

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1515

Die grundrechtsschaffende Gewalt

**Vorschlag für eine Methodik zur Prüfung
der Schaffung neuer Grundrechte
durch die Verfassungsgerichte**

Von

Jorge Luis León Vásquez



Duncker & Humblot · Berlin

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

Die grundrechtsschaffende Gewalt

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1515

Die grundrechtsschaffende Gewalt

Vorschlag für eine Methodik zur Prüfung
der Schaffung neuer Grundrechte
durch die Verfassungsgerichte

Von

Jorge Luis León Vázquez



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn.

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
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19007-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59007-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit konnte dank der großzügigen Förderung durch die Alexander von Humboldt-Stiftung durchgeführt werden. Diese renommierte Forschungseinrichtung hat mir ein Postdoktorandenstipendium in der Kategorie erfahrener Wissenschaftler für einen Forschungsaufenthalt vom 1. August 2021 bis 31. August 2022 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf gewährt. Ich bin sehr dankbar für die Unterstützung, die mir die Alexander von Humboldt-Stiftung in dieser Zeit zuteil werden ließ.

Mein besonderer Dank gilt auch Prof. Dr. Lothar Michael für die Leitung dieser Forschungsarbeit. Nicht nur seine kompetente Betreuung, sondern auch seine wissenschaftlichen Reflexionen über den Forschungsgegenstand haben die Fertigstellung dieser Arbeit erst möglich gemacht. Auch hier möchte ich seine Freundlichkeit und Großzügigkeit hervorheben. Er ist nicht nur ein Lehrer im wahrsten Sinne des Wortes, sondern auch ein großartiger Mensch.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle und Prof. Dr. Markus Kotzur, meinem Doktorvater. Ohne ihre ständige und großzügige Unterstützung wäre es nicht möglich gewesen, ein Stipendium von der AvH-Stiftung zu erhalten.

Ich möchte auch Frau Sarah Dersarkissian, Herrn Dr. Daniel Busche, Prof. Michaels sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitern für den wissenschaftlichen Dialog und die Korrektur des letzten Entwurfs dieser Arbeit danken.

Ferner möchte ich Frau Yvonne Töpferl-Hönsch (Sekretariat) danken, die mich ebenfalls mit Freundlichkeit und Geduld während meines Forschungsaufenthalts unterstützt hat.

Ihnen allen gilt mein herzlicher Dank.

Lima, August 2023

Jorge Luis León Vásquez

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einführung | 11 |
| B. Bestandsaufnahme | 13 |
| I. Verfassungsgerichtliche Bestandsaufnahme | 13 |
| II. Dogmatische Bestandsaufnahme | 16 |
| C. Begriffliche Klarstellungen | 19 |
| I. Begriffliche Ursprünge | 19 |
| II. „Anerkennung“, „Positivierung“, „Entwicklung“ und „Kreation“ der Grundrechte | 19 |
| 1. „Anerkennung“ der Grundrechte | 19 |
| 2. „Positivierung“ der Grundrechte | 21 |
| 3. „Entwicklung“ der Grundrechte | 23 |
| 4. „Kreation“ der Grundrechte | 24 |
| D. Kreationimpulse für Grundrechte | 27 |
| I. Grundrechte und soziale Wirklichkeit – Relationen | 27 |
| 1. Formative Relationen | 27 |
| 2. Transformative Relationen | 28 |
| 3. Antizipierender Nexus | 29 |
| II. Impulse zur Transformation der Grundrechte | 30 |
| III. „Resilienz“ der Grundrechtsnormen | 31 |
| IV. Verfassungsgerichte: „Vorreiter“ des gesellschaftlichen Wandels? | 32 |
| V. Verfassungsgerichte: „letzter Interpret“ der sozialen Veränderungen? | 33 |
| E. Die grundrechtsschaffende Gewalt | 36 |
| I. Eine Institution, verschiedene Typisierungen | 36 |
| II. Funktion und Gewalt der Verfassungsgerichte bei der Kreation neuer Grundrechte | 37 |
| 1. Historisch-verfassungsrechtliche Gründe | 37 |
| 2. Dogmatische Stellungnahmen in der Rechtsvergleichung | 38 |
| 3. Stellungnahme einiger Verfassungsgerichte | 38 |

