

§ 5 Verfahrensstadien der Durchsetzung

Dieser Rahmen ermöglicht es, konkreter zu betrachten, wie das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des Durchsetzungsverfahrens anwendet. Indem die Durchsetzungsinstrumente in Bezug zueinander gesetzt werden, soll der folgende Abschnitt verdeutlichen, auf welche Art und Weise das Gericht die Instrumente einsetzt, um seine Entscheidungen zu sichern. Während im vorangegangenen Abschnitt die Einsatzmöglichkeiten der Durchsetzungsinstrumente systematisch aufgezeigt wurden, folgt nun eine plastischere Darstellung der Verfahrensschritte verfassungsgerichtlicher Entscheidungsdurchsetzung. Vor dem Hintergrund des theoretischen Inhalts der verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsinstrumente steht also nun die Frage im Mittelpunkt, wie das Gericht diese Instrumente verwendet, um seinen Entscheidungen ein größtmögliches Maß Wirkkraft zu verschaffen.

Die Durchsetzung ist dabei kein einzelner Punkt im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, sondern kann – so vielfältig wie die Durchsetzungsinstrumente sind – in unterschiedlichen Verfahrensstadien in Erscheinung treten. Zum Zwecke der näheren Untersuchung lässt sich das Durchsetzungsverfahren in unterschiedliche Stadien untergliedern, die jeweils gesonderter Betrachtung bedürfen. Die Übergänge sind gleichwohl fließend. Wie sich zeigen wird, kann das Gericht zu jedem Zeitpunkt im Verfahren eine durchsetzungsrelevante Handlung vornehmen. Die Stadien der Entscheidungsumsetzung bieten somit lediglich temporale Orientierungspunkte, die es erleichtern, einzelne Verfahrensschritte des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen und einordnen zu können. Diese reichen von einer der Hauptsacheentscheidung vorgelagerten Antizipation der Durchsetzung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen über Maßnahmen der Entscheidungseffektuierung in der Hauptsacheentscheidung selbst hin zu einem Stadium der nachträglichen Durchsetzungsüberwachung und nachträglichen Maßnahmen der Entscheidungsdurchsetzung.

A. Durchsetzungsantizipation der Entscheidungsgehalte

Um die ihm verfügbaren Durchsetzungsinstrumente sinnvoll anwenden zu können, muss das Gericht zukunftsgerichtet antizipieren, wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Befolgung oder Nichtbefolgung sowie die sonstigen Risiken der Nichtumsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sind. In diesem Kontext sind zwei Aspekte zentral. Es bedarf einer gerichtlichen Prognoseentscheidung hinsichtlich der Befolgung seiner Hauptsacheentscheidungen. Dabei handelt es sich nicht um eine normative Beurteilung eines Sachverhalts, auch wenn die Akzeptanz einer Entscheidung auf deren Bewertung durch die Rezipienten fußt. Vielmehr soll das Bundesverfassungsgericht eine zukünftige Wirklichkeit analysieren, die es aber gleichwohl deswegen antizipieren muss, um richtige normative Wertungen vornehmen zu können.⁷⁹⁵ Gleichmaßen trifft das Gericht eine Prognoseentscheidung beim Erlass von einstweiligen Anordnungen nach § 32 BVerfGG. In diesem Kontext hat das Gericht abzuschätzen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine spätere Entscheidung des Gerichts noch effektiv umgesetzt werden kann, und muss darauf basierend entscheiden, ob es Maßnahmen erlässt. In beiden Konstellationen ist insbesondere wichtig, wie das Gericht sicherstellen kann, dass es die Prognoseentscheidung an rechtlich unbedenklichen Entscheidungsmaßstäben ausrichtet. Zentral für die Antizipation der Durchsetzung von Entscheidungsgehalten ist also in jedem Fall die Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht seine Prognoseentscheidungen trifft.

Anders als in der Literatur schon mehrfach untersucht, kommt es hinsichtlich einer Prognoseentscheidung im Rahmen der Durchsetzungsantizipation allerdings nicht darauf an, ob das Bundesverfassungsgericht durch eine eigene Prognose die des Gesetzgebers oder der Verwaltung ersetzen darf.⁷⁹⁶ Im Rahmen der Durchsetzungsantizipation ist Bezugspunkt der Prognose nämlich kein Aspekt, der sich auf die materiell-rechtliche Bewertung eines Lebenssachverhalts auswirkt, sondern die Art und Weise, wie eine bereits getroffene – oder noch zu treffende – materiell-rechtliche Ent-

795 Zum Verhältnis zwischen Prognose und normativer Beurteilung vgl. *I. Augsberg/S. Augsberg*, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *VerwArch* 98 (2007), 290.

796 Zu dieser Frage der Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen etwa *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, *DÖV* 2011, 267 (270); *Bryde* in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. 1, 2001, S. 533 (553 ff.); *Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 141 ff.; *Möller*, Spielräume, 2022, S. 148 ff.

scheidung in Zukunft realisiert wird. Von grundlegenden Überlegungen zu verfassungsgerichtlichen Prognoseentscheidungen konkretisiert sich die Untersuchung im Folgenden deswegen einerseits auf die Prognose hinsichtlich der Akzeptanz der Entscheidung durch die Entscheidungsbetroffenen. Andererseits müssen auch die Voraussetzungen einer Prognose hinsichtlich der verbleibenden Durchsetzbarkeit einer noch zu treffenden Entscheidung als Grundlage einer Anordnung nach § 32 BVerfGG beleuchtet werden.

I. Grundlagen der Prognoseentscheidung

Das Bundesverfassungsgericht muss seine Prognoseentscheidungen anhand einer nachvollziehbaren Methodik treffen, um den Anforderungen des Willkürverbots für Hoheitsträger gerecht zu werden. Selbstverständlich kann das Gericht keinen absoluten Richtigkeitsanspruch für seine Prognoseentscheidungen reklamieren, wohl aber die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Prognose steigern, indem diese den Endpunkt eines methodisch nachvollziehbaren Prozesses darstellt. Hierfür ist es sowohl erforderlich, eine belastbare Prognosebasis als Ausgangspunkt der Prognoseentscheidung zu finden, als auch ein erwartbares Verhalten zu identifizieren, das einen kausalen Zusammenhang zwischen Prognosebasis und prognostiziertem Ergebnis darlegt.⁷⁹⁷

Die Prognosebasis ergibt sich, indem die tatsächlichen Umstände in Bezug auf den Gegenstand der Prognose, das Prognoseobjekt, festgestellt werden.⁷⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht muss also Tatsachen erheben, auf deren Grundlage eine nachvollziehbare Einschätzung des weiteren Geschehensablaufs für unterschiedliche Entscheidungsvarianten gebildet werden kann. Zwar kann diese Tatsachenerhebung hinsichtlich unterschiedlicher Prognoserichtungen, also der jeweiligen Prüfkriterien des zu untersuchenden Prognoseobjekts,⁷⁹⁹ mehr oder weniger greifbar sein. So ist etwa das Maß der Akzeptanz einer Entscheidung schwer messbar,⁸⁰⁰ während es zumindest einfacher abzusehen scheint, inwiefern eine spätere Entscheidung

797 Brunn, Prognosen mit rechtlicher Bedeutung, NJOZ 2014, 361 (368).

798 Ruf, Die legislative Prognose, 2021, S. 20; zu den Strukturelementen eines Prognoseverfahrens ebd. S. 18 ff.

799 Ebd., S. 19.

800 Spiecker gen. Döhmman, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsaufgaben, 2022, S. 261 (268); zu Möglichkeiten der Operationalisierung von Akzeptanz Froese, Akzeptanz, DÖV 2023, 334 (339 f.), gleichwohl mit der Feststellung, dass Akzeptanz lediglich eine „vage Größe“ sei, die keine verbindlichen Maßstäbe vorgeben könne.

des Bundesverfassungsgerichts auch ohne Erlass einer Anordnung nach § 32 BVerfGG tatsächlich – die Frage nach der Folgebereitschaft der Betroffenen einmal ausgeklammert – noch umgesetzt werden kann. Gleichwohl stellen sich bei verfassungsgerichtlichen Prognosen allen Prognoserichtungen zugrunde liegende, allgemeine Fragen. Zentral ist dabei zum einen der Erhebungsvorgang einer Tatsachenbasis durch das Gericht, zum anderen die Bestimmung zulässiger und zweckmäßiger Prognosemethoden.

1. Tatsachenbasis und verfassungsgerichtliche Einschätzungsprärogative

Obwohl dem Bundesverfassungsgericht verschiedene Möglichkeiten an die Hand gegeben sind, über eine Prognosebasis bildende Tatsachen Beweis zu erheben, stellt sich dies doch mitunter als schwierig dar. Unklare Beweggründe für die Befolgung und Nichtbefolgung gerichtlicher Vorgaben erschweren es, die prognoseerheblichen Tatsachen zu identifizieren.⁸⁰¹ Auch das Verhalten von Beteiligten, das eine tatsächliche spätere Effektivierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgehalte erleichtern oder erschweren kann, vermag nicht immer an eine hinreichend sichere gegenwärtige Tatsachenbasis geknüpft zu werden. Eine verfassungsgerichtliche Prognose der späteren Durchsetzbarkeit ist deswegen immer mit tatsächlichen Unsicherheiten verbunden.

Als Kompensation für diese Unsicherheiten ist es sinnvoll, dem Bundesverfassungsgericht in bestimmten Konstellationen je nach Prognoserichtung einen Einschätzungsspielraum zuzubilligen. Stehen für eine legislative Entscheidung mehrere unsichere empirische Erkenntnisse als mögliche Entscheidungsgrundlage zur Verfügung, obliegt es dem Gesetzgeber, einen dieser Erkenntnissätze auszuwählen und darauf basierend eine Prognose über die Auswirkungen eines Gesetzes zu treffen.⁸⁰² Weil die Rechtssetzung originäre Aufgabe des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers in Gestalt des Parlaments ist, muss ihm hinsichtlich der Bewertung von Auswirkungen legislativer Entscheidungen auf die Rechtsunterworfenen eine herausgehobene Stellung zukommen, die nur eingeschränkt verfassungsgerichtlich überprüfbar ist.⁸⁰³ Gleichsam muss die öffentliche Verwal-

801 Der Frage, warum Recht auch ohne Zwangsandrohung befolgt wird, widmet sich aus unterschiedlichen Perspektiven *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019.

802 *Neumann*, Legislative Einschätzungsprärogative, RdA 2007, 71 (74).

803 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 298 f.

tung trotz mitunter erheblicher Wissenslücken Entscheidungen treffen, um ihren Aufgaben effektiv nachkommen zu können, weswegen auch ihr ein Einschätzungsspielraum zukommen kann.⁸⁰⁴ Einen Einschätzungsspielraum zu gewähren, sichert somit ab, dass die jeweilig tätig werdende Gewalt ihre originären Aufgaben ausüben kann. Dient dies hinsichtlich der Legislative der Realisierung des demokratischen Willens des Volkes und bei der Exekutive der zweckmäßigen und schnellen Umsetzung von Gesetzen, kann die Gewährung eines Einschätzungsspielraums bei judikativen Prognosen im originären Tätigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit dazu beitragen, dass das Gericht die Effektivierung seiner Entscheidung und damit der letztverbindlichen Verfassungsklausur absichern kann.

Der Umfang des Einschätzungsspielraums bemisst sich deswegen auch vor allem daran, welches Ziel die verfassungsgerichtliche Prognose verfolgt. Je eher das Tätigwerden eines handelnden Organs Ausdruck eines selbst gesetzten Zwecks – im Gegensatz zu einem fremdbestimmten Zweck – ist, desto weiter reicht der prognostische Spielraum.⁸⁰⁵ Bei der Beurteilung von Prognoseentscheidungen durch das Gericht ist insofern stets die Prognoserichtung mit einzubeziehen. Zugleich ist der verfassungsgerichtliche Einschätzungsspielraum nicht als Selbstzweck zu verstehen, sondern orientiert sich an den tatsächlichen Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellungen durch das Gericht. Deswegen wächst der Spielraum des Gerichts proportional zu der Schwierigkeit, eine sichere Tatsachengrundlage als Prognosebasis zu generieren.

2. Prognosemethode

Basierend auf der Prognosegrundlage muss das Bundesverfassungsgericht methodisch saubere Erwägungen anstellen, um die wahrscheinlich eintretenden Tatsachen abzuschätzen.⁸⁰⁶ Das Prognoseergebnis stellt also die

804 Vgl. etwa *Leisner-Egensperger*, Die Freiheit und ihr Schutz, NJW 2021, 2415 (2419 f.); *Köck*, Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit, ZUR 2022, 259 (264).

805 *Goldhammer* in: *Münkler* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 217 (230).

806 Das Gericht sagt dabei nicht die Zukunft voraus – das ist ihm auch gar nicht möglich – sondern behandelt das am wahrscheinlichsten eintretende tatsächliche Szenario aus rechtlicher Perspektive als gegenwärtig, vgl. *Leisner*, Die Prognose im Staatsrecht, 2015, S. 18.

Anwendung der Prognosemethode auf die Prognosebasis dar.⁸⁰⁷ Was aber methodisch sauber ist, also welche von mehreren Prognosemethoden – unter Umständen auch in Kombination mit einer anderen Prognosemethode – herangezogen werden kann, ist pauschal nicht zu beantworten.⁸⁰⁸ Insbesondere die „klassischen Prognosemethoden“⁸⁰⁹ bieten zwar einen Orientierungspunkt, bedürfen aber bezüglich der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts weiterer Konkretisierung. Die sinnvolle Anwendbarkeit einer Prognosemethode hängt nämlich im Wesentlichen von dem zu prognostizierendem Zustand, also der Prognoserichtung, ab.

Während für die Prognose naturwissenschaftlich bedingter Zustände ein Rückgriff auf allgemeingültige Gesetze möglich ist und diese damit einer deduktiven Methodik zugänglich sind, erweisen sich Prognosen über gesellschaftliche, wirtschaftliche und soziale Auswirkungen eines Verhaltens als komplizierter. Zwar können letztere nicht mit der Sicherheit getroffen werden, die der Anwendung allgemeingültiger Gesetze innewohnt. Die Anwendung einer Ursache-Wirkungs-Beziehung und damit einer Prognosemethode ist dennoch – wenn auch induktiv durch eine Betrachtung vergleichbarer Gegebenheiten – möglich.⁸¹⁰ So umfassen gängige Prognosemethoden etwa eine empirische Erhebung von Daten und wenden diese auf die Prognosebasis an, um zu einem Prognoseergebnis zu gelangen.⁸¹¹ Diese liefern ergänzend zu sog. *Modellverfahren*⁸¹² die Möglichkeit, Wirkungszusammenhänge zwischen verfassungsgerichtlicher Handlung und der jeweiligen Prognoserichtung abzuschätzen. Derartige Verfahren bezwecken, anhand allgemeiner Kausalfaktoren rechtserhebliche Tatsachen zu erklären.⁸¹³ Je nach einbezogenen Parametern ist diese Prognosemethode zwar im Grundsatz für eine relativ genau Antizipation der Auswirkung verschiedener Handlungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts geeig-

807 Schwabenbauer/Kling, Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognosen, VerwArch 101 (2010), 231 (241).

808 Sicko stellt – allerdings in Bezug auf den Gesetzgeber bei der Gesetzesfolgenabschätzung – fest, dass kein abschließender Methodenkanon für prognostische Erwägungen besteht, Sicko, Gesetzesfolgenabschätzung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 32 (2011), 27 (34).

809 Ein Überblick zu diesen bei Ruf, Die legislative Prognose, 2021, S. 23 ff.; ausführlich Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 126 ff.

810 Dazu aus der Perspektive der Regelwirkungsforschung Schwintowski, Konzepte für eine Neue Analytische Regelwirkungsforschung, ZG 2018, 252 (255 ff.).

811 Im Einzelnen Ruf, Die legislative Prognose, 2021, S. 26 ff.

812 Dazu Ruf, Die legislative Prognose, 2021, S. 24 ff.

813 Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 131.

net.⁸¹⁴ Die Präzision dieser Prognosemethode hängt allerdings zum einen von der Quantifizierbarkeit der Prognosebasis ab, welche nicht immer möglich ist.⁸¹⁵ Zwar kann man auch bei der Berücksichtigung qualitativer Faktoren von einer methodisch sauberen Prognose sprechen. Eine optimale Prognosemethode stellt das Modellverfahren vor diesem Hintergrund aber nicht dar.

Zum anderen erfährt das gesellschaftliche Leben eine Entwicklung hin zu zunehmender Komplexität, sodass die Modellbildung als Prognosemethode zukünftiger Geschehnisse undurchsichtiger zu werden droht.⁸¹⁶ Daraus resultierende Prognoseentscheidungen drohen dann für Außenstehende schwer nachvollziehbar zu werden.⁸¹⁷ Ebenso bedarf die Anwendung einer derartigen Prognose eines erhöhten Zeitaufwands. Nicht in allen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – vor allem auch in Anbetracht der Arbeitsbelastung des Gerichts – ist eine damit verbundene umfangreiche Deliberation möglich. Deswegen kann der Zeitaufwand hinsichtlich der Anwendung einer Prognosemethode zum einen für verfassungsgerichtliche Handlungen nicht einheitlich beurteilt werden. Zum anderen können Prognosemethoden auch der Prognosefrage entsprechend miteinander kombiniert und angepasst werden.⁸¹⁸ Insbesondere ist es für das Gericht dann auch statthaft, in bestimmten Situationen eine weniger zeitaufwändige Prognosemethodik bis hin zur intuitiven Prognose, die nicht auf einer umfassenden empirischen Datenerhebung, sondern auf individuellem Wissen fußt, zu wählen.

Insgesamt lässt sich somit keine singuläre Prognosemethode identifizieren, derer sich das Bundesverfassungsgericht zur Antizipation seiner Entscheidungsdurchsetzung bedienen könnte. Zu vielfältig sind die hineinspielenden Faktoren. Das Gericht muss somit gegenstandsangemessen unterschiedliche Methoden oder eine Kombination derer anwenden. Gemeinsam ist dabei lediglich, dass es sich in der Regel um eine induktive Prognosemethodik handelt, weil die Prognoserichtungen, die im Zusammen-

814 So sind Prognosen in der Regel präziser, wenn sie quantitative statt qualitativer Faktoren einbeziehen, vgl. *Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 24.

815 *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 134 f.

816 Vgl. *Leisner*, Die Prognose im Staatsrecht, 2015, S. 15.; *Philippi* nennt etwa Modellverfahren, bei denen bis zu 150 Variablen Anwendung finden, *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 133.

817 Zur vergleichbaren Situation bei verwaltungsrechtlichen Prognoseentscheidungen in hochkomplexen Rechtsmaterien vgl. *Ramsauer*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 2019, 157 (163).

818 *Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 28.

hang mit der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgehalte stehen, keinen allgemeingültigen Naturgesetzen, sondern höchstens regelhaften Gesetzmäßigkeiten unterliegen. Zentral wird bei der Beurteilung der Prognosemethodik wohl die Nachvollziehbarkeit des Prognosevorgangs als Anwendung der Prognosemethodik sein, um hierdurch eine öffentliche Kontrolle zumindest in Teilen zu ermöglichen.⁸¹⁹

3. Modifikationserfordernis nach Prognoserichtung

Wichtigstes Kriterium bei der Beurteilung einer verfassungsgerichtlichen Prognose ist damit die Prognoserichtung. Hiervon hängt ab, welche Anforderungen an die Ermittlung der Prognosebasis zu stellen sind und welche Prognosemethodik sich das Gericht bedienen kann. Je besser die zu prognostizierenden Zustände quantifizierbar sind, desto klarer ist einerseits die Tatsachenbasis zu umreißen. Damit verbunden ist das Maß an Einschätzungsspielraum, der dem Bundesverfassungsgericht bei der Herleitung der Tatsachengrundlage zukommt. Als Faustregel lässt sich festhalten, dass je schwerer der zu prognostizierende Zustand ist, desto weiter der Einschätzungsspielraum des Gerichts hinsichtlich der Prognosebasis reicht. Dies wird im Folgenden anhand der Prognoserichtungen „Betroffenenakzeptanz“ und im Kontext einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG „Absicherung der späteren Durchsetzbarkeit“ zu exemplifizieren sein.

Gleiches gilt für die Wahl der Prognosemethodik. Im Grundsatz muss das Gericht eine Methode anwenden, die ein möglichst genaues Prognoseergebnis erreicht. Dort, wo voraussichtliche Auswirkungen verschiedener verfassungsgerichtlicher Handlungsalternativen als Prognoseobjekte durch die Wahl einer bestimmten Methodik quantifizierbar und somit auch vergleichbar sind, muss eine solche Methodik gewählt werden. Dadurch werden verfassungsgerichtliche Prognoseentscheidungen nämlich objektiv nachvollziehbarer und damit selbst akzeptanzfähiger. Oftmals wird das Gericht in Bezug auf die Akzeptanz seiner Entscheidungen und Absicherung der späteren Durchsetzbarkeit seine Prognose nicht auf rein empirisch messbare Umstände stützen können, sondern sich auf individuelle Erfahrungssätze und Vermutungen über zukünftige Entwicklungen beschränken. In solchen Fällen einer intuitiven Prognosemethode bleibt dem Gericht

819 Eine vollumfängliche Rationalisierbarkeit des Vorgangs ist gleichwohl nicht möglich, vgl. *Schwabenbauer/Kling*, Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognosen, *VerwArch* 101 (2010), 231 (241 f.).

zwar ein gewisser Spielraum. Gleichwohl müssen die Erwägungen einer Plausibilitätsprüfung standhalten. Das setzt voraus, dass das Gericht die Motive seiner Prognose in den Entscheidungsgründen deutlich macht.

II. Prognose der Betroffenenakzeptanz

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Betroffenenakzeptanz als methodisch schwer zu fassende Prognoserichtung dar. Die Akzeptanz einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung setzt nämlich voraus, dass das Gericht mehrere Variablen einbezieht, die nur bedingt quantifizierbar sind. Weil Akzeptanz selbst nur retrospektiv empirisch messbar ist, bedarf es als Prognosebasis zusätzlicher Kriterien, die wiederum kaum eindeutig zu bestimmen sind. Wird etwa vorgeschlagen, als Prüfkriterium der Erreichbarkeit von empirisch messbarer Akzeptanz die sog. Akzeptabilität – also der „Erwartbarkeit eines mehrheitlichen Einverständnisses auf der Grundlage allgemein anerkannter und rational begründeter gesellschaftlicher, politischer und wirtschaftlicher Oberziele“ – heranzuziehen,⁸²⁰ löst dies nicht das Problem, dass der Anerkennungsgrad dieser Oberziele nur schwer messbar ist.⁸²¹ Um eine taugliche Prognosebasis festzustellen, müssen Kriterien der Akzeptanz sich also in greifbare vorgelagerte Kriterien übersetzen lassen.

