität und der abschreckenden Wirkung gerichtlicher Entscheidungen (2.) orientiertes 3-Stufen-Modell (3.) ab, dessen Einhaltung anhand des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens des Gerichts nur schwer nachzuvollziehen ist (4.). Neben der mit dem 3-Stufen-Modell beschriebenen Kontrolle der Rechtsauslegung und -anwendung stellt sich die Frage, ob eine hohe Eingriffsintensität das Bundesverfassungsgericht in dieser Anfangsphase zu einer Tatsachenkontrolle bewegt hat (5.).

1. Ausgangsentscheidungen: Lebach, DGB und Echternach

Der Beginn der Intensitätsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird vielfach im Lebach-Urteil²²⁸ gesehen.²²⁹ Dieses Verfahren betraf das vor den Zivilgerichten erfolglose Begehren des am „Soldatenmord von Lebach“ beteiligten Beschwerdeführers, die Ausstrahlung eines anlässlich seiner Haftentlassung anstehenden Dokumentarfilms wegen Gefährdung seines Resozialisierungsinteresses untersagen zu lassen.

Zur Beschreibung seiner Kontrolltätigkeit verweist das Bundesverfassungsgericht auf die den Fachgerichten vorbehaltenen Aufgabenbereiche und die beschränkte Überprüfung auf grundsätzlich unrichtige Auffassungen von der Bedeutung eines Grundrechts, sieht sich dadurch aber nicht an eigenen

²²⁵ BVerfGE 43, 130, 136 – Flugblatt; 67, 213, 222 – Anachronistischer Zug.

²²⁶ BVerfGE 69, 315 – Brokdorf; 83, 130 – Mutzenbacher.

²²⁷ BVerfGE 44, 197, 209 f. – Solidaritätsadresse (abw. M. Hirsch); 66, 116, 143 f. – Wallraff/Springer; 73, 206, 260 – Sitzblockade I; 93, 266, 313 ff. – „Soldaten sind Mörder“ (abw. M. Haas).

²²⁸ BVerfGE 35, 202 – Lebach.

²²⁹ *Herzog*, FS Dürig, S. 431, 439; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 96 ff.; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 89 f.; ähnliche Ansätze schon in BVerfGE 30, 173, 220 – Mephisto (abw. M. Rupp-v. Brünneck), die auf die freiheits-sichernde Bedeutung des jeweiligen Grundrechts zur Bestimmung des Prüfungsumfanges abstellt.

Tatsachenfeststellungen gehindert.²³⁰ Hierbei stellt das Gericht nicht ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen Eingriffsintensität und Prüfungsumfang her, verweist jedoch mehrfach auf die gravierende individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers,²³¹ nimmt eine umfassende Kontrolle der Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) vor und ersetzt die fachgerichtliche Wertung durch eine eigene.²³² Damit überprüft es nicht nur, ob überhaupt eine Abwägung unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Einflusses stattgefunden hat, sondern auch, ob die Abwägung *im Ergebnis* einen grundrechtskonformen Ausgleich gefunden hat: Im konkreten Fall überwiege das Resozialisierungsinteresse des Beschwerdeführers.²³³ Da für die Fachgerichte bei Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Kriterien hinsichtlich des Abwägungsergebnisses kein Spielraum für eine abweichende Entscheidung bestehe, könne das Gericht die begehrte Unterlassungsverfügung selbst erlassen.²³⁴

Ausdrücklich erwähnt wurde das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung des Prüfungsumfanges erstmals im DGB- und im Echternach-Beschluss.²³⁵ Im DGB-Beschluss beschäftigte sich das Gericht mit einem zivilgerichtlichen Verbot, das von der Deutschland-Stiftung herausgegebene „Deutschland-Magazin“ als „rechtsradikales Hetzblatt“ zu bezeichnen. Nach einem Hinweis auf den notwendigen Spielraum bei der Bestimmung seiner Eingriffsmöglichkeiten führt es zum Prüfungsumfang aus²³⁶:

„Von Bedeutung ist namentlich die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung: das Bundesverfassungsgericht kann einer rechtskräftigen zivilgerichtlichen Entscheidung nicht schon dann entgegentreten, wenn es selbst bei der Beurteilung widerstreitender Grundrechtspositionen die Akzente anders gesetzt und daher anders entschieden hätte. Die Schwelle eines Verstoßes gegen objektives Verfassungsrecht, den das Bundesverfassungsgericht zu korrigieren hat, ist vielmehr erreicht, wenn die Entscheidung der Zivilgerichte Auslegungsfehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind (BVerfGE 18, 85 [93]). Je nachhaltiger ferner ein zivilgerichtliches Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen trifft, desto strengere Anforderungen sind an die Begründung dieses Eingriffs zu stellen und desto weiterreichend sind folglich die Nachprüfungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts; in Fällen höchster Eingriffsintensität

²³⁰ BVerfGE 35, 202, 219 – Lebach.

²³¹ Ebd., S. 239 f.: „Eingriff von hoher Intensität“, „schwere[r] Eingriff“.

²³² Ebd., S. 239 ff.

²³³ BVerfGE 35, 202, 243 – Lebach.

²³⁴ Ebd., S. 245.

²³⁵ BVerfGE 42, 143 – DGB; 42, 163 – Echternach.

²³⁶ BVerfGE 42, 143, 148 f. – DGB.

(vgl. etwa BVerfGE 35, 202 – Lebach –) ist es durchaus befugt, die von den Zivilgerichten vorgenommene Wertung durch seine eigene zu ersetzen.“

Unter Bezugnahme auf den Patent-Beschluss sieht sich das Gericht in der Regel auf die Korrektur grundsätzlicher Fehler bei der Berücksichtigung von Grundrechten beschränkt. Die Aussage zu strengeren Begründungsanforderungen ist dabei nicht allein als verfahrensrechtliches oder prozessuales Erfordernis an den Umfang der fachgerichtlichen Urteilsbegründung, sondern als Verweis auf die materiell-rechtliche Anforderung zu verstehen, dass nachhaltige Eingriffe eine Rechtfertigung durch gewichtige Rechtsgüter fordern.²³⁷ Die damit einhergehende gleitende Skala (je..., desto...) seiner Nachprüfungsmöglichkeiten endet bei höchster Eingriffsintensität mit der Befugnis, eine eigene Einzelfallwertung vorzunehmen. Da dem Beschwerdeführer im konkreten Fall ausschließlich eine bestimmte Form, nicht jedoch allgemein die Äußerung eines Gedankeninhalts verboten wird, weicht das Gericht aufgrund der geringen Eingriffsintensität vom grundsätzlichen Prüfungsumfang nicht ab.²³⁸ Anders als beim Lebach-Urteil überprüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob unter Berücksichtigung der wesentlichen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte eine einzelfallbezogene Abwägung stattgefunden hat.²³⁹

Auch der am gleichen Tag ergangene Echternach-Beschluss²⁴⁰ betraf die zivilgerichtliche Untersagung kritischer Aussagen über die Deutschland-Stiftung. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass dem Beschwerdeführer Echternach dadurch die Äußerung bestimmter Gedankeninhalte in einer öffentlichen Auseinandersetzung untersagt werde, was die Meinungsfreiheit in ihrer Kernbedeutung für die freiheitliche demokratische Staatsordnung treffe. Die damit einhergehende schwerwiegende individuelle Betroffenheit rechtfertige es, sich bei der Kontrolle nicht auf grundsätzliche Fehler zu beschränken, sondern auch einzelne Auslegungsfehler nicht außer Betracht zu lassen.²⁴¹ Einen solchen Fehler sieht das Bundesverfassungsgericht darin, dass das Fachgericht die Zulässigkeit einer ehrverletzenden Äußerung von der Mitteilung von Tatsachen, die dem Empfänger eine kritische Einordnung ermöglichen, abhängig gemacht und damit bei der Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften die Wechselwirkungslehre nicht ausreichend beachtet habe.²⁴² Diese Anforderung widerspreche „dem Grundgedanken und der

²³⁷ Lincke, EuGRZ 1986, 60, 67; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 44 f.; W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 572 f.

²³⁸ BVerfGE 42, 143, 149 – DGB.

²³⁹ Ebd., S. 151 f.

²⁴⁰ BVerfGE 42, 163 – Echternach.

²⁴¹ Ebd., S. 168 f.

²⁴² Ebd., S. 170.

Funktion der Meinungsfreiheit in der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes“²⁴³, was die Vermutung nahelegt, dass die fachgerichtliche Entscheidung auch einer Überprüfung auf „grundsätzliche“ Fehler nicht standgehalten hätte.

Die Ausgangsentscheidungen dienen mit ihrer vermeintlich klaren Einteilung in die Kategorien geringe, „hohe“ und „höchste“ Eingriffsintensität als Grundlage für die Etablierung eines Stufenmodells, welches innerhalb des fließenden Zusammenhanges zwischen individueller Betroffenheit und Prüfungsumfang Orientierungspunkte bieten soll. Als Kriterium für die Zuordnung zu den einzelnen Stufen wird neben der Eingriffsintensität die abschreckende Wirkung fachgerichtlicher Entscheidungen herangezogen.

2. Eingriffsintensität und abschreckende Wirkung

Die Ausgangsentscheidungen greifen zur Bestimmung des Prüfungsumfanges vor allem auf die Eingriffsintensität, d.h. die konkret-individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers, zurück (a)). Schon in der Anfangsphase der Intensitätsrechtsprechung kommt jedoch mit der abschreckenden Wirkung staatlicher Eingriffe ein weiterer Begründungsansatz für eine strengere Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung hinzu (b)). Als Kriterien zur Bestimmung seines Prüfungsumfanges greift das Bundesverfassungsgericht alternativ oder kumulativ²⁴⁴ auf die beiden Begründungsansätze zurück. Da sie durch sehr unterschiedliche Bestimmungsfaktoren ausgefüllt werden, bietet sich eine getrennte Betrachtung an.²⁴⁵

a) Eingriffsintensität als grundrechtsinternes Kriterium

Die Eingriffsintensität beschreibt die konkret-individuellen Auswirkungen staatlicher Maßnahmen auf die „Grundrechtssphäre“²⁴⁶ des Beschwerdeführers. Das Bundesverfassungsgericht spricht auch von der „Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung“²⁴⁷ oder ihrem „sachlichen Gewicht“²⁴⁸. Es

²⁴³ BVerfGE 42, 163, 171 – Echternach.

²⁴⁴ BVerfGE 81, 278, 289 f. – Bundesflagge.

²⁴⁵ Anders *M. Bender*, Befugnis, 1991, S. 62, der der individuellen Betroffenheit keine maßgebliche Bedeutung beimisst und den Schwerpunkt bei den generellen Auswirkungen auf den geschützten Lebensbereich sieht.

²⁴⁶ BVerfGE 42, 143, 148 f. – DGB.

²⁴⁷ BVerfGE 42, 143, 148 – DGB; 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 42, 163, 168 – Echternach; 43, 130, 136 – Flugblatt; 67, 213, 222 – Anachronistischer Zug.

²⁴⁸ BVerfGE 72, 122, 138 – Rückführung zwecks Ausreise; 136, 382, 391 (Rn. 28) – Großeltern als Vormund.

gilt, den Grad und die Schwere der Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit des Beschwerdeführers zu bestimmen.²⁴⁹ Erst eine *hohe Eingriffsintensität* oder eine *intensive Betroffenheit* rechtfertigen ein Abweichen von dem grundsätzlichen Prüfungsumfang der Heck'schen Formel. In den Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich daher regelmäßig ein doppelter Rückgriff auf das Kriterium der Eingriffsintensität. Einleitend bestimmt es mit Blick auf die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung den Prüfungsumfang. Daneben wird das Intensitätskriterium bei der Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung, insbesondere der Abwägung zwischen den gegenüberstehenden Grundrechtspositionen, nochmal zu Rate gezogen.²⁵⁰ Der Vorwurf, dieses Vorgehen sei zirkulär,²⁵¹ ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen: Die Schwere der Beeinträchtigung festzustellen, ist (Zwischen-)Ziel der verfassungsgerichtlichen Prüfung; ihre präzise Bestimmung ermöglicht eine Gewichtung mit den entgegenstehenden Grundrechtsbelangen. Gleichzeitig soll die Eingriffsintensität den Gang der Prüfung – genauer: den Prüfungsumfang – steuern.²⁵²

Als materiell-rechtliches Kriterium kann die Eingriffsintensität nur grundrechtsintern bestimmt werden,²⁵³ geeignete Kriterien für einen grundrechtsübergreifenden Vergleich sind nur schwer vorstellbar: So sind zum Beispiel die zivilgerichtliche Untersagung einer Äußerung, ein Demonstrationsverbot unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und die Fremdunterbringung eines Kindes hinsichtlich ihrer konkret-individuellen Auswirkungen auf die Grundrechtsphäre der Betroffenen zueinander kaum sinnvoll ins Verhältnis zu setzen. Verallgemeinerungsfähige Kriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität lassen sich deswegen kaum herausarbeiten.²⁵⁴

Soweit das Bundesverfassungsgericht einen ausdrücklichen Zusammenhang zwischen Eingriffsintensität und Prüfungsumfang herstellt, greift es für die jeweiligen Grundrechte auf folgende Kriterien zurück: Bei den Ausgangsentscheidungen zur Meinungsfreiheit entscheidet sich das Bedürfnis nach einer intensiveren Prüfung danach, ob dem Beschwerdeführer nur eine bestimmte wörtliche Formulierung oder auch die Äußerung eines Gedanken-

²⁴⁹ Lincke, EuGRZ 1986, 60, 61.

²⁵⁰ BVerfGE 42, 143, 151 f. – DGB; 42, 163, 170 f. – Echternach.

²⁵¹ Kenntner, NJW 2005, 785, 787.

²⁵² Kenntner, NJW 2005, 785, 787; ähnlich Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 309; anders M. Bender, Befugnis, 1991, S. 63, der betont, dass mit dem Eingehen auf die Eingriffsintensität im Rahmen der Bestimmung des Prüfungsumfanges keine Vorfestlegung verbunden sei.

²⁵³ Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 105; anders S. Vogel, Prüfungsumfang, 2004, S. 145, die von grundrechtsneutraler Bestimmung der individuellen Betroffenheit spricht.

²⁵⁴ Kiesel, NVwZ 1992, 1129, 1131; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 157 f.

inhalts verboten werde.²⁵⁵ Von Bedeutung ist ferner, ob die fragliche Äußerung als Teilnahme am öffentlichen politischen Meinungsbildungsprozess gewertet werden kann oder in einer privaten Auseinandersetzung getätigt wurde. Hinsichtlich der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) nahm das Bundesverfassungsgericht bei der wörtlichen Veröffentlichung von Äußerungen aus der Redaktionskonferenz einer Zeitung aufgrund des Eindringens in die Vertraulichkeitssphäre eine intensive Betroffenheit an²⁵⁶ und lehnte eine hohe Eingriffsintensität für die Veröffentlichung von Manuskriptseiten mit handschriftlichen redaktionellen Anmerkungen des Chefreporters ab.²⁵⁷ Von geringer Eingriffsintensität sind auch das zivilgerichtliche Verbot, Kreditvermittler in einem kritischen Artikel zu der Branche generell als „Kredithaie“ zu bezeichnen²⁵⁸ und die zivilgerichtliche Untersagung der Veröffentlichung von boykottvorbereitenden Beilagen („Hersteller-Denkzettel“) eines Informationsdienstes für den Handel.²⁵⁹

Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) führt die Berührung des Kerns der Persönlichkeitssphäre und eine erhebliche Breitenwirkung der beeinträchtigenden Äußerung zu einer hohen Eingriffsintensität.²⁶⁰ Für die Beurteilung der individuellen Betroffenheit ist ferner relevant, ob zivilrechtliche oder strafrechtliche Folgen an das Verhalten des Beschwerdeführers geknüpft wurden. Insbesondere in Entscheidungen zur Kunstfreiheit findet sich die Argumentation, dass eine strafrechtliche Verurteilung als Sanktionierung kriminellen Unrechts eine größere Eingriffsintensität zukomme.²⁶¹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass zivilgerichtlichen Entscheidungen keine erhöhte Eingriffsintensität zukommen kann. So wertete das Bundesverfassungsgericht das Verbot eines Romans in einer neueren Entscheidung als einen besonders starken Eingriff in die Kunstfreiheit, welcher eine intensivere Prüfung rechtfertige.²⁶²

²⁵⁵ BVerfGE 42, 143, 149 – DGB; kritisch zu dieser Unterscheidung aber S. 158 f. (abw. M. Rupp-v. Brünneck); 42, 163, 168 – Echternach.

²⁵⁶ BVerfGE 66, 116, 132 – Wallraff/Springer.

²⁵⁷ Ebd., S. 144; allerdings sahen vier Richter auch hier eine hohe Eingriffsintensität.

²⁵⁸ BVerfGE 60, 234, 239 – Kredithai.

²⁵⁹ BVerfGE 62, 230, 243 – Boykottaufwurf.

²⁶⁰ BVerfGE 54, 208, 215 f. – Böll.

²⁶¹ BVerfGE 67, 213, 223 – Anachronistischer Zug; 75, 369, 376 – Strauß-Karikatur; 77, 240, 250 – Herrnburger Bericht; 81, 278, 289 – Bundesflagge; mit gleicher Argumentation, eine Verletzung der Kunstfreiheit jedoch schon bei einer auf das Grundsätzliche beschränkten Kontrolle bejahend 82, 1, 4 f. – Hitler-T-Shirt.

²⁶² BVerfGE 119, 1, 22 – Esra, diesbezüglich zustimmend auch S. 37 f. (abw. M. Hohmann-Dennhardt u. Gaier).

b) Abschreckende Wirkung auf die Grundrechtsausübung Dritter

Schon in den Ausgangsentscheidungen der Intensitätsrechtsprechung betonte das Bundesverfassungsgericht die Relevanz des Öffentlichkeitsbezuges der Grundrechtswahrnehmung. Diesen Argumentationsgang hat es weitergeführt und greift zur Bestimmung seines Prüfungsumfanges neben der Eingriffsintensität auf die einschüchternde Wirkung staatlicher Eingriffe zurück. Damit sind die potenziell abschreckenden Auswirkungen auf die generelle Bereitschaft, grundrechtliche Freiheiten wahrzunehmen, gemeint.²⁶³ Diese über den konkreten Einzelfall hinausgehende Wirkung tritt in besonderer Weise bei den Kommunikationsgrundrechten ein, da die geschützten Verhaltensweisen öffentlichkeitsbezogen sind.²⁶⁴

So kann die gerichtlich bestätigte Indizierung eines pornographischen Romans durch die Bundesprüfstelle die Bereitschaft Dritter mindern, von der Kunstfreiheit durch Schaffung von Werken mit sexuellen Bezügen Gebrauch zu machen.²⁶⁵ Die Verurteilung zu Schmerzensgeldzahlungen wegen satirischer Äußerungen wirkt abschreckend auf Bemühungen, Missstände mit den Stilmitteln der Übertreibung und Verfremdung aufzugreifen und anzuprangern.²⁶⁶ In beiden Fällen stellte das Bundesverfassungsgericht zur Begründung eines erweiterten Prüfungsumfanges auf die einschüchternde Wirkung der behördlichen und fachgerichtlichen Entscheidungen ab, ohne gesondert auf die konkret-individuelle Betroffenheit einzugehen.

Im Wesentlichen gibt es damit zwei Begründungsansätze für einen erweiterten Prüfungsumfang, die kumulativ oder alternativ verwendet werden: Die intensive individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers (Eingriffsintensität) oder die möglichen abschreckenden Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung. Daneben kommt dem gelegentlichen Verweis auf die besondere Bedeutung eines Grundrechts²⁶⁷ keine eigenständige Bedeutung zu. Er darf nicht im Sinne eines abstrakten Rangverhältnisses verstanden werden, sondern bezieht sich auf die Eigenart eines Grundrechts, zum Beispiel seinen Öffentlichkeitsbezug.²⁶⁸

²⁶³ BVerfGE 43, 130, 136 – Flugblatt; 67, 213, 223 – Anachronistischer Zug; 86, 1, 10 – Satiremagazin Titanic; 94, 1, 9 – DGHS; dazu auch schon 42, 143, 156 – DGB (abw. M. Rupp-v. Brünneck); nicht immer wird die einschüchternde Wirkung in einen Zusammenhang mit dem Prüfungsumfang gestellt, vgl. 114, 339, 349 f. – Stolpe; umfassend zur Terminologie Zanger, Freiheit von Furcht, 2017, S. 54 ff.

²⁶⁴ BVerfGE 81, 278, 290 – Bundesflagge.

²⁶⁵ BVerfGE 83, 130, 146 – Mutzenbacher.

²⁶⁶ BVerfGE 86, 1, 10 – Satiremagazin Titanic.

²⁶⁷ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 67, 213, 223 – Anachronistischer Zug; 42, 163, 169 – Echternach.

²⁶⁸ BVerfGE 81, 278, 289 f. – Bundesflagge.

3. Auswirkung auf die Kontrolltätigkeit: 3-Stufen-Modell?

Der Grad der Eingriffsintensität oder die abschreckende Wirkung haben nach der Je-desto-Formel Einfluss auf den Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts. Je nachhaltiger die Grundrechtssphäre betroffen ist, desto weiter sind seine Nachprüfungsmöglichkeiten. Insbesondere die Ausgangsentscheidungen zu Art. 5 GG lassen sich im Sinne eines dreistufigen Prüfungsmodells deuten:²⁶⁹

- Geringe Eingriffsintensität führt zu einer Prüfung auf fachgerichtliche Fehler, die eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung der Grundrechte erkennen lassen (1. Stufe)
- Hohe Eingriffsintensität und/oder abschreckende Wirkung ermöglichen eine (zusätzliche) Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler (2. Stufe)
- Bei höchster Eingriffsintensität kann das Bundesverfassungsgericht (auch) die fachgerichtliche Wertung durch eine eigene ersetzen (3. Stufe)

Danach wird die fachgerichtliche Entscheidung in der Regel anhand der Heck'schen Formel kontrolliert. Bei steigender Eingriffsintensität oder einschüchternder Wirkung kann hiervon zugunsten einer intensiveren Überprüfung abgewichen werden.

Das Bundesverfassungsgericht stellt der Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung nicht stets Erwägungen zum Zusammenhang zwischen Eingriffsintensität und Prüfungsumfang voran. Zahlreiche Entscheidungen gehen auf die Korrelation nicht ein.²⁷⁰ Auch wird ihre Erwähnung nicht (allein) dadurch ausgelöst, dass das Gericht eine vom grundsätzlichen Prüfungsumfang abweichende, intensivere Prüfung für notwendig hält. Einige Entscheidungen lehnen – vielfach ohne nähere Begründung – einen erweiterten Prüfungsumfang ausdrücklich ab.²⁷¹ Gelegentlich wird die Beurteilung der Eingriffsintensität bei der Beschreibung des Prüfungsumfanges offen gelassen: Dies wird entweder damit begründet, dass die fachgerichtliche Entscheidung

²⁶⁹ Lincke, EuGRZ 1986, 60, 72; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 44; M. Bender, Befugnis, 1991, S. 59 f.; Berkemann, DVBl. 1996, 1028, 1039 mit abweichender Zuordnung des Prüfungsumfanges; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 103 f.; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 62.

²⁷⁰ BVerfGE 44, 197, 202 – Solidaritätsadresse, anders aber S. 210 (abw. M. Hirsch); 71, 162 – Frischzellentherapie; 77, 65 – Beschlagnahme Filmmaterial.

²⁷¹ BVerfGE 54, 148, 152 – Eppler; 59, 231, 256 – freier Rundfunkmitarbeiter; 60, 234, 239 – Kredithai; 62, 230, 243 – Boykottaufruf; 66, 116, 143 f., 147 und 148 – Wallraff/Springer; hier unterteilte das Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Verfassungsbeschwerde nach den im Zivilverfahren gestellten und letztinstanzlich abgewiesenen Klageanträgen und nahm nur für einen der vier Anträge einen erweiterten Prüfungsumfang an (S. 131 f.).

(ohnehin) auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhende Auslegungsfehler erkennen lasse²⁷² oder, unabhängig von der Eingriffsintensität, (selbst) einer „strengeren“ Kontrolle standhalte.²⁷³

Die steigende Eingriffsintensität wirkt sich nach dem 3-Stufen-Modell auf den Prüfungsumfang aus: Eine hohe Intensität führt zu einer Erweiterung des Prüfungsumfanges von grundsätzlichen Fehlern (1. Stufe) auf einzelne Auslegungsfehler (2. Stufe).²⁷⁴ Eindeutige Schlussfolgerungen zur Erstreckung des Prüfungsumfanges auf bestimmte fachgerichtliche Aufgabenbereiche lassen sich trotz der vermeintlich klaren Bedeutung dieser Beschreibung kaum ziehen: Zwar formuliert das Bundesverfassungsgericht gelegentlich, dass die Auslegung des einfachen Rechts auch in ihren Einzelheiten auf ihre Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Grundrecht geprüft werde²⁷⁵ und impliziert damit, dass andere fachgerichtliche Aufgabenbereiche, wie zum Beispiel die Rechtsanwendung, auch auf der 2. Prüfungsstufe grundsätzlich der Kontrolle entzogen seien. Andere Beschreibungen des Prüfungsumfanges auf dieser Prüfungsstufe widersprechen dieser Deutung: So spricht das Gericht auch davon, dass die fachgerichtliche Entscheidung daraufhin kontrolliert werde, ob sie die dem Grundrecht gesetzten Schranken im Einzelnen zutreffend gezogen habe.²⁷⁶ Dies könne sich auch auf einzelne Fehler bei der Deutung von Äußerungen beziehen.²⁷⁷ Vereinzelt greift das Bundesverfassungsgericht bei festgestellter hoher Eingriffsintensität zu extensiveren Formulierungen seines Prüfungsumfanges: Bei intensiver individueller Betroffenheit sei „im einzelnen zu prüfen, ob jene [fachgerichtlichen] Entscheidungen bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsfreiheit verletzt“ hätten²⁷⁸ bzw. erstrecke sich der Prüfauftrag „bis in die Einzelheiten der behördlichen und fachgerichtlichen

²⁷² BVerfGE 61, 1, 6 – Wahlkampf; ähnlich 82, 1, 4f. – Hitler-T-Shirt.

²⁷³ BVerfGE 69, 315, 364f. – Brokdorf.

²⁷⁴ BVerfGE 42, 163, 168f. – Echternach; 54, 129, 136 – Kunstkritik; 54, 208, 216f. – Böll; 66, 116, 131 – Wallraff/Springer; 67, 213, 223 – Anachronistischer Zug.

²⁷⁵ BVerfGE 75, 369, 376 – Strauß-Karikatur; 82, 1, 4f. – Hitler-T-Shirt.

²⁷⁶ BVerfGE 77, 240, 251 – Herrnburger Bericht; 81, 278, 289 – Bundesflagge; 75, 369, 376 – Strauß-Karikatur.

²⁷⁷ BVerfGE 81, 278, 290 – Bundesflagge; 86, 1, 10 – Satiremagazin Titanic, mit der Ergänzung, dass auch untersucht werden müsse, „ob das Gericht die Veröffentlichungen unzutreffend als Formalbeleidigung oder Schmähkritik mit der Folge eingestuft hat, daß sie dann nicht im selben Maße am Schutz des Grundrechts teilnehmen wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind“.

²⁷⁸ BVerfGE 82, 43, 50 – Strauß-Transparent.

Rechtsanwendung“²⁷⁹. Gemeinsam ist diesen Entscheidungen, dass sie eine Beschränkung der Kontrolle auf die Heck'sche Formel ablehnen.

Die Betonung der „einzelnen“ Fehler kann man dahingehend verstehen, dass das von der Heck'schen Formel geforderte Kriterium der *Grundsätzlichkeit* der fachgerichtlichen Fehlanschauung von der Bedeutung der Grundrechte entfällt und schon ein *einfacher* Fehler bei der Berücksichtigung von Grundrechten eine Korrektur auslöst. Für die Abgrenzung der unteren beiden Stufen des Prüfungsmodells wäre damit die kaum näher zu bestimmende Schwere des zu korrigierenden Fehlers relevant.²⁸⁰ Damit ist noch keine Aussage darüber getroffen, welche fachgerichtlichen Aufgabenbereiche der Suche nach solchen Fehlern unterliegen.

Die 3. Stufe des Kontrollmodells greift bei höchster Eingriffsintensität. Hier sieht sich das Bundesverfassungsgericht befugt, die fachgerichtliche Wertung durch eine eigene zu ersetzen und damit seine Vorstellung von der zutreffenden Entscheidung an die Stelle der Einschätzung des Fachgerichts zu setzen. Diese Stufe des Prüfungsumfanges wird nur in wenigen Entscheidungen erwähnt und eine entsprechende Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung in der Regel abgelehnt,²⁸¹ was eine Präzisierung erschwert. Orientiert man sich am Lebach-Urteil²⁸², dann liegt eine „eigene Wertung“ nur dann vor, wenn das Bundesverfassungsgericht die erforderliche Abwägung der Einzelfallumstände in der Weise vornimmt, dass dem Fachgericht keinerlei Entscheidungsspielraum verbleibt. Die Überprüfung der Abwägung schlägt von einer Begründungs- in eine Ergebniskontrolle um.²⁸³

Die bundesverfassungsgerichtlichen Aussagen zum Prüfungsumfang lassen klar erkennen, dass es von der grundsätzlichen Kontrolle bei erhöhter Eingriffsintensität abweichen will. Dies beschreibt das Gericht regelmäßig damit, dass die fachgerichtliche Entscheidung in ihren Einzelheiten auf ihre Grundrechtskonformität hin untersucht werde. Eine weitere Differenzierung innerhalb des erweiterten Prüfungsumfanges lässt sich insofern erkennen, als

²⁷⁹ BVerfGE 83, 130, 145 – Mutzenbacher; nach 119, 1, 22 – Esra muss die „Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts“ überprüft werden.

²⁸⁰ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 68.

²⁸¹ BVerfGE 42, 143, 148 f. – DGB; 54, 208, 216 – Böll; 66, 116, 132 – Wallraff/Springer; mit ähnlicher Formulierung, eine intensivere Prüfung auch ablehnend 53, 30, 61 f. – Mülheim-Kärlich.

²⁸² BVerfGE 35, 202 – Lebach.

²⁸³ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 64, der die Grenzen dieser Kontrollstufe jedoch weiter zieht und auf eine dem Lebach-Urteil ähnlich weitgehende Ersetzung der fallentscheidenden Erwägungen des Fachgerichts abstellt (S. 66 f.). Unter dieser Prämisse ordnet er den Wallraff-Beschluss, in welchem das Bundesverfassungsgericht eine „eigene Wertung“ ausdrücklich ablehnte, der 3. Kontrollstufe zu.

die 3. Kontrollstufe gelegentlich erwähnt wird. Allerdings wird ihr Vorliegen im konkreten Fall in der Regel abgelehnt. Dies führt neben anderen Faktoren dazu, dass sich die Prüfungsstufen im tatsächlichen Entscheidungsverhalten des Gerichts nur bedingt widerspiegeln.

4. Tatsächliches Entscheidungsverhalten

Inwiefern sich das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Bundesverfassungsgerichts in dieser Frühphase der Intensitätsrechtsprechung an den drei Prüfungsstufen orientiert, wurde vielfach – im Wesentlichen anhand von Senatsentscheidungen – untersucht.²⁸⁴ Auf eine Detailanalyse wird an dieser Stelle verzichtet, die Darstellung beschränkt sich auf eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse der genannten Untersuchungen.

Regelmäßig wird ein Zusammenhang zwischen Eingriffsintensität und tatsächlichem Prüfungsumfang festgestellt,²⁸⁵ eine konsequente Anwendung des 3-Stufen-Modells jedoch nicht erkannt. Grund hierfür ist, dass sich neben den Voraussetzungen der Stufenzuordnung auch ihre Folgen für den Prüfungsumfang nur schwer präzisieren lassen. Die einzelnen Prüfungsstufen sind kaum voneinander zu trennen.²⁸⁶

Dies gilt insbesondere für die in der Rechtsprechungspraxis relevantere Unterscheidung zwischen *grundsätzlichen* (1. Stufe) und *einzelnen* Fehlern (2. Stufe) bei der Berücksichtigung des grundrechtlichen Einflusses, die ein Urteil über den Grad der Fehlerhaftigkeit der fachgerichtlichen Entscheidung voraussetzt.²⁸⁷ Die vorhandenen systematischen Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass eine den oberen Stufen vorbehaltene weitgehende Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung auch auf der unteren Ebene des Kontrollmodells stattfindet.²⁸⁸ Die mit der Beschreibung der ersten beiden Stufen implizierte Abstufung der Kontrolle nach der Schwere des fachrichterlichen Fehlers lasse sich im tatsächlichen Entscheidungsverhalten des Gerichts

²⁸⁴ Krauß, Prüfungsumfang, 1987, S. 193 ff.; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, 45 ff. u. 74 ff.; Miebach, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 101 ff.; M. Bender, Befugnis, 1991, S. 56 ff.; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 105 ff.; S. Vogel, Prüfungsumfang, 2004, S. 33 ff.

²⁸⁵ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 63 f.; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 154 spricht von einer „Indizfunktion“; S. Vogel, Prüfungsumfang, 2004, S. 76 zur Rechtsprechung zur Kunstfreiheit.

²⁸⁶ Lincke, EuGRZ 1986, 60, 72; M. Bender, Befugnis, 1991, S. 63 f.

²⁸⁷ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 68.

²⁸⁸ Krauß, Prüfungsumfang, 1987, S. 215 u. 219 f.; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 68 f., 79 und zusammenfassend S. 83 f.; Miebach, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 121 f.; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 156 f.

nicht nachvollziehen.²⁸⁹ Ähnliches gilt für den Prüfungsumfang auf der 3. Kontrollstufe. Es fehlt hier – abgesehen von der Lebach-Entscheidung – an Anschauungsmaterial in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Daraus wird geschlussfolgert, dass die 3. Kontrollstufe keine praktische Bedeutung habe.²⁹⁰

5. Eingriffsintensität und Tatsachenkontrolle

Die Tatsachenkontrolle betrifft die Ergänzung oder Überprüfung der fachgerichtlichen Feststellung und Würdigung des Sachverhalts. Es geht um die Frage, ob allein eine intensive individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers das Gericht zu einer Überprüfung der Beweiserhebung und -würdigung des Fachgerichts und damit zu einer Erweiterung des Prüfungsumfanges bewegt. Dass das Bundesverfassungsgericht fachgerichtliche Tatsachenfeststellungen durch eigene Beweiserhebung (vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) ergänzt, kommt nur sehr vereinzelt vor.²⁹¹

Eine Korrelation zwischen Eingriffsintensität und Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenwürdigung wird insbesondere mit Blick auf Entscheidungen zur Meinungsfreiheit diskutiert, wo sich das Bundesverfassungsgericht die Kontrolle der fachgerichtlichen Deutung von Äußerungen vorbehält.²⁹² Als früher Anknüpfungspunkt kommt der Flugblatt-Beschluss²⁹³ in Frage, in welchem das Gericht bei der Überprüfung einer strafgerichtlichen Entscheidung anhand von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erstmalig auf die Eingriffsintensität zur Bestimmung seines Prüfungsumfanges zurückgriff. Das vom Beschwerdeführer verbreitete Flugblatt, welches die SS-Vergangenheit eines CDU-Politikers thematisierte, war bei „weiter Auslegung“ aus der Perspektive eines „flüchtigen Lesers“ vom Landgericht dahingehend gedeutet worden, dass es dem Betroffenen im Wege einer Tatsachenbehauptung die Beteiligung an der Vernichtung polnischer Menschen vorwarf, was zu einer Verur-

²⁸⁹ Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 70.

²⁹⁰ Ebd., S. 66 f.; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 156 f.; *S. Vogel*, Prüfungsumfang, 2004, S. 76 erkennt für die Kunstfreiheit von vornherein nur zwei Prüfungsstufen.

²⁹¹ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 17, 224, 226 – deutsche Volkszugehörigkeit; 35, 202, 219 – Lebach; siehe auch schon 7, 377, 385 f. – Apothekenurteil, wo allerdings die Besonderheit bestand, dass das BVerfG auf die Rechtswegerschöpfung verzichtete (S. 382) und keine fachgerichtlich ermittelten Tatsachen zugrunde legen konnte.

²⁹² Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 72 u. 84; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 323 ff., der in der fachgerichtlichen Deutung von Äußerungen eine Tätigkeit eigener Art sieht; *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 102, Rn. 96 ff.; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 62.

²⁹³ BVerfGE 43, 130 – Flugblatt.

teilung wegen übler Nachrede führte.²⁹⁴ Zur individuellen Betroffenheit führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass der Bestrafung kriminellen Unrechts im Vergleich zu einer zivilgerichtlichen Verurteilung generell eine größere Intensität zukomme.²⁹⁵ Auch sei der geltend gemachte Grundrechtseingriff schwerwiegend, da der Beschwerdeführer möglicherweise aufgrund einer mit diesem Inhalt nicht getätigten Tatsachenbehauptung bestraft worden sei. Deswegen kontrolliere das Bundesverfassungsgericht nicht nur, ob die fachgerichtliche Entscheidung auf grundsätzlich unrichtigen Anschauungen von der Bedeutung des Grundrechts beruhe, sondern prüfe

im einzelnen [...], ob jene Entscheidungen bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsfreiheit verletz[en].“²⁹⁶

Dies kann durchaus dahingehend verstanden werden, dass zur intensivierten Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung (2. Stufe) auch die Kontrolle der Tatsachenwürdigung gehöre.²⁹⁷

Maßgeblicher Grund für diese Tatsachenkontrolle ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht die Eingriffsintensität, sondern die Besonderheit der fachgerichtlichen Würdigung bzw. Deutung von schriftlichen Äußerungen: Schon eine fehlerhafte Interpretation könne Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzen; bei ihrer Kontrolle sei das Gericht nicht an die Feststellungen des Fachgerichts gebunden, da die Deutung einer aktenkundigen Äußerung nicht auf der Einmaligkeit des Gesamteindrucks der mündlichen Verhandlung beruhe.²⁹⁸ In späteren Entscheidungen zur Meinungsfreiheit betont das Gericht – insoweit konträr zum Flugblatt-Beschluss –, dass die Missdeutung einer Aussage bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit einen grundsätzlichen Fehler darstelle²⁹⁹ und die diesbezügliche Prüfung einer Äußerung nicht als Abweichung vom grundsätzlichen Prüfungsumfang nach der Heck’schen Formel zu sehen sei.³⁰⁰ Begründung für die Kontrolle fachgerichtlicher Tatsachenwürdigung ist also nicht die Eingriffsintensität, sondern die besondere Bedeutung der Interpretation von Aussagen für den Zugang zum grundrechtlich geschützten Bereich.³⁰¹ Konsequenterweise erwähnen

²⁹⁴ BVerfGE 43, 130, 132 f. – Flugblatt.

²⁹⁵ Ebd., S. 136; mit der gleichen Argumentation 67, 213, 223 – Anachronistischer Zug; 75, 369, 376 – Strauß-Karikatur.

²⁹⁶ BVerfGE 43, 130, 136 – Flugblatt; mit ähnlicher Formulierung 82, 43, 50 – Strauß-Transparent.

²⁹⁷ So *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 62.

²⁹⁸ BVerfGE 43, 130, 137 – Flugblatt; kritisch *Lincke*, EuGRZ 1986, 60, 69.

²⁹⁹ BVerfGE 82, 272, 280 – Zwangsdemokrat Strauß; 85, 1, 13 f. – Bayer-Aktionäre.

³⁰⁰ BVerfGE 93, 266, 296 – „Soldaten sind Mörder“.

³⁰¹ BVerfGE 82, 272, 281 – Zwangsdemokrat Strauß; 94, 1, 9 – DGHS.

neuere Entscheidungen zur Meinungsfreiheit einen Zusammenhang zwischen erhöhter Eingriffsintensität und einem erweiterten Prüfungsumfang bzw. der Kontrolle fachgerichtlicher Tatsachenwürdigung nicht.³⁰² Die sogenannte Deutungskontrolle³⁰³, d. h. die Prüfung, ob der Sinn einer Äußerung verkannt wurde, findet unabhängig von der Eingriffsintensität statt. Ein deutlicher Zusammenhang zwischen erhöhter Eingriffsintensität und einer intensivierten, sich auf die fachgerichtliche Tatsachenwürdigung erstreckenden Kontrolle ist bei Entscheidungen zur Meinungsfreiheit nicht (mehr) erkennbar.³⁰⁴

Eine vergleichbare Kontrolle der fachrichterlichen Tatsachenwürdigung zeigt sich bei Entscheidungen zur Kunstfreiheit, wo das Bundesverfassungsgericht sich unter Verweis auf die hohe Eingriffsintensität und die abschreckende Wirkung fachgerichtlicher Entscheidungen befugt sieht, die „werkgerechte“ Deutung des Kunstwerks zu überprüfen.³⁰⁵ Diese Korrelation zwischen der Eingriffsintensität und einem erweiterten Prüfungsumfang wird, anders als bei Entscheidungen zur Meinungsfreiheit, vereinzelt auch in aktuellen Judikaten noch erwähnt.³⁰⁶

6. Fazit und weiterer Gang der Untersuchung

In der Anfangsphase der Intensitätsrechtsprechung wurde das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung des Prüfungsumfanges schwerpunktmäßig bei der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen im Konfliktfeld zwischen Meinungs- oder Kunstfreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits verwendet. Das an der Eingriffsintensität und der abschreckenden Wirkung gerichtlicher Entscheidungen orientierte und maßgeblich auf den Ausgangsentscheidungen beruhende 3-Stufen-Modell des Prüfungsumfanges lässt sich in der weiteren Rechtsprechung nur eingeschränkt wiederfinden. Dies liegt einerseits daran, dass eine Prüfung auf der 3. Stufe vom Gericht in kaum einer Entscheidung ausdrücklich durchgeführt wird. Andererseits findet auch bei ausdrücklicher Zuordnung zu niedrigeren Stufen oftmals eine weitgehende Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung

³⁰² BVerfGE 102, 347, 362 ff. – Benetton I; 107, 275, 281 ff. – Benetton II; 114, 339, 348 f. – Stolpe; 124, 300, 344 f. – Wunsiedel.

³⁰³ *Jestaedt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, § 102, Rn. 89.

³⁰⁴ So zu den frühen Entscheidungen auch *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 72.

³⁰⁵ BVerfGE 81, 278, 289 f. – Bundesflagge.

³⁰⁶ BVerfGE 119, 1, 22 – Esra, wo von einer Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung „auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts“ die Rede ist; anders 142, 74, 101 (Rn. 82 f.) – Sampling, wo zur Bestimmung des Prüfungsumfanges nicht auf die Eingriffsintensität zurückgegriffen wird.

statt. Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die Analyse der Rechtsprechung zum Elternrecht und den Kindesgrundrechten folgende Fragen:

- Ist anhand der Aussagen des Bundesverfassungsgerichtes ein mehrstufiges Prüfungsmodell erkennbar, und von welchen Faktoren hängt die Zuordnung ab?
- Orientiert sich das tatsächliche Entscheidungsverhalten an den Prüfungsstufen?

II. Intensitätsrechtsprechung in kindschaftsrechtlichen Fällen

Mit Beginn der 80er Jahre griff das Bundesverfassungsgericht auch bei der Überprüfung ausgewählter familiengerichtlicher Entscheidungen auf das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung seines Prüfungsumfanges zurück.

Aus dem weiten Feld familiengerichtlicher Zuständigkeiten (vgl. § 111 FamFG) interessieren hier die Kindschaftssachen, zu denen unter anderem Verfahren zur elterlichen Sorge, zum Umgangsrecht, zur Kindesherausgabe und zur Vormundschaft (vgl. § 151 FamFG) gehören. Für einen Großteil der fachgerichtlichen Entscheidungen aus diesen Rechtsgebieten geht das Bundesverfassungsgericht vom grundsätzlichen Prüfungsumfang nach der Heck'schen Formel aus. Die Intensitätsformel entwickelte es anhand von Judikaten, welche die Trennung von Eltern und Kind betreffen. Diesem Prozess folgt die Entscheidungsanalyse; sie orientiert sich an dem vom Gericht mit der Intensitätsformel geäußerten Selbstverständnis.

Danach wurde der mit der Heck'schen Formel beschriebene grundsätzliche Prüfungsumfang in einer *ersten Intensitätsphase* zunächst auf einzelne Auslegungsfehler ausgedehnt (1.). Die Untersuchung beschränkt sich diesbezüglich auf die einschlägige Senatsrechtsprechung und will eruieren, ob der erweiterte Prüfungsumfang einheitlich gehandhabt wird.

Die *zweite Intensitätsphase* wurde durch Kammerentscheidungen aus dem Jahr 2014 angestoßen. Sie greifen das Kriterium der Eingriffsintensität auf und beschreiben den Prüfungsumfang bei Trennungsentscheidungen dahingehend, dass die fachgerichtliche Entscheidung auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts kontrolliert werde (2.). Auch für diese Intensitätsphase wird untersucht, inwieweit das tatsächliche Entscheidungsverhalten der extensiven Umschreibung des Prüfungsumfanges entspricht. Der vergleichenden Einordnung dient die Analyse von Kammerentscheidungen in anderen Kindschaftssachen, die vom grundsätzlichen Prüfungsumfang nach der Heck'schen Formel ausgehen.

Die Entscheidungsanalyse bezieht auch Verfassungsbeschwerden gegen fachgerichtliche Eilentscheidungen ein. Zwar unterscheiden diese sich von Hauptsacheverfahren insoweit, als die Fachgerichte auf vorläufiger Tatsachenbasis entscheiden und keinen ausermittelten Sachverhalt zugrunde legen. Allerdings wirkt sich die Art des Ausgangsverfahrens nicht auf die Stufenzuordnung nach der Intensitätsformel aus: Auch bei fachgerichtlichen Eilentscheidungen in Trennungsfällen geht das Bundesverfassungsgericht von einem erweiterten Prüfungsumfang aus.³⁰⁷

Außer Betracht bleiben jedoch die Eilentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selbst, da für einstweilige Anordnungen (§ 32 BVerfGG) andere Maßstäbe gelten. Die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren werden nur dahingehend überprüft, ob das Begehren sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist.³⁰⁸ Maßgeblich für den Erlass ist die Abwägung der Folgen, die eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber später Erfolg hätte, mit den Folgen, die sich ergäben, wenn die Anordnung erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber erfolglos wäre.³⁰⁹ Dies liefert keine Erkenntnisse über den Prüfungsumfang in Bezug auf fachgerichtliche Entscheidungen. Beispielhaft zeigt dies ein Kammerbeschluss, der den teilweisen Entzug der elterlichen Sorge mit dem Ziel, das Kind entgegen dem Willen der beschwerdeführenden Mutter in der Förderschule zu beschulen, betraf.³¹⁰ Die Kammer kam bei der Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass eine fortgesetzte Regelbeschulung bei dauernder Überforderung und hoher psychischer Belastung für das Kind schädlicher sei als ein bei Ablehnung der einstweiligen Anordnung und späterem Erfolg der Verfassungsbeschwerde erforderlicher mehrfacher Schulwechsel.³¹¹

³⁰⁷ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 25); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 444 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 27); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 17).

³⁰⁸ BVerfGE 88, 185, 186; 103, 41, 42; 140, 99, 106 (Rn. 11); für kindschaftsrechtliche Fälle siehe BVerfG (1. Kammer), 23.06.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2015, 1466, 1467 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 16.07.2020 – 1 BvR 1525/20, FamRZ 2020, 1565, 1566 (Rn. 7).

³⁰⁹ Lechner/Zuck, BVerfGG, 2019, § 32, Rn. 22 f.; Bitter, NVwZ 2020, 1708, 1710 f.

³¹⁰ BVerfG (1. Kammer), 16.07.2020 – 1 BvR 1525/20, FamRZ 2020, 1565.

³¹¹ BVerfG (1. Kammer), 16.07.2020 – 1 BvR 1525/20, FamRZ 2020, 1565, 1566 (Rn. 8 ff.); in der Hauptsache erging ein Nichtannahmebeschluss, vgl. BVerfG (1. Kammer), 14.09.2021 – 1 BvR 1525/20, juris.

1. Erste Intensitätsphase: Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler

Untersucht man Senatsentscheidungen in Kindschaftssachen in Bezug auf die Kontrolltätigkeit gegenüber Fachgerichten, ist das zur Verfügung stehende Material begrenzt. Ein Großteil der Judikate lässt diesbezüglich überhaupt keine Rückschlüsse zu. Dies gilt offensichtlich für Normkontrollanträge³¹² und unmittelbar gegen Gesetze gerichtete Verfassungsbeschwerden.³¹³ Regelmäßig prüft das Bundesverfassungsgericht jedoch auch bei Urteilsverfassungsbeschwerden schwerpunktmäßig die gesetzliche Grundlage der fachgerichtlichen Entscheidung.³¹⁴ Stuft der Senat, dem nach § 93c Abs. 1 S. 3 BVerfGG die Nichtigerklärung von Gesetzen vorbehalten ist, diese als verfassungswidrig ein, wird die Aufhebung der fachgerichtlichen Entscheidung allein damit begründet, dass sie auf diesem Gesetz beruht (vgl. § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG).³¹⁵ Eine nähere Rechtsanwendungs- oder Tatsachenkontrolle findet nicht statt.

Dass Kontrollgegenstand der Senatsentscheidungen oftmals nur die gesetzliche Grundlage ist, zeigt sich zum Beispiel deutlich bei Judikaten zum Sorgerecht für nichteheliche Kinder. Soweit die Entscheidungen – die insgesamt eine Entwicklung hin zur gemeinsamen Sorge zeigen – nicht in Normenkontrollverfahren ergangen sind,³¹⁶ beschränken sie sich auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der jeweils geltenden einfachrechtlichen Normen.³¹⁷ Diese „inzidente“³¹⁸ oder „mittelbare“³¹⁹ Normenkontrolle lässt keine Rück-

³¹² Vgl. zum Beispiel BVerfGE 61, 358 – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener; 81, 1 – Schlüsselgewalt; 82, 60 – steuerfreies Existenzminimum; 79, 256 – Kenntnis eigener Abstammung; 84, 9 – Ehefrau; 87, 234 – Einkommensanrechnung; 104, 373 – Familiendoppelname.

³¹³ Vgl. BVerfGE 59, 360 – Schweigepflicht Schülerberater; 103, 242 – Pflegeversicherung III; 103, 271 – Pflegeversicherung IV.

³¹⁴ BVerfGE 55, 134 – Härteklausel im Scheidungsrecht; 58, 377 – vorzeitiger Erbaugleich; 61, 319 – Ehegattensplitting; 68, 143 – Besteuerung Alleinerziehender; 72, 155 – Elterliche Vertretungsmacht; 74, 33 – Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes; 92, 158 – Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren; ähnlich 76, 1 – Familiennachzug.

³¹⁵ BVerfGE 55, 134, 144 – Härteklausel im Scheidungsrecht; 61, 319, 357 – Ehegattensplitting; 68, 143, 155 – Besteuerung Alleinerziehender; 72, 155, 175 – Elterliche Vertretungsmacht; mit Kritik an dieser Prüfungspraxis *Kempny*, Der Staat 53 (2014), 577, 585 ff.

³¹⁶ BVerfGE 84, 168 – Ehelicherklärung; 107, 150 – Sorgerecht Altfälle, betraf auch eine Verfassungsbeschwerde.

³¹⁷ BVerfGE 56, 363, 380 ff. – Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelichem Kind, zu § 1705 BGB a.F.; 92, 158, 179 ff. – Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren, zu § 1747 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB a.F.; 107, 150, 180 ff. – Sorgerecht Altfälle; 127, 132, 152 ff. – Sorgerecht des nichtehelichen Vaters, zu § 1626a BGB.

³¹⁸ *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 225.

schlüsse auf das Verhältnis von Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht zu, da sie nicht auf die Auslegung und Anwendung der Gesetze durch die Fachgerichte eingeht.

Soweit die Prüftätigkeit des Gerichts über die inzidente Normenkontrolle hinausgeht, wird von der herkömmlichen Intensitätsrechtsprechung insoweit abgewichen, als nur zwei Prüfungsstufen erkennbar werden. Das Bundesverfassungsgericht beschreibt seine Kontrolltätigkeit auch in Kindschaftssachen mit der Heck'schen Formel (a)), ein erweiterter Prüfungsumfang ist der begründungsbedürftige Ausnahmefall (b)).

a) Grundsätzlicher Prüfungsumfang: Heck'sche Formel

Die Anwendung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges ist auch in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Kindschaftssachen der Regelfall. Es beschreibt seine Kontrolltätigkeit in Entscheidungen zur Alleinsorge³²⁰, zum Umgang³²¹, zum Unterhalt³²² und in anderen Teilgebieten³²³ mit der Heck'schen Formel. Teilweise wird die Anwendung der ersten Prüfungsstufe allein durch einen Verweis auf den Patent-Beschluss gekennzeichnet.³²⁴ Schließlich ist auch in Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht keine explizite Aussage zum Prüfungsumfang macht,³²⁵ davon auszugehen, dass es vom grundsätzlichen Prüfungsumfang nicht abweichen will.

Nur selten wird eine über die Heck'sche Formel hinausgehende Kontrolle ausdrücklich abgelehnt: In einem Beschluss vom 05.11.1980³²⁶ ging das Bundesverfassungsgericht erstmalig im Zusammenhang mit der Bestimmung des Prüfungsumfanges auf das Kriterium der Eingriffsintensität ein. Die Ent-

³¹⁹ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 121.

³²⁰ BVerfGE 55, 171, 180f. – Alleinsorge.

³²¹ BVerfGE 31, 194, 204 u. 210 – Umgangsrecht; 56, 363, 394 – Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelichem Kind.

³²² BVerfGE 22, 93, 98 u. 100 – Unterhaltsverpflichtung; 80, 286, 296 – Nachehelicher Unterhalt; 103, 89, 100 – Unterhaltsverzichtsvertrag; 108, 351, 365 – Splittingvorteil bei Ehegattenunterhalt; 113, 88, 103 – Elternunterhalt; ähnlich 68, 256, 270f. – Erwerbsverpflichtung zur Unterhaltsleistung, wo von der den Fachgerichten obliegenden Prüfung des Einzelfalls die Rede ist.

³²³ BVerfGE 74, 102, 127 – Erziehungsmaßregel; 79, 203, 210 – Legitimation nichteheliches Kind; 96, 288, 311 – integrative Beschulung; 99, 145, 160 – gegenläufige Kindesentführung; 111, 307, 328 – Görgülü.

³²⁴ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 80, 81, 95 – Volljährigenadoption; 89, 315, 325 – Trennscheibe; 120, 224, 254 – Inzestverbot; 112, 332, 358 – Pflichtteilsentziehung.

³²⁵ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 69, 188 – Betriebsaufspaltung; 108, 82 – biologischer Vater.

³²⁶ BVerfGE 55, 171 – Alleinsorge.

scheidung betraf die Übertragung der Alleinsorge für die gemeinschaftlichen Kinder nach Trennung der Eltern. Das Amtsgericht hatte die elterliche Sorge für die ältere Tochter auf den Beschwerdeführer und für den jüngeren Sohn auf die Mutter übertragen. Dieser Beschluss wurde vom Oberlandesgericht mit Verweis auf die fehlende Erziehungseignung des Beschwerdeführers für jüngere Kinder bestätigt.³²⁷ Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wies der Senat zurück.

Zum Prüfungsumfang führt er nach Bezugnahme auf die Heck'sche Formel aus, dass die fachgerichtliche Entscheidung in Abhängigkeit von der Intensität der möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung und der Schwere der Auswirkungen für den Betroffenen eingehender nachgeprüft werden könne. Für eine strenge Überprüfung könne auch sprechen, dass das Fachgericht über das zukünftige Leben des Kindes entscheide.³²⁸ Die Ausprägungen dieser intensivierten Kontrolle präzisiert der Senat nicht, da er einen erweiterten Prüfungsumfang im Ergebnis ablehnt. Die Feststellung der fehlenden Erziehungseignung des Beschwerdeführers durch das Oberlandesgericht, die sich in Widerspruch zu den Annahmen des Amtsgerichts, des Jugendamts und des kinderpsychologischen Gutachtens setze, sei zwar bedenklich, rechtfertige eine weiterreichende Nachprüfung jedoch nicht. Die Entscheidung sei auch dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn von der uneingeschränkten Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen würde.³²⁹ Damit wird zirkelschlüssig impliziert, dass zweifelhafte Tatsachenfeststellungen bzw. -würdigungen durch das Fachgericht eine strenge Prüfung auslösen könnten. Die Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung fällt im Anschluss sehr knapp aus und geht auf die Feststellungen des Fachgerichts nicht im Einzelnen ein.³³⁰

b) Erweiterter Prüfungsumfang: Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler

Einige Senatsentscheidungen zu Kindschaftssachen aus den 80er Jahren begründen einen erweiterten, über die Heck'sche Formel hinausgehenden Prüfungsumfang ausdrücklich mit einer erhöhten Eingriffsintensität. Der Sache nach können die Trennungsfälle (Art. 6 Abs. 3 GG) im Wesentlichen in Herausnahme- und Rückführungsfälle unterschieden werden.

Bei ersteren wird der fachgerichtliche Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die darauf beruhende („echte“ Herausnahmefälle) oder je-

³²⁷ BVerfGE 55, 171, 174 ff. – Alleinsorge.

³²⁸ Ebd., S. 181.

³²⁹ Ebd., S. 181 f.

³³⁰ Ebd., S. 184.

derzeit drohende („unechte“ Herausnahmefälle) Fremdunterbringung des Kindes angegriffen. Die Gefährdungsbeurteilung der Fachgerichte betrifft in diesen Fällen regelmäßig die Situation des Kindes in der Ursprungsfamilie. Bei letzteren wird nach längerer Fremdunterbringung die Rückführung des Kindes in die Ursprungsfamilie begehrt. Hier stützt sich die Gefährdungsbeurteilung neben der (prognostizierten) Lage in der Ursprungsfamilie regelmäßig auf die Trennung von der Pflegefamilie und die damit einhergehenden Gefahren für das Kindeswohl.

Ein Beschluss vom 17.02.1982³³¹ betraf die Entziehung der elterlichen Sorge für ein eheliches Kind und deren Übertragung auf das Jugendamt. Bei den Beschwerdeführern handelte es sich um Menschen mit Behinderung, über deren Erziehungseignung mehrere Gutachten eingeholt wurden.³³² Obwohl sich das Kind – nachdem es nach der Geburt für eine Weile fremduntergebracht gewesen war – bei den Eltern befand, wurde die fachgerichtliche Entscheidung auch an Art. 6 Abs. 3 GG gemessen, da das Jugendamt eine Fremdunterbringung plante. Der Senat gab der Verfassungsbeschwerde statt und hob nur die letztinstanzliche Entscheidung auf.

Nach Wiedergabe der Heck'schen Formel und Betonung des Spielraums bei den Eingriffsmöglichkeiten weist der Senat darauf hin, dass der Sorgerechtsentzug der stärkste vorstellbare Eingriff in das Elternrecht sei, das Kind in gleicher Intensität treffe und die Eltern zusätzlich in ihrem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG berühre. Erstmals konkretisiert er im Anwendungsbereich des Art. 6 GG die Auswirkungen einer gesteigerten Eingriffsintensität dahingehend, dass fachgerichtliche Urteile auch auf einzelne Auslegungsfehler zu kontrollieren seien.³³³ Im Folgenden führt der Senat aus, dass sich ein Versagen der Eltern aus den Feststellungen des Fachgerichts nicht ableiten lasse. Gleiches gelte für das Vorliegen einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung, dem stünden Äußerungen des Sachverständigen entgegen.³³⁴ Das Bundesverfassungsgericht nimmt damit eine detaillierte Kontrolle der fachgerichtlichen Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände vor. Daneben führt der Senat aus, dass die oberlandesgerichtliche Begründung der Entscheidung darauf hindeute, dass es für die Ausübung des Wächteramtes einen falschen Maßstab, nämlich die bestmögliche Förderung des Kindes, angelegt habe.³³⁵ Diese Verknennung des Elternprimats hätte auch bei Anlegung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges eine Aufhebung der Entscheidung gerechtfertigt.

³³¹ BVerfGE 60, 79 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

³³² Ebd., S. 82 ff.

³³³ Ebd., S. 90 f.

³³⁴ Ebd., S. 92 f.

³³⁵ Ebd., S. 93 f.

Ein Beschluss vom 17.10.1984³³⁶ betraf die fachgerichtlich abgelehnte Rückführung des Kindes zu seinen leiblichen Eltern nach längerer Unterbringung in der Pflegefamilie. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde der Eltern war erfolgreich. Der auf einzelne Auslegungsfehler erweiterte Prüfungsumfang wird mit dem „erheblichen Eingriff“ in das Elternrecht und der Gefahr einer endgültigen Trennung aufgrund weiterer Entfremdung des Kindes von seinen Eltern unter gleichzeitiger Verfestigung der Bindung zu den Pflegeeltern begründet.³³⁷ Der Senat misst auch die Aufrechterhaltung der Trennung von Eltern und Kind an Art. 6 Abs. 3 GG³³⁸ und hebt die landgerichtliche Entscheidung nach einer knappen Prüfung mit der Begründung auf, dass sie unter Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vollständig auf eine Abwägung zwischen Kindeswohl und der Beeinträchtigung der Elternrechte verzichte.³³⁹ Hier schöpft das Gericht den erweiterten Prüfungsumfang also nicht aus; ein Abwägungsausfall, d. h. die Nichtberücksichtigung grundrechtlichen Einflusses, stellt schon nach der Heck'schen Formel einen zum Eingreifen berechtigenden Fehler dar.

Aus einem Beschluss vom 18.06.1986³⁴⁰ folgt, dass ein erweiterter Prüfungsumfang auch bei Verfassungsbeschwerden gilt, mit denen Kinder gegen ihre Rückführung zu den Eltern vorgehen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Kinder wurden aufgrund der Wohnungslosigkeit ihrer Mutter fremduntergebracht. Nachdem bekannt wurde, dass die Mutter wegen der Ablehnung ihres Asylantrags in ihr Heimatland Zaire verbracht werden sollte, entzog das Amtsgericht ihr das Sorgerecht, um die Mitnahme der Kinder zu verhindern. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Mutter war erfolgreich, die durch den Heimvater und den Pfleger der Kinder eingelegten weiteren Beschwerden nicht.³⁴¹ Ihre anschließend prozessstandschaftlich erhobenen Verfassungsbeschwerden wurden vom Senat als unzulässig verworfen. Für die im Namen der Kinder eingelegte Verfassungsbeschwerde unterstellte der Senat die Zulässigkeit und verwarf sie als unbegründet.³⁴²

Das Gericht betont unter Verweis auf den Beschluss vom 17.02.1982³⁴³ das sachliche Gewicht der Beeinträchtigung von Elterngrundrechten durch Trennungsentscheidungen. Solche Eingriffe in das Elternrecht träfen das Kind mit gleicher Intensität. Entscheidungen über den Verbleib in der Fami-

³³⁶ BVerfGE 68, 176 – Rückführung aus Pflegefamilie.

³³⁷ Ebd., S. 190 f.

³³⁸ Ebd., S. 187.

³³⁹ Ebd., S. 191 f.

³⁴⁰ BVerfGE 72, 122 – Rückführung zwecks Ausreise.

³⁴¹ Ebd., S. 125 ff.

³⁴² Ebd., S. 132 ff.

³⁴³ BVerfGE 60, 79 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

lie seien ebenfalls von existenzieller Bedeutung für die Zukunft der Kinder und rechtfertigten es, über den „grundsätzlichen Prüfungsumfang“ hinauszugehen.³⁴⁴ Diesen erweiterten Prüfungsumfang konkretisiert das Gericht im Gegensatz zu den vorgenannten Beschlüssen nicht. In einer knappen Prüfung kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass die fachgerichtliche Ablehnung des Sorgerechtsentzugs wegen fehlender Kindeswohlgefährdung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) berechtige nicht dazu, für eine bestmögliche Förderung der Kinder in Deutschland zu sorgen.³⁴⁵

Der erweiterte Prüfungsumfang wurde in weiteren Fallkonstellationen aus Kindesperspektive bestätigt. Ein Beschluss vom 14.04.1987³⁴⁶ betraf die fachgerichtlich angeordnete und obergerichtlich bestätigte Herausgabe eines Kindes von den Pflegeeltern an den sorgeberechtigten Vater (§ 1632 Abs. 4 BGB a.F.) zwecks Unterbringung bei seiner Stiefschwester. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde des durch einen Ergänzungspfleger vertretenen Kindes war wegen einer Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfolgreich. Das Verfahren sticht dadurch hervor, dass der Senat durch die Einholung von Sachverständigengutachten selbst Beweis erhoben hat.³⁴⁷

Der erweiterte Prüfungsumfang wird mit der existenziellen Bedeutung der Trennung von den Pflegeeltern für die Zukunft der Beschwerdeführerin begründet. Dies rechtfertige eine Ausweitung der Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung auf einzelne Auslegungsfehler.³⁴⁸ Im Folgenden bemängelt das Gericht eine fehlende verfassungskonforme Auslegung des § 1632 Abs. 4 BGB a.F. Die Norm fordere, dass eine nachhaltige Beeinträchtigung der seelischen Entwicklung des Kindes durch den Wechsel der Pflegefamilie mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden könne. Dies hätten die Fachgerichte nicht geprüft. Hinsichtlich der Auswirkungen auf das Kindeswohl wertet der Senat die eingeholten Gutachten aus und kommt entgegen der fachgerichtlichen Einschätzung zu dem Ergebnis, dass eine Gefährdung durch die Rückführung nicht ausgeschlossen werden könne.³⁴⁹ Es zeigt sich eine eigene Tatsachenfeststellung und -würdigung durch den Senat.

Eine ähnliche Konstellation wies ein Senatsbeschluss vom 12.10.1988³⁵⁰ auf: Die Pflegeeltern und das bei ihnen untergebrachte, durch einen Ergän-

³⁴⁴ BVerfGE 72, 122, 138 f. – Rückführung zwecks Ausreise.

³⁴⁵ Ebd., S. 139 f.

³⁴⁶ BVerfGE 75, 201 – Herausgabe eines Kindes.

³⁴⁷ Vgl. ebd., S. 210 ff.

³⁴⁸ Ebd., S. 221 f.

³⁴⁹ Ebd., S. 222 f.

³⁵⁰ BVerfGE 79, 51 – Rückführung zwecks Adoption.

zungspfleger vertretene Kind gingen, nachdem Anträge nach § 1632 Abs. 4 BGB a.F. in allen Instanzen erfolglos gewesen waren, mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes zwecks Unterbringung in der Adoptionspflege vor.³⁵¹ Die Verfassungsbeschwerde der Pflegeeltern wies der Senat nach einer Prüfung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG zurück. Im Vergleich zu den leiblichen Eltern habe die Trennung für Pflegeeltern ein geringeres Eingriffsgewicht, da die Verbindung von vornherein auf Zeit angelegt sei.³⁵² Der Prüfungsumfang wurde nur in Bezug auf die Verfassungsbeschwerde des Kindes erörtert und, wie im Beschluss vom 14.04.1987³⁵³, mit der existenziellen Bedeutung für die Zukunft des Kindes eine Erweiterung auf einzelne Auslegungsfehler begründet.³⁵⁴ Auf Basis des erweiterten Prüfungsumfanges gab der Senat der Verfassungsbeschwerde des Kindes statt. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem staatlichen Wächteramt ergebe sich eine Pflicht, zu ermitteln, ob die vorgesehenen Adoptiveltern geeignet seien, dem Kind über negative Folgen der Trennung von den Pflegeeltern hinwegzuhelfen. Dieser Aufklärungspflicht seien die Fachgerichte trotz vorhandener Möglichkeiten nicht nachgekommen.³⁵⁵ Maßgeblicher Aufhebungsgrund ist also die Nichtbeachtung der sich aus den Kindesgrundrechten ergebenden verfahrensrechtlichen Gewährleistungen.

c) Erste Erkenntnisse

Abweichend von den Ausgangsentscheidungen zu den Kommunikationsgrundrechten zeigt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in kindschaftsrechtlichen Angelegenheiten kein dreistufiges Prüfungsmodell.³⁵⁶ Außerdem wird der erweiterte Prüfungsumfang zumindest teilweise auf andere Gründe gestützt (aa)). Das tatsächliche Entscheidungsverhalten lässt eine einheitliche Handhabung des erweiterten Prüfungsumfanges jedoch nicht erkennen (bb)).

aa) Zwei-Stufen-Modell

Zur Bestimmung der Eingriffsintensität zieht das Gericht die individuelle Betroffenheit von Eltern und Kind heran, generell einschüchternde Auswir-

³⁵¹ BVerfGE 79, 51, 53 ff. – Rückführung zwecks Adoption.

³⁵² Ebd., S. 60 f.

³⁵³ BVerfGE 75, 201 – Herausgabe eines Kindes.

³⁵⁴ BVerfGE 79, 51, 63 – Rückführung zwecks Adoption.

³⁵⁵ Ebd., S. 66 ff.

³⁵⁶ Siehe dazu oben C.I.3, S. 95 ff.

kungen staatlicher Maßnahmen werden nicht erwähnt. In Bezug auf die Eltern wird dazu auf die Intensität des Eingriffs in das Elternrecht und das Persönlichkeitsrecht verwiesen,³⁵⁷ oftmals mit dem Hinweis, dass dieser die Kinder in gleicher Intensität treffe.³⁵⁸ Auf die Grundrechte des Kindes wird zur Bestimmung des Prüfungsumfanges nicht explizit Bezug genommen. Vielmehr verweist das Gericht insbesondere bei Verfassungsbeschwerden von Kindern auf die existenzielle Bedeutung der fachgerichtlichen Entscheidung.³⁵⁹ Nach diesen Grundsätzen geht es von einem erweiterten Prüfungsumfang aus, wenn aufgrund einer Verfassungsbeschwerde der Eltern³⁶⁰ oder des Kindes die Verfassungsmäßigkeit der Trennung oder ihre Aufrechterhaltung geprüft wird. Andernfalls findet der grundsätzliche Prüfungsumfang nach der Heck'schen Formel Anwendung.

Bei gesteigerter Eingriffsintensität soll sich der bundesverfassungsgerichtliche Prüfungsumfang auf *einzelne Auslegungsfehler* erstrecken.³⁶¹ Damit etabliert die Senatsrechtsprechung eine einheitliche Beschreibung der 2. Kontrollstufe.³⁶² Es fällt auf, dass das Gericht die individuelle Betroffenheit regelmäßig – insofern vergleichbar mit der „höchsten Eingriffsintensität“ des oben beschriebenen 3-Stufen-Modells³⁶³ – als „stärksten Eingriff“³⁶⁴ in das Elternrecht beschreibt, daraus jedoch nicht die Konsequenz zieht, zu einer „eigenen Wertung“ berechtigt zu sein. Die 3. Kontrollstufe fällt zumindest in der Selbstbeschreibung des Gerichts ersatzlos weg. Was von der Prüfung auf einzelne Auslegungsfehler umfasst ist, wird auch durch die Senatsrechtsprechung in Kindschaftssachen nicht näher spezifiziert. Dass das Bundesverfassungsgericht auf jeden, d.h. auch (allein) einfachrechtliche Auslegungsfehler der Fachgerichte reagieren will, erscheint fernliegend. Angesichts der regelmäßigen Verknüpfung von Intensitätsformel und Heck'scher

³⁵⁷ BVerfGE 55, 171, 181 – Alleinsorge.