| | |
|---|-----------|
| III. Mitkonstituierende Funktion der Verfassungsgerichte | 39 |
| 1. Abstrakte Kontrolle der verfassungsändernden „Gesetze“ | 39 |
| 2. Verfassungswandel | 41 |
| 3. Kreation der Grundrechte | 45 |
| F. Dogmatische Fragen bei der Kreation neuer Grundrechte | 49 |
| I. Echte Grundrechte? | 49 |
| II. Rangordnung neuer Grundrechte | 50 |
| III. Schutzbereiche neuer Grundrechte | 51 |
| IV. Grenzen der neuen Grundrechte | 52 |
| V. Interpretation neuer Grundrechte | 54 |
| VI. Wandel der neuen Grundrechte | 54 |
| G. Vorschlag einer Methodik zur Prüfung der Kreation neuer Grundrechte durch die Verfassungsgerichte | 57 |
| I. Notwendigkeit einer Methodik | 57 |
| II. Einblick in das Völkerrecht und das vergleichende Verfassungsrecht | 58 |
| III. Eigener Vorschlag einer fünfstufigen Methodik zur Prüfung der Schaffung neuer Grundrechte | 61 |
| 1. Erste Stufe: Festlegung der normativen und faktischen Prämissen | 62 |
| a) Festlegung normativer Prämissen | 62 |
| b) Festlegung faktischer Prämissen | 63 |
| 2. Zweite Stufe: Festlegung des neuen Grundrechtsschutzbereichs | 64 |
| 3. Dritte Stufe: Prüfung der Relation des neuen Grundrechts zu den Grundentscheidungen der Verfassung | 66 |
| 4. Vierte Stufe: Analyse der praktischen Effektivität des neuen Grundrechts | 67 |
| 5. Fünfte Stufe: Analyse der Verfahrensgarantien des neuen Grundrechts | 69 |
| H. Anwendung der Methodik am Beispiel der Bundesnotbremse II-Entscheidung des BVerfG | 71 |
| I. Vorüberlegungen | 71 |
| II. Kontextualisierung der Entscheidung des BVerfG | 72 |
| III. Die Kreation des „Rechts auf schulische Bildung“ durch das BVerfG | 73 |
| 1. Erste Stufe: Festlegung faktischer und normativer Voraussetzungen des „Rechts auf schulische Bildung“ | 73 |
| a) Festlegung faktischer Prämissen des „Rechts auf schulische Bildung“ | 73 |
| b) Festlegung normativer Prämissen des „Rechts auf schulische Bildung“ | 74 |

| | |
|---|------------|
| 2. Zweite Stufe: Festlegung des Schutzbereichs des „Rechts auf schulische Bildung“ | 75 |
| 3. Dritte Stufe: Prüfung der Relation des „Rechts auf schulische Bildung“ zu den Grundentscheidungen des GG | 77 |
| 4. Vierte Stufe: Prüfung der praktischen Effektivität des „Rechts auf schulische Bildung“ | 79 |
| 5. Fünfte Stufe: Analyse der Verfahrensgarantien des „Rechts auf schulische Bildung“ | 81 |
| I. Ergebnis: Neue Grundrechte zu erfinden, ist Sache der Verfassungsgerichte ... | 82 |
| Literaturverzeichnis | 84 |
| Sachverzeichnis | 100 |

A. Einführung

Das Problem der Schaffung neuer Grundrechte durch die Verfassungsgerichte wirft verschiedene dogmatische Fragen auf, die in der peruanischen und deutschen Fachliteratur bisher nicht behandelt wurden, obwohl das Problem theoretische und praktische Auswirkungen sowohl auf die Grundrechtsdogmatik als auch auf die Rolle der Verfassungsgerichte hat. Dieses Problem lässt sich in zwei Hauptfragen erfassen: Welche Funktion haben die Verfassungsgerichte und welche Art von Macht üben sie aus, wenn sie Grundrechte kreieren? Welche methodischen Kriterien (wenn überhaupt) wenden die Verfassungsgerichte bei der Kreation von Grundrechten an?

Die erste Frage ist theoretisch-konstitutioneller Natur. Ein Verfassungsgericht ist dazu berufen, eine bestimmte Art von Fragen *prima facie* zu klären, wobei es sich an der Verfassung orientiert, an die es wie alle anderen Staatsorgane gebunden ist. Wenn ein Verfassungsgericht jedoch ein Grundrecht kreiert, erfüllt es eine ganz andere Funktion, als seine rein gerichtliche, da das Ergebnis seines Handelns im Wesentlichen eine Ausweitung seines Maßstabes der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Gesetzen impliziert und darüber hinaus eine scheinbare Änderung des Grundrechtskatalogs der Verfassung auf einem anderen Weg als dem der Verfassungsänderung einführt – umso mehr, als die Befugnis zur Änderung der Verfassung prinzipiell nicht einem Verfassungsgericht, sondern dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten ist. Darüber hinaus sind Art und Charakter dieser von den Verfassungsgerichten ausgeübten grundrechtsschöpfenden Befugnis bislang ein Rätsel.¹ Es handelt sich im Vergleich zu der von der Judikative ansonst ausgeübten Befugnis eindeutig um eine andere und unbekannte Befugnis. Diese Frage wird von anderen, ebenso wichtigen Fragen begleitet, wie z. B. der Frage, ob die von den Verfassungsgerichten geschaffenen Grundrechte für die verfassungsändernde Gewalt unantastbar sind (d. h., ob diese sie aufheben oder abändern kann); ferner der Frage nach der Natur dieser neuen Grundrechte (sind es echte Grundrechte?) oder der Frage, ob ein Verfassungsgericht berechtigt ist, ein Gesetz wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem von ihm geschaffenen Grundrecht für verfassungswidrig zu erklären.