Wie bereits festgestellt kann das Bundesverfassungsgericht die Akzeptanz seiner Entscheidungen dadurch herbeiführen, dass es den Konflikt divergierender Wertvorstellungen für alle Seiten jedenfalls anerkennungsfähig auflöst.⁸²² Um dies zu ermöglichen, muss aufgrund der Prognosebasis absehbar sein, wie stark ein solcher Konflikt in der Öffentlichkeit ausgetragen wird. Ist dies nämlich gar nicht erst der Fall und wird die Entscheidung stillschweigend hingenommen, muss das Gericht keine weitergehenden Maßnahmen ergreifen, um die Akzeptanz für die Entscheidung zu steigern. Wird die Thematik einer Entscheidung allerdings bereits bevor das Bundesverfassungsgericht sie behandelt, in der Gesellschaft kontrovers diskutiert und bilden sich insbesondere politische Lager, ist dies ein Indikator für einen höheren Begründungsaufwand seitens des Gerichts. Die Entscheidung kann dabei einen bereits bestehenden Konflikt beilegen oder

820 So etwa *Spiecker gen. Döhmann*, in: *Kahl/Mager* (Hrsg.), *Verwaltungsaufgaben*, 2022, S. 261 (266 f.).

821 In der Terminologie verschieden beschreibt dies doch im Wesentlichen die Problematik der gesellschaftlichen Werte, vgl. dazu o. S. 97 ff.

822 Vgl. o. S. 103.

nicht beilegen oder, sofern vorab kein Konflikt bestand, einen solchen in ihrer Folge herbeiführen.⁸²³ Die öffentlich geführte Debatte um eine verfassungsgerichtlich zu klärende Streitmaterie liefert somit Anhaltspunkte über die spätere Folgebereitschaft für eine Entscheidung. Gradmesser für die Konflikthaftigkeit eines streitigen Themas kann dabei die Häufigkeit der öffentlichen Berichterstattung sein,⁸²⁴ aber auch zwischen welchen Konfliktparteien die Diskurslinien verlaufen.⁸²⁵ Der vor der Entscheidung stattfindende öffentliche Diskurs muss damit in die Prognose der freiwilligen Befolgung Einzug finden. Hierauf haben auch einige Interviewpartner Bezug genommen:

„Die Richter sind Bürgerinnen und Bürger, sie kennen den gesellschaftlichen Diskurs. Hinzu kommt, dass das Votum des Berichterstatters sehr umfassend den Fall vorbereitet. Es wird dem Senat so ein vollumfänglicher Einblick in den Fall geliefert. Wichtig sind in dem Kontext auch empirische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse.“⁸²⁶

Der Aussage lässt sich entnehmen, dass die letztendliche Einordnung der gesellschaftlichen Stimmung und wie diese sich auf die freiwillige Befolgung auswirkt zwar den Richtern obliegt, diese aber auch Erkenntnisse aus den Nachbarwissenschaften zu Grunde legen. Dies wird durch die Aussagen mehrerer andere Interviewpartner auch gestützt:

„Grundsätzlich ist die Prognosefähigkeit des Bundesverfassungsgerichts natürlich nicht besser als die jedes beliebigen Beobachters oder gar der Fachsoziologie.“⁸²⁷

Messbar ist hier lediglich die Frage, ob überhaupt ein kontrovers geführter gesellschaftlicher Diskurs stattfindet, in der Regel aber nicht, wie stark die Entscheidung des Gerichts in die eine oder die andere Richtung auf Akzeptanz auch der unterlegenen Partei stoßen wird. Dies ist der Einschätzung

823 Zu diesen Konflikttypen verfassungsgerichtlicher Entscheidungsfolgen *Schaal/Lancaster/Struve* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, 2013, S. 187 (195 ff.).

824 Vgl. dazu *Schaal/Lancaster/Struve* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, 2013, S. 187 (206).

825 *Schaal/Lancaster/Struve* in: *Wrase/Boulanger* (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, 2013, S. 187 (210); das BVerfG erkennt beispielsweise in seiner ersten Entscheidung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs die Konfliktgeladenheit der Thematik innerhalb der Gesellschaft und zieht daraus Rückschlüsse über die Akzeptanz, vgl. BVerfGE 39, 1 (65 ff.) – Schwangerschaftsabbruch I (1975).

826 Interview Nr. 3.

827 Interview Nr. 12; vgl. auch die Aussagen aus Interview Nr. 6 o. vor der Fn. 702.

des Gerichts überlassen. Dafür erarbeitet der Berichterstatter ausweislich der Interviewpartner einen Vorschlag, der sodann zur Disposition des entscheidenden Senats steht. Versucht man hieraus auf Gesetzmäßigkeiten hinsichtlich der prognostischen Elemente der freiwilligen Befolgung im Ablauf des Durchsetzungsverfahrens zu schließen, steht an erster Stelle die Beobachtung des gesellschaftlichen Diskurses durch die Mitglieder des Gerichts sowie der Nachbarwissenschaften, die empirische Erkenntnisse aufbereiten. Sodann werden die Beobachtungen durch den Berichterstatter selektiert und vorbereitet, bevor sie im Senat im Rahmen der Entscheidungsberatung erörtert und erneut gewichtet werden. Das Prognoseverfahren ist somit mehrstufig.

Losgelöst von der öffentlich geführten Debatte ist die Frage der Akzeptanz und damit der freiwilligen Befolgung von Recht zum anderen eng verknüpft mit subjektiven Auffassungen von ihrer Nützlichkeit.⁸²⁸ Es wirkt sich auf die Betroffenenakzeptanz positiv aus, wenn eine Entscheidung für die Betroffenen nützlich erscheint und diese Nützlichkeit auch erfolgreich kommuniziert werden kann.⁸²⁹ Die individuelle Nützlichkeit einer Entscheidung lässt sich allerdings erst absehen, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Folgen einer Entscheidungsalternative bekannt sind. Deswegen geht mit der Prognose der Akzeptanz einer Entscheidung das Erfordernis einher, die Auswirkungen des materiellen Entscheidungsgehalts der verfassungsgerichtlichen Entscheidung abzusehen. In die Prognosebasis der Betroffenenakzeptanz fließen deswegen die ihrerseits wiederum prognostisch zu bestimmenden tatsächlichen Folgen von Entscheidungen ein. Bei der Wahl einer Tenorierungsvariante als akzeptanzförderndes Mittel kann es beispielsweise erforderlich sein, darüber eine Prognose anzustellen, ob verfassungsrechtlich geschützte Güter, insbesondere Grundrechte, durch eine Entscheidung derart an hoheitlichem Schutz einbüßen, dass das Unterraßverbot für den Schutz von Grundrechten nicht mehr eingehalten wird und eine Grenzsituation für deren Schutzgehalt herbeigeführt wird.⁸³⁰ Im Vergleich zum Grad der geführten öffentlichen Debatte über eine streitbehaftete Thematik hat die Nützlichkeit als Maßstab der Prognose einen individualistischeren Einschlag.

828 Einführend zu diesen spieltheoretischen Erwägungen zur Rechtsbefolgung *Paha* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, S. 43 – 72.

829 Vgl. dazu auch m.w.N. *Vanberg*, *Constitutional Courts in Comparative Perspective*, ARPS 2015, 167 (170 ff.); weiterführend zur Nützlichkeit einer Entscheidung für bestimmte Rezipienten vgl. *Carrubba*, *Model of Endogenous Development*, JOP 71 (2009), 55.

830 Vgl. dazu o. S. 201.

Dieser Aspekt der Prognose von Betroffenenakzeptanz macht es somit erforderlich, dass das Gericht die tatsächlichen Auswirkungen und rechtlichen Folgen einer Entscheidungsmöglichkeit absehen kann. Die Auswirkungen auf die Rechtsordnung sind dabei relativ sicher zu bestimmen. Ein erhöhter Aufwand besteht aber dann, wenn das Gericht absehen muss, wie sich die Wahl einer konkreten Entscheidungsalternative in tatsächlicher Hinsicht auswirkt. Die hierfür erforderliche Prognosebasis kann das Gericht etwa durch die Anhörung sachkundiger Dritter i.S.d. § 27a BVerfGG schaffen.⁸³¹ Werden darauf basierend die Folgen unterschiedlicher Entscheidungsvarianten prognostizierbar, kann das Gericht absehen, wie hoch das Interesse des Individuums sowie der Gesellschaft⁸³² an der getroffenen Regelung und damit ihrer Geltung ist.

Hat das Gericht auf dieser Basis eine Prognose über die Akzeptanz der Entscheidung getroffen, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, wie es im Falle eines negativen Prognoseergebnisses, also einer voraussichtlich geringen Folgebereitschaft, handeln kann und darf. Einerseits käme eine normbefolungsorientierte Verfassungsinterpretation als Resultat drohender Nichtakzeptanz in Betracht.⁸³³ Das bedeutet, dass materiell-rechtliche Wertungen basierend auf Realisierungschance des Auslegungsergebnisses getroffen werden. Die Prognose der Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hätte dann direkte Auswirkungen auf ihren materiellen Inhalt. Weil das Bundesverfassungsgericht aber vorrangig an rechtliche Erwägungen gebunden ist, darf es seine Entscheidungen nicht unter den Vorbehalt der Durchsetzbarkeit stellen.⁸³⁴ Vielmehr geht die Methodik der Normauslegung von einer Befolgung des Auslegungsergebnisses gerade aus, dieser Aspekt ist der Auslegung also vorgelagert.⁸³⁵ Die Antizipation

831 Vgl. dazu und zu den Risiken *Haberzettl* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 27a, Rn. 5 f.; *Limbach* betont die Wichtigkeit dieses Mittels zusammen mit der mündlichen Verhandlung insgesamt, um den „Reflexionshorizont der Richterinnen und Richter [zu] erweitern“, *Limbach* in: *Brand/Strempel* (Hrsg.), *Soziologie des Rechts*, 1998, S. 207 (213).

832 Zu der Differenzierung vgl. etwa *Sebaldt* in: *Görres-Gesellschaft* (Hrsg.), *Staatslexikon*, Bd. 3, 8. Auflage 2019, „Interesse – II. Politikwissenschaftlich“.

833 Dazu *Klement* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, 227 (235 ff.).

834 Dessen ist das Gericht sich bewusst und lehnt eine entsprechende normbefolungsorientierte Auslegung auch ab, vgl. etwa *Kranenpohl*, *Beratungsgeheimnis*, 2010, S. 425 f.; dies hat auch die ehemalige Richterin des BVerfG *Susanne Baer* in einem Interview mit der ZEIT betont, *S. Baer/Wefing*, „Erschütternd, dramatisch und langweilig“, *Die Zeit* v. 2. März 2023, S. 9.

835 *Klement* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, 227 (236).

der Betroffenenakzeptanz kann deswegen kein Bestandteil des Vorgangs sein, den materiellen Aussagegehalt einer Entscheidung zu identifizieren, sondern höchstens deren Begleitumstände betreffen.⁸³⁶ Die Prognose dient dann dem Zweck, den weiteren Implementationsaufwand hinsichtlich einer (kontroversen) Entscheidung zu antizipieren. Sie hat in dem Fall nicht nur Auswirkungen auf die gerichtsinterne Beratung oder die letztendliche Entscheidung, sondern kann auch einen Einfluss auf die Verfahrensgestaltung haben:

„Wir haben vor allem die Konsequenz gezogen, dass wir immer, wenn wir eine Entscheidung vorbereitet haben, von der wir vermuteten, dass sie einen gewissen Überraschungseffekt hat oder vielleicht Akzeptanzprobleme aufwirft, dass wir dann mündlich verhandelt haben.“⁸³⁷

Das bedeutet gleichzeitig, dass zu jedem Zeitpunkt im Hauptsacheverfahren, ungeachtet ob vor oder nach einer mündlichen Verhandlung, eine Prognose über mögliche Entscheidungsfolgen angezeigt ist. Die Prognose der Akzeptanz einer Entscheidung kommt eine gewichtige Rolle in jedem Stadium des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu. Sie wirkt sich aber nicht auf die materielle Entscheidung aus, sondern zieht höchstens prozesuale Folgen nach sich.

III. Prognose späterer Durchsetzbarkeit des Entscheidungsgehalts

Neben der Betroffenenakzeptanz macht auch der Erlass einstweiliger Anordnungen eine Prognoseentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich. Ist nämlich der vornehmliche Zweck einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, die spätere Entscheidungsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts abzusichern,⁸³⁸ muss das Gericht vor dem Erlass einer Anordnung prognostizieren, inwieweit diese Entscheidungsfähigkeit ohne die Anordnung beeinträchtigt sein wird. Auch muss eine Prognose aufgrund der Anwendung der Doppelhypothese sowohl hinsichtlich des eintretenden Zustands ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung sowie

836 Hierzu zählt beispielsweise die Frage, wie umfangreich die Begründung einer kontroversen Entscheidung erfolgt, vgl. *Kranenpohl*, Beratungsgeheimnis, 2010, S. 426; dahingehend haben eine Mehrzahl an Interviewpartnern betont, dass das Gericht seine Entscheidungen nicht daran orientiere, welche Entscheidung die populärste sei, sondern dieser Aspekt nur die Begleitumstände der Entscheidung berühre.

837 Interview Nr. 11.

838 Vgl. dazu o. S. 181 ff.

mit Erlass einer einstweiligen Anordnung angestellt werden. Das Gericht trifft also tatsächlich aufgrund einer einheitlichen Prognosebasis mehrere Prognosen und muss die Prognoseergebnisse gegeneinander abwägen.

Die tatsächlichen Folgen des Erlasses oder Nichterlasses einer konkreten Maßnahme sind greifbarer als die Akzeptanz für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung. Soll eine einstweilige Anordnung den normativen Gehalt einer hoheitlichen Maßnahme suspendieren oder modifizieren,⁸³⁹ lassen sich – die Wirksamkeit der jeweilig anvisierten in Rede stehenden Maßnahmen vorausgesetzt – die sich hieraus ergebenden Folgen für die betroffenen Rechtsgüter prognostizieren. Hierzu trägt auch maßgeblich bei, dass die Prognosebasis für das Gericht einfacher zu erheben ist als bei einer Prognose der Betroffenenakzeptanz. So stützt das Gericht sich etwa bei der Beurteilung der Folgen einer unterbleibenden Anordnung auf das Vorbringen der Parteien⁸⁴⁰. Das Gericht erwartet von den Beteiligten, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtzeitig zu erheben und substantiiert zu begründen.⁸⁴¹ Insbesondere muss der Antragsteller einen drohenden Nachteil hinreichend darlegen.⁸⁴² Das Gericht überträgt die Verantwortung dafür eine Prognosebasis zu schaffen, also in Teilen dem Antragsteller. Hierbei dürften umso höhere Anforderungen an die Substantiierung des Antrags gestellt werden, je größer die Bedeutung der einstweiligen Anordnung und damit der Folgenabwägung sind.⁸⁴³

Die Ermittlung der Prognosebasis ist allerdings nicht vollends den Verfahrensbeteiligten überantwortet, im Verfassungsprozess gilt der Untersuchungs- nicht der Beibringungsgrundsatz. Weil die Folgen einer unvollständigen Tatsachengrundlage jedoch regelmäßig den Antragsteller treffen,⁸⁴⁴ wird die Verpflichtung der Gegenseite, prognoseerhebliche Tatsachen bei-

839 Zum Inhalt der einstweiligen Anordnung vgl. bereits o. Fn. 622.

840 Wird in diesem Kontext der Begriff „Partei“ oder „Beteiligter“ benutzt, ist dabei ein weites Verständnis des Begriffes anzulegen, da nicht in allen verfassungsgerichtlichen Verfahren Parteien oder Beteiligte existieren. Gemeint ist hier derjenige, der eine einstweilige Anordnung begehrt oder anregt.

841 BVerfG NVwZ-Beilage 1996, 9; *Schoch* in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2021, § 21 Rn. 20.

842 Vgl. etwa BVerfGE 15, 77 (79); BVerfG beckRS 2006, 28226; BVerfG, Beschl. d. I. Kammer des Ersten Senats vom 8.12.2017 – 1 BvR 1780/17 – Rn. 4; *Grafshof* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 45.

843 Vgl. dazu *V. Weber/Wolff*, Die schlichte Schiebeanordnung als neue Erscheinung des Verfassungsprozessrechts, BayVBl 2021, 361 (363).

844 *Klein* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 26 Rn. 3.

zubringen, jedenfalls nicht im gleichen Umfang bestehen. Das Bundesverfassungsgericht schafft eine Prognosebasis also im Wesentlichen im Zusammenspiel mit dem Antragsteller.

Ebenfalls kann sich das Bundesverfassungsgericht auf das Vorbringen der Antragsteller im Rahmen der Prognosemethodik beziehen. Hängt der erforderliche Umfang des Vortrags von der in Anspruch genommenen Gewährleistung ab,⁸⁴⁵ so kann von dem Antragsteller erwartet werden, in diesem Vortrag zu erwartende Wirkungszusammenhänge wenigstens plausibel darzulegen. Der Antragsteller wird dabei hinsichtlich der Doppelhypothese solche Wirkungszusammenhänge darlegen, die den Mehrwert des Erlasses der einstweiligen Anordnung einerseits sowie die Schwere der Folgen bei Ablehnung der Anordnung andererseits verdeutlichen. Vor dem Hintergrund der Absicherung des späteren Entscheidungsinhalts beziehen sich die Ausführungen des Antragstellers dazu insbesondere auch auf die Reversibilität der mit der angegriffenen Maßnahme einhergehenden Folgen.⁸⁴⁶ Gleichsam wird der Beteiligte, zu dessen Lasten die einstweilige Anordnung ergehen würde spiegelbildlich darzulegen versuchen, welche negativen Folgen der Erlass einer einstweiligen Anordnung mit sich brächte sowie, wie wenig schwerwiegend ein Fortbestehen des tatsächlich verfassungswidrigen Zustands bis zum Erlass der Hauptsacheentscheidung ist.

Dem Bundesverfassungsgericht obliegt dabei grundsätzlich die Beurteilung des Beteiligtenvorbringens, insbesondere auch der Wirkungszusammenhänge, aufgrund derer das Eintreten einer bestimmten Folge prognostiziert wird, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Im Rahmen eines Eilrechtsschutzverfahrens gegen eine Maßnahme des Gesetzgebers könnten sich aufgrund dessen Einschätzungsprärogative allerdings Besonderheiten ergeben. Geht man davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Folgenabschätzung eines Gesetzes einen Spielraum zubilligt,⁸⁴⁷ liegt der Gedanke nahe, dass dies auch auf das Vorbringen im Eilrechtsschutz übertragen werden muss. Infolgedessen wäre das Gericht sowohl bei der Erhebung der Prognosebasis als auch bei der An-

845 Dazu *Schorkopf*, Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes, AöR 130 (2005), 465 (466 f.).

846 Vgl. BVerfGE 71, 350 (352 f.) – Radio Nachbarschaftsverband Stuttgart (1985); E 76, 253 (256) – Schloß Capenberg e.A. (1987); *Graßhof* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 32 Rn. 59.

847 Etwa BVerfGE 110, 141 (157 f.) – Bekämpfung gefährlicher Hunde (2004); umfassend zu gesetzgeberischen Spielräumen in der Rechtsprechung des BVerfG *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 17 ff.

wendung der Prognosemethode eingeschränkt. Weil § 32 BVerfGG aber die spätere Entscheidungsdurchsetzung absichern soll, kann das Institut des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums nicht auf das Eilverfahren übertragen werden. Durch das Eilverfahren soll nämlich ein Zustand gewahrt werden, aufgrund dessen das Bundesverfassungsgericht später möglichst viele Entscheidungsmöglichkeiten hat, nicht aber das wahrscheinliche Ergebnis der Hauptsache antizipiert und darauf basierend entschieden werden. Beschränkt sich die Bezugnahme auf die Hauptsache im Eilrechtsschutz auf dessen *offensichtliche* Begründetheit, so kann der Umfang des Einschätzungsspielraums, der abhängig von der überprüften Materie variiert und deswegen selbst erst im Hauptsacheverfahren jeweils hergeleitet werden muss,⁸⁴⁸ nicht als bedingungslos gegeben angesehen werden. Der konkrete Einschätzungsspielraum wird dann nämlich erst im Hauptsacheverfahren verbindlich festgestellt und kann dem Eilrechtsschutz noch nicht zugrunde gelegt werden.

Diese Wertung verletzt auch nicht den Grundsatz der Gewaltenteilung. Denn in der Hauptsache kann das Gericht dem Gesetzgeber immer noch einen Einschätzungsspielraum zubilligen, sodass das Gericht seine Einschätzung hier nicht endgültig an die Stelle der Einschätzung des Gesetzgebers stellt. Das Erfordernis, einerseits die gerichtliche Entscheidungsfähigkeit zu erhalten und die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers andererseits grundsätzlich zu wahren, stehen deswegen auch in einem angemessenen Ausgleich, wenn die Einschätzungsprärogative nicht auf das Verfahren einer einstweiligen Anordnung erstreckt wird. Dem Bundesverfassungsgericht kommt somit die letztverbindliche Beurteilung der Prognosebasis und -methode zu.

IV. Erforderliche Feststellung der Quantifizierbarkeit

Das Prognoseverfahren ist zeitlich betrachtet der am frühesten einsetzende Bestandteil des auf konkrete Entscheidungen bezogenen Durchsetzungsverfahrens. Gleichwohl kann das Bundesverfassungsgericht zu jedem Zeitpunkt innerhalb des Verfahrens prognostische Elemente einbinden, um etwa die Akzeptanz und Befolgungschancen seiner späteren Entscheidung abzusehen und entsprechend auf Durchsetzungsschwierigkeiten zu reagieren.

848 BVerfGE 50, 290 (332 f.) – Mitbestimmung (1979); E 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen (1987); E 153, 182 (268) – Suizidhilfe (2020).

Je nach Prognoserichtung führt die verfassungsgerichtliche Prognose zu mehr oder weniger präzisen Prognoseergebnissen. Für schwer quantifizierbare Prognosegegenstände müssen hinsichtlich der Prognosebasis vorgelagerte Tatsachen hinzugezogen werden, aus denen jedenfalls mittelbar der Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Prognose nachvollziehbar hergeleitet und somit deren Akzeptanzfähigkeit gesteigert werden kann. Gleichwohl verbleibt dem Gericht bei einer geringen Quantifizierbarkeit der Prognosebasis ein gesteigerter Einschätzungsspielraum. Das Bestehen eines solchen Spielraums darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch bei schwer quantifizierbaren Prognoserichtungen mit einem entsprechend großem Spielraum komplexe inzidente Prognosen angezeigt sein können. Die Einschätzungsprärogative macht es also unter Umständen erforderlich, eine aufwändige Erhebung vorgelagerter Tatsachen oder inzidenter Prognosen durchzuführen. Je nach Kontext der Prognose kann sich das Bundesverfassungsgericht zur Ermittlung der Prognosebasis unterschiedlicher Mittel bedienen. Ausgangspunkt ist insbesondere bei der Prognose, die einer Anordnung nach § 32 BVerfGG vorangeht, das substantiierte Vorbringen der Beteiligten. Zusätzlich stehen dem Gericht die Beweismittel der §§ 26 ff. BVerfGG zur Verfügung. Jedenfalls stellt die Prognosestätigkeit des Gerichts eine Schnittstelle zu benachbarten Wissenschaften dar. Die Bewertung der so erhobenen Tatsachen obliegt unabhängig vom Hauptsacheverfahren dem Gericht.

Die durchsetzungsbezogenen Prognoseentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hängen somit zu einem erheblichen Teil von der Quantifizierbarkeit der zu prognostizierenden Umstände ab. An dieser Stelle muss sich das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren deswegen mit der Frage nach dieser Quantifizierbarkeit befassen. Erst wenn das Gericht dies getan hat, kann es eine nachvollziehbare und akzeptanzfähige Prognose vornehmen.