³⁵⁸ BVerfGE 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 72, 122, 138 – Rückführung zwecks Ausreise.

³⁵⁹ BVerfGE 72, 122, 139 – Rückführung zwecks Ausreise; 75, 201, 221 – Herausgabe eines Kindes; 79, 51, 63 – Rückführung zwecks Adoption; ähnlich auch 55, 171, 181 – Alleinsorge.

³⁶⁰ Eine Ausnahme gilt für Verfassungsbeschwerden der Pflegeeltern, vgl. BVerfGE 79, 51, 60 f. – Rückführung zwecks Adoption.

³⁶¹ BVerfGE 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; 68, 176, 191 – Rückführung aus Pflegefamilie; 75, 201, 222 – Herausgabe eines Kindes; 79, 51, 63 – Rückführung zwecks Adoption.

³⁶² Vgl. zur Formulierungsvielfalt bei Entscheidungen zu Art. 5 GG oben, C.I.3, S. 96 f.

³⁶³ Siehe oben C.I.3, S. 95.

³⁶⁴ BVerfGE 60, 79, 91 – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung; vgl. auch 79, 51, 60 – Rückführung zwecks Adoption, wo eine solche Einordnung für Pflegeeltern abgelehnt wurde.

Formel³⁶⁵ liegt es näher, dass auf das Kriterium der Grundsätzlichkeit der fachgerichtlichen Grundrechtsverkenntung verzichtet werden soll.³⁶⁶

bb) Keine einheitliche Kontrolltätigkeit

Das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Senats lässt eine einheitliche Handhabung des erweiterten Prüfungsumfanges nicht erkennen.³⁶⁷ Eine Beschränkung der Kontrolle auf (einzelne) grundrechtsrelevante Fehler bei der Auslegung einfachen Rechts zeigt sich nicht. Das Bundesverfassungsgericht betreibt auch – aber keinesfalls ausschließlich – Auslegungskontrolle. Der tatsächliche Prüfungsumfang auf der 2. Stufe reicht von einer knappen Feststellung des Abwägungsausfalls³⁶⁸ über einzelfallbezogene Abwägungskontrolle³⁶⁹ bis zu eigenen Tatsachenfeststellungen und -würdigungen.³⁷⁰

In der Folgezeit geht die Senatsrechtsprechung zum Familienrecht auf das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung des Prüfungsumfanges (zunächst) nicht mehr ein. Ein Ende der Intensitätsrechtsprechung³⁷¹ ist jedoch nicht erkennbar, wenn man auch die Rechtsprechung der Kammern betrachtet. Hier wird die Intensitätsformel aufgenommen, durchgängig verwendet³⁷², weiterentwickelt³⁷³ und schließlich auch durch die Senatsrechtsprechung bestätigt.³⁷⁴

³⁶⁵ BVerfGE 79, 51, 63 – Rückführung zwecks Adoption: „Neben der Frage, ob die angegriffenen Entscheidungen Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts [...] beruhen, können auch einzelne Auslegungsfehler nicht außer Betracht bleiben“.

³⁶⁶ Siehe oben C.I.3, S. 96 f.

³⁶⁷ Ähnlich auch *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 139 f.

³⁶⁸ BVerfGE 68, 176, 191 f. – Rückführung aus Pflegefamilie.

³⁶⁹ BVerfGE 60, 79, 92 ff. – Sorgerechtsentzug zur Fremdunterbringung.

³⁷⁰ BVerfGE 75, 201, 210 ff. u. 221 f. – Herausgabe eines Kindes.

³⁷¹ So *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 92 u. 269.

³⁷² BVerfG (1. Kammer), 11.11.1988 – 1 BvR 585/88, FamRZ 1989, 145, 146 (juris Rn. 21); BVerfG (3. Kammer), 22.08.2000 – 1 BvR 2006/98, FamRZ 2000, 1489, 1489 (juris Rn. 11); BVerfG (3. Kammer), 21.06.2002 – 1 BvR 605/02, FamRZ 2002, 1021, 1023 (juris Rn. 21); BVerfGK 13, 119, 125; BVerfG (2. Kammer), 10.09.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897, 1898 (juris Rn. 19); BVerfG (2. Kammer), 19.01.2010 – 1 BvR 1941/09, FamRZ 2010, 528, 529 (juris Rn. 31); BVerfGK 16, 517, 527; 19, 295, 300; ähnlich BVerfG (3. Kammer), 29.11.1993 – 1 BvR 1045/93, FamRZ 1994, 223, 224 (juris Rn. 16).

³⁷³ Dazu sogleich 2. und zur Vereinbarkeit mit der Senatsakzessorietät unten Teil 3, B.IV.1.b), S. 223 ff.

³⁷⁴ BVerfGE 136, 382 – Großeltern als Vormund.

2. Zweite Intensitätsphase: Tatsachenkontrolle

Eine Weiterentwicklung der Intensitätsrechtsprechung wurde 2014 durch Kammerentscheidungen angestoßen. Für Trennungsfälle wird mit Verweis auf die Eingriffsintensität die Ausweitung des Prüfungsumfanges auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes begründet.³⁷⁵

Mit acht Entscheidungen³⁷⁶ – bei denen es sich teilweise um Eingänge aus dem Jahr 2013 handelte³⁷⁷ – kam es 2014 zu einer außergewöhnlichen Häufung stattgebender Kammerbeschlüsse in Herausnahme- und Rückführungsfällen,³⁷⁸ wesentlich weniger waren es in den Jahren davor³⁷⁹ und danach.³⁸⁰ In personeller Hinsicht fällt diese Entwicklung in den Zeitraum, in dem die Richterin des Bundesverfassungsgerichts Britz – die zu den Entscheidungen umfassend in der Fachpresse Stellung genommen hat³⁸¹ – für das Sachgebiet zuständig war.³⁸²

³⁷⁵ So erstmalig BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26).

³⁷⁶ BVerfG (1. Kammer), 17.03.2014 – 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177; BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248; BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907; BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270; BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266; BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442; BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772; BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112.

³⁷⁷ Dies hervorhebend *Britz*, JAmt 2014, 550.

³⁷⁸ Mit ähnlicher Einschätzung *Hammer*, FF 2014, 428: „Diese Fülle [...] erstaunt“.

³⁷⁹ Jeweils eine Entscheidung in den Jahren 2011 und 2012: BVerfG (2. Kammer), 20.06.2011 – 1 BvR 303/11, juris; BVerfGK 19, 295 und keine Entscheidung im Jahr 2013.

³⁸⁰ Jeweils eine Entscheidung in den Jahren 2016 und 2020: BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439; BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104; jeweils zwei Entscheidungen in den Jahren 2015 und 2017: BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120; BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22; BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261; BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795 und keine Entscheidung in den Jahren 2018 und 2019.

³⁸¹ *Britz*, JZ 2014, 1069; *dies.*, JAmt 2014, 550; *dies.*, FF 2015, 387; *dies.*, FamRZ 2015, 793; *dies.*, FF 2015, 4; *dies.*, NZFam 2016, 1113. *Heiter*, FamRB 2019, 359, 366 sieht darin ein Indiz dafür, dass die Kritik an den Entscheidungen auch im BVerfG wahrgenommen wurde.

³⁸² Vgl. Geschäftsverteilungsbeschluss des Ersten Senats vom 11.01.2011 i. V. m. der Gesamtübersicht über die originären Sachgebiete Teil 2 i. V. m. dem Beschluss des Ersten Senats über die Zuständigkeit der Richterinnen Baer und Britz vom 21.02.2011,

Die quantitative Auffälligkeit ist wohl nicht (allein) auf die Entwicklung der Fallzahlen in der Fachgerichtsbarkeit zurückzuführen. Zwar ist – möglicherweise ausgelöst durch die Berichterstattung über tragische Einzelfälle und die damit einhergehende Befürchtung der beteiligten Akteure, für die Folgen (vermeintlich) zögerlichen Handelns beim Kinderschutz verantwortlich gemacht zu werden³⁸³ – die Anzahl der Fälle, in denen es zu einer vollständigen oder teilweisen Entziehung der elterlichen Sorge gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB durch Fachgerichte kam, von 2009 (12.164 Fälle) bis 2014 (17.029 Fälle) gestiegen und schwankt seitdem um die 16.000 Fälle pro Jahr.³⁸⁴ Allerdings wäre zu erwarten gewesen, dass sich dieser Anstieg der Fallzahlen nicht allein im Jahr 2014 bemerkbar macht. Beispielsweise gab es 2016 nur eine stattgebende Kammerentscheidung,³⁸⁵ obwohl die Zahl der Sorgerechtsentziehungen mit 17.168 Fällen noch etwas höher lag als 2014.³⁸⁶ Wenn zur Relativierung der quantitativen Besonderheit auf Fallzahlen des Jahres 2009 verwiesen wird, hinkt der Vergleich ein wenig, da die Erhebung zu stattgebenden Kammerentscheidungen neben Trennungsfällen auch Umgangssachen erfasst.³⁸⁷ Unter den veröffentlichten Entscheidungen aus

abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2011/geschaeftsverteilung_2011_node.html (zuletzt abgerufen 30.11.2021). Zuvor war die BVRin *Hohmann-Dennhardt* zuständig, vgl. Geschäftsverteilungsbeschluss des Ersten Senats vom 23.11.2010 i. V.m. der Gesamtübersicht über die originären Sachgebiete Teil 1, beides abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2011/geschaeftsverteilung_2011_node.html (zuletzt abgerufen am 30.11.2021). Ab Mitte 2018 liegt die Zuständigkeit bei BVR *Radtke*, vgl. den Geschäftsverteilungsbeschluss des Ersten Senats vom 01.12.2017 i. V.m. der Gesamtübersicht zum Geschäftsverteilungsbeschluss B i. V.m. dem Feststellungsbeschluss vom 18.07.2018, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2018/geschaeftsverteilung_2018.html (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

³⁸³ *Gärditz*, FF 2015, 341, 349; unter Verweis auf die zugespitzte Darstellung bei *Steinbeis*, Auch schlechte Eltern sind Eltern (VerfBlog 2014/5/19).

³⁸⁴ *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2018, S. 13 f. (ZR1.1, lfd. Nr. 12) für die Jahre bis 2011 und S. 15 (ZR1.2, lfd. Nr. 15 u. 16) für die Jahre ab 2012 bis 2018, die getrennte Erfassung ist einer Änderung der Erhebungsmerkmale geschuldet; vgl. für die Jahre 2019 und 2020 die Zahlen aus der Datenbank *Genesis des Statistischen Bundesamtes*, abrufbar unter <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=statistikTabellen&selectionname=22522#abreadcrumb> (zuletzt abgerufen 30.11.2021).

³⁸⁵ BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439.

³⁸⁶ *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2018, S. 15 (ZR1.2, lfd. Nr. 15 u. 16).

³⁸⁷ *Britz*, JAmt 2014, 550, 551, siehe Tab. 3, die sich auf Verfassungsbeschwerden gegen Fremdunterbringungen und Umgangsregelungen mit dem fremduntergebrachten Kind bezieht; *dies.*, FF 2015, 4, 6; die Ausführungen von *Britz* aufgreifend *C. Burmeister*, in: *Scheffczyk/Wolter* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des*

dem Jahr 2009³⁸⁸ finden sich nur zwei stattgebende Kammerbeschlüsse, die einen Sorgerechtsentzug betreffen.³⁸⁹ Möglicherweise – hier bewegt man sich im Bereich der Spekulationen – hat der Anstieg der fachgerichtlichen Sorgerechtsentzüge die Kammer jedoch bewegt, ihren Kontrollzugriff zu ändern.

Ob aus den quantitativen Beobachtungen eine Überbetonung des Elternrechts geschlussfolgert werden kann,³⁹⁰ erscheint fraglich. Die Kammerrechtsprechung verschiebt nicht ausdrücklich die materiell-rechtlichen Gewichtsmaßstäbe bei der Berücksichtigung von Eltern- und Kindesgrundrechten, sondern implementiert einen erweiterten Prüfungsumfang.³⁹¹ Dieser findet – wie die folgende Entscheidungsanalyse zeigen wird – auch bei Verfassungsbeschwerden von Kindern Anwendung. Die Häufung der eine Verletzung des Elternrechts feststellenden Kammerbeschlüsse könnte damit dem Umstand geschuldet sein, dass in einem Großteil der Verfahren die Eltern gegen Trennungs- oder Rückführungsentscheidungen der Fachgerichte vorgehen.³⁹² Auch scheint nicht ausgeschlossen, dass die Positionierungen zu dieser Frage teilweise vom jeweiligen Standpunkt in der rechtspolitischen Diskussion um die Einführung von Kindesgrundrechten beeinflusst werden.³⁹³

Im Folgenden wird untersucht, ob das tatsächliche Entscheidungsverhalten den Eindruck bestätigt, dass nach der neuen Intensitätsformel sämtliche fachgerichtlichen Aufgabenbereiche einer weitgehenden Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen sind (a)). Als Vergleichsgruppe dienen ausgewählte kindschaftsrechtliche Fallkonstellationen, in denen das Bundesverfassungsgericht einen erweiterten Prüfungsumfang ablehnt (b)). Es gilt festzustellen, inwiefern im Kontrollverhalten tatsächlich Zurückhaltung und damit ein entlang der Eingriffsintensität gestufter Prüfungsumfang zu erkennen ist.

BVerfG IV, 247, 258, der ausführt, dass fünf stattgebende Entscheidungen bei einer Fallzahl von 43 in der Fachöffentlichkeit nicht auf breitere Resonanz gestoßen wären.

³⁸⁸ Untersucht wurden die auf juris abrufbaren Entscheidungen der 2. Kammer des 1. Senates.

³⁸⁹ BVerfG (2. Kammer), 17.06.2009 – 1 BvR 467/09, juris; BVerfG (2. Kammer), 10.09.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897.

³⁹⁰ Heilmann, NJW 2014, 2904, 2907 u. 2909; ders., FamRZ 2015, 92, 94; der auch für die Fachgerichtsbarkeit – insbesondere die Rechtsprechung des BGH – eine Fokussierung auf das Elternrecht feststellt, vgl. ders., NJW 2017, 986, 987; ders., NJW 2019, 1417, 1418; anders Heiß, NZFam 2015, 532, 535 f.

³⁹¹ Zur Wahrung der Senatskompetenzen siehe unten Teil 3, B.IV., S. 221 ff.

³⁹² Britz, JAmt 2014, 550, 551; ähnlich C. Burmeister, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 261.

³⁹³ Diese Fragen im Zusammenhang erörternd beispielsweise Heilmann, NJW 2014, 2904, 2909; Heiß, NZFam 2015, 532, 536 f.

Eine umfassende Sammlung der Kammerrechtsprechung steht als Untersuchungsgrundlage nicht zur Verfügung.³⁹⁴ Nach Einstellung der amtlichen Sammlung BVerfGK, mit welcher der Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts eine Auswahl relevanter Kammerentscheidungen bereitstellte, muss die Analyse auf eine Auswertung der einschlägigen Fachzeitschriften und Datenbanken gestützt werden. Die Untersuchung ist notwendigerweise auf die veröffentlichten Entscheidungen beschränkt. Bei allem Bemühen um Vollständigkeit kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass einzelne Kammerentscheidungen unberücksichtigt bleiben.

a) Erweiterter Prüfungsumfang in Trennungsfällen

Der erweiterte Prüfungsumfang wird durch die Verwendung der neuen Intensitätsformel gekennzeichnet, wenn die Fachgerichte über die erstmalige Trennung von Eltern und Kind oder deren Aufrechterhaltung entschieden haben. Entsprechende familiengerichtliche Entscheidungen können die Kammern in verschiedenen prozessualen Konstellationen beschäftigen. Verfassungsbeschwerden der Eltern – die den ganz überwiegenden Teil der untersuchten Entscheidungen ausmachen – richten sich entweder gegen die fachgerichtlich angeordnete Trennung oder die abgelehnte Rückführung. Gleichgerichtete Verfassungsbeschwerden unter Berufung auf die abwehrrechtliche Dimension des kindlichen Erziehungsgewährleistungsrechts³⁹⁵ sind zwar theoretisch denkbar, praktisch aber kaum relevant. Prozessstandschaftlich für Kinder geführte Verfassungsbeschwerden treten vor allem bei einer Kollision mit den Elternvorstellungen auf und richten sich unter Berufung auf staatliche Schutzpflichten zugunsten der Kindesgrundrechte gegen die Trennung ablehnende³⁹⁶ oder die Rückführung anordnende fachgerichtliche Entscheidungen.³⁹⁷

Belastbare Aussagen über den tatsächlichen Prüfungsumfang lassen sich dabei anhand stattgebender Kammerentscheidungen treffen. Diese machen in

³⁹⁴ Kritisch zur Publikationslage *Schlink*, NJW 1984, 89, 91; *Höfling/Rixen*, AöR 125 (2000), S. 613, 643 f.; *Zuck*, EuGRZ 2013, 662, 663; *Schäfer*, Annahmeverfahren, 2015, S. 47 ff.

³⁹⁵ Siehe oben B.II.3., S. 79 ff.

³⁹⁶ Vgl. für diese seltene Konstellation BVerfG (1. Kammer), 15.12.2020 – 1 BvR 1395/19, FamRZ 2021, 512, in der die prozessstandschaftlich durch den Landkreis als Träger des Jugendamtes erhobene Verfassungsbeschwerde als unzulässig eingestuft wurde.

³⁹⁷ Vgl. BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261; ferner die bereits erörterten Senatsentscheidungen BVerfGE 72, 122 – Rückführung zwecks Ausreise; 75, 201 – Herausgabe eines Kindes; 79, 51 – Rückführung zwecks Adoption.

der Regel einen Anteil von ein bis zwei Prozent der durch abschließende Entscheidung der Kammern erledigten Verfahren aus.³⁹⁸ Erhebungen aus dem Gericht selbst deuten allerdings darauf hin, dass die Erfolgsquote in ausgewählten kindschaftsrechtlichen Verfahren – nämlich zur Fremdunterbringung und zum Umgang – etwas höher liegt.³⁹⁹ Dass sich die folgenden Ausführungen im Wesentlichen auf stattgebende Kammerentscheidungen beziehen, sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch in kindschaftsrechtlichen Konstellationen der Großteil der Verfassungsbeschwerden erfolglos bleibt.

Zwar findet sich die neue Intensitätsformel auch in Nichtannahmebeschlüssen.⁴⁰⁰ Dort wird jedoch regelmäßig von der in § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, von einer Begründung abzusehen. Zum Beispiel ergingen im Geschäftsjahr 2019 insgesamt ca. 80 Prozent der nicht-stattgebenden Kammerentscheidungen ohne Begründung und ca. 15 Prozent allein mit einer Tenorbegründung.⁴⁰¹ Die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungsbegründungen ist dementsprechend gering. Auch die internen Voten⁴⁰² sind nicht frei zugänglich. Soweit vorhan-

³⁹⁸ Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 19; Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2019, S. 19; Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2014, S. 19. Die Berechnung beruht auf den dort zu findenden Angaben zu Erledigungen der Kammern durch Nichtannahme und Stattgabe. Verglichen wurde der Anteil der Stattgaben an den Erledigungen durch abschließende Entscheidung (Nichtannahmen und Stattgaben); dabei wurden die Erledigungen durch Rücknahme und auf sonstige Weise außer Acht gelassen. Dies führt zu folgenden Ergebnissen: 2010: 1,47%; 2011: 1,35%; abweichend 2012: 2,69%; 2013: 1,21%; 2014: 1,76%; 2015: 1,70%; 2016: 1,85%; 2017: 1,70%; 2018: 1,47%; 2019: 1,39%; 2020: 1,69%.

³⁹⁹ Britz, FF 2015, 4, 6. Rechnet man die dort zu findenden Zahlen zu einem prozentualen Anteil der Stattgaben an den eingegangenen Verfahren um, kommt man zu folgenden Erfolgsquoten: 2009: 11,62%; 2010: 3,85%; 2011: 1,96%; 2012: 1,78%; 2013: 4,88%; 2014: 5,71%, wobei die letztgenannte Zahl auf einer dort aufgestellten Prognose beruht; vgl. für eine ältere Stichprobe Zuck, FamRZ 2010, 1946.

⁴⁰⁰ BVerfG (2. Kammer), 27.04.2017 – 1 BvR 563/17, FamRZ 2017, 1055, 1056 (Rn. 18); BVerfG (2. Kammer), 23.04.2018 – 1 BvR 383/18, FamRZ 2018, 1084, 1086 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, FamRZ 2019, 1437, 1439 (Rn. 22).

⁴⁰¹ Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2019, S. 18, von „nicht-stattgebenden“ Kammerentscheidungen ist die Rede, weil die Statistik sowohl Nichtannahmen als auch Ablehnungen einstweiliger Anordnungen umfasst; Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 430 u. 456 kommt nach einer umfangreichen Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die Möglichkeit des Begründungsverzichts verfassungswidrig sei; kritisch auch Zuck, EuGRZ 2013, 662 f.; ders., NJW 1997, 29 f.; anders H. H. Klein, FS Stern, S. 1135, 1147, der ein gesetzliches Begründungsverbot fordert.

⁴⁰² Voßkuhle, BayVBl. 2020, 577, 578 weist darauf hin, dass auch Nichtannahmebeschlüsse umfassend votiert werden; ebenso Hömig, FS Driehaus, S. 463, 465; Krannenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 107.

den, sind Begründungen bei Nichtannahmebeschlüssen in der Regel weniger umfangreich als bei stattgebenden Entscheidungen. Hinsichtlich des Prüfungsumfanges zeigt sich daher kein einheitliches Bild. Teilweise wird knapp darauf verwiesen, dass Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts nicht ersichtlich seien.⁴⁰³ Andere Entscheidungen gehen näher auf die Beweismittel ein und vollziehen die fachgerichtliche Beweiswürdigung nach.⁴⁰⁴ Schließlich finden sich auch Nichtannahmebeschlüsse, welche die Intensitätsformel nicht erwähnen, obwohl dies aufgrund von Erwägungen zu Art. 6 Abs. 3 GG zu erwarten gewesen wäre.⁴⁰⁵

Aus prozessualer Perspektive kann man bei der Verwendung der erweiterten Intensitätsformel zwischen Verfassungsbeschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen (aa)) und einstweilige Anordnungen (bb)) der Familiengerichte unterscheiden. Eine solche Differenzierung bietet sich angesichts der unterschiedlichen Tatsachenbasis des jeweiligen Verfahrens an: Hauptsacheentscheidungen ergehen auf vollständig ausermittelter Tatsachengrundlage; bei Eilentscheidungen kann unter strengen Voraussetzungen auf eine (weitere) Beweiserhebung verzichtet werden. Dementsprechend divergiert auch die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts.

aa) Verfassungsbeschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen

Im erstinstanzlichen Hauptsacheverfahren vor dem Familiengericht ergeht die Entscheidung durch Beschluss (§ 38 Abs. 1 FamFG), gegen den die Beschwerde statthaft ist (§ 58 Abs. 1 FamFG). Der Verfahrensstoff ist in der zweiten Instanz nicht beschränkt, die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG). Die gegen zweitinstanzliche Beschlüsse statthafte Rechtsbeschwerde ist bis auf wenige Ausnahmefälle zulassungspflichtig (§ 70 FamFG). Da die Beschwerdegerichte dieses Rechtsmittel selten zulassen,⁴⁰⁶ richten sich die Verfassungsbeschwerden in der Regel gegen zweitinstanzliche Beschlüsse der Oberlandesgerichte.

⁴⁰³ BVerfG (1. Kammer), 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, FamRZ 2019, 1437, 1439 (Rn. 22).

⁴⁰⁴ BVerfG (2. Kammer), 27.04.2017 – 1 BvR 563/17, FamRZ 2017, 1055, 1057 (Rn. 23); BVerfG (2. Kammer), 23.04.2018 – 1 BvR 383/18, FamRZ 2018, 1084, 1086 (Rn. 21 ff.).

⁴⁰⁵ BVerfG (1. Kammer), 10.12.2019 – 1 BvR 2214/19, FamRZ 2020, 422.

⁴⁰⁶ Vgl. für eine Ausnahme BVerfG (1. Kammer), 15.12.2020 – 1 BvR 1395/19, FamRZ 2021, 512, 513 (Rn. 6).

(1) Herausnahmefälle

Nach dem Wortlaut („getrennt werden“) sind „echte“ Herausnahmefälle, d.h. die auf dem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts beruhende, tatsächlich durchgeführte Fremdunterbringung des Kindes, der naheliegende Anwendungsfall des Art. 6 Abs. 3 GG. Außerdem misst auch die neuere Kammerrechtsprechung „unechte“ Herausnahmefälle, d.h. Fallkonstellationen, in denen der Sorgerechtsentzug erfolgt ist, die Fremdunterbringung sich jedoch noch im Planungsstadium befindet, regelmäßig an Art. 6 Abs. 3 GG. Anders war dies beispielsweise beim ersten stattgebenden Kammerbeschluss aus dem Jahr 2014.⁴⁰⁷ Dort wurde ein Sorgerechtsentzug „auf Vorrat“ nicht ausdrücklich anhand von Art. 6 Abs. 3 GG geprüft und die neue Intensitätsformel nicht genannt. Die Kammer stellte eine Verletzung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fest und begründete die Aufhebung der fachgerichtlichen Entscheidungen mit der Unverhältnismäßigkeit des Sorgerechtsentzugs. Dieser sei mangels einer realistischen Perspektive auf eine zeitnahe Fremdunterbringung des Kindes nicht geeignet gewesen, eine Gefährdung abzuwenden.⁴⁰⁸

Beschluss Az. 1 BvR 160/14

Die neue Intensitätsformel wurde erstmals in einem die Trennung von Eltern und Kind betreffenden Kammerbeschluss vom 24.03.2014⁴⁰⁹ erwähnt, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Beschwerdeführerin wurde nach Einholung eines Sachverständigengutachtens durch Beschluss des Amtsgerichts⁴¹⁰ die elterliche Sorge hinsichtlich der Aufenthaltsbestimmung und Beantragung von Jugendhilfemaßnahmen für ihre beiden jüngsten Kinder entzogen. Diese waren als einzige von fünf Kindern bei der Beschwerdeführerin verblieben. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Zweibrücken zurück⁴¹¹ und die beiden Kinder wurden wenig später in einer Pflegefamilie untergebracht. Die Kammer gab der anschließenden Verfassungsbeschwerde der Mutter statt und hob die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen wegen einer Verletzung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auf. Zur Beschreibung des Prüfungsumfanges gibt die Kammer zunächst die Heck'sche Formel wieder und führt zur erweiterten Kontrolle aus⁴¹²:

⁴⁰⁷ BVerfG (1. Kammer), 17.03.2014 – 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177.

⁴⁰⁸ Ebd., S. 1178 (Rn. 31 ff.).

⁴⁰⁹ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248.

⁴¹⁰ AG Landau i. d. Pfalz, 19.06.2013 – 1 F 287/12, BeckRS 2014, 8123.

⁴¹¹ OLG Zweibrücken, 08.11.2013 – 2 UF 106/13, BeckRS 2014, 8124.

⁴¹² BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26).

„Bei gerichtlichen Entscheidungen, die Eltern zum Zweck der Trennung des Kindes von den Eltern das Sorgerecht für ihr Kind entziehen, besteht hingegen wegen des sachlichen Gewichts der Beeinträchtigung der Grundrechte von Eltern und Kindern Anlass, über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinauszugehen [...]. Vor allem prüft das Bundesverfassungsgericht, ob das Familiengericht in nachvollziehbarer Weise angenommen hat, es bestehe eine nachhaltige Gefährdung des Kindeswohls und diese sei nur durch die Trennung des Kindes von den Eltern, nicht aber durch weniger eingreifende Maßnahmen abwendbar. Dabei kann sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle wegen des besonderen Eingriffsgewichts ausnahmsweise auch auf einzelne Auslegungsfehler [...] sowie auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts erstrecken.“

Mit dieser Intensitätsformel weist die Kammer zunächst auf die Abweichung vom Regel-Prüfungsumfang hin, nennt als Beispielsfälle die Prüfung der Kindeswohlgefährdung und der Erforderlichkeit der Trennung durch die Fachgerichte und beschreibt die Auswirkungen auf den verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang dann konkret: Neben der bereits bekannten Ausweitung auf „einzelne Auslegungsfehler“ soll sich die Überprüfung auf Tatsachenfehler der Fachgerichte erstrecken.

Die Aufhebung der fachgerichtlichen Entscheidungen stützt die Kammer darauf, dass sich eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung aufgrund der Erwägungen der Fachgerichte nicht mit der gebotenen Sicherheit feststellen lasse: Einerseits könne aus dem Sachverständigengutachten ein eingetretener Schaden oder eine gegenwärtige Gefahr für die Kinder nicht abgeleitet werden, der Sachverständige habe eine nachhaltige Gefährdung weder im Ergebnis noch in der Sache festgestellt. Insbesondere die Annahme der Fachgerichte, dass die Beschwerdeführerin Minimalanforderungen an eine ausreichende Versorgung ihrer Kinder nicht erfülle, sei nicht hinreichend nachvollziehbar, da die im Sachverständigengutachten aufgezählten Erziehungsumstände zwar auf schlechte Entwicklungsbedingungen, aber nicht auf eine Kindeswohlgefahr hindeuteten.⁴¹³ Andererseits ergebe sich auch aus den durch die Fachgerichte neben den Sachverständigenfeststellungen aufgezählten Umständen keine gegenwärtige Gefahr. Dies gelte sowohl hinsichtlich der vom Amtsgericht herangezogenen häuslichen Umstände als auch für das vom Oberlandesgericht angeführte distanzierte Verhalten der Kinder im Kindergarten.⁴¹⁴

Ferner verletzen die fachgerichtlichen Entscheidungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Einerseits sei die Geeignetheit der Trennung nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, da weder das Amtsgericht noch das Oberlandesgericht Nachteile der Trennung mit den angenommenen Gefahren

⁴¹³ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 30 f.).

⁴¹⁴ Ebd., S. 250 (Rn. 33 ff.).

des Verbleibens bei der Mutter ins Verhältnis gesetzt habe. Dies sei jedoch verfassungsrechtlich geboten, um die erforderliche Verbesserung der Gesamtsituation des Kindes festzustellen.⁴¹⁵ Andererseits sei die Trennung zum Schutz der Kinder nicht erforderlich, da staatliche Hilfsmaßnahmen nicht hinreichend in Betracht gezogen würden. Für die Annahme des Oberlandesgerichts, dass mit öffentlicher Hilfe keine Verhaltensänderung bei der Mutter bewirkt werden könne, bestehe keine hinreichende tatsächliche Grundlage. Positive Berichte des Familienhilfeträgers und das Protokoll über die Anhörung einer Familienhelferin deuteten darauf hin, dass die Beschwerdeführerin Hilfestellungen annehmen würde. Da das Oberlandesgericht die Nichtberücksichtigung dieser Hinweise nicht begründet habe, sei seine Annahme nicht nachvollziehbar.⁴¹⁶ Auch die amtsgerichtlichen Ausführungen ließen die Erforderlichkeit der Trennung nicht erkennen, da das Amtsgericht sich zu Unrecht an die Feststellungen des Jugendamts gebunden gesehen und eigenständige Ermittlungen unterlassen habe. Angesichts der grundrechtlichen Schutzfunktion der fachgerichtlichen Ermittlungspflicht bedürfe der Verzicht auf eigene Ermittlungen einer gesetzlichen Grundlage. Eine Bindung an Feststellungen des Jugendamtes ergebe sich – unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz – aus dem einfachen Recht und den Grundsätzen zu administrativen Letztentscheidungsrechten jedoch nicht.⁴¹⁷

Diese ausdrückliche Prüfung der Auslegung der §§ 1666, 1666a BGB und der relevanten Vorschriften des SGB VIII unter Zurückstellung verfassungsrechtlicher Erwägungen überrascht, da die Auslegung einfachen Rechts im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen den Fachgerichten obliegt. Im Übrigen zeigt sich eine intensive Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidungen. Die Rechtsanwendung wird, insbesondere hinsichtlich der Kindeswohlgefährdung, unter Bezugnahme auf die Einzelfallumstände überprüft. Hinsichtlich der Kontrolle auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts hält die Kammer ihre Kontrollankündigung ein. Sie geht detailliert auf die vorhandenen Beweismittel – insbesondere das Sachverständigengutachten, aber auch Berichte der Familienhilfe – ein. Mit ihrer Hilfe überprüft sie einzelne tatsächliche Annahmen der Fachgerichte. Zutreffend wird in Bezug auf das Urteil daher von der Etablierung einer weiteren Tatsacheninstanz gesprochen.⁴¹⁸

⁴¹⁵ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 250 (Rn. 38 f.).

⁴¹⁶ Ebd., S. 250 (Rn. 43 ff.).

⁴¹⁷ Ebd., S. 251 (Rn. 48 ff.).

⁴¹⁸ *Riegner*, NZFam 2014, 625, 629.

Beschluss Az. 1 BvR 3190/13

Der erweiterte Prüfungsumfang wird unter Verwendung der Intensitätsformel in weiteren Herausnahmefällen bestätigt, unter anderem in einem Kammerbeschluss vom 22.05.2014.⁴¹⁹ Das Amtsgericht hatte der Beschwerdeführerin nach Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Beschluss vom 07.06.2013 die Gesundheitssorge für ihre 15-jährige Tochter entzogen. Auf ihre Beschwerde entzog das Oberlandesgericht beiden Eltern mit Beschluss vom 18.10.2013 die gesamte Personensorge mit Ausnahme der Vermögenssorge, welche es auf den Vater übertrug. Das Kind befand sich ab dem 21.10.2013 in einer therapeutischen Wohngruppe. Die Kammer nahm die Verfassungsbeschwerde, soweit sie gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts gerichtet war, zur Entscheidung an und gab ihr wegen einer Verletzung des Elternrechts statt.

Zur Begründung führt die Kammer aus, dass die vom Oberlandesgericht angenommene nachhaltige Kindeswohlgefährdung weder auf Grundlage des Sachverständigengutachtens noch anhand der sonstigen Ausführungen des Fachgerichts mit hinreichender Sicherheit feststellbar sei. Die Annahme des Oberlandesgerichts, es bestehe eine Kindeswohlgefährdende symbiotische Mutter-Tochter-Beziehung, könne nicht auf das Sachverständigengutachten gestützt werden. Die Sachverständige schließe sich ohne genauere Erläuterung der Einschätzung vorangegangener Fachleute an und setze sich in Widerspruch zu dem Abschlussbericht einer Rehabilitationsklinik, in welchem eine symbiotische Verstrickung keine Erwähnung finde.⁴²⁰ Auch im Übrigen habe das Oberlandesgericht eine Kindeswohlgefährdung nicht nachvollziehbar dargelegt. Hierzu überprüft die Kammer die einzelnen Begründungen im Detail und zeigt Widersprüche zu den aktenkundigen Beweismitteln, insbesondere einem Bericht der Rehabilitationsklinik, einer schriftlichen Stellungnahme des Englischlehrers und vorgelegten Arztberichten auf.⁴²¹

Auch die Verhältnismäßigkeit der Trennung lasse sich anhand der Ausführungen des Fachgerichts nicht mit der gebotenen Sicherheit nachvollziehen. Bezüglich der Geeignetheit sei nicht ersichtlich, worauf sich die fachgerichtliche Annahme stütze, dass eine stationäre Therapie Zugang zu der Tochter ermögliche und daher zur Gefährdungsabwehr tauglich sei. Ferner berücksichtige das Fachgericht die negativen Folgen der Auflösung der Mutter-Kind-Beziehung nicht.⁴²² Hinsichtlich der Erforderlichkeit setze sich das Fachgericht nicht hinreichend mit der weniger eingriffsintensiven, von der

⁴¹⁹ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270.

⁴²⁰ Ebd., S. 1272 (Rn. 22 f.).

⁴²¹ Ebd., S. 1272 (Rn. 24 ff.).

⁴²² Ebd., S. 1273 (Rn. 29 ff.).

Rehabilitationsklinik empfohlenen ambulanten Behandlung auseinander und folge dem Vorschlag der Ergänzungspflegerin zu unkritisch. Selbst unter Zugrundelegung der tatsächlichen Annahmen des Fachgerichts sei eine angemessene Zweck-Mittel-Relation nicht gegeben.⁴²³

Es zeigt sich eine detaillierte Prüfung der Entscheidung. Unter Bezugnahme auf die Einzelfallumstände prüft die Kammer die fachgerichtliche Annahme der Kindeswohlgefährdung und die Verhältnismäßigkeit. Auch die der Rechtsanwendung zugrundeliegende Beweiswürdigung unterliegt der Kontrolle; einzelne tatsächliche Annahmen werden anhand der übrigen Beweismittel überprüft. Konsequenterweise betont die Kammer bei der Prüfung, ob der Beschluss auf dem Grundrechtsverstoß beruhe, dass eine andere Entscheidung des Fachgerichts bei Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und ausreichender Sachverhaltsermittlung nicht ausgeschlossen werden könne.⁴²⁴ Dies setzt ein eigenes Urteil über den erforderlichen Umfang der Tatsachenfeststellungen voraus.

Beschluss Az. 1 BvR 528/19

Ein Beschluss vom 21.09.2020⁴²⁵ betraf die Verfassungsbeschwerden der Eltern und ihrer drei Kinder gegen eine den Sorgerechtsentzug bestätigende Entscheidung des KG Berlin. Den Eltern war nach Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Beschluss vom 07.08.2018 unter anderem das Aufenthaltbestimmungsrecht für die Kinder mit dem Ziel der Fremdunterbringung entzogen worden. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Kammergericht mit Beschluss vom 20.12.2018 zurück.⁴²⁶ Die Kammer nahm die Verfassungsbeschwerden der Mutter und der Kinder wegen Verfristung nicht zur Entscheidung an.⁴²⁷ Deren Unzulässigkeit wurde ferner darauf gestützt, dass die drei- bis sechsjährigen Kinder nicht verfahrensfähig seien und aufgrund eines Interessenkonflikts nicht durch ihre Eltern vertreten werden könnten.⁴²⁸ Auf die Verfassungsbeschwerde des Vaters hin hob die Kammer den Beschluss des Kammergerichts wegen einer Verletzung des Elternrechts auf.

⁴²³ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1273 (Rn. 35 ff.).

⁴²⁴ Ebd., S. 1274 (Rn. 40).

⁴²⁵ BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104.

⁴²⁶ Ebd., S. 105 (Rn. 4 ff.).

⁴²⁷ Ebd., S. 105 (juris Rn. 17 ff.) u. S. 106 (Rn. 24).

⁴²⁸ Ebd., S. 105 (Rn. 21 ff.).

Die Kammer lässt die Frage der Kindeswohlgefährdung offen und stützt die Aufhebung der (allein) angegriffenen Entscheidung des Kammergerichts auf die fehlende Verhältnismäßigkeit. Bezüglich der Geeignetheit der Trennung fehlten tragfähige Ausführungen: Das Fachgericht habe die negativen Folgen einer Fremdunterbringung nicht ermittelt und dementsprechend nicht mit den Vorteilen abgewogen.⁴²⁹ Auch die Erforderlichkeit einer Trennung sei nicht ersichtlich, da das Kammergericht mildere Mittel nicht konkret prüfe, sondern diese mit Verweis auf die Verweigerungshaltung des Beschwerdeführers pauschal ablehne.⁴³⁰

Mangels ausreichender Begründung fällt die Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung knapp aus und geht kaum auf die Umstände des Einzelfalls ein.

(2) Rückführungsfälle

Die Intensitätsformel wird in der Kammerrechtsprechung auch in Rückführungsfällen genannt.⁴³¹ Dies sind Konstellationen, in denen die zur Fremdunterbringung erteilte Zustimmung zurückgenommen oder die Abänderung vorangegangener fachgerichtlicher Entscheidungen, die nicht oder erfolglos angegriffen wurden, beantragt wird. Die Rückführung ablehnende gerichtliche Entscheidungen werden, da sie die Trennung aufrechterhalten, an Art. 6 Abs. 3 GG gemessen.⁴³² Sie unterscheiden sich von Herausnahmefällen dadurch, dass die Kindeswohlgefahr gerade aus der Trennung von der Pflegefamilie und der damit einhergehenden Auflösung von gewachsenen Verbindungen resultieren kann. Dies und die Eignung der Ursprungsfamilie, negative Folgen einer Traumatisierung abzufedern, sind zu berücksichtigen. Gleichzeitig darf der Umstand, dass die Trennung von den unmittelbaren Bezugspersonen mit psychischen Belastungen für das Kind einhergeht, nicht dazu führen, dass Rückführungen generell unmöglich gemacht werden.⁴³³

⁴²⁹ BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 107 (Rn. 39).

⁴³⁰ Ebd., S. 108 (Rn. 43).

⁴³¹ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1268 (Rn. 29); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 24); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 12).

⁴³² BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1268 (Rn. 30 ff.); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 22 ff.); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 12 ff.).

⁴³³ BVerfGE 75, 201, 219 – Herausgabe eines Kindes; BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1268 (Rn. 32).

Dabei gelten besonders strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, wenn bei der ursprünglichen Trennung die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB nicht vorlagen,⁴³⁴ diese auf unverschuldetem Elternversagen beruhte oder die drohende Kindeswohlgefährdung gerade auf den spezifischen Belastungen der Rückführung und nicht auf einer Erziehungsungeeignetheit der (leiblichen) Eltern beruht.⁴³⁵ Insbesondere im letztgenannten Fall müssen Maßnahmen, die eine behutsame und zeitlich gestreckte Rückkehr des Kindes ermöglichen, im Rahmen der Erforderlichkeit verstärkt berücksichtigt werden.⁴³⁶

Beschluss Az. 1 BvR 2882/13

Mit der Rückführung nach zunächst erteiltem Einverständnis zur Fremdunterbringung beschäftigte sich ein Kammerbeschluss vom 22.05.2014⁴³⁷: Die Zwillinge der beschwerdeführenden Eltern wurden kurz nach der Geburt mit Einverständnis der Eltern in Bereitschaftspflegefamilien untergebracht. Nachdem die Eltern ihr Einverständnis zurückgenommen hatten, entzog ihnen das Amtsgericht mit Beschluss vom 11.02.2011 im Eilverfahren das Sorgerecht (Aufenthaltsbestimmungsrecht, Gesundheitsfürsorge, Vertretung in Angelegenheiten des SGB VIII) und bestätigte den Entzug nach mündlicher Verhandlung mit Beschluss vom 24.02.2011. Nach erfolglosen Rückführungsbemühungen durch gesteigerte Umgangskontakte und Einholung eines Sachverständigengutachtens entzog das Amtsgericht den Eltern mit Beschluss vom 13.09.2011⁴³⁸ das Sorgerecht im beschriebenen Umfang in der Hauptsache. Die Beschwerde wies das Oberlandesgericht nach Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens mit Beschluss vom 02.09.2013⁴³⁹ zurück. Der hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde gab die Kammer statt und hob nur den Beschluss des Oberlandesgerichts auf.

Einleitend beschreibt die Kammer ihren Prüfungsumfang mit der Heck'schen und der neuen Intensitätsformel⁴⁴⁰ und prüft eingehend, ob die Aufrechterhaltung der Trennung erforderlich war. Die amtsgerichtliche Haupt-

⁴³⁴ BVerfGE 68, 176, 189 – Rückführung aus Pflegefamilie.

⁴³⁵ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1268 (Rn. 34).

⁴³⁶ Ebd., S. 1269 (Rn. 35 u. 52).

⁴³⁷ Ebd.

⁴³⁸ AG Hanau, 13.09.2011 – 61 F 212/10 SO, BeckRS 2014, 16872.

⁴³⁹ OLG Frankfurt, 02.09.2013 – 3 UF 445/11, juris.

⁴⁴⁰ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1267 (Rn. 29), erstmalig mit Verweis auf die vorangegangenen Entscheidungen 1 BvR 160/14 und 1 BvR 3121/13 hinsichtlich der Prüfung auf Tatsachenfehler.

sacheentscheidung sei jedenfalls unverhältnismäßig und verletze Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, weil sie – der Auffassung des Jugendamts folgend – eine Rückkehroption zu früh ausgeschlossen habe. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund der Äußerung des Sachverständigen aus der mündlichen Anhörung vom 03.05.2011, dass die Rückführung über einen langen Zeitraum mit intensiven Kontakten vorbereitet und sich dies wohl bis zu einem Jahr hinstrecken müsse, unverständlich.⁴⁴¹ Auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts verletze das Elternrecht, da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt sei. Zwar habe es nachvollziehbar angenommen, dass die Rückführung ein hohes Traumatisierungsrisiko berge. Der Entscheidung lasse sich jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, dass eine Kindeswohlverträgliche Rückkehr endgültig unmöglich gewesen sei. Insbesondere habe sich das Oberlandesgericht bei der Frage der Erziehungskompetenz neben den negativen Einschätzungen der Verfahrensbeteiligten nicht mit den positiven Berichten des Umgangsbegleiters und der Sachverständigen bezüglich des letzten Umgangskontaktes auseinandergesetzt.⁴⁴² Auch habe das Oberlandesgericht weitere rückführungsfördernde Maßnahmen in Betracht ziehen müssen. Eine das Absehen von Hilfsmaßnahmen rechtfertigende Verweigerung der Eltern – dies begründet die Kammer sehr genau anhand des Verhaltens der Beschwerdeführer – habe nicht vorgelegen.⁴⁴³

Die Kammer lässt zwar die Frage nach der Kindeswohlgefährdung offen, prüft die Verhältnismäßigkeit der Aufrechterhaltung der Trennung jedoch eingehend. Hinsichtlich der Rückkehroption und diesbezüglicher Fördermaßnahmen überprüft sie auch die Beweiswürdigung der Fachgerichte. Insbesondere in Bezug auf die Frage, ob die Beschwerdeführer die notwendige Erziehungskompetenz besitzen oder diese noch in einem Zeitraum, in dem die Rückführung noch möglich wäre, erwerben können, wertet sie die vorhandenen Beweismittel detailliert aus. Damit nutzt die Kammer hinsichtlich der Sachverhaltswürdigung den angekündigten weiten Prüfungsumfang aus.

Beschluss Az. 1 BvR 1178/14

Ein Kammerbeschluss vom 19.11.2014⁴⁴⁴ betraf das Rückführungsbegehren des leiblichen Vaters. Das Sorgerecht (Aufenthaltsbestimmungsrecht, Gesundheitssorge und das Recht zur Beantragung öffentlicher Hilfen) war den getrenntlebenden Eltern durch eine nicht angegriffene einstweilige An-

⁴⁴¹ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1269 (Rn. 40 f.).

⁴⁴² Ebd., S. 1269 (Rn. 44 ff.).

⁴⁴³ Ebd., S. 1270 (Rn. 52 ff.).

⁴⁴⁴ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112.

ordnung noch vor der Geburt des Kindes entzogen worden. Die Tochter wurde in einer Pflegefamilie untergebracht. Im Hauptsacheverfahren beantragte der Beschwerdeführer das alleinige Sorgerecht. Das Amtsgericht entzog mit Beschluss vom 17.09.2013⁴⁴⁵ beiden Eltern auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens die gesamte elterliche Sorge, die Beschwerde hiergegen wurde mit Beschluss vom 06.02.2014⁴⁴⁶ zurückgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht stellte eine Verletzung des Elternrechts durch beide Entscheidungen fest und hob nur den Beschluss des Oberlandesgerichts auf.

Die Kammer prüft allein die fachgerichtliche Feststellung der Kindeswohlgefährdung und äußert zunächst Kritik am Sachverständigengutachten und dessen Kontrolle und Auswertung durch die Fachgerichte. Das Gutachten beruhe auf einer fehlerhaften Fragestellung. Die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers werde an einem bestimmten Leitbild gemessen, was keinen Rückschluss auf eine Kindeswohlgefährdung zulasse.⁴⁴⁷ Es beinhalte Hinweise auf eine fehlende Unvoreingenommenheit der Sachverständigen. Die Mängel des Gutachtens hätten die Fachgerichte nicht thematisiert und seine Verwertbarkeit für die Entscheidungsfindung nicht problematisiert.⁴⁴⁸ Die Kindeswohlgefahr sei auch anhand der Entscheidungsgründe nicht ersichtlich, da die fachgerichtlichen Entscheidungen zwar auf angebliche Erziehungsdefizite eingingen, allerdings nicht – wie verfassungsrechtlich erforderlich – die Art, Schwere und Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung des Kindes thematisierten.⁴⁴⁹

Schließlich könne eine Kindeswohlgefährdung nicht indirekt durch die Feststellungen der Gerichte und der Sachverständigen belegt werden. In diesem Zusammenhang prüft die Kammer die Beweiswürdigung der Fachgerichte sehr präzise: Die Annahme der Fachgerichte, der Beschwerdeführer sei nicht in der Lage, auf die Bedürfnisse der Tochter einzugehen, werde durch die Berichte aus den Umgangskontakten und die Äußerungen der beteiligten Fachkräfte nicht getragen.⁴⁵⁰ Auch sei die Feststellung einer Bindungsintoleranz des Beschwerdeführers gegenüber der Mutter nicht ausreichend belegt und könne aus seinen Angaben aus der Begutachtung nicht geschlussfolgert werden.⁴⁵¹ Selbst wenn diese tatsächlichen Annahmen zuträfen, würden sie

⁴⁴⁵ AG Paderborn, 17.09.2013 – 84 F 34/13, juris.

⁴⁴⁶ OLG Hamm, 06.02.2014 – 6 UF 177/13, BeckRS 2014, 127183.

⁴⁴⁷ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 27 ff.).

⁴⁴⁸ Ebd., S. 114 (Rn. 30 ff.).

⁴⁴⁹ Ebd., S. 115 (Rn. 37 f.).

⁴⁵⁰ Ebd., S. 116 (Rn. 42 ff.).

⁴⁵¹ Ebd., S. 117 (Rn. 48 f.).

eine Kindeswohlgefährdung nicht begründen.⁴⁵² Gleiches gelte für den von den Fachgerichten herangezogenen Aufenthaltsstatus des Beschwerdeführers und seine „Einstellung zum deutschen Rechte- und Wertesystem“.⁴⁵³

Bemerkenswert ist, dass die Kammer auf den erweiterten Prüfungsumfang hinweist und diesen auch anwendet, obwohl die fachgerichtlichen Entscheidungen Fehler aufweisen, die auch bei einem „grundsätzlichen Prüfungsumfang“ zur Beanstandung geführt hätten.⁴⁵⁴ Zwar nennen die Fachgerichte den Prüfungsmaßstab der nachhaltigen Kindeswohlgefährdung,⁴⁵⁵ wenden diesen in Beweisfrage und -würdigung jedoch nicht an und verkennen damit das elterliche Erziehungsprimat.⁴⁵⁶ Dabei handelt es sich um einen Fehler, der auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Elternrechts beruht. Dennoch führt die Kammer eine intensive Kontrolle der Rechtsanwendung und Beweiswürdigung durch. Einzelne tatsächliche Annahmen der Fachgerichte werden anhand der aktenkundigen Beweismittel überprüft. Diese Kontrolle der Beweiswürdigung findet statt, obwohl die entsprechenden tatsächlichen Annahmen der Fachgerichte das Vorliegen der Kindeswohlgefährdung nach Einschätzung der Kammer ohnehin nicht begründen könnten.⁴⁵⁷

Beschluss Az. 1 BvR 2742/15

Ein Kammerbeschluss vom 20.01.2016⁴⁵⁸ betraf eine ähnliche Rückführungskonstellation. Der allein sorgeberechtigten Mutter wurde im Mai 2014 mit nicht angegriffenem Beschluss das Sorgerecht für ihren 2003 geborenen Sohn und ihre 2008 geborene Tochter entzogen; diese wurden mit ihrer Zustimmung fremduntergebracht. Den von der Beschwerdeführerin im Dezember 2014 gestellten Antrag auf Rückübertragung der elterlichen Sorge wies das Amtsgericht nach Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Beschluss vom 15.06.2015 zurück. Die Beschwerde zum Oberlandesgericht blieb erfolglos. Im Rahmen der anschließenden Verfassungsbeschwerde

⁴⁵² BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116 (Rn. 46 u. 50).

⁴⁵³ Ebd., S. 116 (Rn. 51 ff.).

⁴⁵⁴ So auch *Heilmann*, FamRZ 2015, 92, 93; kritisch zur fachgerichtlichen Prüfung des Sachverständigengutachtens auch *Gärditz*, FF 2015, 341, 346.

⁴⁵⁵ AG Paderborn, 17.09.2013 – 84 F 34/13, juris, Rn. 25.

⁴⁵⁶ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 114 (Rn. 29).

⁴⁵⁷ Siehe insbesondere ebd., S. 116 (Rn. 41 f. und 48 f.) zur Erziehungsfähigkeit und Bindungsintoleranz.

⁴⁵⁸ BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439.

stellte die Kammer eine Verletzung des Elternrechts durch beide Beschlüsse fest und hob die Entscheidung des Oberlandesgerichts auf.

Unter mehrfachem Hinweis auf den erweiterten Prüfungsumfang⁴⁵⁹ führt die Kammer aus, dass sich aus den Entscheidungen weder direkt noch indirekt auf eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung (Art. 6 Abs. 3 GG) schließen lasse. Einerseits lege das Amtsgericht – dem das Oberlandesgericht im Wesentlichen in seiner Einschätzung folge – einen falschen Prüfungsmaßstab an, indem es nicht nach einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung, sondern nach der bestgeeigneten Unterbringung für die Kinder frage.⁴⁶⁰ Auch die Sachverständige – deren Ausführungen die Kammer genau analysiert – prüfe nicht, ob das Kindeswohl bei einer Rückkehr gefährdet sei, sondern messe die Beschwerdeführerin an einem Idealbild des Kindeswohls.⁴⁶¹ Die Kammer führt weiter aus, dass sich die Kindeswohlgefährdung andererseits auch nicht indirekt aus den weiteren Ausführungen der Fachgerichte und dem in Bezug genommenen Gutachten der Sachverständigen ergebe. Die Einschätzung der Sachverständigen seien vage und spekulativ und ließen nicht erkennen, aufgrund welcher Umstände und Qualifikation sie zu der psychologischen und psychotherapeutischen Charakterisierung der Beschwerdeführerin komme.⁴⁶²

Mit dem Anlegen eines falschen Prüfungsmaßstabs verkennen die Fachgerichte das Elternprimat bei der Kindererziehung und die strengen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG. Dies lässt sich als Fehler, der auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Elternrechts beruht, unter die Heck'sche Formel subsumieren. Zur Aufhebung der fachgerichtlichen Entscheidung hätte es eines Rückgriffs auf den erweiterten Prüfungsumfang daher nicht zwingend bedurft. Dennoch prüft die Kammer, ob sich eine Kindeswohlgefährdung „indirekt“ aus den Sachverhaltsfeststellungen ergebe. Hierzu würdigt sie das Sachverständigengutachten ausführlich und bemängelt das Fehlen einer fachgerichtlichen Beweiswürdigung.⁴⁶³

Beschluss Az. 1 BvR 2569/16

Die Intensitätsformel findet auch dann Erwähnung, wenn eine Rückführung aus der Perspektive der Kindesgrundrechte beurteilt wird. Der Kammer-

⁴⁵⁹ BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 12 u. 13).

⁴⁶⁰ Ebd., S. 441 (Rn. 15 f.).

⁴⁶¹ Ebd., S. 441 (Rn. 17 ff.).

⁴⁶² Ebd., S. 442 (Rn. 22 ff.).

⁴⁶³ Ebd., S. 442 (Rn. 24).

beschluss vom 03.02.2017⁴⁶⁴ unterscheidet sich von den bisher aufgeführten Fällen dadurch, dass nicht die Aufrechterhaltung, sondern die (geplante) Aufhebung der Trennung Verfahrensgegenstand war: Das Amtsgericht hatte den Eltern zunächst im Eilverfahren und nach Einholung eines Sachverständigengutachtens im Hauptsacheverfahren mit Beschluss vom 23.02.2016⁴⁶⁵ die elterliche Sorge für ihre im November 2014 geborene Tochter entzogen; dies wurde mit festgestellten Verletzungen des Kindes begründet. Die Tochter wurde fremduntergebracht. Auf die Beschwerde hin übertrug das Oberlandesgericht die elterliche Sorge mit Beschluss vom 13.10.2016 zurück auf die leiblichen Eltern und ordnete unter Abweichung von den Empfehlungen des Sachverständigengutachtens die Rückführung des Kindes an.⁴⁶⁶ Nachdem die Kammer zunächst die Vollstreckung des angegriffenen Beschlusses im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesetzt hatte,⁴⁶⁷ gab sie der durch die Verfahrensbeiständin des Kindes eingelegten Verfassungsbeschwerde statt und hob den Beschluss des OLG Köln auf.

Für die Beschreibung ihres Prüfungsumfanges greift die Kammer auf die Heck'sche Formel zurück, betont die Abhängigkeit der Eingriffsmöglichkeiten von der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung und nennt die neue Intensitätsformel. Der erweiterte Prüfungsumfang wird mit dem sachlichen Gewicht der „teils parallelen, teils gegenläufigen Grundrechte der Beteiligten“ und – abweichend von den bisher aufgeführten Kammerentscheidungen, aber im Einklang mit den Senatsentscheidungen der ersten Intensitätsphase – der „existenzielle[n] Bedeutung“ der Trennungsentscheidung für alle Beteiligten begründet.⁴⁶⁸

Die Kammer misst die fachgerichtliche Entscheidung am Anspruch des Kindes auf Schutz (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG), welcher den Staat auch zur Aufrechterhaltung einer Trennung verpflichten könne.⁴⁶⁹ Sie stellt hohe Begründungsanforderungen an die fachgerichtliche Entscheidung und kontrolliert die Beurteilung der nachhaltigen Kindeswohlgefährdung im Detail.

Einerseits begründe das Oberlandesgericht die Abweichung von den Einschätzungen der Sachverständigen und anderer Verfahrensbeteiligter – die

⁴⁶⁴ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261; zu dieser Konstellation auch schon BVerfGE 72, 122 – Rückführung zwecks Ausreise.

⁴⁶⁵ AG Köln, 23.02.2016 – 332 F 27/15, juris.

⁴⁶⁶ OLG Köln, 13.10.2016 – 21 UF 56/16, juris.

⁴⁶⁷ BVerfG (2. Kammer), 05.12.2016 – 1 BvR 2569/16, FamRZ 2017, 206.

⁴⁶⁸ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 266 (Rn. 51 f.).

⁴⁶⁹ Ebd., S. 265 (Rn. 39 ff.).

ein Risiko der erneuten Misshandlung sahen – nicht hinreichend⁴⁷⁰: Hierfür zitiert die Kammer das Protokoll des Amtsgerichts aus der mündlichen Verhandlung und ausführlich aus dem Sachverständigengutachten und listet Anhaltspunkte auf, die auf eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung hindeuteten. Da das Oberlandesgericht auf diese Begutachtungselemente nicht näher eingehe, sei nicht erkennbar, warum es der sachverständigen Einschätzung, dass eine Wiederholungsgefahr bestehe, nicht folge. Dafür sei auch ansonsten anhand der Ausführungen des Fachgerichts keine verlässliche Grundlage ersichtlich. Dies gelte insbesondere für die aufgrund des Eindrucks in der Hauptverhandlung gebildete Einschätzung des Oberlandesgerichts, dass den Eltern zugetraut werden könne, in ausreichender Weise für das Kind Verantwortung zu übernehmen. Ein solches Ergebnis sei zwar verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich ausgeschlossen, bedürfe aber einer konkreten Begründung anhand von Aussagen und Verhaltensweisen der Eltern, die in der Entscheidung des Oberlandesgerichts fehle.

Andererseits sei die Würdigung der Gefährdungsaspekte durch das Oberlandesgericht auch unabhängig von dem Sachverständigengutachten nicht nachvollziehbar. Zunächst sei die Einschätzung, dass dem Kind bei einer Rückführung keine weitere Misshandlung drohe, unzureichend begründet und widerspruchsbefahet.⁴⁷¹ Weiterhin fehle hinsichtlich einer aus rückführungsspezifischen Belastungen resultierenden Kindeswohlgefährdung die gebotene Sachverhaltsaufklärung. So werde die Annahme, dass das Kind noch keine beachtlichen Bindungen zur Pflegefamilie entwickelt habe, allein auf nicht aussagekräftig protokollierte Angaben der Pflegeeltern gestützt. Auch im Übrigen habe das Oberlandesgericht Belastungen, die aus einer Rückführung entstehen könnten, nicht ausreichend untersucht. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der konkreten Modalitäten der Rückführung.⁴⁷² Schließlich sei die Geeignetheit öffentlicher Hilfen zur Gefahrenabwehr nicht ausreichend begründet. Hier habe sich das Oberlandesgericht nicht vertieft mit den von der Sachverständigen benannten Gefährdungsrisiken und ihrer Kompensation durch öffentliche Hilfen auseinandergesetzt.⁴⁷³

Auch hier zeigt das tatsächliche Entscheidungsverhalten einen weiten Prüfungsumfang. Die Kammer kontrolliert das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände und geht auch auf die fachgerichtliche Tatsachenarbeit detailliert ein. Einerseits werden die Feststellungen auf ihre Vollständigkeit hin überprüft; andererseits dienen die

⁴⁷⁰ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 55 ff.).

⁴⁷¹ Ebd., S. 268 (Rn. 63 f.).

⁴⁷² Ebd., S. 269 (Rn. 65 ff.).

⁴⁷³ Ebd., S. 268 (Rn. 69).

besonders hervorgehobenen hohen Begründungsanforderungen⁴⁷⁴ der Kontrolle der Würdigung der getroffenen Tatsachenfeststellungen. Einzelne tatsächliche Annahmen werden unter detaillierter Bezugnahme auf Anhaltspunkte überprüft, die der Einschätzung des Fachgerichts entgegenstehen.

Beschluss Az. 1 BvR 1780/20

In einem Beschluss vom 12.02.2021 wendet die Kammer den erweiterten Prüfungsumfang auch in einer Fallkonstellation an, die nicht die Rückführung zu den leiblichen Eltern, sondern zur Pflegemutter betraf.⁴⁷⁵ Der Beschwerdeführer war 2014 direkt nach seiner Geburt bei Pflegeeltern untergebracht worden. Nachdem sich im Adoptionsverfahren im September 2018 herausgestellt hatte, dass der Pflegevater 2017 wegen Verbreitung und Besitzes kinderpornographischer Schriften verurteilt worden war, kündigte das Jugendamt die Herausnahme des Beschwerdeführers aus der Pflegefamilie an. Den Antrag der Pflegeeltern auf Erlass einer Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs. 4 BGB) lehnte das Amtsgericht mit Beschluss vom 13.09.2019 ab und der Beschwerdeführer wurde fremduntergebracht. Hiergegen legten zunächst beide Pflegeeltern Beschwerde ein; im Laufe des Verfahrens trennten sie sich jedoch, der Pflegevater zog aus dem gemeinsamen Haus aus und nahm sein Rechtsmittel zurück. Auf die verbleibende Beschwerde ordnete das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 04.06.2020 die Rückführung zur Pflegemutter an und begründete dies maßgeblich damit, dass aufgrund der räumlichen Trennung der Pflegeeltern und der Auflage eines Verbots eigenmächtiger Kontaktgestaltung das Risiko eines sexuellen Übergriffs soweit herabgesetzt sei, dass keine konkrete Kindeswohlgefahr bestehe.⁴⁷⁶ Der hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde des zulässigerweise durch einen Amtsvormund vertretenen Beschwerdeführers gab die Kammer – nachdem sie zunächst die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesetzt hatte⁴⁷⁷ – statt und hob den Beschluss des Oberlandesgerichts Brandenburg auf.⁴⁷⁸

Die Kammer misst die fachgerichtliche Entscheidung am Anspruch des Kindes auf Schutz (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2

⁴⁷⁴ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 54).

⁴⁷⁵ BVerfG (1. Kammer), 12.02.2021 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2021, 672, 675 (Rn. 30).

⁴⁷⁶ OLG Brandenburg, 17.06.2020 – 9 UF 212/19, juris, Rn. 20 ff., vgl. für die Kontaktverbotsauflage auch Ziff. I. des Tenors.

⁴⁷⁷ BVerfG (1. Kammer), 24.08.2020 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2020, 1645.

⁴⁷⁸ BVerfG (1. Kammer), 12.02.2021 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2021, 672, 674 (Rn. 16 ff.).

S. 2 GG), stellt hohe Begründungsanforderungen an die fachgerichtliche Entscheidung und kontrolliert die Beurteilung der nachhaltigen Kindeswohlgefährdung im Detail.⁴⁷⁹ Die Begründung des Fachgerichts, die maßgeblich auf eine endgültige Trennung der Pflegeeltern und deren Zusage zur Einhaltung der Kontaktauflagen abstellt, berücksichtigt Zweifel der beteiligten Fachpersonen nicht und setze sich nicht hinreichend mit entgegenstehenden Anhaltspunkten auseinander. Ferner beruhe die Einschätzung zur Erziehungsfähigkeit der Pflegemutter nicht auf einer hinreichenden Grundlage. Auch die Annahme, die Kontaktverbotsauflage setze die Gefahr eines Missbrauchs hinreichend herab, sei nicht tragfähig begründet, da das Oberlandesgericht kein Sachverständigengutachten – insbesondere zu den sexuellen Neigungen des Pflegevaters und der Wahrscheinlichkeit eines Übergriffs – eingeholt habe. Darüber hinaus äußert die Kammer verfassungsrechtliche Zweifel am Verzicht auf eine Kindesanhörung.⁴⁸⁰

bb) Verfassungsbeschwerden gegen Eilentscheidungen

Die Kammerrechtsprechung greift auch dann auf die neue Intensitätsformel zurück, wenn fachgerichtliche Eilentscheidungen (vgl. §§ 49 ff. FamFG) mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.⁴⁸¹ Diese unterscheiden sich von Verfassungsbeschwerdeverfahren hinsichtlich der Hauptsacheentscheidung maßgeblich dadurch, dass die Fachgerichte auf unvollständiger Tatsachenbasis – regelmäßig ohne Sachverständigengutachten – entscheiden.

Auch im Eilverfahren gelten die strengen materiell-rechtlichen Anforderungen an den Sorgerechtsentzug zum Zweck der Trennung von Eltern und Kind. Daneben muss ein dringendes Bedürfnis für sofortiges Tätigwerden bestehen. Da schon der vorläufige Entzug des Sorgerechts mit einem erheblichen Grundrechtseingriff einhergeht und vollendete Tatsachen schaffen kann, sind auch im Eilverfahren hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung zu stellen, die von der Schwere des potenziellen Schadens beim Kind, seiner zeitlichen Nähe und der Eintrittswahrscheinlichkeit abhängen.⁴⁸²

⁴⁷⁹ BVerfG (1. Kammer), 12.02.2021 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2021, 672, 676 (Rn. 32 ff.).

⁴⁸⁰ Ebd., S. 677 (Rn. 38 ff.).

⁴⁸¹ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 25); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 444 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 27); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 17).

⁴⁸² BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 23 f.); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 33); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120,

Danach kommt ein unmittelbares Tätigwerden der Fachgerichte ohne (weitere) Sachverhaltsfeststellungen nur in Betracht, wenn die zeitliche Nähe und die Schwere der Kindeswohlgefährdung ein sofortiges Einschreiten gebieten und ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung ausschließen. Dieses dringende Bedürfnis kann zum Beispiel bei Hinweisen auf körperliche Misshandlungen gegeben sein.⁴⁸³ Es kann insbesondere dann fehlen, wenn das Kind bereits fremduntergebracht ist.⁴⁸⁴ Im Eilverfahren sind die ohnehin einzuhaltenden Anforderungen an eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung und die Verhältnismäßigkeit folglich um ein besonderes Dringlichkeitsmoment erweitert.

Auch bei Verfassungsbeschwerden gegen einstweilige Anordnungen beschreiben die Kammern ihren Prüfungsumfang in der Regel dann mit der neuen Intensitätsformel, wenn die fachgerichtliche Entscheidung an Art. 6 Abs. 3 GG gemessen wird. Dies gilt sowohl für Herausnahmefälle (1.) als auch für Rückführungsfälle (2.). Zwei vergleichbare Entscheidungen erwähnen eine intensivere Kontrolltätigkeit wider Erwarten nicht (3.). Die Verfassungsbeschwerden richten sich – wie bei den Hauptsacheentscheidungen – in der Regel gegen Beschlüsse des Beschwerdegerichts. Zwar sind nach dem Grundsatz der begrenzten Anfechtbarkeit (§ 57 S. 1 FamFG) Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen in Familiensachen grundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁸⁵ Die Beschwerde ist jedoch ausnahmsweise statthaft, wenn im erstinstanzlichen Eilverfahren auf Grund mündlicher Erörterung über die elterliche Sorge entschieden wurde (§ 57 S. 2 Nr. 1 FamFG). Hierzu gehören auch Entscheidungen über Teilbereiche elterlicher Sorge, wie das bei Trennungsentscheidungen betroffene Aufenthaltsbestimmungsrecht.⁴⁸⁶

(1) Herausnahmefälle

Ein Kammerbeschluss vom 07.04.2014⁴⁸⁷ betraf einen klassischen Herausnahmefall. Der Beschwerdeführerin war im Wege der einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 24.05.2013 die Personensorge entzogen und das Kind anschließend fremduntergebracht worden. Nach mündlicher Verhand-

2122 (Rn. 19 f.); BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 24 (Rn. 20); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 17).

⁴⁸³ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 24).

⁴⁸⁴ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 26); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2122 (Rn. 25).

⁴⁸⁵ Vgl. Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 57, Rn. 1.

⁴⁸⁶ Giers, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 57, Rn. 6.

⁴⁸⁷ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907.

lung (vgl. § 54 Abs. 2 FamFG) erhielt das Amtsgericht die einstweilige Anordnung mit Beschluss vom 04.07.2013⁴⁸⁸ aufrecht; auf die Beschwerde hin beschränkte das Oberlandesgericht die Entziehung des Sorgerechts mit Beschluss vom 04.10.2013⁴⁸⁹ auf die Aufenthaltsbestimmung, die Gesundheitsfürsorge und das Recht zur Antragstellung nach dem SGB VIII. Die Kammer stellte eine Verletzung des Elternrechts durch die Beschlüsse vom 04.07.2013 und 04.10.2013 fest und hob nur die Entscheidung des Oberlandesgerichts auf.