Die zweite Frage ist methodisch-konstitutioneller Natur. Wenn man akzeptiert, dass die Verfassungsgerichte die Kompetenz und Legitimation haben, Grundrechte zu erschaffen, ist im Anschluss die zentrale Fragestellung zu beantworten, welche methodischen Regeln die Verfassungsgerichte in diesem Prozess der Grundrechtsschöpfung berücksichtigen sollten. Ohne eine klare und im Voraus festgelegte

¹ Siehe Hillgruber, in: JZ 18/2011, S. 863 ff.

Methodik steigt die Gefahr, dass die Verfassungsgerichte in reinen juristischen Dezsionismus verfallen oder ihre Macht missbrauchen, da nicht jede Veränderung der sozialen Realität notwendigerweise die Kreation eines neuen Grundrechts erfordert. Ebenso kann der Mangel an methodischer Klarheit zu der Auffassung führen, dass die Verfassungsgerichte durch die Schaffung neuer Grundrechte willkürlich handeln und allein durch ihre Entscheidung ihre Kontrollmöglichkeiten über die Legislative, die Judikative und die Exekutive ausweiten. Daraus ergibt sich schließlich die zwingende Notwendigkeit, eine spezifische Methodik zu entwickeln, um eine größtmögliche Rationalität und Plausibilität im Prozess der Kreation von Grundrechten zu gewährleisten. Dadurch könnte verhindert werden, dass ein neues Grundrecht für die Verfassungsgerichte selbst viel bedeutet, für die Bürger aber nichts oder nur sehr wenig.

B. Bestandsaufnahme

I. Verfassungsgerichtliche Bestandsaufnahme

Neue Zeiten erfordern neue Grundrechte. Diese Formulierung spiegelt möglicherweise genau den Trend wider, dem viele Verfassungsgerichte in der ganzen Welt folgen. Der *Supreme Court* der USA hat in der Rechtssache *Packingham v. North Carolina* aus dem First Amendment der amerikanischen Verfassung „das Recht auf Zugang zu sozialen Netzwerken“ mit dem Argument entwickelt, dass „einer der wichtigsten Räume für den Meinungsaustausch heute das Cyberspace ist, insbesondere soziale Netzwerke, die eine relativ unbegrenzte und kostengünstige Kapazität für Kommunikationen aller Art bieten“.² In Frankreich hat der *Conseil constitutionnel* auf der Grundlage des Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 das „Recht auf Zugang zum Internet“ erfunden und zwar aufgrund der Bedeutung „der öffentlichen Online-Kommunikationsdienste“ und ihrer Relevanz „für die Teilnahme am demokratischen Leben und den Ausdruck von Ideen und Meinungen“.³ Im Jahr 1983 zeigte das BVerfG „das Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ auf;⁴ fast ein Vierteljahrhundert später entwickelte es „das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“,⁵ ferner „das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“⁶ und „das Recht auf Vergessen“⁷. Offen bleibt die Frage, ob sich aus seiner jüngsten Klimaschutz-Entscheidung⁸ neue Grundrechte insbesondere für die „künftigen Generationen“⁹ ableiten lassen.¹⁰ Das BVerfG ist

² Supreme Court of the United States, *Urt. v. 19.6.2017*, Rs. 15–1194, II, S. 4 ff.

³ Conseil constitutionnel, *Urt. v. 10.6.2009*, Rs. 2009–580 DC, Rn. 12 ff.

⁴ BVerfG 65, 1, 45 – Volkszählung.

⁵ BVerfG 120, 274, 302 – Online-Durchsuchung.

⁶ BVerfG 125, 175, 225 – Hartz IV.

⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v. 06.11.2019–1 BvR 16/13, Rn. 105 ff. = BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v. 06.11.2019–1 BvR 276/17, Rn. 22 = BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II.

⁸ BVerfG, Beschluss v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1–270.

⁹ Möllers, in: RuP 3/2021, S. 286, 289.

¹⁰ Schlacke, in: NVwZ 2021, S. 916, behauptet, dass das BVerfG „ein neues Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung“ kreiert hätte; *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, S. 69, hingegen: „Das Bundesverfassungsgericht hat kein neues Umweltgrundrecht entwickelt“, sondern „ein neues grundrechtliches Institut“.