B. Durchsetzungsmechanismen im Hauptverfahren

Ein erheblicher Teil der Absicherung der Entscheidungsbefolgung wird durch die Hauptsacheentscheidung selbst bewirkt. Nicht nur bringt die Hauptsacheentscheidung durch explizite Anordnungen oder die Anwendung unterschiedlicher Tenorierungsvarianten einen Handlungsbefehl hervor, dessen Umsetzung überprüfbar ist. Vielmehr kann das Bundesverfassungsgericht durch die Verfahrensgestaltung im Rahmen der Hauptsache

die Voraussetzung für die Akzeptanz einer Entscheidung und damit einhergehend deren Befolgung liefern. Die Durchsetzungsmechanismen sind dabei kein „nächster Schritt“ im Durchsetzungsverfahren, der sich an die antizipierenden Elemente in Gestalt der verfassungsgerichtlichen Prognosen anschließt. Die Übergänge sind vielmehr fließend, prognostische Elemente können wie gesehen auch im Rahmen des Hauptverfahrens zur Anwendung kommen.

Hier treffen diskursive und autoritative Elemente der Entscheidungsdurchsetzung aufeinander. Diese zielgenau anzuwenden ist zentral für die effektive Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Um die durchsetzungsbezogenen Mechanismen in diesem Verfahrensstadium einzuordnen, ist es erforderlich, das Zusammenspiel autoritativer und diskursiver Elemente zu verstehen. Wie das Bundesverfassungsgericht seine Durchsetzungsinstrumente im Hauptsacheverfahren anwendet und dabei solche Elemente nebeneinander und miteinander nutzt, soll Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

I. Diskursive Verfahrensgestaltung

Diskursivität meint in diesem Kontext die kommunikative Auseinandersetzung zwischen dem Bundesverfassungsgericht als Spruchkörper und den in irgendeiner Form am Verfahren Beteiligten. Sie ist solange möglich, wie das Bundesverfassungsgericht sich nicht zur abschließenden Entscheidungsberatung zurückzieht, also solange andere Beteiligte und Betroffene noch argumentativ zur Entscheidungsgrundlage des Gerichts beitragen können. Ist das Gericht in die gem. § 30 I 1 BVerfGG geheim stattfindende Beratung eingetreten, bei der nach § 25 GO-BVerfG nur die an der Entscheidung mitwirkenden Richterinnen und Richter teilhaben, sind externe Einflüsse auf die Entscheidungsgrundlage ausgeschlossen. Der Eintritt in die geheime Beratung stellt somit den Endpunkt der Diskursivität im Hauptverfahren dar.⁸⁴⁹

Bevor Mittel der diskursiven Verfahrensgestaltung und ein sinnvolles Maß an Diskursivität im verfassungsgerichtlichen Verfahren bestimmt werden können, soll zunächst verdeutlicht werden, welchen Nutzen Diskursivi-

849 Gleichwohl kann das Gericht auch nach dem Hauptverfahren in eine Kommunikationsbeziehung treten, etwa wenn es seine verfassungsrechtlichen Erwägungen und die Möglichkeiten ihrer Implementation im einfachen Recht durch die Entscheidung erläutert. Dazu vgl. u. S. 317 ff.

tät überhaupt für die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen haben kann.

1. Nutzen und Wirkweise der Diskursivität

Diskursive Elemente in gerichtlichen Verfahren bezwecken zunächst, den Richtigkeitsanspruch der gerichtlichen Entscheidung zu fördern.⁸⁵⁰ Diese Richtigkeit könne aber nicht im Sinne einer absoluten Richtigkeit verstanden werden, vielmehr sei sie gleichbedeutend mit einer Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung, die nicht nur durch die Qualität der vorgebrachten Argumente, sondern auch durch die Struktur des Argumentationsprozesses bewirkt wird.⁸⁵¹ Durch eine prozeduralisierte Möglichkeit der Verständigung von Beteiligten über tatsächliche und normativ-wertende Aspekte der verfassungsrechtlichen Materie soll die Akzeptanzfähigkeit des bundesverfassungsgerichtlichen Endergebnisses gesteigert werden. Dieses Verfahren zielt in seiner Idealform auf die Herbeiführung von Konsens und eine subjektiv verstandene Richtigkeit, nicht aber ein objektiv betrachtet richtiges Ergebnis ab.⁸⁵²

a. Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung

Eine solche Idealform ist zum einen aufgrund einer fehlenden Möglichkeit, alle tatsächlich Betroffenen einzubeziehen, nicht realisierbar.⁸⁵³ Zum anderen ist es oftmals undenkbar, Konsens durch den gerichtlichen Prozess im Sinne einer übereinstimmenden Überzeugung aller Beteiligten von der Richtigkeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung herbeizuführen, etwa wenn das Gericht in seiner rechtsgeleiteten Entscheidung von den Wert-

850 Zum Richtigkeitsanspruch in juristischen Diskursen *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Auflage, 1991, S. 264 ff.; zur Richtigkeit als Kriterium juristischen Handelns *Stelmach/Brozek*, Theorie der juristischen Verhandlungen, 2014, S. 44 ff.

851 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 5. Auflage 1997, S. 277; zur Richtigkeitsgewährleistung in Gerichtsverfahren aufgrund ihrer Verfahrensförmigkeit *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 346 f.

852 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Auflage 2015, S. 167; *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 101.

853 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Auflage 2015, S. 168 f.

vorstellungen der Mehrheit abweicht.⁸⁵⁴ Gleichwohl verlieren diskursive Elemente nicht ihren Nutzen, die Akzeptanzfähigkeit für gerichtliche Entscheidungen und damit ultimativ deren freiwillige Befolgung zu fördern. Vielmehr entladen sich durch diskursive Elemente im Prozess und in der Entscheidung gesellschaftliche Konflikte. Dies fördert die Anerkennung einer Entscheidung als befolgungsfähig, wenn sie schon nicht von allen Beteiligten als materiell richtig anerkannt werden können.⁸⁵⁵ Den Stellenwert einer Möglichkeit der Beteiligten, sich im Verfahren zu äußern, haben mehrere Richter explizit betont:

„Das ist, glaube ich, unerlässlich und ein ganz wesentliches Element der Akzeptanz, weil einmal die Beteiligten gehört worden sind, entweder in der mündlichen Verhandlung oder im schriftlichen Verfahren, wo wir uns austauschen. Ich habe oft erlebt, dass der Betroffene, der verloren hat, gesagt hat, es treffe ihn schon hart, aber es habe ihm imponiert, wie das Gericht gezeigt hat, dass es sein Anliegen verstanden hat. [...] Das ist ein großer Befriedungseffekt.“⁸⁵⁶

Deutlicher wird der rein psychologische Effekt der aktiven Einbeziehung in das Verfahren noch an folgender Aussage:

„Es ist ja so, dass man die rechtlichen Positionen durch die Schriftsätze kennt. Es ist selten so, dass durch die mündliche Verhandlung neue Gesichtspunkte zutage treten. [...] Ich glaube, dass es für die Beteiligten von Wert ist, dass sie nicht nur zu Schrift, sondern auch zu Wort gekommen sind. Ich habe oft nachträglich von Leuten, die das erste Mal bei einer mündlichen Verhandlung waren, gehört, dass sie beeindruckt waren.“⁸⁵⁷

Bereits die Möglichkeit, sich zu äußern, kann also die Akzeptanz einer Entscheidung ein Stück weit steigern. Indem es den Beteiligten Gelegenheit gibt, seine Wertvorstellungen in dem Prozess der Entscheidungsfindung zu artikulieren, kann das Gericht dem Erfordernis entsprechen, Wertkonflikte anerkennungsfähig aufzulösen.⁸⁵⁸ Das durch diskursive Elemente sugge-

854 Vgl. dazu o. S. 102 ff.

855 Diese Differenzierung zwischen dem mit der Entscheidung beigelegtem *rechtlichen* Konflikt und dem parallellaufendem, aber dennoch losgelösten *gesellschaftlichen* Konflikt und die damit einhergehende Entlastungsfunktion diskursiver Elemente verdeutlicht Klatt am Beispiel des Sondervotums, Klatt, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 175.

856 Interview Nr. 9.

857 Interview Nr. 8; zur mündlichen Verhandlung s. noch sogl. S. 253 ff.

858 Vgl. zu diesem Erfordernis o. S. 103.

rierte Gefühl, gehört zu werden, steigert die Befolungsfähigkeit der Resultate eines Diskursvorgangs. Dabei müssen diese sich in den Rahmen einer rechtlich vertretbaren und überzeugenden Argumentation in der Entscheidungsbegründung einfügen, um neben der prozedural verstandenen und empfundenen Richtigkeit auch vor der rechtswissenschaftlichen Rezeption und Beurteilung standhalten zu können.⁸⁵⁹ Diskursivität soll deswegen nicht das dominante Element der verfassungsgerichtlichen Verfahrensgestaltung darstellen, ihr kann aber eine zentrale Rolle dabei zukommen, freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidung herbeizuführen, indem sie dazu beiträgt, Wertkonflikte abzufedern und eine subjektiv verstandene Richtigkeit der Entscheidung suggeriert.

Die diskursive Verfahrensgestaltung kulminiert in der bereits angesprochenen „Ja, aber“-Methodik der Entscheidungsbegründung.⁸⁶⁰ Hierdurch kann das Gericht verdeutlichen, inwiefern die unterschiedlichen inhaltlichen Positionen im Entscheidungsfindungsprozess und letztendlich der Entscheidung selbst berücksichtigt worden sind. Im normierten Verfassungsprozessrecht findet sich dieser Aspekt zwar auch in der Möglichkeit wieder, gem. § 30 II BVerfGG der Entscheidung ein Sondervotum beizufügen. Hierdurch können Meinungsunterschiede in einem formalisierten Verfahren aufgezeigt werden, was sich potenziell akzeptanzfördernd auswirkt.⁸⁶¹ Die formale Einführung des Sondervotums korrespondierte dabei mit der bereits zu diesem Zeitpunkt bestehenden Praxis, nicht öffentliche Sondervoten zu schreiben. Die Einführung des öffentlichen Sondervotums schuf ermöglichte somit ein höheres Maß an Transparenz.⁸⁶² Die Interviews suggerieren aber, dass das Sondervotum innerhalb des Gerichts jedenfalls zwiespältig betrachtet wird. Zwar äußert sich einer der Interviewpartner nachdrücklich positiv zur Möglichkeit des Sondervotums:

„Ich finde, das Sondervotum ist notwendig und sinnvoll. Wenn es das nicht gäbe, würde ich immer dafür kämpfen, ein Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht einzuführen. Das hat ja einmal die Funktion, deutlich zu machen, dass mehrere Rechtsauffassungen vertreten werden,

859 *Limbach*, Im Namen des Volkes, 1999, S. 165 (182 f.); zur herausragenden Stellung der Rechtswissenschaft für die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen *Michl* in: *Mülder et al.*, Richterliche Abhängigkeit, 2018, S. 379 – 406.

860 Vgl. dazu o. S. 173 ff.

861 Zur vergleichbaren Situation im Schiedsverfahren *Groh/Gigga*, „Agree to disagree“ – Die Zulässigkeit von (vereinbarten) Sondervoten im deutschen Schiedsverfahrensrecht, NZG 2020, 1251 (1254).

862 *Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 85 ff.

die Mehrheit aber in eine Richtung entschieden hat. Ich glaube nicht, dass dadurch die Autorität des Gerichts untergraben wird.“⁸⁶³

Eine größere Zahl der Interviewpartner bringt hingegen die Bedenken an, dass durch ein Sondervotum das Gericht gespalten wirken könnte und so Autorität einbüße. Das Sondervotum hat in der gerichtswissenschaftlichen Beratungssituation allerdings eine andere diskursfördernde Wirkung. Ihre Grundlage findet diese in § 55 II GO-BVerfG. Danach muss ein Mitglied des Senats, das beabsichtigt ein Sondervotum zu schreiben, dies vorab ankündigen. Dadurch kann die Senatsmehrheit zu Zugeständnissen in der Entscheidung bewegt werden.

„Sie müssen ja sehen, dass, wenn ein Mitglied des Senats ankündigt, er verfasse gegebenenfalls ein Sondervotum, der Senat noch einmal prüft, wie ein Sondervotum vermieden werden kann und es noch zu einem Konsens kommt.“⁸⁶⁴

Wenn ein Sondervotum angekündigt wird, bemüht sich das Gericht in seiner Begründung entsprechend, unterschiedlichen Positionen größeren Raum zu schaffen. Das informelle Mittel der „Ja, aber“-Methodik ist im Ergebnis für die Autorität des Gerichts schonender als das formale Mittel des Sondervotums. Gleichwohl spielen hier informelle Instrumente und normierte prozessuale Mittel zusammen, um die Entscheidungsakzeptanz durch eine diskursive Auseinandersetzung mit der Materie zu fördern.

b. Gewährleistung einer multiperspektivischen Entscheidungsgrundlage

Neben dieser akzeptanzfördernden Funktion durch die prozedural bewirkte Entladung gesellschaftlicher Konflikte können diskursive Elemente auch dazu beitragen, die verfassungsgerichtliche Entscheidungsgrundlage selbst abzusichern, die wiederum Auswirkungen auf die materielle Richtigkeit der Entscheidung und die gerichtliche Entscheidungsfolgenabschätzung hat. Indem im Hauptsacheverfahren eine Dialogmöglichkeit unterschiedlicher Interessengruppen und Rechtsauffassungen geschaffen wird, kann das Gericht eine ausgewogene Beurteilung der tatsächlichen, der Entscheidung zugrunde liegenden, Umstände erzeugen und die Entscheidung auf eine

863 Interview Nr. 1.

864 Interview Nr. 11; ähnlich auch explizit Interview Nr. 2.

umfassende Basis stützen.⁸⁶⁵ Hierzu zählt einerseits die Frage, ob und warum die Betroffenen einer bestimmten Entscheidungsvariante Akzeptanz entgegenbringen oder nicht entgegenbringen.⁸⁶⁶ Dem vorgelagert bieten diskursive Elemente aber auch die Möglichkeit für das Gericht, divergierende Tatsachen- und Rechtsvorstellungen auszuloten und sich ein Bild davon zu verschaffen, mit welchen Aspekten es sich in der Entscheidung argumentativ tiefgehend auseinandersetzen muss. Es erfolgt eine Annäherung der Diskursteilnehmer aneinander in dem Sinne, dass der jeweils andere Horizont hinsichtlich der Tatsachengrundlage sowie ihrer verfassungsrechtlichen Einordnung besser verstanden werden kann. Das Gericht kann auf diese Weise die Streitpunkte, die eines erhöhten Schlichtungsaufwandes bedürfen, identifizieren, um überzeugende und vor allem vollständige Antworten auf verfassungsrechtliche Fragen zu liefern. So erfüllt der verfassungsgerichtliche Prozess seine Selektionsfunktion.⁸⁶⁷

Genauso ist aber auch denkbar, dass bislang übersehene Aspekte hierdurch in das Verfahren eingebracht werden und so späteren Umsetzungsproblemen begegnet werden kann. Deutlich macht dies die folgende Interviewaussage:

„Widerstand oder gar die Ankündigung eines Widerstands kommt ganz selten vor, letzteres habe ich noch nie gesehen. Aber es passiert durchaus, dass einer sagt, die Umsetzung sei schwierig. Ich hatte einmal eine mündliche Verhandlung, das war die Frage Numerus Clausus. Und wir hatten den Herren von der Stiftung, die das Verfahren durchführt, da und haben ihn gefragt, nach welchen Kriterien sie denn da auswählen, wenn die Wartezeit wegfällt, vielleicht müssten da noch andere Kriterien rein. Das war für uns ein Artikel 3-Fall. Und das war ein Techniker, der wollte keinen Widerstand leisten. Und der sagte, dass sein Programm das nicht schaffe. Da haben wir alle tief Luft geholt und gedacht: Computerprogramm versus Grundrechte, wie der Streit ausgeht, ist völlig klar.“⁸⁶⁸

Hätte dieser Vertreter der entscheidungsbetroffenen Stiftung keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt, wäre das Bundesverfassungsgericht vor der Entscheidung nicht mit dieser tatsächlichen Durchsetzungsschwierigkeit konfrontiert gewesen. Das Gericht konnte durch die diskursive Ausgestal-

865 Haberzettl in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 27a, Rn. 6.

866 Zur Prognose der Betroffenenakzeptanz bereits o. S. 237.

867 Dazu vgl. o. S. 131 f.

868 Interview Nr. 2.

tung seines Verfahrens auch dieses zunächst abseitige tatsächliche Problem in den Blick nehmen und ihm so begegnen, bevor es zum faktischen Durchsetzungs*hindernis* wurde. Es wird also für tatsächliche Implementationschwierigkeiten sensibilisiert und kann diese einbeziehen, statt später der Kritik ausgesetzt zu sein, faktische Probleme übergangen zu haben. Dieses Beispiel ist exemplarisch für den Mehrwert einer diskursiven Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens.

In normativer Hinsicht setzt ein diskursives Verfahren im Kontext des Durchsetzungsrechts nicht voraus, dass Beteiligte auf Augenhöhe über die richtige verfassungsrechtliche Würdigung eines Sachverhalts *verhandeln*. Im Gegensatz zum Modus der Verhandlung, wie man ihn aus dem politischen Prozess kennt, und der oftmals im Ergebnis einen Kompromiss hervorbringt, erschließt sich die Entscheidung des Gerichts aus der *Deliberation*.⁸⁶⁹ Einen Kompromiss mit den Beteiligten schließt das Gericht gerade nicht. Sie erhalten deswegen lediglich die Gelegenheit, eigene Auslegungsansätze in den Prozess einzubringen, die das Gericht bei seiner anschließenden Beratung berücksichtigen kann. So wird in das hoheitlich geprägte Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Prozessteilnehmern ein partizipatives Element eingeführt.

Diskursiven Elementen kommen also mehrere Zwecke zu. Einerseits haben sie das Potenzial, gesellschaftliche Konflikte, die beim Verfassungsprozess mitschwingen, zu entladen, indem sie den Beteiligten das Gefühl vermitteln, gehört zu werden. Daneben tragen sie zu einer umfassenden und ausgeglichenen Tatsachengrundlage bei und helfen dem Gericht, strittige Punkte zu identifizieren. Diskursiven Elementen kommt damit eine Befriedungsfunktion sowie eine Selektionsfunktion zu. Wie diese Aufgaben erfüllt werden können, wird im Folgenden noch näher zu erörtern sein. Jedenfalls lässt sich aber bereits hier festhalten, dass erneut Vorschriften, die ihrem ersten Anschein nach nicht mit der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in Verbindung stehen, in einen Durchsetzungskontext rücken. Ähnlich wie bei einer Durchsetzungsanordnung gem. § 35 BVerfGG wird ein Muster deutlich, die zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel nicht lediglich ihrer ursprünglichen Intention nach anzuwenden, sondern zu instrumentalisieren, um eine bestimmte Wirkung herbeizuführen. Im Unterschied zur Drohwirkung des § 35 BVerfGG richtet

869 Britz, Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus, JZ 2023, 659; Lübke-Wolff nimmt als akzeptanzfördernde Maßnahme den internen Deliberationsprozess der Richterinnen und Richter in den Blick, Lübke-Wolff, Beratungskulturen, 2. Auflage 2023, S. 130 ff.

sich die Druckfunktion hier allerdings nicht gegen Entscheidungsadressaten, sondern sichert gerichtsintern ab, dass unterschiedliche Rechtsauffassungen berücksichtigt werden. So wird die Funktion der Diskursivität prozedural abgesichert.

2. Mittel diskursiver Verfahrensgestaltung

Das Bundesverfassungsgericht bedient sich somit zwar auch informeller Instrumente, um durch eine diskursive Verfahrensgestaltung die Akzeptanz seiner Entscheidungen zu fördern. Diese knüpfen aber oftmals an normierte prozessuale Instrumente an. Das Gericht muss sich insgesamt in einem Rahmen prozessrechtlicher Vorgaben bewegen.⁸⁷⁰ Hierbei sind insbesondere die Regelungen über die Tatsachenfeststellungen⁸⁷¹ sowie die mündliche Verhandlung gem. § 25 I BVerfGG und die vorbereitenden Schriftsätze und Stellungnahmen gem. § 23 I, II BVerfGG als Darlegungsmittel der eigenen Tatsachen- und Rechtsauffassung von besonderer Relevanz.

a. Die mündliche Verhandlung als Faktor transparenter Diskursivität

Die mündliche Verhandlung in gerichtlichen Verfahren dient im Grundsatz vor allem der Herstellung von Öffentlichkeit, um der Gesellschaft einerseits die Möglichkeit einzuräumen, am Vorgang der Rechts- bzw. Gerechtigkeitsfindung teilzuhaben, andererseits die dritte Gewalt aber auch einer öffentlichen Kontrolle zu unterwerfen.⁸⁷² Damit für Recht erkannte Entscheidungen auch als subjektiv gerecht angesehen werden, bedarf es in manchen Fällen einer näheren Auseinandersetzung mit dem gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozess. Hierüber gibt die mündliche Verhandlung den Beobachtern zusätzlich Aufschluss. Über diesen grundsätzlichen Zweck einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung im fachgerichtlichen Prozess

870 Vgl. *Tschentscher*, der auf Verfahrensregelungen als Gerechtigkeitsvoraussetzungen verweist, *Tschentscher*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000, S. 346 f.; zur Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts vgl. auch o. S. 144; zu diskursiven Elementen im der Entscheidung nachgelagerten Stadium s.u. S. 317 ff.

871 *Tschentscher*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000, S. 346 f.

872 Dazu etwa *Redder*, *Der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit*, JA 2023, 265 (266 f.); zum Erfordernis der Öffentlichkeitsarbeit durch das BVerfG *Coelln* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), BVerfGG, 64. EL August 2024, § 17a, Rn. 16 f.

geht die mündliche Verhandlung im Verfassungsprozess hinaus, weil die politische und gesellschaftliche Öffentlichkeit in besonderem Maße in das Verfassungsleben des Gemeinwesens dergestalt einbezogen werden soll, als dass verfassungsrechtliche Wertungen in die Bevölkerung kommuniziert werden.⁸⁷³ Ist es für die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zentral, dass das Gericht den mündigen Bürger mit der Begründung seiner Entscheidung überzeugt und sie ihm nicht lediglich auferlegt,⁸⁷⁴ kann diese Überzeugungsarbeit nicht erst in der Entscheidungsbegründung erfolgen, sondern muss bereits in der mündlichen Verhandlung beginnen. Dem Bundesverfassungsgericht kommt dann oftmals die Aufgabe zu, die Streitmaterie in einen Gesamtzusammenhang einzuordnen, wie die folgende Interviewaussage deutlich macht:

„Viele Dinge, die Europa betreffen, werden seit 20 Jahren im Prinzip erst – erst! – beim Verfassungsgericht so ausführlich streitig behandelt. Und darüber wird auch berichtet, dass die Menschen verstehen: Aha, darum geht das! [...] Und da achten die Senate sehr drauf, dass diese Dinge in Hinblick auf die Akzeptanz der Bürger und der Politik eingehalten werden.“⁸⁷⁵

So erlangt das Gericht ein Instrument, ausgewählten Themen eine Plattform zu geben und den Rezipienten seiner Entscheidungen Kontext zu liefern, der es erleichtert, die Entscheidungsinhalte nachzuvollziehen und so zu akzeptieren. Bereits die mündliche Verhandlung ist damit ein akzeptanzbezogener kommunikativer Vorgang.