Zur Begründung führt sie aus, dass keines der Fachgerichte eine zeitlich nahe und schwere Kindeswohlgefahr nachvollziehbar begründet habe. Die Gerichte nähmen zwar auf Berichte über psychische Erkrankungen der Beschwerdeführerin, erhebliche Streitigkeiten zwischen den Eltern und auffällige Verhaltensweisen des Kindes Bezug, erläuterten die daraus resultierenden konkreten Gefahren für das Kind jedoch nicht.⁴⁹⁰ Eine spezifische Begründung dieser Voraussetzung sei auch nicht entbehrlich, da sie sich nicht offenkundig aus den bisherigen Ermittlungsergebnissen ergebe. Im Rahmen dieser zweigeteilten Prüfung nimmt die Kammer eine eingeschränkte eigene Beweiswürdigung vor und geht auf die vorliegenden Beweismittel ein.⁴⁹¹

Nur hinsichtlich des Beschlusses vom 24.05.2013 kommt die Kammer unter genauer Prüfung der amtsgerichtlichen Ausführungen zu dem Ergebnis, dass er den verfassungsrechtlichen Anforderungen (noch) standhalte.⁴⁹²

Ein Kammerbeschluss vom 27.08.2014⁴⁹³ betraf eine amtsgerichtliche Abänderungsentscheidung (§ 54 Abs. 1 FamFG). Nachdem der Beschwerdeführerin zunächst durch einen nicht angegriffenen Beschluss das Sorgerecht vorläufig entzogen worden war, hatte ihr Antrag auf Rückübertragung weder vor dem Amtsgericht noch in der Beschwerdeinstanz Erfolg. Obwohl das Kind zu keinem Zeitpunkt fremdunterbracht wurde, prüfte die Kammer mit der Begründung, dass der Sorgerechtsentzug die Herausnahme des Kindes aus der Familie jederzeit ohne Mitwirkung des Familiengerichts ermögliche, auch Art. 6 Abs. 3 GG.⁴⁹⁴ Sie stellte eine Grundrechtsverletzung durch beide fachgerichtlichen Entscheidungen fest und hob nur den Beschluss des Oberlandesgerichts auf: Die Gerichte hätten den falschen Prüfungsmaßstab ange-

⁴⁸⁸ AG Langenfeld, 04.07.2013 – 42 F 81/13, juris.

⁴⁸⁹ OLG Düsseldorf, 04.10.2013 – 5 UF 119/13, juris.

⁴⁹⁰ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 26f.).

⁴⁹¹ Ebd., S. 910 (Rn. 28).

⁴⁹² Ebd., S. 910 (Rn. 32 ff.).

⁴⁹³ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772.

⁴⁹⁴ Ebd., S. 1773 (juris Rn. 22 ff.) zum Sorgerechtsentzug „auf Vorrat“.

legt, indem sie für die Rückübertragung des Sorgerechts im Rahmen der Abänderungsentscheidung (§ 54 FamFG) eine Änderung der Sach- bzw. Rechtslage und ein dringendes Bedürfnis forderten, obwohl die Norm eine umfassende Neubewertung des Sachverhalts erfordere.⁴⁹⁵ Dieser fachgerichtliche Auslegungsfehler kann aufgrund der Verkenntung des Elternprimats als „grundsätzlich“ im Sinne der Heck’schen Formel eingestuft werden. Dennoch kontrolliert die Kammer auch die fachgerichtlichen Ausführungen zur Kindeswohlgefährdung und zur Verhältnismäßigkeit eingehend und geht dabei insbesondere auf das im Hauptsacheverfahren eingeholte Sachverständigengutachten vertieft ein.⁴⁹⁶

(2) Rückführungsfälle

Ein Kammerbeschluss vom 14.06.2014⁴⁹⁷ betraf ein Rückführungsbegehren nach einverständlicher Fremdunterbringung. Das Kind der zu diesem Zeitpunkt wohnungslosen Beschwerdeführerin war nach der Geburt Ende 2012 in einer Kinderschutzstelle untergebracht worden. Auf Anregung des Jugendamtes entzog ihr das Amtsgericht mit einstweiliger Anordnung vom 19.09.2013⁴⁹⁸ das Sorgerecht. Das Oberlandesgericht änderte die Sorgerechtsentziehung mit Beschluss vom 21.01.2014⁴⁹⁹ dahingehend, dass sie nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das Recht zur Zuführung zur ärztlichen Behandlung und das Recht zur Beantragung von Jugendhilfemaßnahmen betraf. Die Kammer hob beide Beschlüsse wegen einer Verletzung des Elternrechts auf. Einerseits deute die amtsgerichtliche Entscheidungsbegründung auf die Anlegung eines falschen Prüfungsmaßstabs – nämlich die bestmögliche Förderung des Kindes – hin.⁵⁰⁰ Andererseits legten die fachgerichtlichen Entscheidungen weder die Kindeswohlgefährdung⁵⁰¹ noch die Verhältnismäßigkeit⁵⁰² nachvollziehbar dar. Hierzu prüft die Kammer die Begründung der Fachgerichte in ihren Einzelheiten und geht im Detail auf die Überzeugungskraft und Verwertbarkeit der vorhandenen Beweismittel ein.⁵⁰³

⁴⁹⁵ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 29) u. 1775 (juris Rn. 39).

⁴⁹⁶ Ebd., S. 1774 (juris Rn. 33 f.).

⁴⁹⁷ BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442.

⁴⁹⁸ AG München, 19.09.2013 – 561 F 8157/13, BeckRS 2014, 16878.

⁴⁹⁹ OLG München, 21.01.2014 – 26 UF 1513/13, BeckRS 2014, 16879.

⁵⁰⁰ BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 29).

⁵⁰¹ Ebd., S. 445 (Rn. 22 ff. u. 33 ff.).

⁵⁰² Ebd., S. 446 (Rn. 30 u. 39 ff.).

⁵⁰³ Ebd., S. 445 (Rn. 24 ff. u. 33 ff.).

Auch ein Beschluss vom 13.07.2017⁵⁰⁴ betraf eine Rückführungssituation. Der den Behörden zunächst unbekannte Beschwerdeführer hatte die Vaterschaft für Zwillingmädchen anerkannt und mit der Mutter eine gemeinsame Sorgerechtsklärung abgegeben, nachdem ihr aufgrund massiver Verletzungen der Kinder im Wege der einstweiligen Anordnung weite Teile des Sorgerechts (Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge, Beantragung von Jugendhilfemaßnahmen, Vertretung bei Behörden) entzogen worden waren. Mit Beschluss vom 20.02.2017 hielt das Amtsgericht den Sorgerechtsentzug bezüglich der Mutter aufrecht und entzog, da er den Wunsch geäußert hatte, dass die Kinder zur Mutter zurückkehrten, auch dem Vater das Sorgerecht. Die Beschwerde hiergegen war erfolglos.⁵⁰⁵ Die Kammer stellte eine Verletzung des Elternrechts durch den Beschluss des Oberlandesgerichts fest und hob nur diesen auf. Das Gericht habe mit der Suche nach einer „vorzugswürdigen“ Betreuung für das Kind bereits den Entscheidungsmaßstab verkannt.⁵⁰⁶ Hinsichtlich des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung habe es den Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt. Unter detaillierter Auswertung der Stellungnahmen und Berichte der Verfahrensbeteiligten kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass die entscheidungstragende Befürchtung des Oberlandesgerichts, der Beschwerdeführer werde die Kinder aus der Bereitschaftspflege nehmen und der Mutter die Betreuung überlassen, nicht tragfähig sei. Insbesondere seien zur Überprüfung der Ernsthaftigkeit der gegenteiligen schriftsätzlichen Äußerung des Beschwerdeführers weitere Ermittlungen notwendig gewesen.⁵⁰⁷ Aufgrund der Mitwirkungsbereitschaft des Beschwerdeführers und der fehlenden Erörterung einer Verbleibensanordnung als milderes Mittel sei der Sorgerechtsentzug auch nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig gewesen.⁵⁰⁸

Auch hier zeigt sich eine intensive Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung, obwohl mit der Verkennung des Entscheidungsmaßstabs und damit des Elternprimats bereits ein „grundsätzlicher“ Fehler im Sinne der Heck'schen Formel vorlag. Die Kammer prüft die Beweismittel der Fachgerichte unter detaillierter Bezugnahme auf die Beweismittel.

⁵⁰⁴ BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795.

⁵⁰⁵ OLG Oldenburg, 25.04.2017 – 4 UF 39/17, BeckRS 2017, 119461.

⁵⁰⁶ BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 22).

⁵⁰⁷ Ebd., S. 797 (Rn. 24 ff.).

⁵⁰⁸ Ebd., S. 798 (Rn. 29 ff.).

(3) Ausreißer

In zwei vergleichbaren Beschlüssen zu fachgerichtlichen Eilverfahren wird die Intensitätsformel wider Erwarten nicht genannt.

Einem Kammerbeschluss vom 19.08.2015⁵⁰⁹ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Söhne des Beschwerdeführers lebten aufgrund einer im vorangegangenen Sorgerechtsverfahren getroffenen Vereinbarung bei der Mutter. Wegen Anhaltspunkten für eine dort bestehende erhebliche Kindeswohlgefährdung wurde beiden Eltern mit einstweiliger Anordnung des Amtsgerichts das Sorgerecht entzogen und die Kinder fremduntergebracht. Obwohl der Beschwerdeführer sich mit der Fremdunterbringung einverstanden erklärte und Kooperationsbereitschaft mit den Behörden signalisierte, waren sein Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Anordnung und die anschließende Beschwerde aufgrund der nach Einschätzung der Fachgerichte weiterhin bestehenden konkreten Gefahr, dass er die Kinder nach einiger Zeit aus dem derzeitigen Umfeld herausnehme, erfolglos.⁵¹⁰

Grund für das Weglassen der Intensitätsformel könnte sein, dass die Kammer Art. 6 Abs. 3 GG zwar für einschlägig hält, dessen Prüfung jedoch offenlässt.⁵¹¹ Die Aufhebung der Entscheidung des Oberlandesgerichts wegen einer Verletzung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG begründet sie damit, dass der Sorgerechtsentzug nicht verhältnismäßig sei und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden fehle. Insbesondere seien die vom Oberlandesgericht aufgeführten Zweifel an der mehrfach bekundeten Mitwirkungsbereitschaft des Beschwerdeführers nicht hinreichend konkret begründet worden.⁵¹² Die ins Detail gehende Prüfung zeigt keinen wesentlichen Unterschied zu Beschlüssen, in denen die Intensitätsformel genannt wird.

Ein Kammerbeschluss vom 29.09.2015⁵¹³ betraf einen alleinigen Sorgerechtsentzug (insbesondere des Aufenthaltsbestimmungsrechts); von der Möglichkeit zur Fremdunterbringung hatte der bestellte Ergänzungspfleger keinen Gebrauch gemacht. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts blieb erfolglos. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde war hinsichtlich der Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts erfolgreich.

⁵⁰⁹ BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120.

⁵¹⁰ OLG Düsseldorf, 01.04.2015 – 6 UF 195/14, BeckRS 2015, 131548, Rn. 20; vgl. auch die Sachverhaltsschilderung im Beschluss des BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2121 (Rn. 7 ff.).

⁵¹¹ BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2122 (Rn. 21).

⁵¹² Ebd., S. 2122 (Rn. 23 ff.).

⁵¹³ BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22.

Da der Entzug die Fremdunterbringung ohne erneute Mitwirkung des Familiengerichts ermöglicht, misst die Kammer die fachgerichtliche Entscheidung (auch) an Art. 6 Abs. 3 GG, verzichtet jedoch auf die Beschreibung des Prüfungsumfanges mit der neuen Intensitätsformel.⁵¹⁴ Das wirkt sich auf die tatsächliche Kontrolltätigkeit nicht aus: Die Kammer stellt hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung,⁵¹⁵ prüft das Vorliegen einer nachhaltigen Kindeswohlgefahr unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände⁵¹⁶ und bemängelt, dass das Oberlandesgericht seinen Zweifeln an der Erforderlichkeit einer Fremdunterbringung keine (weitere) Sachverhaltsaufklärung hat folgen lassen.⁵¹⁷ Dies sei insbesondere mit Blick auf die positiven Berichte der Verfahrensbeteiligten und die Entscheidung des Ergänzungspflegers, das Kind in der Familie zu belassen, nicht nachvollziehbar.⁵¹⁸

cc) Zwischenergebnis

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Familienrecht führt das zweistufige Modell des Prüfungsumfanges fort. Zur Begründung der intensiveren Prüfung werden neben dem Elternrecht die Kindesgrundrechte stärker herausgearbeitet (1.). Die neue Intensitätsformel erweitert die 2. Prüfungsstufe ausdrücklich auf die Tatsachenarbeit der Fachgerichte (2.), was sich auch im tatsächlichen Entscheidungsverhalten widerspiegelt (3.). Diese materiell-inhaltliche Kontrolle wird durch eine Prüfung der fachgerichtlichen Verfahrensgestaltung ergänzt (4.).

(1) Begründung des erweiterten Prüfungsumfanges: Sachliches Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung

Der Rückgriff auf die neue Intensitätsformel geht bis auf wenige Ausnahmen mit der Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung anhand von Art. 6 Abs. 3 GG einher. Dies betrifft Fälle, in denen die tatsächliche Herausnahme des Kindes aus der häuslichen Gemeinschaft mit den Eltern aufgrund des Entzugs des Aufenthaltsbestimmungsrechts vorbereitet, durchgeführt oder

⁵¹⁴ BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 24 (Rn. 16 ff.); in einem gleich gelagerten Fall der Entziehung des Sorgerechts (insb. des Aufenthaltsbestimmungsrechts) auf „Vorrat“ wird die Intensitätsformel hingegen genannt, vgl. BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 27).

⁵¹⁵ BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 24 (Rn. 19 f.).

⁵¹⁶ Ebd., S. 24 (Rn. 23 f.).

⁵¹⁷ Ebd., S. 25 (Rn. 25 ff.).

⁵¹⁸ Ebd., S. 24 (Rn. 23 u. 26).

aufrechterhalten wird. Die prozessuale Einkleidung – d.h. die Frage, ob die Eltern oder das Kind gegen eine entsprechende Entscheidung Verfassungsbeschwerde erhoben haben – spielt keine Rolle. Zur Begründung der hohen Eingriffsintensität greift das Bundesverfassungsgericht stets auf die individuelle Grundrechtsbetroffenheit von Eltern und Kind zurück; beschränkt sich also nicht mehr auf die individuelle Betroffenheit der beschwerdeführenden Partei. Nur noch vereinzelt nimmt es mit einem Verweis auf die existenzielle Bedeutung von Trennungsentscheidungen die zukünftigen Auswirkungen fachgerichtlicher Entscheidung in den Blick.⁵¹⁹

Hinsichtlich der individuellen Betroffenheit betonen die Kammern weiterhin die besondere Eingriffsintensität der Trennung von Eltern und Kind. Diesbezüglich sprechen sie regelmäßig vom „sachlichen Gewicht der Beeinträchtigung der Grundrechte von Eltern und Kind“⁵²⁰ bzw. dem „sachlichen Gewicht [...] der Grundrechte der Beteiligten“⁵²¹ und bezeichnen die Trennung als „stärksten Eingriff“⁵²² in das Elternrecht. Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Eltern durch die mit einer Entziehung des Sorgerechts einhergehende Feststellung der Erziehungsungeeignetheit wird zur Begründung der Eingriffsintensität – anders als in Entscheidungen der ersten Intensitätsphase⁵²³ – nicht mehr erwähnt.

Im Unterschied zu den Entscheidungen der Anfangsphase werden ausdrücklich auch die Kindesgrundrechte hervorgehoben und die Eingriffsintensität mit Blick auf die betroffenen Kinder nicht allein in Abhängigkeit von den Elterngrundrechten bestimmt. Gemeint sind damit einerseits das Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, welches als Abwehrrecht gegen eine Trennung von den Eltern streiten kann und andererseits das Recht auf körperliche Unversehrtheit und der korrespondierende Anspruch auf staatlichen Schutz, die für eine Trennung sprechen können. Dies beschreibt das Bundesverfassungsgericht, wenn es von „teils parallelen, teils gegenläufigen Grundrechten der Beteiligten“ spricht.⁵²⁴

⁵¹⁹ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 52).

⁵²⁰ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1271 (Rn. 19); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1267 (Rn. 29).

⁵²¹ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 52).

⁵²² BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 444 (Rn. 17).

⁵²³ Siehe oben C.II.1.c)aa), S. 110.

⁵²⁴ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 51 f.).

Ein Rückgriff auf einschüchternde Auswirkungen staatlicher Grundrechtsbeeinträchtigungen findet sich auch in der neueren bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in kindschaftsrechtlichen Fällen aus naheliegenden Gründen nicht: Bei staatlichen Eingriffen in die Kommunikationsgrundrechte ist eine generell einschüchternde Wirkung auf die Ausübung in der Form denkbar, dass unbeteiligte Dritte mit Blick auf eine vom Bundesverfassungsgericht gebilligte repressive staatliche Linie auf den Grundrechtsgebrauch verzichten. Insofern kann Rechtsprechung zum Einzelfall eine abschreckende Wirkung entfalten.⁵²⁵ Hinsichtlich der Eltern- und der Kindesgrundrechte, welche an eine persönliche Stellung und nicht an eine (öffentlichkeitsbezogene) Verhaltensweise anknüpfen, kommen einzelfallübergreifende einschüchternde Auswirkungen kaum in Betracht.

*(2) Auswirkung auf den Prüfungsumfang:
erweitertes Zwei-Stufen-Modell*

Mit der neuen Intensitätsformel führt das Bundesverfassungsgericht das etablierte Zwei-Stufen-Modell fort und erweitert den Prüfungsumfang auf der 2. Stufe von der Rechts- auf die Tatsachenkontrolle:

- Der grundsätzliche Prüfungsumfang umfasst fachgerichtliche (Auslegungs-)Fehler, die eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung der Grundrechte erkennen lassen (1. Stufe).⁵²⁶
- Hohe Eingriffsintensität (2. Stufe) rechtfertigt eine zusätzliche Kontrolle auf
 - einzelne Auslegungsfehler und
 - deutliche Fehler bei Feststellung und Würdigung des Sachverhalts.

Die neue Intensitätsformel wird unter ausdrücklicher Zurückweisung einer auf die Heck'sche Formel beschränkten Kontrolle kontinuierlich mit dieser Beschreibung des Prüfungsumfanges verwendet.⁵²⁷ Die Prüfung auf der ers-

⁵²⁵ Siehe oben C.I.2.b), S. 94 f., für Beispiele aus der Rechtsprechung.

⁵²⁶ Teilweise wird auch nach der grundlegenden Verknennung der Tragweite der Grundrechte aller Beteiligten gefragt, vgl. nur BVerfG (1. Kammer), 16.04.2014 – 1 BvR 3360/13, ZKJ 2014, 379, 380 (juris Rn. 8).

⁵²⁷ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26); BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 25); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1271 (Rn. 19); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1267 (Rn. 29); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 444 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 27); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 24); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15,

ten Stufe ist dabei der Regelfall, eine intensivere Kontrolle die begründungsbedürftige Ausnahme. Soweit eine hohe Eingriffsintensität angenommen wird, ergänzen sich beide Kontrollstufen; die Prüfung *kann* sich *auch* auf die strengerer Voraussetzungen erstrecken.⁵²⁸ Der erweiterte Prüfungsumfang wird jedoch in der Regel ausgenutzt. Auch wenn die fachgerichtliche Entscheidung bereits grundsätzliche Fehler wie die Verkenntung des Elternprimats aufweist, findet eine strenge Kontrolle statt.⁵²⁹

Mit der Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung auf einzelne Auslegungsfehler führt die Kammerrechtsprechung die bereits bekannte Beschreibung des erweiterten Prüfungsumfanges fort,⁵³⁰ spezifiziert die Auswirkungen auf ihre Kontrolltätigkeit aber nicht.

Hinzu kommt die Ausweitung des Prüfungsumfanges auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Tatbestands. Das Kriterium der *Deutlichkeit* eines Fehlers bei der Beweiserhebung und -würdigung wird mit der neuen Intensitätsformel nicht näher spezifiziert, die Formulierung lässt jedoch zwei Grenzziehungen zu: Einerseits soll nicht jeder Tatsachenfehler das Bundesverfassungsgericht zum Einschreiten bewegen. Eine Abgrenzung zu „einfachen“, vom Prüfungsumfang nicht erfassten Tatsachenfehlern scheint jedoch nur schwer möglich. Andererseits beschränkt sich die Prüfung nicht auf willkürlich fehlerhafte Sachverhaltsarbeit der Fachgerichte.⁵³¹ Dieser erweiterte Prüfungsumfang gilt nach der neuen Intensitätsformel vor allem für die Nachvollziehbarkeit der fachgerichtlichen Annahme der Kindeswohlgefährdung und der Erforderlichkeit der Trennung.⁵³²

FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 12); BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 52); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 107 (Rn. 32).

⁵²⁸ Vgl. nur BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26).

⁵²⁹ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 29); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 441 (Rn. 15 f.); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 22); ähnlich BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 29).

⁵³⁰ Siehe oben C.II.1.b), S. 106 ff.

⁵³¹ Zur Willkürformel oben Teil 1, B.II., S. 32.

⁵³² Vgl. für die übliche Formulierung nur BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26).

(3) Tatsächliches Entscheidungsverhalten

Mit der Nennung der neuen Intensitätsformel geht tendenziell eine intensive Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung einher. Dies zeigt sich vor allem bei der Überprüfung fachgerichtlicher Hauptsacheentscheidungen und ist bei der Kontrolle von Eilentscheidungen weniger stark ausgeprägt. Differenziert man nach der Steuerungswirkung einzelner Elemente der Intensitätsformel, so lässt sich eine spezifische Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung auf „einzelne Auslegungsfehler“ nicht feststellen (a). Der Intensitätsformel folgend zeigt das tatsächliche Entscheidungsverhalten eine intensive Tatsachenkontrolle (b).

(a) Einzelne Auslegungsfehler

Das tatsächliche Entscheidungsverhalten der Kammern lässt, wie in der Anfangsphase der Intensitätsrechtsprechung,⁵³³ eine spezifische Kontrolle auf „einzelne Auslegungsfehler“ nicht erkennen.

Auch in der Kammerrechtsprechung bezieht sich die Formel nicht auf einzelne fachgerichtliche Aufgabenbereiche, sie beschränkt die Kontrolle nicht auf die Auslegungsarbeit der Fachgerichte. Der Prüfungsumfang erstreckt sich auch auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung. Anhand des Prüfungsmaßstabs von Art. 6 Abs. 3 GG wird insbesondere die Subsumtion unter die Voraussetzung der nachhaltigen Kindeswohlgefährdung unter Berücksichtigung der einzelnen fachgerichtlichen Argumentationsansätze überprüft. Auch die fachgerichtlichen Abwägungsvorgänge bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit werden einzelfallbezogen im Detail kontrolliert. Gelegentlich findet sich eine hypothetische Prüfung der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG: Wenn die Kammern zu dem Ergebnis kommen, dass einzelne tatsächliche Schlussfolgerungen der Fachgerichte nicht nachvollziehbar auf die Beweisergebnisse gestützt worden seien,⁵³⁴ prüfen sie die Kindeswohlgefährdung oder die Verhältnismäßigkeit dennoch unter Zugrundlegung dieser Annahmen.⁵³⁵

Soweit man unter Betonung des „*einzelnen*“ Auslegungsfehlers die bundesverfassungsgerichtliche Beschreibung des Prüfungsumfanges dahingehend versteht, dass das von der Heck'schen Formel geforderte Kriterium der *Grundsätzlichkeit* der fachgerichtlichen Fehlanschauung von der Bedeutung

⁵³³ Siehe oben C.II.1.c)bb), S. 112.

⁵³⁴ Zur Tatsachenkontrolle sogleich unter (b).

⁵³⁵ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1274 (Rn. 37); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116 (Rn. 46 u. 50).

der Grundrechte entfällt und schon ein *einfacher* Fehler bei der Berücksichtigung von Grundrechten eine Korrektur auslöst, d.h. der Grad der für ein Einschreiten erforderlichen Abweichung vom Prüfungsmaßstab variiert,⁵³⁶ lässt sich dies anhand der Kammerentscheidungen zu Kindschaftssachen nicht überprüfen. In allen Fällen in denen das Bundesverfassungsgericht den Prüfungsmaßstab des Art. 6 Abs. 3 GG anlegt, geht es von einem erweiterten Prüfungsumfang aus. Es fehlt damit an Vergleichsfällen, anhand derer man einen auf grundsätzliche Fehler bei der Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 3 GG beschränkten Prüfungsumfang nachvollziehen könnte. Die Kategorie des „einzelnen Auslegungsfehlers“ trägt daher nicht zu einer überprüfbaren Konturierung des Prüfungsumfanges bei.

(b) Sachverhaltsfeststellung und -würdigung

Entsprechend der Intensitätsformel findet bei hoher Eingriffsintensität eine intensive Prüfung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit statt. Dabei nehmen die Kammern den erweiterten Prüfungsumfang nicht zum Anlass, die fachgerichtlichen Tatsachenfeststellungen durch eigenständige Beweiserhebung (§ 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) zu ergänzen. Sie beschränken sich darauf, die Akten des Ausgangsverfahrens anzufordern und Dritten die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.

Im Übrigen unterliegt die fachgerichtliche Tatsachenarbeit einer intensiven Kontrolle, die man in drei Kontrollansätze unterteilen kann:

- Erstens prüft das Bundesverfassungsgericht, ob das Fachgericht überhaupt auf der vorhandenen Tatsachengrundlage entscheiden durfte; dieser Kontrollansatz findet sich vor allem bei Eilentscheidungen. Die Kammern stellen strenge, in der Literatur mit Blick auf das Beschleunigungsgebot (§ 155 FamFG) kritisierte⁵³⁷ Anforderungen an den Umfang der Sachverhaltsermittlung. Auf weitere Ausermittlung dürfen die Fachgerichte nur bei einem dringenden Bedürfnis für die einstweilige Anordnung, d.h. einer zeitlich nahen, ein Zuwarten ausschließenden nachhaltigen Kindeswohlgefahr, verzichten. Regelmäßig führt diese Prüfung zur Feststellung von Ermittlungsdefiziten der Fachgerichte.⁵³⁸ Auch bei der Kontrolle fachgericht-

⁵³⁶ Siehe oben C.I.3., S. 96 f.

⁵³⁷ Hammer, FamRZ 2014, 1005, 1005 f.; Lack/Heilmann, ZKJ 2014, 308, 309; Söpper, NZFam 2017, 799, 800.

⁵³⁸ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 26); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 33); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2122 (Rn. 25); BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22,

licher Hauptsacheentscheidungen wird das Fehlen ausreichender Tatsachenfeststellungen gelegentlich gerügt.⁵³⁹

- Zweitens wird die von den Fachgerichten vorgenommenen Tatsachenwürdigung, d. h. die Auswertung der Beweisergebnisse, kontrolliert. Dabei gelten hohe Anforderungen an die Begründung der fachgerichtlichen Entscheidung, anhand derer die Kammern die Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit der Tatsachenwürdigung überprüfen.⁵⁴⁰ Sie konzentrieren sich auf einzelne tatsächliche Annahmen, die der fachgerichtlichen Rechtsanwendung zugrunde liegen, werten vorhandene Beweisergebnisse detailliert aus und überprüfen, ob das Fachgericht sich mit ihnen erschöpfend auseinandergesetzt hat. Hierzu gehört insbesondere die Kontrolle, ob in ausreichender Weise argumentativ auf die der fachgerichtlichen Würdigung entgegenstehenden Anhaltspunkte eingegangen wurde. Vielfach kommt die Kammerrechtsprechung auf Grundlage dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass einzelne tatsächliche Annahmen der Fachgerichte sich den vorhandenen Beweismitteln nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen ließen.⁵⁴¹ Eine qualitativ ähnlich intensive, aufgrund der schmaleren Tatsachengrundlage in der Regel jedoch knappere Prüfung der Tatsachenwürdigung zeigt sich bei fachgerichtlichen Eilentscheidungen. Auch hier wird die Tatsachenwürdigung unter Bezugnahme auf einzelne Beweismittel überprüft.⁵⁴²
- An diese Nachvollziehbarkeitsprüfung schließt sich drittens eine eigene (eingeschränkte) Beweiswürdigung der Kammern an. Wird das Vorliegen einer nachvollziehbaren Begründung der Voraussetzungen des Sorgerechtsentzugs und der Trennung verneint, prüfen die Kammern, ob diese sich aus den vorhandenen Beweisergebnissen ableiten lassen. Bei Hauptsacheent-

25 (Rn. 27); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 25).

⁵³⁹ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 269 (Rn. 65 ff.); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 107 (Rn. 38 ff.).

⁵⁴⁰ Teilweise wird auch der formale Aspekt der Begründungspflicht betont: *Heiß*, NZFam 2015, 532, 533: „prozessuale[r] Formalismus“; *Gärditz*, FF 2015, 341, 345: „formelle Darstellungspflicht“.

⁵⁴¹ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 250 (Rn. 43 ff.); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1272 (Rn. 23 f. u. 26); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1269 (Rn. 44 ff.); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116 (Rn. 41 ff. u. 49).

⁵⁴² BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 909 (Rn. 26 f.); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 445 (Rn. 23 ff.) u. 447 (Rn. 34 ff.); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 33 f.); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 26).

scheidungen wird geprüft, ob sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben „indirekt“ aus den fachgerichtlichen oder sachverständigen Feststellungen ergeben;⁵⁴³ im Eilverfahren kontrolliert, ob die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG anhand der fachgerichtlichen Ermittlungsergebnisse offenkundig sind.⁵⁴⁴ Es erfolgt eine eigenständige Auswertung der Beweisergebnisse hinsichtlich der Voraussetzungen der Trennung durch das Bundesverfassungsgericht.⁵⁴⁵

Insgesamt findet entsprechend der neuen Intensitätsformel eine weitgehende Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit statt. Bezüglich dieser Tatsachenkontrolle wird in der familienrechtlichen Literatur zu Recht auf den schwindenden Entscheidungsspielraum der Fachgerichte hingewiesen⁵⁴⁶ und das Bundesverfassungsgericht als Superrechtsbeschwerde- oder Superrevisionsinstanz bezeichnet.⁵⁴⁷ Zu klären bleibt, inwiefern dieser weite Prüfungsumfang Entscheidungen im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 GG vorbehalten ist.⁵⁴⁸

(4) Flankierende Verfahrenskontrolle

Neben der materiell-inhaltlichen Kontrolle unterliegen fachgerichtliche Entscheidungen einer Verfahrenskontrolle. Das familiengerichtliche Verfahren muss geeignet sein, eine zuverlässige Grundlage für eine kindeswohlorientierte Entscheidung bereitzustellen.⁵⁴⁹ Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Verfahrensgestaltung leitet das Bundesverfassungsgericht sowohl aus den Eltern- und Kindesgrundrechten als auch aus dem staatlichen Wächteramt her.⁵⁵⁰ Sie betreffen die Anhörung von Verfahrensbeteiligten,⁵⁵¹ die

⁵⁴³ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116 (Rn. 39); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 442 (Rn. 22).

⁵⁴⁴ Vgl. besonders eindeutig dazu BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 910 (Rn. 28); mit ähnlicher Beschreibung des Prüfungsgangs BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 445 (Rn. 22 u. 30); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 21).

⁵⁴⁵ Vgl. dazu *Britz*, FamRZ 2015, 793, 796.

⁵⁴⁶ *Hammer*, FamRZ 2014, 1005, 1006.

⁵⁴⁷ *Giers*, FamRB 2014, 371, 372; *Heilmann*, NJW 2014, 2904, 2907; *Keuter*, NZFam 2017, 269, 270.

⁵⁴⁸ Dazu sogleich C.II.2.b), S. 148.

⁵⁴⁹ BVerfGE 55, 171, 182 – Alleinsorge; BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 251 (Rn. 49); *Gärditz*, FF 2015, 341, 344 ff.

⁵⁵⁰ Vgl. nur BVerfGE 79, 51, 66 – Rückführung zwecks Adoption.

⁵⁵¹ BVerfGE 55, 171, 182 – Alleinsorge; 68, 176, 188 – Rückführung aus Pflegefamilie.

Einholung von Gutachten⁵⁵² und die Bestellung von Verfahrenspflegern zur Wahrung der Kindesinteressen.⁵⁵³ Das Fachgericht hat eine Pflicht zur eigenständigen Ermittlung des Sachverhalts (vgl. § 26 FamFG); es darf nicht von einer Bindung an die Überzeugungen von Verfahrensbeteiligten – zum Beispiel der Sachverständigen oder des Jugendamtes – ausgehen.⁵⁵⁴

Hinsichtlich fachgerichtlicher Hauptsacheentscheidungen gehen Judikate in Trennungsfällen schwerpunktmäßig auf die Anforderungen an die Einbeziehung von Sachverständigen ein. Eingeholte Sachverständigengutachten müssen auf ihre Verwertbarkeit hin untersucht werden⁵⁵⁵; Hierzu gehört die Prüfung, ob die vom Sachverständigen aus der Beweisfrage des Gerichts für sein Fachgebiet abgeleiteten Fragestellungen überhaupt geeignet sind, die tatsächliche Grundlage für die Beantwortung der rechtlichen Fragen zu liefern.⁵⁵⁶ Auch im Übrigen muss das Fachgericht die Eignung des Sachverständigen, insbesondere seine Neutralität⁵⁵⁷ und Qualifikation⁵⁵⁸, überprüfen. Werden festgestellte Mängel nicht problematisiert, kann das zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führen.⁵⁵⁹ Will das Fachgericht von einer sachverständigen Einschätzung abweichen, muss es eine anderweitige verlässliche Grundlage für eine kindeswohlorientierte Entscheidung haben und diese darlegen.⁵⁶⁰ In diesem Zusammenhang haben die Kammern gerügt, dass das Familiengericht nicht auf die Empfehlung des Sachverständigen eingegangen ist⁵⁶¹ oder die Nichtberücksichtigung der sachverständigen Einschätzung nicht hinreichend begründet hat.⁵⁶² Diese Verfahrenskontrolle steht in engem

⁵⁵² BVerfGE 79, 51, 66 ff. – Rückführung zwecks Adoption; BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 266 (Rn. 46).

⁵⁵³ BVerfGE 99, 145, 157 u. 162 f. – gegenläufige Kindesentführung; 121, 69, 107 – Umgangspflicht.

⁵⁵⁴ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 251 (Rn. 50 f.); *Lack/Heilmann*, ZKJ 2014, 308, 312.

⁵⁵⁵ Nachdrücklich zur Fehleranfälligkeit *Gärditz*, FF 2015, 341, 345: Sachverständigengutachten als „Achillesferse familiengerichtlicher Praxis“.

⁵⁵⁶ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 27 ff.).

⁵⁵⁷ Ebd., S. 114 (Rn. 30 ff.).

⁵⁵⁸ BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 442 (Rn. 26).

⁵⁵⁹ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 115 (Rn. 35 f.).

⁵⁶⁰ BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 266 (Rn. 49), mit dem Hinweis, dass dies auch für Abweichungen von Einschätzungen anderer beteiligter Fachkräfte gelte; dazu auch *Lack/Heilmann*, ZKJ 2014, 308, 312.

⁵⁶¹ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn. 33 f.).

⁵⁶² BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 268 (Rn. 58).

Zusammenhang zur materiell-inhaltlichen Prüfung, ob das Fachgericht aus dem verfahrensfehlerfrei erlangten Gutachten die zutreffenden Schlüsse für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung gezogen hat.⁵⁶³

Auch bei der Überprüfung fachgerichtlicher Eilentscheidungen weisen die Kammern regelmäßig auf die Bedeutung der Verfahrensgestaltung für einen effektiven Grundrechtsschutz und die daraus resultierenden hohen Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung hin.⁵⁶⁴ Hier ist die materiell-inhaltliche Überprüfung der fachgerichtlichen Gefahrenprognose besonders eng mit der Kontrolle der Verfahrensgestaltung verknüpft. Das für eine Eilentscheidung verfassungsrechtlich erforderliche Dringlichkeitsmoment macht Anforderungen an die Verfahrensgestaltung von der zeitlichen Nähe und Eintrittswahrscheinlichkeit der Kindeswohlgefährdung abhängig;⁵⁶⁵ was regelmäßig zur Feststellung fachgerichtlicher Ermittlungsdefizite führt.⁵⁶⁶

b) Grundsätzlicher Prüfungsumfang in anderen Kindschaftssachen

In Entscheidungen zu anderen Kindschaftssachen geht das Bundesverfassungsgericht vom grundsätzlichen Prüfungsumfang aus. Neben dem Verweis auf die Heck'sche Formel beschreibt es folgende Einschränkungen der Kontrolltätigkeit: Eine Ausdehnung der Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler und deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts wird abgelehnt,⁵⁶⁷ auch Abwägungsvorgänge unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände sollen den Fachgerichten vorbehalten bleiben.⁵⁶⁸ Dies scheint fachgerichtliche Tatsachenarbeit von der Kontrolle auszunehmen und Abwägungsvorgänge der Prüfung nur eingeschränkt zu unterwerfen.

Ob das tatsächliche Entscheidungsverhalten der verfassungsgerichtlichen Selbstbeschreibung folgt und ein im Vergleich zu Trennungsentscheidungen zurückgenommener Prüfungsumfang Anwendung findet, wird anhand von

⁵⁶³ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 145.

⁵⁶⁴ BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 908 (Rn. 19 ff.); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 33); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2122 (Rn. 19 f.); BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 24 (Rn. 19 f.); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 18 f.); vgl. auch BVerfG (2. Kammer), 08.03.2012 – 1 BvR 206/12, FamRZ 2012, 938, 939 zur Möglichkeit des Verzichts auf ein Sachverständigengutachten im Eilverfahren.

⁵⁶⁵ Siehe oben C.II.2.a)bb), S. 133 ff.

⁵⁶⁶ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 144.

⁵⁶⁷ Vgl. an dieser Stelle nur BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 9.

⁵⁶⁸ Siehe an dieser Stelle nur BVerfG 9, 274, 278.

Entscheidungen zur Alleinsorge (aa)), zum Umgangsrecht (bb)) und zur Vormundschaft (cc)) untersucht. Die Grundlage für den Vergleich bilden (Kammer-)Entscheidungen im Zeitraum von 2014 – dem Beginn der Verwendung der neuen Intensitätsformel – bis 2020. Da diese nicht durchgängig ein fundiertes Urteil zum tatsächlichen Prüfungsumfang zulassen, werden auch ältere Kammerentscheidungen in die Untersuchung aufgenommen. Hierzu wurde die amtliche Sammlung BVerfGK abschließend ausgewertet und einige weitere Entscheidungen, die für besondere Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit oder in der Fachliteratur gesorgt haben, analysiert.

Nicht näher untersucht wurden das Sorge- oder Umgangsrecht betreffende Senats- und Kammerentscheidungen, die sich mit dem Zusammenspiel von nationalem Recht und völkerrechtlichen Verträgen beschäftigen. Konkret ging es im Görgülü-Verfahren um die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Pflicht der Fachgerichte zur Berücksichtigung von Urteilen des EGMR und die Überprüfung ihrer Einhaltung durch das Bundesverfassungsgericht.⁵⁶⁹ Eine Reihe von fachgerichtlichen Entscheidungen wurde wegen eines Verstoßes gegen die Berücksichtigungspflicht und einer damit einhergehenden Verletzung von Art. 6 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG aufgehoben.⁵⁷⁰

aa) Entscheidungen zur Alleinsorge

Der grundsätzliche Prüfungsumfang gilt bei der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen zur Alleinsorge. Diese können das gesamte Sorgerecht oder Teilbereiche elterlicher Sorge, vor allem das Aufenthaltsbestimmungsrecht, betreffen. Die untersuchten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen beschäftigen sich zum Großteil mit der Übertragung der Alleinsorge nach der Trennung (vgl. § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) und beruhen ausschließlich auf Verfassungsbeschwerden des im familiengerichtlichen Verfahren jeweils unterlegenen Elternteils. Im Rahmen des Wächteramts wird der Staat bei diesen Konfliktsituationen als Vermittler zwischen den jeweils grundrechtlich geschützten Rechtspositionen tätig.⁵⁷¹ Hiervon abzugrenzen sind Entscheidungen zum Sorgerecht nach Entziehung beim zuvor allein sorgeberechtigten

⁵⁶⁹ BVerfGE 111, 307, 323 ff. – Görgülü; bezüglich EGMR, Urteil v. 26.02.2004 – 74969/01, FamRZ 2004, 1456 – Görgülü v. Deutschland.

⁵⁷⁰ BVerfGE 111, 307, 330 ff. – Görgülü; BVerfGK 5, 161, 164 ff.; 5, 316, 325 ff.; einen solchen Verstoß im Verfahren zur einstweiligen Anordnung bereits andeutend 4, 339, 346 f.

⁵⁷¹ Zur umstrittenen dogmatischen Einordnung siehe oben B.III., S. 80.

Elternteil (§ 1680 Abs. 2 und 3 BGB), wo aufgrund des Elternprimats ein anderer Kindeswohlmaßstab gilt.⁵⁷²

Prüfungsmaßstab in Alleinsorgefällen ist Art. 6 Abs. 2 GG, da die Entscheidung nach § 1671 BGB dem unterlegenen Elternteil das Sorgerecht entzieht und damit in den Schutzbereich des Elternrechts eingreift.⁵⁷³ Die Hauptverantwortung für das Kind kann einem Elternteil zugeordnet werden, wenn die Voraussetzung für eine gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung, d.h. eine tragfähige soziale Beziehung und ein Mindestmaß an Übereinstimmung, fehlen.⁵⁷⁴ Für die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge ist eine Kindeswohlgefährdung nicht erforderlich, die Entscheidung muss jedoch das Kindeswohl als oberste Richtschnur und den mit zunehmendem Alter an Bedeutung gewinnenden Kindeswillen berücksichtigen.⁵⁷⁵ Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu wahren, stellt bei Alleinsorgeentscheidungen jedoch weniger strenge Anforderungen als bei Trennungsentscheidungen.⁵⁷⁶ Daneben gelten grundrechtliche Anforderungen an die familiengerichtliche Verfahrensgestaltung, insbesondere bezüglich der Anhörung des Kindes und der Elternteile.⁵⁷⁷

Der bei Trennungsfällen geltende erweiterte Prüfungsumfang wird in neuen Kammerentscheidungen zur Alleinsorge durchgehend abgelehnt.⁵⁷⁸ Die Kammer prüfe nur, ob das Fachgericht eine am Wohl des Kindes ausgerichtete Entscheidung getroffen und dabei die Tragweite der Grundrechte aller

⁵⁷² BVerfGK 7, 65, 69 f., zur verfassungskonformen Auslegung des § 1680 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 BGB a.F., welcher für diese Fälle vorsah, dass die Übertragung dem Kindeswohl dienen müsse; vgl. auch 14, 347.

⁵⁷³ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 161 u. 319; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 152; anders *C. Burmeister*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 263.

⁵⁷⁴ BVerfGE 92, 158, 177 – Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren; 107, 150, 169 – Sorgerecht Altfälle; 127, 132, 146 f. – Sorgerecht des nichtehelichen Vaters; grundlegend zur gemeinsamen Sorge nach Trennung 61, 358 – gemeinsames Sorgerecht Geschiedener.

⁵⁷⁵ BVerfGE 55, 171, 179 – Alleinsorge; BVerfGK 15, 509, 514; BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266, 268 (Rn. 26 ff.); BVerfG (2. Kammer), 22.03.2018 – 1 BvR 399/18, FF 2018, 247, 248 (Rn. 11 ff.); BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 10.

⁵⁷⁶ BVerfGK 3, 1, 3 f.; BVerfG (1. Kammer), 23.01.2019 – 1 BvR 1461/18, FamRZ 2019, 802, 802 (Rn. 2).

⁵⁷⁷ BVerfGE 55, 171, 182 f. – Alleinsorge; BVerfGK 2, 185, 189 f.; 15, 509, 515, auch zum Erfordernis der Einholung eines Sachverständigengutachtens (S. 520).

⁵⁷⁸ Besonders eindeutig BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 10, wo davon die Rede ist, dass Prüfungsmaßstab und Prüfungsintensität im Verhältnis zu Trennungsentscheidungen zurückgenommen seien; vgl. auch BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201, 1203 (Rn. 19).

Beteiligten nicht grundlegend verkannt hat. Vielfach wird betont, dass die Beurteilung der Auswirkungen auf das Kindeswohl in erster Linie den Fachgerichten obliege.⁵⁷⁹ Dieser zurückgenommene Prüfungsumfang entspricht der Heck'schen Formel.

Die Einhaltung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges ist anhand der neueren Entscheidungen zur Alleinsorge nur bedingt überprüfbar, da es sich überwiegend um Nichtannahmebeschlüsse handelt. Diese stellen entweder nur fest, dass die angegriffene Entscheidung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne oder beschränken sich auf sehr knappe Erwägungen und verzichten in der Regel gemäß § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG auf eine (weitere) Begründung.⁵⁸⁰

Zwei stattgebende Kammerbeschlüsse betrafen die Übertragung der Alleinsorge auf den Vater.⁵⁸¹ Maßgeblicher Streitpunkt bei der Entscheidung vom 7.12.2017 war der Umgang mit der sog. Geschlechtsidentitätsstörung des Kindes, auf die der Vater nach Auffassung des Amtsgerichts und des Oberlandesgerichts besser eingehen könne.⁵⁸² Die Kammer gab der Verfassungsbeschwerde der Mutter wegen einer Verletzung des Elternrechts statt und hob nur die Entscheidung des Oberlandesgerichts auf, weil diese nicht hinreichend am Kindeswohl orientiert sei. Die Einschätzung des Gerichts, dass eher der Vater im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Geschlechtsidentität ein ergebnisoffenes, akzeptierendes und unterstützendes Vorgehen gewährleiste, sei nicht nachvollziehbar und setze sich in Widerspruch zu Feststellungen der Sachverständigen. Hinsichtlich der aktuellen Bedürfnislage des Kindes habe sich das Oberlandesgericht nicht ausreichend mit den

⁵⁷⁹ BVerfG (1. Kammer), 16.04.2014 – 1 BvR 3360/13, ZKJ 2014, 379, 380 (juris Rn. 8); BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2102/14, FamRZ 2015, 210, 211 (Rn. 12); BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 9; BVerfG (1. Kammer), 07.06.2016 – 1 BvR 519/16, FF 2016, 304, 304 (Rn. 3); BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266, 268 (Rn. 29); BVerfG (2. Kammer), 22.03.2018 – 1 BvR 399/18, FF 2018, 247, 249 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 13.05.2020 – 1 BvR 663/19, FamRZ 2020, 1579, 1579 (Rn. 4); so auch schon BVerfGE 55, 171, 181 – Alleinsorge; grundlegend 31, 194, 208 – Umgangsrecht.

⁵⁸⁰ BVerfG (1. Kammer), 16.04.2014 – 1 BvR 3360/13, ZKJ 2014, 379, 380 (juris Rn. 9); BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 12 f.; BVerfG (1. Kammer), 07.06.2016 – 1 BvR 519/16, FF 2016, 304, 304 (Rn. 4); BVerfG (2. Kammer), 22.01.2018 – 1 BvR 2616/17, FamRZ 2018, 593 (Rn. 8); BVerfG (2. Kammer), 22.03.2018 – 1 BvR 399/18, FF 2018, 247, 249 (Rn. 16 f.); BVerfG (1. Kammer), 23.01.2019 – 1 BvR 1461/18, FamRZ 2019, 802, 802 (Rn. 2).

⁵⁸¹ BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266; BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201.

⁵⁸² Vgl. BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266, 267 (Rn. 9 ff.).

Einschätzungen des gerichtlichen Gutachters und des Facharztes auseinandergesetzt.⁵⁸³ Obwohl die Entscheidung quantitativ wesentlich kürzer ausfällt, ist diese Auswertung der Beweismittel qualitativ mit dem bei Trennungsfällen beschriebenen erweiterten Prüfungsumfang vergleichbar.⁵⁸⁴ Ähnliches gilt für die Entscheidung vom 14.04.2021.⁵⁸⁵ Die Kammer führt unter detaillierter Bezugnahme auf die fachgerichtlich herangezogenen Beweismittel aus, dass das Oberlandesgericht sein Abweichen von Sachverständigengutachten nicht hinreichend begründet habe.⁵⁸⁶

Die älteren Kammerentscheidungen zur Alleinsorge zeigen kein einheitliches Bild. Soweit die Entscheidungen auf den Prüfungsumfang ausdrücklich eingehen,⁵⁸⁷ wird unter Verweis auf die Heck'sche Formel die Kontrolle der tatsächlichen Feststellungen und Einzelfallabwägungen der Fachgerichte zwar vielfach abgelehnt, dies jedoch um den pauschalen Hinweis ergänzt, dass der Prüfungsumfang von der Eingriffsintensität abhängt.⁵⁸⁸ Mangels konkreter Angaben zu den Auswirkungen auf die Kontrolltätigkeit ist eine Überprüfung anhand des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens nicht möglich.

Bei den stattgebenden Kammerbeschlüssen⁵⁸⁹ variiert der tatsächliche Prüfungsumfang. Einige Entscheidungen beschränken sich auf die Kontrolle, ob die Fachgerichte das Vorliegen einer tragfähigen Beziehung geprüft und das Kindeswohl berücksichtigt haben und gehen auf die fachgerichtliche Abwägung im Einzelfall und die Beweiswürdigung nicht ein. Eine solche grundsätzliche Verkenntung des Elternrechts im Sinne der Heck'schen Formel liegt vor, wenn mit Verweis auf einen Dissens bezüglich des Aufenthalts das gesamte Sorgerecht auf einen Elternteil übertragen wird, ohne Teilentscheidungen in Erwägung zu ziehen,⁵⁹⁰ oder die gemeinsame Sorge angeordnet wird,

⁵⁸³ Vgl. BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266, 269 (Rn. 33 f.).

⁵⁸⁴ Mit ähnlicher Einschätzung *Hammer*, FamRZ 2018, 269; anders *Löhnig*, NZ-Fam 2018, 75.

⁵⁸⁵ BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201.

⁵⁸⁶ BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201, 1203 (Rn. 22 ff.).

⁵⁸⁷ Ohne Aussage zum Prüfungsumfang BVerfGK 1, 117; 1, 140; 2, 185; 3, 1.

⁵⁸⁸ BVerfGK 14, 28, 34; 14, 38, 41; 15, 509, 516; entgegen der Annahme von *Zuck*, FamRZ 2010, 1946, 1948 gehen die Kammern aber gerade nicht in allen Sorgerechts- und Umgangsfällen von einem erweiterten Prüfungsumfang aus.

⁵⁸⁹ Auch hier lassen Nichtannahmebeschlüsse aufgrund ihrer knappen Begründung in der Regel keinen Rückschluss auf den tatsächlichen Prüfungsumfang zu, vgl. BVerfGK 1, 117; 1, 140; eine Ausnahme bildet insoweit ein Beschluss vom 27.06.2008, BVerfGK 14, 38, welcher die amtsgerichtliche Entscheidung einer recht genauen Prüfung unterzieht (S. 42 ff.), obwohl die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wegen prozessualer Wiederholung als unzulässig eingeordnet wird (S. 44).

⁵⁹⁰ BVerfGK 3, 1, 3 f.

ohne angesichts vergangener schwerer Misshandlungen der Mutter durch den Vater das Vorliegen einer tragfähigen sozialen Beziehung zwischen den Eltern zu prüfen.⁵⁹¹

Teilweise gehen die Entscheidungen über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinaus. Ein Kammerbeschluss vom 27.06.2008⁵⁹² betraf die alleinige Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrecht. Dieses stand zunächst langjährig der Mutter zu und wurde durch das Amtsgericht unter Abänderung der ursprünglichen Regelung (vgl. § 1696 Abs. 1 BGB) – dem Wunsch des elfjährigen Kindes folgend – auf den beschwerdeführenden Vater übertragen. Das Oberlandesgericht änderte diesen Beschluss ab und wies den Antrag des Vaters auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit der Begründung zurück, dass der vom Kind geäußerte Wille nicht von einer wesentlich engeren emotionalen Bindung zum Vater getragen werde.⁵⁹³ Der dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde gab die Kammer wegen einer Verletzung des Elternrechts statt und kam in einer einzelfallbezogenen Prüfung zu dem Ergebnis, dass das Oberlandesgericht den Willen des Kindes nicht hinreichend gewürdigt habe: Die vom Fachgericht geäußerten Zweifel an dem vom Kind behaupteten Vertrauensverlust zur Mutter seien nicht hinreichend begründet.⁵⁹⁴ Auch die Argumentation, dass eine nähere Begründung des Wechselwunsches fehle und deswegen eine engere emotionale Bindung zum Vater nicht erkennbar sei, rechtfertige es nicht, den Kindeswillen anzuzweifeln, und stelle zu hohe Anforderungen an dessen Darlegung.⁵⁹⁵ Schließlich sei die Einschätzung des Oberlandesgerichts, dass der geäußerte Wille des Kindes sich nicht in seinem alltäglichen Leben widerspiegele, durch die herangezogenen Aussagen des Klassenlehrers und des Verfahrensbeistands nicht belegt und berücksichtige das Sachverständigengutachten nicht hinreichend.⁵⁹⁶

Ein Kammerbeschluss vom 18.05.2009⁵⁹⁷ zum alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrecht weist einen ähnlichen weiten Prüfungsumfang auf. Nachdem die Eltern zunächst einvernehmlich ein „Wechselmodell“ praktiziert hatten, war im einstweiligen Verfügungsverfahren zunächst der beschwerdeführenden Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen worden. Hintergrund war die gegenüber dem Gericht geäußerte Angabe der Beschwerdeführerin, an einem anderen Ort eine Arbeitsstelle anzutreten; was in der Folge

⁵⁹¹ BVerfGK 2, 185, 189.

⁵⁹² BVerfGK 14, 28.

⁵⁹³ Ebd., S. 29 ff.

⁵⁹⁴ Ebd., S. 35.

⁵⁹⁵ Ebd., S. 36.

⁵⁹⁶ Ebd., S. 36 f.

⁵⁹⁷ BVerfGK 15, 509.

jedoch nicht geschah. In der Hauptsache übertrug das Amtsgericht – bestätigt durch die Beschwerdeinstanz – dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Die Kammer hob die Entscheidung des Oberlandesgerichts wegen einer Verletzung des Elternrechts auf. Auffällig ist, dass der Inhalt der beigezogenen Akten des Ausgangsverfahrens ausführlich wiedergegeben wird.⁵⁹⁸ Daneben zeigt sich eine detaillierte Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung: Die Annahme des Oberlandesgerichts, der Beschwerdeführerin mangle es an Bindungstoleranz, begegne Bedenken, da sie auf wenige tatsächliche Anhaltspunkte gestützt sei und entgegenstehende Indizien außer Acht lasse.⁵⁹⁹ Im Übrigen deute die Begründung des Fachgerichts auf eine fehlende Kindeswohlorientierung und einen Rückgriff auf den Sanktionsgedanken hin.⁶⁰⁰ Schließlich begegne auch die Nichtberücksichtigung des Kindeswillens wegen einer vom Oberlandesgericht angenommenen Beeinflussung durch die Beschwerdeführerin erheblichen Bedenken. Die als Begründung aufgeführten Äußerungen der Verfahrenspflegerin und des Kindes blieben ohne Beleg oder würden aus dem Zusammenhang gerissen und gegen eine Einflussnahme der Mutter sprechende Aspekte – insbesondere die Beobachtungen der Sachverständigen – nicht beachtet.⁶⁰¹ Auch die fachgerichtliche Verfahrensgestaltung, insbesondere der Verzicht auf Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens, begegne erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.⁶⁰²

Beide Entscheidungen weisen einen erweiterten Prüfungsumfang auf. Die Kammer überprüft die fachgerichtliche Abwägung im Einzelfall unter Bezugnahme auf einzelne Beweisergebnisse.⁶⁰³ Ein qualitativer Unterschied zum Prüfungsumfang bei Trennungsentscheidungen zeigt sich nicht.

Die materiell-inhaltliche Kontrolle von Alleinsorge-Entscheidungen wird ebenfalls flankiert durch eine Verfahrenskontrolle, die sich in der Regel auf die Anhörung der Verfahrensbeteiligten, die Rolle von Verfahrensbeiständen oder die Einholung von Sachverständigengutachten bezieht. Beanstandet wurde zum Beispiel die unterlassene Anhörung eines Elternteils zum Bestehen einer tragfähigen sozialen Beziehung.⁶⁰⁴ In einem Nichtannahmebeschluss billigte die Kammer hingegen den Verzicht auf eine Anhörung des Kindes, welcher vom Fachgericht damit begründet wurde, dass weitere Er-

⁵⁹⁸ BVerfGK 15, 509, 512 f.

⁵⁹⁹ Ebd., S. 516 f.

⁶⁰⁰ Ebd., S. 518.

⁶⁰¹ Ebd., S. 518 f.

⁶⁰² Ebd., S. 520.

⁶⁰³ Kritisch dazu *Coester*, FF 2010, 10, 11.

⁶⁰⁴ BVerfGK 2, 185, 189.

kenntnisse nicht zu erwarten seien.⁶⁰⁵ Auch die durch einen ersuchten Richter in Abwesenheit des Verfahrensbeistands durchgeführte Kindesanhörung stufte das Gericht in einem ungewöhnlich ausführlich begründeten Nichtannahmebeschluss als verfassungskonform ein.⁶⁰⁶ Bezüglich der Beteiligung von Sachverständigen prüfen die Kammern insbesondere, ob die Fachgerichte den Verzicht auf Einholung eines Gutachtens⁶⁰⁷ oder die Abweichung von sachverständigen Empfehlungen⁶⁰⁸ ausreichend und unter Nachweis eigener Sachkunde begründet haben.

bb) Entscheidungen zum Umgangsrecht

Das Umgangsrecht eines jeden Elternteils fällt als Voraussetzung für die Pflege und Erziehung des Kindes in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.⁶⁰⁹ Die untersuchten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen betreffen im Wesentlichen zwei Konstellationen: Viele Judikate beziehen sich auf die Regelung des Umgangs mit dem Kind zwischen getrennt lebenden Eltern (vgl. § 1684 BGB), bei denen der Staat als vermittelnde Instanz tätig wird. Diese Schiedsrichterrolle nehmen Familiengerichte auch ein, wenn der leibliche, aber nicht rechtliche Vater Umgang begehrt (§ 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Anders gelagert sind Fälle, die das Umgangsrecht der nicht sorgeberechtigten Eltern mit ihrem fremduntergebrachten Kind betreffen.⁶¹⁰ Die analysierten Judikate beruhen fast ausschließlich auf Verfassungsbeschwerden von Elternteilen, in der Regel des rechtlichen oder leiblichen Vaters. Nur selten wird auch vertretungsweise für das minderjährige Kind Verfassungsbeschwerde eingelegt.⁶¹¹

⁶⁰⁵ BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2102/14, FamRZ 2015, 210, 211 (Rn. 19), mit der gleichen Begründung wurde der Verzicht auf ein kinderpsychologisches Gutachten gebilligt.

⁶⁰⁶ BVerfG (1. Kammer), 13.05.2020 – 1 BvR 663/19, FamRZ 2020, 1579, 1580 (Rn. 11 ff.).

⁶⁰⁷ Vgl. BVerfGK 15, 509, 520, wo die Kammer erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken äußert.

⁶⁰⁸ BVerfGK 1, 140, 141; BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201, 1203 (Rn. 22 ff.).

⁶⁰⁹ *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 203; *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 264; umfassend zur davon abweichenden Herleitungen *Hönig*, Umgangsrecht, 2004, S. 129 ff.

⁶¹⁰ Für eine Berücksichtigung der „Wertung des Art. 6 Abs. 3 GG“ in diesen Fällen *Britz*, FF 2015, 387, 388; ähnlich *Schäder*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 265, 272; BVerfGK 20, 135, 142.

⁶¹¹ Vgl. BVerfGK 4, 259, 260, wo die in Vertretung für das Kind eingelegte Verfassungsbeschwerde mangels (Allein-)Vertretungsmacht allerdings unzulässig war; BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 2843/14, FamRZ 2015, 119.

Entsprechende fachgerichtliche Entscheidungen müssen als Prüfungsmaßstab neben den Grundrechtspositionen der Eltern das Wohl des Kindes, seine Individualität als Grundrechtsträger und den mit zunehmendem Alter an Bedeutung gewinnenden Kindeswillen⁶¹² berücksichtigen. Sie dürfen das elterliche Umgangsrecht nur einschränken oder ausschließen, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalls zum Schutz des Kindes erforderlich ist, um eine Gefährdung der seelischen oder körperlichen Entwicklung abzuwehren.⁶¹³ Damit ist für Umgangsregelungen grundsätzlich ein geringerer Grad der Kindeswohlgefährdung erforderlich als für die Trennung von Kind und Eltern.⁶¹⁴ Daneben muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden und es gelten grundrechtliche Anforderungen für die Ausgestaltung des Verfahrens, welches eine zuverlässige Grundlage für eine kindeswohlorientierte Entscheidung schaffen muss.⁶¹⁵

Bei den aktuellen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Umgangsrecht handelt es sich ausschließlich um Nichtannahmebeschlüsse. Diese treffen regelmäßig keine Aussage zum Prüfungsumfang und sind nur knapp begründet. Vielfach wird die Nichtannahme allein auf die fehlende Zulässigkeit gestützt,⁶¹⁶ weshalb keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Prüfungsumfang möglich sind. Soweit die Kammern inhaltlich auf die fachgerichtliche Entscheidung eingehen, wird die Verfassungskonformität der Rechtsauslegung oder -anwendung mit knappen Ausführungen bestätigt.⁶¹⁷

Zwei Nichtannahmebeschlüsse zum Umgangsausschluss weisen jedoch eine ungewöhnlich umfangreiche Begründung auf. Hier geht die Kammer

⁶¹² Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes siehe oben B.II.2., S. 78.

⁶¹³ BVerfGE 31, 194, 206 – Umgangsrecht; 64, 180, 187 ff.; BVerfG (1. Kammer), 17.09.2016 – 1 BvR 1547/16, FamRZ 2016, 1917, 1918 (Rn. 19 f.); zur entgegengesetzten Konstellation der Abwehr erzwungenen Umgangs BVerfGE 121, 69, 94 ff. – Umgangspflicht.

⁶¹⁴ *Jestaedt/P. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 (195. EL 12/2018), Rn. 487.

⁶¹⁵ BVerfG (1. Kammer), 13.11.2007 – 1 BvR 1637/07, FamRZ 2008, 246, 246 f. (juris Rn. 25); BVerfGK 17, 407, 412.

⁶¹⁶ BVerfG (2. Kammer), 06.12.2016 – 1 BvR 2046/16, juris; BVerfG (2. Kammer), 08.06.2017 – 1 BvR 1054/17, juris; BVerfG (2. Kammer), 16.08.2018 – 1 BvR 836/18, juris; BVerfG (1. Kammer), 28.10.2019 – 1 BvR 2237/19, juris; ebenso BVerfG (1. Kammer), 15.10.2020 – 1 BvR 2262/20, juris, Rn. 3 ff., wo die Kammer jedoch wegen fehlender Begründung des Umgangsausschlusses mit einer Kindeswohlgefährdung Zweifel an der Einhaltung des Prüfungsmaßstabes des Art. 6 Abs. 2 GG äußert (Rn. 9).

⁶¹⁷ BVerfG (1. Kammer), 30.07.2014 – 1 BvR 1530/14, juris, Rn. 11 f.; BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 2843/14, FamRZ 2015, 119, 121 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 29.07.2015 – 1 BvR 1468/15, FamRZ 2015, 1686, 1687 (Rn. 5); BVerfG (2. Kammer), 09.03.2017 – 1 BvR 401/17, juris, Rn. 4.

ausdrücklich vom grundsätzlichen Prüfungsumfang aus⁶¹⁸ und weist in einer Entscheidung ohne nähere Spezifizierung darauf hin, dass die Intensität der Prüfung nach der Heck'schen Formel vom Maß der Grundrechtsbeeinträchtigung abhängt.⁶¹⁹ Beide Nichtannahmebeschlüsse bestätigen die Verfassungskonformität der fachgerichtlichen Umgangsausschlüsse ausführlich und gehen im Detail auf die Kindeswohlgefährdung, die Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Verfahrensgestaltung der Fachgerichte ein.⁶²⁰ Maßgeblicher Grund hierfür ist, dass in beiden Verfahren Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen waren.⁶²¹

Auch ältere Kammerentscheidungen zum Umgangsrecht gehen von einem zurückgenommenen Prüfungsumfang aus⁶²²:

„Die von den Fachgerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen und die von ihnen im Einzelnen vorgenommene Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen. Der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterliegt jedoch, ob fachgerichtliche Entscheidungen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts beruhen. Die Intensität dieser Prüfung hängt davon ab, in welchem Maße von der Entscheidung Grundrechte beeinträchtigt werden.“

Die Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung und Einzelfallabwägung wird unter Verweis auf die Heck'sche Formel abgelehnt,⁶²³ jedoch gleichzeitig ohne Spezifizierung die Relevanz der Eingriffsintensität erwähnt.

Bei den stattgebenden Kammerbeschlüssen variiert der tatsächliche Prüfungsumfang.⁶²⁴ In der Regel beschränken sich die Kammern in einer knappen Kontrolle darauf, ob die Fachgerichte das Elternrecht und das Kindeswohl hinreichend berücksichtigt haben. Diese Entscheidungen zeichnen sich dadurch aus, dass die fachgerichtliche Einzelfallabwägung und Beweiswürdigung nicht überprüft und damit ein zurückgenommener Prüfungsumfang an-

⁶¹⁸ BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093, 1094 (Rn. 18).

⁶¹⁹ BVerfG (1. Kammer), 17.09.2016 – 1 BvR 1547/16, FamRZ 2016, 1917, 1919 (Rn. 22).

⁶²⁰ BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093, 1094 (Rn. 20 f., 23 ff. und 28 ff.); BVerfG (1. Kammer), 17.09.2016 – 1 BvR 1547/16, FamRZ 2016, 1917, 1919 (Rn. 26 f., 29 ff. und 42 ff.).

⁶²¹ EGMR, Urteil v. 15.01.2015 – 62198/11, FamRZ 2015, 469 – Kuppinger v. Deutschland zur Entschädigung wegen verzögerter Umsetzung von Umgangskontakten; EGMR, Urteil v. 28.04.2016 – 20106/13, FamRZ 2017, 891 – Buchleither v. Deutschland zum unbefristeten Umgangsausschluss.

⁶²² BVerfGK 9, 274, 278.

⁶²³ Mit dieser Formulierung auch schon BVerfGE 31, 194, 210 – Umgangsrecht.

⁶²⁴ Die in der amtlichen Sammlung BVerfGK veröffentlichten Nichtannahmebeschlüsse zum Umgangsrecht BVerfGK 4, 259; 6, 57; 7, 279; 20, 135 werden hier nicht näher analysiert.

gewendet wird: In materiell-rechtlicher Hinsicht wird dementsprechend regelmäßig gerügt, dass das Elternrecht keine Berücksichtigung gefunden hat, d.h. ein Abwägungsausfall vorliegt: Hierzu gehören Fälle, in denen die Fachgerichte die Regelung des Umgangs schlichtweg ablehnen, da dies einem unbefristeten Umgangsausschluss gleichkommt und den Betroffenen im Ungewissen lässt.⁶²⁵ Die Anwendbarkeit von Grundrechten wird auch verkannt, wenn die Verweigerung des Umgangs ohne Rücksicht auf das Elternrecht allein mit der drohenden Abschiebung des Kindesvaters begründet wird⁶²⁶ oder der Ausschluss des Ferienumgangs überhaupt nicht erläutert wird.⁶²⁷

Grundsätzlich fehlerhaft sind auch fachgerichtliche Entscheidungen, die zwar die Anwendbarkeit des Elternrechts erkennen, dessen Einschränkung jedoch nicht mit einer Kindeswohlgefährdung begründen. Dies ist der Fall, wenn der Umgang des Vaters auf durch den Pflegevater begleitete Kontakte beschränkt wird, ohne auf die Kindeswohlgefährdung durch erweiterten, insbesondere unbegleiteten Umgangskontakt einzugehen⁶²⁸ oder der Ausschluss von Übernachtungs- und Ferienkontakten ohne nähere Ausführungen mit dem geringen Alter des Kindes begründet wird.⁶²⁹ Hier kann man von einer Abwägungsfehleinschätzung unter Außerachtlassung maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkte sprechen.

Teilweise gehen die Kammern auch in Umgangssachen über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinaus.⁶³⁰ Ein stattgebender Kammerbeschluss vom 29.11.2007⁶³¹ betraf das Umgangsrecht des beschwerdeführenden Vaters mit seiner zum Zeitpunkt der fachgerichtlichen Entscheidung fünfjährigen Tochter. Das Amtsgericht hatte den Ausschluss unbegleiteten Umgangs auf ein Sachverständigengutachten zu pädophilen Neigungen des Beschwerdeführers, seine Aussagen zu dem von ihm präferierten Frauentyp und einen gegen ihn ergangenen rechtskräftigen Strafbefehl wegen Besitzes kinderpornographischer Schriften gestützt. Das Oberlandesgericht bestätigte diese Regelung im Wesentlichen.⁶³² Der dagegen erhobenen Verfassungsbeschwerde gab die Kammer wegen einer Verletzung des Elternrechts des Beschwerdeführers statt. Sie weist mit der Heck'schen Formel auf den beschränkten

⁶²⁵ BVerfGK 6, 61, 63 f.; 6, 153, 155 f.

⁶²⁶ BVerfGK 1, 173, 176 f.

⁶²⁷ BVerfGK 9, 274, 279.

⁶²⁸ BVerfGK 17, 407, 412.

⁶²⁹ BVerfGK 10, 519, 523 f.

⁶³⁰ So auch *Schäder*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV*, 265, 281.

⁶³¹ BVerfGK 12, 472.

⁶³² Ebd., S. 473 f.

Prüfungsumfang hin, lehnt eine Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellungen und Einzelfallabwägung ab und beschreibt die Prüfungsanforderungen wie folgt: Die von den Fachgerichten vorgenommene Umgangseinschränkung erfordere die Feststellung pädophiler Neigungen und einer daraus resultierenden konkreten Gefährdung.⁶³³ Diese Anforderungen hätten die Fachgerichte verkannt, als sie mit der Begründung eines verbleibenden Restrisikos für das Kind aufgrund möglicher pädophiler Neigungen den unbegleiteten Umgang ausschlossen. Die Ausführungen der Sachverständigen ließen den Schluss auf solche Neigungen des Beschwerdeführers und eine damit verbundene konkrete Gefährdung nicht zu. Ferner hätten die Fachgerichte entlastende Beweisanzeichen wie den geringen Anteil kinderpornographischer Bilder unter den auf der Festplatte des Beschwerdeführers gefundenen pornographischen Dateien und den genauen Inhalt der Abbildungen nicht gewürdigt.⁶³⁴ Mit dieser Kontrolle weicht die Kammer vom angekündigten Prüfungsumfang ab und untersucht neben der fachgerichtlichen Einzelfallabwägung auch die Beweiswürdigung.⁶³⁵

Gleiches gilt für einen Kammerbeschluss vom 06.11.2009⁶³⁶, der das Umgangsrecht des beschwerdeführenden Vaters mit seiner im Ausland bei der sorgeberechtigten Mutter lebenden Tochter betraf. Mit einer knappen Entscheidungsbegründung stützt die Kammer die Aufhebung maßgeblich darauf, dass das Oberlandesgericht eine Aussage des Beschwerdeführers zur Umgangsausübung und Kindesrückgabe unzutreffend ausgelegt habe,⁶³⁷ und bezieht damit die fachgerichtliche Beweiswürdigung in die Kontrolle ein.

Für öffentliche Aufmerksamkeit sorgte ein Beschluss vom 13.12.2012⁶³⁸, der das Umgangsrecht eines der rechtsextremen Szene angehörenden Vaters betraf. Die beschwerdeführende Mutter – eine Aussteigerin, die aus Angst vor Vergeltungsmaßnahmen den Namen und mehrfach den Wohnsitz änderte – hatte gegen die fachgerichtliche Anordnung begleiteter Umgangskontakte mit den gemeinsamen Kindern Verfassungsbeschwerde erhoben. Dieser gab die Kammer aufgrund einer Verletzung des Elternrechts statt. Einerseits habe das Oberlandesgericht die mit der Aufdeckungsmöglichkeit einhergehende mittelbare Kindeswohlgefährdung nicht hinreichend berücksichtigt;

⁶³³ BVerfGK 12, 472, 475 f.