Dies gilt allerdings für Prozessteilnehmer nicht lediglich auf einer rezeptiven Ebene. Die mündliche Verhandlung hat zwar auch die Funktion, den Verfassungsprozess bei politisch und gesellschaftlich kontroversen Themenkomplexen für eine breite Öffentlichkeit anschaulich zu gestalten. Sie dient darüber hinaus aber auch den Teilnehmern am Verfassungsprozess als Forum, ihre Tatsachen- und Rechtsauffassungen darzulegen.⁸⁷⁶ Damit die Funktion diskursiver Elemente voll erreicht werden kann, darf

873 Limbach in: Brand/Strempel (Hrsg.), *Soziologie des Rechts*, 1998, S. 207 (213); Wiedmann in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), *BVerfGG*, 2. Auflage, 2022, § 25 Rn. 20.

874 Vgl. dazu Kischel, *Die Begründung*, 2003, S. 55 f.

875 Interview Nr. 10.

876 Paulus, *Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in herausfordernden Zeiten*, EuGRZ 2022, 357; zum intragerichtlichen Austausch während der mündlichen Verhandlung vgl. Lübke-Wolff, *Beratungskulturen*, 2. Auflage 2023, S. 588 ff.

die Verhandlungsleitung nicht so ausgestaltet sein, dass hierdurch lediglich ein ordnungsgemäßer Ablauf der Verhandlung gewährleistet wird.⁸⁷⁷ Dem Gericht wird vielmehr eine besondere Kommunikationsleistung abverlangt, wenn es nicht nur die divergierenden Auffassungen der Prozessteilnehmer herausarbeiten soll, sondern darüber hinaus bereits in der mündlichen Verhandlung erläutern muss, inwiefern diese Auffassungen mit denen des Gerichts übereinstimmen und bei divergierenden Auffassungen dies anerkennungsfähig erläutern muss.⁸⁷⁸ Denn das Gericht hat zwar eine Entscheidungsbegründung zu liefern, die auf alle relevanten Aspekte eingeht und die Entscheidung des Gerichts erklärt.⁸⁷⁹ Gleichwohl läuft das Gericht, wenn es die Erläuterung seiner Entscheidung auf die Entscheidungsbegründung beschränkt, Gefahr, dass die Teilnehmer sich in ihrer Argumentation nur teilweise wahrgenommen fühlen.⁸⁸⁰ Die mündliche Verhandlung bezweckt also nicht lediglich, einen Input der Teilnehmer in den Prozess der Verfassungsauslegung zu ermöglichen, sondern auch eine unmittelbare Auseinandersetzung mit dem Vorgebrachten seitens des Gerichts und damit den Beteiligten auf diese Weise ein verfassungsgerichtliches Feedback zu geben. Diese Überlegungen spielen mitunter in die Entscheidung, ob eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, hinein. Auf die Frage, ob der Aspekt des Austauschs hierbei eine Rolle spielt, antwortete etwa ein Interviewpartner:

„Manche Entscheidungen sollte man nur nach öffentlicher Verhandlung treffen, damit die Öffentlichkeit sieht, wie sehr das Gericht um seine Entscheidung ringt. Die Verhandlung ist auch hilfreich, wenn Sachverständige oder Zeugen gehört werden. Dann hat sich das Problem viel anschaulicher dargestellt. Die öffentliche Verhandlung ist wesentlich, um das Gericht sichtbar zu machen, schwierige Rechtsfragen ins Bewusstsein zu rücken, Tatsachen kennen und besser verstehen zu lernen. Außerhalb

877 Zur ähnlichen Problematik im Verwaltungsprozess *Ortloff*, Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, NVwZ 1995, 28 (29).

878 Diesen „wertschätzenden und entschieden unparteiischen Umgang mit den Äußerungen der Prozessbeteiligten“ sieht *Koepsell* als essenziell für die spätere Akzeptanz der Entscheidung an, *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 228.

879 Teilweise wird aber auch eine zu umfangreiche Begründung kritisiert, weil dies die Entscheidungen des Gerichts unverständlicher machen würde, *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 4. Auflage 2024, § 30 Rn. 15.

880 *Ortloff* mahnt in einem auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit bezogenem Beitrag etwa die mitunter monologischen Ausführungen von Richtern an, *Ortloff*, Kommunikationsdefizite im Verwaltungsprozess?, NVwZ 2002, 1310 (1311 f.).

der Verhandlung sind vor allem die Stellungnahmen von Parlament, Regierungen und Gerichten wesentlich.⁸⁸¹

Die mündliche Verhandlung ist in diesem Kontext also nicht nur bedeutsam, weil durch sie ein besserer Diskurs ermöglicht wird, sondern weil der Diskurs auch eine Bühne bekommt und so für die Öffentlichkeit sichtbar wird. Im überwiegenden Teil der Interviews haben die Interviewpartner die mündliche Verhandlung auch als Möglichkeit genannt, die Ernsthaftigkeit der Arbeitsweise des Bundesverfassungsgerichts zu präsentieren. Damit die diskursive Verfahrensgestaltung ihren Zweck erreicht, ist es nämlich erforderlich, den Rezipienten die Wirkung ihrer Beiträge zum Verfahren zu verdeutlichen. Das Verfahren muss durch das Bundesverfassungsgericht insofern so ausgestaltet werden, dass es Diskursivität zum einen in der Sache ermöglicht und zum anderen nach außen hin sichtbar macht.

Der Mehrwert, den eine mündliche Verhandlung mit sich bringt, bleibt den Teilnehmern des Verfassungsprozesses allerdings offensichtlich versperrt, wenn davon abgesehen wird, eine solche durchzuführen.⁸⁸² Damit droht dem Gericht ein Verlust der positiven Auswirkungen einer mündlichen Verhandlung, die nur zum Teil durch die Möglichkeit, sich in Schriftsätzen zu seiner Rechtsauffassung zu äußern, kompensiert werden kann.⁸⁸³ Deswegen muss eine Entscheidung über die Durchführung der Verhandlung auch die Auswirkungen auf die Entscheidungsbefolgung in den Blick nehmen und ist als ermessensrelevanter Faktor in die gerichtliche Entscheidung einzubeziehen.⁸⁸⁴ Ebenso ist diese Frage nach der Akzeptanz durch die Betroffenen einzubeziehen, wenn das Gericht gem. § 93d I 3 BVerfGG eine Verfassungsbeschwerde ohne Begründung nicht zur

881 Interview Nr. 9.

882 Angesichts der erheblichen Arbeitsbelastung des Gerichts ist dies der Regelfall, Wiedmann in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 25 Rn. 6; von Coelln beziffert den Anteil der mündlichen Verhandlungen verglichen mit den Verfahrenseingängen im Zeitraum zwischen 1990 und 2020 je nach Senat auf 0,1–0,15 %, Coelln in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 25 Rn. 7.

883 Zum Mehrwert der mündlichen Äußerung im Vergleich zur schriftlichen Äußerung vgl. auch das Zitat vor Fn. 857.

884 Grundlegend zur Ermessensentscheidung des Gerichts über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung Wiedmann in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Auflage, 2022, § 25 Rn. 16.

Entscheidung annimmt.⁸⁸⁵ Zwar scheint der Gesetzgeber die Begründung einer Nichtannahme als Ausnahme angesehen zu haben.⁸⁸⁶ So sollte das Bundesverfassungsgericht angesichts erheblicher Verfahrenseingangszahlen entlastet werden.⁸⁸⁷ Dient diese Vorschrift damit aber der effektiven Arbeit des Bundesverfassungsgerichts und damit der Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit, muss sie ihrerseits wiederum im Lichte einer effektiven Entscheidungsdurchsetzung betrachtet werden. Zwar kann das Gericht im Kammerverfahren aufgrund von § 93d I 1 BVerfGG nicht im Rahmen einer mündlichen Verhandlung in einen unmittelbaren diskursiven Austausch mit den Beteiligten treten und eventuelle Unstimmigkeiten beilegen oder sich zumindest mit den Beteiligten vor Ort argumentativ auseinandersetzen. Damit sich die Beteiligten gehört fühlen, sollte das Gericht allerdings jedenfalls in durchsetzungskritischen Fällen eine umfassendere Begründung im Nichtannahmebeschluss liefern. Ob ein solcher durchsetzungskritischer Fall vorliegt, unterliegt der Selektionsentscheidung des Gerichts. Hier kommt die Prognose der Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zum Tragen.

b. Diskurs durch Beweismittel

Neben der Möglichkeit, Verfahrensbeteiligte im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu hören, können auch bestimmte Beweismittel zu einer diskursiven Auseinandersetzung über Rechtsfragen beitragen. Diese Aussage mag zunächst irritieren, dienen verfassungsgerichtliche Beweismittel doch nach § 26 I 1 BVerfGG der Erforschung der Wahrheit. Spricht man im rechtswissenschaftlichen Kontext von Wahrheit, meint man allerdings in der Regel die Feststellung von Tatsachen nicht aber die Einordnung von Wertungen.⁸⁸⁸ Sollen aber gerade die Wertungsentscheidungen über Verfas-

885 Zur Wirkung dieses „leeren Blatts“ R. Zuck, Vom Winde verweht, NJW 1997, 29; sehr kritisch zu dieser Regelung auch Kroitzsch, Wegfall der Begründungspflicht, NJW 1994, 1032 (1034 f.).

886 Vgl. die Gesetzesbegründung des 5. Änderungsgesetzes zum BVerfGG, BT-Drs. 12/3628, S. 14.

887 K. Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 93d, Rn. 5.

888 Baade, Wahrheit und Recht, 2023, S. 14 f., gleichwohl aber in Fn. 9 mit Nachweisen zu differenzierten Ansichten diesbezüglich; auch die Kommentarliteratur scheint lediglich Tatsachen vom Wahrheitsbegriff umfasst zu sehen vgl. etwa Lechner/R. Zuck, BVerfGG, 8. Auflage 2019, § 26 Rn. 1; Lenz/Hansel, BVerfGG, 4. Auflage 2024,

sungsrecht das befolgungsfähige Resultat eines diskursiven Inputs in den Verfassungsprozess sein, leuchtet die Zuordnung von Beweismitteln zum relevanten Diskursmaterial nicht ohne weiteres ein.

Deutlicher wird diese Einordnung, wenn man genauer betrachtet wie das Gericht externe Sachkunde, insbesondere in Gestalt sachkundiger Dritter,⁸⁸⁹ beizieht. Vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht etwa Rechtsprofessoren zu der einfachgesetzlichen,⁸⁹⁰ aber auch verfassungsrechtlichen⁸⁹¹ Beurteilung eines Falles anhört, ist eine begriffliche Beschränkung der Wahrheitsfindung auf *tatsächliche* Umstände nicht mehr nachvollziehbar, sondern muss auch auf normativ-wertende Aspekte erweitert werden. Abweichend von dem Grundsatz, dass der Richter das Recht kenne, begibt sich das Bundesverfassungsgericht hier in einen Dialog mit der Rechtswissenschaft.⁸⁹² Es scheint dabei so, als wolle das Gericht unterschiedlichen Rechtsauffassungen, die aber im Schrifttum schon artikuliert worden sind, eine größere Bühne als das reine Zitat im Urteil geben. In Anbetracht der besonderen Rolle der Rechtswissenschaft für die Folgebereitschaft hinsichtlich verfassungsgerichtlicher Entscheidungen⁸⁹³ lässt sich die Vermutung aufstellen, dieses responsive Verhalten trage dazu bei, sich bereits in der Entscheidung mit sachlichen Kritikpunkten auseinanderzusetzen, die möglicherweise an der Entscheidung geübt werden können,

§ 26 Rn. 5 ff.; *Haberzettl* in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG, 2. Auflage 2022, § 26 Rn. 9.

889 Dazu *Schröder*, Der sachkundige Dritte im Verfassungsprozess, DÖV 2023, 119.

890 Vgl. etwa das 144-seitige Gutachten *Rolf Stürners* in BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II (1993), in dem er die Auswirkungen der rechtlichen Missbilligung von Schwangerschaftsabbrüchen auf die Rechtsordnung umfassend dargelegt hat, *Stürner*, Gutachten Schwangerschaftsabbruch II, 1992, BAArch B 237/187273.

891 So hat das Gericht in der mündlichen Verhandlung zur Wiederaufnahme von Strafverfahren vom 24.5.2023, BVerfGE 166, 359 (37) – Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen (2023), die Strafrechtsprofessoren *Tatjana Hörnle* und *Johannes Kaspar* zu der verfassungsrechtlichen Beurteilung Stellung nehmen lassen, vgl. *Suliak*, Freispruch unter Vorbehalt?, LTO v. 24.5.2023 (abrufbar: https://www.lto.de/persistent/a_id/51848/; Stand: 30.03.2025); ebenfalls dazu *Brade*, Ein Verdacht ist ein Verdacht ist ein Verdacht: § 362 Nr. 5 StPO auf dem Prüfstand des BVerfG, VerfBlog v. 26.5.2023, <https://verfassungsblog.de/ein-verdacht-ist-ein-verdacht-ist-ein-verdacht/> (Stand: 30.03.2025).

892 In dem oben aufgeführten Verfahren zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens hört das Gericht mit *Hörnle* und *Kaspar* zwei Wissenschaftler an, die sich vorhergehend unterschiedlich zu der Thematik positioniert haben, vgl. *Hörnle*, Wiederaufnahme, GA 169 (2022), 184 – 194; *Kaspar*, Mord-Freisprüche nur noch unter Vorbehalt?, GA 169 (2022), 21 (26 ff.).

893 Vgl. dazu *Michl*, o. Fn. 859.

und diese Auseinandersetzung nach außen hin gut sichtbar zu machen. Nicht nur kann das Gericht so signalisieren, dass es umfassend rechtliche Auslegungsmöglichkeiten einbezogen hat, und auf diese Weise durch die Qualität der Auslegung überzeugen. Vielmehr kann es auch versuchen, die fachwissenschaftliche Rezeption der Entscheidung in gewissem Maße zu lenken, indem es Kritikpunkten vorgreift und so eine allgemeine Akzeptanz der Entscheidung als richtig fördert. Dieser These stehen die Interviewpartner nicht einheitlich gegenüber. Ein Interviewpartner etwa äußerte:

„Eigentlich gebraucht man die Wissenschaft, um die Argumente zu kennen, die überhaupt im Umlauf sind. Die Frage: ‚Finde ich nachher bei der Wissenschaft Beifall oder nicht?‘ spielt keine Rolle. Ich kann da nun jetzt nicht für jeden sprechen, vieles spielt sich in den Köpfen ab. Aber zumindest im Beratungsgang spielt die Frage keine Rolle.“⁸⁹⁴

Anderen Interviewaussagen lässt sich hingegen die Tendenz entnehmen, die Beurteilung der Entscheidung durch die Wissenschaft zumindest mitzudenken:

„Man kann auch aus dem publizistischen Echo in der Rechtswissenschaft schließen. So weiß das Gericht eigentlich bei jeder Entscheidung, wie diese bei Staat und Gesellschaft und in den Medien angenommen wurde. Hier hilft die Medienabteilung des Gerichts mit großer Sorgfalt und mit einer fast fehlerfreien Dichte. Das Ergebnis liest man, weil man selbst auch wissen will, wie die Entscheidung angekommen ist. Nach jeder Entscheidung stellt sich die Frage, ob man noch einmal genau so entscheidet, wenn sich das Problem erneut so stellt.“⁸⁹⁵

Die potenzielle Rezeption durch die Rechtsprechung ist folglich nicht entscheidungsleitend, nimmt aber eine relevante Rolle ein. Die Art und Weise, wie die Wissenschaft objektiv in das Verfahren einbezogen wird und welche Bühne sie zuweilen erhält, sprechen jedenfalls für die eingangs aufgestellte These, das Gericht bezwecke ein hohes Maß an Qualität durch Bezugnahme auf die Wissenschaft zu suggerieren und Akzeptanz bei der Wissenschaft zu erzeugen.

Die Zulässigkeit der Beweiserhebung und Wahl des Beweismittels basierend auf seinem Einfluss auf die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist dabei nicht unproblematisch. Zwar obliegt die Auswahl

894 Interview Nr. 8.

895 Interview Nr. 11.

der Beweismittel der Ermessensentscheidung des Gerichts.⁸⁹⁶ Es kann also nach eigenem Ermessen entscheiden, welche gesellschaftlichen und rechtlichen Diskurspositionen im Verfassungsprozess gehört werden dürfen. Bei der Auswahl der einzubeziehenden Beweismittel und Auskunftspersonen muss dabei die oberste Prämisse die Eignung zur Förderung der gerichtlichen Erkenntnis sein, ermessenslenkend ist somit die Frage, welches Beweismittel die „höchste Gewähr materieller Wahrheit“ bietet.⁸⁹⁷

Die Wahl der angehörten Auskunftspersonen basierend auf der Intention, hierdurch die freiwillige Befolgung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu fördern, würde als ermessenslenkende Erwägung höchstens hilfsweise herangezogen werden können. § 26 BVerfGG sieht allerdings seinem Wortlaut nach als Zweck der Beweiserhebung die Erforschung der Wahrheit, nicht aber die Implementation des darauf basierenden Judikats vor. Auch die systematische Stellung der Norm zu Beginn der Vorschriften zur Erhebung einer Tatsachengrundlage lässt sich nicht für die Auffassung aktivieren, die Regelung solle die Befolgung der Entscheidung fördern.

Die Förderung der Akzeptanz für die Entscheidungen des Gerichts kann also nur eine mittelbare Wirkung der Verwendung bestimmter Beweismittel sein. Sie ist die Nebenfolge eines Urteilsfindungsprozesses, der auf einer möglichst vollständigen und damit möglichst richtigen Tatsachengrundlage beruht und deswegen durch seine materielle Qualität überzeugt, nicht aber aufgrund einer quantitativen Betrachtung der angehörten Meinungen. Maßgeblich hierfür ist es nicht etwa, alle Diskursteilnehmer zu hören, sondern die verschiedenen Positionen in einem ausgewogenen Verhältnis zu berücksichtigen.⁸⁹⁸

c. Grenzen diskursiver Verfahrensgestaltung

Damit sind zusammenfassend die Grenzen der Einbeziehung diskursiver Elemente in den verfassungsgerichtlichen Prozess angesprochen. Eine Grenze ist die soeben dargelegte Unzulässigkeit der Zweckentfremdung prozessualer Normen. Wann eine solche Zweckentfremdung vorliegt, ist nicht durchweg einfach zu beurteilen. Wie sich bereits mehrfach gezeigt hat, kommen prozessualen Normen des BVerfGG durchsetzungsfördernde

896 *Bartmann*, Beweisrecht, 2020, S. 295.

897 *Bartmann*, Beweisrecht, 2020, S. 295 f.

898 *Haberzettl*, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 2015, 1 (4 f.).

Auswirkungen zu. Oftmals ist diese Wirkung nicht intendiert, sondern lediglich Nebenwirkung der methodisch korrekten Anwendung der jeweiligen Vorschrift. Von einer Zweckentfremdung der Vorschrift kann man insofern nur sprechen, wenn bewusst der Anwendungsbereich der entsprechenden Vorschrift verlassen wird. Ebenso ist denkbar, dass diskursive Elemente aus Gründen in das Verfahren eingeführt werden, die nicht in erster Linie auf eine Streitentscheidung abzielen.

„Es gibt oder gab Richter in meinem Senat, die sagen: Das ist doch akademisch schön, so das Für und Wider abzubilden. Ich muss da sagen: Wir sind keine akademische Seminarveranstaltung, wir sind eine Entscheidungsmaschine, Entscheidungsmaschine mit Begründungspflicht.“⁸⁹⁹

Auch wenn das Gericht also unterschiedliche Perspektiven in seinem Verfahren widerspiegeln soll, darf dies nicht so weit gehen, dass die Diskursivität eine rein akademische Komponente verfolgt und keinen Bezug zum eigentlichen Rechtsstreit mehr aufweist.⁹⁰⁰

Die andere Grenze leitet sich aus der Rolle und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit ab. Bei aller gesellschaftlicher Einbindung des Bundesverfassungsgerichts und der gesellschaftlich-politischen Relevanz seiner Entscheidungen würde die abschließende Auflösung gesellschaftlicher oder politischer Konflikte das Bundesverfassungsgericht doch überfordern.⁹⁰¹ Der diskursive Input, also die divergierenden Auffassungen und der dadurch offenbar werdende gesellschaftliche Konflikt kann vom Gericht zwar aufgenommen und wiedergegeben werden, was eine befriedende Funktion haben kann.⁹⁰² Den Anspruch einer abschließenden Lösung des Konflikts kann eine diskursive Verfahrensgestaltung allerdings nicht erheben.

Die prozessualen Regelungen des BVerfGG eröffnen dem Bundesverfassungsgericht dabei unterschiedliche Möglichkeiten, diskursive Elemente in die Entscheidungsfindung einzuführen und so mittelbar die Akzeptanz für seine Entscheidungen sowohl unter den Beteiligten als auch gegenüber sonstigen, potenziell mit der Entscheidung Befassten zu erhöhen. Dabei obliegt die Aktivierung der entsprechenden prozessualen Mittel dem Ermes-

899 Interview Nr. 2.

900 Kritisch zu einer jedenfalls zwischenzeitlich schwindenden „forensisch-jusitzielle[n] praktischen Seite“ aufgrund einer überdurchschnittlichen Wissenschaftsorientierung *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, ZRP 2011, 229.

901 *Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 174.

902 *Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2023, S. 175 ff.

sen des Gerichts, die Akzeptanzsicherung kann aber nicht in jedem Fall als ermessensleitendes Kriterium herangezogen werden. Zwar ist das Gericht aufgrund des geringen Maßes an durchsetzungsspezifischen Regelungen darauf angewiesen, mit den ihm vom Gesetzgeber an die Hand gegebenen Normen die Befolgung seiner Entscheidungen abzusichern. Gleichwohl muss das Gericht hierbei weiterhin die legitimen Ziele der entsprechenden Normen im Blick behalten. Die gesetzgeberischen Regelungen dürfen nicht um der Akzeptanz Willen zweckentfremdet werden. Diskursivität um jeden Preis ist nicht im BVerfGG angelegt.

Das bedeutet, dass die Diskursivität der Verfahrensgestaltung nur einer von mehreren Durchsetzungsmechanismen sein kann, derer sich das Bundesverfassungsgericht bedient. Neben der diskursiven Verfahrensgestaltung muss immer im Ergebnis eine autoritative Äußerung seitens des Gerichts stehen, die als Ergebnis seiner rechtlichen Wertungen, nicht aber eines diskursiven Aushandlungsprozesses steht. Eine diskursive Verfahrensgestaltung, bei der eine Vielzahl an Rechtsauffassungen Einzug in das Verfahren finden, setzt dieses dem Verdacht aus, dass es nicht immer Ausdruck der Richtigkeitsüberzeugung vom entscheidenden Spruchkörper ist, sondern jedenfalls in Teilen einen Kompromiss zwischen den Beteiligten darstellt. Die Auslegung des Rechts ist allerdings, anders als die majoritäre Setzung von Recht durch den Gesetzgeber, kein Gegenstand gesellschaftlicher Kompromissfindung,⁹⁰³ sondern Aufgabe der fachlich qualifizierten und funktional darauf ausgelegten Gerichte. Die Diskursivität im verfassungsgerichtlichen Verfahren darf deswegen kein solches Ausmaß erlangen, dass die Entscheidung des Gerichts als der Beliebigkeit der Beteiligten überantwortet erscheint.

3. Steuerungsmöglichkeiten des Gerichts

Um die Hoheit über die Durchsetzung mittels diskursiver Elemente zu behalten, muss das Gericht Steuerungsmöglichkeiten des diskursiven Verfahrens haben. Neben der Identifikation der Steuerungsmöglichkeiten generell ist hierbei auch von Interesse, inwiefern sich die Steuerungsmöglichkeiten innerhalb des Gerichts personell aufteilen lassen.

Basierend auf den vorgenannten Erwägungen lassen sich die gerichtlichen Steuerungsinstrumente des Diskurses in formelle und informelle

903 Vgl. dazu *Kelsen*, Von Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage 1929, S. 65 ff.; S. 100 ff.

Instrumente unterscheiden. Die formellen Instrumente umfassen beispielsweise die Betätigung des gerichtlichen Ermessens hinsichtlich der Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder Entscheidung, bestimmte Beweismittel beizuziehen. Informelle Instrumente sind hierbei etwa die Kommunikations- und Vermittlungsleistungen der einzelnen Richter gegenüber den übrigen Verfahrensteilnehmern.

Bei den formellen Instrumenten sind die rechtlichen Grenzen der Steuerungsmöglichkeiten enger gezogen, weil sie sich an rechtlichen Maßstäben besser überprüfen lassen. Dienen die prozessualen Instrumente, die zur Ausgestaltung des Diskurses herangezogen werden, primär einem anderen Zweck als der effektiven Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen und ist die Akzeptanzförderung lediglich eine Nebenfolge, so kann diese nicht als ermessenslenkendes Kriterium herangezogen werden.

Bei der Entscheidung, einen Diskursrahmen im Zuge einer mündlichen Verhandlung zu eröffnen, hat das Gericht hingegen – wie gesehen – einen weiteren Spielraum und darf die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung auch von der Frage abhängig machen, ob so ein Akzeptanzgewinn erzielt werden kann.

Die Einordnung als durchsetzungskritisch und damit eine mündliche Verhandlung als erforderlich machend stellt regelmäßig eine Einzelfallentscheidung dar, die aufgrund des Zeiterfordernisses nicht dem entscheidenden Senat als Kollegialorgan überantwortet werden kann. Eine besondere Verantwortung bei der Einschätzung der Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung kommt dem mit der Thematik vorbefassten Berichterstatter zu. Die tiefgehende Einarbeitung in das Thema insgesamt sowie die konkreten Vorbereitungshandlungen des Verfahrens ermöglichen dem spezialisierten Richter nämlich nicht nur eine fachliche Vorbereitung der Entscheidungsfindung.⁹⁰⁴ Die in § 22 III GO-BVerfG übertragene Aufgabe zur weiteren Förderung des Verfahrens überantwortet dem Berichterstatter auch die Vorbereitung der Entscheidung über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.⁹⁰⁵ Hierzu zählt konsequenterweise auch, eine bessere Einschätzung darüber zu erlangen, mit welchen Widerständen das Gericht zu rechnen hat und ob diese Widerstände in einer mündlichen Verhandlung beseitigt werden können. An dieser Stelle wird deutlich, welchen Stellenwert die Prognosefähigkeit nicht nur des Senats insgesamt, sondern dem vorgelagert auch des einzelnen Berichterstatters hat. Die Auswahl der

904 Umfassend dazu *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2. Auflage 2023, S. 374 ff.

905 Zu der herausgehobenen prozessualen Funktion des Berichterstatters vgl. *Kranenpohl*, Herr des Verfahrens, Zeitschrift für Rechtssoziologie 30 (2009), 135 (139 ff.).

Richter ist dann nicht mehr lediglich wichtig, um Pluralität abzusichern, sondern um ein Gespür für die auch politischen Implikationen einer Entscheidung in die Arbeit des Gerichts einfließen zu lassen.

Sofern eine mündliche Verhandlung anberaumt ist, liegt die Steuerung des Diskursverfahrens auch in direktem Zusammenhang mit der Qualität der Sitzungsleitung. Durch eine vergleichsweise große Anzahl an Senatsmitgliedern besteht zwar an dieser Stelle bereits für den entscheidenden Senat als Kollegialorgan die Möglichkeit, einen rechtlichen Standpunkt aus verschiedenen Blickwinkeln nachvollziehen zu können und dies den Beteiligten entsprechend zu vermitteln. Eine herausgehobene Funktion hat allerdings wiederum die Vorbereitung der Verhandlung durch den Berichterstatter. Um die wesentlichen Streitpunkte gebührend erörtern zu können und so einen ausreichenden Rahmen für den Rechtsdiskurs zu geben, muss bereits in der Vorgliederung und der Einführung in die Verhandlungsmaterie einbezogen werden, an welchen Stellen es Differenzen zu überbrücken oder zumindest anzunähern gilt. Durch eine sinnvolle Schwerpunktsetzung in der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung kommt dem Berichterstatter deswegen die Aufgabe zu, den maßgeblichen Rechtsfragen und damit Konfliktpolen einen ausreichenden Raum zur Klärung zuzubilligen. Es zeigt sich also, dass der Berichterstatter im Verfahren eine zentrale Rolle dabei einnimmt, die Diskursivität zu steuern.⁹⁰⁶ Er muss einerseits identifizieren, in welchem Maße eine mündliche Verhandlung und die damit verbundene Eröffnung eines Diskursraums für die Steigerung der Entscheidungsakzeptanz erforderlich ist. Andererseits trifft ihn auch die Aufgabe, die Verhandlung so vorzubereiten und gemeinsam mit dem Vorsitzenden zu leiten, dass die Beteiligten der Entscheidung tatsächlich ein gesteigertes Maß an Akzeptanz entgegenbringen. Ob dies gelingt, hängt maßgeblich auch von den individuellen Fähigkeiten des Berichterstatters ab, den Diskursrahmen sinnvoll abzustecken.

4. Zusammenfassung: Befolgung durch Input-Möglichkeiten

Durch diskursive Elemente im Verfassungsprozess können sich gesellschaftliche Konflikte in einem geordneten Rahmen entladen, indem den

906 In der mündlichen Verhandlung wird diese Stellung auch visuell dadurch manifestiert, dass der Berichterstatter neben dem Senatsvorsitzenden Platz nimmt, vgl. *Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2. Auflage 2023, S. 396 f.

Beteiligten die Gelegenheit gegeben wird, eigene Auffassungen darzulegen. Ziel ist in diesem Kontext nicht, Konsenses unter den Beteiligten zu erreichen, sondern den Eindruck zu vermitteln, auch im Fall des Unterliegens gehört und ernstgenommen worden zu sein. Die diskursive Verfahrensgestaltung hat insofern eine primär akzeptanzpsychologische Funktion. Eine diskursive Verfahrensführung trägt auch dazu bei, dass das Gericht auf eine möglichst umfassende Grundlage für seine Entscheidungsdeliberation zugreifen kann. Neben der prozeduralen Richtigkeit fördert eine diskursive Verfahrensführung deswegen auch die Möglichkeit, materiell richtige Entscheidungen zu treffen und so ein höheres Maß an *output*-Legitimität zu erwirken.⁹⁰⁷ Das setzt auch voraus, dass die diskursive Verfahrensgestaltung sich im Produkt der Verhandlung, der Entscheidung, wiederfindet. Im Extremfall, dass ein Richter die Mehrheitsmeinung des Senats nicht mittragen kann, steht dann das Instrument des Sondervotums zur Verfügung. Doch auch bei grundsätzlichem Konsens innerhalb des Senats hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner „Ja, aber“-Methodik der Entscheidungsbegründung ein Instrument entwickelt, verschiedenen Rechtsauffassungen Raum zu geben und ihren Vertretern somit zu vermitteln, wahr- und ernstgenommen worden zu sein.

Die dem Bundesverfassungsgericht an die Hand gegebenen Mittel zur diskursiven Ausgestaltung des Verfahrens sind zum einen die mündliche Verhandlung zum anderen die Möglichkeit, bestimmte Beweismittel heranzuziehen. Während die mündliche Verhandlung als Forum des Austauschs vorgesehen ist und deswegen auch die Förderung der Akzeptanz als ermessenslenkende Erwägung hinsichtlich der Durchführung einer mündlichen Verhandlung herangezogen werden kann, bezwecken Beweismittel lediglich, eine Grundlage für die Sachentscheidung des Gerichts zu schaffen. Deswegen kann es sich nur reflexiv positiv auf die Akzeptanz auswirken, die Beweismittel beizuziehen. Eine unmittelbar ermessenslenkende Erwägung, ob ein Beweismittel heranzuziehen ist, darf die Förderung von Akzeptanz hingegen nicht sein. Insgesamt hängt die Zulässigkeit, ein formales Instrument zur Förderung der Akzeptanz zu aktivieren, also vom zu fördernden Zweck des Instruments ab.

Neben der formalen Einbindung bestimmter prozessualer Mittel hängt der Erfolg einer diskursiven Verfahrensgestaltung allerdings auch maßgeblich mit nicht formalen Aspekten zusammen. Zentral sind hierbei die Vorbereitungen der mündlichen Verhandlung durch den Berichterstatter

907 Zur Förderung von Durchsetzungsfähigkeit mittels *output*-Legitimität Höreth, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, S. 85 ff.

und die Durchführung der mündlichen Verhandlung insgesamt. Es drängt sich also die Überlegung auf, dass dem Berichterstatter und dem Senatsvorsitzenden eine zentrale Stellung bei der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen zukommt.

II. Die Entwicklung autoritativer Entscheidungsaussprüche

Neben den auf diskursiver Verfahrensgestaltung beruhenden Durchsetzungsmechanismen bedient sich das Gericht der Artikulation befolgungsfähiger Tenorierungsvarianten, um die Durchsetzung der Entscheidungen zu fördern. Anders als bei den diskursiven Durchsetzungsmechanismen sichern Tenorierungsvarianten die Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht dadurch ab, dass aufgrund der Möglichkeit zur Teilhabe am Entscheidungsfindungsprozess bei den Beteiligten ein Maß an Identifikation mit oder zumindest Verständnis für die Entscheidung generiert wird. Stattdessen werden die Ergebnisse der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsfindung durch die unterschiedlichen Tenorierungsvarianten dergestalt implementierbar, dass die hierdurch geschaffene Realität für die Beteiligten einen hinnehmbaren, wenn schon nicht zwangsweise gewollten Zustand schafft. Kernanliegen bei der Ausgestaltung von Tenorierungsvarianten ist es also, einen befolgungsfähigen Entscheidungsausspruch zu produzieren.

Hierbei befindet sich das Bundesverfassungsgericht in einem Spannungsfeld. Zwar ist es notwendig, eine möglichst präzise Formulierung von Verhaltensgeboten im Tenor zu produzieren, um so die Entscheidungsumsetzung messbar zu machen.⁹⁰⁸ Gleichzeitig bedarf es bei der Formulierung von Tenorierungsvarianten einer zurückhaltenden Handhabung seitens des Gerichts, weil es einerseits hierdurch vom prozessrechtlichen Leitbild der Dichotomie zwischen Nichtigkeit und Wirksamkeit einer kontrollierten Norm abweicht und andererseits der ohnehin schon spezifisch politische Bezug der Normenkontrolle das Gericht dem Vorwurf eines Eingriffs in den politischen Raum auszusetzen droht.⁹⁰⁹ Während die diskursive Verfahrensgestaltung den Vorgang der Einspeisung von Positionen in den verfassungsgerichtlichen Prozess zum Gegenstand hat und so Akzeptanz fördern soll, untersucht der folgende Abschnitt den Vorgang der Schöpfung

908 Zur Determinationskraft des Tenors vgl. o. S. 211.

909 Dazu vgl. etwa *Manow*, Unter Beobachtung, 2024, S. 62 ff.

einer gerichtlichen autoritativen Vorgabe als Endprodukt des Hauptsacheverfahrens.

1. Feststellung der Notwendigkeit einer Tenorierungsvariante

Aufgrund des Ausnahmecharakters der zu Nichtigkeit und Verfassungsmäßigkeit alternativen Tenorierungsvarianten im Zusammenhang mit einer Unvereinbarerklärung interessiert am Anfang dieses Artikulationsprozesses das gerichtliche Vorgehen bei der Entscheidung, wann eine solche, ggf. verbunden mit einer weitergehenden Regelung, erlassen wird. Ausgehend von deren materiellen Anforderungen stellt sich die Frage, wie das Gericht prognostisch zu bestimmen vermag, ob diese Anforderungen tatsächlich vorliegen.

Weil das BVerfGG selbst trotz wenigstens impliziter Anerkennung auch der Unvereinbarerklärung keine Regelung darüber trifft, wann die Fehlerfolge der Nichtigkeitsklärung und wann die der Unvereinbarerklärung zu wählen ist, bemisst sich die Wahl der Tenorierungsvariante am materiellen Recht.⁹¹⁰ In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben sich mehrere Fallgruppen zum Erlass einer Unvereinbarerklärung herausgebildet.⁹¹¹ Diese Fallgruppen lassen sich im Wesentlichen in zwei übergeordnete Kategorien einordnen, in denen das Gericht die Notwendigkeit sieht, eine gesetzliche Regelung vorläufig fortbestehen zu lassen. Zum einen nimmt das Gericht die Folgen für normative Prinzipien der Rechtsordnung in den Blick,⁹¹² zum anderen können auch die tatsächlichen Auswirkungen des Normwegfalls das Gericht zu einer Unvereinbarerklärung

910 *Kempny*, Mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde und unmittelbare Grundrechtsverletzung, *Der Staat* 53 (2014), 577 (598).

911 Vgl. dazu mit Beispielen aus der Rechtsprechung *Schulze-Fielitz* in: *Dreier* (Hrsg.), GG, II, 3. Auflage 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 90.

912 So konkretisiert die von *Schulze-Fielitz* beschriebene Fallgruppe der Evidenz eines Verfassungsverstößes das aus dem Rechtsstaatsgebot erwachsene Prinzip der Rechtssicherheit und stellt nicht etwa einen eigenständigen Grund für eine Unvereinbarerklärung dar, vgl. BVerfGE 34, 9 (25) – Besoldungsvereinheitlichung (1972); E 120, 56 (79) – Gesetzesinitiativrecht Vermittlungsausschuss (2008). Auch bei der Fallgruppe der Gleichheitsverstöße mit mehreren Neuregelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers ist der vornehmliche Grund die Wahrung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit und damit des Verfassungsprinzips der Gewaltenteilung, also eines normativen Aspekts, vgl. BVerfGE 28, 227 (242 f.) – Grundstücksveräußerung bei Landwirten (1970); E 61, 43 (68) – amtsangemessene Versorgung (1982); E 73, 40 (101) – Parteispenden III (1986).

veranlassen.⁹¹³ Die Übergänge zwischen diesen beiden Fallgruppen sind wohlgemerkt fließend, etwa wenn die tatsächlichen Folgen als Resultat normativer Aspekte wie beispielsweise einer eintretenden Rechtsunsicherheit entstehen.⁹¹⁴ Aus diesem Grund stehen die beiden Kategorien auch nicht in einem Alternativitätsverhältnis zueinander, sondern das Gericht muss sowohl die normativen Folgen seiner Entscheidung für die Rechtsordnung, als auch deren tatsächliche Folgen im Falle der ordnungsgemäßen Entscheidungsumsetzung einbeziehen, um beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen einer Unvereinbarerklärung erfüllt sind.

Beiden Fällen ist gemein, dass das Gericht eine Prognose über die Entscheidungswirkung trifft und anhand der prognostizierten Folgen eine wertende Entscheidung zwischen der Notwendigkeit am vorübergehenden Fortbestand der Norm einerseits und der Regelfolge der Nichtigkeit andererseits trifft. Die Kategorisierung in Fallgruppen ist also lediglich der Ausgangspunkt einer Abwägungsentscheidung zwischen dem Interesse an Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm und dem Schutz vor normativen oder tatsächlichen Folgen für entgegenstehende Rechtsgüter.

Die Folgen des Wegfalls einer Regelung für die Normenordnung sind ohne erheblichen Beweiserhebungsaufwand möglich. Da das Gericht aufgrund seiner Rechtskenntnis die Folgen für die Rechtsordnung grundsätzlich absehen kann, handelt es sich hierbei um Prognosen, die das Gericht ohne gerichtsexterne Sachkunde fähig ist anzustellen.⁹¹⁵ Eine Stellungnahme, die von der mit der Rechtsmaterie in einfachgesetzlicher Hinsicht befassten Fachgerichtsbarkeit etwa bei der konkreten Normenkontrolle ein-

913 Anzuführen ist hier vor allem das *Chaosargument*, also dass durch eine unmittelbare Verwerfung der Norm ein noch verfassungsfernerer Zustand entstünde, als er bei einem vorübergehenden Weitergelten der Norm besteht, BVerfGE 128, 326 (404 f.) – EGMR-Sicherungsverwahrung (2011). Ein solcher wurde vom Gericht etwa bei einem drohenden Steuerwegfall und damit einer erheblichen Einschränkung der Fiskalplanung angenommen, BVerfGE 125, 104 (136) – Personenbeförderung Sachsen-Anhalt (2006); vgl. auch BVerfGE 21, 12 (39 f.) – Allphasenumsatzsteuer (1966).

914 Vgl. etwa BVerfGE 127, 293 (333 f.) – Legehennenhaltung (2010), wo das BVerfG feststellt, dass durch den Wegfall konkreter rechtlicher Vorgaben für die zuständigen Behörden zur Ausführung einer rechtsgutsschützenden Norm so eine Rechtsunsicherheit entstünde, dass bestehende höherrangige Schutznormen nicht mehr effektiv umgesetzt werden könnten.

915 Vor diesem Hintergrund erscheint die Einbeziehung sachkundiger Dritter, die allein die (einfachgesetzliche) Rechtslage darstellen sollen als überflüssig, vgl. dazu bereits o. S. 258.

geholt werden kann, vgl. § 82 IV BVerfGG,⁹¹⁶ erscheint in diesem Zuge nicht in erster Linie als die Hinzuziehung gerichtsexterner Sachkunde, sondern hilft dem Gericht eher, die Implementationsmöglichkeiten seiner Entscheidung durch die Fachgerichtsbarkeit abzuschätzen. Gleichwohl begegnet das Gericht auch dem Problem, dass die Blickwinkel auf die Rechtsordnung durch eine Spezialisierung unterschiedlicher Spruchkörper beeinflusst werden können. Die Fachgerichtsbarkeit einzubeziehen, ermöglicht es insofern, den Blick des Gerichts zu erweitern. Dazu exemplarisch der folgende Interviewauszug:

„Es herrscht [Anm. d. Verf.: bei der Fachgerichtsbarkeit] gelegentlich ein gewisses Unverständnis über die Wege des Bundesverfassungsgerichts und man muss sehen, dass das Bundesverfassungsgericht einen anderen Blick hat. Es hat einen sehr viel weiteren Blick auf die Rechtsordnung, während das jeweilige Fachgericht und vor allem der jeweilige Senat doch ein sehr kleines Spektrum hat, sodass es aus guten Gründen so oder so entscheidet. Und manchmal muss das dann von außen ein bisschen in einen Gesamtkontext gestellt werden. Wenn Sie einen Senat für Bankenrecht, einen Senat für Mietrecht, einen Senat für Zwangsvollstreckung haben, dann sind die die absoluten Experten in diesem Gebiet, das kann das Bundesverfassungsgericht nie leisten so eine Expertise. Aber das Ganze muss natürlich auch in den gesamten Korpus des Rechts eingebunden werden.“⁹¹⁷

Die Implementation der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsausspruchs profitiert so davon, dass das Bundesverfassungsgericht auf die hohe Sachkompetenz der Fachgerichtsbarkeit Bezug nimmt. Ob man in dem Zuge eine fehlende Rückbindung an die Fachgerichtsbarkeit kritisieren kann, ist zweifelhaft.⁹¹⁸ Auch andere Interviewpartner haben jedenfalls auf konkrete Verfahren bezogen einen Austausch mit der Fachgerichtsbarkeit über mögliche Rechts- und Tatsachenfolgen einer Entscheidung bejaht.

„Im Austausch mit der Fachgerichtsbarkeit stellt der Berichterstatter die Rechts- und Tatsachenfragen so, wie er glaubt, dass sie für das Verfahren

916 Vgl. etwa BVerfGE 117, 1 (14 ff.) – Erbschaftssteuer (2006), wo der BFH allerdings nicht im Rahmen einer gesonderten Stellungnahme, sondern bereits im Rahmen seines Vorlagebeschlusses die Anwendung der kontrollierten Normen ausführlich darlegen musste.

917 Interview Nr. 1.

918 So aber *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, ZRP 2011, 229 (231).

von Interesse sind. Die obersten Bundesgerichte nehmen dann immer sehr sorgfältig Stellung. Dieser fachliche Austausch ist arbeitsintensiv. Man muss im Grunde als Berichterstatter schon eine Vorstellung haben, wie das Urteil lauten könnte. Aber es gibt auch Fälle, da haben die Fachgerichte neue Fragen aufgeworfen, die für uns hochinteressant sind. Dieser Dialog ist aber sehr stark auf den Berichterstatter bezogen.“⁹¹⁹

Das Gericht bezieht die Fachgerichtsbarkeit insofern mit ein, um auf mögliche Probleme hinsichtlich der Implementation der Entscheidung in die fachgerichtliche Arbeit aufmerksam zu werden.

Die Prognose der tatsächlichen Folgen eines Normenwegfalls, also die Frage, welche reellen Wirkungen ein solcher hervorruft, ist in einem größeren Maße davon abhängig, zusätzliche Erkenntnisquellen heranzuziehen. So setzt beispielsweise die Unvereinbarerklärung eines Steuergesetzes mit Verweis auf die Erheblichkeit des Steueraufkommens und die Komplexität der Regelungsmaterie, die eine einheitliche erneute Gesetzgebung erforderlich macht,⁹²⁰ voraus, dass das Gericht wirtschaftswissenschaftlich belastbare Informationen über die tatsächlichen fiskalischen Folgen des Wegfalls der entsprechenden Steuer erhoben hat.⁹²¹ Die Einbeziehung externe Sachkunde hat folglich einen erheblichen Stellenwert für die gerichtliche Beurteilung der Folgen seiner Entscheidung. Während bei der Beurteilung der rechtlichen Folgen die Qualität der Entscheidungsgrundlage lediglich verbessert wird, indem das Bundesverfassungsgericht die Fachgerichtsbarkeit einbezieht, ist eine Bezugnahme auf weitere Erkenntnisquellen im Kontext der tatsächlichen Entscheidungsfolgen zwingend erforderlich. Die Beweiserhebung seitens des Gerichts gem. §§ 26 ff. BVerfGG bezieht sich also nicht lediglich auf solche Tatsachen, die die Verfassungsmäßigkeit des Prozessgegenstands *de lege lata* beeinflussen, sondern muss sich auch auf die Tatsachen erstrecken, die für die Prognose des – zum Zeitpunkt der Beweiserhebung noch hypothetischen – Zustands nach Verfassungswidrigklärung des kontrollierten Gesetzes erheblich sind. Die Feststellung der Voraussetzung einer alternativen Tenorierungsvariante setzt deswegen bereits bei der Beweiserhebung seitens des Bundesverfassungsgerichts an. Der

919 Interview Nr. 9.

920 Bspw. BVerfGE 21, 12 (39 f.) – Allphasenumsatzsteuer (1966).

921 Im als Beispiel herangezogenen Verfahren haben ein Professor der Volkswirtschaftslehre und zwei Professoren der Betriebswirtschaftslehre Stellung genommen, BVerfGE 21, 12 (25) – Allphasenumsatzsteuer (1966); ebenso in BVerfGE 138, 136 (170) – Erbschaftssteuer betriebliches Vermögen (2014).