⁶³⁴ Ebd., S. 477 f.

⁶³⁵ Mit ähnlicher Einschätzung *Schäder*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV*, 265, 277 f.

⁶³⁶ BVerfGK 16, 355.

⁶³⁷ Ebd., S. 360.

⁶³⁸ BVerfG (2. Kammer), 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12, FamRZ 2013, 433; dem Beschluss gingen zwei einstweilige Anordnungen voraus vgl. BVerfG (2. Kammer), 29.08.2012 – 1 BvR 1766/12, juris; BVerfG (2. Kammer), 26.11.2012 – 1 BvR 1766/12, juris.

entgegen der fachgerichtlichen Einschätzung sei aus den Berichten der Sicherheitsbehörden auf eine konkrete Gefährdung der Mutter zu schließen.⁶³⁹ Andererseits setze es sich nicht hinreichend mit den durch die Umgangskontakte entstehenden psychischen Belastungen und der zunehmend ablehnenden Haltung der Kinder auseinander.⁶⁴⁰

Insgesamt zeigt sich auch hier eine auf die Einzelfallumstände eingehende Prüfung, die auch die fachgerichtliche Beweiswürdigung in den Blick nimmt und sich damit nicht wesentlich vom Prüfungsumfang nach der neuen Intensitätsformel unterscheidet.⁶⁴¹

Auch bei Umgangsentscheidungen unterliegt die fachgerichtliche Verfahrensgestaltung einer intensiven Kontrolle.⁶⁴² Teilweise wird die Aufhebung von Entscheidungen allein auf die Missachtung des grundrechtlichen Einflusses auf die Verfahrensgestaltung gestützt;⁶⁴³ regelmäßig werden neben materiell-rechtlichen auch Verfahrensfehler festgestellt. Schwerpunktmäßig kontrollieren die Kammern die Verfahrensgestaltung mit Blick auf die Ermittlung des Kindeswillens: Häufig wird der fachgerichtliche Verzicht auf eine persönliche Anhörung oder die Bestellung eines Verfahrenspflegers gerügt.⁶⁴⁴ Auch eine unterlassene Anhörung des umgangsberechtigten Elternteils zu einzelnen Aussagen anderer Verfahrensbeteiligter kann verfassungsrechtliche Bedenken auslösen.⁶⁴⁵ Daneben darf das Fachgericht nur unter strengen Anforderungen von der Einschätzung eines Sachverständigen abweichen.⁶⁴⁶

cc) Entscheidungen zur Vormundschaft

Bei der Entscheidung über die Vormundschaft (§ 1779 BGB) sind grundlegende Positionen der Eltern, der Kinder und naher Verwandter zu berücksichtigen. Einerseits kann die Nichtberücksichtigung naher Verwandter oder die Auswahl ungeeigneter Personen Eltern- und Kindesgrundrechte verletzen.

⁶³⁹ BVerfG (2. Kammer), 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12, FamRZ 2013, 433, 434 (Rn. 26 ff.).

⁶⁴⁰ Ebd., S. 435 (Rn. 36 ff.).

⁶⁴¹ Mit ähnlicher Bewertung *Haberzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 8.

⁶⁴² Dies gilt auch für einige Nichtannahmebeschlüsse, vgl. BVerfG (1. Kammer), 17.09.2016 – 1 BvR 1547/16, FamRZ 2016, 1917, 1921 (Rn. 42 ff.); BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093, 1095 (Rn. 28 ff.).

⁶⁴³ BVerfGK 11, 146; BVerfG (1. Kammer), 13.11.2007 – 1 BvR 1637/07, FamRZ 2008, 246.

⁶⁴⁴ BVerfGK 9, 274, 281; 10, 519, 524; 17, 407, 414; BVerfG (1. Kammer), 13.11.2007 – 1 BvR 1637/07, FamRZ 2008, 246, 247, wo das OLG trotz langer Verfahrensdauer nach Aktenlage entschied.

⁶⁴⁵ BVerfGK 16, 355, 360 f.

⁶⁴⁶ BVerfGK 11, 146, 152.

Dass die Verletzung von Schutzansprüchen des Kindes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) prozessstandschaftlich geltend gemacht wird, kommt jedoch selten vor.⁶⁴⁷ In Bezug auf das Elternrecht ist die Beachtung der Grundsätze zur Vormundsauswahl regelmäßig Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Sorgerechtsentzugs: Die Unterbringung bei Verwandten ist als milderer Eingriff im Rahmen der Erforderlichkeit zu berücksichtigen.⁶⁴⁸ Andererseits begründet das Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG)⁶⁴⁹ für nahe Verwandte ein Berücksichtigungsrecht bei der Vormundsauswahl: Sie sind, wenn tatsächlich eine enge familiäre Bindung zum Kind besteht, vorrangig zu berücksichtigen, soweit keine konkreten Erkenntnisse dafür vorliegen, dass dem Kindeswohl durch die Wahl einer dritten Person besser gedient wäre.⁶⁵⁰

Wird die fachgerichtliche Vormundschaftsentscheidung von nicht berücksichtigten Verwandten, insbesondere den Großeltern, beanstandet, geht das Bundesverfassungsgericht vom grundsätzlichen Prüfungsumfang aus. Dazu gibt es in der Regel die Heck'sche Formel wieder, geht mit der Intensitätsformel auf die Ausnahmefälle ein und begründet deren Nichtanwendung mit der im Vergleich zu Trennungsentscheidungen niedrigeren Eingriffsintensität.⁶⁵¹

Von besonderer Bedeutung ist der Beschluss des Ersten Senats vom 24.06.2014, der erstmals die Kammerrechtsprechung zum erweiterten Prüfungsumfang zur Kenntnis nimmt und – ohne dass dies entscheidungserheblich gewesen wäre – billigt.⁶⁵² Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Amtsgericht entzog der Tochter der beschwerdeführenden Großmutter das

⁶⁴⁷ BVerfG (2. Kammer), 30.04.2018 – 1 BvR 393/18, FamRZ 2018, 1092, die Verfassungsbeschwerde wurde allerdings nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Begründungsanforderungen (§§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG) nicht erfüllt waren (S. 1093, Rn. 8f.).

⁶⁴⁸ BVerfG (2. Kammer), 08.03.2012 – 1 BvR 206/12, FamRZ 2012, 938, 939; BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2108/14, FamRZ 2015, 208, 209 (Rn. 19); ähnlich, aber zur Bestellung der Verwandten als Ergänzungspfleger BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 910 (Rn. 29f.).

⁶⁴⁹ Zur dogmatischen Einordnung siehe oben B., S. 63 f.

⁶⁵⁰ BVerfGE 136, 382, 389 (Rn. 24) – Großeltern als Vormund; BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841, 1842 (Rn. 16); zustimmend zur damit einhergehenden Abkehr vom engen Familienbegriff *Uhle*, NVwZ 2015, 272; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 86 f.

⁶⁵¹ BVerfGE 136, 382, 390 (Rn. 27 ff.) – Großeltern als Vormund; BVerfG (1. Kammer), 30.08.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843, 1844 (Rn. 13); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841, 1842 (Rn. 17) geht nicht ausdrücklich auf den Prüfungsumfang ein, spricht jedoch in Anlehnung an die Heck'sche Formel davon, dass die fachgerichtliche Auswahlentscheidung die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 GG verkenne.

⁶⁵² BVerfGE 136, 382, 390 (Rn. 27 ff.) – Großeltern als Vormund.

Sorgerecht für beide Kinder und setzte die Beschwerdeführerin als Vormund für die ältere Tochter ein; für das jüngere Kind bestellte es das Jugendamt als Vormund. Die Beschwerde der Großmutter wurde mangels Beschwerdeberechtigung (§ 59 FamFG)⁶⁵³ als unzulässig verworfen. Die anschließend erhobene Verfassungsbeschwerde wies der Senat zurück: In einer äußerst knappen Prüfung kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass das Fachgericht die Tragweite von Art. 6 Abs. 1 GG nicht verkannt und insbesondere die Vorrangstellung naher Verwandter berücksichtigt habe.⁶⁵⁴ Auch ein die Verwandtenvormundschaft betreffender Nichtannahmebeschluss vom 30.08.2014 kommt mit knappen Erwägungen zu dem Ergebnis, dass die Großeltern aufgrund konkreter Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgeeignere Alternative und damit in einer das Familiengrundrecht wahrenen Weise ausgeschlossen wurden.⁶⁵⁵

Ein stattgebender Kammerbeschluss vom 27.08.2014⁶⁵⁶ weist hingegen einen weiten Prüfungsumfang auf: Das Amtsgericht hatte die Vormundschaft auf die ehemalige Verfahrensbeiständin des Kindes übertragen und dies mit der absoluten Ungeeignetheit (§ 1779 Abs. 2 S. 1 BGB) der Großmutter begründet. Die Kammer verzichtete auf eine ausdrückliche Beschreibung des Prüfungsumfanges, stellte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG durch die Vormundschaftsregelung fest und hob den amtsgerichtlichen Beschluss insoweit auf. Zwar habe das Amtsgericht die Großmutter berücksichtigt und den grundsätzlichen Vorrang naher Verwandter erkannt, die Auswahlentscheidung jedoch nicht im verfassungsrechtlich erforderlichen Maß an einzelfallbezogenen konkreten Erkenntnissen festgemacht.⁶⁵⁷ Die Bezugnahme auf Ausführungen des Sachverständigen, der Verfahrensbeiständin und der Vertreterin des Jugendamtes, die sich für die Bestellung einer dritten Person als Vormund aussprachen, sei zu pauschal. Auch habe das Fachgericht seine Entscheidung überwiegend auf generelle Annahmen zur Erziehungseignung von Großeltern gestützt.⁶⁵⁸ Anhand der angestellten einzelfallbezogenen Erwägungen könne die Annahme der eingeschränkten Erziehungseignung der Großmutter nicht nachvollzogen werden. Die vom Amtsgericht geäußerten Zweifel an ihrer Fähigkeit zu Grenzsetzung würden nicht an konkreten Anhaltspunkten festgemacht. Gleiches gelte für die Sorge des Amtsgerichts, das Kind könne sich aufgrund der starken familiären Bindungen der Großmutter zu ihrem Sohn,

⁶⁵³ Zur Verfassungskonformität dieser Auslegung ebd., S. 393 (Rn. 33 ff.).

⁶⁵⁴ Ebd., S. 391 (Rn. 30).

⁶⁵⁵ BVerfG (1. Kammer), 30.08.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843, 1844 (Rn. 14).

⁶⁵⁶ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841.

⁶⁵⁷ Ebd., S. 1842 (Rn. 17 f.).

⁶⁵⁸ Ebd., S. 1841 (Rn. 19 ff.).

dem Kindesvater, nicht ausreichend von diesem distanzieren.⁶⁵⁹ Schließlich habe das Amtsgericht konkrete Anhaltspunkte, die für eine Entscheidung zugunsten der Großmutter sprächen, nicht gewürdigt.⁶⁶⁰

Es zeigt sich eine intensive Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidung, die der Prüfung nach der neuen Intensitätsformel gleicht.⁶⁶¹ Die Ausführungen des Amtsgerichts werden einzelfallbezogen und unter Bezugnahme auf die vorhandenen Beweisergebnisse, insbesondere die Aussagen des Sachverständigen, auf ihre Nachvollziehbarkeit hin überprüft.

Unter den älteren Kammerentscheidungen der amtlichen Sammlung ist das Anschauungsmaterial dürftig. Allein ein Beschluss vom 18.12.2008 betraf die Großelternvormundschaft.⁶⁶² Der ursprünglich allein sorgeberechtigten Kindesmutter, die mit dem unter Betreuung stehenden Sohn der Beschwerdeführer verheiratet war, wurde durch eine einstweilige Anordnung das Sorgerecht entzogen. Dieses wurde auf das Jugendamt übertragen und das Kind fremduntergebracht. Der Antrag der Beschwerdeführer auf Übertragung der Vormundschaft blieb erfolglos; die hiergegen gerichtete Beschwerde⁶⁶³ wies das Oberlandesgericht unter Verweis auf die fehlende Kindeswohl dienlichkeit (vgl. § 1887 BGB) eines Vormundswechsels zurück. Die Kammer gab der Verfassungsbeschwerde der Großeltern wegen einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG statt. Hinsichtlich des Prüfungsumfanges lehnte sie unter Verweis auf die Heck'sche Formel die Kontrolle der tatsächlichen Feststellungen und Einzelfallabwägungen der Fachgerichte ab, ergänzte dies jedoch ohne nähere Spezifizierung um den Hinweis, dass diese Prüfung von der Eingriffsintensität abhängt.⁶⁶⁴ In der Sache beschränkt sich die Kammer auf die knappe Feststellung, dass das Oberlandesgericht einen falschen Prüfungsmaßstab angelegt habe. Von einem Wechsel des Vormunds könne erst nach (erstmaliger) Bestellung im Hauptsacheverfahren ausgegangen werden, sodass der grundsätzliche Vorrang der Großeltern bei der fachgerichtlichen Entscheidung hätte berücksichtigt werden müssen.⁶⁶⁵ Damit hält die Kammer den grundsätzlichen Prüfungsumfang ein.

Neben der materiell-inhaltlichen Kontrolle nehmen die Kammern auch bei Entscheidungen zur Vormundschaft eine Verfahrenskontrolle vor. Diese be-

⁶⁵⁹ BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841, 1843 (Rn. 24f.).

⁶⁶⁰ Ebd., S. 1843 (Rn. 27).

⁶⁶¹ Ähnlich *Keuter*, ZKJ 2015, 67, 68.

⁶⁶² BVerfGK 14, 539.

⁶⁶³ Nach der damaligen Rechtslage war der Kreis der Beschwerdeberechtigten noch weiter gezogen, vgl. § 57 FFG.

⁶⁶⁴ BVerfGK 14, 539, 543.

⁶⁶⁵ Ebd., S. 546.

zieht sich in den untersuchten Entscheidungen allein auf die Frage, ob trotz des Verzichts auf ein Sachverständigengutachten eine zuverlässige Erkenntnisgrundlage für die fachgerichtliche Entscheidung vorlag.⁶⁶⁶ Keine Frage prozeduraler Schutzwirkungen materieller Grundrechtsbestimmungen ist betroffen, wenn sich das Bundesverfassungsgericht mit der Wahrung von Verfahrensgrundrechten bei der Auslegung der Beschwerdeberechtigung im familiengerichtlichen Verfahren beschäftigt. Hier sieht es in der fachgerichtlichen Auslegung des § 59 FamFG, dass Großeltern in Verfahren, welche die Bestellung eines Vormunds für ihr Enkelkind betreffen, keine Beschwerdeberechtigung zustehe,⁶⁶⁷ keinen Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes oder das Recht auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG).⁶⁶⁸

dd) Zwischenergebnis

Die Entscheidungen zur Alleinsorge, zum Umgangsrecht und zur Vormundschaft schildern ganz überwiegend einen im Vergleich zu Trennungsfällen beschränkten verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang (1), der sich im tatsächlichen Entscheidungsverhalten nicht durchgehend widerspiegelt (2). Neben der materiell-inhaltlichen Prüfung unterliegen die fachgerichtlichen Entscheidungen einer Verfahrenskontrolle (3).

(1) Schilderung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges

Bei den älteren Kammerentscheidungen ist eine Phase erkennbar, in der die Verwendung der Heck'schen Formel um den Verweis auf die Relevanz der Eingriffsintensität für den Umfang der Prüfung ergänzt wurde. Mangels Spezifizierung der genauen Auswirkungen ist nicht überprüfbar, inwiefern sich dies auf die tatsächliche Kontrolltätigkeit auswirkt. Jüngere, d. h. ab 2014 ergangene Entscheidungen verzichten konsequenterweise auf diese unspezifische Intensitätsformel. Sie beschreiben den Prüfungsumfang mit der

⁶⁶⁶ Mit Zweifeln: BVerfGK 14, 539, 546 f.; den fachgerichtlichen Verzicht billigend: BVerfG (1. Kammer), 30.08.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843, 1844 (Rn. 15).

⁶⁶⁷ OLG Köln, 19.09.2013 – 10 UF 16/13, juris, Rn. 10 ff.; im Anschluss an BGH, 26.06.2013 – XII ZB 31/13, FamRZ 2013, 1380, 1381 (Rn. 9 ff.).

⁶⁶⁸ BVerfGE 136, 382, 393 (Rn. 33 ff.) – Großeltern als Vormund; BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841, 1843 (Rn. 28); BVerfG (1. Kammer), 30.08.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843, 1845 (Rn. 17), wo die Kammer allerdings einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG durch die Anhörungsrügeentscheidung des Amtsgerichts feststellte, aber das Vorliegen der Annahmeveraussetzungen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG) verneinte (Rn. 19 f.).

Heck'schen Formel und lehnen eine intensivere Kontrolle ausdrücklich ab. Im Gegensatz zu den älteren Kammerentscheidungen fügen sich die jüngeren Judikate damit in das 2-Stufen-Modell des Prüfungsumfanges ein, wonach die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf der unteren Stufe nur solche fachgerichtlichen Fehler erfasst, die eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung der Grundrechte erkennen lassen. Insbesondere die älteren Kammerentscheidungen gehen ausdrücklich davon aus, dass die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung und Einzelfallabwägung vom bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang nicht erfasst ist. Der so beschriebene grundsätzliche Prüfungsumfang findet dann Anwendung, wenn die fachgerichtliche Entscheidung nicht an Art. 6 Abs. 3 GG, sondern an Art. 6 Abs. 1 oder 2 GG zu messen ist.

(2) Tatsächliches Entscheidungsverhalten

Das tatsächliche Entscheidungsverhalten lässt eine strikte Einhaltung dieses grundsätzlichen Prüfungsumfanges weder bei den jüngeren, noch bei den älteren Kammerentscheidungen erkennen. Die Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen unterscheidet sich hinsichtlich der überprüften fachgerichtlichen Tätigkeitsbereiche nicht durchgehend von Judikaten, die einen erweiterten Prüfungsumfang annehmen.

Allerdings ist im Vergleich zu Trennungsentscheidungen eine klare Tendenz zu einer weniger intensiven Kontrolle erkennbar. Eine Ergänzung der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung durch eigene Beweiserhebung findet bei Anwendung des grundsätzlichen Prüfungsumfanges nicht statt. Dies überrascht nicht, da die Kammern auch bei erweitertem Prüfungsumfang nicht selbstständig Beweis erheben.

Im Übrigen beschränken sich viele Entscheidungen zur Alleinsorge, zum Umgang und zur Vormundschaft auf eine zurückgenommene Kontrolle nach der Heck'schen Formel. Dies wird besonders deutlich, wenn die Kammern mit der Nichtberücksichtigung der Grundrechte der Beteiligten einen Abwägungsausfall feststellen.⁶⁶⁹ Darüber hinaus zeigt sich auch bei der Kontrolle auf Abwägungsfehleinschätzungen ein zurückgenommener Prüfungsumfang.⁶⁷⁰ Zwar werden – anders als bei den Kommunikationsgrundrechten⁶⁷¹ – keine Abwägungsleitlinien herausgearbeitet. Es finden sich zum Beispiel kaum abstrakte Vorrangregelungen dazu, wann eine Sorgerechts- oder Umgangsentscheidung grundsätzlich zugunsten eines Elternteils ausgehen muss.

⁶⁶⁹ Siehe für Beispiele oben C.II.2.b)bb), S. 158.

⁶⁷⁰ Zur Begrifflichkeit siehe oben A.I.2.a), S. 59.

⁶⁷¹ Siehe oben A.I.2.b), S. 60.

Eine zurückgenommene Abwägungskontrolle ist jedoch daran erkennbar, dass sich die bundesverfassungsgerichtliche Prüfung auf die Berücksichtigung maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkte beschränkt. Dies ist der Fall, wenn bei Alleinsorge-Entscheidungen die fehlende Prüfung einer tragfähigen Beziehung zwischen den Eltern bemängelt wird.⁶⁷² Gleiches gilt für Entscheidungen deren Aufhebung die Kammern darauf stützen, dass Eingriffe in das Elternrecht durch Umgangsbeschränkungen nicht (ausreichend) mit einer Kindeswohlgefährdung begründet wurden.⁶⁷³ Eine in ähnlicher Weise zurückgenommene Abwägungskontrolle zeigt sich, wenn die Kammern allein die Anlegung des verfassungsrechtlich erforderlichen Kindeswohlmaßstabes prüfen. Ein falscher Maßstab wird zum Beispiel angewendet, wenn die Vormundschaft am Kindeswohl optimum⁶⁷⁴ orientiert wird, ohne die Vorrangstellung der Großeltern zu berücksichtigen.⁶⁷⁵

Bei einer zurückgenommenen Kontrolle bleibt den Fachgerichten – wie vom Bundesverfassungsgericht bei der Beschreibung des Prüfungsumfanges regelmäßig betont – ein kontrollfreier Raum der Abwägung der Einzelfallumstände. Da als Konsequenz auch die Tatsachenwürdigung der Fachgerichte ungeprüft bleibt, ist der Prüfungsumfang im Vergleich zu Trennungsentscheidungen geringer.

Dieser zurückgenommene Prüfungsumfang wird allerdings nicht durchgängig angewendet. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Kammerentscheidungen aus den untersuchten Rechtsgebieten geht auf die die fachgerichtliche Abwägung im Einzelfall und die fachgerichtliche Beweiswürdigung ein⁶⁷⁶ und unterzieht diese einer eingehenden Prüfung. Auch bei im Vergleich zu Trennungsentscheidungen geringerer Eingriffsintensität sind diese fachgerichtlichen Aufgabenbereiche der verfassungsgerichtlichen Kontrolle also nicht gänzlich entzogen. Die tatsächliche Rechtsanwendungs- und Tatsachenkontrolle gleicht dann der intensiven Kontrolle bei Trennungsfällen.

⁶⁷² BVerfGK 2, 185, 189; 3, 1, 3.

⁶⁷³ BVerfGK 10, 519, 523 f.; 17, 407, 412.

⁶⁷⁴ Zum Begriff *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 279 ff., mit einer Zusammenstellung der einfachrechtlichen Kindeswohlmaßstäbe.

⁶⁷⁵ Siehe oben BVerfGK 14, 539, 546, der dort angelegte Kindeswohlmaßstab wurde allerdings mit dem Beschluss des BVerfG vom 24.06.2014 (BVerfGE 136, 382 – Großeltern als Vormund) dahingehend relativiert, dass auch grundsätzlich geeignete Großeltern unberücksichtigt bleiben können, wenn *konkrete Anhaltspunkte* für eine bessere Eignung Dritter bestehen; dazu *Scherpe*, FamRZ 2014, 1821, 1823 f.

⁶⁷⁶ BVerfGK 12, 472; 14, 28; 15, 509; 16, 355; BVerfG (2. Kammer), 13.12.2012 – 1 BvR 1766/12, FamRZ 2013, 433; BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841; BVerfG (2. Kammer), 07.12.2017 – 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266.

(3) Flankierende Verfahrenskontrolle

Auch in kindschaftsrechtlichen Fallkonstellationen, die nicht die Trennung von Eltern und Kind betreffen, wird die materiell-inhaltliche Prüfung der fachgerichtlichen Entscheidung durch eine Verfahrenskontrolle ergänzt. Diese betrifft in der Regel die Anhörung der Verfahrensbeteiligten, die Rolle von Verfahrensbeiständen oder die Einholung von Sachverständigengutachten.⁶⁷⁷

c) Zwischenergebnis: Vergleich der Prüfungsstufen

Die Untersuchung des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass das zweistufige Modell des Prüfungsumfanges nicht strikt eingehalten wird. Es setzt der Kontrolltätigkeit des Gerichts nicht in der Weise Grenzen, dass bei Einordnung auf der unteren Stufe bestimmte Aufgabenbereiche der Fachgerichte der Kontrolle gänzlich entzogen wären. Anders gewendet: Eine zuverlässige Prognose, welcher Prüfungsumfang auf einen Fall geringer Eingriffsintensität angewendet wird, ist nicht möglich.

Dennoch sind klare quantitative Tendenzen zur Abstufung des Prüfungsumfanges erkennbar: Die Kontrolle der fachgerichtlichen Einzelfallabwägung und Tatsachenarbeit ist auf der 2. Prüfungsstufe der Regelfall, bei festgestellter geringer Eingriffsintensität hingegen die Ausnahme. Daneben zeigt sich bei der Tatsachenkontrolle auch ein wesentlicher qualitativer Unterschied. Während die Kammern bei Trennungsentscheidungen – mit dem Ziel, fachgerichtliche Begründungsdefizite auszugleichen – eine eigenständige Beweiswürdigung vornehmen,⁶⁷⁸ beschränken sie sich bei sonstigen kindschaftsrechtlichen Fällen hinsichtlich der fachgerichtlichen Tatsachenwürdigung auf eine Nachvollziehbarkeitsprüfung.

Eine Verfahrenskontrolle findet auf beiden Prüfungsstufen statt. Diese bezieht sich neben den Gewährleistungen der Verfahrensgrundrechte insbesondere auf die Einhaltung der prozeduralen Schutzwirkung materieller Grundrechtsbestimmungen.

⁶⁷⁷ Siehe oben S. 154 zu Alleinsorge-Entscheidungen, S. 160 zu Umgangs-Entscheidungen und S. 163 zu Vormundschaftsentscheidungen.

⁶⁷⁸ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 145.

III. Ergebnis: Entwicklungslinien der Intensitätsrechtsprechung

Das in der Anfangsphase der Intensitätsrechtsprechung herausgearbeitete, im tatsächlichen Entscheidungsverhalten nur schwer nachweisbare Drei-Stufen-Modell des Prüfungsumfanges⁶⁷⁹ wurde in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Kindschaftssachen nicht übernommen. Im stattdessen implementierten Zwei-Stufen-Modell sind sowohl hinsichtlich der Begründung als auch bezüglich der Auswirkungen der Intensitätsformel Entwicklungsphasen erkennbar.

Bei der Begründung der Intensitätsformel verläuft diese Entwicklung von den Grundrechten der Eltern zu den Kindesgrundrechten hin. Während ältere Entscheidungen mit dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Eltern (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) für einen erweiterten Prüfungsumfang argumentieren,⁶⁸⁰ beziehen sich jüngere Entscheidungen ausdrücklich auch auf die Kindesgrundrechte.⁶⁸¹ Dieser Prozess folgt der stärkeren Herausarbeitung der Kindesgrundrechte im materiellen Verfassungsrecht.⁶⁸²

Außerdem wird der erweiterte Prüfungsumfang schärfer konturiert. Während zunächst über die Heck'sche Formel hinausgehend nur „einzelne Auslegungsfehler“ vom Prüfungsumfang umfasst sein sollten, lösen nun auch deutliche Fehler bei Feststellung und Würdigung des Sachverhalts ein Einschreiten des Gerichts aus.⁶⁸³ Sieht man von Differenzierungen bei der Schwere der Tatsachenfehler ab, scheint damit für Teilbereiche fachgerichtlicher Rechtsprechung ein Kontrollmaximum erreicht.

Die Untersuchung des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass das zweistufige Modell des Prüfungsumfanges nicht strikt eingehalten wird. Für die erste Intensitätsphase konnte eine einheitliche Handhabung des erweiterten Prüfungsumfanges nicht festgestellt werden.⁶⁸⁴ Dies kann einerseits an der auf Senatsentscheidungen beschränkten Untersuchungstiefe liegen, findet seine Begründung aber andererseits in der Unbestimmtheit der Kontrollkategorie „einzelne Auslegungsfehler“.⁶⁸⁵ Für die zweite Intensitätsphase zeigt das tatsächliche Entscheidungsverhalten

⁶⁷⁹ Siehe oben C.I., S. 88 ff.

⁶⁸⁰ Siehe oben C.II.1.c)aa), S. 110.

⁶⁸¹ Siehe oben C.II.2.a)cc)(1), S. 140.

⁶⁸² Siehe oben B.II.2., S. 78 ff.

⁶⁸³ Siehe oben C.II.2.a)cc)(2), S. 142.

⁶⁸⁴ Siehe oben C.II.1.c)bb), S. 112.

⁶⁸⁵ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(a), S. 143 f.

hingegen klare Abstufungen der Prüfung fachgerichtlicher Entscheidungen anhand des Zwei-Stufen-Modells.⁶⁸⁶

D. Die tatsächliche Kontrolltätigkeit im Abgleich mit den in der Literatur vertretenen dogmatischen Modellen

Vergleicht man das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Bundesverfassungsgerichts in kindschaftsrechtlichen Fällen mit den in der Literatur geäußerten Vorschlägen zur Prüfungskompetenz⁶⁸⁷, lässt sich Folgendes festhalten.

I. Keine Orientierung an objektiver Funktion der Verfassungsbeschwerde

Die in der Literatur vielfach geforderte stärkere Orientierung der Prüfungskompetenz an der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde⁶⁸⁸ lässt sich im tatsächlichen Entscheidungsverhalten des Gerichts nicht erkennen. Mit der Fokussierung auf die Eingriffsintensität für Beschwerdeführer und unmittelbar Drittbetroffene rückt vielmehr der individualschützende Aspekt der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund. Dies überrascht nicht, da es sich bei der stärkeren Konturierung der Intensitätsformel um eine durch die Kammerrechtsprechung angestoßene Entwicklung handelt. Die bei kindschaftsrechtlichen Fällen beobachtete Abstufung des Prüfungsumfanges ist für eine Erfüllung der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde kaum geeignet: Mit zunehmendem Prüfungsumfang nimmt die Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidung und damit die Eignung zur Fortbildung des Verfassungsrechts ab.

Darüber hinaus sind die Kammern schon durch die interne Zuständigkeitsverteilung zwischen den Spruchkörpern grundsätzlich an der verallgemeinerungsfähigen Fortbildung des Verfassungsrechts gehindert. Nach § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG können sie einer Verfassungsbeschwerde mangels Entscheidungskompetenz nicht stattgeben, wenn ihr *auch* grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt.⁶⁸⁹ Ferner muss die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits entschieden sein.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Siehe oben C.II.2.c), S. 167.

⁶⁸⁷ Siehe oben Teil 1, C.II., S. 36 ff.

⁶⁸⁸ Siehe oben Teil 1, C.III.2.b)aa), S. 47 f.

⁶⁸⁹ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 93c, Rn. 9; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93c, Rn. 5; *Scheffczyk*, in: *Walter/Grünewald*, BeckOK BVerfGG, § 93c, Rn. 5.

⁶⁹⁰ Zur Aufgabenteilung zwischen den Spruchkörpern ausführlich unten Teil 3, B.IV., S. 221 ff.

II. Keine Beschränkung auf Rechtssatzkontrolle

Die Kammern und Senate beschränken sich nicht auf eine Rechtssatzkontrolle.⁶⁹¹ Die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts macht nicht bei der als Rechtssatz verallgemeinerten Gesetzesauslegung der Fachgerichte halt, sondern erstreckt sich auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung: In allen kindschaftsrechtlichen Fallkonstellationen beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht auch mit der fachgerichtlichen Subsumtion und dabei erforderlichen Abwägungsvorgängen. Dass andernfalls eine Lücke im Verfassungsrechtsschutz entstehen würde,⁶⁹² lässt sich insbesondere an Trennungsfällen verdeutlichen: Der grundgesetzliche Prüfungsmaßstab des Art. 6 Abs. 3 GG stellt weitreichende Anforderungen an die Anwendung einfachen Rechts, denen mit einer alleinigen Rechtssatzkontrolle nicht Genüge getan werden kann.

III. Variierende Rechtsanwendungskontrolle als Resultat divergierender Prüfungsmaßstäbe

Die Rechtsanwendungskontrolle bezieht sich auf die Einhaltung des Prüfungsmaßstabes: Wo mit Art. 6 Abs. 3 GG ein strenger Maßstab gilt, ist die Überprüfung der Subsumtion und Abwägung im Einzelfall die Regel, andernfalls – bei dem weniger dichten Prüfungsmaßstab des Art. 6 Abs. 2 GG – beschränkt sich die Kontrolle häufig auf die Berücksichtigung der maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte.

Neben dieser materiell-rechtlich über den Prüfungsmaßstab vermittelten Auswirkung auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts ist ein zusätzlicher Einfluss der Eingriffsintensität auf den Prüfungsumfang nicht feststellbar.⁶⁹³ Die in der Rechtsprechung zur Konturierung der Rechtsanwendungskontrolle vorgenommene Differenzierung zwischen „einzelnen Auslegungsfehlern“ und einer „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte“ ist zumindest aus dogmatischer Perspektive auch nicht überzeugend begründbar: Es ist nicht ersichtlich, warum die Einhaltung eines strengeren Prüfungsmaßstabes zusätzlich anhand einer auf „einzelne Auslegungsfehler“ erweiterten Prüfungskompetenz kontrolliert werden sollte.⁶⁹⁴ Diese Diskrepanz tritt für kindschaftsrechtliche Fälle besonders

⁶⁹¹ Siehe dazu oben Teil 1, C.III.2.a), S. 45 ff.

⁶⁹² Siehe dazu und zu weiteren gegen eine alleinige Rechtssatzkontrolle sprechenden Argumenten oben Teil 1, C.III.2.a), S. 46.

⁶⁹³ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(a), S. 143.

⁶⁹⁴ *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 572 f.; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 91.

deutlich hervor, da die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe mit Art. 6 Abs. 2 und 3 GG im Verfassungstext niedergelegt sind: Warum beim dichten Prüfungsmaßstab des Art. 6 Abs. 3 GG einzelne Abweichungen („einzelne Auslegungsfehler“), bei der Berücksichtigung des weniger strengen Prüfungsmaßstabs des Art. 6 Abs. 2 GG jedoch nur grundsätzliche Fehler ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigen sollten, bleibt unklar.

Der Hinweis auf die Kontrolle „einzelner Auslegungsfehler“ muss daher wie folgt verstanden werden: Bei der Anwendung eines strengeren Prüfungsmaßstabs können *einzelne fachgerichtliche Fehler* – zum Beispiel bei der Subsumtion der Kindeswohlgefahr oder der Einhaltung der strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen⁶⁹⁵ – verfassungsrechtlich relevant sein. Dies ist eine Frage der materiell-rechtlichen Reichweite der Verfassung, nicht der auf grundsätzliche Fehler beschränkten oder auf einzelne Fehler erweiterten Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gegenüber Fachgerichten.

IV. Doppeleinfluss der Eingriffsintensität: Tatsachenkontrolle

Anders liegt der Fall bei der Tatsachenkontrolle. Der Prüfungsmaßstab macht zur Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenfeststellung und -würdigung keine Vorgaben. Hier zeigt sich ein deutlicher Einfluss des Intensitätskriteriums auch auf den Prüfungsumfang: Bei hoher Eingriffsintensität in kindschaftsrechtlichen Fällen wird das Bundesverfassungsgericht zum Tatsachengericht,⁶⁹⁶ man könnte es aufgrund der weitgehenden Tatsachenkontrolle als Superberufungsinstanz⁶⁹⁷ bezeichnen. Dies liegt auf einer Linie mit den dogmatischen Vorschlägen, die auch die Tatsachenkontrolle entlang der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde abstufen wollen.⁶⁹⁸

Die Eingriffsintensität hat damit einen doppelten Einfluss auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Einerseits bestimmt sie als materiell-rechtliches Kriterium die Dichte des Prüfungsmaßstabs. Den damit verbundenen Einfluss auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts kann man als mittelbar, „akzessorisch“⁶⁹⁹ oder „Reflex der materiell-verfassungsrechtlichen Lage“⁷⁰⁰ bezeichnen. Andererseits wirkt sich die Eingriffs-

⁶⁹⁵ Siehe oben B.IV., S. 85 ff.

⁶⁹⁶ Siehe oben C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 144 ff.

⁶⁹⁷ Mit ähnlicher Begriffsverwendung *Waldner*, ZJP 98 (1985), 200, 204; *ders.*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, Rn. 493.

⁶⁹⁸ Siehe oben Teil 1, C.III.2.c), S. 51.

⁶⁹⁹ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 251 spricht von einem „Junktim von verfassungsrechtlicher Regelungsdichte und Eingriffsintensität“, welches Wirkungen für die „Kontrolldichte“ entfalte.

⁷⁰⁰ *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 113.

intensität unmittelbar bzw. „direkt“⁷⁰¹ auf die Kontrolltätigkeit aus, weil die Einhaltung des strengeren Prüfungsmaßstabs anhand eines auf die fachgerichtliche Tatsachenarbeit erweiterten Prüfungsumfanges kontrolliert wird. Ob dies bei funktionell-rechtlicher Betrachtungsweise überzeugend begründet werden kann, untersucht der folgende Teil.

⁷⁰¹ *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 113; ähnlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 251: „Junktim von verfassungsgerichtlicher Kontroll-dichte und Eingriffsintensität“.

Teil 3

Die Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts – funktionell-rechtliche Grenzen

Nachdem sich die Untersuchung in Teil 2 auf die tatsächliche Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts konzentriert hat, widmet sich der folgende Teil ihren normativen Grenzen. In Abgrenzung zum deskriptiven – sich auf das tatsächliche Entscheidungsverhalten beziehenden – Begriff des „Prüfungsumfanges“ soll daher im Folgenden von „Prüfungskompetenz“ oder „Kontrollkompetenz“ – verstanden als Handlungsmacht zur Überprüfung und Verwerfung der fachgerichtlichen Entscheidung¹ – die Rede sein.

Eine generelle Beschränkung der Prüfungskompetenz auf eine bloße Rechtssatzkontrolle ist auch für kindschaftsrechtliche Entscheidungen nicht überzeugend.² Gleiches gilt für die ausnahmslose Begrenzung auf verallgemeinerungsfähige Fragen der Rechtsanwendung, da dies die normativ stärker verankerte subjektive Funktion³ der Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend berücksichtigt.⁴ Die Kontrollkompetenz erstreckt sich auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung und kann bei hoher Eingriffsintensität auch die Einzelfallabwägung erfassen.

Dies kann – je nachdem welche Schlussfolgerungen man aus der Elfes-Entscheidung zieht⁵ – materiell-rechtlich oder funktionell-rechtlich begründet werden. Hält man trotz der dogmatischen Erkenntnisse aus der Elfes-Entscheidung bei kompetenzieller Betrachtungsweise einfachrechtliche und verfassungsrechtliche Bindungen der Fachgerichte für trennbar,⁶ kann man mit der normativen Reichweite der Verfassung in Bezug auf die Abwägung

¹ Ähnlich *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 19 (dort Fn. 19); *Hesse*, Grundzüge, 1995, Rn. 491.

² Zu den Argumenten gegen eine reine Rechtssatzkontrolle bereits Teil 1, C.III. 2.a), S. 46 f.

³ Dazu ausführlich unten B.V., S. 230 ff.

⁴ So auch *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 149 f.

⁵ Siehe dazu oben Teil 1, C.II., S. 36 ff.

⁶ *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 562 f.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht (1. Aufl.), 2004, Rn. 161 (vgl. auch 5. Aufl., Rn. 251); *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 173; kritisch *Zuck*, JZ 2007, 1036, 1040.

argumentieren.⁷ Soweit die Grundrechte nur leitenden Grundsätze oder maßgebliche Gesichtspunkte für die Abwägung vorgeben und diese folglich nicht vollständig determinieren, entstehen strukturelle Spielräume für die Fachgerichte. Sind die grundrechtlichen Anforderungen aufgrund hoher Eingriffsintensität strenger, kann die Verfassung Vorgaben für die Einzelfallabwägung machen. Lehnt man diese Betrachtungsweise ab, wird man die beschränkte Abwägungskontrolle (eher) als Konsequenz eines funktionell-rechtlich begründeten Abwägungsprimats verstehen und – soweit nicht eine stark zurückgenommene Rechtsanwendungskontrolle befürwortet wird⁸ – davon bei hoher Eingriffsintensität Ausnahmen zulassen.⁹ Es zeigt sich, dass funktionell-rechtliche Ansätze in Bezug auf die Rechtsanwendungskontrolle entweder im Interesse dogmatischer Konkretisierung eine Rechtsschutzverkürzung hinnehmen¹⁰ oder zur Kompetenzabgrenzung auf das materiell-rechtliche Kriterium der Eingriffsintensität zurückgreifen müssen.¹¹ Das Potenzial der Argumentation mit der Organisation und der Verfahrensweise der Fachgerichte einerseits und des Bundesverfassungsgerichts andererseits ist in Bezug auf die Rechtsanwendungskontrolle begrenzt.

Der folgende Teil untersucht deswegen, ob dies auch für die Tatsachenkontrolle gilt. Es geht also um die Frage, ob unter Rückgriff auf funktionell-rechtliche Argumente Kompetenzgrenzen aufgestellt werden können und welche Rolle die Eingriffsintensität dabei spielen sollte. Die Konzentration auf die Tatsachenkontrolle bietet sich auch deshalb an, weil sich die jüngste Weiterentwicklung der Intensitätsformel auf die fachgerichtliche Tatsachenarbeit bezieht und eine entsprechende Abstufung im tatsächlichen Entscheidungsverhalten zumindest der Tendenz nach erkennbar ist.¹²

A. Normative Ausgangslage und Notwendigkeit des funktionell-rechtlichen Ansatzes

Die Tatsachenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ist dogmatisch weitgehend ungeklärt.¹³ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass Tatsachen vor

⁷ Siehe dazu oben Teil 2, A.I.1., S. 57.

⁸ Siehe die Literaturmeinungen oben Teil 1, C.III.2.b) aa), S. 47 ff.

⁹ Siehe die Literaturmeinungen oben Teil 1, C.III.2.b) bb), S. 49 ff.

¹⁰ *Waldner*, ZZZ 98 (1985), 200, 215.

¹¹ *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken, 1992, S. 33 ff., vgl. insb. S. 35: „Paradox, daß eine rein funktionelle Abgrenzung ausschließlich mit materiell-rechtlichen Argumenten vorgenommen werden muß“.

¹² Siehe oben Teil 2, C.II.2.c), S. 167.

¹³ *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 546 f.; *Haberzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 3 u. 7.

dem Bundesverfassungsgericht auf vielfältige Art und Weise relevant werden können (I.) und die normative Regelungsdichte gering ist (II.). Da sich die Tatsachenkontrollkompetenz für das Verfassungsbeschwerdeverfahren materiell-rechtlich nicht präzise eingrenzen lässt, besteht Bedarf, auf funktionell-rechtliche Argumente zurückzugreifen (III.).

I. Überblick: Relevanz von Tatsachen in den bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren

Die Vielfalt bundesverfassungsgerichtlicher Tatsachenarbeit lässt sich anhand von zwei Merkmalen kategorisieren. Einerseits kann man danach unterscheiden, welche Art von Tatsachen das Gericht beschäftigen (1.), andererseits danach differenzieren, ob tatsachenfeststellende Instanzen dem Gericht vorgeschaltet sind (2.).

1. Einzeltatsachen und generelle Tatsachen

Der reale Lebenssachverhalt, welcher der Anwendung des materiellen (Verfassungs-)Rechts zugrunde liegt,¹⁴ kann sich aus unterschiedlichen Arten von Tatsachen zusammensetzen. Dabei wird üblicherweise zwischen Einzeltatsachen und generellen Tatsachen unterschieden.¹⁵ Erstere betreffen bestimmte Personen, Sachen oder Geschehensabläufe und sind oftmals sinnlich wahrnehmbar,¹⁶ können sich aber auch auf innere und zukünftige Vorgänge beziehen.¹⁷ Beispielhaft seien Feststellungen zur Erziehungseignung der Eltern, zum Eltern-Kind-Verhältnis, zu Gefährdungssituationen im elterlichen Haushalt und zum Bestehen einer tragfähigen Beziehung zwischen den Eltern genannt.¹⁸ Bei letzteren handelt es sich um gesellschaftliche und wirt-

¹⁴ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 4; *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 466; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3514; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 38 f.

¹⁵ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 6 f.; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3514 f.; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 533 f.; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 30 u. 74; *Gärditz*, FS Puppe, S. 1557, 1557 f.; *Bull*, FS Koch, S. 29, 30; *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative, 2014, S. 482 f.; *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761; *Habertzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 2; *Meskouris*, in: Barczak, BVerfGG, § 26, Rn. 4; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 51 f.; ähnlich *Petersen*, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 78, der „singuläre“ und „generische“ Tatsachen unterscheidet.

¹⁶ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 6 f.

¹⁷ *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 51 mit Beispielen.

¹⁸ Siehe für zahlreiche Beispiele die Entscheidungsschilderungen Teil 2 C.II., S. 102 ff.

schaftliche Umstände und Wirkungszusammenhänge.¹⁹ Um einen solchen gesellschaftlichen Aspekt geht es zum Beispiel, wenn das Bundesverfassungsgericht erörtert, ob der Gesetzgeber bei der Regelung des Sorgerechts davon ausgehen durfte, dass zwischen Eltern nichtehelicher Kinder in der Regel eine Konfliktsituation bestehe, die eine sorgerechtliche Zuordnung zu einem Elternteil erforderlich mache.²⁰

Mit welchen Tatsachen das Bundesverfassungsgericht konfrontiert wird, ist stark von der Verfahrensart abhängig. Während in Normenkontrollverfahren typischerweise generelle Tatsachen überwiegen,²¹ spielen bei Urteilsverfassungsbeschwerden Einzeltatsachen die wichtigere Rolle. Vor diesem Hintergrund lässt sich der vielzitierte empirische Befund Philipppis, dass in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Untersuchung von generellen Tatsachen²² dominiere, nur eingeschränkt auf heutige Verhältnisse übertragen. Für die Rechtsprechung der Senate trifft zu, dass in einer Vielzahl von Verfahren – insbesondere den Normenkontrollverfahren – überwiegend generelle Tatsachen relevant sind und gegebenenfalls über diese Beweis erhoben wird.²³ Bei rein quantitativer Betrachtung müsste jedoch berücksichtigt werden, dass es sich bei einem Großteil der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht um Verfassungsbeschwerden handelt,²⁴ die zu einem hohen Prozentsatz von den Kammern bearbeitet werden.²⁵ Gegenstand der Prüfung ist – soweit es sich nicht um inzidente Normenkontrollen handelt – die fachgerichtliche Rechtsanwendung in einem konkreten Fall; dabei werden die Kammern mit Feststellungen zu Einzeltatsachen konfrontiert. Generelle Tatsachen spielen zum Beispiel bei den analysierten Stattgaben in

¹⁹ Philippi, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 7; Ossenbühl, FG BVerfG I, S. 459, 466 u. 491; Kluth, NJW 1999, 3513, 3515; Bryde, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 534; Brink, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 12; Voßkuhle, NJW 2013, 1329, 1333.

²⁰ BVerfGE 84, 168, 181 – Ehelicherklärung; mit weiteren Beispielen aus der frühen Rechtsprechung des BVerfG Thierfelder, JurA 1970, 879, 882 f.

²¹ Vgl. BVerfGE 77, 360, 362.

²² Philippi, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 10.

²³ Bartmann, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 53 u. 64 ff.

²⁴ Vgl. nur Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 17, wonach 5194 von 5529 Verfahrenszugängen und 5466 von 5787 Verfahrenserledigungen Verfassungsbeschwerden waren. Unter den im Zeitraum vom 07.09.1951 bis zum 31.12.2020 erledigten Verfahren handelte es sich bei 237.223 von 245.809 (= 96,51 %) Verfahren um Verfassungsbeschwerden (S. 1).

²⁵ Vgl. nur Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 19, wonach 5338 Verfassungsbeschwerden durch die Kammern (5248 Nichtannahmen, 90 Stattgaben) und 23 Verfassungsbeschwerden durch die Senate (2 Zurückweisungen, 21 Stattgaben) erledigt wurden.

Trennungsfällen²⁶ keine Rolle. Eine Untersuchung zur Tatsachenkontrollkompetenz gegenüber den Fachgerichten kann sich daher auf Aussagen zu Einzel Tatsachen beschränken.

2. Beteiligung oder Nichtbeteiligung einer tatsachenfeststellenden Vorinstanz

Die Notwendigkeit und Zulässigkeit von Tatsachenfeststellung und -würdigung durch das Bundesverfassungsgericht hängt stark von der einschlägigen Verfahrensart ab. Um die wesentlichen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten herauszuarbeiten, ist eine abschließende Darstellung der bundesverfassungsgerichtlichen Tatsachenarbeit nicht notwendig. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die grundlegenden Aspekte.²⁷

Von der Verfassungsbeschwerde unterscheiden sich solche Verfahren maßgeblich, in denen das Gericht ohne tatsachenfeststellende Vorinstanz tätig wird. Zu diesen teilweise als „erstinstanzlich“²⁸ eingeordneten Verfahren gehören die quasi-strafrechtlichen Verfahren²⁹ und die kontradiktorischen Streitverfahren.³⁰ Kompetenzabgrenzungsprobleme stellen sich hier nicht, da keine „konkurrierende“ Tatsacheninstanz vorhanden ist; das Bundesverfassungsgericht muss den entscheidungserheblichen Sachverhalt voll- und eigenständig ermitteln.³¹

Anders ist die Situation, wenn ein förmliches Verfahren anderer Instanzen vorgeschaltet ist. Bei der Wahlprüfungs- (Art. 41 Abs. 2 GG, § 13 Nr. 3 BVerfGG) und der Nichtanerkennungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4c GG,

²⁶ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a), S. 116 ff.

²⁷ Für umfassende Darstellungen siehe *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 474 ff.; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 64 ff.

²⁸ *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 11; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 26, Rn. 13.

²⁹ Präsidentenanklage (Art. 61 GG, § 13 Nr. 4 BVerfGG), Richteranklage (Art. 98 Abs. 2 u. 5 GG, § 13 Nr. 9 BVerfGG), Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG, § 13 Nr. 1 BVerfGG), Parteiverbot und Ausschluss von staatlicher Finanzierung (Art. 21 Abs. 2–4 GG, § 13 Nrn. 2 u. 2a BVerfGG).

³⁰ Organstreitverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG), grundgesetzbezogene und sonstige Bund-Länder-Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 u. Nr. 4, Var. 1 GG, § 13 Nr. 7 u. Nr. 8, Var. 1 BVerfGG), Zwischen-Länder-Streitigkeiten und landesinterne Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4, Var. 2 u. 3 GG, § 13 Nr. 8, Var. 2 u. 3 BVerfGG).

³¹ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 474 ff., weist darauf hin, dass das Verfahren nach Art. 84 Abs. 4 GG eine Ausnahme bildet, da der Bundesrat als tatsachenfeststellende Instanz tätig wird (S. 476); *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 65 u. 67.

§ 13 Nr. 3a BVerfGG) treffen der Bundestag bzw. der Bundeswahlausschuss bei ihrer Entscheidung auch Tatsachenfeststellungen. Auf diese kann das Bundesverfassungsgericht zurückgreifen, es hat jedoch die Kompetenz zur eigenständigen Tatsachenermittlung.³²

Bei den Normenkontrollverfahren³³ bestehen hinsichtlich tatsachenfeststellender Instanzen auf den ersten Blick Unterschiede. Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG) ist das Bundesverfassungsgericht (nur) mit tatsächlichen Feststellungen des Gesetzgebers konfrontiert,³⁴ die schwerpunktmäßig generelle Tatsachen betreffen³⁵ und oftmals Prognosecharakter haben.³⁶ Eine unabhängige Tatsacheninstanz im prozessualen Sinn ist der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht folglich nicht vorgeschaltet.³⁷ Um einen wirksamen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, ist es an tatsächliche Annahmen des Gesetzgebers nicht gebunden,³⁸ sondern kann diese grundsätzlich auf Richtigkeit und Vollständigkeit hin kontrollieren;³⁹ muss allerdings dogmatisch nur schwer einzugrenzende Einschätzungsspielräume akzeptieren.⁴⁰

Die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1, Var. 2 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG) weist hingegen die Besonderheit auf, dass sich das vorlegende Gericht nicht nur zum konkreten Rechtsstreit, sondern auch zu generellen

³² *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 477 f.; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 544; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 362.

³³ Vgl. zu weiteren normbezogenen Verfahren, zum Beispiel dem Normqualifikationsverfahren (Art. 126 GG, § 13 Nr. 14 BVerfGG) und dem Völkerrechtsverifikationsverfahren (Art. 100 Abs. 2 GG, § 13 Nr. 12 BVerfGG) *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 77 ff.

³⁴ *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761, 763 ff.; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 75.

³⁵ *Habermehl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 3; *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 12; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 362.

³⁶ Zu den Besonderheiten der Überprüfung legislativer Prognosen *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 501 ff.; *I. Augsberg/S. Augsberg*, VerwArch 98 (2007), 290.

³⁷ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 468.

³⁸ Vgl. zum Vorschlag, eine entsprechende Bindung gesetzlich zu regeln, den Wortbeitrag von *Hans Dichgans*, BT-PIProt. 06/38 (13.03.1970), S. 1907; kritisch bereits *Geiger*, FG Maunz, S. 117, 128.

³⁹ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 482 f.; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3515; *Gär-ditz*, FS Puppe, S. 1557, 1561; *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative, 2014, S. 483 ff.; *Habermehl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 3; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 179 ff., die an anderer Stelle zutreffend darauf hinweist, dass für die Kontrolle der formellen Verfassungsmäßigkeit regelmäßig Einzelfakten relevant sind (S. 73 f.).

⁴⁰ *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 555 f.; *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 13; *Meßerschmidt*, DÖV 2021, 277, 283 f.; mit vielen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 44.

Tatsachen äußern wird, die zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes relevant sind.⁴¹ Insoweit könnte man von einer tatsachenfeststellenden Vorinstanz im prozessualen Sinne sprechen.⁴² Allerdings kann bei gleichbleibendem Kontrollgegenstand die Verfahrensinitiative allein keine abweichende Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigen, weswegen die gleichen Grundsätze wie bei der abstrakten Normenkontrolle gelten.⁴³ Auch für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde und die inzidente Normenkontrolle liegt, da sie im Wesentlichen legislative Feststellungen zu generellen Tatsachen betreffen, die Anwendung dieser Maßstäbe nahe.⁴⁴

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf Urteilsverfassungsbeschwerden, welche die fachgerichtliche Rechts- oder Tatsachenarbeit angreifen. Hier liegt in der Regel ein durch (mehrere) gerichtliche Vorinstanzen festgestellter Sachverhalt vor.⁴⁵

II. Normative Ausgangslage

Es überrascht nicht, dass das Grundgesetz keine spezifischen Regelungen zur Tatsachenkontrolle enthält. Normen zur bundesverfassungsgerichtlichen Tatsachenarbeit finden sich überwiegend im allgemeinen Teil des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. Die relevante Tatsachengrundlage kann das Gericht durch förmliche Beweisaufnahme oder in sonstiger Weise schaffen.⁴⁶

Erstere ist in § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG geregelt, wonach das Bundesverfassungsgericht den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis er-

⁴¹ Zur notwendigen Trennung dieser Tatsacheebenen schon *Wacke*, DVBl. 1968, 537, 543; ebenso *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 490.

⁴² So *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 76: „eine Art ‚gerichtliche Vorinstanz‘“.

⁴³ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 488 ff.; so im Grundsatz auch BVerfGE 17, 135, 138 f., wo das Gericht allerdings die fehlende Aufklärung genereller Tatsachen bemängelte und aus verfahrensökonomischen Gründen von eigener Beweiserhebung absah.

⁴⁴ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 491; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 370 ff., der jedoch zusätzlich eine Pflicht des BVerfG, sich mit den Feststellungen des Fachgerichts zu generellen Tatsachen zu befassen, annimmt; vgl. aus der Rechtsprechung zum Beispiel BVerfGE 133, 168, 194 – Deal im Strafprozess, wo das Gericht durch Beauftragung einer repräsentativen empirischen Untersuchung zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren Beweis erhebt.

⁴⁵ Dazu genauer sogleich B., S. 185 ff.

⁴⁶ BVerfGE 96, 251, 254 spricht für Letzteres von einer „Stoffsammlung“; kritisch *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 279 ff.

hebt. Grundsätzlich gilt also der Untersuchungsgrundsatz.⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist keine reine Rechtsinstanz, sondern – dies gilt jedenfalls, wenn man sein breit gefächertes Tätigkeitsfeld in die Betrachtung einbezieht – auch ein Tatsachengericht.⁴⁸ Ausdrückliche Regelungen finden sich zur Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§§ 28, 29 S. 2 BVerfGG) und in § 26 Abs. 2 BVerfGG wird der Urkundenbeweis angesprochen. Dies schließt andere Beweismittel – wie die Inaugenscheinnahme und die Partei- vernehmung – nicht aus.⁴⁹

Daneben regelt das Bundesverfassungsgerichtsgesetz weitere Erkenntnisquellen.⁵⁰ Das Gericht kann die Entscheidungsgrundlage im Wege der Rechts- und Amtshilfe, insbesondere durch Anforderung der Akten des Ausgangsverfahrens (§ 27 BVerfGG), und durch Einholung von Stellungnahmen sachkundiger Dritter (§ 27a BVerfGG) schaffen. Außerdem sind für die einzelnen Verfahrensarten besondere Anhörungs- oder Beteiligungsrechte – beispielsweise in § 94 BVerfGG für die Verfassungsbeschwerde – vorgesehen. Uneinigkeit herrscht in der Literatur darüber, wie und ob diese Informationsquellen von der Beweiserhebung nach § 26 BVerfGG abzugrenzen sind: Einerseits wird eine formale Trennung betrieben,⁵¹ andererseits zugunsten einer funktionalen Betrachtungsweise argumentiert, die jede Maßnahme zur Gewinnung entscheidungserheblicher Tatsachen – zum Beispiel auch Stellungnahmen nach § 27a BVerfGG – unter § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG subsumiert.⁵² Der Inhalt der Verhandlung unterliegt nach § 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁵³

⁴⁷ BVerfGE 77, 360, 361; *Zweigert*, JZ 1952, 321, 326: „Offizialmaxime“; *Redelberger*, NJW 1953, 361; *Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht, 1979, S. 21 f.; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3514; *Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 4 u. 13; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 360; *Meßerschmidt*, DÖV 2021, 277, 287.

⁴⁸ *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3514; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 533; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 317; *Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 4; *C. Walter*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 1.

⁴⁹ *Geiger*, BVerfGG, 1952, § 26, Anm. 1 (S. 97); *Leibholz/Rupprecht*, BVerfGG, 1968, § 26 (S. 87 f.); *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 26, Rn. 9; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 26, Rn. 8; ausführlich: *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 289 ff.

⁵⁰ Begrifflichkeit bei *Meskouris*, in: Barczak, BVerfGG, § 26, Rn. 24 ff.

⁵¹ *C. Walter*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 9 f.: förmliche Beweiserhebung nach § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG und sonstige Sachverhaltsaufklärung nach den übrigen Vorschriften des BVerfGG; ähnlich *Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 20 ff.; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 27a (44. EL 07/2014), Rn. 1.

⁵² *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 281.

Eine Ausnahme vom Untersuchungsgrundsatz stellt § 33 Abs. 2 BVerfGG auf: Danach können tatsächliche Feststellungen einer rechtskräftigen Entscheidung,⁵⁴ die in einem Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz ergangen ist, zugrunde gelegt werden. Die Übernahme steht im Ermessen des Bundesverfassungsgerichts und soll nach überwiegender Literaturmeinung nur dann möglich sein, wenn keine (wesentlichen) Zweifel an der Tatsachenarbeit des Fachgerichts bestehen.⁵⁵ Soweit ersichtlich, macht das Bundesverfassungsgericht nur selten ausdrücklich von § 33 Abs. 2 BVerfGG Gebrauch.⁵⁶

Die geringe gesetzgeberische Regelungsdichte bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass dem Bundesverfassungsgericht ein „Blankocheck für Tatsachenermittlung“⁵⁷ erteilt wird. Einerseits ist sie dem Umstand geschuldet, dass das Gericht für eine Vielzahl von Verfahren zuständig ist, bei denen unterschiedliche Anforderungen an die Tatsachenfeststellung und -kontrolle gelten.⁵⁸ Andererseits begründet § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG keine Kontrollkompetenz, sondern gilt im Rahmen bestehender Kompetenzen.⁵⁹

⁵³ Vgl. *F. Klein/Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 30 (7. EL 09/1979), Rn. 10; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 30, Rn. 2 ff.; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 313 ff.

⁵⁴ Dass der Wortlaut der Norm insoweit zu eng gefasst ist und neben Urteilen auch Beschlüsse erfasst sind, entspricht der allgemeinen Meinung, vgl. *F. Klein*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 33 (10. EL 11/1987), Rn. 9; *Roderburg*, in: Barczak, BVerfGG, § 33, Rn. 19; *Sauer*, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 33, Rn. 14; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 142.

⁵⁵ *Geiger*, BVerfGG, 1952, § 33, Anm. 6 (S. 124); *F. Klein*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 33 (10. EL 11/1987), Rn. 8; *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 9; *Roderburg*, in: Barczak, BVerfGG, § 33, Rn. 22; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 33, Rn. 12; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 147 ff., auch zu den bei der Verfassungsbeschwerde auftretenden Konstellationen; sehr weitgehend *Sauer*, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 33, Rn. 17: „wenn es die Beweisaufnahme und Beweiswürdigung [...] für richtig hält“.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 74, 44, 49; mit ähnlicher Einschätzung *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3516; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 541; *Brede*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 33, Rn. 16; anders *Bull*, FS Koch, S. 29, 37, der davon ausgeht, dass das BVerfG immer dann von § 33 Abs. 2 BVerfGG Gebrauch macht, wenn es die fachgerichtliche Tatsachenarbeit nicht überprüft; so auch *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 163 f., die der Norm jedoch trotzdem erhebliche praktische Bedeutung zumisst; allerdings ihre These, dass § 33 Abs. 2 BVerfGG insbesondere im Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren zur Anwendung komme (S. 144), allein mit einer Entscheidung aus einem Organstreitverfahren belegt (BVerfGE 77, 44).

⁵⁷ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 12.

⁵⁸ So auch *Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 16.

⁵⁹ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 495 (dort Fn. 178); zustimmend *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 225; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 268; *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 275 (dort Fn. 52); *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfas-

III. Notwendigkeit des funktionell-rechtlichen Ansatzes

Ausgangspunkt von Überlegungen zur Tatsachenkontrollkompetenz bei Urteilsverfassungsbeschwerden ist in der Regel die weitgehend anerkannte Grundrechtsrelevanz der fachgerichtlichen Beweiserhebung und -würdigung.⁶⁰ Dass die Subsumtion eines der Wahrheit nicht entsprechenden Sachverhalts zu rechtlich fehlerhaften Ergebnissen führen kann, gilt auch für das Verfassungsrecht: Kommt das Fachgericht in einem Trennungs- oder Umgangsfall aufgrund unvollständiger Beweiserhebung oder unzutreffender Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, dass eine (in Wahrheit nicht vorliegende) Kindeswohlgefährdung bestehe, verletzt der auf dieser Erkenntnis beruhende Sorgerechtsentzug oder Umgangsausschluss die Grundrechte der betroffenen Elternteile.

Darauf verweist auch die Heck'sche Formel, löst das Problem jedoch nicht. Die These, dass das Bundesverfassungsgericht einschreite, soweit die fachgerichtliche Feststellung und Würdigung des Tatbestands spezifisches Verfassungsrecht verletze,⁶¹ überträgt die Schwierigkeiten der Abgrenzung von einfachem Recht und Verfassungsrecht⁶² auf die Ebene der Tatsachenkontrolle.⁶³ Für die Differenzierung zwischen dem verfassungsrechtlich und dem einfachrechtlich relevanten Sachverhalt⁶⁴ gilt Ähnliches. Ersterer soll sich dabei aus Tatsachen zusammensetzen, die für die Subsumtion unter Verfassungsrecht erforderlich sind, und letzterer aus Gegebenheiten, die (allein)

sungsprozessrecht 4, § 14, Rn. 326; in diese Richtung auch *Sauer*, AöR 138 (2013), S. 294, 296: keine „allgemeine Sachverhaltserforschungspflicht“; anders wohl *Redelberger*, NJW 1953, 361; dagegen auch *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 77.

⁶⁰ *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976, S. 37 u. 161; *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 494 f.; *ders.*, FS Ipsen, S. 129, 135; *Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht, 1979, S. 27; *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 225 f.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 269; *Schroeder*, in: Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 151, 160 f.; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3517 spricht von der Verfassungserheblichkeit der Tatsachenarbeit; *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 547; *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 213 f.; *Kenntner*, DÖV 2005, 269, 275; *Allewelt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318 u. 324; *Brink*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 16; *Starck*, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, 29, 44; *Haberzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 13 unter Bezugnahme auf den Justizgewährleistungsanspruch; *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 23.

⁶¹ BVerfGE 18, 85, 92 – Patent-Beschluss; zuvor schon 12, 1, 5.

⁶² Zur Kritik an der Heck'schen Formel bereits oben Teil 1, B.I.1., S. 30.

⁶³ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 494.

⁶⁴ So beispielsweise *C. Walter*, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 5; ähnlich *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 552; aus der Perspektive des Beweisrechts *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 165 ff.

die Subsumtion unter das einfache Fachrecht betreffen.⁶⁵ Der „verfassungserhebliche“ Sachverhalt wird sich – soweit das Bundesverfassungsgericht nicht ausnahmsweise „quasi-erstinstanzlich“ entscheidet – stets als größere oder kleinere Schnittmenge des „einfach-rechtlich“ relevanten Sachverhalts darstellen, da der Vorprozess „unter einem engeren Blickwinkel, nämlich dem „engeren Maßstab der Verletzung ‚spezifischen Verfassungsrechts‘“ fortgesetzt wird.⁶⁶

So ist bei Trennungsentscheidungen aufgrund der engmaschigen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die nachhaltige Kindeswohlgefährdung und die Verhältnismäßigkeit⁶⁷ ein Großteil der Einzeltatsachen in diesem Sinne verfassungserheblich. Dies gilt für andere kindschaftsrechtliche Entscheidungen zwar nicht im gleichen Umfang. Allerdings sind beispielsweise auch bei der Überprüfung von fachgerichtlichen Entscheidungen nach § 1684 BGB die Tatsachen verfassungserheblich, die für die Feststellung einer die Umgangseinschränkung rechtfertigenden Kindeswohlgefahr relevant sind.⁶⁸ Denkt man materiell-rechtliche Ansätze vollständiger Grundrechtsprüfung⁶⁹ konsequent zu Ende, kann man auf dieser Basis zu dem Ergebnis kommen, das Bundesverfassungsgericht müsse den verfassungserheblichen Sachverhalt eigenständig ermitteln und würdigen.⁷⁰

Löst man sich von diesem Versuch, die Tatsachenkontrollkompetenz allein anhand der normativen Reichweite des jeweils einschlägigen Grundrechts zu bestimmen, und bezieht funktionell-rechtliche Überlegungen ein,⁷¹ sind auf den ersten Blick folgende Einschränkungsmodalitäten denkbar: Einerseits eine „weiche“ Zurückhaltungslösung, nach welcher das Bundesverfassungsgericht auch bei Urteilsverfassungsbeschwerden die Kompetenz zur Tatsachenarbeit hat, aber „judicial self-restraint“ ausüben kann oder soll;⁷² andererseits eine „harte“ Kompetenzlösung, nach welcher bestimmte Bereiche der

⁶⁵ *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 166 f. spricht vom „spezifisch verfassungsrechtlichen Tatbestand“.

⁶⁶ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 491 f.

⁶⁷ Siehe oben Teil 2, B.IV., S. 85 ff.

⁶⁸ Siehe oben Teil 2, C.II.2.b)bb), S. 155 f.

⁶⁹ Siehe oben Teil 1, C.II.1., S. 37 f.

⁷⁰ In diese Richtung, allerdings allein aus der Perspektive des Beweisrechts *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 167 f.

⁷¹ Zur Hilfsfunktion funktionell-rechtlicher Ansätze bereits oben Teil 1, C.II.2.c), S. 41 f.

⁷² *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 546 ff.; *Haberzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 7; *Meskouris*, in: Barczak, BVerfGG, § 26, Rn. 4; ähnlich *Gärditz*, FF 2015, 341, 347; großzügig auch schon *Geiger*, Besonderheiten, 1981, S. 22 f.: BVerfG ist „Herr aller Entschließungen [...], die die Beweiserhebung und ihre Grenzen betreffen“.

Tatsachenkontrolle dem Gericht versperrt wären.⁷³ Dabei erscheint es nicht ausgeschlossen, dass für einzelne Aspekte der bundesverfassungsgerichtlichen Tatsachenarbeit unterschiedliche Einschränkungsmodalitäten gelten.

Hiervon abzugrenzen ist die vieldiskutierte Frage der „Verfahrensautonomie“ des Bundesverfassungsgerichts.⁷⁴ Darunter versteht man die Befugnis des Gerichts, das Verfahren nach seinem Ermessen zu gestalten.⁷⁵ Sie kommt nur bei bewussten Gesetzeslücken, deren Schließung der Erfahrung des Gerichts überlassen werden sollte, zum Tragen.⁷⁶ Dies kann beispielsweise das Stellen von Hilfsanträgen, die Antragsrücknahme oder die Fristberechnung betreffen.⁷⁷ Bei der Bestimmung der Prüfungskompetenz handelt es sich hingegen nicht um eine Frage der Gestaltung des bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrens.⁷⁸

In der Literatur wird nicht selten darauf verwiesen, dass die Unterschiedlichkeit der fachgerichtlichen Instanzenzüge und der das jeweilige Rechtsgebiet prägenden Grundrechte einer präzisen Eingrenzung der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz entgegenstünden.⁷⁹ Daher versuchen die folgenden Ausführungen in zwei Schritten einen Vorschlag zur Tatsachenkontrolle für einen Teilbereich bundesverfassungsgerichtlicher Tätigkeit – die Prüfung kindschaftsrechtliche Entscheidungen – zu entwerfen. Diese Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes birgt auch das Potenzial, die Unschärfe funktionell-rechtlicher Ansätze zu relativieren.

Zunächst muss anhand funktionell-rechtlicher Argumente eine Vorstellung davon gewonnen werden, wie die Tatsachenkontrolle in kindschaftsrecht-

⁷³ Vgl. zum Beispiel *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 1, 33: keine „prozessuale Kompetenz“; ähnlich *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318.

⁷⁴ Grundlegend *Zembsch*, *Verfahrensautonomie*, 1971.

⁷⁵ Ebd., S. 80 f.; vgl. aus dem Gericht BVerfGE 13, 54, 94: „Herr des Verfahrens“; ähnlich 36, 342, 357; 60, 175, 213; kritisch zu dieser Formulierung *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 56: „gründlich missglückt“.

⁷⁶ *Zembsch*, *Verfahrensautonomie*, 1971, S. 86 ff.; *Fröhliger*, *Erledigung der Verfassungsbeschwerde*, 1982, S. 100 f.; *Lange*, *Substantiierungspflichten*, 2012, S. 191 f.; ähnlich auch *E. Klein*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 507, 515.

⁷⁷ *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), *Verfassungsprozessrecht* 4, § 8, Rn. 206 mit weiteren Beispielen.

⁷⁸ *Zembsch*, *Verfahrensautonomie*, 1971, S. 61 ff., der Verfahrens- und Kompetenzautonomie unterscheidet; zustimmend *Lange*, *Substantiierungspflichten*, 2012, S. 192; ähnlich zur Abgrenzung von Zulässigkeits- und Verfahrensfragen *Fröhliger*, *Erledigung der Verfassungsbeschwerde*, 1982, S. 198 f.

⁷⁹ *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 93 (44. EL 03/1982), Rn. 701; *Habertzettl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 16; ähnlich *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 561, der vor überzogenen dogmatischen Ansprüchen an die Systematik der Rechtsprechung warnt.

lichen Verfahren grundsätzlich ausgestaltet sein sollte (B.). Erst auf Basis des so gefundenen Ergebnisses (C.) kann die Frage beantwortet werden, ob überzeugende Gründe dafür sprechen, die Tatsachenkontrollkompetenz anhand der Eingriffsintensität abzustufen (D.). Dieser Gang der Untersuchung folgt der in der Rechtsprechungspraxis festgestellten⁸⁰ und durch die Literatur teilweise aufgegriffenen⁸¹ Einordnung der weitgehenden Tatsachenkontrolle als Ausnahme.

B. Die Tatsachenkontrolle aus funktionell-rechtlicher Perspektive

Funktionell-rechtliche Erwägungen⁸² zur Kontrollkompetenz müssen sich auf das einschlägige Verfahrensrecht konzentrieren. Es gilt festzustellen, ob und inwieweit das Bundesverfassungsgericht seiner Funktion nach ein Tatsachengericht ist und welche Schlussfolgerungen daraus für die Prüfungskompetenz zu ziehen sind. Diese Betrachtungsweise stützt sich auf eine Gesamtschau der Verfassung und der einfach-rechtlichen Verfahrensordnungen, da auch letzteren Aussagen über die Funktion der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen sind.⁸³ Damit geht sie davon aus, dass die Prozessordnungen zumindest im Grundsatz vergleichbar sind, und lehnt insoweit eine Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts⁸⁴ ab.

Ihren Ausgangspunkt nehmen die Überlegungen im Familienverfahrensrecht (I.) und den verfassungsprozessualen Bestimmungen zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit (II.). Als zentraler Verfahrensabschnitt wird auch das Annahmeverfahren auf seine Implikationen für die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts untersucht (III.). Die Normen zur gerichtswerten Aufgabenverteilung können Aufschluss

⁸⁰ Siehe oben Teil 2, C.II.2., S. 113 ff.

⁸¹ Siehe oben Teil 1, C.III.2.b)bb), S. 49 ff.

⁸² Zur Herleitung und methodischen Einordnung oben Teil 1, C.II.2., S. 38 ff.

⁸³ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1320 (siehe insb. Fn. 101); kritisch zur Berücksichtigung einfach-rechtlicher Vorschriften *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 23.

⁸⁴ *Häberle*, JZ 1973, 451 ff.; *ders.*, JZ 1976, 377 ff.; zustimmend *Engelmann*, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, 1977, S. 122 ff.; kritisch *E. Schumann*, JZ 1973, 484, 486 f.; *Fröhlinger*, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 91 ff.; *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 485 ff.; *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 8, Rn. 213 ff.; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Vorb. vor § 17 (57. EL 06/2019), Rn. 16; die Eigenständigkeit als Rechtfertigung für „prozessuale Steuerung“ durch das BVerfG ablehnend auch *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 193 ff.

darüber geben, ob hinsichtlich der Kontrollkompetenz zwischen den Spruchkörpern differenziert werden muss (IV.).

Da die Herleitung und Gewichtung der Funktionen der Verfassungsbeschwerde in der Regel auf einer Gesamtschau des Verfassungsprozessrechts beruht und sich darauf gestützte Schlussfolgerungen für die Prüfungskompetenz folglich auf höherer Abstraktionsebene bewegen, sind Erwägungen dazu an den Schluss gestellt (V.). Dies greift auch die bereits in der Heck'schen Formel getroffene Differenzierung zwischen der „besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts“ und dem „Sinn der Verfassungsbeschwerde“ auf.⁸⁵

I. Das kindschaftsrechtliche Verfahren

Das Familienverfahrensgesetz im Allgemeinen und das Verfahren in Kindschaftssachen (§§ 151 ff. FamFG) im Speziellen werden – wie andere Verfahrensordnungen auch – durch die anwendbaren Verfahrensgrundsätze charakterisiert (1.). Rückschlüsse auf das Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht können sich außerdem aus dem fachgerichtlichen Verfahrensgang ergeben (2.).

1. Die Verfahrensgrundsätze

Neben dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit (§ 170 GVG) und der Officialmaxime (a)) prägen insbesondere die Mündlichkeit (b)), die Verfahrensbeschleunigung (c)) und das Hinwirken auf Einvernehmen (d)) das kindschaftsrechtliche Verfahren. Die Unterschiede zum bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren deuten auf abweichende Funktionszuschreibungen hin und lassen daher Rückschlüsse auf die Prüfungskompetenz zu (e)).

a) Die Officialmaxime

Während für viele Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Dispositionsmaxime gilt, die Parteien also über Einleitung, Gegenstand, Betrieb und Beendigung des Verfahrens bestimmen können, sind kindschaftsrechtliche Verfahren im Wesentlichen von der Officialmaxime geprägt.⁸⁶

⁸⁵ BVerfGE 18, 85, 92 – Patent-Beschluss.

⁸⁶ Sternal, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 26, Rn. 7f.; Burschel/Perleberg-Kölbel, in: Hahne/Schlögel/Schlunder, BeckOK FamFG, § 26, Rn. 31; ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Officialmaxime erkennend Ulrici, in: Rauscher, MüKo-FamFG, Vorb. Zu § 23, Rn. 11 ff.; ähnlich schon Lindacher, JuS 1978, 577, 578.

Dies zeigt sich hinsichtlich der Verfahrenseinleitung bei der Unterteilung in Amtsverfahren und Antragsverfahren.⁸⁷ Erstere können unabhängig von einem Antrag eingeleitet werden; eine Anregung zum Tätigwerden (§ 24 Abs. 1 FamFG) durch Dritte ist jedoch möglich. Letztere erfordern einen verfahrenseinleitenden Antrag (§ 23 FamFG). Die Klassifizierung richtet sich danach, ob das materielle Recht ein Antragserfordernis vorsieht: So handelt es sich beispielsweise bei Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) und zum Umgang (§ 1684 BGB) um Amtsverfahren. Das Alleinsorgeverfahren ist hingegen ein Antragsverfahren (vgl. § 1671 BGB).⁸⁸ Daneben herrschen Amtsbetrieb und Amtsermittlungsgrundsatz; es ist Aufgabe des Gerichts, dass Verfahren in Gang zu halten⁸⁹ und die zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen durchzuführen (§ 26 FamFG). Hierfür steht neben dem Strengbeweis- auch das Freibeweisverfahren (§§ 29 f. FamFG) zur Verfügung.

Auch im Übrigen ist die Dispositionsbefugnis der Parteien eingeschränkt: Das Gericht ist an ihre Anträge nicht gebunden und entscheidet in der Regel über die Verfahrensbeendigung.⁹⁰

b) Der Grundsatz der Mündlichkeit

Anders als für die Zivilprozessordnung (§§ 128, 286 ZPO) gilt für das Verfahren nach dem Familienverfahrensgesetz formal keine strenge Bindung an die mündliche Verhandlung.⁹¹ Nicht nur das Geschehen der mündlichen Verhandlung, sondern der gesamte Inhalt des Verfahrens ist nach § 37 Abs. 1 FamFG Gegenstand der freien Beweiswürdigung. Nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften steht die Durchführung einer mündlichen Erörterung (§ 32 Abs. 1 S. 1 FamFG), d.h. eines Gesprächs des Gerichts mit den gleichzeitig anwesenden Beteiligten oder ihren Vertretern,⁹² im Ermessen des

⁸⁷ *Ulrici*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, Vorb. Zu § 23, Rn. 1.

⁸⁸ Mit umfangreicher Auflistung *Sternal*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 23, Rn. 5 ff.; *Osthold*, FamRZ 2017, 1643, 1644 f., der zutreffend darauf verweist, dass auch bei Elternkonflikten über die Alleinsorge ein Einschreiten von Amts wegen möglich ist, soweit diese eine Kindeswohlgefährdung auslösen (S. 1646).

⁸⁹ *Sternal*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 26, Rn. 11.

⁹⁰ *Ulrici*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, Vorb. Zu § 23, Rn. 12; am Beispiel des Umgangsverfahrens *Osthold*, FamRZ 2017, 1643, 1645; ähnlich zur früheren Rechtslage bereits *Lindacher*, JuS 1978, 577, 579.

⁹¹ *Ulrici*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 32, Rn. 1; *Prütting*, in: Prütting/Helms, FamFG, Einleitung, Rn. 63a.

⁹² *Ulrici*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 32, Rn. 1; *Burschel/Perleberg-Kölbel*, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 32, Rn. 13 f.

Gerichts. Gleiches gilt für die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Beteiligten (§ 33 Abs. 1 S. 1 FamFG).

Für das hier interessierende Kindschaftsverfahren wird von diesen Grundsätzen abgewichen, was zu einer erheblichen Bedeutung der Mündlichkeit führt.⁹³ Einerseits gilt für viele Kindschaftssachen, dass das Verfahren in einem frühen ersten Termin mit den Beteiligten zu erörtern ist (§ 155 Abs. 2 FamFG). Andererseits stellt das Familienverfahrensrecht weitgehende Anforderungen an die persönliche Anhörung. Diese kann beim Erörterungstermin stattfinden, erfordert einen solchen aber nicht, weil sie nicht zwingend unter Anwesenheit weiterer Beteiligter durchgeführt werden muss.⁹⁴

Der Grundsatz der persönlichen Anhörung dient der Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)⁹⁵ und der Wahrung der verfahrensrechtlichen Anforderungen des Elternrechts und der Kindesgrundrechte.⁹⁶ Ferner kommt das Familiengericht mit dieser speziellen Form der Sachverhaltsaufklärung dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) nach.⁹⁷ Die allgemeine Regelung zur persönlichen Anhörung (§ 34 FamFG) wird durch die Vorschriften zum Verfahren in Kindschaftssachen (§§ 151–168a FamFG) präzisiert und erweitert. Dort ist die Anhörung des Kindes – die sich maßgeblich von einer nach § 163a FamFG ausgeschlossenen Vernehmung als Zeuge oder Beteiligter unterscheidet – in § 159 FamFG geregelt; die Anforderungen wurden zuletzt durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder verschärft.⁹⁸ Danach muss das Gericht das Kind persönlich, d. h. mündlich⁹⁹ anhören und sich einen persönlichen Eindruck vom Kind verschaffen (Abs. 1). Hiervon kann nach § 159 Abs. 2 S. 1 FamFG nur

⁹³ *Ernst*, NZFam 2020, 313, 315 und zusammenfassend S. 317.

⁹⁴ Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz), BT-Drs. 16/6308, S. 191; *Ulrizi*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 32, Rn. 3.

⁹⁵ Zur Frage, ob ein Verstoß gegen einfachrechtlich vorgesehene Mündlichkeit eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG begründet: bejahend *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103, Rn. 34; differenzierend *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 (78. EL 09/2016), Rn. 67; verneinend *Höfling/Burkiczak*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, GG, Art. 103 (26. EL 04/2009), Rn. 77.

⁹⁶ Siehe zur Prüfungspraxis des BVerfG zusammenfassend oben Teil 2, C.II.2.a) cc)(4), S. 146 f. und C.II.2.b) dd)(3), S. 167.

⁹⁷ *Lack*, NJW 2020, 1255, 1256; vgl. auch *Schlünder*, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 159, Rn. 7.

⁹⁸ Gesetz vom 16.06.2021 (BGBl. I S. 1810), vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/23707, S. 25.

⁹⁹ *Krumm*, FamFR 2013, 265; *Hennemann*, NZFam 2014, 871 f.; *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 159, Rn. 4.

abgesehen werden, wenn ein schwerwiegender Grund vorliegt (Nr. 1),¹⁰⁰ es sich um eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Nr. 4), das Kind offensichtlich nicht in der Lage ist, Neigungen und Willen kundzutun (Nr. 2) oder diese für die Entscheidung nicht von Bedeutung sind (Nr. 3).¹⁰¹ In Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung muss sich das Familiengericht jedoch ausnahmslos einen persönlichen Eindruck vom Kind verschaffen (§ 159 Abs. 2 S. 2 und 3 FamFG). Als besondere Art der Sachverhaltsaufklärung reagiert § 159 FamFG auf den Umstand, dass Kinder sich oftmals nicht schriftlich äußern können, und versucht so, eine Beeinflussung durch die Eltern zu verhindern.¹⁰² Daher ist der unmittelbare Eindruck, der durch die persönliche Anhörung gewährleistet wird, von erheblicher Bedeutung.¹⁰³ Dies wird auch dadurch betont, dass nach künftiger Rechtslage besondere Qualitätsanforderungen an Familienrichter gestellt werden.¹⁰⁴

Auch die Eltern sind in Verfahren, welche die Person des Kindes betreffen, grundsätzlich persönlich anzuhören: In Verfahren nach § 1666 BGB – zum Beispiel bei Trennungsentscheidungen – gilt dies strikt (§ 160 Abs. 1 S. 2 FamFG). In anderen kindesbezogenen Verfahren, beispielsweise zur Alleinsorge oder zum Umgang, ist dem Gericht durch die Soll-Vorschrift (§ 160 Abs. 1 S. 1 FamFG) nur dahingehend Ermessen eingeräumt, dass es in besonders gelagerten Fällen von der persönlichen Anhörung absehen darf.¹⁰⁵ Auch in Bezug auf die Eltern kommt es auf den unmittelbaren Eindruck des Gerichts an, da die zur Entscheidung stehenden Maßnahmen erheblich in die persönlichen Verhältnisse eingreifen.¹⁰⁶ Nur in Kindschaftssachen allein vermögensrechtlicher Art kann die Anhörung nach § 160 Abs. 2 S. 1 FamFG

¹⁰⁰ Ausführlich zum gleichlautenden § 159 Abs. 3 S. 1 FamFG a.F. *Krumm*, FamFR 2013, 265, 266 f.

¹⁰¹ Aus der Rechtsprechung des BGH zu § 159 Abs. 2 FamFG a.F. folgt, dass die Ausnahmen restriktiv zu handhaben sind, vgl. BGH, 15.06.2016 – XII ZB 419/15, FamRZ 2016, 1439, 1443 (Rn. 44); BGH, 01.02.2017 – XII ZB 601/15, FamRZ, 532, 533 (Rn. 9).

¹⁰² *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 159, Rn. 1.

¹⁰³ Begründung des RegE für das FFG-Reformgesetz, BT-Drs. 16/6308, S. 191; *E. Schumann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 159, Rn. 5; *Schlünder*, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 159, Rn. 6 ff.

¹⁰⁴ Vgl. die mit Gesetz vom 16.06.2021 (BGBl. I S. 1810) neugefassten, am 01.01.2022 in Kraft getretenen §§ 23b Abs. 3 S. 3–5, 119 Abs. 2 GVG, wonach Richter in Familiensachen über belegbare Grundkenntnisse der Psychologie, insbesondere der Entwicklungspsychologie des Kindes, und der Kommunikation mit Kindern verfügen sollen.

¹⁰⁵ *E. Schumann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 160, Rn. 5; ähnlich *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 160, Rn. 3; *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, § 160, Rn. 7.

¹⁰⁶ *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 160, Rn. 1.

auch in anderer Form – zum Beispiel schriftlich – stattfinden. In allen Kinderschaftssachen darf das Familiengericht nur dann nach § 160 Abs. 3 FamFG gänzlich darauf verzichten, die Eltern anzuhören, wenn ein schwerwiegender Grund dies rechtfertigt.¹⁰⁷ Für die Anhörung der Pflege- oder Bezugsperson (§ 161 Abs. 2 FamFG) und des Jugendamts (§ 162 Abs. 1 S. 1 FamFG) ist hingegen keine bestimmte Form vorgeschrieben.

Für die Beurteilung der Tatsachen hat das Fachgericht aufgrund seines im Erörterungstermin und in den persönlichen Anhörungen gewonnenen Eindrucks von den Verfahrensbeteiligten eine Grundlage, die dem Bundesverfassungsgericht versperrt ist: Einerseits kann es den durch die Fachgerichte zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung erlangten persönlichen Eindruck nicht „nachholen“. Andererseits ist ihm die Schaffung einer vergleichbaren Erkenntnisgrundlage aus prozessualen Gründen verwehrt. Zwar sieht § 25 Abs. 1 BVerfGG die mündliche Verhandlung als Grundsatz vor; für die Kammern ist sie jedoch nach § 93d Abs. 1 S. 1 BVerfGG ausgeschlossen. Da im Umkehrschluss aus § 26 Abs. 1 S. 2 BVerfGG folgt, dass die förmliche Beweisaufnahme grundsätzlich in der mündlichen Verhandlung stattfindet,¹⁰⁸ ist diese den Kammern verwehrt.¹⁰⁹ Auch bei den Senaten ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in extensiver Anwendung des § 94 Abs. 5 S. 2 BVerfGG die seltene Ausnahme.¹¹⁰ Außerdem sieht das Verfassungsprozessrecht zwar Äußerungsmöglichkeiten (vgl. § 94 Abs. 3 BVerfGG) zur Gewährung rechtlichen Gehörs,¹¹¹ aber keine persönlichen Anhörungen vor. In der Praxis prüft das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde – dies ist Konsequenz der strengen Begründungs- und Substantiie-

¹⁰⁷ Stößer, FamRZ 2009, 656, 660; E. Schumann, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 160, Rn. 8.

¹⁰⁸ F. Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 26 (6. EL 01/1979), Rn. 11; Brink, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 3, 6; von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 25 (39. EL 12/2012), Rn. 36; Haberzettl, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 26, Rn. 19; Meskouris, in: Barczak, BVerfGG, § 26, Rn. 29; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2020, § 26, Rn. 11; C. Walter, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 11; im Ergebnis ebenso, aber ausdrücklich das nach ihrer Auffassung auch in den Anwendungsbe- reich des § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG fallende Freibeweisverfahren ausnehmend Bartmann, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 287 f.

¹⁰⁹ So ausdrücklich C. Walter, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 15.

¹¹⁰ Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 94 (33. EL 08/2010), Rn. 34 f.; von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 25 (39. EL 12/2012), Rn. 7 u. 27; Lechner/Zuck, BVerfGG, 2019, § 94, Rn. 15; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2020, § 25, Rn. 2 f.; Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 100 f.

¹¹¹ BVerfGE 92, 122, 124; F. Klein, DVBl. 1964, 89, 91; Lechner/Zuck, BVerfGG, 2019, § 94, Rn. 9.

rungsanforderungen¹¹² – in der Regel auf Basis der Beschwerdeschrift und fordert bei Erfolgsaussicht die Akten des Ausgangsverfahrens (§ 27 S. 2 BVerfGG) an.¹¹³

c) Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot

Für viele Kindschaftssachen gilt daneben das Vorrang- und Beschleunigungsgebot. Hierzu gehören nach § 155 Abs. 1 FamFG neben Trennungs- (4. Var.) und Umgangssachen (2. Var.) auch – soweit es um den Aufenthalt des Kindes geht (1. Var.) – Entscheidungen zur Alleinsorge und zur Vormundswahl.¹¹⁴ Diese Kindschaftssachen sind bei der Verfahrensführung gegenüber anderen familiengerichtlichen Verfahren – zum Beispiel bei der Anberaumung von Terminen – vorrangig zu berücksichtigen und damit bevorzugt zu erledigen.¹¹⁵

Daneben muss das Familiengericht – ohne die Anforderungen an die Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für eine kindeswohlorientierte Entscheidung zu vernachlässigen – Verfahrensverzögerungen vermeiden und auf eine Verkürzung der Verfahrensdauer hinwirken.¹¹⁶ Damit trägt der Vorrang- und Beschleunigungsgrundsatz verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung. Aus dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) folgt, dass Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden müssen.¹¹⁷ In Kindschaftssachen muss die Verfahrensführung daher den Besonderheiten des kindlichen Zeitgefühls Rechnung tragen, faktische Präjudizierung verhindern und unnötige Belastungen für Eltern und die in besonderem Maße auf stabile Verhältnisse angewiesenen Kinder vermeiden.¹¹⁸ Der Beschleunigung des Verfahrens dient ferner die Verpflichtung zur Durchführung eines frühen ersten Termins zur mündlichen

¹¹² Dazu sogleich B.II., S. 200.

¹¹³ *Habermehl*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 27, Rn. 10; *Niesler*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 27 (57. EL 06/2019), Rn. 72.

¹¹⁴ *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 155, Rn. 18 f.

¹¹⁵ *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 155, Rn. 26 f.; *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, § 155, Rn. 14.

¹¹⁶ Begründung des RegE für das FFG-Reformgesetz, BT-Drs. 16/6308, S. 235; *Salgo*, FF 2010, 352, 357 f.; *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 155, Rn. 29 ff.; *Schlünder*, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 155, Rn. 7 ff.

¹¹⁷ BVerfGE 88, 118, 124; 122, 248, 279 – Rügeverkümmern; BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093, 1095 (Rn. 39); ähnlich schon BVerfGE 60, 253, 269.

¹¹⁸ BVerfG (1. Kammer), 06.05.1997 – 1 BvR 711/96, FamRZ 1997, 871, 872 (juris Rn. 36); BVerfG (3. Kammer), 11.12.2000 – 1 BvR 661/00, FamRZ 2001, 753 (juris Rn. 14 ff.); BVerfGK 2, 140, 142; BVerfG (2. Kammer), 24.07.2008 – 1 BvR

Erörterung, der spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden (§ 155 Abs. 2 S. 1 u. 2 FamFG) und zu dem das persönliche Erscheinen der verfahrensfähigen Beteiligten angeordnet werden soll (§ 155 Abs. 3 FamFG).¹¹⁹ Außerdem ist für viele Kindschaftssachen ausdrücklich vorgeschrieben, dass das Gericht in einem frühen Verfahrensstadium den Erlass einer einstweiligen Anordnung in Erwägung ziehen muss (vgl. §§ 156 Abs. 3 S. 1, 157 Abs. 3 FamFG).

Nachdem der EGMR das Fehlen eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne von Art. 13 EMRK gerügt hatte,¹²⁰ wurden mit der Beschleunigungsrüge (§ 155b FamFG) und der Beschleunigungsbeschwerde (§ 155c FamFG) entsprechende Rechtsbehelfe eingeführt,¹²¹ mit denen Verstöße gegen das Vorrang- und Beschleunigungsgebot geltend gemacht werden können.¹²²

d) Das Hinwirken auf Einvernehmen

Das Verfahren in Kindschaftssachen ist auf eine einvernehmliche Streitbeilegung ausgerichtet.¹²³ Nach § 156 Abs. 1 FamFG soll das Gericht in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (S. 1), und auf Beratungsmöglichkeiten hinweisen (S. 2). Ferner kann es die Teilnahme an einer Beratung oder einem Informationsgespräch über außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten anordnen (S. 3 u. 4), was jedoch nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann (S. 5). Nicht zum Anwendungsbereich des § 156 FamFG gehören die Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB), da sie nicht der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegen.¹²⁴ Hier ist eine Erörterung der Kindeswohlgefährdung nach § 157 FamFG vorgeschrieben.

547/06, FamRZ 2008, 2258, 2259 (juris Rn. 30); *Salgo*, FF 2010, 352, 353 f.; *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 155, Rn. 2 ff.

¹¹⁹ Zu Ausnahmen *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 155, Rn. 8.

¹²⁰ EGMR, Urteil v. 15.01.2015 – 62198/11, FamRZ 2015, 469, 472 (Rn. 136 ff.) – *Kuppinger v. Deutschland*.

¹²¹ Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016, BGBl. I 2222.

¹²² Ausführlich *Keuter*, FamRZ 2016, 1817 ff.

¹²³ *H. Vogel*, FamRZ 2010, 1870: Gericht soll „Vermittler und nicht Entscheider sein“.

Das Hinwirken auf Einvernehmen soll Belastungen des gerichtlichen Verfahrens mindern, dem Kindeswohl dienen und das Elternprimat (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) wahren.¹²⁵ Ferner trägt § 156 FamFG dem Gedanken Rechnung, das selbst erarbeitete Konfliktlösungen in der Regel besser akzeptiert und umgesetzt werden und den Streit daher nachhaltiger befrieden.¹²⁶ Dementsprechend kann das Familiengericht auch gegenüber Sachverständigen anordnen, dass sie auf ein Einvernehmen hinwirken sollen (§ 163 Abs. 2 FamFG).

Bei einem Einvernehmen über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes kann nach § 156 Abs. 2 FamFG ein gerichtlich gebilligter Vergleich geschlossen werden. Dadurch wird die grundsätzliche Möglichkeit eines Vergleichsschlusses (§ 36 Abs. 1 S. 1 FamFG) dahingehend ergänzt, dass die Beteiligten auch über Verfahrensgegenstände, die an sich nicht ihrer Dispositionsbefugnis unterliegen, eine Einigung erzielen können, wenn das Gericht diese billigt.¹²⁷ Für Umgangsregelungen – und über den Wortlaut hinaus auch für Herausgaberegeln¹²⁸ – setzt dies eine negative Kindeswohlprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 2 FamFG) voraus.¹²⁹ Der Konsensgedanke findet sich auch in der Vollstreckungsphase wieder, wo für die Durchführung von Entscheidungen und Vergleichen im Umgangsrecht ein Vermittlungsverfahren (§ 165 FamFG) vorgesehen ist.

Das Hinwirken auf Einvernehmen ist vor dem Bundesverfassungsgericht offensichtlich nicht möglich, da es sich bei der Verfassungsbeschwerde nicht um ein kontradiktorisches Verfahren handelt.

e) Zwischenergebnis: Empirische Überlegenheit der Fachgerichte

Kindschaftssachen werden in einem beschleunigten Verfahren behandelt, das vom Amtsbetrieb und Amtsermittlungsgrundsatz sowie dem Mündlichkeitsgrundsatz geprägt ist und – soweit die Parteien dispositionsbefugt sind – auf die Herstellung von Einvernehmen ausgerichtet ist.

¹²⁴ Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 156, Rn. 1; Engelhardt, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 156, Rn. 4.

¹²⁵ E. Schumann, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 156, Rn. 1.

¹²⁶ Wegener, NZFam 2015, 799; Hennemann, NZFam 2021, 910, 912.

¹²⁷ Begründung des RegE für das FFG-Reformgesetz, BT-Drs. 16/6308, S. 166; Engelhardt, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 156, Rn. 11; Döll, in: Johannsen/Henrich/Althammer, FamR-FamFG, § 156, Rn. 9.

¹²⁸ E. Schumann, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 156, Rn. 19; Engelhardt, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 156, Rn. 14.

¹²⁹ Vgl. dazu Ernst, NZFam 2015, 804 ff.

Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz lässt insbesondere der Mündlichkeitsgrundsatz zu, da er auf Eignungsunterschiede zwischen Fachgericht und Bundesverfassungsgericht bei der Feststellung und Würdigung von Tatsachen hindeutet. Der Hinweis, dass die Fachgerichte aufgrund ihrer Sachnähe für bestimmte Bereiche der Urteilsfindung besser gerüstet seien, findet sich vielfach: Hinsichtlich der Rechtsarbeit wird ihr höherer Spezialisierungsgrad und ihre vertiefte Kenntnis der Fachdogmatik ins Feld geführt.¹³⁰ In Bezug auf die Tatsachenarbeit des Bundesverfassungsgerichts interessieren vor allem die spezifischen Aufklärungsmöglichkeiten der Fachgerichtsbarkeit in der Verhandlung.¹³¹ Bestehen diesbezüglich – durch die jeweiligen Prozessordnungen (und deren Handhabung) bedingte – Eignungsunterschiede zur Fachgerichtsbarkeit, d. h. divergierende Funktionszuschreibungen, können daraus Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz gezogen werden. Bei kindschaftsrechtlichen Entscheidungen spricht der Mündlichkeitsgrundsatz gegen eine weitgehende Tatsachenkontrolle,¹³² da dem Fachgericht Erkenntnis- und Bewertungsquellen zur Verfügung stehen, auf die das Bundesverfassungsgericht nicht zurückgreifen kann.

Zutreffend wird zwar darauf verwiesen, dass eine eigene Sachentscheidung nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist und es den persönlichen Eindruck der Fachgerichte nicht ersetzen kann und soll.¹³³ Allerdings ist auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf Kenntnis und Verwertung der Tatsachengrundlage angewiesen. Je weniger ihr eine vergleichbare Tatsachengrundlage zur Verfügung steht, desto weniger ist sie zur Tatsachenkontrolle geeignet.¹³⁴ Steht dem Bundesverfassungsgericht beispielsweise bei der Überprüfung der fachgerichtlichen Würdigung von Sachverständigengutachten in Trennungsfällen der nach dem Familienverfahrensrecht wichtige persönliche Eindruck von den Verfahrensbeteiligten nicht zur Verfügung, leidet die Kontrollqualität, da das Gericht die fachgerichtliche Tatsachen-

¹³⁰ *Rupp*, ZZZ 82 (1969), 1, 4; *Schenke*, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 57; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 130 f.; *Oeter*, AöR 119 (1994), S. 529, 557; am Beispiel einer Entscheidung aus dem Kindschaftsrecht (BVerfGE 79, 51) *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 243 ff.; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 241 ff.; *Schenke*, FS Klein, S. 453, 455; *Neuner*, FamRZ 2017, 1805, 1811; zuge-spitzt *H. H. Klein*, FS Stern, S. 1135, 1146: das Bundesverfassungsgericht sollte nicht als „höchstes Laiengericht“ tätig werden.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 93, 266, 314 – „Soldaten sind Mörder“ (abw. M. Haas); *Haas*, FS Bayerischer Verfassungsgerichtshof, S. 27, 41 f.; *Korioth*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 63 f.

¹³² Diese Frage aufwerfend auch *Heilmann*, NJW 2014, 2904, 2907.

¹³³ *Gärditz*, FF 2015, 341, 347.

¹³⁴ Dies erkennt das Bundesverfassungsgericht für strafgerichtliche Verfahren mit der Feststellung an, dass es den Eindruck der Hauptverhandlung nicht ersetzen könne, BVerfGE 82, 236, 260 – Flughafenblockade.

arbeit stets unter einem verengten Blickwinkel prüft. Dass die Fachgerichte gerade durch ihre praktische Erfahrung mit Anhörungen einen besonderen Sachverstand gewinnen und darauf ihre Entscheidungsfindung stützen können, wird auch in der Kammerrechtsprechung anerkannt.¹³⁵ Aufgrund der breiteren Beweismittelgrundlage und ihrer spezifischen Erfahrung sind die Fachgerichte für die Bearbeitung von Tatsachenfragen besser gerüstet.

Hier liegt auch der Unterschied zu dem auf die Rechtsarbeit bezogenen Argument der überlegenen Dogmatik-Kenntnisse der Fachgerichte. Während das Bundesverfassungsgericht ohne Weiteres in der Lage ist, sich diese Rechtskenntnisse zu verschaffen, kann es die fehlende Tatsachenkenntnis nicht ausgleichen. Es besteht eine empirische Überlegenheit der Fachgerichte.

2. Der Verfahrensgang

Die konkrete Ausgestaltung des familiengerichtlichen Instanzenzugs (dazu b)) ist verfassungsrechtlich nicht im Detail vorgegeben (a)). Obwohl das Bundesverfassungsgericht aufgrund des Charakters der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf zur Durchsetzung von Grundrechten nicht zum Instanzenzug gehört,¹³⁶ erlaubt der Umstand, dass das Gericht in der Regel im Anschluss an mehrere Tatsacheninstanzen tätig wird, gewisse Rückschlüsse auf die Prüfungskompetenz (c)).

a) Der verfassungsrechtliche Rahmen

Für die Gestaltung des fachgerichtlichen Instanzenzugs lässt das Grundgesetz dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum.

Nach überwiegender Auffassung wird ein subjektives Recht auf einen Instanzenzug weder durch Art. 19 Abs. 4 GG¹³⁷ noch durch den Justizgewährleistungsanspruch¹³⁸ für den zivilrechtlichen Bereich gewährleistet.¹³⁹

¹³⁵ BVerfG (1. Kammer), 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201, 1204 (Rn. 30).

¹³⁶ BVerfGE 1, 4, 5; 74, 220, 226; 94, 166, 213 f.; 107, 395, 413.

¹³⁷ BVerfGE 11, 263, 265; 65, 76, 90; 138, 33, 39 (Rn. 17); *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V³, § 114, Rn. 28; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 52; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 19 Abs. 4 (207. EL 09/2020), Rn. 449 ff.; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19, Rn. 120; anders *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 308 ff.; *Brandner*, FS Brandner, S. 683, 697 ff.; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19, Rn. 442.

¹³⁸ BVerfGE 54, 277, 291.

¹³⁹ BVerfGE 107, 395, 401 ff.; *Maurer*, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 467, 481 u. 493; *Jachmann-Michel*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 95 (86. EL 01/2019), Rn. 103.

Dennoch kann aus den Artikeln des 9. Abschnitts des Grundgesetzes darauf geschlossen werden, dass objektiv-verfassungsrechtlich ein Instanzenzug vorgesehen ist. Nach Art. 92 GG wird die den Richtern anvertraute rechtsprechende Gewalt durch das Bundesverfassungsgericht, die grundgesetzlich vorgesehenen Bundesgerichte und die Landesgerichte ausgeübt. Artikel 95 GG regelt die Schaffung oberster Gerichtshöfe für die verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten und garantiert neben ihrem Bestand¹⁴⁰ auf materieller Ebene ein Mindestmaß an sachlichen Zuständigkeiten.¹⁴¹ Jedenfalls zwischen den Landesgerichten und den obersten Bundesgerichten wird damit ein Instanzenzug vorausgesetzt.¹⁴² Die Wortwahl „oberste“¹⁴³ deutet ferner darauf hin, dass der Verfassungsgeber diese Bundesgerichte grundsätzlich als Rechtsmittelgerichte höchster Instanz ansah.¹⁴⁴ Schließlich verweist auch Art. 99 GG, welcher die Möglichkeit eröffnet, den obersten Gerichtshöfen „für den letzten Rechtszug“ die Entscheidung über Landesrecht zuzuweisen, auf einen Instanzenzug hin.¹⁴⁵

b) Der Instanzenzug in Kindschaftssachen

Die Ausgestaltung des familiengerichtlichen Hauptsache- (aa)) und Eilverfahrens (bb)) bewegt sich im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben. Nicht zum Instanzenzug gehört das Abänderungsverfahren (cc)), welches der andauernden Verantwortung aus dem Wächteramt Rechnung trägt.

¹⁴⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 95, Rn. 16 f.; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V³, § 114, Rn. 21.

¹⁴¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 95, Rn. 21; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V³, § 114, Rn. 27; *Jachmann-Michel*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 95 (86. EL 01/2019), Rn. 87.

¹⁴² *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 95 (12/1973), Rn. 5 f.; *Achterberg*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 95 (50. EL 07/1985), Rn. 117; *Krugmann*, ZRP 2001, 306, 307; *Maurer*, FS 50 Jahre BVerfG II, S. 467, 482; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V³, § 114, Rn. 29; *Sydow*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 95 (208. EL 10/2020), Rn. 15.

¹⁴³ In Art. 95 Abs. 2 GG a.F. und Art. 96 Abs. 1 GG a.F. war angesichts der dort vorgesehenen Möglichkeit der Einrichtung eines „Obersten Gerichts“ (Art. 95 Abs. 1 GG a.F.) noch von „oberen“ Bundesgerichten die Rede, geändert durch das Sechzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18.06.1968, BGBl. I 657.

¹⁴⁴ BVerfGE 8, 174, 177; *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 95 (12/1973), Rn. 44 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 95, Rn. 20; kritisch *Vöbkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 212 ff.

¹⁴⁵ *Achterberg*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 95 (50. EL 07/1985), Rn. 150; *Jachmann-Michel*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 95 (86. EL 01/2019), Rn. 100.

aa) Das Hauptsacheverfahren

Das Familiengericht entscheidet im erstinstanzlichen Verfahren durch Beschluss (§ 38 Abs. 1 FamFG), gegen den die Beschwerde statthaft ist (§ 58 Abs. 1 FamFG). Diese kann nach § 65 Abs. 3 FamFG auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden. Insbesondere sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits erstinstanzlich hätten vorgebracht werden können, nicht präkludiert; dem Ausgangsgericht ist eine zweite vollwertige Tatsacheninstanz nachgeschaltet.¹⁴⁶ Auf Basis des so ermittelten Sachverhalts ist das Beschwerdegericht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung grundsätzlich verpflichtet, in der Sache selbst zu entscheiden (§ 69 Abs. 1 S. 1 FamFG), und darf nur ausnahmsweise an das Ausgangsgericht zurückverweisen (§ 69 Abs. 1 S. 2 u. 3 FamFG).

Die Rechtsbeschwerde gegen zweitinstanzliche Beschlüsse ist grundsätzlich zulassungspflichtig (§§ 70 Abs. 1 FamFG). Nach § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG ist sie zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (Nr. 1). Das gleiche gilt, wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (Nr. 2). Eine Nichtzulassungsbeschwerde sieht das Familienverfahrensrecht nicht vor.¹⁴⁷ Nur ausnahmsweise ist die Rechtsbeschwerde ohne Zulassung statthaft; dies ist in Kindschaftssachen der Fall, wenn sie sich gegen einen Beschluss richtet, der eine freiheitsentziehende Unterbringung oder eine freiheitsentziehende Maßnahme genehmigt (§ 70 Abs. 3 Nr. 2, § 151 Nrn. 6 u. 7 FamFG). Daran zeigt sich, dass das Rechtsbeschwerdeverfahren hauptsächlich die Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung und nur nachrangig die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit anstrebt.¹⁴⁸

In der Sache prüft die Rechtsbeschwerdeinstanz allein, ob Rechtsnormen nicht oder nicht richtig angewendet wurden (§ 72 Abs. 1 FamFG). Sie ist an Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden,¹⁴⁹ das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel ist damit ausgeschlossen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Althammer, in: Johannsen/Henrich/Althammer, FamR-FamFG, § 65, Rn. 6; Sternal, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 65, Rn. 9; BVerfG (1. Kammer), 16.06.2021 – 1 BvR 709/21, juris, Rn. 5.

¹⁴⁷ Kritisch Gärditz, FF 2015, 341, 348; befürwortend hingegen Heiter, FamRB 2019, 359, 366 f., mit zahlreichen Nachweisen zur rechtspolitischen Diskussion um die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde.

¹⁴⁸ Althammer, in: Johannsen/Henrich/Althammer, FamR-FamFG, § 70, Rn. 1 f.; A. Fischer, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 70, Rn. 8 weist zutreffend darauf hin, dass andere Kindschaftssachen eine vergleichbare Grundrechtsrelevanz wie freiheitsentziehende Maßnahmen haben.

¹⁴⁹ BGH, 07.07.2010 – XII ZB 59/10, NJW-RR 2010, 1648.

¹⁵⁰ A. Fischer, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 72, Rn. 2; Obermann, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, § 72, Rn. 2 f.

bb) Das Eilverfahren

Im Eilverfahren sieht § 57 S. 2 FamFG Ausnahmen vom Grundsatz der begrenzten Anfechtbarkeit vor.¹⁵¹ Danach ist die Beschwerde zum Beispiel statthaft, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs auf Grund mündlicher Erörterung über die elterliche Sorge entschieden hat (Nr. 1). Hier kann die Abgrenzung zu Umgangsentscheidungen – für die eine Anfechtbarkeit nicht vorgesehen ist – problematisch sein.¹⁵² Für Beschwerdeverfahren und -entscheidung gelten die gleichen Grundsätze wie im Hauptsacheverfahren. Die Rechtsbeschwerdemöglichkeit ist für das Eilverfahren nach § 70 Abs. 4 FamFG ausgeschlossen.

cc) Sonderfall Abänderungsverfahren

Das Abänderungsverfahren ist kein Teil des Instanzenzugs. Nach Abschluss des Ausgangsverfahrens eröffnet § 166 FamFG als *lex specialis* zu § 48 Abs. 1 FamFG verfahrensrechtlich die Möglichkeit, der fortdauernden Verantwortung aus dem Wächteramt nachzukommen¹⁵³ und bestimmte kindschaftsrechtliche Hauptsacheentscheidungen abzuändern.

Der § 166 Abs. 1 FamFG verweist pauschal auf § 1696 BGB und findet daher – soweit keine Sonderregelung (Abs. 1 S. 2 u. 3) greift – Anwendung auf Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht (Abs. 1 S. 1). Hierzu zählen unter anderem Entscheidungen zur Alleinsorge nach § 1671 BGB.¹⁵⁴ Nicht erfasst sind Vormundschaftsentscheidungen, da sie nicht das Sorge- und Umgangsrecht im engeren Sinne betreffen und ihre Änderung in den §§ 1886 ff. BGB speziell geregelt ist.¹⁵⁵ Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht erwachsen nicht in materielle Rechtskraft¹⁵⁶ und sind zu ändern, wenn aufgrund neuer oder erstmals ersichtlich gewordener Tatsachen triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe dafür sprechen. Mit Blick auf den Kontinuitätsgedanken muss dieser Grund so bedeutsam sein, dass er änderungsbedingte Nachteile für das Kindeswohl deutlich überwiegt.¹⁵⁷ Diese Änderungsschwelle ist verfassungsrechtlich unbedenklich.¹⁵⁸

¹⁵¹ Dazu bereits oben Teil 2, C.II.2.a)bb), S. 134.

¹⁵² *Giers*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 57, Rn. 6a.

¹⁵³ *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 166, Rn. 1.

¹⁵⁴ *Bartels*, FuR 2019, 77, 80 mit einer ausführlichen Auflistung.

¹⁵⁵ *Heilmann*, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 166, Rn. 6.

¹⁵⁶ *Engelhardt*, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 166, Rn. 1; ausführlich *Obermann*, NZFam 2016, 961 ff.; vgl. auch BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2102/14, FamRZ 2015, 210, 211 (Rn. 12).

¹⁵⁷ *Bartels*, FuR 2019, 77, 81 f.; mit zahlreichen Beispielen *Socha*, JAmt 2017, 522, 525.

Nach § 166 Abs. 2 FamFG sind länger andauernde kindesschutzrechtliche Maßnahmen von Amts wegen in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen. Die Angemessenheit des Zeitabstands steht im Ermessen des Familiengerichts und richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls;¹⁵⁹ der Zeitraum kann daher zwischen drei Monaten und zwei Jahren betragen.¹⁶⁰ In § 1696 Abs. 2 BGB wird die kindesschutzrechtliche Maßnahme als eine zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung oder zum Wohl des Kindes erforderliche Maßnahme definiert, was Trennungsentscheidungen und Einschränkungen des Umgangsrechts einschließt.¹⁶¹ Materiell-rechtlich ist eine Aufhebung nach § 1696 Abs. 2 BGB geboten, wenn die rechtfertigende Kindeswohlgefährdung oder die Erforderlichkeit entfallen sind.

Wurde keine kindesschutzrechtliche Maßnahme getroffen, sondern davon abgesehen, richtet sich die Überprüfungspflicht nach § 166 Abs. 3 FamFG.

c) Zwischenergebnis zur Tatsachenkontrolle im fachgerichtlichen Instanzenzug

Die Ausgestaltung des Instanzenzugs, der zwei Tatsacheninstanzen und eine nachgeschaltete Rechtsinstanz vorsieht, spricht grundsätzlich gegen eine umfangreiche Tatsachenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, da schon die Rechtsbeschwerdeinstanz auf die Rechts- und Verfahrenskontrolle beschränkt ist¹⁶² und die „Wiederaufnahme“ der Tatsachenarbeit in den Kontrollbereich des Bundesverfassungsgerichts dieser Systematik widerspricht.¹⁶³

Dieses Argument verliert für das kindschaftsrechtliche Verfahren dadurch aber etwas an Überzeugungskraft, dass sich die Verfassungsbeschwerde mangels Zulassung der Rechtsbeschwerde regelmäßig gegen zweitinstanzliche Beschlüsse richtet.¹⁶⁴ Selten ist der Rechtsweg auch mit Durchlaufen der

¹⁵⁸ BVerfG (2. Kammer), 10.09.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897, 1898 (juris Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2102/14, FamRZ 2015, 210, 211 (Rn. 12).

¹⁵⁹ Engelhardt, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 166, Rn. 5.

¹⁶⁰ Heilmann, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 166, Rn. 20; konkreter Socha, JAmt 2017, 522, 523: in der Regel ein Jahr.

¹⁶¹ Heilmann, in: Rauscher, MüKo-FamFG, § 166, Rn. 11; Bartels, FuR 2019, 77.

¹⁶² Scholz/Konrad, AöR 123 (1998), S. 60, 78; Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318.

¹⁶³ Haas, FS Bayerischer Verfassungsgerichtshof, S. 27, 41; Jestaedt, DVBl. 2001, 1309, 1321.

¹⁶⁴ Ähnlich C. Burmeister, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 260 f.

ersten Instanz erschöpft.¹⁶⁵ Dennoch sind dem Bundesverfassungsgericht regelmäßig zwei volle Tatsacheninstanzen vorgeschaltet, die für diese Arbeit besser geeignet sind.¹⁶⁶ Dementsprechend sieht das Verfassungsprozessrecht strenge Zugangshürden vor, welche die Erstbeschäftigung der Fachgerichte sicherstellen.

II. Verfassungsprozessuale Sicherungen der fachgerichtlichen Erstbeschäftigung

Eine Reihe von Zulässigkeitsvoraussetzungen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG) regeln den Zugang zur bundesverfassungsgerichtlichen Sachentscheidung. Die Beschwerde- und Verfahrensfähigkeit beziehen sich auf den Beschwerdeführer, der mit einem Akt öffentlicher Gewalt einen tauglichen Beschwerdegegenstand angreifen muss. Die Beschwerdebefugnis stellt sicher, dass eine Verletzung des Prüfungsmaßstabs – der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte – möglich erscheint und der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten wird insbesondere vom Grundsatz der Subsidiarität (1.) und den Substantiierungsanforderungen (2.) adressiert. Insbesondere bei letzteren zeigt sich deutlich, dass die geringe verfassungsprozessuale Regelungsdichte normative Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz erschwert.¹⁶⁷

1. Der Grundsatz der Subsidiarität

Die Eigenschaft der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf wird maßgeblich durch das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung und den Grundsatz der Subsidiarität abgesichert, über deren dogmatisches Verhältnis zueinander Uneinigkeit besteht: Teilweise wird unter Verweis auf den Wortlaut des § 90 Abs. 2 BVerfGG von zwei zu trennenden Kategorien ausgegangen.¹⁶⁸ Terminologisch überzeugender ist es, den „Grundsatz der Subsidiarität“ als Sammelbegriff für die (kodifizierte) Rechtswegerschöpfung (a)) und darüber hinausgehende formelle und materielle Subsidiari-

¹⁶⁵ Siehe zu dieser Sonderkonstellation der Anfechtung der Vormundsauswahl durch die Großeltern oben Teil 2, C.II.2.b)cc), S. 160 ff., zu einer vergleichbaren Problematik im asylrechtlichen Eilverfahren: *Neidhardt/Ehrbeck*, NVwZ 2015, 761.

¹⁶⁶ Siehe oben B.I.1.e), S. 193 ff.

¹⁶⁷ Ähnlich *Sauer*, AöR 138 (2013), S. 294, 295 für die Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen durch das BVerfG.

¹⁶⁸ *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 570.

tätsanforderungen (b)) zu verstehen.¹⁶⁹ Aus Inhalt und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes lassen sich Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz ziehen (c)).

a) Die Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, dessen verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG) nachträglich in das Grundgesetz eingefügt wurde,¹⁷⁰ kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Damit wird der fachgerichtliche Instanzenzug abgesichert.¹⁷¹ Der Beschwerdeführer muss von allen gesetzlich vorgesehenen, nicht offensichtlich unzulässigen¹⁷² Rechtsmitteln Gebrauch gemacht und eine letztinstanzliche, rechtskräftige Entscheidung des zuständigen Fachgerichts erwirkt haben.¹⁷³ Wenn die Eilentscheidung in Familiensachen beispielsweise ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, muss der Beschwerdeführer zur Rechtswegerschöpfung eine solche beantragen (§ 54 Abs. 2 FamFG) und durchführen.¹⁷⁴ Darüber hinaus ist er verpflichtet, den Rechtsweg „ordnungsgemäß“ zu erschöpfen: Eingelegte Rechtsmittel dürfen nicht aufgrund eines Fehlers des Beschwerdeführers verworfen oder als unzulässig zurückgewiesen worden sein.¹⁷⁵

Grundsätzlich ist der Rechtsweg auch erschöpft, wenn im Eilverfahren eine abschließende, nicht mehr angreifbare Entscheidung erstritten wurde.¹⁷⁶ Soweit keine zusätzlichen Subsidiaritätsanforderungen eingreifen,¹⁷⁷ können deswegen fachgerichtliche Eilentscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde

¹⁶⁹ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 244 ff.; *O’Sullivan*, DVBl. 2005, 880; *Seegmüller*, DVBl. 1999, 738, 744; so wohl auch *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669 f.; ganz anders z.B. noch *Warmke*, Subsidiarität, 1993, S. 164, der gänzlich auf die Kategorie der „Subsidiarität“ verzichten will.

¹⁷⁰ Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.01.1969 (BGBl. I S. 97).

¹⁷¹ Siehe zum Instanzenzug im familiengerichtlichen Verfahren oben B.I.2.b)aa), S. 197.

¹⁷² BVerfGE 5, 17, 19 f.; 70, 180, 186; 91, 93, 105 f. – Familienexistenzminimum II.

¹⁷³ BVerfGE 1, 12, 13; 1, 13, 14; 42, 252, 257; 67, 157, 170; ausführlich dazu *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 90, Rn. 147 ff.

¹⁷⁴ BVerfG (1. Kammer), 15.10.2020 – 1 BvR 2262/20, juris, Rn. 7.

¹⁷⁵ BVerfGE 1, 12, 13; 87, 1, 32 f.; 91, 93, 107 – Familienexistenzminimum II; 103, 172, 182; *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 673; *O’Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 881.

¹⁷⁶ BVerfGE 80, 40, 45.

¹⁷⁷ Dazu sogleich b).

angegriffen werden, was bei familiengerichtlichen Entscheidungen regelmäßig der Fall ist.¹⁷⁸

b) Weitere formelle und materielle Subsidiaritätsanforderungen

Das Bundesverfassungsgericht leitet auch den Grundsatz der Subsidiarität aus § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG her.¹⁷⁹ Der gelegentlich als Rechtswegerschöpfung im weiteren Sinne¹⁸⁰ bezeichnete Grundsatz fordert, dass Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung (im engeren Sinne) hinaus auch sonstige Mittel ergreifen müssen, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder die Grundrechtsverletzung zu verhindern.¹⁸¹

Dabei kann man zwischen der formellen und der materiellen Subsidiarität unterscheiden.¹⁸² Erstere fordert vom Beschwerdeführer, über die ordnungsgemäße Erschöpfung des Rechtswegs hinaus weitere zumutbare prozessuale Möglichkeiten zu ergreifen, um den geltend gemachten Grundrechtsverstoß zu beheben.¹⁸³ So ist beispielsweise nach Erschöpfung des Eilrechtswegs die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zumutbar, wenn mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen, die tatsächliche und einfachrechtliche Lage noch nicht ausreichend geklärt ist und dem Beschwerdeführer dadurch kein schwerer Nachteil entsteht.¹⁸⁴ In den untersuchten Verfassungsbeschwerden gegen Eilentscheidungen problematisieren die Kammern diese Subsidiaritätsanforderung regelmäßig nicht und gehen ohne nähere Erörterung von

¹⁷⁸ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a)bb), S. 133 ff.

¹⁷⁹ BVerfGE 107, 395, 414; vgl. dazu *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669 f., gleichzeitig kritisch zur Entfernung vom Wortlaut: „Stolpersteinprinzip“ (S. 682); kritisch auch schon *Warmke*, Subsidiarität, 1993, S. 83 f.; *Zuck*, FS Redeker, S. 213, 222; *Posser*, Subsidiarität, 1993, S. 310 ff., der Subsidiaritätsanforderungen als eine Rechtsfortbildung einordnet, die gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoße (S. 444); *Spranger*, AöR 2002, S. 27, 60 f.

¹⁸⁰ BVerfGE 107, 27, 44 – doppelte Haushaltsführung.

¹⁸¹ BVerfGE 22, 287, 290 f.; 63, 77, 78; 80, 40, 45; 107, 257, 267; 138, 261, 271 (Rn. 23); 150, 309, 326 (Rn. 42).

¹⁸² *Kreuder*, NJW 2001, 1243, 1244 ff.; *Sodan*, DÖV 2002, 925, 929 ff.; *O’Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 881; *O. Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945, 949 ff.; *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 576 f.; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 247; kritisch *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 (53. EL 02/2018), Rn. 381; mit abweichender Kategorisierung auch *Buermeyer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 35, 39 ff.

¹⁸³ *O’Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 881; ähnlich *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 670 f.

¹⁸⁴ BVerfGE 77, 381, 401; 78, 290, 301 ff.; 80, 40, 45; 104, 65, 70 f.

der Zulässigkeit aus. Als Grund dafür drängt sich jedoch auf, dass den Beschwerdeführern durch das Betreiben des Hauptsacheverfahrens und den damit einhergehenden zeitlichen Verzögerungen schwere Nachteile – beispielsweise die Herausnahme des Kindes aus dem elterlichen Haushalt vor Abschluss des Hauptsachenverfahrens¹⁸⁵ oder die weitere Entfremdung vom Kind in Rückführungskonstellationen – entstehen würden. Soweit die Länge eines andauernden Verfahrens mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wird, erfordert der Grundsatz der Subsidiarität die Erhebung einer Beschleunigungsrüge (§ 155b Abs. 1 FamFG).¹⁸⁶

Die materielle Subsidiarität stellt Anforderungen an das Verhalten innerhalb des Instanzenzugs¹⁸⁷ und betrifft insbesondere das Hinwirken auf Einhaltung der Verfahrensregeln und den Vortrag des Beschwerdeführers. Danach muss der Beschwerdeführer entscheidungserhebliche Tatsachen vollständig im Ausgangsverfahren vortragen; ein „Nachreichen“ von Tatsachenvortrag ist im Verfassungsbeschwerdeverfahren grundsätzlich unzulässig.¹⁸⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob im Ausgangsverfahren die Parteimaxime oder der Amtsermittlungsgrundsatz gilt.¹⁸⁹ Neuer Tatsachenvortrag kann zulässig und erforderlich sein, wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Verletzung von Verfahrensgrundrechten „quasi-erstinstanzlich“ tätig wird.¹⁹⁰ Zur Substantiierung eines fachgerichtlichen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG muss der Beschwerdeführer beispielsweise darlegen, was er bei ordnungsgemäßem rechtlichen Gehör zusätzlich vorgetragen hätte und wie dies die Entscheidung des Fachgerichts beeinflusst hätte.¹⁹¹

Unsicher war lange, ob vergleichbare Anforderungen für den Vortrag von verfassungsrechtlichen Argumenten gelten. Nachdem einige Kammerentscheidungen diesbezüglich weitgehende Anforderungen etabliert hat-

¹⁸⁵ So ausdrücklich BVerfG (2. Kammer), 20.06.2011 – 1 BvR 303/11, juris, Rn. 19.

¹⁸⁶ BVerfG (2. Kammer), 01.03.2017 – 1 BvR 2311/16, FamRZ 2017, 620.

¹⁸⁷ *O'Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 881 f.; *O. Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945, 951; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 248; mit ähnlicher Kategorisierung schon *Posser*, Subsidiarität, 1993, S. 188 f.; mit anderer Kategorisierung z. B. *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 94, Rn. 18, der den rechtzeitigen Tatsachenvortrag als „materielle Rügepflicht“ dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung zuordnet.

¹⁸⁸ BVerfGE 66, 337, 363 f.; 72, 84, 88; 81, 22, 27 f.; 112, 50, 60 ff.; 140, 229, 232 (Rn. 10); BVerfG (2. Kammer), 16.12.1991 – 2 BvR 1608/91, juris, Rn. 5.

¹⁸⁹ BVerfGE 79, 174, 190.

¹⁹⁰ Ähnlich *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 74 u. 163; *O. Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945, 952.

¹⁹¹ BVerfGE 28, 17, 20; 82, 236, 256 f. – Flughafenblockade; BVerfGK 9, 1, 4; 14, 524, 533 f.; BVerfG (3. Kammer), 21.02.2008 – 1 BvR 1987/07, NVwZ 2008, 778, 779 (Rn. 19); mit weiteren Beispielen zu den Verfahrensgrundrechten *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 39.

ten,¹⁹² stellte die Senatsrechtsprechung klar, dass verfassungsrechtlicher Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren grundsätzlich nicht erforderlich sei.¹⁹³ Ausnahmen hiervon gelten insbesondere für Rechtssatzverfassungsbeschwerden.¹⁹⁴ Ferner erfordert der Subsidiaritätsgrundsatz, fachgerichtliche Verfahrensfehler bereits so früh wie möglich zu rügen.¹⁹⁵

c) Folgerung für die Tatsachenkontrolle

Mit dem Grundsatz der Subsidiarität und der daraus folgenden Erstbeschäftigung der Fachgerichte geht angesichts ihrer Grundrechtsbindung eine grundsätzliche Aussage zur Aufgabenverteilung einher: Obwohl das fachgerichtliche Verfahren vom Beschwerdeführer nicht als Verfassungsprozess geführt werden muss, obliegt es zunächst – jedenfalls in zeitlicher Hinsicht – der Fachgerichtsbarkeit, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen.¹⁹⁶ Ihr kommt eine grundrechtsschützende Funktion zu,¹⁹⁷ die sie – wenn man die Erfolgsquote der Verfassungsbeschwerde als Maßstab nimmt – gut erfüllt.¹⁹⁸ Konkret zielen die Rechtswegerschöpfung und die weitergehenden Subsidiaritätsanforderungen einerseits auf die tatsächliche Vorklärung des Sachverhalts ab; dem Bundesverfassungsgericht soll eingehend geprüftes Tatsachenmaterial vermittelt werden.¹⁹⁹ Andererseits soll die Fallanschauung

¹⁹² Vgl. BVerfG (3. Kammer), 29.02.2000 – 2 BvR 2033/98, NStZ-RR 2000, 281, 282 (juris Rn. 5 f.); BVerfG (1. Kammer), 22.11.2000 – 1 BvR 479/00, juris, Rn. 4; BVerfGK 3, 90, 92.

¹⁹³ BVerfGE 112, 50, 61; 129, 78, 92 f. – Designermöbel Urheberrecht; 140, 229, 232 (Rn. 10); ähnlich schon 74, 102, 114 f. – Erziehungsmaßregel; zustimmend *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 249; *Buermeyer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 35, 51 ff.; *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III³, § 70, Rn. 196; *Burkiczak*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG, Art. 94 (194. EL 11/2018), Rn. 347; kritisch zuvor schon *Warmke*, Subsidiarität, 1993, S. 125; *M. Bender*, AöR 112 (1987), S. 169, 179 ff.

¹⁹⁴ BVerfGE 112, 50, 62; kritisch *O'Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 886; für den Sonderfall der neg. Feststellungsklage *Barczak*, DVBl. 2019, 1040, 1046.

¹⁹⁵ *O'Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 882; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 248.

¹⁹⁶ BVerfGE 47, 144, 145; 49, 252, 258; 68, 376, 380; 74, 102, 114 – Erziehungsmaßregel; 107, 395, 414; 115, 81, 92.

¹⁹⁷ *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99, 120 ff.; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 316 f.; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1034; *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 234 f.; *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III³, § 70, Rn. 198.

¹⁹⁸ *Papier*, FS Badura, S. 411, 429; *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 77, 118.

¹⁹⁹ BVerfGE 8, 222, 227 – Spielautomatensteuer; 56, 54, 69; 74, 102, 113 – Erziehungsmaßregel; 77, 381, 401; 86, 382, 386 f.; 143, 246, 321 (Rn. 209) – Atomausstieg; dazu schon *Redelberger*, NJW 1953, 361, 364.

und Rechtsauffassung der fachnahen Gerichte unterbreitet werden.²⁰⁰ Dies verhindert, dass das Bundesverfassungsgericht weitreichende Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage treffen muss, entlastet das Gericht und trägt zur Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit bei.²⁰¹ Die mit dem Grundsatz der Subsidiarität verfolgte Entlastung kann nur erreicht werden, wenn dem Gericht nicht die Wiederholung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit aufgegeben ist.²⁰² Insbesondere eine eigenständige Tatsachenermittlung würde die Kapazitäten des Gerichts sprengen.

Dementsprechend sind Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität nur unter den engen Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG zulässig: Das Bundesverfassungsgericht kann – ihm ist insoweit ein Ermessensspielraum eröffnet²⁰³ – bei allgemeiner Bedeutung der Verfassungsbeschwerde oder zur Abwehr eines schweren und unabwendbaren Nachteils sofort entscheiden.²⁰⁴ Ersteres dient der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde und ist der Fall, wenn sie die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt oder eine Vielzahl gleich gelagerte Fälle mitentschieden werden.²⁰⁵ Letzteres setzt – die subjektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in den Blick nehmend – einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff voraus, der auch bei erfolgreichem Beschreiten des fachgerichtlichen Rechtswegs nicht mehr beseitigt werden könnte.²⁰⁶ Darüber hinaus greift das Gericht zur Herleitung von Ausnahmen von der Rechtswegerschöpfung und den weiteren Subsidiaritätsanforderungen auf das Kriterium der Zumutbarkeit zurück.²⁰⁷ Auch der Ausnahmenkatalog nimmt Rücksicht auf die Entlastungsfunktion des Subsidiaritätsgrundsatzes: Eine Vor-

²⁰⁰ BVerfGE 65, 1, 38 – Volkszählung; 79, 1, 20; 123, 148, 172; 138, 261, 271 (Rn. 23).

²⁰¹ BVerfGE 51, 130, 138; 69, 122, 125 f.; 72, 39, 46; *Zacher*, FG BVerfG I, S. 397, 418; *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 682.

²⁰² *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 268 f.; *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3517.

²⁰³ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 (53. EL 02/2018), Rn. 397; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 90, Rn. 521.

²⁰⁴ Ohne Begründung der Vorabentscheidung bspw. BVerfGE 7, 377, 382 – Apothekenurteil.

²⁰⁵ BVerfGE 19, 268, 273; 85, 167, 172; 98, 218, 242 f. – Rechtschreibreform; 108, 370, 386.

²⁰⁶ BVerfGE 7, 99, 105 – Sendezeit I; 69, 315, 340 – Brokdorf; BVerfG (3. Kammer), 21.05.2004 – 2 BvR 715/04, NJW 2004, 3697 (juris Rn. 18); BVerfG (1. Kammer), 09.03.2018 – 2 BvR 174/18, NJW 2018, 1532, 1533 (Rn. 16); ähnlich BVerfGE 86, 133, 140.

²⁰⁷ BVerfGE 22, 349, 355; 71, 305, 336; 110, 177, 188 ff. – Spätaussiedler; 134, 106, 115 (Rn. 28); 138, 261, 271 (Rn. 23); BVerfG (1. Kammer), 15.10.2020 – 1 BvR 2262/20, juris, Rn. 8.

abentscheidung scheidet regelmäßig aus, wenn fachgerichtliche Klärung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht erforderlich ist.²⁰⁸

2. Die Substantiierung der Verfassungsbeschwerde

Die Substantiierungsobliegenheit²⁰⁹ wird als wichtigstes Instrument der Zulässigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht eingeordnet.²¹⁰ In quantitativer Hinsicht bestätigt dies die Untersuchung der jüngeren Rechtsprechung in Kindschaftssachen: Soweit Verfassungsbeschwerden zur Allein-sorge, zum Umgangsrecht oder zur Vormundswahl wegen Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung angenommen werden, wird das in einem weit über-wiegenden Anteil der Fälle damit begründet, dass die Anforderungen der §§ 23, 92 BVerfGG nicht erfüllt seien.²¹¹

Die Rechtsprechung stellt in einer extensiven Auslegung der §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG weitreichende, flexibel gehandhabte²¹² Anforderungen an die Begründung der Verfassungsbeschwerde (a)), die sich in der Tendenz stetig verschärfen.²¹³ Dies führt teilweise zu der Einschätzung, dass der an sich

²⁰⁸ BVerfGE 79, 29, 37 f.; 86, 133, 140; 101, 54, 74; 139, 321, 347 (Rn. 84); 145, 365, 372 (Rn. 19).

²⁰⁹ Die Begriffe „Substantiierung“ und „Begründung“ werden in Anlehnung an den Gebrauch in der Rechtsprechung hier synonym verwendet, vgl. dazu *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 26 f.; anders *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 466; *Barczak*, in: ders., BVerfGG, § 92, Rn. 8.

²¹⁰ *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465; ähnlich *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 92, Rn. 14.

²¹¹ Siehe für Alleinsorge-Entscheidungen BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris; BVerfG (1. Kammer), 07.06.2016 – 1 BvR 519/16, FF 2016, 304; BVerfG (2. Kammer), 13.04.2017 – 1 BvR 728/17, FF 2017, 249; BVerfG (1. Kammer), 23.01.2019 – 1 BvR 1461/18, FamRZ 2019, 802; BVerfG (1. Kammer), 13.05.2020 – 1 BvR 663/19, FamRZ 2020, 1579; BVerfG (1. Kammer), 13.07.2020 – 1 BvR 631/19, FamRZ 2020, 1559; für Entscheidungen zum Umgang BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093; BVerfG (2. Kammer), 06.12.2016 – 1 BvR 2046/16, juris; BVerfG (2. Kammer), 09.03.2017 – 1 BvR 401/17, juris; BVerfG (2. Kammer), 08.06.2017 – 1 BvR 1054/17, juris; BVerfG (2. Kammer), 16.08.2018 – 1 BvR 836/18, juris; BVerfG (1. Kammer), 28.10.2019 – 1 BvR 2237/19, juris; BVerfG (1. Kammer), 25.06.2021 – 1 BvR 2027/20, juris; und zur Vormundschaftswahl BVerfG (2. Kammer), 30.04.2018 – 1 BvR 393/18, FamRZ 2018, 1092.

²¹² *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465 sieht dies als Ausfluss eines bei sog. „wei-chen“ Sachentscheidungs Voraussetzungen bestehenden Beurteilungsspielraums an; kritisch *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 185 ff. u. 200 f.

²¹³ *Seegmüller*, DVBl. 1999, 738, 745 f.; *Lamprecht*, NJW 2000, 3543, 3543 f.; *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 676; *O'Sullivan*, DVBl. 2005, 880, 885 f.; *Gas*, JA 2007, 375, 377; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 132; *Barczak*, in: ders., BVerfGG, § 92, Rn. 6; für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde auch *ders.*, DVBl.

im Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (§ 26 BVerfGG) praktisch außer Kraft gesetzt sei.²¹⁴ Es lässt zugleich Rückschlüsse auf das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich seiner Eigenschaft als Tatsachengericht zu (b)).

a) Begründungsanforderungen

Die ausdrücklich im Gesetzestext genannten Voraussetzungen sind übersichtlich: Nach § 23 Abs. 1 BVerfGG sind Anträge schriftlich, begründet und unter Angabe der erforderlichen Beweismittel einzureichen. Diese Anforderungen werden für die Verfassungsbeschwerde dahingehend erweitert, dass das als verletzt gerügte Grundrecht und die angegriffene Handlung oder Unterlassung (§ 92 BVerfGG) genannt werden müssen. Keine Einigkeit herrscht zwischen den Senaten darüber, ob die Rüge des Beschwerdeführers den Prüfungsmaßstab mitbestimmt: Während der Erste Senat regelmäßig²¹⁵ nur die ausdrücklich oder konkludent²¹⁶ als verletzt gerügten Grundrechte prüft,²¹⁷ erstreckt der Zweite Senat die Kontrolle bei zulässiger Verfassungsbeschwerde auf die Vereinbarkeit mit allen Grundrechten.²¹⁸

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betreffen die Substantiierungsanforderungen alle Erfolgsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde (aa)). Dabei kann sich die Mitwirkungsobliegenheit auf tatsächliche und rechtliche Ausführungen beziehen (bb)).

2019, 1040; eine solche Tendenz insgesamt hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen feststellend *Faller*, FS Benda, S. 43, 49 ff.

²¹⁴ *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 26, Rn. 3: „faktisch außer Kraft gesetzt“; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 162: „fast vollständig[es]“ Zurücktreten; ähnlich *C. Walter*, in: *Walter/Grünwald*, BeckOK BVerfGG, § 26, Rn. 6.

²¹⁵ Abweichend zum Beispiel BVerfGE 108, 370, 376 u. 403.

²¹⁶ BVerfGE 47, 182, 186 f.; *Hömig*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 8.

²¹⁷ BVerfGE 82, 6, 18; 85, 1, 11 – Bayer-Aktionäre; 89, 69, 82; BVerfG (3. Kammer), 02.04.2001 – 1 BvR 212/98, FamRZ 2001, 1057; zustimmend *Hömig*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 15; kritisch *Müller-Franken*, DÖV 1999, 590, 594 ff.; *Görisch/Hartmann*, NVwZ 2007, 1007, 1010 ff.

²¹⁸ BVerfGE 17, 252, 258; 54, 53, 66 f.; 71, 202, 204; 76, 1, 74 – Familiennachzug; 124, 235, 241 f.; 147, 364, 378 (Rn. 36); zustimmend *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 681; *Barczak*, in: *ders.*, BVerfGG, § 92, Rn. 97; für einen nicht gerügten Verstoß gegen die Grundrechte der Charta der Europäischen Union BVerfGE 156, 182, 199 (Rn. 41).

aa) Bezugspunkte der Begründungsobliegenheit

Die Begründungsobliegenheit gilt neben den personenbezogenen Annahmeveraussetzungen (§ 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG)²¹⁹ für die Zulässigkeitsanforderungen und die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde. Den Beschwerdeführer trifft zunächst eine umfassende Substantiierungslast hinsichtlich der Sachentscheidungsvoraussetzungen der Urteilsverfassungsbeschwerde.²²⁰ So muss er beispielsweise die Fristwahrung (§ 93 Abs. 1 BVerfGG) – soweit sie sich nicht ohne Weiteres aus den vorgelegten Unterlagen ergibt – dadurch substantiieren, dass er den Zeitpunkt des Zugangs der angegriffenen Entscheidung vorträgt.²²¹ Als besonders praxisrelevant gelten die Substantiierungsanforderungen in Hinblick auf den Grundsatz der Subsidiarität.²²² Der Beschwerdeführer muss darlegen, dass er dessen Anforderungen erfüllt hat; beispielsweise entscheidungserhebliche Tatsachen bereits im fachgerichtlichen Verfahren mitgeteilt hat.²²³

Hinsichtlich der Begründetheit hat der Beschwerdeführer die geltend gemachten Grundrechtsverletzung nachvollziehbar darzulegen, wobei die Anforderungen von der betroffenen Rechtsposition²²⁴ und der geltend gemachten Grundrechtsdimension abhängen.²²⁵ Zur präzisen Eingrenzung des Prüfungsgegenstandes ist der angegriffene Akt öffentlicher Gewalt genau zu benennen.

bb) Tatsachen- und Rechtsausführungen

Für jeden dieser Bereiche kann die innerhalb der Einlegungsfrist (§ 93 Abs. 1 BVerfGG) zu erfüllende Begründungsobliegenheit tatsächliche und

²¹⁹ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 92, Rn. 24; ähnlich *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 21; dagegen *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 92, Rn. 72.