Erfolg des bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsfolgenmanagements⁹²² hängt auch maßgeblich davon ab, wie präzise das Gericht Tatsachen einbezieht, die eine Beurteilung der tatsächlichen Auswirkungen einer Entscheidung ermöglichen, wenn es den seinen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalts erhebt. Ein Kompetenzproblem mit dem Gesetzgeber ergibt sich bei der Erhebung dieser prognoserelevanten Tatsachen nicht. Anders als bei der prognostischen Beurteilung der Auswirkungen zu kontrollierender Gesetze stellt das Gericht seine Prognose hier nämlich nicht an die Stelle der Prognose des Gesetzgebers.⁹²³ Prognoseziel ist nämlich nicht die tatsächliche Auswirkung eines Gesetzes, sondern im Gegenteil die Auswirkungen dessen Wegfalls.

Seinen Anfang nimmt der Artikulationsprozesses einer Tenorierungsvariante also bereits bei der Frage, wie der zugrundeliegende Entscheidungssachverhalt ermittelt wird. Je präziser es dem Gericht gelingt, solche Tatsachen zu erheben, die die Folgen seiner jeweiligen Entscheidungsalternativen prognostizierbar machen, desto sicherer kann es feststellen, ob die Voraussetzungen einer Unvereinbarerklärung vorliegen. Der eine Aspekt der Feststellung, ob eine Tenorierungsvariante als taugliche Alternative zur Nichtigkeitserklärung erscheint, ist demnach die Ausgestaltung des Beweiserhebungsverfahrens. Wie bei den Elementen diskursiver Verfahrensgestaltung wird hier deutlich, dass das Beweiserhebungsrecht einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung einen zentralen Einfluss auf die verfassungsgerichtliche Entscheidungsdurchsetzung haben. Daneben hat das Gericht sich auch vor Augen zu führen, welche rechtlichen Folgewirkungen mit dem Wegfall der überprüften Norm einhergehen würden. Nach dieser zweiseitigen Prüfung hat das Gericht die Folgen des Wegfalls der kontrollierten Norm und damit das Interesse am vorübergehenden Fortbestehen der Norm zu gewichten und gegen das Interesse an der Nichtigkeit der verfassungswidrigen Norm abzuwägen, wobei aufgrund des Vorrangs der Verfassung die Nichtigkeit der Norm stets widerlegbar vermutet werden muss.

Die Feststellung der Notwendigkeit einer Tenorierungsvariante, also die Frage nach dem „Ob“, erfolgt zweistufig. Auf der ersten Stufe steht die Identifikation eines Fortbestehensgrundes, der normativer oder tatsächlicher

922 Vgl. dazu bereits o. S. 197.

923 Hierzu Klein in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 26 Rn. 4 f., wobei er dies dem BVerfG gleichwohl zuspricht.

Natur sein kann. Auf zweiter Stufe steht eine Abwägung zwischen diesem Fortbestehensgrund und dem Nichtigkeitsgrund der Verfassungswidrigkeit.

2. Inhaltliche Ausgestaltung befolgungsfähiger Tenorierungsvarianten

Hat das Gericht sich entschieden, eine Unvereinbarerklärung zu erlassen, stellt sich die Frage, ob es diese mit weiteren Anordnungen, etwa der weiteren Anwendbarkeit, der Anwendbarkeit unter einer bestimmten Maßgabe oder dem Ersatz der für unvereinbar erklärten Regelung durch andere Regelungen, verbindet. Sofern das Gericht die Norm nicht für nichtig erklärt, sondern lediglich für unvereinbar mit dem Grundgesetz und deswegen für unanwendbar, oder wenn das Gericht die Norm für weiter anwendbar erklärt, ohne den Normgehalt, den der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses im Wortlaut des Gesetzes perpetuiert hat, zu verändern, nimmt das Gericht lediglich seine Kontrollfunktion hinsichtlich einer Maßnahme der Legislativorgane wahr. Näherer Untersuchung bedürfen hingegen die Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht in einen Normkreationsprozess eintritt, indem es den normativen Gehalt der kontrollierten Regelung ändert und damit selbst normsetzend tätig wird. Hier übt es nämlich nicht nur die dem Gericht übertragene Kontrollfunktion hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns aus, sondern darüber hinaus eine Kreationfunktion für Übergangsrecht. Während das Normsetzungsverfahren durch die Legislative im Grundgesetz und konkretisierend in den Geschäftsordnungen der beteiligten Organe geregelt ist, fehlt es an verfahrensrechtlichen Vorgaben für den judikativen Normkreationsprozess. Es stellt sich deswegen die Frage, wie das Gericht bei der Ausgestaltung und Formulierung konkreter Vorgaben verfährt.

Die Interviewpartner haben eine erhebliche Zurückhaltung hinsichtlich des Erlasses von Tenorierungsvarianten mit eigenständigem Regelungsgehalt artikuliert:

„Über solche Fragen der Formulierung redet der Senat intensiv, das wird nicht so en passant gemacht. Das kann ja in der Tat ein Stück vorübergehender Ersatzgesetzgebung sein. Und dessen ist sich das Gericht bewusst und auch von der Abweichung, dass eine verfassungswidrige Norm eigentlich gar keinen Geltungsanspruch hat, sondern in der Regel

als nichtig zu behandeln ist. Das weiß das Gericht und macht es sich an der Stelle nicht leicht.“⁹²⁴

Insbesondere wird diese Zurückhaltung auch erkennbar, wenn ein Interviewpartner die Selbstbeschränkung sowohl in inhaltlicher als auch in temporaler Hinsicht unterstreicht:

„Wenn wir Übergangsregelungen treffen, werden wir faktisch zum Gesetzgeber. In der gebotenen Vorsicht und immer mit dem Hinweis: Parlament, du kannst sofort was ändern! Wir okkupieren die Materie nicht in dem Sinne, dass wir dem Gesetzgeber verbieten, etwas zu regeln, sondern wir sagen, dass jetzt etwas passieren muss, weil es nicht ungeregelt bleiben darf. Und da sind wir eigentlich sehr, sehr vorsichtig. Die kritische Grenze wäre, wenn die Richter voluntative Politik machen würden.“⁹²⁵

Die Aussagen verdeutlichen exemplarisch, dass die Mitglieder des Gerichts einer positiv normsetzenden Komponente in den Entscheidungsaussprüchen restriktiv gegenüberstehen und stets darauf bedacht sind, die kompetenzielle Grenze zum Gesetzgeber zu wahren. Anders als beim Gesetzgeber gründet das Gericht den Interviewpartnern zufolge die inhaltliche Ausgestaltung einer solchen Anordnung nämlich nur auf rechtlichen, nicht aber auf voluntativ-politischen Erwägungen. Ebenso nimmt das Gericht keine dauerhafte Geltung der Regelung für sich in Anspruch, sondern geht von der zeitnahen Abhilfe des Zustands durch den Gesetzgeber aus. Hieraus lassen sich auch Rückschlüsse auf die Ausgestaltung der Tenorierungsvarianten ziehen. Die Mitglieder des Gerichts zielen hierbei nämlich nicht darauf ab, eine dauerhafte Lösung für eine Fragestellung zu produzieren, die Resultat eines gesellschaftlichen Aushandlungsprozesses ist. Die Norm muss lediglich als Provisorium genügen, durch das Rechtspositionen wirksam geschützt werden. Das unterstreicht auch folgender Interviewauszug:

„Es ist in gewisser Hinsicht eine Unsitte, wenn der Gesetzgeber das unbesehen übernimmt, statt sich eigene Gedanken zu machen. Oft sind es Regelungen, die nur einstweilig auf als verfassungsrechtlich nicht tragbaren Regelungen basieren, um diese zu retten, die aber nicht als Vorschläge für eine Neuregelung geeignet sind.“⁹²⁶

924 Interview Nr. 5.

925 Interview Nr. 2.

926 Interview Nr. 12.

Einen normativen Anknüpfungspunkt für den Prozess der inhaltlichen Formulierung eines Regelungsgehalts könnte zunächst § 35 BVerfGG liefern, auf den das Gericht sich in der Vergangenheit bei der Formulierung von über die Unvereinbarkeit hinausgehenden Regulationsanordnungen gestützt hat.⁹²⁷ Es lässt sich allerdings bezweifeln, ob der Wortlaut des § 35 BVerfGG, der das Bundesverfassungsgericht ausnahmsweise die Art und Weise der Vollstreckung regeln lässt, neben der grundsätzlichen Ermächtigung zur Normsetzung als Übergangsrecht, also der Frage *ob* das Gericht weitergehende Regelungen erlassen darf, auch eine inhaltliche Anleitung dafür gibt, *wie* diese weitergehenden Regelungen auszugestalten sind. Die Formulierung „Art und Weise der Vollstreckung“ gibt dem Gericht zwar den Spielraum, sich überhaupt für den Erlass von Übergangsrecht zu entscheiden. Belastbare Rückschlüsse auf den Formulierungsvorgang lassen sich der Norm allerdings nicht entnehmen. Auch den Äußerungen der Interviewpartner lässt sich nicht entnehmen, dass das Gericht die Ausgestaltung von Tenorierungsvarianten auf § 35 BVerfGG stützen will. Das Gegenteil suggeriert folgende Aussage:

„Ich finde es weiterhin richtig, dass angesichts der im Vergleich zu anderen Gerichten besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, das auch und insbesondere mit politisch hoch relevanten Fragen befasst wird, die Möglichkeit hat, die Vollziehbarkeit ihrer Entscheidungen besonders abzusichern, so durch konkrete Vorgaben hinsichtlich Übergangsregelungen und spezieller Vollstreckungsmaßnahmen. Das BVerfGG regelt dazu keine Einzelheiten und eröffnet damit einen Spielraum bei seiner Anwendung. Das halte ich für sachgerecht.“⁹²⁸

Deutlich wird dies auch, wenn man jüngere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betrachtet, in denen das Gericht zwar – teilweise implizit – Übergangsrecht implementierte, ohne sich hierfür aber explizit auf § 35 BVerfGG zu berufen. So hat es in der Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz die Regelung des § 4a TVG bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber unter der selbst formulierten Maßgabe weitergelten lassen, dass die nach § 4a II 2 TVG grundsätzlich mögliche Verdrängung des Tarifvertrags einer Minderheitsgewerkschaft nur dann zulässig ist, wenn die Berücksichtigung der Interessen der verdrängten Gewerkschaft plausibel

927 Vgl. dazu bereits o. Fn. 695.

928 Interview Nr. 6.

dargelegt wird.⁹²⁹ Diese Verfahrensgarantien sah § 4a TVG a.F. nicht vor.⁹³⁰ In der Entscheidung zu im Ausland geschlossenen Kinderehen hat das Gericht bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber Übergangsregelungen formuliert, die es explizit an gesetzgeberische Wertungen in vergleichbaren Fällen anlehnt.⁹³¹ In den vorgenannten Fällen gibt das Gericht den Rechtsanwendern nicht lediglich Auslegungsdirektiven zum weiteren Umgang mit der unvereinbaren Norm an die Hand, sondern knüpft ihre Anwendung an gänzlich neue Tatbestandsvoraussetzungen bzw. erklärt eine analoge Anwendung von bestehenden Vorschriften mithilfe der Gesetzeskraftwirkung aus § 31 II BVerfGG als verbindlich geltendes Übergangsrecht, das vorher nicht auf die einschlägige Materie Anwendung gefunden hat. Die Tenorierung stellt in beiden Fällen eine verfassungsgerichtliche Normsetzung dar, ohne sich hierfür auf § 35 BVerfGG zu berufen.

Mangels eines kodifizierten Verfahrens der inhaltlichen Ausgestaltung muss der Formulierungsvorgang anhand des einer Normsetzung des Gerichts zugrunde liegenden Materials und der inhaltlichen Grenzen einer gerichtlichen Übergangsnorm annäherungsweise bestimmt werden.

Um die normative Schaffenskraft des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber zu beschränken und den grundgesetzlich vorgesehenen Normsetzungsprozess nicht zu umgehen, ist zunächst erwägenswert, ob das Bundesverfassungsgericht sich angesichts des für den Erlass von Tenorierungsvarianten zugrunde zu legenden Materials beschränken sollte. Denkbar ist etwa ein mit dem Verfahren des Vermittlungsausschusses vergleichbares Erfordernis, nur solche Regelungen zu treffen, die der Gesetzgeber in seinem Gesetzgebungsverfahren vorher selbst aufgeworfen hat.⁹³² Das Bundesverfassungsgericht scheint dies in Teilen zu berücksichtigen, wenn es seine Übergangsregelungen an gesetzgeberische Wertungen anlehnt.⁹³³ Auch die Ausführungen eines Interviewpartner lassen darauf schließen, dass die Richter darauf bedacht sind, nicht den Eindruck zu erwecken, sie selbst könnten geistiger Urheber der Norm sein, um sich nicht dem Verdacht der voluntativen Politikgestaltung auszusetzen.

929 BVerfGE 146, 71 (73) – Tarifeinheitgesetz (2017).

930 Vgl. BGBl. 2015 I, S. 1130.

931 BVerfGE 166, 1 (92) – Kinderehe (2023).

932 Vgl. zu dieser Vorgabe im Verfahren des Vermittlungsausschusses BVerfGE 101, 297 (306 f.) – Häusliches Arbeitszimmer (1999).

933 Vgl. o. Fn. 931.

„Bei diesem Verfahren haben wir bestehende Regeln übernommen und gesagt: So kann es gehen, das ist momentan möglich und das müsst Ihr beachten. Also bei diesen Dingen, wenn wir weitergehen, versuchen wir immer, auf andere Regelungen oder das, was ganz unbestritten war zurückzugreifen.“⁹³⁴

Der Gedanke an die Parallele zum Vermittlungsausschuss kommt auf, da in beiden Fällen kein Organ tätig wird, dass durch das Grundgesetz vorrangig zur Normsetzung berufen ist, sondern lediglich im Falle eines (vorläufig) gescheiterten Normsetzungsprozesses tätig wird. Beim Verfahren vor dem Vermittlungsausschuss ist der Normsetzungsprozess aus politischen Gründen vorläufig gescheitert, bei Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aus verfassungsrechtlichen. Zunächst erscheint eine solche Beschränkung auf bereits im Verfahren diskutierte Regelungsmöglichkeiten plausibel und vermag das Gericht möglicherweise auch von Vorwürfen eines Eingriffs in die Gewaltenteilung zu bewahren.⁹³⁵

Gegen eine Übertragung dieser Beschränkung sprechen allerdings im Wesentlichen zwei Gründe. Zum einen verfolgt die Anbindung eines Vorschlags des Vermittlungsausschusses an das bisherige Gesetzgebungsverfahren den Zweck, die Zurechenbarkeit zum Bundestag als primären Gesetzgebungsorgan sicherzustellen.⁹³⁶ Dieser Anbindung bedarf es im verfassungsgerichtlichen Rechtsfolgenmanagement aber gerade nicht, weil die übergangsweise gesetzten Normen bis zur Neuregelung nicht dem Gesetzgeber zurechenbar sein müssen, sondern § 31 II BVerfGG einen alternativen Normanwendungsbefehl formuliert. Die Normsetzung von dem dafür eigentlich vorgesehenen Prozess loszukoppeln, birgt gleichwohl Schwierigkeiten. Indem es diskursiver Elemente in den Prozess einbezieht, kann das Gericht zwar die tatsächlichen und rechtlichen Folgen näher abschätzen.⁹³⁷ So hat das Bundesverfassungsgericht etwa der zweiten Schwangerschaftsabbruchs-Entscheidung vorhergehend ein umfassendes Gutachten hinsichtlich der Frage, wie sich eine rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auf die Rechtsordnung auswirkt und welche Möglichkeiten de lege ferenda bestünden, Schwangerschaftsabbrüche außerhalb

934 Interview Nr. 2.

935 Vgl. *Kreutzberger*, Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 196.

936 BVerfGE 120, 56 (76) – Vermittlungsausschuss (2008); kritisch *Kersten* in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Grundgesetz, 105. EL August 2024, Art. 77 Rn. 85 f.

937 Vgl. bereits o. S. 250.

des Strafrechts zu missbilligen, eingeholt.⁹³⁸ Das Gericht hat anschließend zumindest Teile der vorgeschlagenen Regelungen in seine Regelungsanordnung übernommen.⁹³⁹

Das Bundesverfassungsgericht ist strukturell aber nicht in einer mit den Legislativvorgängen vergleichbaren Weise ausgestattet, die tatsächlichen Grundlagen seines Folgenmanagements zu ermitteln.⁹⁴⁰ Dieser Umstand wird zwar aufgrund der sofortigen Revidierbarkeit der verfassungsgerichtlichen gesetzten Normen durch den Gesetzgeber in Teilen kompensiert. Dennoch muss das Gericht sein normsetzendes Tätigwerden auf ein Mindestmaß begrenzen.

Zum anderen stellt die Normsetzung durch das Gericht anders als beim Vermittlungsausschuss nicht das Resultat eines politischen Aushandlungsprozesses dar,⁹⁴¹ sondern das Ergebnis eines rechtsfindenden Prozesses. Obwohl materielle Regelungen des Gerichts in die Sphäre des Gesetzgebers eingreifen, ist es nicht gerechtfertigt, der verfassungsgerichtlichen Entscheidung einen politisch-volitiven Charakter zuzusprechen und zu behaupten, die verfassungsgerichtliche Entscheidung beruhe nicht ausschließlich auf der Erkenntnis des Rechts.⁹⁴² Wäre dies der Fall, würde die Rollenerwartung an das Gericht, dass es lediglich den Rahmen des politischen Diskurses liefert, erheblich enttäuscht und das Gericht hätte einen Akzeptanzverlust zu befürchten. Die vom Bundesverfassungsgericht getroffenen weitergehenden Anordnungen im Falle der Unvereinbarkeit können demnach an gesetzgeberische Wertungen anknüpfen, ohne aber an diese gebunden zu sein.

Die inhaltliche Grundlage für die Formulierung der verfassungsgerichtlichen Anordnungen findet sich deshalb nicht in den Willensbekundungen eines politischen Verfassungsorgans, sondern in den Entscheidungsgründen des Gerichts. Die Überleitungsformel in den Tenor „für Recht erkannt“ verdeutlicht, dass seine Formulierung keine politische Willensentscheidung

938 Vgl. BVerfGE 88, 203 (250) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); *Stürner*, Gutachten Schwangerschaftsabbruch II, 1992, BArch B 237/187273.

939 So schlägt *Stürner* beispielsweise die entsprechende Anwendung sozialversicherungsrechtlicher Regelungen, die für die Sterilisation gelten auf Schwangerschaftsabbrüche vor, *Stürner*, Gutachten Schwangerschaftsabbruch II, 1992, BArch B 237/187273, S. 135. Diesem Vorschlag hat das Gericht in Nr. 8 seiner Regelungsanordnung entsprochen, BVerfGE 88, 203 (213) – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

940 Vgl. *Bode*, Fristablauf, ZG 2021, 266 (283 ff.).

941 Dem Vermittlungsausschuss komme hingegen eine „genuin politische Kompromissfunktion“ zu, *Cornils*, Politikgestaltung durch den Vermittlungsausschuss, DVBl 2002, 497 (500 f.).

942 So aber *Smid*, Richterliche Rechtserkenntnis, 1989, S. 71 ff.

des Gerichts wiedergeben soll, sondern sich aus rechtlichen Erwägungen ableiten lassen muss. Gibt die gerichtliche Entscheidung die Grundlage der Rechtserkenntnis wieder, die im Tenor ihre Schlussfolgerung findet, müssen die dort getroffenen Regelungen bereits in der Begründung angelegt sein. Die Frage nach der Formulierung der im Tenor einer Entscheidung aufgeführten Regelungen hängt deswegen damit zusammen, inwiefern sich aus der rechtlichen Begründung einer Entscheidung allgemeingültige Maßgaben hinsichtlich der Behandlung von Lebenssachverhalten ableiten lassen.

In der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen finden sich nicht nur die tragenden Gründe wieder, die den autoritativen Rechtsbefolgungsbefehl der tenorierten Anordnung stützen, sondern auch solche Rechtsausführungen, die lediglich auf vorgebrachte Argumente eingehen und damit eine diskursive Funktion wahrnehmen.⁹⁴³ Die im Tenor enthaltene zu befolgende Entscheidung, die auch Bindungswirkung und Gesetzeskraft für sich beanspruchen kann, leitet sich nur aus den tragenden Gründen ab, nicht aber aus den sonstigen Ausführungen in der Entscheidungsbegründung. Deswegen sind die tragenden Gründe nicht lediglich für die Auslegung der Entscheidung nach ihrem Erlass relevant,⁹⁴⁴ sondern gewinnen bereits für den Formulierungsvorgang des Entscheidungsausspruchs, also den Zeitraum vor Erlass, Bedeutung. Damit die Formulierung der im Tenor getroffenen Anordnungen nachvollziehbar und somit auch befolgungsfähig ausgestaltet wird, ist es für das Gericht erforderlich, klar zu identifizieren und darzulegen, welche Gründe für die Entscheidung tragend sind und damit den autoritativen Rechtsanwendungsbefehl des Gerichts nach sich ziehen und welche Gründe lediglich eine diskursive Funktion wahrnehmen, aber keine unmittelbare Befolgung beanspruchen können.⁹⁴⁵

943 Berkemann, Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses, ZUR 2021, 585 (586).

944 Zur Auslegung des Tenors Berkemann, Die Entscheidungsformel des Klima-Beschlusses, ZUR 2021, 585 (586).

945 Für die Entscheidung zum zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2021, vgl. BVerfG NVwZ 2023, 1892, hat das Gericht dies mittels einer Pressemitteilung, nicht aber im Rahmen der Entscheidung gemacht, indem es die drei Begründungsstränge des Gerichts als jeweils für sich „tragfähig“ bezeichnet hat, vgl. BVerfG Pressemitteilung Nr.101/2023 vom 15. November 2023; dies wurde bereits als „tragende Gründe“ rezipiert, vgl. Pracht, Anmerkung zu BVerfG NVwZ 2023, 1892 (1906). Ob diese Interpretation über die Pressemitteilung dem erforderlichen Maß an Transparenz gerecht wird, ist zweifelhaft. In der Lissabon-Entscheidung hat das Gericht hingegen im Tenor explizit auf die maßgeblichen Gründe verwiesen, vgl. BVerfGE 123, 267 (270) – Lissabon (2009).

Doch auch wenn das Gericht explizit darlegt, welche Gründe aus seiner Perspektive tragend sind, besteht das Risiko der Umdeutung im Interpretationsprozess der gerichtlichen Entscheidung.⁹⁴⁶

Dies bildet die Grundlage für die konkrete inhaltliche Ausgestaltung einer regelnden Tenorierungsvariante. Da der Tenor also die normativ verbindliche Aussage des Gerichts widerspiegelt, die sich aus den tragenden Gründen als Teilaspekt der Gesamtentscheidung ergibt, gehören die Identifikation der tragenden Gründe und ihre Abgrenzung von sonstigen, nicht tragenden Ausführungen der Entscheidung zum Formulierungsprozess des Tenors.