²²⁰ *Barczak*, in: ders., BVerfGG, § 92, Rn. 25 ff.; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 92, Rn. 68; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 92, Rn. 43 ff.

²²¹ BVerfG (1. Kammer), 04.09.2019 – 1 BvR 1789/19, juris, Rn. 3; BVerfG (1. Kammer), 28.10.2019 – 1 BvR 2237/19, juris, Rn. 2; zurückhaltender *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 32, der diesbezüglich Substantiierungsanforderungen nur dann für gerechtfertigt hält, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Nichteinhaltung der Frist bestehen.

²²² *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 681.

²²³ *O. Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945, 953 f.; *Buermeyer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 35, 55; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 30.

²²⁴ Ausführlich zu den Anforderungen bei Justizgrundrechten *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 84 ff.

²²⁵ *Barczak*, in: ders., BVerfGG, § 92, Rn. 57 ff. u. 76 ff.

rechtliche Ausführungen erforderlich machen. Dies gilt jedoch in besonderem Maße für die Substantiierung der behaupteten Grundrechtsverletzung.

Zunächst muss der Sachverhalt, d.h. der die Rechtsverletzung enthaltende Vorgang, substantiiert vorgetragen werden.²²⁶ Dem Bundesverfassungsgericht sind alle tatsächlichen Umstände mitzuteilen, die es zur Anlegung des Prüfungsmaßstabes benötigt;²²⁷ dabei ist die Sachverhaltsschilderung auf die verfassungsrechtliche Beurteilung zuzuschneiden.²²⁸ Hierzu gehört es auch, dass der Beschwerdeführer relevante Unterlagen vorlegt oder deren Inhalt in hinreichendem Umfang wiedergibt.²²⁹ Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde betrifft dies neben den fachgerichtlichen Entscheidungen insbesondere eingeholte Sachverständigengutachten.²³⁰

Wenig Rechtsprechung gibt es zu den Substantiierungsanforderungen bei Angriffen auf die fachgerichtliche Tatsachenarbeit. Eine eigene abweichende Beweiswürdigung durch den Beschwerdeführer²³¹ oder die bloße Behauptung, die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung sei falsch,²³² genügen nicht. Vielmehr ist erforderlich, dass er objektive Willkür bei der Beweiswürdigung darlegt²³³ oder die Nichtberücksichtigung von Tatsachen unter Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte – insbesondere Art. 103 Abs. 1 GG²³⁴ – substantiiert.²³⁵ Zu den Begründungsanforderungen bei der Geltendmachung eines

²²⁶ BVerfGE 9, 109, 114 f.; 81, 208, 214; 103, 142, 150; 108, 370, 386 f.; 115, 166, 180; 130, 1, 21; BVerfG (2. Kammer), 11.01.2017 – 1 BvR 2322/16, FamRZ 2017, 446, 447 (Rn. 13).

²²⁷ *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 35; *Magen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 92, Rn. 26.

²²⁸ *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 680.

²²⁹ BVerfGE 78, 320, 327; 88, 40, 45; 93, 266, 288 – „Soldaten sind Mörder“; BVerfG (2. Kammer), 13.04.2017 – 1 BvR 728/17, FF 2017, 249, 250 (Rn. 5 f.); BVerfG (2. Kammer), 09.03.2017 – 1 BvR 401/17, juris, Rn. 3; BVerfG (1. Kammer), 15.10.2020 – 1 BvR 2262/20, juris, Rn. 2; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 66 ff.; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 92, Rn. 29.

²³⁰ BVerfG (1. Kammer), 04.08.2015 – 1 BvR 1388/15, juris, Rn. 2; BVerfG (1. Kammer), 10.06.2020 – 1 BvR 572/20, FamRZ 2020, 1562, 1564 (Rn. 12 ff.); vgl. auch BVerfG (1. Kammer), 10.12.2019 – 1 BvR 2214/19, FamRZ 2020, 422, 423 (Rn. 10 ff.) für die Vorlage von Berichten des Jugendamts, der Eltern-Kind-Einrichtung oder der Bereitschaftspflegestelle.

²³¹ BVerfG (3. Kammer), 03.07.2001 – 2 BvR 800/01, juris, Rn. 2.

²³² BVerfGE 83, 119, 125 f.; die Behauptung einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG betreffend 22, 267, 273; ähnlich BVerfG (Dreierausschuss), 12.07.1979 – 1 BvR 465/79, juris, Rn. 1.

²³³ BVerfG (2. Kammer), 15.03.1999 – 2 BvR 375/99, juris, Rn. 9.

²³⁴ Vgl. zum Beispiel BVerfGE 22, 267, 273 f.

²³⁵ *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 38; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 71.

vom erweiterten Prüfungsumfang umfassten deutlichen Tatsachenfehlers hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher nicht explizit geäußert. Allerdings deuten einige Entscheidungen darauf hin, dass auch der anzulegende Prüfungsumfang einen Einfluss auf die Substantiierungserfordernisse hat. Geht der Beschwerdeführer beispielsweise bei der Darlegung einer Grundrechtsverletzung durch eine Alleinsorgeentscheidung irrtümlich von einem auf fachgerichtliche Tatsachenfehler erweiterten Prüfungsumfang aus, kann daran die erforderliche Substantiierung einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte scheitern.²³⁶

Neben der Sachverhaltsdarstellung werden vom Beschwerdeführer unter Abweichung vom Grundsatz *iura novit curia* auch rechtliche Ausführungen gefordert. Für die Urteilsverfassungsbeschwerde umfasst dies insbesondere die Auseinandersetzung mit den angegriffenen Entscheidungen und ihren tragenden Gründen.²³⁷ Als Basis für die verfassungsrechtliche Argumentation muss der Beschwerdeführer sich gegebenenfalls vertieft mit der einfachgesetzlichen Rechtslage auseinandersetzen.²³⁸ Will er beispielsweise eine willkürliche Rechtsanwendung²³⁹ rügen, kann er nur unter Bezugnahme auf das einfache Recht und dessen Anwendung durch das Fachgericht eine „unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar[e]“²⁴⁰ Handhabung darlegen. So schlägt er die „Brücke zwischen dem bisherigen Verfahren und dem Verfassungsbeschwerde-Verfahren“²⁴¹ und setzt den Fall in Bezug zu verfassungsrechtlichen Maßstäben.²⁴² Hierzu muss sich der Beschwerdeführer auch mit der einschlägigen Verfassungsrechtsprechung auseinandersetzen.²⁴³ Eine

²³⁶ BVerfG (1. Kammer), 07.06.2016 – 1 BvR 519/16, FF 2016, 304 (Rn. 3).

²³⁷ BVerfGE 85, 36, 52 f.; 101, 331, 345; 105, 252, 264 – Glykolwarnung; BVerfG (2. Kammer), 06.12.2016 – 1 BvR 2046/16, juris, Rn. 2; BVerfG (2. Kammer), 08.06.2017 – 1 BvR 1054/17, juris, Rn. 1; BVerfG (2. Kammer), 30.04.2018 – 1 BvR 393/18, FamRZ 2018, 1092, 1093 (Rn. 8 f.); BVerfG (1. Kammer), 23.01.2019 – 1 BvR 1461/18, FamRZ 2019, 802 (Rn. 2).

²³⁸ BVerfGE 140, 229, 232 (Rn. 9); BVerfGK 20, 327, 329; BVerfG (1. Kammer), 24.06.2015 – 1 BvR 467/13, juris, Rn. 15; BVerfG (2. Kammer), 11.01.2017 – 1 BvR 2322/16, FamRZ 2017, 446, 447 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 09.08.2018 – 1 BvR 1981/16, juris, Rn. 9; *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 681 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Kammerrechtsprechung (dort. Fn. 106).

²³⁹ Zu diesem Prüfungsansatz des BVerfG siehe oben Teil 1, B.II., S. 32.

²⁴⁰ Vgl. nur BVerfGE 96, 189, 203.

²⁴¹ O. Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945, 953.

²⁴² *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 467; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 83 f.; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 43.

²⁴³ BVerfGE 99, 84, 87; 101, 331, 345 f.; 130, 76, 110; 140, 229, 232 (Rn. 9); BVerfG (1. Kammer), 25.04.2015 – 1 BvR 3326/14, FamRZ 2015, 1093, 1095 (Rn. 38 ff.).

genauere Darlegung der Grundrechtsverletzung ist nur dann entbehrlich, wenn diese auf der Hand liegt.²⁴⁴

Auch bei verfassungsrechtlich nicht geklärten Fragen stellte die Rechtsprechung gelegentlich hohe Anforderungen an die Rechtsausführungen.²⁴⁵ Gerade diese Anforderungen an die „rechtliche“ Substantiierung zeigen, dass die Begründungsobliegenheit nicht allein formeller Natur ist, sondern mit einer inhaltlichen Kontrolle einhergeht, die sich mit der Prüfung der Beschwerdebefugnis²⁴⁶ und der Begründetheit²⁴⁷ der Verfassungsbeschwerde überschneiden kann. Dies wurde zutreffend als „Materialisierung“²⁴⁸ der Begründungspflicht beschrieben.

b) Rückschlüsse auf das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts

Wie der Subsidiaritätsgrundsatz dienen die Begründungsanforderungen der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, indem sie für eine zuverlässige Grundlage für die weitere Behandlung des Verfahrens sorgen.²⁴⁹

Dies betrifft zunächst den Tatsachenvortrag: Das Gericht soll in die Lage versetzt werden, ohne weitere Ermittlungen des Sachverhalts die Erfolgsaussichten vorläufig beurteilen zu können.²⁵⁰ Eine solche Einschätzung ist nach der Verfahrensgestaltung durch das BVerfGG zunächst für die Entscheidung über die Annahme der Verfassungsbeschwerde (§ 93a BVerfGG) notwen-

²⁴⁴ BVerfG (1. Kammer), 10.12.2019 – 1 BvR 2214/19, FamRZ 2020, 422, 423 (Rn. 13); BVerfG (1. Kammer), 27.11.2020 – 1 BvR 836/20, juris, Rn. 20.

²⁴⁵ BVerfG (3. Kammer), 01.03.2000 – 2 BvR 2017/94, 2 BvR 2039/94, NStZ 2000, 489, 490 (juris Rn. 10 f.); vgl. *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 88 ff., mit weiteren Beispielen und Kritik an diesen Anforderungen (S. 171).

²⁴⁶ *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 676 f.

²⁴⁷ *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 474: „Vorausblick auf die Begründetheit“; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 173 ff.; ohne diesbezügliche Bedenken noch *Seibert*, FS Hirsch, S. 491, 504; vgl. für eine umfangreiche Substantiierungsprüfung BVerfG (1. Kammer), 13.05.2020 – 1 BvR 663/19, FamRZ 2020, 1579 ff.

²⁴⁸ *Gas*, JA 2007, 375, 377.

²⁴⁹ BVerfGE 15, 288, 292; *Träger*, FS Geiger, S. 762, 778; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 6; *Magen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 92, Rn. 13; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 92, Rn. 1; *Seegmüller*, DVBl. 1999, 738, 741 f., weist zusätzlich darauf hin, dass die Zuständigkeit der Senate/Kammern anhand der Grundrechtsrüge bestimmt wird.

²⁵⁰ BVerfGK 5, 170, 171; BVerfG (2. Kammer), 17.03.2008 – 1 BvR 3069/06, juris, Rn. 13; BVerfGK 19, 306, 313; BVerfG (2. Kammer), 18.07.2019 – 2 BvR 1082/18, juris, Rn. 25; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 92, Rn. 4; *von Coelln*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 23 (30. EL 05/2009), Rn. 56.

dig.²⁵¹ Schon die regelmäßige Beiziehung der Akten des Ausgangsverfahrens würde in diesem Verfahrensstadium die Kapazitäten des Bundesverfassungsgerichts überlasten,²⁵² weswegen ein Großteil der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen gänzlich ohne Informationsbeschaffung nach den §§ 26 ff. BVerfGG ergeht. Dementsprechend führt ein unvollständiger Tatsachenvortrag auch bei Zweifeln an der Grundrechtskonformität der fachgerichtlichen Entscheidung zur Nichtannahme durch das Bundesverfassungsgericht.²⁵³ Auch sieht die Kammerrechtsprechung eine Verfassungsbeschwerde als missbräuchlich eingelegt (§ 34 Abs. 2 BVerfGG) an, wenn der Beschwerdeführer dem Gericht einen bedeutsamen Teil des fachgerichtlichen Verfahrens vorenthält und dies weitere Nachforschungen des Gerichts auslöst.²⁵⁴ Obwohl der normative Befund (§§ 23 Abs. 1, 92 Abs. 1 BVerfGG) wenig aussagekräftig ist, deutet zumindest die extensive Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass es sich in der Regel nicht als Tatsachengericht betätigen will.

Der Substantiierungsobliegenheit hinsichtlich des rechtlichen Vortrags kommt demgegenüber eine nachrangige Entlastungsfunktion zu. Sie verhindert zwar, dass das Bundesverfassungsgericht den dargelegten Sachverhalt auf alle denkbaren Grundrechtsverletzungen – gleichsam „ins Blaue“ hinein – untersuchen muss;²⁵⁵ der Beschwerdeführer soll mit seiner Rüge auch in rechtlicher Hinsicht eine Stoßrichtung vorgeben.²⁵⁶ Diesbezügliche Mängel im Vortrag kann das Gericht allerdings ohne wesentlichen Aufwand ausgleichen. Dies zeigt sich beispielsweise in Konstellationen, in denen das Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtliche Bedenken äußert, die Nichtannahme wegen fehlender Substantiierung aber damit begründet, dass der Beschwerdeführer die auslösenden rechtlichen Gründe nicht selbst vorgetra-

²⁵¹ *Magen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 92, Rn. 13; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 134 sieht darin die „wesentliche Zugangsschranke“ des Verfassungsbeschwerdeverfahrens.

²⁵² *Buermeyer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG I, 35, 56.

²⁵³ BVerfG (1. Kammer), 10.12.2019 – 1 BvR 2214/19, FamRZ 2020, 422, 423 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 10.06.2020 – 1 BvR 572/20, FamRZ 2020, 1562, 1564 (Rn. 20); BVerfG (1. Kammer), 27.11.2020 – 1 BvR 836/20, juris, Rn. 21; ähnlich BVerfG (1. Kammer), 19.06.2020 – 1 BvR 1284/20, juris, Rn. 3.

²⁵⁴ BVerfG (2. Kammer), 16.08.1994 – 2 BvR 983/94, 2 BvR 1258/94, NJW 1995, 385 (juris Rn. 16); BVerfG (2. Kammer), 11.09.2001 – 1 BvR 305/01, NJW 2002, 955 (juris Rn. 4); BVerfG (2. Kammer), 17.03.2008 – 1 BvR 3069/06, juris, Rn. 16 f.; BVerfG (1. Kammer), 24.09.2018 – 1 BvR 1764/18, juris, Rn. 6.

²⁵⁵ *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, 669, 678; *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 166 f. u. 182.

²⁵⁶ *Magen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 92, Rn. 41.

gen habe.²⁵⁷ Hier spielt die Entlastungsfunktion keine rechtfertigende Rolle, da die verfassungsrechtliche Frage dem Gericht bekannt war.²⁵⁸

III. Das Annahmeverfahren

Nach § 93a Abs. 1 BVerfGG bedarf die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung. Die in Art. 94 Abs. 2, S. 2 GG vorgesehene Ermächtigung zur Regelung des Annahmeverfahrens wurde erst 1969 eingefügt²⁵⁹ und folgte damit der bereits bestehenden einfachgesetzlichen Rechtslage.

Diesen Verfahrensabschnitt erreichen ca. 50 Prozent der beim Bundesverfassungsgericht eingehenden Verfassungsbeschwerden.²⁶⁰ Das vorangehende Registerverfahren wird von nicht-richterlichen Mitarbeitern mit Befähigung zum Richteramt (vgl. § 16 GO BVerfG) durchgeführt. Ein Großteil der Verfassungsbeschwerden wird nicht ins Verfahrensregister eingetragen, verbleibt – weil nach Unterrichtung des Beschwerdeführers über die offensichtlich fehlenden Erfolgsaussichten keine richterliche Entscheidung begehrt wird (vgl. §§ 63 Abs. 2 lit. a), 64 Abs. 2 GO-BVerfG) – im Allgemeinen Register²⁶¹ und gilt als erledigt.²⁶²

Ob das Verfahren nach den §§ 93a-d BVerfGG Rückschlüsse auf die Prüfungskompetenz rechtfertigt (2.), lässt sich nur mit Blick auf die einzelnen Annahmegründe beantworten (1.).

²⁵⁷ BVerfG (1. Kammer), 25.06.1999 – 2 BvR 667/99, juris, Rn. 2 f.; BVerfG (4. Kammer), 06.07.2001 – 2 BvR 881/01, juris, Rn. 6 f.; BVerfGK 12, 166, 167.

²⁵⁸ *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 169; *Magen*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 92, Rn. 49.

²⁵⁹ Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.01.1969 (BGBl. I S. 97).

²⁶⁰ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 55, wonach im Jahr 2020 von 5.583 auf die Einleitung eines Verfahrens abzielenden Eingängen (§ 63 Abs. 2 GO-BVerfG) 2.610 (47%) im allgemeinen Register verblieben. Diese Zahlen umfassen auch andere Verfahrensarten (vgl. § 63 Abs. 2 lit. b) GO-BVerfG), lassen aber Rückschlüsse auf die Verteilung bei Verfassungsbeschwerden zu, da diese insgesamt den Großteil der Eingänge ausmachen.

²⁶¹ Kritisch, eine Regelung im BVerfGG anregend *Schlink*, NJW 1984, 89, 90 f.; ähnlich *Chung*, Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde, 2012, S. 172 f.; anders *Leibholz/Rupperecht*, BVerfGG-Nachtrag, 1971, § 93a, Anm. 2 (S. 103) „bedarf [...] keiner normativen Grundlage“.

²⁶² *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 261.

1. Annahmegründe des § 93a BVerfGG

Nach § 93a Abs. 2 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen, soweit ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt oder wenn es zur Durchsetzung der Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte angezeigt ist. Damit greifen die Annahmegründe die Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde auf.²⁶³

Die Norm eröffnet dem Bundesverfassungsgericht kein Ermessen („ist zur Entscheidung anzunehmen“), aber – dies wird für § 93a Abs. 1 lit. b) BVerfGG am Wort „angezeigt“ festgemacht²⁶⁴ – einen Entscheidungsspielraum.²⁶⁵ Nach dem Wortlaut des Art. 93a BVerfGG („Annahme zur Entscheidung“) und der Gesetzesbegründung²⁶⁶ ist die Annahmeentscheidung der Sachentscheidung jedenfalls insoweit vorangestellt, als letztere nicht ohne erstere ergehen kann.²⁶⁷ Fehlt ein Annahmegrund, macht dies – darin soll der maßgebliche Entlastungseffekt des § 93a BVerfGG liegen²⁶⁸ – die Sachprüfung entbehrlich; sogar bei (offensichtlich) begründeten Verfassungsbeschwerden kann die Annahme abgelehnt werden.²⁶⁹

²⁶³ Zuck, NJW 1993, 2641, 2643 ff.; Hermes, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 728; Hömig, FS Jaeger, S. 767, 769.

²⁶⁴ Begründung des Regierungsentwurfs für das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (5. BVerfGG-Reformgesetz), BT-Drs. 12/3628, S. 9 u. 13.

²⁶⁵ Grafhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 70; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 262; Scheffczyk, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 93a, Rn. 13; dies wird auch im Gericht so gesehen, vgl. Zitate bei Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, S. 113 f.; zeitweise wurde eine Orientierung am writ of certiorari-Verfahren des US Supreme Court diskutiert, ausführlich dazu Graf Vitzthum, JöR 53 (2005), 319 ff.

²⁶⁶ Begründung des RegE für das 5. BVerfGG-Reformgesetz, BT-Drs. 12/3628, S. 13 f., zu § 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG: „Nunmehr wird das Kriterium der objektiven oder subjektiven Wichtigkeit einer Sachentscheidung der rechtlichen Prüfung jeder Verfassungsbeschwerde, die nicht von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, vorangestellt“.

²⁶⁷ Hömig, FS Jaeger, S. 767, 770 f.: Sachentscheidung kann logisch erst nach Annahme ergehen; O. Klein, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 468.

²⁶⁸ Vgl. die Begründung des RegE für das 5. BVerfGG-Reformgesetz, BT-Drs. 12/3628, S. 9; Scheffczyk, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 63, 70.

²⁶⁹ BVerfGE 9, 120, 121; 46, 313, 314; Grafhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 68 u. 73; Hömig, FS Jaeger, S. 767, 778; O. Klein, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 473; kritisch W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 555 ff.; Uerpman, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 673, 686 ff.

Mit Blick auf den Entlastungszweck des Annahmeverfahrens wird zutreffend argumentiert, dass diese Reihenfolge der inhaltlichen Prüfung der Annahmegründe und der Erfolgsaussichten nicht zwingend ist.²⁷⁰ Die Verknüpfung beider Prüfungsschritte war zwar in früheren gesetzlichen Fassungen der Annahmegründe deutlicher angelegt.²⁷¹ Aber auch nach der aktuellen Ausgestaltung des Annahmeverfahrens wäre es beispielsweise kaum arbeitsökonomisch, bei einer offensichtlich unzulässigen Verfassungsbeschwerde die Annahmegründe vertieft zu prüfen.²⁷² In der Rechtsprechung beschränkt sich diese Praxis nicht auf eindeutige Konstellationen, sondern ist der Regelfall:²⁷³ Ganz überwiegend wird das Nichtvorliegen von Annahmegründen auf die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde gestützt. Bildhaft wurde das Annahmeverfahren daher als „kaum genutzter, funktionaler Anbau an ein bestehendes Gebäude“²⁷⁴ bezeichnet.

a) Die Grundsatzannahme

Als Ausprägung der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde dient die Grundsatzannahme nach § 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG der Auslegung und Fortbildung des Verfassungsrechts.²⁷⁵ Der Verfassungsbeschwerde kommt

²⁷⁰ *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 62; *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93a, Rn. 11; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93a, Rn. 13 f.; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 93a, Rn. 10.

²⁷¹ Nach § 93a Abs. 3 BVerfGG i. d. F. des 3. Gesetzes zur Änderung des BVerfGG vom 03.08.1963 (BGBl. I S. 589) konnte der Ausschuss durch einstimmigen Beschluss die Annahme der Verfassungsbeschwerde ablehnen, „wenn sie formwidrig, unzulässig, verspätet oder offensichtlich unbegründet oder von einem offensichtlich Nichtberechtigten erhoben ist“; nach § 93a Abs. 3 BVerfGG i. d. F. des 4. Gesetzes zur Änderung des BVerfGG vom 21.12.1970 (BGBl. I S. 1765) konnte der Ausschuss durch einstimmigen Beschluss die Annahme von Verfassungsbeschwerden ablehnen, „wenn sie unzulässig sind oder aus anderen Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben“; fast wortgleich formulierte dies auch § 93b Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des BVerfGG und des DRiG vom 12.12.1985 (BGBl. I S. 2226).

²⁷² *Seegmüller*, DVBl. 1999, 738, 740 f.

²⁷³ *Albers*, ZRP 1997, 198, 201 f.; *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 728 f.; *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 74 u. 95; *Scheffczyk*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 63, 77 ff.

²⁷⁴ *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 482.

²⁷⁵ *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 81; *Bindig*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 93a, Rn. 20; *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93a, Rn. 27; zurückhaltend dagegen *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 610.

grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie in entscheidungserheblicher Weise²⁷⁶ eine verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die einerseits klärungsbedürftig ist und andererseits in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht.

Klärungsbedürftig ist eine verfassungsrechtliche Frage, über deren Beantwortung ernsthafte Zweifel bestehen, weil die Antwort sich weder ohne weiteres aus dem Grundgesetz noch aus der bisherigen Senatsrechtsprechung ergibt.²⁷⁷ Anhaltspunkte hierfür können eine kontroverse Diskussion in der Fachliteratur und divergierende fachgerichtliche Rechtsprechung sein.²⁷⁸ Ungeklärte Tatsachenfragen haben – auch wenn sie für eine Vielzahl von Fällen relevant sind – keine verfassungsrechtliche Bedeutung.²⁷⁹ Ferner muss an der Klärung der verfassungsrechtlichen Frage ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse bestehen. Dies kann etwa dann der Fall sein, „wenn sie für eine nicht unerhebliche Anzahl von Streitigkeiten bedeutsam ist oder ein Problem von einigem Gewicht betrifft, das in künftigen Fällen erneut Bedeutung erlangen kann.“²⁸⁰

Ob der Annahmegrund des § 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG vorliegt, hängt teilweise von den Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde ab. Einer unzulässigen Verfassungsbeschwerde kann nur ausnahmsweise grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommen, wenn es gerade um die Klärung einer verfassungsprozessualen Frage geht;²⁸¹ die Lösung einer aufgeworfenen materiell-rechtlichen Verfassungsfrage wäre nicht entscheidungserheblich.²⁸² Im Übrigen – jedenfalls soweit die Verfassungsbeschwerde nicht offensichtlich (un-)begründet ist und damit keine klärungsbedürftige Frage aufwirft²⁸³ – spielen die Erfolgsaussichten für die Prüfung des § 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG keine Rolle.²⁸⁴

²⁷⁶ BVerfGE 90, 22, 25 – Annahmegründe; ähnlich 111, 1, 4f.

²⁷⁷ BVerfGE 90, 22, 24 – Annahmegründe; 96, 245, 248 – besonders schwerer Nachteil; 108, 129, 136.

²⁷⁸ BVerfGE 90, 22, 24f. – Annahmegründe.

²⁷⁹ *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 82.

²⁸⁰ BVerfGE 90, 22, 25 – Annahmegründe.

²⁸¹ *Zuck*, NJW 1993, 2641, 2643.

²⁸² BVerfG (1. Kammer), 09.03.2018 – 2 BvR 174/18, NJW 2018, 1532, 1533 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 21.06.2019 – 2 BvR 2189/18, juris, Rn. 16.

²⁸³ *Uerpmann*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 673, 683.

²⁸⁴ *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 65.

b) Die Durchsetzungsannahme

Obwohl nach dem Wortlaut die subjektive Rechtsschutzkomponente im Vordergrund steht, kann die Durchsetzungsannahme auch der Wahrung objektiven Verfassungsrechts dienen.²⁸⁵ Für eine Annahme zur Durchsetzung der Grundrechte (§ 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG) ist eine objektive oder eine subjektive Wichtigkeit der Sachentscheidung erforderlich;²⁸⁶ die geltend gemachte Grundrechtsverletzung muss ein besonderes Gewicht haben (aa)) oder für den Beschwerdeführer mit einem besonders schweren Nachteil einhergehen (bb)).²⁸⁷ In der Prüfungspraxis stützt das Bundesverfassungsgericht die Nichtannahme aber nur selten unmittelbar auf das Fehlen dieser Voraussetzungen (cc)).

aa) Besonderes Gewicht der geltend gemachten Grundrechtsverletzung

Für den Annahmegrund der besonderes gewichtigen Grundrechtsverletzung werden drei Fallgruppen identifiziert²⁸⁸: Der geltend gemachte Grundrechtsverstoß hat besonderes Gewicht, wenn er auf eine generelle Vernachlässigung von Grundrechten hindeutet, eine abschreckende Wirkung auf die Grundrechtsausübung hat oder auf einer besonders groben fachgerichtlichen Fehlleistung beruht. Letzteres ist der Fall, wenn die geltend gemachte Verletzung auf einer groben Verkenntung des grundrechtlich gewährleisteten Schutzes oder einem leichtfertigen Umgang mit der grundrechtlich geschützten Position beruht oder rechtsstaatliche Grundsätze krass verletzt.²⁸⁹ Diese Fallgruppen der objektiven Durchsetzungsannahme²⁹⁰ haben gemeinsam, dass nicht die subjektive Betroffenheit des Beschwerdeführers ausschlaggebendes Kriterium für die Annahme ist. Insbesondere die Annahme wegen Grundrechtsvernachlässigung und abschreckender Wirkung stellt vor allem

²⁸⁵ *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 103; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93a, Rn. 48; ähnlich, aber etwas zurückhaltender *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93a, Rn. 40.

²⁸⁶ *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 101 ff.; *Bindig*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 93a, Rn. 33; *Adler*, *Alle Macht den Kammern?*, 2013, S. 73; ähnlich schon *Zacher*, FG BVerfG I, S. 397, 415 f.

²⁸⁷ BVerfGE 90, 22, 25 – Annahmegründe; 96, 245, 248 – besonders schwerer Nachteil; 107, 395, 414 f.

²⁸⁸ So die Kategorisierung bei *Maatsch*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG II*, 31, 42 ff.; ähnlich *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 109 ff.; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 93a, Rn. 25 ff.

²⁸⁹ BVerfGE 90, 22, 25 – Annahmegründe.

²⁹⁰ Begrifflichkeit bei *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 93a, Rn. 29.

auf die Breitenwirkung einer nachfolgenden verfassungsgerichtlichen Entscheidung ab.

bb) Besonders schwerer Nachteil

Die einzige gesetzlich näher umschriebene Fallgruppe der Durchsetzungsannahme (§ 93a Abs. 2 lit. b), Hs. 2 BVerfGG) trägt hingegen mit der Fokussierung auf die (existenzielle²⁹¹) Betroffenheit des Beschwerdeführers der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde Rechnung²⁹² und wird deshalb auch als „subjektive Durchsetzungsannahme“ bezeichnet.²⁹³ Das Bundesverfassungsgericht, nach dessen Rechtsprechung sich ein besonders schwerer Nachteil des Beschwerdeführers aus dem Gegenstand oder den belastenden Folgen der Entscheidung ergeben kann,²⁹⁴ äußert sich im Übrigen selten zu den konkreten Voraussetzungen dieses Annahmegrundes.

Ausdrücklich bejaht wurde ein besonders schwerer Nachteil beispielsweise hinsichtlich des Schuldspruchs bei einer strafgerichtlichen Verurteilung,²⁹⁵ bei der Entscheidung über eine Zwangsräumung,²⁹⁶ bei der Versagung des Asylberechtigtenstatus trotz eines verwaltungsgerichtlich festgestellten Abschiebehindernisses²⁹⁷ und bei einer unter Verkenning des Elternprimats getroffenen Entscheidung über den Verbleib von Kindern in einer Pflegefamilie.²⁹⁸ Bei stattgebenden Kammerentscheidungen – beispielsweise zur Alleinsorge, zum Umgangsrecht oder zur Vormundschaft – kann jedoch mangels Hinweisen auf eine besonders gewichtige Grundrechtsverletzung²⁹⁹ oftmals

²⁹¹ Der Begriff der „existenziellen Betroffenheit“ wird hier – wie auch teilweise in der Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 90, 22, 25 f. – Annahmegründe – synonym zum Begriff des „besonders schweren Nachteils“ verwendet; anders beispielsweise *Scheffczyk*, in: *Scheffczyk/Wolter* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV*, 63, 70.

²⁹² *Nettersheim*, in: *Barczak*, BVerfGG, § 93a, Rn. 49; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93a, Rn. 60; *Scheffczyk*, in: *Walter/Grünwald*, BeckOK BVerfGG, § 93a, Rn. 44.

²⁹³ Vgl. nur *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 93a, Rn. 30.

²⁹⁴ BVerfGE 90, 22, 25 – Annahmegründe; 96, 245, 248 – besonders schwerer Nachteil.

²⁹⁵ BVerfGE 96, 245, 249 f. – besonders schwerer Nachteil; kritisch *Maatsch*, in: *Emmenegger/Wiedmann* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG II*, 31, 46.

²⁹⁶ BVerfG (2. Kammer), 02.05.1994 – 1 BvR 549/94, NJW 1994, 1719 (juris Rn. 10).

²⁹⁷ BVerfG (1. Kammer), 14.05.2003 – 2 BvR 134/01, DVBl. 2003, 1260, 1261 (juris Rn. 12).

²⁹⁸ BVerfGK 7, 65, 70; mit weiteren Beispielen *Scheffczyk*, in: *Scheffczyk/Wolter* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV*, 63, 80.

²⁹⁹ Zu den Voraussetzungen oben B.III.1.b)aa), S. 217.

davon ausgegangen werden, dass sie implizit vom Vorliegen der Voraussetzungen der subjektiven Durchsetzungsannahme ausgehen.

Ausdrücklich abgelehnt hat das Gericht eine existenzielle Betroffenheit insbesondere in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten wegen geringer finanzieller Belastung des Beschwerdeführers.³⁰⁰ Gleiches gilt für die Untersagung der (fortgesetzten) Veröffentlichung einer Liste mit inoffiziellen Mitarbeitern des Ministeriums für Staatssicherheit, weil das Bekanntmachen nur für die Zukunft verboten wurde und der Beschwerdeführer im Ausgangsverfahren angekündigt hatte, an der weiteren Publizierung kein Interesse zu haben.³⁰¹ Selbst bei einem festgestelltem Verfassungsverstoß kann der Annahmegrund fehlen. So begründet eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG durch Zurückweisung einer Anhörungsrüge als unzulässig keinen besonders schweren Nachteil, wenn mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die Rüge Erfolg gehabt hätte.³⁰²

Mit seinem Abstellen auf die individuelle Betroffenheit gleicht das Erfordernis des besonders schweren Nachteils der zur Bestimmung des Prüfungsumfanges herangezogenen Eingriffsintensität.³⁰³ Es berücksichtigt aber nicht alle unmittelbar von der Entscheidung Betroffenen, sondern allein den Beschwerdeführer. Ferner sind in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts offensichtlich unterschiedliche – aber nur schwer differenzierbare – Grade individueller Betroffenheit relevant, da nur bei einem kleinen Teil der zur Entscheidung angenommenen Fallkonstellationen der erweiterte Prüfungsumfang angelegt wird.

³⁰⁰ BVerfGE 90, 22, 27 – Annahmegründe; BVerfG (3. Kammer), 21.06.2000 – 1 BvR 1709/93, FamRZ 2000, 1149 (juris Rn. 7); mit zahlreichen Beispielen *Maatsch*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG II, 31, 47 (dort Fn. 67); ähnlich BVerfG (3. Kammer), 22.04.1997 – 1 BvR 1174/88, juris, Rn. 24 in einer die steuerliche Berücksichtigung von Kindesunterhalt betreffenden Verfassungsbeschwerde.

³⁰¹ BVerfG (1. Kammer), 23.02.2000 – 1 BvR 1582/94, NJW 2000, 2413, 2416 (juris Rn. 38).

³⁰² BVerfGE 119, 292, 301 f.; BVerfG (1. Kammer), 30.08.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843, 1845 (Rn. 20).

³⁰³ Insbesondere ältere Senatsentscheidungen stellten regelmäßig auf die existenzielle Bedeutung von gerichtlichen Entscheidungen ab (siehe oben Teil 2, C.II.1.c) aa), S. 110 f.) und sind damit terminologisch sehr nah an der Auslegung des § 93 Abs. 2 lit. b), 2. Hs. BVerfGG, der allerdings erst nach den Entscheidungen der ersten Intensitätsphase ins BVerfGG aufgenommen wurde. Jüngere (Kammer-)Entscheidungen sprechen – wohl im Bemühen um terminologische Abgrenzung – im Zusammenhang mit der Bestimmung des Prüfungsumfanges in der Regel vom „sachlichen Gewicht“ der Grundrechtsbeeinträchtigung (siehe oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(1), S. 139 f.).

cc) Zurückhaltende Prüfungspraxis

Die Zurückhaltung bei der ausdrücklichen Prüfung der Durchsetzungsannahmegründe liegt in ihrer engen Verknüpfung mit den Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde begründet. Diese kann der Durchsetzung der Grundrechte nur dann dienen, wenn sie zulässig und begründet ist.³⁰⁴ Nach der Senatsrechtsprechung ist ein besonders schwerer Nachteil bei fehlenden Erfolgsaussichten stets abzulehnen.³⁰⁵ Dementsprechend stützen die Kammern die Nichtannahme in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle auf die Unzulässigkeit oder die Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde.³⁰⁶ Der Grund für diese mangelnde Nutzung des Entlastungspotenzials³⁰⁷ könnte darin bestehen, dass die Richter eine Einschränkung des subjektiven Grundrechtsschutzes zugunsten einer großzügigeren Anwendung der Annahmegründe ablehnen.³⁰⁸

Darüber hinaus hat auch der antizipierte Fortgang des fachgerichtlichen Verfahrens Einfluss auf die Durchsetzungsannahme: Der Annahmegrund des § 93a Abs. 2 lit. b), Hs. 2 BVerfGG soll dann nicht erfüllt sein, wenn deutlich abzusehen ist, dass der Beschwerdeführer auch im Falle einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde.³⁰⁹

³⁰⁴ *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93a, Rn. 15 u. 49; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 93a, Rn. 35.

³⁰⁵ BVerfGE 90, 22, 25 f. – Annahmegründe; anders 96, 245, 249 f. – besonders schwerer Nachteil, hier wird die existenzielle Bedeutung bejaht und die Annahme dann mangels Erfolgsaussichten abgelehnt.

³⁰⁶ *Uerpman*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 673, 683; *Grafthof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a (25. EL 03/2006), Rn. 116 u. 131; so zum Beispiel ausnahmslos die untersuchten Nichtannahmebeschlüsse (2014–2020) in Trennungsfällen BVerfG (1. Kammer), 22.09.2014 – 1 BvR 2108/14, FamRZ 2015, 208 (Rn. 8); BVerfG (2. Kammer), 27.04.2017 – 1 BvR 563/17, FamRZ 2017, 1055, 1056 (Rn. 15 f.); BVerfG (2. Kammer), 23.04.2018 – 1 BvR 383/18, FamRZ 2018, 1084, 1085 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, FamRZ 2019, 1437, 1438 (Rn. 10); BVerfG (1. Kammer), 10.12.2019 – 1 BvR 2214/19, FamRZ 2020, 422, 423 (Rn. 6); BVerfG (1. Kammer), 10.06.2020 – 1 BvR 572/20, FamRZ 2020, 1562, 1563 (Rn. 9); BVerfG (1. Kammer), 19.06.2020 – 1 BvR 1284/20, juris, Rn. 1; BVerfG (1. Kammer), 27.11.2020 – 1 BvR 836/20, juris, Rn. 12.

³⁰⁷ So die Kritik bei *Scheffczyk*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 63, 81 f.

³⁰⁸ *Albers*, ZRP 1997, 198, 202; *Hömig*, FS Driehaus, S. 463, 470.

³⁰⁹ BVerfGE 90, 22, 25 f. – Annahmegründe; kritisch zur Vorwegnahme der fachgerichtlichen Entscheidung *O. Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945, 953 (dort Fn. 142); ebenso *O. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 473.

2. Zwischenergebnis: Annahme- und Sachentscheidung als separate Verfahrensabschnitte

Aus den Regelungen zum Annahmeverfahren lassen sich keine unmittelbaren Schlüsse auf die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ziehen.³¹⁰ Nach der gesetzlichen Ausgestaltung handelt es sich um unterschiedliche Aspekte der verfassungsgerichtlichen Prüfung.³¹¹ Das Annahmeverfahren regelt mit dem Ziel der Entlastung des Gerichts den Zugang zur Sachentscheidung bei grundsätzlicher Bedeutung oder zur Durchsetzung der Grundrechte; die Prüfungskompetenz beeinflusst, bei welchen fachgerichtlichen Fehlern die Sachentscheidung zugunsten des Beschwerdeführers ausfällt.³¹² Es trifft zwar zu, dass bei Vorliegen der Annahmegründe zwingend eine Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung stattfinden muss,³¹³ den Kammern ist eine isolierte Annahmeentscheidung sogar nach § 93b S. 1, Alt. 2 BVerfGG verwehrt. Der Umstand, dass überhaupt eine Sachentscheidung zu erfolgen hat, sagt aber nichts über den anzulegenden Prüfungsumfang aus.

Dieses Argument gewinnt mit Blick auf die bundesverfassungsgerichtliche Prüfungspraxis an Plausibilität: Je stärker die Annahmegründe sich an der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde orientieren, desto umfangreicher wird ihre Prüfung mit den Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde verknüpft.³¹⁴ Daher erschiene es zirkelschlüssig, von den Annahmegründen auf den Prüfungsumfang zu folgern.

IV. Die gerichtsinterne Aufgabenverteilung

In der Praxis bearbeiten die Kammern den weit überwiegenden Teil der Verfassungsbeschwerden. Im Jahr 2020 entfielen beispielsweise 5.338 Verfahrenserledigungen (einschließlich mitentschiedener Verfahren) auf die Kammern und nur 23 auf die Senate.³¹⁵ Die Aufgabenverteilung zwischen den Spruchkörpern³¹⁶ ist in § 93b und § 93c BVerfGG über die Befugnis zur

³¹⁰ *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 553; ähnlich *Scholz/Konrad*, AöR 123 (1998), S. 60, 77.

³¹¹ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 23 f.

³¹² *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1316 (dort Fn. 68) u. 1319 (dort Fn. 97); ähnlich *Chung*, Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde, 2012, S. 279 f.

³¹³ *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 183.

³¹⁴ Siehe einerseits B.III.1.a), S. 215 und andererseits B.III.1.b)cc), S. 220.

³¹⁵ *Bundesverfassungsgericht*, Jahresstatistik 2020, S. 19.

³¹⁶ Jedenfalls in Bezug auf die senatsgleichen (§ 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG) Stattgaben sind die Kammern eigenständige Spruchkörper, *Schlaich/Korioth*, Bundesver-

Annahme der Verfassungsbeschwerde geregelt: Die Kammern können die Annahme der Verfassungsbeschwerde ablehnen (§ 93b S. 1, 1. Alt. BVerfGG). Diesen „Nichtentscheidungen“ in der Sache kommt keine materielle Rechtskraft und keine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu;³¹⁷ sie können allerdings faktische Präjudizwirkung entfalten.³¹⁸

Eine Annahmeentscheidung der Kammern ist nach § 93b S. 1, 2. Alt. BVerfGG nur unter den Voraussetzungen des § 93c BVerfGG möglich (1.). Im Übrigen entscheidet der Senat (§ 93b S. 2 BVerfGG), dem auch die Nichtigerklärung von Gesetzen vorbehalten ist (§ 93c Abs. 1 S. 3 BVerfGG). Ziel der Untersuchung ist nicht, eine abschließende Aussage darüber zu treffen, ob die untersuchten Kammerentscheidungen in Kindschaftssachen die materiell-rechtlichen Senatsobersätze wahren. Da die strengen Anforderungen an Trennungsentscheidungen auf Senatsrechtsprechung zurückgehen, ist dies für entsprechende Kammerentscheidungen naheliegend.³¹⁹ Für Konkretisierung offene, aber dennoch entscheidungsleitende Obersätze hat der Erste Senat auch für Kammerjudikate zur Alleinsorge, zum Umgang und zur Vormundschaft aufgestellt.³²⁰ Gleiches gilt für die Ausgestaltung des familiengerichtlichen Verfahrens.³²¹

Der Blick auf die gerichtsinterne Aufgabenverteilung kann jedoch einerseits Aufschluss darüber geben, ob die Kammern mit der Implementierung und Anwendung des erweiterten Prüfungsumfanges die Senatskompetenz zur Entscheidung maßgeblicher verfassungsrechtlicher Fragen gewahrt haben.³²² Andererseits erlaubt er möglicherweise Rückschlüsse auf die Prüfungskompetenz (2.).

fassungsgericht, 2021, Rn. 266; mit Zweifeln hingegen *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 726 (dort Fn. 8).

³¹⁷ *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93b (20. EL 06/2001), Rn. 17; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 93b, Rn. 6.

³¹⁸ *Hömig*, FS Jaeger, S. 767, 781 ff.

³¹⁹ So auch *C. Burmeister*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 259.

³²⁰ So auch *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 164 u. 167 für eine Entscheidung zur Alleinsorge (BVerfGK 2, 185) und eine Entscheidung zum Umgangsrecht (BVerfGK 6, 61) und zusammenfassend S. 333 f.; anders *Zuck*, FamRZ 2010, 1946, 1947, der ein enges Verständnis der Konkretisierungskompetenz der Kammern zugrunde legt.

³²¹ BVerfGE 55, 171, 182 – Alleinsorge; 79, 51, 66 f. – Rückführung zwecks Adoption; 99, 145, 162 f. – gegenläufige Kindesentführung; 121, 69, 107 – Umgangspflicht.

³²² Dazu sogleich B.IV.1.b).

1. Die stattgebende Kammerentscheidung

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung durch die Kammer (§ 93b S. 1, 2. Alt. BVerfGG) ist zwingend mit einer Stattgabe verbunden, damit der Senat nicht durch eine isolierte Annahmeentscheidung der Kammer präjudiziert wird.³²³ Solche Beschlüsse sind Senatsentscheidungen – auch hinsichtlich der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG³²⁴ – gleichgestellt (vgl. § 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG). Stattgebende Kammerentscheidungen kommen nach § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen der Durchsetzungsannahme vorliegen (a)), die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage entschieden (b)) und die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist (c)).

a) Fall der Durchsetzungsannahme

Die Kammer kann eine Verfassungsbeschwerde nur zur Entscheidung annehmen und ihr stattgeben, wenn allein der Annahmegrund des § 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG vorliegt. Die Entscheidung über grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen (§ 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG) ist dem Senat vorbehalten.³²⁵

b) Vorliegen von Senatsmaßstäben

Die Kompetenzabgrenzung zu den Kammern entscheidet sich entlang der Frage, ob die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch die Senate bereits entschieden wurde (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Danach sind die Kammern beispielsweise gehindert, die Frage zu beantworten, inwieweit dem Familiengericht von Verfassungs wegen eine Anordnungscompetenz gegenüber dem Jugendamt zukommt.³²⁶ Die Grenzziehung ist schwierig³²⁷: Han-

³²³ Begründung des RegE für das 5. BVerfGG-Reformgesetz, BT-Drs. 12/3628, S. 14.

³²⁴ *Rixen*, NVwZ 2000, 1364 ff.; *Hömig*, FS Jaeger, S. 767, 773 f.; von *Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), S. 1, 17 f.; *Zuck*, EuGRZ 2018, 619, 621 f.; anders *Starck*, JZ 1996, 1033, 1041; zustimmend *Ulsamer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 15a (15. EL 04/1997), Rn. 10.

³²⁵ Zu den Annahmegründen siehe oben B.III.1., S. 214 ff.

³²⁶ *Hammer*, FF 2014, 428, 431 f.; zurückhaltend daher BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 252 (Rn. 52): „ungewiss“; ausführlich zur Problematik der „gekreuzten Rechtswege“: *Fröschle*, FamRZ 2016, 1905 ff.

³²⁷ *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 732 hält eine abstrakte Grenzziehung für nicht möglich; *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 361: „äußerst schwer bis unmöglich“.

delt es sich bei der Kammertätigkeit allein um „abgeleitete, in diesem Sinne unselbstständige Rechtsprechung“³²⁸ oder lässt die „Senatsakzessorietät“³²⁹ den Kammern verfassungsrechtlichen Konkretisierungsraum? In der Rechtsprechungspraxis wird dieses kompetenzabgrenzende Kriterium selten problematisiert.³³⁰ In stattgebenden Beschlüssen stellen die Kammern in der Regel ohne nähere Erörterung einleitend fest, dass die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits entschieden sei.³³¹

Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 93a Abs. 2 BVerfGG folgt, dass die Anforderungen an eine Bejahung der Sachentscheidungskompetenz der Kammer strenger sind als an die Verneinung der Voraussetzungen der Grundsatzannahme:³³² Hat eine Verfassungsbeschwerde keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, folgt daraus nicht zwingend, dass die relevante verfassungsrechtliche Frage bereits entschieden ist.

Für eine enge Auslegung spricht ferner der Ausnahmecharakter des § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG und das Interesse an einer einheitlichen Rechtsprechung. Einerseits stellt die senatsgleiche Stattgabe durch die Kammer (vgl. § 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG) zumindest nach der gesetzlichen Konzeption die Ausnahme dar und die Entscheidung durch den Senat ist der Regelfall.³³³ Andererseits besteht bei einem weiten Konkretisierungsspielraum die Gefahr der Rechtszersplitterung durch Kammerjudikate, die von anderen Kammer-

³²⁸ *Mahrenholz*, FS Zeidler, S. 1361, 1364, der deswegen sogar die Bezeichnung als „Rechtsprechung“ ablehnt.

³²⁹ *Höfling/Rixen*, AöR 125 (2000), S. 428, 431.

³³⁰ *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 105 ff.

³³¹ So zum Beispiel ausnahmslos bei den untersuchten Trennungsentscheidungen BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248 (Rn. 23); BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 908 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1271 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1267 (Rn. 26); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1773 (juris Rn. 20); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 20); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2121 (Rn. 16); BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 23 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 10); BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 264 (Rn. 34); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 105 (Rn. 15).

³³² *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 11; *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93c, Rn. 5.

³³³ *Grafhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 5.

beschlüssen oder der Senatsrechtsprechung abweichen.³³⁴ Teilweise wurde daher eine strikte Senatsbindung in der Weise vertreten, dass eine Kammerentscheidung nur bei vollständig entschiedener Verfassungsrechtslage und ohne weiterführende verfassungsrechtliche Ausführungen möglich sei; der Sachverhalt müsse sich ohne Zwischenschritte abstrakter Art unter die verfassungsrechtlichen Obersätze subsumieren lassen.³³⁵

Die Senatsmaßstäbe weisen jedoch regelmäßig eine generalklauselartige Struktur auf, die nicht regelhaft determiniert ist.³³⁶ In zwei ausführlichen Untersuchungen zur Senatsakzessorietät wird für diese Konstellationen zutreffend von einem Entscheidungsspielraum der Kammern ausgegangen: Nach der Auffassung Schäfers – die ihren Lösungsvorschlag aus den Divergenzvorschriften der einzelnen Prozessordnungen ableitet³³⁷ – gilt die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits dann als entschieden, wenn die Senatsobersätze selbst einen Konkretisierungsraum eröffnen.³³⁸ Adler hält prinzipienhaft ausgestaltete Senatsmaßstäbe für ausreichend, wenn diese eine Richtung für die Falllösung vorgeben.³³⁹ Die demnach zulässigen Konkretisierungsleistungen können eigenständig an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG teilhaben.³⁴⁰ Mit dieser großzügigen Auslegung der Senatsakzessorietät wird der Entlastungsfunktion der Kammern Rechnung getragen.³⁴¹ Dass sich die Grenze zur unzulässigen Schaffung neuer Obersätze durch die Kammern nur schwer ziehen lässt, zeigt sich beispielsweise daran,

³³⁴ Höfling/Rixen, AöR 125 (2000), S. 428, 431 f.; Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 5; Hermes, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 731 f.

³³⁵ Mahrenholz, FS Zeidler, S. 1361, 1365, bezogen auf § 93b Abs. 2 BVerfGG a. F.; zustimmend Sendler, NJW 1995, 3291.

³³⁶ Höfling/Rixen, AöR 125 (2000), S. 613, 637; Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 15; dies beachtet Hermes, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 730 nicht ausreichend, wenn er feststellt, dass die beachtliche Zahl stattgebender Kammerentscheidungen nur zwei Ursachen – nämlich die Missachtung eindeutiger verfassungsrechtlicher Vorentscheidungen durch die Fachgerichte oder Kompetenzüberschreitungen durch die Kammern – haben könne.

³³⁷ Schäfer, Annahmeverfahren, 2015, S. 225 ff.

³³⁸ Ebd., S. 246 f.

³³⁹ Unter Bezugnahme auf Alexys Prinzipientheorie Adler, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 96 u. 100 f., auch mit Beispielen aus dem Kindschaftsrecht (S. 161 ff.); vorsichtiger Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 16.

³⁴⁰ Rixen, NVwZ 2000, 1364, 1366; anders Mahrenholz, FS Zeidler, S. 1361, 1367.

³⁴¹ Höfling/Rixen, AöR 125 (2000), S. 613, 637; Schäfer, Annahmeverfahren, 2015, S. 191.

dass zwei Untersuchungen für dieselbe Kammerentscheidung zu Art. 8 GG³⁴² zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.³⁴³

Hinsichtlich der Weiterentwicklung der Intensitätsrechtsprechung wurde dieser Entscheidungsspielraum der Kammern überschritten.³⁴⁴ Wendet man Schäfers Divergenzmethode nicht nur auf materiell-rechtliche Obersätze, sondern auch auf die verfassungsprozessuale Frage der Prüfungskompetenz an, ist das Ergebnis eindeutig: Der zitierte Senatsobersatz eröffnet keinen Konkretisierungsraum dahingehend, die Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen auf die Tatsachenarbeit auszudehnen. Die Kammerentscheidung kann nur hinsichtlich der Kontrolle auf „einzelne Auslegungsfehler“, nicht aber hinsichtlich der Tatsachenkontrolle auf einen Senatsobersatz verweisen.³⁴⁵ Der Erste Senat billigte in einer die Vormundauswahl betreffenden Entscheidung vom 24.06.2014 den erweiterten Prüfungsumfang, lehnte dessen Anwendung im konkreten Fall allerdings ab.³⁴⁶

Anders als die Implementierung der Tatsachenkontrolle steht die Anwendung des erweiterten Prüfungsumfanges nicht im Widerspruch zur Senatskompetenz. Die oben beschriebenen Anforderungen an die Senatsakzessorietät betreffen nur die Aufstellung der Prüfungsmaßstäbe, nicht die Subsumtion unter Senatsobersätze. Weitgehende Einigkeit herrscht dahingehend, dass die Kammern gesicherte verfassungsrechtliche Maßstäbe auch auf Sachverhalte übertragen dürfen, die aus der Senatsrechtsprechung nicht bekannt sind.³⁴⁷

³⁴² BVerfGK 11, 102.

³⁴³ *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 210: Senatsakzessorietät gewahrt; *Schäfer*, Annahmeverfahren, 2015, S. 341: Entwicklung eigenständiger Obersätze durch Kammer.

³⁴⁴ In diese Richtung auch *Heilmann*, FamRZ 2015, 92, 93; anders wohl *C. Burmeister*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 259.

³⁴⁵ BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 249 (Rn. 26): „Dabei kann sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle wegen des besonderen Eingriffsgewichts ausnahmsweise auch auf einzelne Auslegungsfehler (vgl. BVerfGE 60, 79, 91; 75, 201, 222) sowie auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts erstrecken“.

³⁴⁶ BVerfGE 136, 382, 390 (Rn. 27 ff.) – Großeltern als Vormund; dieser Senatsbeschluss wird im Folgenden zur Referenzentscheidung für den erweiterten Prüfungsumfang, vgl. nur BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 52); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 107 (Rn. 32); an der Eignung als Referenzentscheidung bestünden zumindest nach Schäfers Methode Zweifel, da sie insoweit nur tragende Obersätze akzeptiert, *Schäfer*, Annahmeverfahren, 2015, S. 245 f.

³⁴⁷ *Mahrenholz*, FS Zeidler, S. 1361, 1365; *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 68; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93c, Rn. 11; *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 93c, Rn. 6; etwas vorsichtiger *Lechner/Zuck*, BVerfGG,

Sie dürfen auch für neue Fallgestaltungen entscheiden, ob die Fachgerichte den Prüfungsmaßstab gewahrt haben. Alles andere würde ihre Entlastungsfunktion konterkarieren, da die zu entscheidenden Sachverhalte – wie beispielsweise die untersuchten Trennungsfälle zeigen³⁴⁸ – stets differieren. Aus der Perspektive der Senatsakzessorietät ist daher die mit der Anwendung eines erweiterten Prüfungsumfanges einhergehende Tatsachenkontrolle unproblematisch. Die eingehende Beweiswürdigungskontrolle in Trennungsfällen wirkt zwar weit in die fachgerichtliche Tätigkeit hinein, stellt jedoch keine neuen materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstäbe auf.

c) Offensichtliche Begründetheit

Ferner kann die Kammer der Verfassungsbeschwerde nur stattgeben, wenn sie offensichtlich begründet ist. Die Kammerrechtsprechung konkretisiert dieses Kriterium – wohl aus Rücksichtnahme auf die Fachgerichte³⁴⁹ – kaum.³⁵⁰ Auch in kindschaftsrechtlichen Fällen stellen die Kammern in der Regel nur fest, dass die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet sei.³⁵¹

Das Kriterium der Offensichtlichkeit ist nicht mit dem allgemeinen Sprachverständnis dahingehend zu deuten, dass die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde für jedermann klar erkennbar sein muss.³⁵² Dann wäre

2019, § 93c, Rn. 10 u. 13a, mit dem Hinweis, dass eine besondere Sachverhaltskonstellation aus Indiz für eine verfassungsrechtlich noch nicht entschiedene Frage sein könne.

³⁴⁸ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a), S. 116 ff.

³⁴⁹ Hömig, FS Drieheaus, S. 463, 471; ähnlich Sendler, NJW 1995, 3291, 3292.

³⁵⁰ Haas, FS Bayerischer Verfassungsgerichtshof, S. 27, 32; Adler, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 330; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2020, 93c, Rn. 14; Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 7 u. 9.

³⁵¹ Für jüngere stattgebende Entscheidungen in Trennungsfällen ist dies beispielsweise ausnahmslos der Fall BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRA 2014, 248 (Rn. 23); BVerfG (1. Kammer), 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907, 908 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 443 (Rn. 16); BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1271 (Rn. 17); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1773 (juris Rn. 20); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 20); BVerfG (1. Kammer), 19.08.2015 – 1 BvR 1084/15, FamRZ 2015, 2120, 2121 (Rn. 16); BVerfG (1. Kammer), 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 23 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440 (Rn. 10); BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 264 (Rn. 34); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 796 (Rn. 14); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 105 (Rn. 15).

³⁵² Lechner/Zuck, BVerfGG, 2019, § 93c, Rn. 14; mit Kritik an der Begriffsverwendung Zuck, EuGRZ 2013, 662, 665 f.

auch schwer zu begründen, dass die Kammern in Trennungsfällen eine eingehende Tatsachenkontrolle vornehmen.³⁵³ Maßgeblich ist vielmehr, dass die Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf den konkreten Fall zu einem eindeutigen Ergebnis führt.³⁵⁴ Dies ist der Fall, wenn eine von der Kammerauffassung abweichende Entscheidung durch den Senat ausgeschlossen ist,³⁵⁵ was durch die erforderliche Einstimmigkeit des Beschlusses (§ 93d Abs. 3 S. 1 BVerfGG) abgesichert wird.³⁵⁶ Die Entscheidung hierüber kann auch – wie das Bundesverfassungsgericht zur offensichtlichen Unbegründetheit bei der A-Limine-Abweisung (§ 24 S. 1 BVerfGG) formuliert – „Ergebnis einer vorgängigen gründlichen Prüfung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten sein“³⁵⁷. Deswegen ist die kompetenzabgrenzende Wirkung des Offensichtlichkeits-Kriteriums gering: Es ist kaum feststellbar, unter welchen Umständen die Subsumtion unter die verfassungsrechtlichen Maßstäbe eindeutig ist und damit die Kammern zuständig sind.³⁵⁸

2. Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz: Keine gerichtsinterne Differenzierung

Die §§ 93b und 93c BVerfGG zeigen, dass den verschiedenen Spruchkörpern insbesondere mit Blick auf die Funktionen der Verfassungsbeschwerde unterschiedliche Aufgabenbereiche zukommen. Die Senate klären grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen und setzen Entscheidungsmaßstäbe für die Kammern. Nach § 93c Abs. 1 S. 3 BVerfGG ist ihnen die Unvereinbarkeits- oder Nichtigkeitsentscheidung in Bezug auf Gesetze mit Wirkung des § 31 Abs. 2 BVerfGG vorbehalten. Damit liegt ein wesentlicher Aspekt der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde – die Fortbildung des Verfassungsrechts – in den Händen der Senate.

³⁵³ Ähnlich *Zuck*, FamRZ 2010, 1946, 1948 in Bezug auf die Prüfung „einzelner Auslegungsfehler“.

³⁵⁴ *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93c, Rn. 10; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 93c, Rn. 14.

³⁵⁵ *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 17; ähnlich bereits *Benda*, NJW 1995, 429, 430.

³⁵⁶ *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 93c, Rn. 17; ähnlich *Jaeger*, EuGRZ 2003, 149, 150 f.; mit Zweifeln diesbezüglich *Benda*, NJW 1995, 429, 430.

³⁵⁷ BVerfGE 82, 316, 319 f.; 95, 1, 14 f.; für die Übertragbarkeit auf die „Offensichtlichkeit“ des § 93c BVerfGG auch *Scheffczyk*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 93c, Rn. 10; dagegen *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93c (20. EL 06/2001), Rn. 17 (dort Fn. 1).

³⁵⁸ *Bindig*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, Art. 93c, Rn. 12; *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 93c, Rn. 11.

Trotz des ihnen zustehenden Konkretisierungsspielraums – der regelmäßig überschritten wird³⁵⁹ – sind die Kammern dagegen im Wesentlichen auf den einzelfallbezogenen Nachvollzug der Senatsmaßstäbe beschränkt.³⁶⁰ Obwohl sie zur Durchsetzung der Grundrechte (§ 93a Abs. 2 lit. b) BVerfGG) auch Fälle von objektiver Wichtigkeit zu Entscheidung annehmen können, liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im subjektiven Grundrechtsschutz.³⁶¹ Hierauf zielt auch die Bezeichnung der Kammern als „verfassungsgerichtliche Amtsgerichtsbarkeit“³⁶² ab. Zutreffend wird deshalb darauf hingewiesen, dass gerade für die Kammern die Gefahr bestehe, sich „in die Niederungen des ‚einfachen‘ Rechts“ zu begeben.³⁶³

Rückschlüsse auf die Kontrolltätigkeit lassen sich aus der gerichtsinternen Aufgabenverteilung dennoch nicht ziehen, da dies auf eine zwischen den Spruchkörpern divergierende Prüfungskompetenz hinausliefe. Weder § 93b BVerfGG noch § 93c BVerfGG beziehen sich ausdrücklich auf die Kontrollkompetenz. Nach der systematischen Stellung und dem Telos regeln die beiden Normen, welcher Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts eine Entscheidung trifft; sie betreffen aber nicht die Frage, in welchem Umfang er dafür auf das fachgerichtliche Judikat zugreifen darf. Dies zeigt sich deutlich beim Kriterium des § 93c Abs. 1 S. 1, Var. 2 BVerfGG. Es geht allein um die Frage, ob die Senatsrechtsprechung durch Entscheidung der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Frage den anzulegenden Prüfungsmaßstab bereitgestellt hat. Auch § 93c Abs. 1 S. 1, Var. 3 BVerfGG erlaubt keine Rückschlüsse,³⁶⁴ da das Kriterium der „Offensichtlichkeit“ die Senatsakzessorietät näher beschreibt und sich nicht auf die Prüfungskompetenz bezieht. Es will die Kompetenzen innerhalb des Gerichts verteilen, nicht divergierende Prüfungsumfänge für Senate und Kammern festlegen.

Darüber hinaus haben die Kammern nach der normativen Ausgestaltung keinen eigenständigen, ihnen vorbehaltenen Aufgabenbereich. Die Senate entscheiden auch über allein durchsetzungsannahmefähige Verfassungsbeschwerden, wenn die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 S. 1, Var. 2 und 3 BVerfGG nicht vorliegen. Es wäre widersprüchlich, für diese Fallkonstellation

³⁵⁹ *Adler*, Alle Macht den Kammern?, 2013, S. 359 ff.; zusammenfassend mit ausgewählten Beispielen *Schäfer*, Annahmeverfahren, 2015, S. 481 ff.; vgl. auch *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 732 ff.: „Verkammerung“.

³⁶⁰ *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 731 f.

³⁶¹ So auch *Kruis*, in: Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 125, 128; *O. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 457.

³⁶² *Zuck*, EuGRZ 2013, 662, 668.

³⁶³ *Hermes*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 725, 746 ff., am Beispiel der Kammerentscheidung im konkreten Normenkontrollverfahren (vgl. § 81a S. 1 BVerfGG).

³⁶⁴ Anders *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 183.

tionen von unterschiedlichen Kontrollkompetenzen der Spruchkörper auszugehen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass Stattgaben durch die Kammer den Senatsentscheidungen nach § 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG gleichstehen. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst differenziert hinsichtlich des Prüfungsumfanges nicht zwischen Senat und Kammer.³⁶⁵

Schließlich betrifft die Begrenzung der Kontrolltätigkeit und der Tenormöglichkeiten durch § 93c Abs. 1 S. 3 BVerfGG nicht das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten und kann daher nicht als Argument für eine divergierende Prüfungskompetenz herangezogen werden.

V. Die Funktion der Verfassungsbeschwerde

Es wurde bereits darauf hingewiesen,³⁶⁶ dass auch der Gewichtung der Funktionen der Verfassungsbeschwerde Bedeutung bei der Bestimmung des Prüfungsumfanges bei der Verfassungsbeschwerde zugemessen wird. Welche Schlussfolgerungen (dazu 4.) die subjektive (1.) und die objektive Funktion (2.) auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts zulassen, hängt von ihrer normativen Verankerung ab. In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob der „generelle Edukationseffekt“ der Verfassungsbeschwerde Einfluss auf die Prüfungskompetenz hat (3.).

1. Die subjektive Funktion

Die individualrechtsschützende Funktion der Verfassungsbeschwerde ist im Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG angelegt, nach welchem „jedermann“ die Verletzung „seiner Grundrechte“ geltend machen kann.³⁶⁷ Auch deuten die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerdefähigkeit, der Beschwerdebefugnis – insbesondere das Erfordernis der eigenen Betroffenheit – und des Rechtsschutzbedürfnisses auf den individuellen Grundrechtsschutz hin.³⁶⁸ Diese Zielsetzung zeigt sich auch in der Entstehungsgeschichte: Als Beleg wird – obwohl die Verfassungsbeschwerde zunächst nicht ins Grundgesetz

³⁶⁵ BVerfGE 136, 382, 391 (Rn. 28) – Großeltern als Vormund: „Vor allem prüft das *Bundesverfassungsgericht* [...]“; ebenso BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248 (Rn. 26).

³⁶⁶ Siehe oben Teil 1, C.II.2.c), S. 41 ff.

³⁶⁷ *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 593.

³⁶⁸ *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, 1963, S. 104 ff.; *Rozek*, DVBl. 1997, 517, 521; *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III³, § 70, Rn. 171.

aufgenommen wurde³⁶⁹ – angeführt, dass der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee sie als maßgebliches Instrument zur Durchsetzung der Grundrechte als subjektive Rechte ansah.³⁷⁰ Die Gesetzesbegründung zu ihrer einfachrechtlichen Einführung bezeichnete die Verfassungsbeschwerde als „letzte Zuflucht des Bürgers, der sich in seinen Grundrechten verletzt fühlt“ und forderte ein „höchstes Gericht“, welches „ihn vor Übergriffen der Staatsgewalt in seinen unverletzlichen Grundrechten schützen“ soll.³⁷¹ Die im Zusammenhang mit der Regelung der Notstandsverfassung stehende Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz³⁷² sollte diese Ausrichtung nicht ändern.³⁷³ Daneben heben die Möglichkeit der Vorabentscheidung nach § 90 Abs. 2 S. 2, 2. Alt. BVerfGG³⁷⁴ und die Durchsetzungsannahme nach § 93a Abs. 2 lit. b), Hs. 2 BVerfGG³⁷⁵ das Ziel des subjektiven Grundrechtsschutzes hervor, da jeweils auf einen besonders schweren Nachteil des Beschwerdeführers abgestellt wird. Auf der Rechtsfolgenseite zeigt dies auch die in § 95 Abs. 2 BVerfGG angeordnete Aufhebung grundrechtsverletzender Entscheidungen.³⁷⁶

Teilweise wird auch die Möglichkeit des Bürgers, jenseits der Geltendmachung subjektiver Rechte an der Verfassungsdurchsetzung mitzuwirken oder Veränderungsmöglichkeiten zu aktualisieren, als eigenständige Funktion der Verfassungsbeschwerde eingeordnet.³⁷⁷

2. Die objektive Funktion

Das Bundesverfassungsgericht geht mit weitgehender Zustimmung der Literatur³⁷⁸ in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Verfassungsbe-

³⁶⁹ Deswegen mit Zweifeln, ob dieser Aspekt im Wege der historischen Auslegung herangezogen werden kann *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 33 f.

³⁷⁰ *Zuck*, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.), 2017, Rn. 83 (dort Fn. 257).

³⁷¹ Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BT-Drs. 1/788, S. 35.

³⁷² Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.01.1969 (BGBl. I S. 97).

³⁷³ *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 31 f.

³⁷⁴ Siehe dazu oben B.II.1.c), S. 205.

³⁷⁵ Siehe dazu oben B.III.1.b)bb), S. 218.

³⁷⁶ *Zuck*, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.), 2017, Rn. 89; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 95 (50. EL 01/2017), Rn. 5; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 95, Rn. 4.

³⁷⁷ *Gusy*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 641, 654 ff.: „Mobilisierungsfunktion“; *Zuck*, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.), 2017, Rn. 102: „Diskursfunktion“; beide unter Bezugnahme auf *Häberle*, JöR 45 (1997), 89, 112 ff.

³⁷⁸ Mit zahlreichen Nachweisen *Zuck*, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.), 2017, Rn. 84 ff.; grundsätzliche Kritik beispielsweise bei *Schlink*, NJW 1984, 89, 92 ff.; mit sehr restriktivem Verständnis *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 615.

schwerde auch der Wahrung, Ausbildung und Fortbildung des objektiven Verfassungsrechts diene.³⁷⁹ Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn es trotz Rücknahme der Verfassungsbeschwerde³⁸⁰ oder Tod des Beschwerdeführers³⁸¹ entscheidet. Auch eine Entscheidung trotz Erledigung kann (allein) im Interesse der Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage ergehen, dient jedoch in vielen Fallkonstellationen dem Individualschutz.³⁸² Zutreffend wird darauf verwiesen, dass jede Bundesverfassungsgerichtsentscheidung mit der Klärung subjektiver Rechtspositionen auch der Wahrung und Auslegung des objektiven Verfassungsrechts dient.³⁸³ Von einer objektiven Funktion kann daher nur dort gesprochen werden, wo sich das Bundesverfassungsgericht zum „Schutz der Verfassung als ganzer“ vom konkreten individuellen Begehren lösen kann³⁸⁴ und diese Zielrichtung als „zusätzliches Element“ sein Verfahren prägt.³⁸⁵

Für die objektive Funktion finden sich kaum normativen Anknüpfungspunkte im Grundgesetz; im Streit steht insbesondere der Art. 94 Abs. 2 S. 2, Alt. 2 GG. Die dort vorgesehene bloße Möglichkeit der Einrichtung eines Annahmeverfahrens deutet dem Wortlaut nach noch nicht auf eine objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde hin. Auch muss die mit der Einrichtung von Zugangshürden einhergehende Beschränkung der subjektiven Rechtsschutzfunktion nicht notwendigerweise aus Gründen der Verfassungsfortbildung erfolgen, sondern kann auch allein der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts³⁸⁶ dienen.³⁸⁷ Für eine verfassungsrechtliche Verankerung der objektiven Funktion kann daher nur damit argumentiert werden, dass der Verfassungsgeber die Ermächtigung des Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG in Kenntnis der schon damals einfachrechtlich vorgesehenen objektiven (Nicht-)Annahmegründe aufgenommen hat und diese damit akzeptierte.³⁸⁸ Wenig überzeugend erscheint hingegen der allgemeine Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip,³⁸⁹ da

³⁷⁹ BVerfGE 33, 247, 259; 45, 63, 74; 79, 365, 367; 85, 109, 113; 126, 1, 17.

³⁸⁰ BVerfGE 98, 218, 242 f. – Rechtschreibreform.

³⁸¹ BVerfGE 124, 300, 318 f. – Wunsiedel.

³⁸² BVerfGE 49, 24, 52; 81, 138, 140 f.; 91, 125, 133; ausführlich *Fröhlinger*, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 165 ff.

³⁸³ *E. Klein*, DÖV 1982, 797, 798; *Rozek*, DVBl. 1997, 517, 521; *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 36.

³⁸⁴ *E. Klein*, DÖV 1982, 797, 798.

³⁸⁵ *Gusy*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 641, 651.

³⁸⁶ Siehe oben, B.III., S. 213 ff.

³⁸⁷ *Schlink*, NJW 1984, 89, 92 f.; *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 607; *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 45.

³⁸⁸ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2021, Rn. 272 f.; skeptisch *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 241 f.

³⁸⁹ So *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 90, Rn. 10.

dieses keinen Rückschluss auf die Ausrichtung eines an anderer Stelle der Verfassung speziell geregelten Rechtsbehelfs zulässt.³⁹⁰

Hingegen deutet das einfache Verfassungsprozessrecht an vielen Stellen auf die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde hin.³⁹¹ Dies zeigt sich insbesondere bei der aktuellen Ausgestaltung der Annahmegründe.³⁹² Bei ihrer Reform im Jahr 1993 sprach der Gesetzgeber die Zielsetzung der „Wahrung des objektiven Verfassungsrechts“ ausdrücklich an³⁹³ und schien von einer verfassungsrechtlichen Verankerung der objektiven Funktion auszugehen.³⁹⁴ Die Grundsatzannahme dient gerade nicht dem subjektiven Grundrechtsschutz, sondern der Fortbildung des Verfassungsrechts.³⁹⁵ Auch die objektive Durchsetzungsannahme berücksichtigt die individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers nicht: Die objektive Funktion zeigt sich hier insbesondere darin, dass die Annahme ohne Rücksicht auf die Betroffenheit des Beschwerdeführers oder Dritter wegen einer besonders groben fachgerichtlichen Fehlleistung bei der Berücksichtigung von Grundrechten geboten sein kann. Weniger deutlich ist dies bei den anderen beiden Fallgruppen der objektiven Durchsetzungsannahme. Da bei der generellen Vernachlässigung von Grundrechten und der abschreckenden Wirkung auf die Grundrechtsausübung die einzelfallübergreifende Wirkung auf Dritte ausschlaggebend für die Annahme ist, kann man hier auch den Aspekt des vorbeugenden Grundrechtsschutzes als maßgeblich ansehen.³⁹⁶

Die objektive Funktion zeigt sich auch bei § 90 Abs. 2 S. 2, Alt. 1 BVerfGG, der eine Vorabentscheidung bei „allgemeiner Bedeutung“ ermöglicht.³⁹⁷ Dieser Wortlaut lässt keine Zweifel daran, dass sich das Bundesverfassungsgericht vom individuellen Begehren des Beschwerdeführers lösen kann. Hiergegen wird zwar eingewandt, dass die Ausnahme ein *kumulatives Vorlie-*

³⁹⁰ Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 46.

³⁹¹ Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 250 ff.

³⁹² Siehe oben B.III.1., S. 214.

³⁹³ Begründung des RegE für das 5. BVerfGG-Reformgesetz, BT-Drs. 12/3628, S. 8: „Bei der Regelung des Annahmeverfahrens hat der Gesetzgeber einen Spielraum; er muß jedoch die doppelte Funktion der Verfassungsbeschwerde berücksichtigen“.

³⁹⁴ Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 43 f., der darin einen gesetzgeberischen Irrtum sieht (S. 56).

³⁹⁵ Zuck/Eisele, Verfassungsbeschwerde, 2022, Rn. 737 ff.; Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 35, der daraus jedoch keine Rückschlüsse auf die objektive Funktion ziehen will, da eine Regelung des Annahmeverfahrens nicht die Natur der Verfassungsbeschwerde bestimmen könne (S. 56).

³⁹⁶ Marsch, AöR 137 (2012), S. 592, 609 f.

³⁹⁷ Fröhlinger, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 206 f.; mit Bedenken aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 47 f.

gen der vom Bundesverfassungsgericht genannten Voraussetzungen erfordere, d.h. eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Frage geklärt *und* eine Vielzahl von gleich gelagerten Fällen mitentschieden werden müsse, und daher der vorbeugende Individualschutz im Vordergrund stünde.³⁹⁸ Dass die Voraussetzungen nicht in einem Alternativitätsverhältnis stehen, ist aus der Rechtsprechung jedoch nicht zwingend zu folgern.³⁹⁹ Daneben wird die Klärung einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Frage stets auch individualschützende Auswirkungen für Dritte haben.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen geht insbesondere § 95 Abs. 3 BVerfGG mit der Nichtigerklärung von Gesetzen bei Urteilsverfassungsbeschwerden über das für den individuellen Rechtsschutz Erforderliche hinaus.⁴⁰⁰ Gleiches gilt für die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG und die Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.⁴⁰¹

Wenig aufschlussreich für die Bestimmung der Funktion der Verfassungsbeschwerde ist hingegen die von den Senaten unterschiedlich gehandhabte⁴⁰² Problematik der Erstreckung des Prüfungsmaßstabs auf nicht gerügte Grundrechte. Darauf gestützte Schlussfolgerungen hängen maßgeblich vom Verständnis des Streitgegenstandes ab, der zweigliedrig zu bestimmen ist und sich aus dem angegriffenen Hoheitsakt und der Behauptung einer Grundrechtsverletzung zusammensetzt.⁴⁰³ Versteht man die letztgenannte Voraussetzung eng und erkennt als Streitgegenstand nur den durch die Rüge des Beschwerdeführers individualisierten Sachverhalt an,⁴⁰⁴ wird man die Erstre-

³⁹⁸ *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 610 f.; ähnlich *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 47.

³⁹⁹ Dass das Bundesverfassungsgericht oftmals beide Voraussetzungen subsumiert, vgl. BVerfGE 19, 268, 273; 108, 370, 386, kann auch ihrer engen Verknüpfung geschuldet sein; teilweise wird nur eine Voraussetzung geprüft: 25, 236, 246; oder ausdrücklich von einer Alternativität der beiden Voraussetzungen ausgegangen, siehe BVerfG (1. Kammer), 09.03.2018 – 2 BvR 174/18, NJW 2018, 1532, 1533 (Rn. 15); so auch *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 2019, § 90, Rn. 183 f.

⁴⁰⁰ *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, 1963, S. 116 ff., auch unter Bezugnahme auf § 95 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; *Fröhlinger*, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 209; *Gusy*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 641, 653; *Basty*, Sachliche Erledigung, 2010, S. 211 f.; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 95 (50. EL 01/2017), Rn. 5.

⁴⁰¹ *Hilpert*, Begründungspflicht, 2019, S. 51; anders *Marsch*, AöR 137 (2012), S. 592, 614; ähnlich *Basty*, Sachliche Erledigung, 2010, S. 215 f.

⁴⁰² Siehe oben B.II.2.a), S. 207.

⁴⁰³ BVerfGE 78, 320, 328; *Jesch*, JZ 1954, 528, 532; *Rennert*, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, § 95, Rn. 14; *O. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 514.

⁴⁰⁴ *O. Klein*, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 515; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 92 (35. EL 05/2011), Rn. 15.

ckung des Prüfungsmaßstabs auf nicht gerügte Grundrechte als Ausprägung der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde verstehen.⁴⁰⁵ Deutet man die „Behauptung einer Grundrechtsverletzung“ hingegen extensiv als den gesamten vom Beschwerdeführer vorgetragenen Lebenssachverhalt und alle sich daraus möglicherweise ergebenden Grundrechtsverletzungen – misst dem Antrag des Beschwerdeführers also keine streitgegenstandsbegrenzende Bedeutung zu –,⁴⁰⁶ kann man die umfassende Grundrechtsprüfung als Ausprägung der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde einordnen.⁴⁰⁷

Schließlich wird auch die mit der Elfes-Entscheidung einhergehende Erweiterung des Prüfungsmaßstabes auf objektives Verfassungsrecht⁴⁰⁸ als Ausprägung der objektiv-rechtlichen Funktion angesehen.⁴⁰⁹

3. Daneben „genereller Edukationseffekt“ der Verfassungsbeschwerde?

Daneben wird im Anschluss an Zweigert teilweise der „generelle Edukationseffekt“ als gesonderte Wirkung der Verfassungsbeschwerde genannt.⁴¹⁰

Einerseits wird darunter die präventive Wirkung verstanden, die die bloße Möglichkeit einer nachgelagerten Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht entfaltet.⁴¹¹ Die Verfassungsbeschwerde hänge wie ein „Damoklesschwert“⁴¹² über den Fachgerichten und halte sie an, „ihre Akte ‚grundrechts-sicher‘ zu machen“.⁴¹³ Diese spezifische Wirkung findet im Prozessrecht keinen Anklang und wird daher zutreffend und in Abgrenzung zu den Funk-

⁴⁰⁵ E. Klein, DÖV 1982, 797, 801; ähnlich Krauß, Prüfungsumfang, 1987, S. 156.

⁴⁰⁶ Lübke-Wolff, EuGRZ 2004, 669, 681; Görisch/Hartmann, NVwZ 2007, 1007, 1010 ff.; so im Grundsatz auch Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 (53. EL 02/2018), Rn. 175h; Barczak, in: ders., BVerfGG, § 92, Rn. 97.

⁴⁰⁷ Müller-Franken, DÖV 1999, 590, 593 f.; Marsch, AöR 137 (2012), S. 592, 611 ff.

⁴⁰⁸ Siehe oben Teil I, A.I., S. 24 f.

⁴⁰⁹ E. Klein, DÖV 1982, 797, 798; Fröhlinger, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 215; Löwer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III³, § 70, Rn. 171; anders Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 (53. EL 02/2018), Rn. 13; Marsch, AöR 137 (2012), S. 592, 615 f.

⁴¹⁰ Zweigert, JZ 1952, 321; BVerfGE 33, 247, 259 nennt diesen neben der objektiven Funktion; Fröhlinger, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 195: „erzieherische Wirkung“; ähnlich Krauß, Prüfungsumfang, 1987, S. 158 f., der ihn als Teil einer subjektiv-generellen Funktion der Verfassungsbeschwerde versteht.

⁴¹¹ Sachs, Verfassungsprozessrecht, 2016, Rn. 507.

⁴¹² Rupp, ZJP 82 (1969), 1, 3, der allerdings auch feststellt, dass der Effekt schwer messbar ist.

⁴¹³ Zweigert, JZ 1952, 321, bezogen auf die gesamte öffentliche Gewalt.

tionen der Verfassungsbeschwerde als „erstrebenswerter Nebeneffekt“ eingeordnet.⁴¹⁴

Die darüber hinaus gemeinte Befolgung und Beachtung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung durch Gerichte und Staatsorgane ist im Prozessrecht vorgesehen (vgl. §§ 31, 95 BVerfGG) und kann daher als Aspekt der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde verstanden werden.⁴¹⁵ Soweit von einem über die gesetzliche Bindungswirkung hinausgehenden Edukationseffekt ausgegangen wird,⁴¹⁶ ist damit eine Wirkung beschrieben, die innerhalb der Judikative jeder obergerichtlichen Entscheidung zukommen kann.⁴¹⁷

Es zeigt sich, dass der „generelle Edukationseffekt“ neben der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde nur schwer fassbar ist. Ihm kann daher keine gesonderte Bedeutung für die Bestimmung der Kontrollkompetenz zukommen.

4. Fazit: Keine Beschränkung der Kontrollkompetenz aufgrund der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde

In Anbetracht der normativen Anknüpfungspunkte ist der vielfach geäußerten These, dass der Individualschutz das maßgebliche und zentrale Ziel der Verfassungsbeschwerde darstelle,⁴¹⁸ zuzustimmen. Eine Überbetonung der objektiven Funktion ließe auch die Rolle der Kammern, denen das Fällen von Grundsatzentscheidungen und die Beantwortung offener verfassungsrechtlicher Fragen verwehrt ist,⁴¹⁹ außer Betracht.

Die subjektive Funktion streitet – ohne dass dies bedeuten muss, dass alle fachgerichtlichen Aufgabenbereiche gleichermaßen der Kontrolle unterwor-

⁴¹⁴ Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 39 f.

⁴¹⁵ E. Klein, DÖV 1982, 797, 798; Rozek, DVBl. 1997, 517, 521.

⁴¹⁶ Rupp, ZZP 82 (1969), 1, 4.

⁴¹⁷ E. Klein, DÖV 1982, 797, 798, der auch darauf hinweist, dass dem Bundesverfassungsgericht hohe Autorität und seinen Entscheidungen besondere Publizität zukommt; Hund, FS Faller, S. 63, 69.

⁴¹⁸ Hund, FS Faller, S. 63, 78; Scherzberg, Eingriffsintensität, 1989, S. 241 ff.; Rozek, DVBl. 1997, 517, 521 f.; Kruis, in: Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 125, 132 f.; Graf Vitzthum, JöR 53 (2005), 319, 326; O. Klein, in: Benda/Klein/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht 4, § 19, Rn. 458; Hilpert, Begründungspflicht, 2019, S. 65; C. Grünewald, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 90 Abs. 1 (Aktivlegitimation), Rn. 2; anders Fröhlinger, Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S. 223: gleichrangig mit objektiver Funktion; Düwel, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 266 f.

⁴¹⁹ Siehe oben B.IV.1., S. 223.

fen sind⁴²⁰ – für eine möglichst weitreichende Prüfungskompetenz. Für die objektive Funktion gilt dies nicht: Zwar wird teilweise ein Zusammenhang zwischen der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde und der Kontrollkompetenz in der Weise hergestellt, dass das „Prinzip der Exemplarität“ eine Kontrolle der Einzelfallabwägung und der Tatsachenarbeit der Fachgerichte erforderlich machen könne.⁴²¹ Dies berücksichtigt jedoch nicht ausreichend, dass die Eignung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in generalisierbarer Weise zur Verfassungsfortbildung beizutragen, mit zunehmendem Prüfungsumfang abnimmt.⁴²² Kontrolliert das Bundesverfassungsgericht beispielsweise die fachgerichtliche Beweiswürdigung im Detail, lassen sich daraus aufgrund der Einzelfallbezogenheit kaum Lehren für künftige Fälle ziehen.

Aus diesem Grund wird mit der objektiven Funktion in der Regel für eine zurückgenommene Kontrollkompetenz argumentiert.⁴²³ Dies überzeugt angesichts des Rangverhältnisses zwischen subjektiver und objektiver Funktion nicht. Obwohl zahlreiche einfachrechtliche Normen für letztere ins Feld geführt werden können, fehlt es an einem klaren verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt.⁴²⁴ Weitgehende Beschränkungen des Prüfungsumfanges zulasten des Individualrechtsschutzes können daher nicht auf die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde gestützt werden.⁴²⁵

Auch kann die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts nicht entlang der durch die jeweilige Entscheidungen primär ausgefüllten Funktion bestimmt werden: Verfassungsbeschwerden, die zur Entscheidung einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Frage angenommen wurden, unterliegen prinzipiell dem gleichen Prüfungsumfang wie Eingaben, die zur Abwehr eines besonders schweren Nachteils angenommen werden.⁴²⁶ Alles andere liefe auf eine zwischen den Spruchkörpern divergierende Kontrollkompetenz hinaus, für die sich kein Anknüpfungspunkt im Verfassungsprozessrecht findet.⁴²⁷

⁴²⁰ Dazu sogleich C.

⁴²¹ *Krauß*, Prüfungsumfang, 1987, S. 161 f.

⁴²² Siehe oben Teil 2, D.I., S. 169; ähnlich *Schenke*, FS Klein, S. 453, 468

⁴²³ Siehe oben Teil 1, C.III.2.b)aa), S. 47 ff.

⁴²⁴ Siehe oben B.V.2., S. 231.

⁴²⁵ Ähnlich *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 245 ff.

⁴²⁶ So auch *E. Klein*, DÖV 1982, 797, 803.

⁴²⁷ Siehe oben B.IV.2., S. 228 f.

C. Zwischenergebnis zur Tatsachenkontrollkompetenz: Verfahrens- und Willkürkontrolle

Während die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde keine generellen Einschränkungen der Prüfungskompetenz rechtfertigt, streitet die subjektive Funktion für eine weitreichende Kontrolle der Fachgerichte.⁴²⁸ Allerdings stehen die empirische Unterlegenheit des Bundesverfassungsgerichts⁴²⁹ und seine faktische Einbindung in den Instanzenzug⁴³⁰ einer weitgehenden Tatsachenkontrolle entgegen. Das Verfahrensrecht weist dem Gericht gerade nicht die Funktion eines Tatsachengerichts zu; nach seiner Ausgestaltung handelt es sich bei der Tatsachenarbeit um eine spezifische Aufgabe der besser dafür geeigneten Fachgerichte. Diese Erkenntnis lässt die Verfahrenskontrolle (I.) unberührt, spricht jedoch für eine eingeschränkte materiell-inhaltliche Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit (II.); dies gilt für Senate und Kammern gleichermaßen.⁴³¹ Stellt das Bundesverfassungsgericht nach diesen Grundsätzen einen Tatsachenfehler fest, richten sich die Rechtsfolgen nach den allgemeinen Vorschriften (III.).

I. Uneingeschränkte Verfahrenskontrolle

Keinen Einschränkungen unterliegt die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts, soweit es um die Kontrolle des fachgerichtlichen Verfahrens bei der Beweiserhebung geht.⁴³²

Anforderungen an das Vorgehen des Fachgerichts, die sich auf die Auswahl der Beweismittel und die Art und Weise der Beweiserhebung über Einzeltatsachen beziehen, können sich dabei aus den Verfahrensgrundrechten und als prozedurale Schutzwirkung aus den materiellen Grundrechtsbestimmungen ergeben. Letztere werden in kindschaftsrechtlichen Verfahren aus den Eltern- und Kindesgrundrechten sowie dem Wächteramt hergeleitet und beziehen sich auf die Anhörung von Verfahrensbeteiligten, die Einholung von Sachverständigengutachten und die Bestellung von Verfahrenspflegern.⁴³³

⁴²⁸ Siehe oben B.V., S. 230 ff.

⁴²⁹ Siehe oben B.I.1., S. 186 ff.

⁴³⁰ Siehe oben B.I.2., S. 195 ff. und B.II., S. 200 ff.

⁴³¹ Siehe oben B.IV., S. 221 ff.

⁴³² So auch *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 492; *Broß*, BayVBl. 2000, 513, 514; *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 319.

⁴³³ Siehe zusammenfassend oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(4), S. 146 f. und C.II.2.b)dd)(3), S. 167.

Bei dieser Verfahrenskontrolle kann das Bundesverfassungsgericht nicht auf fachgerichtliche Feststellungen zurückgreifen, sondern wird „quasi-erstinstanzlich“ tätig. Deshalb greifen die aus den jeweiligen Verfahrensgrundsätzen und dem Verfahrensgang folgenden Argumente für eine eingeschränkte Tatsachenkontrolle nicht. Geht es um die Beachtung von grundrechtlichen Verfahrensanforderungen durch die Fachgerichte, muss das Bundesverfassungsgericht daher den entscheidungserheblichen Sachverhalt grundsätzlich selbstständig ermitteln.⁴³⁴ Ausnahmen können gelten, wenn bereits Feststellungen der Rechtsmittelinstanz vorliegen,⁴³⁵ was in kindschaftsrechtlichen Verfahren jedoch selten der Fall ist. Die jeweils erforderlichen Sachverhaltsinformationen zum fachgerichtlichen Verfahrensgang – beispielsweise zur Frage, ob ein Verfahrensbeteiligter angehört wurde – lassen sich in der Regel ohne förmliche Beweisaufnahme den Akten des Ausgangsverfahrens entnehmen.

Dass das Bundesverfassungsgericht in Verfahrensfragen „quasi-erstinstanzlich“ tätig werden kann, zeigt sich auch in anderen Konstellationen: Bei der Glaubhaftmachung von Wiedereinsetzungsanträgen nach § 93 Abs. 2 BVerfGG ist es für die Erhebung und Würdigung der relevanten Tatsachen uneingeschränkt zuständig.

II. Beschränkte materiell-inhaltliche Tatsachenkontrolle

Von der Verfahrenskontrolle zu trennen ist die Prüfung des Ergebnisses der fachgerichtlichen Beweiswürdigung,⁴³⁶ die man als materiell-inhaltliche Kontrolle der Tatsachenarbeit bezeichnen kann. Es geht um die Frage, ob das Fachgericht den zu subsumierenden Sachverhalt zutreffend, richtig bzw. wahrheitsgemäß festgestellt hat.

Ein Vorschlag zur materiell-inhaltlichen Kontrolle der fachgerichtlichen Beweiserhebung und -würdigung muss sich zwischen zwei Extrempositionen ansiedeln. Ein Kontrollmaximum wäre erreicht, wenn das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtliche Tatsachenarbeit auf Basis einer eigenen vollständigen Tatsachenermittlung der entscheidungserheblichen Umstände kontrollierte, also eine Vollkontrolle verfassungserheblicher Tatsachen durch-

⁴³⁴ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 492; *Haberzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 6; in diese Richtung bereits *Arndt*, NJW 1962, 783, 784.

⁴³⁵ So einschränkend *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 364 ff., der von einer Bindung an diese Feststellungen ausgeht, soweit diese nicht unter Verstoß gegen Grundrechte gewonnen wurden.

⁴³⁶ So auch die übliche Differenzierung in der Literatur, vgl. nur *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 492; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 364 ff.

führen würde.⁴³⁷ Eine Kontrollabstinenz läge vor, wenn das Bundesverfassungsgericht ohne die Möglichkeit eigenständiger Tatsachenermittlung oder Informationsbeschaffung einschränkungslos an den im fachgerichtlichen Urteil festgestellten Sachverhalt gebunden wäre und allein die Rechtsanwendung prüfen könnte. Diese Beispiele zeigen, dass die Beweiswürdigungskontrolle (2.) stark vom Umfang der eigenständigen Tatsachenermittlung (1.) durch das Bundesverfassungsgericht abhängt.

Nur ein Aspekt dieses Zusammenhangs wird beschrieben, wenn die bundesverfassungsgerichtliche Kompetenz zur Tatsachenermittlung an „wesentliche Zweifel an der grundrechtsrelevanten tatsächlichen Grundlage der Entscheidung“⁴³⁸ geknüpft wird, da Fehler bei der Beweiserhebung und -würdigung sich regelmäßig erst aufgrund eigener Informationsbeschaffung zeigen werden.

1. Keine Kompetenz zur selbstständigen Tatsachenermittlung

Das Bundesverfassungsgericht wird im Anschluss an zwei Tatsacheninstanzen und – so zumindest die normative Ausgestaltung – eine Rechtsinstanz tätig und kann daher auf eine Tatsachengrundlage zurückgreifen, die durch hierfür besser qualifizierte Gerichte ermittelt wurde.⁴³⁹ Daneben sind die Zulässigkeithürden des Prozessrechts und ihre extensive Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht darauf ausgerichtet, dem Gericht einen ausermittelten Sachverhalt zur Verfügung zu stellen und selbstständige Ermittlungen überflüssig zu machen.⁴⁴⁰ Diese funktionell-rechtlichen Erwägungen sprechen dafür, dass dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zur Ermittlung von Einzeltatsachen grundsätzlich fehlt. Es kann – soweit es nicht „quasi-erstinstanzlich“ tätig wird – über entscheidungserhebliche Tatsachen keine selbstständigen, d. h. über die fachgerichtliche Erkenntnisgrundlage hinausgehenden Nachforschungen anstellen.

Dies gilt unabhängig von der Art der Informationsbeschaffung.⁴⁴¹ Einerseits hat das Bundesverfassungsgericht nicht die Kompetenz über Umstände, die bereits Gegenstand der fachgerichtlichen Tatsachenermittlung waren, förmlich Beweis zu erheben: Es kann beispielsweise zur Frage, ob im Zeitpunkt der fachgerichtlichen Entscheidung eine die Trennung rechtfertigende

⁴³⁷ Siehe dazu bereits A.III., S. 182.

⁴³⁸ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 473 f. u. 495; zustimmend *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 321.

⁴³⁹ Siehe oben B.I.2., S. 195 ff., insbesondere das Zwischenfazit bei B.I.2.c), S. 199.

⁴⁴⁰ Siehe oben B.II., S. 200 ff.

⁴⁴¹ Zur umstrittenen Abgrenzung zwischen der Beweiserhebung im Sinne von § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG und „sonstigen“ Erkenntnisquellen oben A.II., S. 180.

Kindeswohlgefahr vorlag, keinen Zeugen- oder Sachverständigenbeweis nach § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG erheben. Das Bundesverfassungsgericht erhebt erst recht keinen Beweis über die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt seiner Entscheidung, da es keine eigene Sachentscheidung trifft.

Gleiches gilt andererseits für die „Stoffsammlung“⁴⁴² nach den sonstigen Vorschriften des BVerfGG. Das Anfordern der Akten des Ausgangsverfahrens (§ 27 BVerfGG) stellt von vornherein keine eigenständige Tatsachenermittlung in diesem Sinne dar. Soweit mit diesem Hilfersuchen nicht Feststellungen zum fachgerichtlichen Verfahrensgang getroffen werden,⁴⁴³ dient es lediglich der Beschaffung der aktenkundigen Erkenntnisgrundlage des Fachgerichts, die nicht mit einer eigenständigen Ermittlung entscheidungserheblicher Umstände einhergeht. Das Gericht schafft mit der Heranziehung der Akten des Ausgangsverfahrens lediglich die Basis für die Kontrolle der fachgerichtlichen Tatsachenwürdigung.⁴⁴⁴ Ferner kann das Bundesverfassungsgericht nicht durch Einholung von Stellungnahmen Dritter (§ 27a BVerfGG) entscheidungserhebliche Einzeltatsachen ermitteln. Die Norm ist ohnehin auf die Ermittlung genereller Tatsachen ausgerichtet.⁴⁴⁵

Diese Kompetenzverteilung deckt sich mit dem tatsächlichen Entscheidungsverhalten des Bundesverfassungsgerichts. Während in älteren kindschaftsrechtlichen Entscheidungen noch selten über Einzeltatsachen Beweis erhoben wurde,⁴⁴⁶ verzichten jüngere Judikate komplett auf eine eigenständige Tatsachenermittlung.⁴⁴⁷ Eine regelmäßige Ermittlung des verfassungserheblichen Sachverhalts würde auch zur Funktionsunfähigkeit des Gerichts führen.⁴⁴⁸ Gegen dieses Argument wird zwar eingewendet, dass es sich dabei allein um einen faktischen Grund handle.⁴⁴⁹ Allerdings kann man das Heranziehen von Belastungsgrenzen auch als *argumentum ad absurdum* verstehen: Die Verfassungsauslegung darf nicht zu einer Aufgabenverteilung zwischen Fach- und Verfassungsgericht führen, die aufgrund des damit verbundenen Aufwands unmöglich zu erfüllen ist.⁴⁵⁰

⁴⁴² Mit dieser Terminologie BVerfGE 96, 251, 254.

⁴⁴³ Siehe oben C.I., S. 238.

⁴⁴⁴ Dazu sogleich unter 2.

⁴⁴⁵ Lenz/Hansel, BVerfGG, 2020, § 27a, Rn. 6; Meskouris, in: Barczak, BVerfGG, § 27a, Rn. 3: Ermittlung der „maßgeblichen gesellschaftlichen Wirklichkeiten“.

⁴⁴⁶ Siehe oben Teil 2, C.II.1.c)bb), S. 112.

⁴⁴⁷ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 144 ff. und C.II.2.b)dd)(2), S. 165 f.

⁴⁴⁸ Koriath, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 55, 63 f.; Meskouris, in: Barczak, BVerfGG, § 26, Rn. 8; Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318, der eine Argumentation mit der Funktionsfähigkeit jedoch im Übrigen ablehnt (S. 248 ff.).

⁴⁴⁹ Bartmann, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 207.

⁴⁵⁰ Alleweldt, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 223; in Bezug auf das Verhältnis von BVerfG und Gesetzgeber Bickenbach, Einschätzungsprärogative, 2014, S. 489 ff.

2. Auf Willkür beschränkte Kontrolle der Tatsachenwürdigung

Die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich auf die fachgerichtliche Beweiswürdigung, funktionell-rechtliche Gründe sprechen jedoch für eine zurückgenommene Kontrolle. Das entscheidende Argument hierfür ist, dass das Bundesverfassungsgericht gegenüber den Fachgerichten einen empirischen Nachteil hat, den es nicht ausgleichen kann.⁴⁵¹ Seine Beweiswürdigungskontrolle findet daher stets auf schmalerer Tatsachengrundlage statt und sollte den Umstand berücksichtigen, dass die Fachgerichte ihrer Funktion nach für die Tatsachenarbeit besser geeignet sind. Auf Basis der durch Heranziehung der Akten des Ausgangsverfahrens geschaffenen Entscheidungsgrundlage sollte sich das Gericht in kindschaftsrechtlichen Verfahren auf eine Willkürkontrolle beschränken,⁴⁵² also nur einschreiten, wenn die fachgerichtliche Beweiswürdigung aufgrund ihrer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit nicht mehr nachvollziehbar ist.⁴⁵³

Der Unterschied zu der vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommenen Kontrolle auf „deutliche“ Fehler bei der Tatsachenwürdigung scheint nur auf den ersten Blick gering, da der erweiterte Prüfungsumfang tatsächlich mit einer detaillierten Beweiswürdigungskontrolle einhergeht.⁴⁵⁴

III. Rechtsfolge der Feststellung eines Tatsachenfehlers

Wenn das Bundesverfassungsgericht nach den obigen Grundsätzen einen Fehler bei der Beweiserhebung oder -würdigung feststellt, richten sich die Fehlerfolgen nach § 95 BVerfGG: Die stattgebende Entscheidung bezeichnet die Grundrechtsverletzung (Abs. 1), hebt die angegriffene Entscheidung auf und verweist die Sache an ein zuständiges Gericht zurück (Abs. 2). Soweit eine Grundrechtsverletzung festgestellt wurde, muss die fragliche Entscheidung grundsätzlich aufgehoben werden.⁴⁵⁵ Hiervon kann aus verfahrensökonomischen Gründen eine Ausnahme gemacht werden, wenn das Bundesverfassungsgericht – beispielsweise im Interesse eines zügigen Abschlusses des

⁴⁵¹ Siehe oben B.I.1.e), S. 193 f.

⁴⁵² So auch *Koch*, GS Jeand’Heur, S. 135, 164; *Starck*, JZ 1996, 1033, 1039; *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1321; so im Grundsatz auch *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 320 f.; ähnlich *Schenke*, FS Klein, S. 453, 468 f.

⁴⁵³ Vgl. BVerfGE 57, 39, 42; BVerfG (2. Kammer), 23.01.2017 – 2 BvR 2584/12, NJW 2017, 1731, 1734 (Rn. 27 ff.); BVerfG (2. Kammer), 23.3.2020 – 2 BvR 1615/16, NJW 2020, 1877, 1878 (Rn. 42 ff.).

⁴⁵⁴ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 144 ff.

⁴⁵⁵ *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 95, Rn. 20; *von Ungern-Sternberg*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 95, Rn. 18.

Verfahrens⁴⁵⁶ – an eine höhere Instanz zurückverweisen will.⁴⁵⁷ So wird in kindschaftsrechtlichen Konstellationen – auch dann, wenn das erstinstanzliche Urteil Grundrechte des Beschwerdeführers verletzt⁴⁵⁸ – in der Regel an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Dieses kann als Tatsacheninstanz⁴⁵⁹ die Beweiserhebung und -würdigung unter Behebung des Fehlers erneut durchführen.

Dass überhaupt zur Fachgerichtsbarkeit zurückverwiesen wird, ist in Fällen des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG grundsätzlich zwingend; das Bundesverfassungsgericht darf nur in seltenen Ausnahmefällen durchentscheiden.⁴⁶⁰

D. Abstufung der Tatsachenkontrollkompetenz anhand der Eingriffsintensität

Schließlich stellt sich die Frage, ob von der begrenzten Tatsachenkontrollkompetenz in Fällen hoher Eingriffsintensität – d.h. bei intensiver individueller Betroffenheit von Eltern und Kind – eine Ausnahme gemacht werden sollte. Eine normative Grundlage für eine erweiterte Tatsachenkontrollkompetenz findet sich weder im Grundgesetz noch im Bundesverfassungsgerichtsgesetz.⁴⁶¹ Da es an einer materiell-rechtlichen Begründung fehlt (I.), kommen neben methodischen (III.) und grundrechtsdogmatischen (IV.) insbesondere funktionell-rechtliche Erklärungsversuche (II.) in Betracht.

I. Fehlen einer materiell-verfassungsrechtlichen Begründung

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Eingriffsintensität als materiell-rechtliches Kriterium die Dichte des Prüfungsmaßstabs, d.h. die normative Reichweite der Verfassung, bestimmt.⁴⁶² Der damit verbundene Einfluss

⁴⁵⁶ Vgl. BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266, 1270 (Rn. 58).

⁴⁵⁷ *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 95 (50. EL 01/2017), Rn. 22 u. 24 mit weiteren Beispielen; anders *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 95, Rn. 36.

⁴⁵⁸ Siehe beispielsweise BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112 ff. (Tenor jedoch nur bei juris).

⁴⁵⁹ Siehe oben B.I.2.b)aa), S. 197.

⁴⁶⁰ *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 95 (50. EL 01/2017), Rn. 32; *Nettersheim*, in: Barczak, BVerfGG, § 95, Rn. 43 ff.; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2020, § 95, Rn. 33 ff.

⁴⁶¹ So auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 256 ff., für den Zusammenhang von Prüfungsumfang und Eingriffsintensität im Allgemeinen.

⁴⁶² Siehe oben Teil 2, D.III., S. 170 f.

auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts kann als mittelbar, „akzessorisch“⁴⁶³ oder „Reflex der materiell-verfassungsrechtlichen Lage“⁴⁶⁴ beschrieben werden.

Spezifisch materiell-verfassungsrechtliche Begründungen für eine Tatsachenkontrolle finden sich beispielsweise bei der Meinungsfreiheit⁴⁶⁵ und dem Asylgrundrecht⁴⁶⁶, wo mit der Relevanz tatsächlicher Erwägungen für die Eröffnung des Schutzbereiches argumentiert wird.⁴⁶⁷ Das Fehlen einer solchen Argumentation mit der normativen Reichweite der Grundrechte wird zutreffend mit der Aussage auf den Punkt gebracht, dass allein eine hohe Eingriffsintensität eine Frage nicht zu einer verfassungsrechtlichen mache.⁴⁶⁸ Das dogmatische Unbehagen rührt also daher, dass die Eingriffsintensität als Kriterium zur unmittelbaren bzw. „direkten“⁴⁶⁹ Bestimmung des Prüfungsumfanges herangezogen⁴⁷⁰ und damit als funktionell-rechtliches Kriterium zur Kompetenzabgrenzung verwendet wird.

II. Die Eingriffsintensität als funktionell-rechtliches Kriterium?

Die Eingriffsintensität kann die funktionell-rechtliche Betrachtungsweise allerdings nur bedingt beeinflussen, da der Grad individueller Betroffenheit an den maßgeblichen (verfassungs-)prozessualen Argumenten für eine begrenzte Tatsachenkontrollkompetenz wenig ändert. Einerseits entscheidet das Bundesverfassungsgericht auch bei hoher Eingriffsintensität im Anschluss an tatsachenfeststellende Fachgerichte. Die Vorabentscheidung wegen intensiver individueller Betroffenheit steht unter dem Vorbehalt fachgerichtlicher Sachverhaltsaufklärung⁴⁷¹ und erlaubt – auch aufgrund ihres Charakters als Ausnahmevorschrift – keinen generellen Rückschluss auf die Tatsachenkontroll-

⁴⁶³ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 251 spricht von einem „Junktum von verfassungsrechtlicher Regelungsdichte und Eingriffsintensität“, welches Wirkungen für die „Kontrolldichte“ entfalte.

⁴⁶⁴ *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 113.

⁴⁶⁵ Dazu ausführlich oben Teil 2, C.I.5., S. 99 ff.

⁴⁶⁶ Vgl. BVerfGE 54, 341, 355 f.; 76, 143, 162 f. – Ahmadyya-Glaubensgemeinschaft.

⁴⁶⁷ *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 367 ff.; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93, Rn. 63.

⁴⁶⁸ In Bezug auf Auslegungsfragen *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 551; ebenso *Kenntner*, NJW 2005, 785, 787; ähnlich bereits *Wank*, JuS 1980, 545, 550.

⁴⁶⁹ *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 113; ähnlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 1999, S. 251: „Junktum von verfassungsgerichtlicher Kontrolldichte und Eingriffsintensität“.

⁴⁷⁰ *Jestaedt*, DVBl. 2001, 1309, 1316 f.; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 370.

⁴⁷¹ Siehe oben B.II.1.c), S. 205 f.

kompetenz. Andererseits judiziert es ausnahmslos auf schmälerer empirischer Grundlage. Anders gewendet: Die Eingriffsintensität beeinflusst die bedingte Eignung des Bundesverfassungsgerichts zur Tatsachenkontrolle nicht. Dieser Aspekt wird angesprochen, wenn eine Kompetenzabgrenzung nach dem *Gegenstand* bundesverfassungsgerichtlicher Kontrolle gefordert wird.⁴⁷²

Als Gradmesser des erforderlichen (Grundrechts-)Schutzes wird die Eingriffsintensität daher in der Regel auf einer abstrakteren Ebene herangezogen, und es wird allgemein mit der subjektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde argumentiert (1.). Speziell für Kindschaftssachen werden Aspekte der Verfahrensvereinfachung angeführt (2.).

1. Tatsachenkontrolle im Interesse effektiven Grundrechtsschutzes

Als Begründung für eine weitgehende Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts wird die Effektivität des Grundrechtsschutzes genannt;⁴⁷³ der Schutz individueller Grundrechte erfordere die zutreffende Feststellung des verfassungserheblichen Sachverhalts.⁴⁷⁴ Andernfalls drohe das Bundesverfassungsgericht „zur realitätsfernen Auslegungsinstanz zu denaturieren“⁴⁷⁵ oder würden die Fachgerichte ermuntert, der Kontrolle durch eine bestimmte Auswertung und Präsentation des Sachverhalts zu entgehen.⁴⁷⁶ Insbesondere bei hoher Eingriffsintensität könne das Gericht die Feststellung und Würdigung von Tatsachen daher umfangreicher kontrollieren.⁴⁷⁷

Die Warnung vor „ineffektivem“ Grundrechtsschutz trifft zu, soweit sie darauf abstellt, dass nicht jeder fachgerichtliche Tätigkeitsbereich der vollständigen Kontrolle auf Einhaltung der grundrechtlichen Bindungen unterliegt. Wollte man die fehlerfreie Feststellung des verfassungserheblichen Sachverhalts für jeden Einzelfall sicherstellen, ließe sich dies jedoch nur über eine umfassende Tatsachenermittlungskompetenz und -pflicht erreichen.⁴⁷⁸ Diese Konsequenz wird auch von vielen Befürwortern einer die Verfahrens- und Willkürkontrolle überschreitenden Tatsachenkontrollkompe-

⁴⁷² W. Roth, AöR 121 (1996), S. 544, 552.

⁴⁷³ *Habermehl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 5; auf alle Verfahrensarten bezogen *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG, 2020, S. 123.

⁴⁷⁴ *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 273.

⁴⁷⁵ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 496.

⁴⁷⁶ *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 215.

⁴⁷⁷ *Bryde*, FS 50 Jahre BVerfG I, S. 533, 547 f.; zustimmend *Gärditz*, FF 2015, 341, 347.

⁴⁷⁸ *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 318.

tenz nicht gezogen⁴⁷⁹ und deshalb eine Vollkontrolle der Ermittlung und Würdigung des verfassungserheblichen Sachverhalts abgelehnt. Darüber hinaus unterliegt die fachgerichtliche Entscheidung auch bei eingeschränkter Tatsachenkontrollkompetenz einer weitreichenden Prüfung auf Einhaltung grundrechtlicher Vorgaben. Neben der Auslegungskontrolle kann die Rechtsanwendungskontrolle in Abhängigkeit vom einschlägigen Prüfungsmaßstab über die Prüfung von Abwägungsleitlinien hinausgehen und sich auf die Einzelfallabwägung beziehen.

Dass der Grundrechtsschutz nicht „ineffektiv“ ist, zeigt sich auch, wenn man die Effektivität des Grundrechtsschutzes danach beurteilt, ob das Bundesverfassungsgericht durch Aufhebung der angegriffenen Entscheidung eine erneute fachgerichtliche Beurteilung herbeiführen kann. Hierfür war der erweiterte Prüfungsumfang bei den im Hauptsacheverfahren ergangenen Trennungsentscheidungen⁴⁸⁰ selten zwingend notwendig. Anders gewendet: Das Bundesverfassungsgericht hätte einen Großteil dieser Entscheidungen auch unter Anwendung der hier vorgeschlagenen eingeschränkten Tatsachenkontrollkompetenz⁴⁸¹ aufheben können. Dies gilt zunächst für Fälle, in denen ein Verfahrensfehler festgestellt wurde.⁴⁸² Auch die übrigen Entscheidungen weisen grundrechtsrelevante Fehler bei der Rechtsanwendung auf, ohne dass es für die Aufhebung auf eine detaillierte Beweiswürdigungskontrolle angekommen wäre. Dies ist eindeutig, wenn mit Anlegung des falschen Prüfungsmaßstabs das Elternprimat verkannt wurde.⁴⁸³ Gleiches gilt, wenn die Kam-

⁴⁷⁹ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 495: prinzipielle Bindung an festgestellten Sachverhalt; *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), S. 173, 215 (dort Fn. 202): Willkürkontrolle hinsichtlich Tatsachenerhebung; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 274 erörtert dies allein für den von ihm angenommenen Fall, dass das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der gesamten fachgerichtlichen Entscheidung auf eine Willkürkontrolle beschränkt sei, lehnt diesbezüglich eine unbeschränkte Kontrolle des verfassungserheblichen Sachverhalts aber ab; anders *Haberzettl*, NVwZ-Extra 2015, 1, 5 u. 8.

⁴⁸⁰ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a)aa), S. 118 ff.

⁴⁸¹ Siehe oben C., S. 238.

⁴⁸² BVerfG (1. Kammer), 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, SRa 2014, 248, 251 (Rn. 48 ff.), wo ausdrücklich festgestellt wird, dass schon der Verfahrensfehler zur Verfassungswidrigkeit der Entscheidung führt (Rn. 53); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113 (Rn. 27 ff.); BVerfG (2. Kammer), 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261, 267 (Rn. 55 ff.); BVerfG (1. Kammer), 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 107 (Rn. 37 ff.); sehr naheliegend ist dies auch bei der Entscheidung BVerfG (1. Kammer), 12.02.2021 – 1 BvR 1780/20, FamRZ 2021, 672, 677, die einen Verfahrensfehler zwar nicht ausdrücklich feststellt, aber verfassungsrechtliche Zweifel am Verzicht auf Einholung eines Sachverständigengutachtens (Rn. 37) und der unterlassenen Kindesanhörung (Rn. 39 f.) äußert.

⁴⁸³ BVerfG (1. Kammer), 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 441 (Rn. 15 f.); auch bei Verfassungsbeschwerden gegen fachgerichtliche Eilentscheidun-

mern neben einem Beweiswürdigungsfehler ausdrücklich – unter Zugrundelegung des fehlerhaft festgestellten Sachverhalts – einen Rechtsanwendungsfehler feststellen, d. h. das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG verneinen.⁴⁸⁴ Ob die fachgerichtliche Entscheidung auch unter Anlegung einer zurückgenommenen Tatsachenkontrollkompetenz hätte aufgehoben werden können, scheint allein für den Kammerbeschluss vom 22.05.2014⁴⁸⁵ fraglich: Zwar wird auch hier ein Verfahrensfehler angedeutet,⁴⁸⁶ die Aufhebung der Entscheidung des Oberlandesgerichts beruht jedoch durchgehend auf einer ins Detail gehenden Beweiswürdigungskontrolle.⁴⁸⁷ Von einem durch die zurückgenommene Tatsachenkontrollkompetenz bedingten „ineffektivem“ Grundrechtsschutz kann nach allem keineswegs generell gesprochen werden.

2. Tatsachenkontrolle zur Verfahrensvereinfachung

Der Schutz der Kindesgrundrechte wird ebenfalls für eine bundesverfassungsgerichtliche Kompetenz zur eigenständigen Beweiswürdigung ins Feld geführt: Die Auswertung der Akten des Ausgangsverfahrens verhindere, dass in der Sache gerechtfertigte fachgerichtliche Entscheidungen allein wegen mangelhafter Begründung aufgehoben würden; dies erspare den betroffenen Kindern unnötiges „Hin und Her“ und vermeide, sie in einer tatsächlich bestehenden, aber fachgerichtlich nicht hinreichend begründeten Gefahrensituation zu belassen.⁴⁸⁸ Bei dieser auf die Folgen eines fachgerichtlichen Fehlers beschränkten Argumentation darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Akteninhalt oftmals schon zur Beweiswürdigungskontrolle, also zur Feststellung eines Tatsachenfehlers detailliert herangezogen wird.⁴⁸⁹ Deutlich zeigt sich dieses Vorgehen in veröffentlichten Entscheidungen nur, wenn es scheitert, da die daraus resultierende Stattgabe begründet werden muss (vgl. § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG).

gen wird dies festgestellt oder angedeutet: BVerfG (1. Kammer), 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, FF 2014, 442, 446 (Rn. 29); BVerfG (1. Kammer), 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772, 1774 (juris Rn.29) u. 1775 (juris Rn. 39); BVerfG (2. Kammer), 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795, 797 (Rn. 22).

⁴⁸⁴ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270, 1274 (Rn. 37); BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 116 (Rn. 46 u. 50).

⁴⁸⁵ BVerfG (1. Kammer), 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266.

⁴⁸⁶ Ebd., S. 1270 (Rn. 55).

⁴⁸⁷ Ebd., S. 1269 (Rn. 45 ff.).

⁴⁸⁸ Britz, FamRZ 2015, 793, 796; zustimmend C. Burmeister, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG IV, 247, 261.

⁴⁸⁹ Zusammenfassend zur bundesverfassungsgerichtlichen Praxis oben Teil 2, C.II.2.a)cc(3)(b), S. 145.

Diese eigenständige, die fachgerichtliche Arbeit ersetzende Beweiswürdigung⁴⁹⁰ überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht: Zunächst steht der empirische Nachteil des Bundesverfassungsgerichts,⁴⁹¹ der schon gegen eine weitgehende Tatsachenkontrollkompetenz streitet,⁴⁹² erst recht einer eigenständigen Beweiswürdigung – die gewissermaßen eine eigene Sachentscheidung darstellt – entgegen.

Ferner liegt auch in Trennungsfällen zwischen der letztinstanzlichen Entscheidung des Fachgerichts und dem Kammerbeschluss oftmals ein erheblicher Zeitraum, der bei Verfassungsbeschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen zwischen vier und achtzehn Monaten und im Durchschnitt etwa acht Monate beträgt.⁴⁹³ Aufschiebende Wirkung entfaltet die Verfassungsbeschwerde nicht,⁴⁹⁴ und neue tatsächliche Entwicklungen innerhalb dieses Zeitraums kann das Bundesverfassungsgericht durch Auswertung der Aktenlage nicht berücksichtigen. Bei einer Zurückverweisung müssten die Fachgerichte hingegen erneut Beweis erheben und das Bestehen einer Gefahrensituation unter Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben präziser und zügig⁴⁹⁵ beurteilen. Ein „Hin und Her“ durch die Aufhebung kann – soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen – durch eine Eilentscheidung verhindert werden.

Schließlich spricht gegen eine derart weitgehende Tatsachenarbeit des Bundesverfassungsgerichts, dass die fachgerichtliche Entscheidung jenseits der Tatsachenwürdigung und der diesbezüglichen Begründung grundrechtsrelevante Fehler aufweisen kann, die das Bundesverfassungsgericht nur schwer durch eine eigenständige Beweiswürdigung „heilen“ kann. Dies zeigt sich beispielsweise beim Beschluss vom 19.11.2014,⁴⁹⁶ in dem die Kammer feststellte, dass bereits die aus der fachgerichtlichen Beweisfrage abgeleitete Fragestellung des Sachverständigengutachtens das Elternprimat

⁴⁹⁰ Zusammenfassend zur bundesverfassungsgerichtlichen Praxis oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(3)(b), S. 145.

⁴⁹¹ Siehe oben B.I.1.e), S. 193 ff.

⁴⁹² Siehe oben C.II., S. 239 ff.

⁴⁹³ Die lange Verfahrensdauer problematisiert auch *Keuter*, FamRZ 2014, 1354, 1355. Bei den untersuchten Verfassungsbeschwerden gegen fachgerichtliche Eilentscheidungen lag dieser Zeitraum zwischen 2,5 und 6 Monaten und im Durchschnitt bei ca. 4,5 Monaten.

⁴⁹⁴ BVerfGE 93, 381, 385; 107, 395, 413; allerdings erlässt das Gericht gelegentlich einstweilige Anordnungen mit ähnlicher Wirkung, vgl. BVerfG (1. Kammer), 23.06.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2015, 1466.

⁴⁹⁵ Zum Vorrang- und Beschleunigungsgebot bereits oben B.I.1.c), S. 191 ff.

⁴⁹⁶ Siehe dazu oben Teil 2, C.II.2.a)aa)(2), S. 126; diese Entscheidung nennt *Britz*, FamRZ 2015, 793, 796 (dort Fn. 12) als Beispiel für einen vergeblichen Versuch, die Aufhebung durch eine eigenständige Beweiswürdigung zu verhindern.

verkenne.⁴⁹⁷ Die Kammer weist zwar darauf hin, dass solche Mängel durch eine eigenständige fachgerichtliche Auswertung der sachverständigen Feststellungen behoben werden könnten; dies sei jedoch nicht in der gebotenen Weise geschehen.⁴⁹⁸ Dass es dem Bundesverfassungsgericht in solchen Konstellationen gelingt, auf Grundlage der (fehlerhaft) gewonnenen Beweisergebnisse durch erneute Tatsachenwürdigung eine tatsächlich bestehende, aber fachgerichtlich nicht hinreichend begründete Gefahrensituation festzustellen, ist äußerst unwahrscheinlich. Angesichts seiner empirischen Unterlegenheit sollte eine Rückverweisung daher – ohne ergänzende Tatsachenarbeit der Kammern – eine erneute und verfahrensfehlerfreie Sachverhaltserforschung durch die Fachgerichte ermöglichen.⁴⁹⁹

III. Methodisches Argument: untrennbare Verknüpfung von Rechts- und Tatsachenkontrolle

Aus der Perspektive der Methodik der Rechtsfindung wird mit der Verschränkung von Rechts- und Tatsachenarbeit beziehungsweise Norm und Wirklichkeit für eine Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts argumentiert.⁵⁰⁰ Dies überzeugt insbesondere dort, wo dem Gericht keine tatsachenfeststellende Vorinstanz vorgeschaltet ist.⁵⁰¹ Im Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren sprechen funktionell-rechtliche Gründe hingegen für eine gewisse Bindung an die fachgerichtlich festgestellte „Wirklichkeit“ und eine eingeschränkte Tatsachenkontrollkompetenz,⁵⁰² die von den Grundsätzen der Rechtsanwendungskontrolle abweichen kann: Aus einer Begrenzung der Beweiswürdigungskontrolle auf offensichtliche Fehler folgt nicht, dass auch die Rechtsanwendungskontrolle auf fachgerichtliche Willkür beschränkt sein muss.⁵⁰³

⁴⁹⁷ BVerfG (1. Kammer), 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 114 (Rn. 29 f.).

⁴⁹⁸ Ebd., S. 113 (Rn. 27).

⁴⁹⁹ Vgl. die Folgeentscheidung des OLG Hamm, 17.07.2015 – 6 UF 177/13, juris, wo aufgrund erneuter Beweiserhebung die alleinige Sorge des Vaters angeordnet und – da dieser sich mit der weiter andauernden Fremdunderbringung des Kindes einverstanden erklärte – eine Umgangsregelung getroffen wurde.

⁵⁰⁰ Siehe dazu bereits oben Teil 2, A., S. 55.

⁵⁰¹ *Ossenbühl*, FG BVerfG I, S. 459, 468 f., bezieht dieses Argument daher v. a. auf die Normenkontrolle und betont, dass die Tatsachenkontrollkompetenz von der Verfahrensart abhängt (S. 470).

⁵⁰² Zusammenfassend oben C.II., S. 239.

⁵⁰³ Anders *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 274 f., dessen Folgerung, dass für Tatsachenkontrolle und Rechtskontrolle dieselben Grundsätze gelten müssten (S. 275), nicht überzeugt. Akzeptierte man die Untrennbarkeitsthese ohne Rücksicht auf funktionell-rechtliche Einschränkungen, würde daraus folgen, dass das Bundes-

Dass man die Tatsachenkontrolle von der Rechtskontrolle abgrenzen kann, zeigen die meisten Verfahrensordnungen: Neben Berufungs- und Beschwerdeinstanzen sind Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanzen vorgesehen.⁵⁰⁴ Im Übrigen lässt auch die bundesverfassungsgerichtliche Praxis eine Trennbarkeit erkennen: Trotz Zweifeln an der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit führen die Kammern gelegentlich eine hypothetische Prüfung der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG durch.⁵⁰⁵

Darüber hinaus lässt sich dem methodischen Argument keine Aussage über die qualitative Abstufung der Tatsachenkontrollkompetenz entnehmen, da sich die Frage der Abgrenzbarkeit von Rechtsanwendungs- und Tatsachenkontrolle unabhängig von der jeweiligen Eingriffsintensität stellt. Sie wird nur dort, wo der Prüfungsmaßstab – wie bei Trennungsfällen – engmaschige verfassungsrechtliche Vorgaben für die Anwendung einfachen Rechts bereitstellt in quantitativer Hinsicht relevanter, weil die Schnittmenge zwischen „einfach-rechtlichem“ und „verfassungserheblichem“ Sachverhalt größer wird.⁵⁰⁶

IV. Grundrechtsdogmatische Begründung: Differenzierung zwischen Eingriffs- und Ausstrahlungskontrolle

Die Verwendung des Intensitätskriteriums zur Bestimmung der Prüfungs-kompetenz wird teilweise anhand der unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen erklärt. Die Eingriffsintensität finde dort als kompetenzieller Maßstab Anwendung, wo die normative Reichweite der Grundrechte besonders schwer bestimmt werden könne. Dies sei der Fall, wenn sie nicht in ihrer Funktion als Abwehrrechte, sondern in ihrer Eigenschaft als objektive Wertvorgaben einschlägig seien und – insbesondere in zivilgerichtlichen Streitigkeiten – ihre Ausstrahlungswirkung geprüft werden müsse.⁵⁰⁷

Um eine solche Konstellation handelt es sich bei den untersuchten kind-schaftsrechtlichen Fällen nicht,⁵⁰⁸ da grundrechtliche Abwehrrechte sowohl

verfassungsgericht die Feststellung des „verfassungserheblichen“ Sachverhalts voll-umfänglich kontrolliert bzw. diesen selbst feststellt. Dies lehnt Scherzberg für das geschilderte Beispiel (S. 274) ausdrücklich ab.

⁵⁰⁴ Für das FamFG siehe oben B.I.2.b)aa), S. 197.

⁵⁰⁵ Siehe oben Teil 2, C.II.2.a)cc)(3)(a), S. 143.

⁵⁰⁶ Zur Abgrenzung bereits oben A.III., S. 182 ff.

⁵⁰⁷ *Linke*, EuGRZ 1986, 60, 72 f.; *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 82 f., erkennt eine solche Tendenz in der Rechtsprechung.

⁵⁰⁸ So auch *Düwel*, Kontrollbefugnisse, 2000, S. 151 (dort Fn. 371); anders *Scherzberg*, Eingriffsintensität, 1989, S. 82.

der Eltern⁵⁰⁹ als auch der Kinder⁵¹⁰ relevant sind. Obwohl bei Trennungsfällen durch die Familiengerichte zivilrechtliche Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches angewendet werden, handelt es sich um Eingriffsabwehrkonstellationen. Der Rückgriff auf das Intensitätskriterium kann also nicht damit erklärt werden, dass das Bundesverfassungsgericht (allein) eine Ausstrahlungskontrolle durchführe. Eine Differenzierung zwischen Eingriffskontrolle und Ausstrahlungskontrolle⁵¹¹ findet sich in der Prüfungspraxis des Gerichts in kindschaftsrechtlichen Fällen auch nicht wieder.

E. Ergebnis

Die funktionell-rechtlichen Argumente⁵¹² sprechen für eine zurückgenommene Tatsachenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht.⁵¹³ Hiervon sollte auch bei hoher Eingriffsintensität keine Ausnahme gemacht werden. Die individuelle Betroffenheit ist kein geeignetes Kriterium, um festzulegen, ob Tatsachenfragen vom Bundesverfassungsgericht beantwortet werden sollten.

Diese fehlende Eignung als Kriterium zur unmittelbaren Kompetenzbestimmung zeigt sich einerseits an der fehlenden Vergleichbarkeit von Eingriffsintensitäten,⁵¹⁴ welche jedenfalls einer grundrechtsübergreifenden Anwendung zur Kompetenzabgrenzung entgegensteht. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass das Intensitätskriterium zur Bestimmung der Kontrollkompetenz nicht auf alle Grundrechte gleichermaßen Anwendung finde und ein erweiterter Prüfungsumfang zum Beispiel bei strafgerichtlichen Urteilen – die zumindest bei langjährigen Freiheitsstrafen mit einem intensiven Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) einhergehen und existenzielle Bedeutung für den weiteren Lebensweg der Betroffenen haben – nicht in Anspruch genommen werde.⁵¹⁵ Da sich verallgemeinerungsfähige Vergleichskriterien nur schwer bestimmen lassen, hängt die Einordnung der Eingriffsintensität jenseits grober Abstufungsmöglichkeiten stark von der subjektiven Einschätzung ab.⁵¹⁶ Darunter leidet die erforder-

⁵⁰⁹ Siehe oben Teil 2, B.I.1., S. 65.

⁵¹⁰ Siehe oben Teil 2, B.II.3., S. 79.

⁵¹¹ So insbesondere *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 206 ff. u. 254 ff.

⁵¹² Siehe oben B., S. 185 ff.

⁵¹³ Siehe oben C., S. 238 ff.

⁵¹⁴ Siehe schon Teil 2, C.I.2.a), S. 91 ff.

⁵¹⁵ *W. Roth*, AöR 121 (1996), S. 544, 551; ähnlich *Kenntner*, NJW 2005, 785, 787.

⁵¹⁶ *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle, 1990, S. 108; *Rennert*, NJW 1991, 12, 13; *Weyreuther*, DVBl. 1997, 925, 926 f.; *Dörr*, Verfassungsbeschwerde,

liche Vorhersehbarkeit⁵¹⁷ der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeit, was zu Rechtsunsicherheit führt.⁵¹⁸ Bei der Binnendifferenzierung in kindschaftsrechtlichen Konstellationen stellt sich dieses Problem zwar nicht in gleichem Maße. Aber auch dort ist die Unterscheidung nach der Eingriffsintensität nur auf den ersten Blick eindeutig. Beispielsweise scheint fraglich, ob ein länger andauernder Umgangsausschluss nicht eine der Trennung vergleichbare individuelle Betroffenheit auslöst.

Als materiell-rechtlicher Gesichtspunkt vermag die Eingriffsintensität andererseits nicht, die maßgeblichen funktionell-rechtlichen Überlegungen zu beeinflussen;⁵¹⁹ insbesondere führt die zurückgenommene Tatsachenkontrolle nicht grundsätzlich zu einem „ineffektiven“ Grundrechtsschutz.⁵²⁰ Auch die Argumentation mit der Methodik der Rechtsfindung und der Grundrechtsdogmatik liefert für kindschaftsrechtliche Fälle keine stichhaltigen Gründe dafür, die Tatsachenkontrollkompetenz bei hoher Eingriffsintensität auszuweiten.⁵²¹

1997, Rn. 303; *Kley*, VerwArch 107 (2016), 359, 370; ähnlich *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 99, 124f.

⁵¹⁷ Nachdrücklich *Lange*, Substantiierungspflichten, 2012, S. 198f., in Bezug auf Ermessensspielräume bei der Handhabung von Zulässigkeitsvoraussetzungen; anders *Schorkopf*, AöR 130 (2005), S. 465, 492.

⁵¹⁸ *Schenke*, FS Klein, S. 453, 454 u. 481 f.; ähnlich *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 250; dies anerkennend auch *Gündisch*, NJW 1981, 1813, 1819, der eine dogmatische Einhegung des Prüfungsumfanges aber ablehnt; vgl. beispielsweise BVerfG (I. Kammer), 07.06.2016 – 1 BvR 519/16, FF 2016, 304, wo der Beschwerdeführer irrtümlich davon ausging, dass der erweiterte Prüfungsumfang anzulegen sei.

⁵¹⁹ Siehe oben D., S. 243 ff.

⁵²⁰ Siehe oben D.II., S. 244 ff.

⁵²¹ Siehe oben D.III., S. 249 und D.IV., S. 250.

Zusammenfassung

Teil 1: Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts – Grundlagen

1. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung – hierzu kann man insbesondere die Auswirkungen der Elfes- und der Lüth-Entscheidung sowie die Etablierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zählen – verwischt die Grenzen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht und erschwert die Bestimmung der Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts.¹

2. Zentraler Prüfungsansatz des Bundesverfassungsgerichts für die Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen ist die Heck'sche Formel. Während die Willkürkontrolle nur besonders schwerwiegende Fehler betrifft und die Rechtsfortbildungskontrolle sich auf eine bestimmte fachrichterliche Tätigkeit fokussiert, ermöglicht die Heck'sche Formel im Zusammenspiel mit der Intensitätsrechtsprechung grundsätzlich Zugriff auf alle fachgerichtlichen Aufgabenbereiche.²

3. In der Literatur gibt es zur Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts diverse Vorschläge, die sich schon in ihren Grundannahmen unterscheiden.

a) Nach dem materiell-rechtlichen Ansatz besteht das Problem der Untrennbarkeit von Verfassungsrecht und einfachem Recht nur bei dogmatischer, aber nicht bei kompetenzieller Betrachtungsweise; die Prüfungskompetenz könne daher allein anhand der verfassungsrechtlichen Bindungen der Fachgerichte bestimmt werden. Diese überprüfe das Bundesverfassungsgericht vollumfänglich.³

b) Überwiegend wird eine allein materiell-rechtliche Bestimmung der Kontrollkompetenz abgelehnt. Der funktionell-rechtliche Ansatz greift zur Eingrenzung ergänzend auf die Funktion der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts einerseits und der Verfassungsbeschwerde andererseits zurück.⁴

¹ Siehe S. 24 ff.

² Siehe S. 28 ff.

³ Siehe S. 36 ff.

⁴ Siehe S. 38 ff.

c) Hinsichtlich der Wahrung grundrechtlicher Vorgaben bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechts zeigt sich in Abhängigkeit von der Gewichtung funktionell-rechtlicher Argumente – insbesondere der als maßgeblich angesehenen Funktion der Verfassungsbeschwerde – ein weites Feld an Vorschlägen zur Eingrenzung der Prüfungskompetenz. Eine alleinige Rechtssatzkontrolle (Auslegungskontrolle) nach der Schumann'schen Formel wird überwiegend abgelehnt. Einige Autoren betonen die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde und wollen die Kontrollkompetenz hinsichtlich der fachgerichtlichen Rechtsanwendung an der einzelfallübergreifenden Bedeutung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen orientieren. Teilweise wird vorgeschlagen, die Rechtsanwendungskontrolle in Abhängigkeit von der Eingriffsintensität auch auf die fachgerichtliche Abwägung im Einzelfall zu erstrecken. Die Eingriffsintensität wird als ein die Prüfungskompetenz steuernder Faktor in der Regel dann akzeptiert, wenn die subjektive Rechtsschutzfunktion der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund gestellt wird. Zur Tatsachenkontrollkompetenz finden sich überwiegend restriktive Ansätze.⁵

Teil 2: Prüfungsumfang und Eingriffsintensität

Eine Analyse kindschaftsrechtlicher Entscheidungen

4. Um eine vergleichende Einordnung der tatsächlichen Kontrolltätigkeit bei kindschaftsrechtlichen Entscheidungen zu ermöglichen, kann man an die fachgerichtlichen Aufgabenbereiche anknüpfen. Unterschiede werden sich weniger bei der Auslegungskontrolle, sondern bei der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung der fachgerichtlichen Rechtsanwendung und Tatsachenarbeit zeigen.⁶

5. Maßgeblicher Ansatzpunkt für die Rechtsanwendungskontrolle sind fachgerichtliche Abwägungen. Der Abwägungskontrolle lassen sich die Fehlerkategorien der Nichtberücksichtigung (Abwägungsausfall) und der Fehlgeichtung grundrechtlichen Einflusses (Abwägungsfehleinschätzung) zuordnen. Die Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung auf Abwägungsfehleinschätzungen kann sich auf die Einhaltung von Abwägungsleitlinien und die Berücksichtigung maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkte beschränken oder die Gütergewichtung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände kontrollieren.⁷

⁵ Siehe S. 43 ff.

⁶ Siehe S. 54 ff.

⁷ Siehe S. 58 ff.

6. Die Tatsachenkontrolle bezieht sich auf die Vollständigkeit und die Richtigkeit der fachgerichtlichen Sachverhaltsfeststellung. Abstufungen des Prüfungsumfanges können sich vor allem bei der Intensität der Prüfung fachgerichtlicher Beweiswürdigung zeigen. Der weiteste Prüfungsumfang wäre bei einer eigenständigen, die fachgerichtliche Beweiserhebung ergänzenden Sachverhaltsermittlung durch das Bundesverfassungsgericht erreicht.⁸

7. Die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts wird durch den Prüfungsmaßstab – d.h. die Rechtssätze, anhand derer der Prüfungsgegenstand kontrolliert wird – mitbestimmt: Sind die grundrechtlichen Anforderungen höher, gibt es mehr zu kontrollieren. Für kindschaftsrechtliche Entscheidungen bilden die Grundrechte von Eltern und Kindern den Prüfungsmaßstab.

a) Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG normiert mit der Elternverantwortung einerseits ein „Eigenrecht“ der Eltern auf Pflege und Erziehung des Kindes und andererseits eine gegenüber dem Staat bestehende Grundpflicht zur Wahrnehmung des Elternrechts. Bei der Bestimmung des Kindeswohls kommt den Eltern gegenüber staatlichen Akteuren eine als Erziehungsprimat bezeichnete Vorrangstellung zu.⁹

b) Kinder sind nicht nur Begünstigte des Elternrechts und des Wächteramts, sondern selbstständige Träger von Grundrechten. Von besonderer Bedeutung für das Dreiecksverhältnis Eltern-Kind-Staat sind das Recht auf Entwicklung und Entfaltung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit und das Recht auf staatliche Gewährleistung der elterlichen Pflege und Erziehung (Erziehungsgewährleistungsrecht). Kollisionslagen zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten unter staatlicher Beteiligung sind – soweit die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit gegeben ist – unter Berücksichtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes im Wege der Abwägung aufzulösen.¹⁰

c) Das Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG normiert einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt zum Elternrecht und positiviert die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Kindesgrundrechte. Ein staatliches Einschreiten ist möglich und geboten, wenn ein Fehlverhalten vorliegt, welches ursächlich für eine Kindeswohlgefährdung ist. Eine solche Gefährdung lässt sich dort feststellen, wo grundrechtlich geschützte Positionen einen objektivierbaren Gehalt haben. Bei diesen Grundrechten kommt es auf die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit des Kindes oder eine Festlegung des Grundrechtsinhalts durch die

⁸ Siehe S. 62.

⁹ Siehe S. 65 ff.

¹⁰ Siehe S. 72 ff.

Eltern nicht an; dem Elternprimat sind objektiv bestimmbare Grenzen gezogen.¹¹

d) Für Trennungsfälle stellt Art. 6 Abs. 3 GG einen strengeren Prüfungsmaßstab bereit als für andere kindschaftsrechtliche Fallkonstellationen. Die Trennung ist zulässig, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder das Kind aus anderen Gründen zu verwahrlosen droht. Dies setzt eine nicht notwendigerweise schuldhaftige Nichterfüllung der Erziehungspflichten voraus, die eine nachhaltige Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Kindeswohls auslöst. Darüber hinaus sind strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen zu wahren.¹²

8. In der Anfangsphase der Intensitätsrechtsprechung wurde das Kriterium der Eingriffsintensität zur Bestimmung des Prüfungsumfanges – d.h. zur Beantwortung der Frage, ob und inwieweit das Bundesverfassungsgericht bei Anlegung des Prüfungsmaßstabes auf die verschiedenen Aufgabenbereiche des Fachgerichts zugreift – schwerpunktmäßig bei der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen im Konfliktfeld zwischen Meinungs- oder Kunstfreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits verwendet. Das an der Eingriffsintensität und der abschreckenden Wirkung gerichtlicher Entscheidungen orientierte 3-Stufen-Modell des Prüfungsumfanges (1. Stufe: Heck'sche Formel, 2 Stufe: Kontrolle auf einzelne Auslegungsfehler, 3. Stufe: Ersetzen der fachgerichtlichen Wertung) lässt sich im tatsächlichen Entscheidungsverhalten nur eingeschränkt nachvollziehen.¹³

9. In kindschaftsrechtlichen Fällen zeigt sich hingegen ein zweistufiges Modell des Prüfungsumfanges. Für Trennungsfälle wird der mit der Heck'schen Formel beschriebene grundsätzliche Prüfungsumfang unter Verweis auf die Intensität des Eingriffs in die Grundrechte der Eltern in einer ersten Intensitätsphase zunächst auf einzelne Auslegungsfehler ausgedehnt. Der tatsächliche Entscheidungsverhalten des Senats lässt eine einheitliche Handhabung des erweiterten Prüfungsumfanges nicht erkennen.¹⁴

10. Die zweite Intensitätsphase wurde durch Kammerentscheidungen aus dem Jahr 2014 – in dem eine außergewöhnliche Häufung stattgebender Beschlüsse in Trennungsfällen auftrat – angestoßen. Sie greifen das Kriterium der Eingriffsintensität auf und beschreiben den Prüfungsumfang bei Trennungsentscheidungen dahingehend, dass die fachgerichtliche Entscheidung auf einzelne Auslegungsfehler und auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts kontrolliert werde. Zur Begründung wird

¹¹ Siehe S. 80 ff.

¹² Siehe S. 85 ff.

¹³ Siehe S. 88 ff.