Inwiefern sich aus den tragenden Gründen konkrete Formulierungen von Anordnungen herleiten lassen, hängt von der Möglichkeit ab, verfassungsrechtliche Wertungen zu verdichten. Je enger sich verfassungsrechtliche Regelungen, die als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts die Grundlage der tragenden Gründe darstellen, nämlich zu Verhaltensgeboten verdichten lassen, desto präziser darf das Bundesverfassungsgericht Anordnungen formulieren. Regelmäßig dürfte eine genaue Formulierung von Verhaltensgeboten an die Entscheidungsrezipienten danach nicht möglich sein. Aus dem Grundgesetz lassen sich nämlich selten konkrete Regulationsanforderungen herleiten. Dies wird etwa anhand der Schutzpflichtendogmatik des Bundesverfassungsgerichts deutlich, wenn das Gericht zwar Mindestanforderungen abstrakt formuliert, um schutzbedürftige Verfassungswerte abzusichern, die konkrete Ausgestaltung dann aber grundsätzlich dem Gesetzgeber obliegt.⁹⁴⁷ Obwohl es allen Staatsgewalten obliegt, grundrechtliche Schutzpflichten zu realisieren,⁹⁴⁸ überzeugt diese schwerpunktmäßige Zuweisung an den Gesetzgeber, da er zum einen ein höheres Maß an politischer Legitimation genießt, zum anderen aufgrund seines spezifischen Verfahrens am besten zur Formulierung von Schutzregelungen geeignet ist.⁹⁴⁹

Die Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts, die eigenständige Regelungen bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber beinhalten, mögen

946 Albers, *Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, VVDStRL 71 (2012), 257 (277 f.).

947 BVerfGE 39, 1 (44) – Schwangerschaftsabbruch I (1975); E 125, 175 (222 ff.) – Hartz IV (2010); Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Auflage, 2005, S. 180 f.; weiterführend *Unruh*, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 24.

948 Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, 2003, S. 244.

949 Vgl. Britz, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, NVwZ 2023, 1449 (1452).

sich zum Teil aus der Verfassung ableiten lassen. So ist es plausibel, die Berücksichtigung einer Minderheitsgewerkschaft, deren Tarifvertrag durch einen kollidierenden Tarifvertrag einer Mehrheitsgewerkschaft verdrängt wird, in Art. 9 III GG zu verankern, weil die Relevanz der Bedürfnisse der Minderheitsgewerkschaft für das in Rede stehende Grundrecht in den Entscheidungsgründen erläutert wird.⁹⁵⁰ Allerdings trifft das Bundesverfassungsgericht zuweilen auch Anordnungen, die in ihrem Konkretisierungsgrad nicht auf das Grundgesetz zurückgeführt werden können und zusätzlich externen Einflüssen unterliegen. In seiner Entscheidung zum Nichtraucherschutzgesetz hat das Bundesverfassungsgericht eine Weitergeltung unter der Maßgabe angeordnet, dass Gaststättenbetreiber in Lokalen, die eine Gastfläche von weniger als 75 Quadratmetern haben und in denen Minderjährigen der Zutritt verwehrt ist, das Rauchen unter bestimmten Voraussetzungen bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung gestatten dürfen.⁹⁵¹ Hiermit wird zwar auch einer grundgesetzlichen Wertung, nämlich dem Schutz der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber, Rechnung getragen. Sich derart trennscharf auf die Gaststättengröße festzulegen, ließ sich jedoch unter keinen Umständen aus dem Grundgesetz herleiten, sondern beruhte auf der Definition von Interessenvertretern des Gaststättengewerbes.⁹⁵² Das Gericht scheint also zumindest teilweise für die inhaltliche Ausgestaltung der Tenorierungsvarianten über rechtliche Erwägungen hinauszugehen und sich neben grundgesetzlichen Wertungen zusätzlicher Erkenntnisquellen aus dem politischen Raum zu bedienen. Im vorliegenden Verfahren hat das Gericht die Konkretisierung nämlich auf Materialien des Gesetzgebungsprozess gestützt.⁹⁵³ Betrachtet man die Entscheidung allerdings genauer, so wird deutlich, dass das Gericht mit seiner Anordnung in erster Linie einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss von Betreibern von Kleingaststätten gegenüber Betreibern von größeren Gaststätten

950 Vgl. BVerfGE 146, 71 (73 u. 142) – Tarifeinheitsgesetz (2017).

951 BVerfGE 121, 317 (318) – Nichtraucherschutzgesetz (2008).

952 BVerfGE 121, 317 (376 f.) – Nichtraucherschutzgesetz (2008).

953 Die Flächengröße von 75 qm entstammte einer Zielvereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA), vgl. BVerfGE 121, 317 (324 f. u. 376 f.) – Nichtraucherschutzgesetz (2008); zur Inbezugnahme von Materialien des Gesetzgebers oder der Ministerialverwaltung bei angeordneten Regelungen im Schulrecht *Füssel/Hage/Staupe* in: *Blankenburg/Voigt* (Hrsg.), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, 1987, S. 395 (399 ff.).

verhindert hat.⁹⁵⁴ Indem das Gericht den Flächengrenzwert festgelegt hat, bezweckte es den Begünstigungsausschluss von kleinen Gaststätten bis zur Neuregelung zu verhindern und seine irreversiblen Folgen, nämlich substanzielle Umsatzeinbußen, abzuwenden. Um diese Wertung, die Resultat der Entscheidungsgründe war, effektiv absichern zu können, war es für das Gericht unerlässlich, einen Grenzwert zu bestimmen. Die konkrete Bezifferung des Flächengrenzwertes stellt hierbei kein Resultat eines freien, schöpferischen Tätigwerdens des Gerichts dar, sondern lediglich ein notwendiges Mittel, um die tragenden Gründe abzusichern.

Hieran wird zwar deutlich, dass auch hochkonkretisierte Formulierungen einen Anknüpfungspunkt in den tragenden Erwägungen des Gerichts haben können. Die Methodik der Ausgestaltung erschließt sich allerdings noch nicht. Bei der Auswertung der Interviews ist aufgefallen, dass hinsichtlich des Formulierungsvorgangs unterschiedliche Erfahrungen bestehen. Während beispielsweise ein Interviewpartner explizit betont hat, das Gericht habe sich an externen Formulierungen bedient, um dem Eindruck voluntativer Normsetzung entgegenzuwirken,⁹⁵⁵ verneinte ein anderer Interviewpartner, auf externen Sachverstand Bezug zu nehmen:

„Bei einer mündlichen Verhandlung hat die Folgenfrage manchmal einen eigenen Gliederungspunkt: „Rechtsfolgen einer Entscheidung“. Das wird dann schon in der Verhandlung mit den Beteiligten diskutiert. Das Gericht muss ja wissen, ob eine Maßnahme, von der es meint, dass sie den gesamten Bundeshaushalt in Gefahr bringen würde, ob das überhaupt den Tatsachen entspricht. [...]Also da fragt man: Was wäre denn, wenn wir die Norm für verfassungswidrig erklären, mit welchen Folgen müsste man denn da rechnen? Da macht man sich kundig. Wenn der Senat da noch Zweifel hat, kann er auch nochmal einen Experten anhören. Die Entscheidung fällt dann natürlich im Senat.“⁹⁵⁶

Die Bezugnahme auf fremden Sachverstand erschöpft sich danach in der Frage, ob eine Übergangsregelung erlassen wird, nicht aber, wie sie ausgestaltet sein soll. Dem läuft es im Grundsatz zuwider, wenn man den Umfang der im Rahmen einer mündlichen Verhandlung erhobenen tatsächlichen Möglichkeiten einer grundrechtsschonenden Ausgestaltung des einer Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses betrachtet. In

954 Dies wird umfassend vom Gericht dargelegt, BVerfGE 121, 317 (361 ff.) – Nichttrauscherschutzgesetz (2008).

955 Vgl. o. Zitat vor Fn. 934.

956 Interview Nr. 5.

der Entscheidung zur Fixierung psychisch kranker Menschen hat das Bundesverfassungsgericht sich beispielsweise eingehend mit den tatsächlichen Auswirkungen und Möglichkeiten der Zwangsfixierung befasst und auch Erkenntnisse aus anderen Ländern herangezogen, um eine informierte Übergangsregelung treffen zu können.⁹⁵⁷

Die Auswertung der Interviews insgesamt macht vor allem deutlich, dass der Formulierungsvorgang befolgungspflichtiger Anordnungen von den Richtern nicht einheitlich beurteilt wird. Nicht einmal innerhalb der Senate lässt sich ein konkretes Vorgehen widerspruchsfrei erkennen. Es liegt daher nahe, dass jedes Mitglied des Gerichts eine eigene Herangehensweise an die Formulierung befolgungspflichtiger Anordnungen hat, sofern es denn mit dieser Aufgabe konfrontiert ist. In jedem Fall geht der Formulierung ein umfangreicher Informationsbeschaffungsvorgang voran.

Aus dem Vorgenannten lässt sich folgern, dass bei der verfassungsgerichtlichen Normkreation die getroffenen Anordnungen grundsätzlich so abstrakt bleiben, dass sie einerseits die in den tragenden Gründen manifestierten rechtlichen Wertungen abzusichern vermögen, den Adressaten der Entscheidung, vornehmlich dem Gesetzgeber, aber hinreichend Spielraum belassen, innerhalb der verfassungsgerichtlich gezogenen Rahmenbedingungen politisch gestaltend tätig werden zu können. Nur in solchen Fällen, in denen das Gericht seine Wertungen anders nicht absichern kann, beinhaltet die Herleitung einer Anordnung aus den tragenden Gründen auch die darüber hinausgehende Konkretisierung von normativen Gehalten in Gestalt konkreter Regelungen. Dies setzt aber zum einen voraus, dass in der Begründung die Dringlichkeit festgestellt wird, wie es in der Entscheidung zum Nichtraucherschutzgesetz durch die Darlegung der erheblichen wirtschaftlichen Folgen eines Nichterlasses der Anordnung geschehen ist. Zum anderen muss das Gericht eine eigene normative Gestaltung, die nur mittelbar ihre Grundlage in den tragenden Gründen findet, auf ein Mindestmaß begrenzen, indem es sich nach Möglichkeit an den Materialien des Gesetzgebungsprozesses einschließlich der politischen Entscheidungen des Gesetzgebers orientiert und diese nicht durch eigene Entscheidungen ersetzt. Mit anderen Worten gesprochen ist das Gericht umso freier in der Formulierung seiner Anordnungen, je enger es diese am Grundgesetz anbinden kann. Dennoch wird es in solchen Fällen typischerweise auf einer abstrakteren Formulierungsebene verbleiben. Der konkrete Formulierungsvorgang einer Anordnung im Rahmen der Tenorierungsvariante lässt

957 BVerfGE 149, 293 (311 ff.) – Fixierung (2018).

sich auch anhand der Auswertung der Interviews nicht abschließend identifizieren. Jedenfalls geht ihm aber ein Prozess der Wissenssammlung im Rahmen des formalisierten Verfahrens vorweg, den einzelne Mitglieder des Gerichts unterschiedlich stark einbeziehen, wenn sie eine befolgungsfähige Anordnung formulieren und dem Senat zur Disposition stellen.

3. Kommunikativ-autoritative Elemente ohne Tenorierungsvarianten

Vorgenannte Erwägungen setzen allerdings voraus, dass das Gericht im Grundsatz einen Verfassungsverstoß festgestellt hat. Erst wenn eine Norm für mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt wurde, eröffnet sich dem Gericht die Möglichkeit, im Tenor normsetzend tätig zu werden. Erklärt es eine Norm hingegen für mit dem Grundgesetz vereinbar, droht keine Veränderung in der Rechtsordnung und -wirklichkeit durch einen Normenwegfall. Die Voraussetzungen dafür, in der soeben genannten Gestalt Übergangsrecht zu setzen, sind dann nicht erfüllt. Gleichwohl lässt sich beobachten, dass das Bundesverfassungsgericht auch bei Entscheidungen der Verfassungsmäßigkeit entweder durch eine explizite Verbindung des Tenors mit den tragenden Gründen befolgungspflichtige Regelungen gesetzt hat⁹⁵⁸ oder nicht im Tenor, aber in den Entscheidungsgründen die Bedingungen einer verfassungskonformen Auslegung einer Norm formuliert.⁹⁵⁹ Hierbei tritt es durch die Formulierung von Rechtsprechungsdirektiven insbesondere mit der Fachgerichtsbarkeit in einen Dialog. Gegenüber den auf der Verfassungswidrigkeit basierenden Tenorierungsvarianten besteht hier also der Unterschied, dass primärer Adressat der Entscheidung kein mit einer Neuregelung betrauter Gesetzgeber, sondern der Anwender des verfassungskonformen Gesetzes ist.⁹⁶⁰ Ziel des Formulierungsverfahrens verfassungsgerichtlicher Direktiven ist es dann nicht, gesetzgeberischen

958 Vgl. etwa BVerfGE 149, 126 – Sachgrundlose Befristung (2018); ähnlich auch BVerfGE 134, 33 (33 f.) – Therapieunterbringungsgesetz (2013); erstmals ausdrücklich wohl in BVerfGE 30, 83 – Verfassungskonforme Auslegung § 31 BWGöD (1971), vgl. *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 39.

959 Ein Beispiel findet sich u.a. bei BVerfGE 69, 315 (347 ff.) – Brokdorf (1985); zur grundsätzlichen Anerkennung der verfassungskonformen Auslegung m.w.N. *Geis*, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 1992, 1025 (1026).

960 Gleichwohl können auch bei Entscheidungen, die eine Norm für vereinbar mit dem Grundgesetz erklären Handlungspflichten an den Gesetzgeber formuliert werden, vgl. etwa BVerfGE 156, 63 (140 f.) – Elektronische Aufenthaltsüberwachung (2020),

Fehlerfolgen zu beheben, sondern verfassungswidriger Normanwendung präventiv zu begegnen, indem verfassungskonforme Auslegungsmöglichkeiten einfachen Rechts aufgezeigt werden.

Dies hat allerdings zur Folge, dass die Thematik der verfassungskonformen Auslegung nicht mehr lediglich als Abgrenzungsproblem zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht verortet werden kann.⁹⁶¹ Vielmehr ist bei einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung über die verfassungskonforme Auslegung einer Norm auch die Rezeptionsfähigkeit und -bereitschaft der Fachgerichtsbarkeit in den Blick zu nehmen.⁹⁶² Greift die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts hierbei zu stark in die Auslegung des Fachrechts ein, droht eine geringere Folgebereitschaft der Fachgerichtsbarkeit. Deutlich ist dies etwa an der Auseinandersetzung zwischen dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts und dem 6. Zivilsenat des BGH zur Einordnung eines Kindes als Schaden im Sinne des zivilrechtlichen Schadensrechts geworden.⁹⁶³ Die Äußerung des BVerfG, die Einordnung eines Kindes als Schadensquelle im Sinne des Deliktsrechts käme aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht,⁹⁶⁴ wurde von Mitgliedern des zuständigen 6. Zivilsenats des BGH als übergriffig empfunden.⁹⁶⁵ In der Folge ist der BGH der Auslegungsdirektive des Schadensbegriffes nicht gefolgt.⁹⁶⁶

Gleichermaßen droht die Implementation verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgehalte defizitär zu bleiben, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht deutlich genug formuliert, was es von den Rezipienten seiner Ent-

in der das Gericht dem Gesetzgeber trotz Vereinbarkeit der Norm mit dem GG Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflichten auferlegt.

961 Diese Grenze zieht das BVerfG selber, vgl. nur BVerfGE 18, 97 (111) – Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern (1964); E 126, 29 (46 f.) – Gleichbehandlung von Arbeitnehmergruppen (2010); E 133, 377 (422 f. – Rn. 104) – Ehegattensplitting für Lebenspartner (2013).

962 Zum Kompetenzkonflikt mit der Fachgerichtsbarkeit durch eine „verfassungskonforme Auslegung“ *Berkemann*, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 1996, 1028 (1032).

963 Dazu *Oetker* in: *Säcker et al.* (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 2, 9. Auflage 2022, § 249 Rn. 32.

964 BVerfGE 88, 203 (295 f.) – Schwangerschaftsabbruch II (1993); dies war wohlge-merkt zwischen dem Ersten und Zweiten Senat umstritten, vgl. die folgende Ent-scheidung des Ersten Senats BVerfGE 96, 375 (394 ff.) – Kind als Schaden (1997).

965 Dahingehend äußerte sich die damalige Richterin am BGH und Senatsmitglied *Gerda Müller* während des 61. Deutschen Juristentages, *G. Müller*, Verhandlungen des 61. DJT, II/2 Teil O (1996), S. 66.

966 BGH NJW 1994, 788 (790).

scheidung erwartet. Deutlich ist dieses Problem etwa bei der Entscheidung zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen geworden, als das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit einer wiederholten Befristung an die Tatbestandsmerkmale der sehr lange zurückliegenden, ganz anders gearteten oder sehr kurzen Vorbeschäftigung geknüpft hat.⁹⁶⁷ Dies hat das BAG zwar in seine Rechtsprechung aufzunehmen versucht.⁹⁶⁸ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht die Fachgerichtsbarkeit durch seine Entscheidung mit erheblichen Unsicherheiten konfrontiert.⁹⁶⁹

Anspruch eines verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens muss es sein, eine größtmögliche Implementation seiner Vorgaben an die Rechtsanwender zu bewirken. Der Erfolg dieser Zielsetzung hängt maßgeblich davon ab, ob es dem Gericht gelingt, einerseits mit der notwendigen Zurückhaltung den Fachgerichten zu begegnen, andererseits aber hinreichend bestimmte Aussagen zur Anwendung seiner Entscheidung zu kommunizieren. Hier wird erneut die Besonderheit des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens offenbar, das auf die freiwillige Befolgung und somit ein funktionierendes Kooperationsverhältnis angewiesen ist.

Eine verfassungsgerichtliche Äußerung, die Rechtsprechungsdirektiven erfolgreich vermitteln will, darf deswegen kein Diktat sein und den Anspruch reiner Ausführung durch die Adressaten erheben. Vielmehr bezieht die richterrechtliche Rechtsfortbildung ihre Adressaten mit ein und kann nur kooperativ entstehen.⁹⁷⁰

Die Mindestanforderung, der verfassungsgerichtliche Auslegungsdirektiven gerecht werden müssen, ist deswegen, die mit der ausgelegten Norm betrauten Gerichtsbarkeit einzubeziehen.⁹⁷¹ Betrachtet man diese Einbezie-

967 BVerfGE 149, 126 (151) – Sachgrundlose Befristung (2018)

968 BAG NZA 2019, 700 (702 f.).

969 Dazu *Bayreuther*, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung, NZA 2018, 905 (908); diese Bedenken macht das BAG sich zu eigen, indem es auf *Bayreuther* in der Entscheidung BAG NZA 2019, 700 (702) Bezug nimmt; ebenso *Sura*, Die jüngere Rechtsprechung des BAG im Befristungsrecht, NZA-RR 2023, 169 (172); *Lembke/Tegel*, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, 1029 (1032).

970 Dazu und zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung, *Bumke*, Abstrakt-generelle Hinweise des Gerichts, NJW 2021, 1366 (1368 f.).

971 In den o. in Fn. 958 zitierten Entscheidungen geschieht dies etwa durch das BAG, vgl. BVerfGE 149, 126 (136) – Sachgrundlose Befristung (2018). Hinsichtlich der Entscheidung zum Therapieunterbringungsgesetz hat sich nicht nur die zuständige Fachgerichtsbarkeit, sondern auch der Generalbundesanwalt, also ein Vertreter der Exekutive äußern können, BVerfGE 134, 33 (47 ff.) – Therapieunterbringungsgesetz (2013).

hung genauer, lassen sich die Einflüsse und Wechselwirkungen zwischen Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht erkennen. Die verfassungsgerichtliche Auslegungsdirektive hinsichtlich des Therapieunterbringungsgesetzes, dass § 1 I ThUG mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sofern als Voraussetzung einer Unterbringung das Tatbestandsmerkmal der hochwahrscheinlichen Rechtsgutsverletzung verfassungskonform als „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten“ ausgelegt wird,⁹⁷² ist nicht etwa aus dem konkreten verfassungsgerichtlichen Verfahren entstanden, sondern bereits durch den Bundesgerichtshof unter Bezugnahme auf die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung⁹⁷³ in verfassungskonformer Auslegung übernommen worden.⁹⁷⁴ Dies hat das Bundesverfassungsgericht sodann bestätigt und die Auslegung durch Aufnahme in die tragenden Gründe auf das ThUG übertragen.⁹⁷⁵ Das Formulierungsverfahren einer Auslegungsdirektive war in diesem Fall also keine verfassungsgerichtliche Grenzüberschreitung in die Fachgerichtsbarkeit, sondern Resultat eines höchstgerichtlichen Kommunikationsprozesses.⁹⁷⁶

Dass ein solcher Kommunikationsprozess zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Fachgerichtsbarkeit auch seitens des Gesetzgebers vorgesehen ist, ergibt sich aus § 82 IV BVerfGG. Hierdurch erlangt die mit der Auslegung der Norm befasste Fachgerichtsbarkeit die Möglichkeit, ihre Auffassung zur Anwendung der einfachgesetzlichen Norm, auch in Bezug auf eine etwaige verfassungskonforme Auslegung, in das Verfahren der Formulierung von Auslegungsdirektiven einzubringen.⁹⁷⁷ Durch § 22 IV 2 GO-BVerfG wird die Möglichkeit der Beteiligung der Fachgerichtsbarkeit auf die übrigen Verfahrensarten erweitert und dem Gericht so die eigenständige Steuerung der fachgerichtlichen Beteiligung ermöglicht.⁹⁷⁸ Dies wird

972 BVerfGE 134, 33 (34) – Therapieunterbringungsgesetz (2013).

973 BVerfGE 128, 326 (332) – Sicherungsverwahrung I.

974 BGH NJW 2011, 2744 (2745 – Rn. 19 ff.).

975 Coen in: *Graf* (Hrsg.), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 54. Ed., Stand 1.1.2025, ThUG, § 1 Rn. 35.

976 Vertiefend zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung als eigenständigem Kommunikationsformat, *Albers*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (266 ff.).

977 Zur Beteiligung der Fachgerichtsbarkeit *Geißler* in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 18. Ed., 1.12.2024, § 82 Rn. 19.