¹⁴ Siehe S. 104 ff.

nun – ihrer stärkeren Herausarbeitung im materiellen Verfassungsrecht folgend – ausdrücklich auch auf die Kindesgrundrechte zurückgegriffen.¹⁵

11. Die Kategorie des „einzelnen Auslegungsfehlers“ trägt nicht zu einer überprüfbaren Konturierung des Prüfungsumfanges bei. Ob der Grad der für ein Einschreiten erforderlichen Abweichung vom Prüfungsmaßstab variiert, lässt sich anhand der Kammerentscheidungen zu Kindschaftssachen nicht überprüfen: Wenn das Bundesverfassungsgericht den Prüfungsmaßstab des Art. 6 Abs. 3 GG anlegt, geht es ausnahmslos von einem erweiterten Prüfungsumfang aus. Es fehlt damit an Vergleichsfällen, anhand derer man einen auf grundsätzliche Fehler bei der Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 3 GG beschränkten Prüfungsumfang nachvollziehen könnte.

12. Entsprechend der neuen Intensitätsformel findet bei hoher Eingriffsintensität eine intensive Prüfung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit nach drei Kontrollansätzen statt.¹⁶

a) Erstens prüft das Bundesverfassungsgericht, ob das Fachgericht überhaupt auf der vorhandenen Tatsachengrundlage entscheiden durfte und stellt strenge Anforderungen an den Umfang der Sachverhaltsermittlung.

b) Zweitens wird die fachgerichtliche Tatsachenwürdigung auf der Basis strenger Begründungsanforderungen eingehend überprüft, wobei die Kammern sich auf die einzelnen tatsächlichen Annahmen konzentrieren und vorhandene Beweisergebnisse detailliert auswerten.

c) Soweit die Kammern aufgrund dieser Prüfung das Vorliegen einer nachvollziehbaren Begründung der Voraussetzungen des Sorgerechtsentzugs und der Trennung verneinen, erfolgt – drittens – eine eigenständige Auswertung der Beweisergebnisse hinsichtlich der Voraussetzungen der Trennung durch das Bundesverfassungsgericht.

13. In Entscheidungen zur Alleinsorge, dem Umgangsrecht und der Vormundschaft betont das Bundesverfassungsgericht, einen im Vergleich zu Trennungsfällen beschränkten Prüfungsumfang anzulegen. Das tatsächliche Entscheidungsverhalten der Senate und Kammern lässt eine strikte Einhaltung dieses grundsätzlichen Prüfungsumfanges nicht erkennen. Zwar beschränken sich viele Entscheidungen auf eine zurückgenommene Kontrolle nach der Heck'schen Formel (Kontrolle auf Abwägungsausfälle und Berücksichtigung der maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte). Allerdings geht eine nicht unerhebliche Anzahl von Kammerentscheidungen auch auf die fachgerichtliche Abwägung im Einzelfall und die Beweiswürdigung ein; die

¹⁵ Siehe S. 113 ff.

¹⁶ Siehe die Entscheidungsanalysen S. 118 ff. und die Zusammenfassung S. 144 ff.

tatsächliche Rechtsanwendungs- und Tatsachenkontrolle gleicht dann der intensiven Kontrolle bei Trennungsfällen.¹⁷

14. Es sind jedoch klare quantitative Tendenzen zur Abstufung des Prüfungsumfanges nach dem Zwei-Stufen-Modell erkennbar: Die Kontrolle der fachgerichtlichen Einzelfallabwägung und Tatsachenarbeit ist auf der 2. Prüfungsstufe der Regelfall, bei festgestellter geringer Eingriffsintensität hingegen die Ausnahme. Daneben zeigt sich bei der Tatsachenkontrolle auch ein wesentlicher qualitativer Unterschied. Nur bei Trennungsentscheidungen nehmen die Kammern – mit dem Ziel, fachgerichtliche Begründungsdefizite auszugleichen – eine eigenständige Beweiswürdigung vor.¹⁸

15. Insgesamt lässt das tatsächliche Entscheidungsverhalten die in Teilen der Literatur geforderte stärkere Orientierung der Prüfungskompetenz an der objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde nicht erkennen. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich nicht auf eine Rechtssatzkontrolle, sondern erstreckt die Prüfung auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung; in allen kindschaftsrechtlichen Fallkonstellationen beschäftigt es sich auch mit der fachgerichtlichen Subsumtion und dabei erforderlichen Abwägungsvorgängen. Mit der Fokussierung auf die Eingriffsintensität rückt der individual-schützende Aspekt der Verfassungsbeschwerde in den Vordergrund.¹⁹

16. Die in der Rechtsprechung zur Konturierung der Rechtsanwendungskontrolle vorgenommene Differenzierung zwischen „einzelnen Auslegungsfehlern“ und einer „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte“ ist aus dogmatischer Perspektive nicht überzeugend begründbar; dies tritt bei kindschaftsrechtlichen Fällen besonders deutlich hervor: Es ist nicht ersichtlich warum die Einhaltung eines in Folge hoher Eingriffsintensität strengeren Prüfungsmaßstabs zusätzlich anhand einer auf „einzelne Auslegungsfehler“ erweiterten Prüfungskompetenz kontrolliert werden sollte. Der Hinweis auf die Kontrolle „einzelner Auslegungsfehler“ muss daher wie folgt verstanden werden: Bei der Anwendung eines strengeren Prüfungsmaßstabs können einzelne fachgerichtliche Fehler – zum Beispiel bei der Subsumtion der Kindeswohlgefahr oder der Einhaltung der strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen – verfassungsrechtlich relevant sein. Dies ist eine Frage der materiell-rechtlichen Reichweite der Verfassung, nicht der auf grundsätzliche Fehler beschränkten oder auf einzelne Fehler erweiterten Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gegenüber Fachgerichten.²⁰

¹⁷ Siehe die Entscheidungsanalysen S. 148 ff. und die Zusammenfassung S. 165 ff.

¹⁸ Siehe S. 167 f.

¹⁹ Siehe S. 169 ff.

²⁰ Siehe S. 170 f.

17. Hinsichtlich der Tatsachenkontrolle zeigt sich hingegen ein begründungsbedürftiger Doppeleinfluss der Eingriffsintensität auf die Kontrolltätigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Einerseits führt sie zu Anwendung eines strengeren Prüfungsmaßstabs (Art. 6 Abs. 3 GG), andererseits bewirkt sie eine Ausdehnung des Prüfungsumfanges hinsichtlich der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit. Das Bundesverfassungsgericht betätigt sich bei hoher Eingriffsintensität als Superberufungsinstanz.²¹

Teil 3: Die Tatsachenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts – funktionell-rechtliche Grenzen

18. Eine generelle Beschränkung der Prüfungskompetenz auf eine bloße Rechtssatzkontrolle oder eine ausnahmslose Begrenzung auf verallgemeinerungsfähige Fragen der Rechtsanwendung ist für kindschaftsrechtliche Entscheidungen nicht überzeugend, da dies die normativ stärker verankerte subjektive Funktion der Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend berücksichtigt. Die Kontrollkompetenz erstreckt sich auf die fachgerichtliche Rechtsanwendung und kann bei hoher Eingriffsintensität auch die Einzelfallabwägung erfassen.

19. Die Argumentation mit der Organisation und der Verfahrensweise der Fachgerichte einerseits und des Bundesverfassungsgerichts andererseits hat bezüglich der Rechtsanwendungskontrolle begrenztes Potenzial: Funktionell-rechtliche Ansätze müssen entweder im Interesse dogmatischer Konkretisierung eine Rechtsschutzverkürzung hinnehmen oder zur Kompetenzabgrenzung auf das materiell-rechtliche Kriterium der Eingriffsintensität zurückgreifen. Bei der Bestimmung der Tatsachenkontrollkompetenz kommt dem funktionell-rechtlichen Ansatz hingegen eine echte Hilfsfunktion zu. Er ist geeignet, unter Rückgriff auf die den Fachgerichten und dem Bundesverfassungsgericht durch das Verfassungs- und Verfahrensrecht zugewiesene Funktion Grenzen der Kontrolle zu begründen.

20. Soweit es sich nicht um eine inzidente Normenkontrolle handelt, wird das Bundesverfassungsgericht im Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahren im Anschluss an mehrere tatsachenfeststellende Vorinstanzen mit Einzeltatsachen konfrontiert. Die normative Regelungsdichte zur bundesverfassungsgerichtlichen Tatsachenarbeit ist gering, die vorhandenen Normen gelten für eine Vielzahl von Verfahren. Die allgemeine Vorschrift zur Beweiserhebung (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG) begründet daher keine Kontrollkompetenz, sondern gilt im Rahmen bestehender Kompetenzen.²²

²¹ Siehe S. 171 f.

²² Siehe S. 175 ff.

21. Die fachgerichtliche Beweiserhebung und -würdigung ist grundrechts-relevant, da die Subsumtion eines der Wahrheit nicht entsprechenden Sachverhalts zu (grund-)rechtlich fehlerhaften Ergebnissen führen kann; dies gilt jedenfalls für den „verfassungserheblichen“ Sachverhalt, d.h. die Tatsachen, die für die Subsumtion unter Verfassungsrecht relevant sind. Denkt man materiell-rechtliche Ansätze vollständiger Grundrechtsprüfung konsequent zu Ende, kann man auf dieser Basis zu dem Ergebnis kommen, das Bundesverfassungsgericht müsse den verfassungserheblichen Sachverhalt eigenständig ermitteln und würdigen. Funktionell-rechtliche Überlegungen lösen sich daher von dem Versuch, die Tatsachenkontrollkompetenz allein anhand der normativen Reichweite des jeweils einschlägigen Grundrechts zu bestimmen.²³

22. Funktionell-rechtliche Erwägungen zur Tatsachenkontrollkompetenz stützen sich auf eine Gesamtschau der Verfassung und der einfach-rechtlichen Verfahrensordnungen, da auch letzteren Aussagen über die Funktion der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen sind.

23. Kindschaftssachen werden in einem beschleunigten Verfahren behandelt, das vom Amtsbetrieb und Amtsermittlungsgrundsatz sowie dem Mündlichkeitsgrundsatz geprägt ist. Insbesondere letzterer lässt Rückschlüsse auf die Kontrollkompetenz zu, da er auf Eignungsunterschiede zwischen Fachgericht und Bundesverfassungsgericht bei der Feststellung und Würdigung von Tatsachen hindeutet. Dem Fachgericht stehen spezifische Aufklärungsmöglichkeiten zur Verfügung, auf die das Bundesverfassungsgericht nicht zurückgreifen kann. Zwar ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, eine eigene Sachentscheidung zu treffen und den persönlichen Eindruck der Fachgerichte zu ersetzen, allerdings ist auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf Kenntnis und Verwertung der Tatsachengrundlage angewiesen. Je weniger ihr eine vergleichbare Tatsachengrundlage zur Verfügung steht, desto weniger ist sie zur Tatsachenkontrolle geeignet, da das Gericht die fachgerichtliche Tatsachenarbeit stets unter einem verengten Blickwinkel prüft. Es besteht eine empirische Überlegenheit der Fachgerichte.²⁴

24. Die normative Ausgestaltung des familiengerichtlichen Instanzenzugs, der zwei Tatsacheninstanzen und eine nachgeschaltete Rechtsinstanz vorsieht, spricht grundsätzlich gegen eine umfangreiche Tatsachenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, da schon die Rechtsbeschwerdeinstanz auf die Rechts- und Verfahrenskontrolle beschränkt ist und die „Wiederaufnahme“ der Tatsachenarbeit in den Kontrollbereich des Bundesverfassungsgerichts dieser Systematik widerspräche. Dieses Argument verliert für das

²³ Siehe S. 182 ff.

²⁴ Siehe S. 186 ff.

kindschaftsrechtliche Verfahren etwas an Überzeugungskraft, weil sich die Verfassungsbeschwerde mangels Zulassung der Rechtsbeschwerde regelmäßig gegen zweitinstanzliche Beschlüsse richtet.²⁵

25. Das Verfassungsprozessrecht sichert die fachgerichtliche Erstbeschäftigung ab. Aus dem Grundsatz der Subsidiarität folgt angesichts der Grundrechtsbindung der Fachgerichte, dass es zunächst – jedenfalls in zeitlicher Hinsicht – ihnen obliegt, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen. Die Rechtswegerschöpfung und die weitergehenden Subsidiaritätsanforderungen zielen auf die tatsächliche und rechtliche Vorklärung ab, entlasten das Gericht und tragen zur Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit bei. Das Ziel der Entlastung kann nur erreicht werden, wenn dem Gericht nicht die Wiederholung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit aufgegeben ist. Insbesondere eine eigenständige Tatsachenermittlung würde die Kapazitäten des Gerichts sprengen.²⁶

26. Wie der Subsidiaritätsgrundsatz dienen die Begründungsanforderungen (Substantiierung) der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, indem sie für eine zuverlässige Grundlage für die weitere Behandlung des Verfahrens sorgen. Obwohl der normative Befund (§§ 23 Abs. 1, 92 Abs. 1 BVerfGG) wenig aussagekräftig ist, deutet zumindest die extensive Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass es sich in der Regel nicht als Tatsachengericht betätigen will. Der Schwerpunkt der Entlastungsfunktion liegt beim Tatsachenvortrag, nicht bei rechtlichen Ausführungen.²⁷

27. Aus den Regelungen zum Annahmeverfahren lassen sich keine unmittelbaren Schlüsse auf die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ziehen, da es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung um unterschiedliche Aspekte der verfassungsgerichtlichen Prüfung handelt. Das Annahmeverfahren regelt den Zugang zur Sachentscheidung; die Prüfungskompetenz beeinflusst, bei welchen fachgerichtlichen Fehlern die Sachentscheidung zugunsten des Beschwerdeführers ausfällt.²⁸

28. Nach der gerichtlichen Aufgabenverteilung klären die Senate grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen und setzen Entscheidungsmaßstäbe; die Kammern sind trotz des ihnen zustehenden Konkretisierungsspielraums im Wesentlichen auf den einzelfallbezogenen Nachvollzug der Senatemaßstäbe beschränkt. Daraus lassen sich keine Rückschlüsse auf die Kontrolltätigkeit ziehen, da dies auf eine zwischen den Spruchkörpern divergierende Prüfungskompetenz hinausläufe. Nach der systematischen Stellung und

²⁵ Siehe S. 195 ff.

²⁶ Siehe S. 200 ff.

²⁷ Siehe S. 206 ff.

²⁸ Siehe S. 213 ff.

dem Telos regeln § 93b BVerfGG und § 93c BVerfGG, welcher Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts eine Entscheidung trifft, nicht, in welchem Umfang er dafür auf das fachgerichtliche Judikat zugreifen darf.²⁹

29. Zentrale Zielrichtung der Verfassungsbeschwerde ist der Individualrechtsschutz. Die subjektive Funktion streitet – ohne dass dies bedeuten muss, dass alle fachgerichtlichen Aufgabenbereiche gleichermaßen der Kontrolle unterworfen sind – für eine möglichst weitreichende Prüfungskompetenz. Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde rechtfertigt weitgehende Beschränkungen des Prüfungsumfanges zulasten des Individualrechtsschutzes nicht, da sie im Verfassungsrecht schwächer verankert ist und eine Überbetonung der Verfassungsfortbildung die Rolle der Kammern, denen das Fällen von Grundsatzentscheidungen und die Beantwortung offener verfassungsrechtlicher Fragen verwehrt ist, außer Betracht ließe.³⁰

30. Die empirische Unterlegenheit des Bundesverfassungsgerichts und seine faktische Einbindung in den Instanzenzug stehen einer weitgehenden Tatsachenkontrolle entgegen. Das Verfahrensrecht weist dem Gericht gerade nicht die Funktion eines Tatsachengerichts zu; nach seiner Ausgestaltung handelt es sich bei der Tatsachenarbeit um eine spezifische Aufgabe der besser dafür geeigneten Fachgerichte.

31. Dies lässt die Verfahrenskontrolle unberührt. Die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts unterliegt keinen Einschränkungen, soweit es um die Prüfung des fachgerichtlichen Verfahrens bei der Beweiserhebung geht. Bei dieser Verfahrenskontrolle kann das Bundesverfassungsgericht nicht auf fachgerichtliche Feststellungen zurückgreifen, sondern wird „quasi-erstinstanzlich“ tätig. Die jeweils erforderlichen Sachverhaltsinformationen zum fachgerichtlichen Verfahrensgang lassen sich in der Regel ohne förmliche Beweisaufnahme den Akten des Ausgangsverfahrens entnehmen.³¹

32. Die funktionell-rechtlichen Überlegungen sprechen für eine eingeschränkte materiell-inhaltliche Prüfung der fachgerichtlichen Tatsachenarbeit.³²

a) Grundsätzlich fehlt dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zur Ermittlung von Einzeltatsachen. Es wird im Anschluss an zwei Tatsacheninstanzen und – so zumindest die normative Ausgestaltung – eine Rechtsinstanz tätig und kann daher auf eine Tatsachengrundlage zurückgreifen, die durch hierfür besser qualifizierte Fachgerichte ermittelt wurde. Daneben sind die Zulässigkeithürden des Prozessrechts und ihre extensive Auslegung

²⁹ Siehe S. 221 ff.

³⁰ Siehe S. 230 ff.

³¹ Siehe S. 238 f.

³² Siehe S. 239 ff.

durch das Bundesverfassungsgericht darauf ausgerichtet, dem Gericht einen ausermittelten Sachverhalt zur Verfügung zu stellen und selbstständige Ermittlungen überflüssig zu machen. Diese funktionell-rechtlichen Erwägungen sprechen dafür, dass das Bundesverfassungsgericht – soweit es nicht „quasi-erstinstanzlich“ tätig wird – über entscheidungserhebliche Tatsachen keine selbstständigen, d.h. über die fachgerichtliche Erkenntnisgrundlage hinausgehenden Nachforschungen anstellen kann.

b) Bei der Überprüfung fachgerichtlicher Beweiswürdigung sollte sich das Bundesverfassungsgericht angesichts seiner empirischen Unterlegenheit auf eine Willkürkontrolle beschränken und keine eigenständige, die fachgerichtliche Arbeit ergänzende Beweiswürdigung durchführen.

33. Von der beschränkten Tatsachenkontrollkompetenz sollte auch bei hoher Eingriffsintensität nicht abgewichen werden. Im Gegensatz zur Meinungsfreiheit – wo mit der Relevanz tatsächlicher Erwägungen für die Eröffnung des Schutzbereiches argumentiert wird – fehlt bei kindschaftsrechtlichen Fällen eine spezifisch materiell-verfassungsrechtliche Begründung für die Tatsachenkontrolle. Dies löst dogmatisches Unbehagen aus, da die Eingriffsintensität als Kriterium zur unmittelbaren Bestimmung des Prüfungsumfanges herangezogen und damit als funktionell-rechtliches Kriterium zur Kompetenzabgrenzung verwendet wird.³³

34. Eine hohe Eingriffsintensität beeinflusst die bedingte Eignung des Bundesverfassungsgerichts zur Tatsachenkontrolle jedoch nicht; es entscheidet auch bei intensiver individueller Betroffenheit im Anschluss an tatsachenfeststellende Fachgerichte und auf schmalerer empirischer Grundlage.

35. Die subjektive Funktion der Verfassungsbeschwerde erfordert eine an der Eingriffsintensität orientierte Tatsachenkontrolle nicht, da die beschränkte Kontrollkompetenz nicht zu einem ineffektiven Grundrechtsschutz führt. Die fachgerichtliche Entscheidung unterliegt auch bei eingeschränkter Tatsachenkontrollkompetenz einer weitreichenden Prüfung auf Einhaltung grundrechtlicher Vorgaben. Neben der Auslegungskontrolle kann die Rechtsanwendungskontrolle in Abhängigkeit vom einschlägigen Prüfungsmaßstab über die Prüfung von Abwägungsleitlinien hinausgehen und sich auf die Einzelfallabwägung beziehen. Der erweiterte Prüfungsumfang war für die Aufhebung der im Hauptsacheverfahren ergangenen fachgerichtlichen Trennungsentscheidungen selten zwingend notwendig.³⁴

36. Eine eigenständige, die fachgerichtliche Arbeit ersetzende Beweiswürdigung durch die Kammern ist nicht im Interesse der Verfahrensvereinfachung geboten, da das Bundesverfassungsgericht empirisch unterlegen ist

³³ Siehe S. 243 f.

³⁴ Siehe S. 245 ff.

und nicht die Möglichkeit hat, tatsächliche Entwicklungen während der Verfahrenslaufzeit zu berücksichtigen. Die Fachgerichte können bei einer Zurückverweisung hingegen erneut Beweis erheben und das Bestehen einer Gefahrensituation unter Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben präziser und zügig beurteilen. Ein durch die Aufhebung ausgelöstes „Hin und Her“ für das Kind kann durch eine fachgerichtliche Eilentscheidung verhindert werden.³⁵

37. Die Argumentation mit der Methodik der Rechtsfindung und die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Ausstrahlungskontrolle liefern für kindschaftsrechtliche Fälle keine stichhaltigen Gründe dafür, die Tatsachenkontrollkompetenz bei hoher Eingriffsintensität auszudehnen.³⁶

38. Das Bundesverfassungsgericht kann und sollte von seiner intensiven Kontrolle Abstand nehmen und die bessere Eignung der Fachgerichte zur Tatsachenarbeit ausnahmslos – d.h. auch für Trennungsfälle – akzeptieren. Funktionell-rechtliche Grenzen stehen einer Betätigung als Superberufungsinstanz entgegen.

³⁵ Siehe S. 247 ff.

³⁶ Siehe S. 249 ff.

Literaturverzeichnis

- Adler*, Karsten, Alle Macht den Kammern? Die Kompetenzverteilung zwischen Senaten und Kammern im Annahmeverfahren und ihre praktische Handhabung am Bundesverfassungsgericht, Berlin 2013 (zit. als *Adler*, Alle Macht den Kammern?).
- Albers*, Marion, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter seines selbstbestimmten Entscheidungsprogramms, *KritV* 1998, S. 193–214.
- Freieres Annahmeverfahren für das BVerfG?, *ZRP* 1997, S. 198–203.
- Alexy*, Robert, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin 2003, S. 771–792.
- Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985 (zit. als *Alexy*, Theorie).
 - Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2002), S. 7–33.
- Alleweldt*, Ralf, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006 (zit. als *Alleweldt*, BVerfG und Fachgerichtsbarkeit).
- Arndt*, Adolf, Umwelt und Recht, *NJW* 1962, S. 783–785.
- Arnim*, Hans Herbert von/*Brink*, Stefan, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, Speyer 2001 (zit. als *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung).
- Augsberg*, Ino/*Augsberg*, Steffen, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *VerwArch* 98 (2007), S. 290–316.
- Bachmann*, Mario, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug. Eine Analyse aller veröffentlichten Entscheidungen, Berlin 2015 (zit. als *Bachmann*, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug).
- Barczak*, Tristan, Die negative Feststellungsklage als allgemeine Normabwehrklage. Zur Neubestimmung des Rechtsschutzes gegen formelle Gesetze im Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, *DVBf*. 2019, S. 1040–1049.
- Barczak*, Tristan (Hrsg.), *Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin 2018.
- Bartels*, Florian, Abänderung und Überprüfung von gerichtlichen Entscheidungen und gerichtlich gebilligten Vergleichen im Kindschaftsrecht, *FuR* 2019, S. 77–83.
- Bartmann*, Charlotte, Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2020 (zit. als *Bartmann*, Beweisrecht vor dem BVerfG).
- Basty*, Susanne, Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde. Zur Überprüfung erledigter Grundrechtseingriffe im Verfassungsbeschwerdeverfahren und durch die Fachgerichtsbarkeit, Hamburg 2010 (zit. als *Basty*, Sachliche Erledigung).

- Beaucamp*, Guy, Die Kindergartenpflicht aus grundrechtlicher Perspektive, LKV 2014, S. 344–347.
- Becker*, Florian, Kinderrechte in die Verfassung? Zur Aufnahme eines Kindesgrundrechts in das Grundgesetz, in: Arnd Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, Berlin 2019, S. 251–286.
- Beckmann*, Janna, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz. Rechtliche Analyse unter Einbeziehung ethischer und sozialpädagogischer Aspekte, Baden-Baden 2021 (zit. als *Beckmann*, Elterliche Selbstbestimmung).
- Benda*, Ernst, Gegenwind und Kreuzseen, NJW 1997, S. 560–562.
- Kammermusik, NJW 1995, S. 429–431.
- Bender*, Michael, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen: Zur Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsanwendung, Heidelberg 1991 (zit. als *M. Bender*, Befugnis).
- Rügepflicht für Verfassungsverstöße vor den Fachgerichten? Zu einer angenommenen Vorwirkung des Verfassungsprozeßrechts, AöR 112 (1987), S. 169–188.
- Berkemann*, Jörg, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, S. 1028–1040.
- Bethge*, Herbert, Grundrechtskollisionen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band III. Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 72.
- Bickenbach*, Christian, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014 (zit. als *Bickenbach*, Einschätzungsprärogative).
- Bitter*, Stephan, Gefährdet Inklusion das Kindeswohl?, NVwZ 2020, S. 1708–1713.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, S. 281–284.
- Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, Aschendorff 1980, S. 54–98.
 - Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1–31.
 - Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9–17.
- Boehme-Neßler*, Volker, Auf dem Weg zur Herdenimmunität? Verfassungsrechtliche Spielräume und Grenzen einer Corona-Impfpflicht, NVwZ 2021, S. 1241–1245.
- Brandner*, Thilo, Instanzenzug und Verfassungsrecht: Zur Verfassungsmäßigkeit von Rechtsmittelbeschränkungen, in: Gerd Pfeiffer/Joachim Kummer/Silke Scheuch (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 683–700.
- Brink*, Stefan, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

- richts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Band 1, Berlin 2009, S. 3–34.
- Britz*, Gabriele, Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechtlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, S. 387–392.
- Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069–1074.
 - Entscheidungen des BVerfG zu Fremdunterbringungen in Zahlen, JAmt 2014, S. 550–552.
 - Kinderschutz – aktuelle verfassungsrechtliche Leitlinien, NZFam 2016, S. 1113–1118.
 - Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FamRZ 2015, S. 793–798.
 - Kooperativer Grundrechtsschutz in der EU. Aktuelle Entwicklungen im Lichte neuerer Rechtsprechung des Gerichts, NJW 2021, S. 1489–1495.
 - Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz, Tübingen 2000 (zit. als *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung).
 - Statistisches zu den Fremdunterbringungsentscheidungen des BVerfG, FF 2015, S. 4–6.
- Broß*, Siegfried, Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, BayVBl. 2000, S. 513–518.
- Brüser*, Meinolf, Die Bedeutung der Grundrechte im Kindesalter für das „Elternrecht“, Frankfurt am Main 2010 (zit. als *Brüser*, Bedeutung der Kindesgrundrechte).
- Bryde*, Brun-Otto, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 533–561.
- Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982 (zit. als *Bryde*, Verfassungsentwicklung).
- Buermeyer*, Ulf, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Band 1, Berlin 2009, S. 35–57.
- Bull*, Hans Peter, Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: Wolfgang Ewer/Ulrich Ramsauer/Moritz Reese/Rüdiger Rubel (Hrsg.), Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstags, Berlin 2014, S. 29–56.
- Bundesverfassungsgericht*, Jahresstatistik 2014, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zugegriffen am 31.10.2022).

- Jahresstatistik 2019, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zugegriffen am 31.10.2022).
- Jahresstatistik 2020, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zugegriffen am 31.10.2022).
- Burgi*, Martin, Elterliches Erziehungsrecht, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band IV. Grundrechte in Deutschland. Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, § 109.
- Burkiczak*, Christian/*Dollinger*, Franz-Wilhelm/*Schorkopf*, Frank (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Heidelberger Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 2022.
- Burmeister*, Christoph, Alles zum Wohl des Kindes? – Zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht in Sorgerechtsverfahren, in: Fabian Scheffczyk/Kathleen Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, Berlin 2017, S. 247–263.
- Burmeister*, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, DVBl. 1969, S. 605–612.
- Chung*, Kwang-hyun, Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde. Eine rechtsvergleichende Betrachtung u. a. aus koreanischer Perspektive, Seoul 2012 (zit. als *Chung*, Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde).
- Coelln*, Christian von, Lebach einmal anders – die Rundfunkfreiheit fordert ihr Recht, ZUM 2001, S. 478–487.
- Coester*, Michael, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Frankfurt am Main 1983 (zit. als *Coester*, Kindeswohl als Rechtsbegriff).
- Die Rechtsposition des Kindes im Verfassungsrecht, in: Stefan Heilmann, Katrin Lack (Hrsg.), Die Rechte des Kindes. Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag, Köln 2016, S. 13–21.
- Wechselmodell und Sorgerecht für die Mutter, FF 2010, S. 10–12.
- Degenhart*, Christoph, Gerichtsorganisation, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band V. Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 114.
- Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, in: Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band III. Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 61.
- Denninger*, Erhard, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 193.
- Detterbeck*, Steffen, Das Bundesverfassungsgericht – ein selbst ernannter Hüter der Unionsgrundrechte, JZ 2021, S. 593–601.

- Diederichsen*, Uwe, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück juristischer Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171–260.
- Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, S. 461–474.
- Ditzen*, Christa, Das Menschwerdungsgrundrecht des Kindes, NJW 1989, S. 2519–2520.
- Dörr*, Dieter, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 2. Aufl., Köln 1997 (zit. als *Dörr*, Verfassungsbeschwerde).
- Dreier*, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar – Band I. Präambel, Art. 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2013.
- Dreier*, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar – Band II. Art. 20–82, 3. Aufl., Tübingen 2015.
- Dreier*, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar – Band III. Art. 83–146, 3. Aufl., Tübingen 2018.
- Dürig*, Günter/*Herzog*, Roman/*Scholz*, Rupert, Grundgesetz. Kommentar, mitbegr. von Theodor Maunz; hrsg. von Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München (Werkstand: 98. EL 03/2022).
- Duttge*, Gunnar, Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit, NJW 1997, S. 3353–3355.
- Düwel*, Martin, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Zu einem Kooperationsverhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2000 (zit. als *Düwel*, Kontrollbefugnisse).
- Ehmke*, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53–102.
- Engelmann*, Klaus, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht. Zugleich ein Beitrag zum materiellen Verständnis des Verfassungsprozeßrechts, Berlin 1977 (zit. als *Engelmann*, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht).
- Engels*, Stefan, Kinder- und Jugendschutz in der Verfassung. Verankerung, Funktion und Verhältnis zum Elternrecht, AöR 122 (1997), S. 212–247.
- Engisch*, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 1960 (zit. als *Engisch*, Logische Studien).
- Engst*, Benjamin G./*Gschwend*, Thomas/*Schaks*, Nils/*Sternberg*, Sebastian/*Wittig*, Caroline, Zum Einfluss der Parteienähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung, JZ 2017, S. 816–826.
- Erichsen*, Hans-Uwe, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt. Zur Verfassungsmäßigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindeserziehung durch und aufgrund von Normen des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts, Berlin 1985 (zit. als *Erichsen*, Elternrecht).
- Ernst*, Rüdiger, Der Umgangsvergleich, NZFam 2015, S. 804–807.
- Miteinander reden: das Mündlichkeitsprinzip im Kindschaftsverfahren, NZFam 2020, S. 313–317.

- Esser*, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970 (zit. als *Esser*, Vorverständnis).
- Eufinger*, Alexander, Kinderrechte ins Grundgesetz – Was lange währt, wird endlich gut?, NJ 2021, S. 53–56.
- Exner*, Thomas, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung“? Zu den Grenzen verfassungsgerichtlicher Interpretationsarbeit, DÖV 2012, S. 540–547.
- Faller*, Hans Joachim, Das Ringen um Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: Eckart Klein (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 43–66.
- Fehnmann*, Ursula, Die Innehabung von Grundrechten im Kindesalter, Berlin 1983 (zit. als *Fehnmann*, Grundrechte im Kindesalter).
- Fischbach*, Sven, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesregierung bei der Ausübung der Auswärtigen Gewalt. Möglichkeiten einer funktionell-rechtlichen Kontrollreduktion, Baden-Baden 2011 (zit. als *Fischbach*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesregierung).
- Friauf*, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram, Meinungsgrundrechte und Verfolgung von wirtschaftlichen Belangen, AfP 1985, S. 249–257.
- Fröhlinger*, Margot, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozeßrechts zum sonstigen Prozeßrecht, Baden-Baden 1982 (zit. als *Fröhlinger*, Erledigung der Verfassungsbeschwerde).
- Fröschle*, Tobias, Familiengericht und Jugendamt – gekreuzte Rechtswege, FamRZ 2016, S. 1905–1909.
- Gärditz*, Klaus Ferdinand, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, in: Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse/Urs Kindhäuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczky (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1557–1578.
- Sorgerechtsentziehung in der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FF 2015, S. 341–350.
- Gas*, Tonio, Der ordnungsgemäße Antrag im Verfassungsbeschwerdeverfahren – zu den Anforderungen der §§ 23 I, 92 BVerfGG, JA 2007, S. 375–379.
- Geiger*, Willi, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (zit. als *Geiger*, Besonderheiten).
- Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Kommentar, Berlin 1952 (zit. als *Geiger*, BVerfGG).
 - Vorschläge zur Reform des Bundesverfassungsgerichts, in: Hans Spanner/Peter Lerche/Hans F. Zacher/Peter Badura/Axel Frhr. v. Campenhausen (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1. September 1971, München 1971, S. 117–144.

- Gellermann*, Martin, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000 (zit. als *Gellermann*, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewand).
- Gerhardt*, Walter, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZVP 95 (1982), S. 467–494.
- Giers*, Michael, Voraussetzung für Entziehung der elterlichen Sorge – Entscheidungsanmerkung 1 BvR 3190/13, FamRB 2014, S. 371–373.
- Görisch*, Christoph/*Hartmann*, Bernd J., Grundrechtsrüge und Prüfungsumfang bei der Verfassungsbeschwerde, NVwZ 2007, S. 1007–1012.
- Graf Vitzthum*, Wolfgang, Annahme nach Ermessen bei Verfassungsbeschwerden? Das writ of certiorari-Verfahren des US Supreme Court als systemfremdes Entlastungsmodell, JöR 53 (2005), S. 319–343.
- Graßhof*, Karin, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts durch Aufspaltung der Entscheidungszuständigkeit über Verfassungsbeschwerden, in: Harald Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechts-Colloquium, Baden-Baden 1999, S. 115–122.
- Gündisch*, Jürgen, Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, NJW 1981, S. 1813–1820.
- Gusy*, Christoph, Die Verfassungsbeschwerde, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 641–671.
- Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, S. 461–470.
- Haas*, Evelyn, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München 1997, S. 27–44.
- Häberle*, Peter, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts. Zum Beschluß des BVerfG vom 29. Mai 1973 – 2 BvQ 1/73, JZ 1973, S. 451–455.
- Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR 45 (1997), S. 89–136.
 - Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht – im Spiegel der Judikatur des BVerfG, JZ 1976, S. 377–384.
- Habermehl*, Kai, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, S. 1–8.
- Hahne*, Meo-Micaela/*Schlögel*, Jürgen/*Schlünder*, Rolf (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar FamFG, München 2021 (44. Edition, Stand: 01.10.2022).
- Hammer*, Stephan, Das BVerfG, die Familiengerichte und die Jugendämter auf der Suche nach dem Rechten Maß im Kinderschutz, FF 2014, S. 428–433.
- Entscheidungsanmerkung 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, S. 269–270.
 - Entscheidungsanmerkung 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, S. 1005–1007.

Heilmann, Stefan, Der Schutz des Kindes vor sexueller Gewalt, NJW 2019, S. 1417–1419.

- Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht? Eine Betrachtung der bisherigen Kammerrechtsprechung des BVerfG im Jahr 2014, NJW 2014, S. 2904–2909.
- Theorie und Praxis im Kinderschutz, NJW 2017, S. 986–989.
- Zu den Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Praxis des Kinderschutzes. Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, S. 92–96.

Heiß, Thomas Alexander, Elternrechte contra Kinderrechte. Paradigmenwechsel in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG?, NZFam 2015, S. 532–537.

Heiter, Norbert, 10 Jahre Familienverfahrensrecht des FamFG. Das FamFG und die Entwicklung des neuen Verfahrensrechts, FamRB 2019, S. 359–367.

Henke, Wilhelm, Juristische Systematik der Grundrechte, DÖV 1984, S. 1–11.

Hennemann, Heike, Der gerichtlich gebilligte Vergleich in Umgangsverfahren gemäß § 156 II FamFG. Voraussetzungen und Fallstricke, NZFam 2021, S. 910–913.

- Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG, NZFam 2014, S. 871–874.

Hensel, Roman, Bindungswirkung und Verfahren. Zur Bindungswirkung verfassungsrechtlicher Entscheidungen durch das Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, Der Staat 50 (2011), S. 581–607.

Herdegen, Matthias, Die Aufnahme besonderer Rechte des Kindes in die Verfassung, FamRZ 1993, S. 374–384.

Hermes, Georg, Senat und Kammern, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 725–749.

- Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119–154.

Herzog, Roman, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, in: Hartmut Maurer/Peter Häberle/Walter Schmitt Glaeser/Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 431–445.

Hesse, Konrad, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Recht als Prozess und Gefüge – Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 261–272.

- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (zit. als *Hesse*, Grundzüge).

Heun, Werner, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992 (zit. als *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken).

- Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 80–118.

- Hillgruber*, Christian/*Goos*, Christoph, Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2004 (zit. als *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht (1. Aufl.)).
- Hilpert*, Johannes, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts? § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG im Widerstreit mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben, Tübingen 2019 (zit. als *Hilpert*, Begründungspflicht).
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang, Nachvollziehende Grundrechtskontrolle. Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht, AöR 128 (2003), S. 173–225.
- Höfling*, Wolfram, Das Verbot prozeduraler Willkür. Zum dogmatischen Gehalt einer bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfigur, JZ 1991, S. 955–962.
- Elternrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VII. Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 155.
 - Zur Stärkung von Kinderrechten im Grundgesetz, ZKJ 2017, S. 354–355.
- Höfling*, Wolfram/*Augsberg*, Steffen/*Rixen*, Stephan (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, begr. von Karl H. Friauf, Berlin (Lfg. 1/2022, Stand: 01/2022).
- Höfling*, Wolfram/*Rixen*, Stephan, Stattgebende Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil). Eine Übersicht über die zwischen 1986 und 1998 publizierten stattgebenden Kammerbeschlüsse, AöR 125 (2000), S. 428–476.
- Stattgebende Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (2. Teil). Eine Übersicht über die zwischen 1986 und 1998 publizierten stattgebenden Kammerbeschlüsse, AöR 125 (2000), S. 613–647.
- Höfling*, Wolfram/*Stöckle*, Philipp, Elternrecht, Kindeswohl und staatliche Impfverantwortung – eine Problemskizze, RdJB 2018, S. 284–299.
- Hofmann*, Ekkehard, Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, Tübingen 2007 (zit. als *Hofmann*, Abwägung im Recht).
- Hohmann-Dennhardt*, Christine, Kinderrechte ins Grundgesetz – warum?, FPR 2012, S. 185–187.
- Hölbling*, Pamela, Wie viel Staat vertragen Eltern? Systematische Entfaltung eines gestuften Maßnahmenkonzepts vor dem Hintergrund des Elterngrundrechts, Berlin 2010 (zit. als *Hölbling*, Staat und Elternrecht).
- Hömig*, Dieter, Die Verfassungsbeschwerde im Kammerverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Hans-Jörg Birk/Philip Kunig/Wolfgang Sailer (Hrsg.), Zwischen Abgabenrecht und Verfassungsrecht. Hans-Joachim Driehaus zum 65. Geburtstag, Herne 2005, S. 463–473.
- Grundrechtsschutz durch Annahme und Nichtannahme von Verfassungsbeschwerden im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark E. Villiger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren: Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 767–785.

- Hönig*, Franziska, Das Umgangsrecht im Spannungsfeld zwischen Eltern- und Kindesrechten unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Problematik, Hamburg 2004 (zit. als *Hönig*, Umgangsrecht).
- Hund*, Michael, Zur Rücknahme von Verfassungsbeschwerden, in: Wolfgang Zeidler (Hrsg.), Festschrift Hans-Joachim Faller, München 1984, S. 63–80.
- Huster*, Stefan/*Hörnle*, Tatjana, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, JZ 2013, S. 328–339.
- Ighreiz*, Ali/*Möllers*, Christoph/*Rolfes*, Louis/*Shadrova*, Anna/*Tischbirek*, Alexander, Karlsruher Kanones? Selbst- und Fremdkanonisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 145 (2020), S. 537–613.
- Isensee*, Josef, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, S. 1085–1093.
- Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, § 111.
- Jaeger*, Renate, Erfahrungen mit den Entlastungsmaßnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2003, S. 149–154.
- Jarass*, Hans. D., Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 35–54.
- Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363–397.
- Jarass*, Hans. D./*Pieroth*, Bodo, Grundgesetz. Kommentar, mitbegr. von B. Pieroth, bearb. von H. D. Jarass und Martin Kment, 17. Aufl., München 2022.
- Jeand'Heur*, Bernd, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, Berlin 1993 (zit. als *Jeand'Heur*, Schutzgebote).
- Jesch*, Dietrich, Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden, JZ 1954, S. 528–533.
- Jestaedt*, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999 (zit. als *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung).
- Meinungsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band IV. Grundrechte in Deutschland. Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, § 102.
 - Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 77–158.
 - Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, S. 1309–1322.

- Johannsen, Kurt Herbert/Henrich, Dieter/Althammer, Christoph*, Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren: Kommentar, mitbegr. von K. H. Johannsen, hrsg. von D. Henrich und C. Althammer, 7. Aufl., München 2020.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Stand: 216. EL 09/2022).
- Kaufmann, Peter*, Die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde, RuP 34 (1998), S. 29–39.
- Keidel, Theodor/Engelhardt, Helmut/Sternal, Werner*, FamFG Kommentar, begr. von T. Keidel, hrsg. von H. Engelhardt und W. Sternal, 20. Aufl., München 2020.
- Kempny, Simon*, Mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde und unmittelbare Grundrechtsverletzung. Verfassungsprozessuale und grundrechtsdogmatische Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 53 (2014), S. 577–631.
- Verwaltungskontrolle. Zur Systematisierung der Mittel zur Sicherung administrativer Rationalität unter besonderer Berücksichtigung der Gerichte und der Rechnungshöfe, Tübingen 2017 (zit. als *Kempny*, Verwaltungskontrolle).
- Kenntner, Markus*, Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, NJW 2005, S. 785–789.
- Vom „Hüter der Verfassung“ zum „Pannenhelfer der Nation?“. Zur Kontrolldichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, DÖV 2005, S. 269–280.
- Keuter, Wolfgang*, Anmerkung zu 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, S. 1354–1355.
- Beschleunigungsrüge und Beschleunigungsbeschwerde: Präventive Rechtsbehelfe bei überlanger Verfahrensdauer in Kindschaftssachen, FamRZ 2016, S. 1817–1823.
 - Entscheidungsanmerkung 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, S. 269–270.
 - Großeltern und Vormundauswahl, ZKJ 2015, S. 67–69.
- Kiesel, Manfred*, Die Liquidierung des Ehrenschatzes durch das BVerfG, NVwZ 1992, S. 1129–1137.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl., Heidelberg 2022 (zit. als *Kingreen/Poscher*, Grundrechte).
- Kirchberg, Christian*, Die Verfahrensgrundrechtsbeschwerde – Zur Diskussion über ein neues Modell zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts im Bericht der Benda-Kommission, KritV 1998, S. 228–240.
- Kirchhof, Gregor*, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes. Abwehrrecht, Einrichtungsgarantie, Benachteiligungsverbot, staatliche Schutz- und Förderpflicht, AöR 129 (2004), S. 542–583.
- Die Kinderrechte des Grundgesetzes, NJW 2018, S. 2690–2693.
- Klein, Eckart*, Beweiserhebung, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 14.
- Grundsatzfragen, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 8.

- Kompetenzielle Würdigung und verfassungsprozessuale Konsequenzen der „Recht auf Vergessen“-Entscheidungen, DÖV 2020, S. 341–349.
 - Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das „Prozeßrecht“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 507–531.
 - Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozessrecht, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 1.
 - Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1982, S. 797–805.
- Klein*, Franz, Die Dritte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom 3. August 1963 (BGBl. I S. 589), DVBl. 1964, S. 89–92.
- Klein*, Hans H., Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1135–1154.
- Klein*, Oliver, Individualverfassungsbeschwerde, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020, § 19.
- Klein*, Oliver/*Sennekamp*, Christoph, Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde, NJW 2007, S. 945–956.
- Klenner*, Stephan, Schülergrundrechte. Zum Spannungsverhältnis von Grundrechten, Elternrecht und staatlichem Auftrag bei politischer und journalistischer Betätigung minderjähriger Schüler. Zugleich ein Beitrag zur parteirechtlichen Einordnung politischer Schülervereinigungen, Tübingen 2019 (zit. als *Klenner*, Schülergrundrechte).
- Kley*, Dieter, Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Fachgerichts bei der Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde, VerwArch 107 (2016), S. 359–379.
- Kloepfer*, Michael, Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?, DVBl. 2004, S. 676–680.
- Kluth*, Winfried, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, S. 3513–3519.
- Koch*, Hans-Joachim, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte. Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis, in: Wilfried Erbguth/Friedrich Müller/Volker Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 796, Berlin 1999, S. 135–170.
- Kohne*, Marie-Luise, Der Wille des Kindes in sorge- und umgangsrechtlichen Entscheidungen des Familiengerichts: Ein ewig ungelöstes Problem? Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 27.06.2008 (1 BvR 311/08), JAmt 2009, S. 167–169.
- Korioth*, Stefan, Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht.

- Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 55–81.
- Kranenpohl*, Uwe, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2010 (zit. als *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses).
- Krauβ*, Friedrich, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht, Köln 1987 (zit. als *Krauβ*, Prüfungsumfang).
- Kreuder*, Thomas, Praxisfragen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, NJW 2001, S. 1243–1248.
- Kriewald*, Jessica, Der Status des Kindes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Modrzejewski/Kolja Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, Berlin 2019, S. 153–175.
- Krüger*, Hildegard, Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 329–335.
- Krugmann*, Michael, Die Rechtsweggarantie des GG – Zum Gebot eines qualitativen Rechtsschutzes, ZRP 2001, S. 306–309.
- Kruis*, Konrad, Ist das Bundesverfassungsgericht überlastet?, in: Bernd Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat, Baden-Baden 1999, S. 125–136.
- Krumm*, Carsten, Die wichtigsten Praxisprobleme der persönlichen Kindesanhörung nach § 159 FamFG, FamFR 2013, S. 265–268.
- Kube*, Hanno, Persönlichkeitsrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VII. Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 148.
- Kunig*, Philip, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 34–79.
- Lack*, Katrin, Verfahren in Kindschaftssachen während der Corona-Krise, NJW 2020, S. 1255–1259.
- Lack*, Katrin/*Heilmann*, Stefan, Kinderschutz und Familiengericht. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die familiengerichtliche Intervention bei Kindeswohlgefährdung, ZKJ 2014, S. 308–315.
- Lamprecht*, Rolf, Karlsruher Lotterie, NJW 2000, S. 3543–3545.
- Landenberg-Roberg*, Michael von, Der Regierungsentwurf zur Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz, NZFam 2021, S. 145–148.
- Lang*, Andrej, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine rechtsempirische Untersuchung mit rechtsvergleichenden Perspektiven, AöR 145 (2020), S. 75–132.
- Lange*, Pia, Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, Baden-Baden 2012 (zit. als *Lange*, Substantiierungspflichten).

- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991 (zit. als *Larenz, Methodenlehre*).
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, 8. Aufl., München 2019 (zit. als *Lechner/Zuck, BVerfGG*).
- Leibholz, Gerhard/Rupprecht, Reinhard, Bundesverfassungsgericht. Rechtsprechungskommentar, Köln 1968 (zit. als *Leibholz/Rupprecht, BVerfGG*).
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. Nachtrag, Köln 1971 (zit. als *Leibholz/Rupprecht, BVerfGG-Nachtrag*).
- Leisner, Walter, „Abwägung überall“ – Gefahr für den Rechtsstaat, NJW 1997, S. 636–639.
- Lenz, Christopher/Hansel, Ronald, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. als *Lenz/Hansel, BVerfGG*).
- Lepsius, Oliver, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, S. 1–42.
- Die maßstabssetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.
- Lerche, Peter, Grundrechtsschranken, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, § 122.
- Limbach, Jutta, Diskussionsbeitrag, in: Harald Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechts-Colloquium, Baden-Baden 1999, S. 132–134.
- Lincke, Dieter, Die Bedeutung der „Eingriffsintensität“ für den Umfang der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Ein Aspekt zur Abgrenzung einfachen Rechts von spezifischem Verfassungsrecht, EuGRZ 1986, S. 60–73.
- Lindacher, Walter F., Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1978, S. 577–585.
- Lindeiner, Fabian von, Willkür im Rechtsstaat? Die Willkürkontrolle bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen, Berlin 2002 (zit. als *von Lindeiner, Willkür im Rechtsstaat?*).
- Lischewski, Isabel, Kinderrechte im Grundgesetz, DÖV 2020, S. 102–109.
- Löhnig, Martin, Entscheidungsanmerkung 1 BvR 1914/17, NZFam 2018, S. 75.
- Löwer, Wolfgang, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 70.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Die Zulässigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2004, S. 669–682.

- Lüderitz*, Alexander, Elterliche Sorge als privates Recht, AcP 178 (1978), S. 263–297.
- Maatsch*, Asmus, Die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in: Sigrid Emmenegger/Ariane Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 2, 2011, S. 31–51.
- Mahrenholz*, Ernst Gottfried, Kammerbeschlüsse – Nichtannahmegebühren, in: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1361–1377.
- Mangoldt*, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian, Grundgesetz. Kommentar, begr. von H. v. Mangoldt, fortgef. von F. Klein und C. Starck, hrsg. von Peter M. Huber und Andreas Voßkuhle, 7. Aufl., München 2018.
- Marsch*, Nikolaus, Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 137 (2012), S. 592–624.
- Maurer*, Hartmut, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 467–503.
- Merten*, Detlef, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band III. Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 68.
- Meßerschmidt*, Klaus, Tatsachen- und Wirkungsbezug der justiziellen Kontrolle politischen Handelns im Dissens zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof. Überlegungen zur evidenzbasierten Rechtskontrolle aus Anlass des PSPP-Urteils, DÖV 2021, S. 277–287.
- Miebach*, Martin, Zur Willkür- und Abwägungskontrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile, München 1990 (zit. als *Miebach*, Willkür- und Abwägungskontrolle).
- Möllers*, Thomas, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 2021 (zit. als *T. Möllers*, Methodenlehre).
- Müller-Franken*, Sebastian, Über den Umgang mit ungerügten Grundrechten bei der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1999, S. 590–597.
- Münch*, Ingo v./Kunig, Philip (Begr.), Grundgesetz Kommentar. Band 1: Präambel bis Art. 69 GG, hrsg. von Jörn-Axel Kämmerer und Markus Kotzur, 7. Aufl., München 2021.
- Neidhardt*, Stephan/Ehrbeck, Thorsten, Das BVerfG als Beschwerdeinstanz in Dublin-Eilsachen? Zur aktuellen Reformdebatte im Asylprozessrecht, NVwZ 2015, S. 761–766.
- Neuner*, Jörg, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Familiengericht?, FamRZ 2017, S. 1805–1812.
- Obermann*, Torsten, Materielle Rechtskraft im FamFG – Gedanken zum Anwendungsbereich von § 48 FamFG, NZFam 2016, S. 961–966.
- Oeter*, Stefan, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529–563.

Ossenbühl, Fritz, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, S. 904–912.

- Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Berlin 1981 (zit. als *Ossenbühl, Erziehungsrecht*).
- Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 459–518.
- Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 801–812.
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: Rolf Stödter, Werner Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 129–141.

Osthold, Fritz Rolf, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643–1649.

O’Sullivan, Daniel, Neue Entwicklungen bei der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, DVBl. 2005, S. 880–886.

Papier, Hans-Jürgen, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Grundrechte“, in: Michael Brenner/Peter M. Huber/Markus Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag, 2004, S. 411–429.

- „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 432–457.
- Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, DVBl. 2009, S. 473–481.

Pelka, Jürgen, Die Verletzung des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) durch einen rechtswidrigen Steuerbescheid, DVBl. 1970, S. 887–891.

Pestalozza, Christian, Die echte Verfassungsbeschwerde, Berlin 2007 (zit. als *Pestalozza, Die echte Verfassungsbeschwerde*).

- Verfassungsprozeßrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1991 (zit. als *Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht*).

Petersen, Niels, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen 2015 (zit. als *Petersen, Verhältnismäßigkeit*).

Philippi, Klaus Jürgen, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Köln 1971 (zit. als *Philippi, Tatsachenfeststellungen des BVerfG*).

- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grenzen richterlicher Rechtsfindung, JZ 2003, S. 504–510.
- Posser, Herbert*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993 (zit. als *Posser, Subsidiarität*).
- Prütting, Hanns/Helms, Tobias* (Hrsg.), FamFG – Kommentar, 6. Aufl., Köln 2022.
- Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG. Band 1, §§ 1–170, 3. Aufl., München 2018.
- Redelberger*, Die Verfassungsbeschwerde, NJW 1953, S. 361–365.
- Reimer, Franz*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. als *F. Reimer, Methodenlehre*).
- Reimer, Philipp/Jestaedt, Matthias*, Entscheidungsanmerkung zu BVerfGE 133, 59, JZ 2013, S. 468–472.
- Rennert, Klaus*, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, S. 12–19.
- Reuß, Philipp M.*, Theorie eines Elternschaftsrechts, Berlin 2018 (zit. als *Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts*).
- Reuter, Dieter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, Berlin 1968 (zit. als *Reuter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*).
- Riegner, Klaus*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Trennung des Kindes von den Eltern wegen Kindeswohlgefährdung, NZFam 2014, S. 625–630.
- Riehm, Thomas*, Die „Würdigung aller Umstände des Einzelfalls“ – ein unbekanntes Phänomen, RW 2013, S. 1–39.
- Rixen, Stephan*, Verfassung der Pluralität: Der Schutz von Ehe, Familie und Elternrecht unter dem Grundgesetz, in: Diethelm Klippel/Martin Löhnig/Ute Walter (Hrsg.), Grundlagen und Grundfragen des Bürgerlichen Rechts. Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Dieter Schwab, Bielefeld 2016, S. 131–145.
- Zur Bindungswirkung stattgebender Kammerentscheidungen des BVerfG (§ 93c I 2 i. V. mit § 31 I BVerfGG), NVwZ 2000, S. 1364–1367.
- Robbers, Gerhard*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit. Möglichkeit und Inhalt von „Formeln“ zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, NJW 1998, S. 935–941.
- Roellecke, Gerd*, Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 68.
- Röhl, Hellmut*, Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 1957, S. 105–108.
- Rossa, Elisabeth*, Kinderrechte. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, Frankfurt am Main 2014 (zit. als *Rossa, Kinderrechte*).
- Roth, Wolfgang*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, Berlin 2003 (zit. als *W. Roth, Grundrechte Minderjähriger*).

- Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), S. 544–577.
- Rozek*, Jochen, Abschied von der Verfassungsbeschwerde auf Raten? – Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, die Verfassungsbeschwerde und der individuelle Grundrechtsschutz, DVBl. 1997, S. 517–527.
- Rüfner*, Wolfgang, Grundrechtsträger, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 196.
- Rupp*, Hans, Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, ZZP 82 (1969), S. 1–24.
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022 (zit. als *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie).
- Sachs*, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., München 2021.
- Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Tübingen 2016 (zit. als *Sachs*, Verfassungsprozessrecht).
- Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017 (zit. als *Sachs*, Verfassungsrecht II).
- Salgo*, Ludwig, Das Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen, FF 2010, S. 352–361.
- Sanders*, Anne, Mehrelternschaft, Tübingen 2018 (zit. als *Sanders*, Mehrelternschaft).
- Sanders*, Anne/*Preisner*, Damian, Begründungspflicht des Gesetzgebers und Sachverhaltsaufklärung im Verfassungsprozess, DÖV 2015, S. 761–771.
- Sauer*, Heiko, Besprechung: Pia Lange: Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren, AöR 138 (2013), S. 294–301.
- Schäder*, Birgit, Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe in der Regelung des elterlichen Umgangsrechts, in: Fabian Scheffczyk/Kathleen Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, Berlin 2017, S. 265–290.
- Schäfer*, Anne, Grundrechtsschutz im Annahmeverfahren, Tübingen 2015 (zit. als *Schäfer*, Annahmeverfahren).
- Scheffczyk*, Fabian, Entlastungsmöglichkeiten im Annahmeverfahren – ungenutzte Potenziale des § 93a Abs. 2 BVerfGG, in: Fabian Scheffczyk/Kathleen Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, Berlin 2017, S. 63–90.
- Schenke*, Wolf-Rüdiger, Die Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß (Hrsg.), Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 453–484.
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg 1987 (zit. als *Schenke*, Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit).

- Scherpe*, Julia Caroline, Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes der Verwandtenstellung im Vormundschaftsverfahren, FamRZ 2014, S. 1821–1827.
- Scherzberg*, Arno, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsrechtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin 1989 (zit. als *Scherzberg*, Eingriffsintensität).
- Schlaich*, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktion, VVDStRL 39 (1981), S. 99–146.
- Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München 2021 (zit. als *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht).
- Schlink*, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976 (zit. als *Schlink*, Abwägung).
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 445–467.
 - Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, S. 89–94.
- Schmidt*, Jan-Robert, Will das Kind sein Wohl? Eine Untersuchung über Kindeswille und Kindeswohl im Sorge- und Umgangsrecht nach Scheidungen von 1946–2016, Tübingen 2020 (zit. als *Schmidt*, Will das Kind sein Wohl?).
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard, Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band II. Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, § 45.
- Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, begr. von T. Maunz, München (Werkstand: 61. EL 07/2021).
- Schmitt Glaeser*, Walter, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung. Ein verfassungsrechtlicher Essay zum „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der elterlichen Sorge“ vom 18. Juli 1979, Bielefeld 1980 (zit. als *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht).
- Schmitt-Kammler*, Arnulf, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, Berlin 1983 (zit. als *Schmitt-Kammler*, Elternrecht).
- Schneider*, Hans-Peter, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts durch Ausbau oder Umbau der Landesverfassungsgerichtsbarkeit?, in: Harald Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechts-Colloquium, Baden-Baden 1999, S. 103–114.
- SOS aus Karlsruhe – das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?, NJW 1996, S. 2630–2632.
 - Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung. Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidung, NJW 1980, S. 2103–2111.

- Schneider*, Peter S., Verfassungsbeschwerde gegen ein gleichheitswidriges Urteil. Spezifisches Verfassungsrecht und Gestaltungsraum des Gesetzgebers, Berlin 2020 (zit. als *P. S. Schneider*, Verfassungsbeschwerde gegen ein gleichheitswidriges Urteil).
- Schneider*, Rudolf, Die Unmittelbarkeit der Grundrechtsverletzung als Vorbedingung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1969, S. 325–335.
- Schoch*, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwGO Kommentar Band I, München (Stand: 42. EL 02/2022).
- Scholz*, Rupert/*Konrad*, Karlheinz, Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, AöR 123 (1998), S. 60–121.
- Schorkopf*, Frank, Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfassungsprozessrecht, AöR 130 (2005), S. 465–493.
- Schroeder*, Friedrich-Christian, Das Bundesverfassungsgericht als oberste Instanz im Strafprozeß?, in: Bernd Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat, Baden-Baden 1999, S. 151–164.
- Schumann*, Ekkehard, Einheit der Prozessrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken? Zu den „Rottmann-Beschlüssen“ des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1973, S. 484–490.
- Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963 (zit. als *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde).
 - Zur Entstehung der Formel, in: Herbert Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, Baden-Baden 2014, S. 49–87.
- Schuppert*, Gunnar Folke, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein 1980 (zit. als *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen).
- Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, AöR 103 (1978), S. 43–69.
- Schwarz*, Kyrill-Alexander, Verfassungsprozessrecht, München 2021 (zit. als *Schwarz*, Verfassungsprozessrecht).
- Seegmüller*, Robert, Praktische Probleme des Verfassungsbeschwerdeverfahrens, DVBl. 1999, S. 738–746.
- Seibert*, Gerhard, Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Hans-Jochen Vogel/Helmut Simon/Adalbert Podlech (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden 1981, S. 491–517.
- Seidl*, Otto, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 61. Deutschen Juristenstages. Band II/1, München 1996, S. O 9–26.
- Sendler*, Horst, Kammermusik II – Kammerrechtsprechung und gesetzlicher Richter, NJW 1995, S. 3291–3293.

- Seuffert*, Walter, Die Abgrenzung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, NJW 1969, S. 1369–1373.
- Socha*, Ingo, So, fertig. Und nun? – Zur Kontrolle und Abänderung familiengerichtlicher Entscheidungen nach § 166 FamFG, JAmt 2017, S. 522–526.
- Sodan*, Helge, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, DÖV 2002, S. 925–935.
- Söpper*, Silvia, Entscheidungsanmerkung 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, S. 799–800.
- Spranger*, Tade Matthias, Die Verfassungsbeschwerde im Korsett des Prozeßrechts, AöR 2002, S. 27–71.
- Staben*, Julian, Farbenfrohe Rechtsprechung: Verweisungsanalyse von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Verfassungsblog 26.01.2015, <https://verfassungsblog.de/farbenfrohe-rechtsprechung-verweisungsanalyse-von-entscheidungen-des-bundesverfassungsgerichts-2/> (zugegriffen am 31.10.2022).
- Starck*, Christian, Die Bedeutung der Schumannschen Formel für Rechtssysteme mit Urteilsverfassungsbeschwerde, in: Herbert Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, Baden-Baden 2014, S. 29–47.
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, S. 1033–1042.
- Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe für das Jahr 2018. Pflegschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen, Wiesbaden 2019, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Publikationen/Downloads/pflege-vor-mund-beistandschaft-pflegeerlaubnis-5225202187004.pdf?__blob=publicationFile (zugegriffen am 31.10.2022).
- Steinbeis*, Maximilian, Auch schlechte Eltern sind Eltern, Verfassungsblog 19.05.2014, <https://verfassungsblog.de/auch-schlechte-eltern-sind-eltern/> (zugegriffen am 31.10.2022).
- Steinwedel*, Ulrich, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“. Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 1976 (zit. als *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht).
- Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte. 1. Halbband, München 1988 (zit. als *Stern*, Staatsrecht III/1).
- Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung, in: Klaus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band IV. Die einzelnen Grundrechte. 1. Halbband, München 2006, § 100.
- Stößer*, Eberhard, Das neue Verfahren in Kindschaftssachen, FamRZ 2009, S. 656–665.
- Thierfelder*, Hans, Zur Tatsachenfeststellung durch das Bundesverfassungsgericht, JurA 1970, S. 879–903.
- Träger*, Ernst, Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, in: Hans Joachim Fal-

- ler/Paul Kirchhof/Ernst Träger (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, Tübingen 1989, S. 762–781.
- Trichel*, Stefan, Kindergrundrechte und Partizipation, JZ 2020, S. 653–660.
- Uerpmann*, Robert, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in: Peter Badura, Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band – Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 673–693.
- Uhle*, Arnd, Abschied vom engen Familienbegriff, NVwZ 2015, S. 272–275.
- Umbach*, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 1992.
- Umbach*, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch. Band I: Art. 1–37, Heidelberg 2002.
- Umbach*, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- Ungern-Sternberg*, Antje von, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), S. 1–59.
- Vogel*, Harald, Das Hinwirken auf Einvernehmen in strittigen Kindschaftssachen, FamRZ 2010, S. 1870–1874.
- Vogel*, Stephanie, Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden am Beispiel der Kunstfreiheitsrechtsprechung, Frankfurt am Main 2004 (zit. als *S. Vogel*, Prüfungsumfang).
- Voßkuhle*, Andreas, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, S. 1329–1335.
- Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 2020, S. 577–582.
 - Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993 (zit. als *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter).
 - Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177–201.
- Wacke*, Gerhard, Zur Funktionsfähigkeit unseres Rechtsprechungsstaates. Zehntausende erfolgloser Rechtsstreitigkeiten um die „Erdrosselungssteuer“, seit 15 Jahren, durch alle Instanzen und das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1968, S. 537–544.
- Wahl*, Rainer, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485–516.
- Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht. Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der neuen einheitsbedingten Herausforderungen, in: Gesprächskreis Politik und Wissenschaft des Forschungsinstituts der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland gestern und heute, Bonn 1991, S. 13–42.

- Wahl*, Rainer/*Wieland*, Joachim, Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut. Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht, JZ 1996, S. 1137–1145.
- Waldner*, Wolfram, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Köln 1989 (zit. als *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör).
- Kognitionsgrenzen des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Zivilurteile, ZZP 98 (1985), S. 200–215.
- Walter*, Christian/*Grünwald*, Benedikt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BVerfGG, München 2022 (13. Edition, Stand: 01.06.2022).
- Wank*, Rolf, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, S. 545–553.
- Wapler*, Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015 (zit. als *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl).
- Warmke*, Reinhard, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin 1993 (zit. als *Warmke*, Subsidiarität).
- Wassermann*, Rudolf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare). Band 2. Art. 38–146, 2. Aufl., Neuwied 1989.
- Weber-Grellet*, Heinrich, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1979 (zit. als *Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht).
- Wegener*, Susanne, Pflicht des Richters zum Hinwirken auf eine Einigung aus richterlicher Sicht nach § 156 FamFG, NZFam 2015, S. 799–802.
- Weiß*, Norman, Objektive Willkür. Zu einem Prüfungskriterium im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, Frankfurt am Main 2000 (zit. als *Weiß*, Objektive Willkür).
- Wendel*, Luisa, Welche Grundrechte führen zum Erfolg? Eine quantitative, korpusgestützte Untersuchung anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, S. 668–679.
- Weyreuther*, Felix, Bundesverfassungsgericht und Verfassungsbeschwerde – Kompetenz und Kompetenzüberschreitung, DVBl. 1997, S. 925–931.
- Wiegandt*, Manfred H., Meinungsfreiheit und Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts, KritV 1997, S. 19–37.
- Wieland*, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht am Scheideweg, KritV 1998, S. 171–192.
- Zacher*, Hans F., Die Selektion der Verfassungsbeschwerde. Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 397–431.

- Elternrecht, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VI. Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, § 134.
- Zanger, Johanna*, Freiheit von Furcht. Zur grundrechtsdogmatischen Bedeutung von Einschüchterungseffekten, Berlin 2017 (zit. als *Zanger*, Freiheit von Furcht).
- Zembsch, Günther*, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971 (zit. als *Zembsch*, Verfahrensautonomie).
- Zuck, Rüdiger*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, JZ 2007, S. 1036–1042.
- Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl., München 2017 (zit. als *Zuck*, Verfassungsbeschwerde (5. Aufl.)).
- Der Zugang vom BVerfG – Was läßt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?, NJW 1993, S. 2641–2646.
- Die Bedeutung der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Verfassungsbeschwerdesachen, EuGRZ 2013, S. 662–668.
- Die Bindungswirkung von Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2018, S. 619–625.
- Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Fragen zur Benda-Kommission, ZRP 1997, S. 95–99.
- Die Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum elterlichen Sorge- und Umgangsrecht, FamRZ 2010, S. 1946–1952.
- Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: Bernd Bender/Rüdiger Breuer/Fritz Ossenbühl/Horst Sendler (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 213–224.
- Vom Winde verweht – § 93d BVerfGG und menschliche Schicksale, NJW 1997, S. 29–30.
- Zuck, Rüdiger/Eisele, Reiner*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Aufl., München 2022 (zit. als *Zuck/Eisele*, Verfassungsbeschwerde).
- Zweigert, Konrad*, Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952, S. 321–328.

Sachverzeichnis

- Abwägung 56
- Abwägungsausfall 59, 112, 165
- Abwägungsdefizit 59
- Abwägungsfehleinschätzung 59, 165
- Annahmeverfahren 213, 221
 - Durchsetzungsannahme 217
 - Grundsatzannahme 215
- Ausstrahlungskontrolle 37, 251
- Ausstrahlungswirkung 26, 35, 57, 250

- Beweiswürdigungskontrolle 240, 242, 246

- Deutungskontrolle 101
- DGB-Entscheidung 89
- Dispositionsmaxime 186, 192

- Echternach-Entscheidung 90
- Eingriffsintensität 30, 49, 91, 110, 140, 170, 171, 243, 244
- Eingriffskontrolle 37, 251
- Elfes-Entscheidung 24, 173
- Elternprimat 70, 83
- Elternverantwortung 65, 84
 - Abwehrrecht 65
 - Grundpflicht 67
 - Kindeswohlorientierung 68
- empirische Unterlegenheit 195, 238, 242, 245, 249
- Entlastungsfunktion 205, 212
- Ermessensfehlerlehre 51
- Erziehungsgewährleistungsrecht 79, 116

- Fachgericht 19
- Flugblatt-Entscheidung 99
- Funktion der Verfassungsbeschwerde 39, 230
 - Edukationseffekt 235
 - objektive 47, 169, 232, 236
 - subjektive 230, 236, 238
- Funktion des Bundesverfassungsgerichts 39, 42, 238
- Funktionsfähigkeit 39, 41, 205, 241

- Gerichtsförmigkeit 38
- Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit 73, 84

- Handlungsnorm 41, 44
- Heck'sche Formel 30, 92, 97, 105, 111, 182

- Instanzenzug 195, 199, 201, 238

- judicial self-restraint 43, 44, 183

- Kammerentscheidung 223
- Kindesgrundrechte 72, 82
- Kindeswohl 68, 70
- Konstitutionalisierung 24
- Kontrollkompetenz *siehe* Prüfungskompetenz
- Kontrollmaßstab *siehe* Prüfungsmaßstab
- Kontrollnorm 41, 44
- Kooperationsverhältnis 44

- Lebach-Entscheidung 88
- Lüth-Entscheidung 26

- Mündlichkeitsgrundsatz 188, 193

- Offizialmaxime 186

- Prüfungskompetenz 21, 34, 173
 - funktionell-rechtlicher Ansatz 38, 43, 183, 185, 244

- materiell-rechtlicher Ansatz 36, 183
- Prüfungsmaßstab 20, 63, 170
- Prüfungsumfang 21, 87

- Rechtsanwendungskontrolle** 47, 56, 170, 173, 246
- Rechtsfortbildungskontrolle 32
- Rechtssatzkontrolle *siehe* Schumann'sche Formel
- Rechtswegserschöpfung 201
- Registerverfahren 213

- Schumann'sche Formel 31, 45, 46, 173
- Selbstbeschränkung *siehe* judicial self-restraint
- Selbstbestimmungsfähigkeit 74, 85
- Senatsakzessorietät 224
- Senatsmaßstäbe 223, 229
- Subsidiarität 202, 204
 - formelle 202
 - materielle 203
- Substantiierung 206, 212
- Subsumtion 56, 170, 182

- Superberufungsinstanz 23, 171, 264
- Superrevisionsinstanz 28, 39, 146

- Tatsachen**
 - Einzeltatsachen 175, 183, 240
 - generelle 175, 178
- Tatsachenkontrolle 51, 62, 99, 113, 141, 166, 171
- Tatsachenkontrollkompetenz 175, 182, 238, 243, 245, 249

- Untersuchungsgrundsatz 180, 207

- Verdoppelung des Grundrechtsschutzes 40, 46
- Verfahrensautonomie 184
- Verfahrensfähigkeit 76
- Verfahrenskontrolle 146, 167, 238
- Verfassungsfortbildung 228, 232, 237
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 27, 56

- Wächteramt** 80
- Willkürkontrolle 32, 242, 245