978 Zum bedeutsamen Fall der Verfassungsbeschwerde etwa *Hömig* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/H. Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 64. EL August 2024, § 94 Rn. 4.

noch dadurch verstärkt, dass das Bundesverfassungsgericht durch die eigenständige Ausgestaltung seiner Zugangerfordernisse faktisch entscheiden kann, in welchen Angelegenheiten es in den Kommunikationsprozess eintreten möchte.⁹⁷⁹

Es lässt sich festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht – wenn es dies überhaupt tut – nicht völlig autark die Auswirkungen seiner Wertungen auf die Auslegung einfachen Rechts formuliert, sondern dies regelmäßig unter Einbeziehung der Fachgerichtsbarkeit geschieht. Die auch gesetzlich angelegte Kommunikationsbeziehung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit ist ein wesentlicher Faktor für die erfolgreiche Implementation der verfassungsgerichtlichen Wertungen. Dennoch ist der verfassungsgerichtliche Zugriff auf die Auslegung einfachen Rechts nicht grenzenlos. Zum einen ist die Kommunikation auf das gerichtliche Verfahren beschränkt, sodass Äußerungen über eine verfassungskonforme Auslegung von einfachgesetzlichen Normen nicht außerhalb dieses Settings in einem Dialog zwischen Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht erfolgen dürfen. Gleichwohl bestehen enge, auch institutionalisierte Verbindungen zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Fachgerichtsbarkeit.⁹⁸⁰ Als eine Art vertrauensbildende Maßnahme kann eine solche Vernetzung Grundlage für ein produktives Zusammenwirken sein. Gleichzeitig wurde in mehreren Interviews auch geäußert, Fachfragen zu diskutieren. Dies wird wohl zulässig sein, soweit ein gewisser Abstraktionsgrad in der Diskussion beibehalten wird. Konkrete Auslegungsvorgaben abseits eines Verfahrens sind hingegen unzulässig. Weil das Gericht nämlich, anders als der Gesetzgeber etwa in Art. 76 GG, durch das Grundgesetz kein Initiativrecht hinsichtlich der Ausübung seiner Kontroll- und gegebenenfalls Korrekturtätigkeit zugesprochen bekommen hat, ist es auf die Aktivierung durch Dritte angewiesen.⁹⁸¹ Zwar bestehen durch diverse, teils strenge Zulässigkeitsvoraussetzungen tatsächliche Zugangshürden zur höchst-

979 Albers, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (274).

980 Vgl. dazu o. S. III ff.

981 Zur Justizförmigkeit des Verfahrens Voßkuhle in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Bd. 3, 8. Auflage 2024, Art. 93 Rn. 21; zu deren Legitimationswirkung für gerichtliche Rechtskonkretisierung Buchheim, Rechtsprechung ohne Fall, AöR 148 (2023), 521 (530 f.); ebenso mit Bezug auf die Legitimationswirkung aufgrund des gerichtlichen Schutzes von Grundrechten C. Möllers in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 3. Auflage 2019, S. 281 (369 f.).

gerichtlichen Normsetzung.⁹⁸² Dies ist aber dadurch gerechtfertigt, dass die verfassungskonforme Auslegung als „teilweise Nichtigerklärung ohne Normtextreduzierung“ insgesamt restriktiv angewendet werden muss.⁹⁸³ Die Verfahrensabhängigkeit der Kommunikationsbeziehung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit hat zusätzlich den Vorteil einer Kontextualisierung der getroffenen Wertungen. Anders als bei einer abstrakten Auslegung kann im Zuge eines konkreten Falles besser verdeutlicht werden, was das Bundesverfassungsgericht mit seinen Aussagen tatsächlich meint.⁹⁸⁴

Neben der formellen Begrenzung auf ein konkretes Verfahren muss das Bundesverfassungsgericht, selbst wenn eine verfassungskonforme Auslegung einfachen Rechts das Resultat einer Kommunikationsbeziehung darstellt, die materiellen Grenzen seiner Kontrollkompetenz achten. Teil des Formulierungsverfahrens von durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen als verbindlich geadelte verfassungskonforme Auslegungen ist nämlich die Feststellung der institutionellen Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Eine solche kann aber nur dann bestehen, wenn es sich nicht außerhalb seines Prüfungsmaßstabs bewegt. Diesen hat das Gericht – auch angesichts eines weitgehenden Zugriffs auf die Entscheidungen der Fachgerichtsbarkeit aufgrund der *Elfes*-Entscheidung⁹⁸⁵ sowie der *Lüth*-Entscheidung⁹⁸⁶ – in seinem Patentbeschluss bereits in den 1960er Jahren auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts konkretisiert.⁹⁸⁷ Das bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen ausschließ-

982 Schönberger, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 296 (310); Schönberger bezieht dies zwar in erster Linie auf die Fachgerichtsbarkeit. Angesichts der teilweise enormen Zugangshürden vor allem hinsichtlich der konkreten Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde lässt sich gleiches aber auch auf das verfassungsgerichtliche Verfahren übertragen.

983 Vgl. Voßkuhle, Verfassungskonformen Auslegung, AöR 125 (2000), 177 (181 ff.); Bettermann will sie deswegen ausschließlich dem BVerfG zubilligen, Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 31 f.

984 Zu den Implementationsproblemen gerichtlicher Wertungen bei fehlendem Bezug zum konkreten fachgerichtlichen Verfahren im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH Buchheim, Rechtsprechung ohne Fall, AöR 148 (2023), 521 (549 f.).

985 BVerfGE 6, 32 – Elfes (1957).

986 BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958).

987 BVerfGE 18, 85 (92 f.) – Patentbeschluss (1964); zum Erfordernis der Abgrenzung aufgrund der Lüth-Entscheidung und der Elfes-Entscheidung Schorkopf, BVerfGE 18, 85, ZöR 2022, 789 (790).

lich Normen des Grundgesetzes verbindlich auslegen darf. Das einfache Recht auszulegen ist zwar erforderlich, um die Beeinträchtigung grundgesetzlicher Gewährleistungen beurteilen zu können. Dieser Vorgang stellt aber die einfachgesetzliche Norm nicht in den Mittelpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen seiner Kontrollkompetenz zu fragen, ob eine fachgerichtlich gewählte Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Die Ableitung von Aussagegehalten aus einer einfachgesetzlichen Norm obliegt hingegen ausschließlich der Fachgerichtsbarkeit.⁹⁸⁸ Ist die verfassungskonforme Auslegung nun Teil des Auslegungskanons für einfaches Recht,⁹⁸⁹ darf eine positive Formulierung verfassungskonformer Auslegungsmöglichkeiten – im Sinne eines Kreativionsvorgangs – durch das Bundesverfassungsgericht nicht erfolgen. Stattdessen ist das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der „verfassungskonformen Auslegung“ darauf beschränkt, vorgefundene Auslegungsvarianten der Fachgerichtsbarkeit für verfassungsmäßig oder verfassungswidrig zu erklären, ohne hierbei für sich eine abschließende Lösung zu reklamieren.⁹⁹⁰

Die verbindlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Auslegung einfachen Rechts unterliegen damit im Vergleich zu den Tenorierungsvarianten bei verfassungswidrigen Gesetzen engeren Voraussetzungen. Soll dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Unvereinbarerklärung eine Normkreation, also eine temporäre Gestaltung der Rechtsordnung, zugebilligt sein, ist das Gericht hinsichtlich der verfassungskonformen Auslegung eingeschränkt. Der zweitgenannte Fall steht allerdings vor einer anderen Ausgangssituation, weil das Bundesverfassungsgericht aufgrund des Fortbestehens der geprüften Norm nicht riskiert, einen Gesamtregelungszusammenhang derart zu verändern, dass ein rechtliches oder tatsächliches „Chaos“ entsteht. Ebenfalls hat das Gericht durch die Vereinbarerklärung gerade festgestellt, dass die Regelungssituation nicht von verfassungsrechtlichen Vorgaben abweicht. Anders als bei der Normsetzung im Zuge von Unvereinbarkeitserklärungen kommt die Folgeverantwortung für die Implementation der verfassungsgerichtlichen Entschei-

988 *Berkemann*, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 1996, 1028 (1030); so auch aus Zweckmäßigkeitserwägungen *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 34 ff.

989 *Lüdemann*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2020, § 7 Rn. 14, der die verfassungskonforme Auslegung allerdings als Unterfall der systematischen Auslegung betrachtet.

990 *Vofßkuhle*, Verfassungskonforme Auslegung, AöR 125 (2000), 177 (198).

ungsgehalte, die den Inhalt einer gesetzlichen Regelung nur wiedergeben, dem Gesetzgeber zu und nicht dem Bundesverfassungsgericht.

III. Zusammenfassung: Zusammenspiel von Diskursivität und Autorität

Während seines Hauptverfahrens hat das Bundesverfassungsgericht mithin verschiedene Möglichkeiten, die Befolgung seiner Entscheidungen und Entscheidungsgehalte abzusichern. Zwar ist eine grundsätzliche Unterteilung in diskursive Elemente mit dem Ziel, die freiwillige Befolgung zu fördern einerseits, sowie autoritative Entscheidungsaussprüche mit einer unbedingten Befolgungsverpflichtung andererseits zielführend, um die unterschiedlichen Ansatzpunkte der Entscheidungsdurchsetzung zu verdeutlichen. Die diskursive Verfahrensgestaltung soll nämlich die Akzeptanz als zentrale Ressource des Gerichts festigen, während die autoritativen Anordnungen auf dieser Grundlage und mit der Autorität der Verfassung das rechtlich Gesollte befolgungsfähig darstellen und anordnen. Gleichwohl sind Diskursivität und Autorität nicht als zwei monolithische Säulen der Durchsetzungsaspekte im Hauptverfahren zu verstehen, sondern weisen Interdependenzen und Bezüge zueinander auf.

Die diskursive Verfahrensgestaltung etwa erschöpft sich nicht in ihrer Ventilfunktion, sondern kann dem bezweckten akzeptanzfördernden Charakter nur dann vollumfänglich Rechnung tragen, wenn die Beteiligten sehen, dass sich ihr Vorbringen tatsächlich in der gerichtlichen Entscheidung wiederfindet. Das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Hauptverfahrens zeichnet sich dadurch aus, dass die Einspeisung von Rechtsauffassungen in den Prozess diskursiv erfolgt und die letztverbindliche, autoritative Anordnung des Gerichts einen inneren Bezug zu diesem Vorbringen herstellt. Sichtbar wird dies insbesondere durch die Methodik der Entscheidungsbegründung, wenn das Gericht sich zwar für eine Auslegung entscheidet, der Gegenauffassung aber argumentative Zugeständnisse macht. Auch das Beweiserhebungsrecht und die Art und Weise der Beweiserhebung spielen – wenn sie auch in erster Linie der Produktion einer materiell richtigen Entscheidung dienen – für die Betroffenenakzeptanz eine zentrale Rolle. Die autoritativen Anordnungen des Gerichts sind in der Folge kein Produkt freier Schaffenskraft des Gerichts, sondern entstehen durch einen Umwandlungsprozess des Inputs im Rahmen des Diskurses unter Anwendung der rechtlichen Überzeugungen des Gerichts.

Von diesem Zusammenspiel zwischen diskursiver Einspeisung in das Verfahren und autoritativem Endprodukt profitiert die Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen sowohl im Falle einer Vereinbarungserklärung als auch bei einer Unvereinbarerklärung verbunden mit einer verfassungsgerichtlichen Normsetzung. In beiden Fällen ist das Gericht darauf angewiesen, nicht gänzlich autark in einen Formulierungsprozess einzutreten, sondern kommunikativ mit den Rezipienten der Entscheidung im Kontakt zu stehen. Während dies bei der Unvereinbarerklärungen einer einfachgesetzlichen Norm mit dem GG einen engeren Bezug zum konkreten Fall aufweist, weil hier die konkret kontrollierte Norm wegfällt und das Gericht aufgrund der unmittelbar eintretenden Veränderung der Rechtsordnung ein Folgenmanagement für den Wegfall der Norm betreiben muss, ist die Entwicklung einer verfassungskonformen Auslegung mit Bindungswirkung im Rahmen der Vereinbarungserklärung einer einfachgesetzlichen Norm mit dem GG verfahrensübergreifend möglich. Die autoritative Vorgabe wird durch einen diskursiven Vorgang mit der Fachgerichtsbarkeit erst ermöglicht. Ohne einen solchen vorangehenden Diskursvorgang wäre die Formulierung der verfassungsgerichtlichen Anordnung also nicht denkbar.

Schließlich wird bereits im Hauptsacheverfahren die Grundlage für eine aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts erfolgreiche Rezeption durch die (Fach-)Öffentlichkeit gelegt. Indem das Beweismittelrecht des Gerichts auf normativ-wertende Rechtsfragen erstreckt wird, bezieht das Bundesverfassungsgericht die Fachöffentlichkeit in das Verfahren mit ein und erlangt so durch den Diskurs im Hauptverfahren den ersten Zugriff auf die wissenschaftliche Begleitung der gerichtlichen Entscheidung. Gleiches gilt hinsichtlich der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, durch die das Gericht einen Akzeptanzgewinn erlangen kann. Hieran wird deutlich, dass die Anwendung des Beweismittelrechts von zentraler Bedeutung für die Steuerung des Diskurses und damit die Akzeptanzsicherung im Verfahren ist.

Die Grenzen der durchsetzungssichernden Mittel im Hauptverfahren sind im Wesentlichen kompetenzielle. Hinsichtlich der diskursiven Verfahrensgestaltung ist es erforderlich, dass das Gericht seine Rolle als dem gesellschaftlichen Diskurs einen Rahmen gebende Institution beachtet und nicht den Anspruch erhebt, gesellschaftliche und politische Konflikte abschließend zu lösen. Die autoritativen Anordnungen müssen einerseits, wenn es Übergangsrecht nach einer Unvereinbarerklärung setzt, eine notwendige Zurückhaltung des Gerichts gegenüber dem Gesetzgeber wider-

spiegeln. Andererseits muss es ebenso bei der verfassungskonformen Auslegung von einfachem Recht gegenüber der zuständigen Fachgerichtsbarkeit seine Grenzen achten.

C. Der Hauptsache nachgelagerte Durchsetzungsmechanismen

Nachdem das Gericht eine Hauptsacheentscheidung erlassen hat, schließt sich kein Zwangsvollstreckungsverfahren im engeren Sinne an. Das bedeutet allerdings nicht, dass das Gericht die Umsetzung der Entscheidungsgehalte dem Zufall überlassen muss. Zwar ist die normative Verankerung autoritativer Anordnungen zur Durchsetzung der Entscheidung im Vergleich zu einfachrechtlichen Prozessrechtsordnungen dünn bemessen. Dafür treten informelle Instrumente in den Vordergrund. Bevor diese Handlungsmöglichkeiten des Gerichts allerdings näher betrachtet werden, stellt sich zunächst die Frage, wann das Gericht sich überhaupt zum Tätigwerden entschließt. Die Antwort hierfür kann die gerichtliche Beobachtung der Entscheidungsbefolgung liefern.

I. Verfassungsgerichtliches Monitoring-Verfahren

Das Bundesverfassungsgericht kann einer defizitären Umsetzung seiner Entscheidungsgehalte nur entgegenwirken, wenn es von deren Umsetzungsstand Kenntnis hat. Indem das Gericht seine Entscheidungen beobachtet, versetzt es sich selbst in die Lage, durchsetzungserhebliche Sachverhalte zu selektieren.⁹⁹¹ Denn nur wenn das Gericht weiß, wie seine Entscheidungen umgesetzt werden, kann es beurteilen, ob diese richtig umgesetzt werden. Dabei leuchtet ein, dass das Gericht nicht selbstständig alle Entscheidungen aktiv und kontinuierlich beobachten kann, zu umfangreich ist die Zahl der erledigten Verfahren. Deswegen stellt sich einerseits die Frage, nach welchen Kriterien zu überwachende Entscheidungen ausgewählt werden. Ebenfalls sind an der Überwachung der Entscheidungsumsetzung regelmäßig mehrere Parteien beteiligt. Für das Monitoring ist somit ebenso relevant, inwiefern das Gericht diese anderen Beteiligten aktivieren kann und auf welche Art sie die Monitoringtätigkeit des Gerichts ergänzen. Insgesamt wird sich zeigen, dass die Beobachtung der Entscheidungsum-

991 Zur Legitimationswirkung von prozessualen Selektionsentscheidungen vgl. o. S. 131 ff.

setzung gelingt, wenn formelle prozessuale Instrumente und informelle Instrumente zusammenspielen.

1. Möglichkeiten des gerichtlichen Monitorings

Monitoringverfahren sind im judikativen Bereich untypisch.⁹⁹² Während sie der Legislativen und Exekutiven helfen können, mit den Folgen einer Entscheidung umzugehen und gegebenenfalls die Entscheidungen nachträglich anzupassen,⁹⁹³ nimmt diese Funktion im fachgerichtlichen Tätigkeitsbereich das Zwangsvollstreckungsrecht ein. Befolgt der Adressat eine durch ein Urteil titulierte Verhaltensanordnung nicht freiwillig, sehen die verschiedenen Prozessordnungen teils umfangreiche Möglichkeiten vor, wie der durch das Urteil Begünstigte die Entscheidung durchsetzen lassen kann. Auch beinhaltet das Zwangsvollstreckungsrecht für nachträglich auftretende Hindernisse der Vollstreckung regelmäßig Ausnahmetatbestände und prozessuale Regelungen.⁹⁹⁴ Verfassungsgerichtliche Entscheidungsgegenstände sind hingegen nur begrenzt der Vollstreckung zugänglich. Es ist praktisch unvorstellbar, dass ein Gesetzgebungsauftrag zwangsweise vollstreckt wird. Die Beobachtung der Entscheidungsumsetzung gibt dem Bundesverfassungsgericht gleichwohl die Möglichkeit, nach Erlass einer Entscheidung festzustellen, inwiefern die Entscheidungsgehalte des Gerichts implementiert werden und gegebenenfalls nachzusteuern. Monitoringverfahren stellen eine weiche Kompensation fehlender harter Vollstreckungsmaßnahmen dar. Gleichwohl sind sie kein reines Beobachtungsmittel ohne durchsetzungsfördernde Auswirkungen. Richtig angewendet liefern sie einerseits die Grundlage für weitergehende Maßnahmen, können aber andererseits einen politisch wirkenden Druck auf die Entscheidungs-

992 Gusy weist darauf hin, dass das Monitoringverfahren grundsätzlich von Gerichten losgekoppelt ist, Gusy, Grundrechtsmonitoring, Der Staat 47 (2008), 511 (534).

993 Zu der Verpflichtung, notwendigenfalls nachzusteuern BVerfG NJW 2002, 1638 (1639).

994 Vgl. etwa für nachträglich eintretende Vollstreckungshindernisse die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO; auch das verfassungsgerichtliche Prozessrecht hat im Kontext des § 79 BVerfGG eine Ausstrahlungswirkung auf das fachrechtliche Zwangsvollstreckungsrecht, vgl. dazu Engländer/Zimmermann in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), MüKo StPO, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 359 Rn. 72 f.

verpflichteten aufbauen, indem sie deren Renitenz öffentlichkeitswirksam aufzeigen.⁹⁹⁵

Im Kontext des internationalen Menschenrechtsschutzes beispielsweise bezwecken Monitoringverfahren auch abseits justizieller Gewährleistungssysteme, Mechanismen zur Verfügung zu stellen, um grundlegende Rechtspositionen zu verwirklichen und zu sichern.⁹⁹⁶ Die Instrumente der Rechtsdurchsetzung sind vielfältig. Durch die Veröffentlichung von Berichten kann beispielsweise die Öffentlichkeit für Umsetzungsdefizite rechtlicher Vorgaben sensibilisiert werden.⁹⁹⁷ Den Berichten kann eine Kontrolle durch ein unabhängiges Komitee vorausgehen, wodurch die objektive Beurteilung der tatsächlichen Situation erleichtert wird.⁹⁹⁸ Werden die Umsetzungsverpflichteten zusätzlich damit beauftragt, regelmäßig eigenständig über den Umsetzungsstand zu berichten, kann so ein Rechtfertigungsdruck bei fehlender Umsetzung erzeugt werden, sofern die Berichte durch entsprechende Interessengruppen rezipiert und verbreitet werden.⁹⁹⁹

Im Umwelt- und Planungsrecht werden Behörden zur Folgenbeobachtung verpflichtet, um einen negativen Entscheidungsverlauf frühzeitig zu erkennen und reagieren zu können.¹⁰⁰⁰ Monitoringverfahren sind regelmäßig dann durchzuführen, wenn die möglichen Folgen der Entscheidung

995 Dazu am Beispiel der frz. Abteilung für Berichterstattung und Studien am Conseil d'Etat, *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 86 ff.; vgl. auch *W. Müller*, Der Conseil d'Etat, AöR 117 (1992), 337 (377), der insbesondere auch die durch Medien vermittelte Öffentlichkeitswirksamkeit unterstreicht.

996 Mit Beispielen *Gusy*, Grundrechtsmonitoring, Der Staat 47 (2008), 511 (522 ff.); vgl. auch *Spénlé*, der die Durchsetzungsdimension von Monitoring-Mechanismen explizit unterstreicht, *Spénlé*, Die Staatenberichtsverfahren der UNO-Menschenrechtsverträge, 2011, S. 26 f.

997 Dazu im Kontext der Europäischen Agentur für Grundrechte etwa von *Bogdandy/von Bernstorff*, Die Europäische Agentur für Grundrechte, EuR 2010, 141 (154 f.); kritisch zur Einordnung als Monitor hingegen *De Schutter* in: *Byrne/Entzinger* (Hrsg.), Human Rights Law and Evidence-Based Policy, 2020, S. 13 – 27.

998 Derartige „Besuche“ führt etwa das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe durch, vgl. dazu umfassend *Alleweldt*, Präventiver Menschenrechtsschutz, EuGRZ 1998, 245 (249 ff.).

999 Zur Funktion von Berichtspflichten im Kontext der Staatenberichte *Spénlé*, Die Staatenberichtsverfahren der UNO-Menschenrechtsverträge, 2011, S. 34 ff., zur Notwendigkeit von „Katalysatoren“ insb. S. 40 f.

1000 *Wahlhäuser* in: *Kment* (Hrsg.), Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage 2019, § 35 Rn. 9; mit weiteren Beispielen auch *Windoffer*, Entscheidungsmonitoring in Gesetzgebung und Verwaltung, VerwArch 102 (2011), 343 (346 ff.).

sich dynamisch verändern können und damit das Risiko einhergeht, dass entgegen einer Prognoseentscheidung der entscheidenden Stelle der hinreichende Schutz bestimmter Rechtsgüter nicht gewährleistet werden kann.¹⁰⁰¹ Eine ähnliche Situation besteht im Kontext verfassungsgerichtlicher Entscheidungsdurchsetzung auch. Die freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgehalte unterliegt zum Zeitpunkt der Entscheidung einer verfassungsgerichtlichen Prognose und kann, abhängig von Entscheidungsgegenstand und politischer sowie medialer Rezeption der Entscheidung, sich anders entwickeln als ursprünglich prognostiziert.

Diese Funktionen des Monitorings kann deswegen auch das Bundesverfassungsgericht im Grundsatz für sich fruchtbar machen. Weil es für seine Entscheidungssimplementierung bereichsabhängig darauf angewiesen ist, dass die Öffentlichkeit auf die Entscheidungsadressaten Druck ausübt,¹⁰⁰² besteht eine vergleichbare Interessenlage des Gerichts zu legislativen und exekutiven Beobachtungsverfahren bzw. Beobachtungsverfahren im Bereich internationaler Übereinkommen. Im letztgenannten Bereich etwa ist eine zwangsweise Durchsetzung von Handlungsverpflichtungen – wie auch bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts insbesondere im Bereich der Gesetzgebung – schwer vorstellbar.¹⁰⁰³ Ebenfalls sind die Durchsetzungszuständigkeiten nach Erlass der Entscheidung teilweise diffus. Ordnet das Gericht etwa an, ein Regelungskomplex müsse neu normiert werden, kommen mehrere initiativberechtigte Organe im Gesetzgebungsverfahren als Adressat der Entscheidung in Betracht. Wird auf diese – politisch geprägten – Organe durch den Umstand, dass ihr Tätigwerden aktiv beobachtet wird, mittelbarer Handlungsdruck ausgeübt, kann dies das Ziel der gesetzgeberischen Neuregelung herbeiführen, ohne dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Anordnung nach § 35 BVerfGG eines der gleichermaßen zuständigen Organe federführend mit der Neure-

1001 Vgl. dazu *Wördenweber*, Monitoring des Vorhabenträgers im Naturschutzrecht, 2023, S. 18 ff.

1002 Dazu sogleich u. S. 305 ff.; vgl. auch *Vanberg*, Legislative-Judicial Relations, *American Journal of Political Science* 45 (2001), 346 (347).

1003 Hinsichtlich des Pariser Abkommens weist *Franzius* etwa darauf hin, dass bei internationalen Abkommen auch nicht-rechtsförmige Durchsetzungsmechanismen an Bedeutung gewinnen, *Franzius*, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz, *ZUR* 2017, 515 (522); hinsichtlich des Seevölkerrechts *Buckler*, Ein Meilenstein für den völkerrechtlichen Meeresschutz?, *DÖV* 2023, 1025 (1034).

gelung beauftragen muss. Ein Monitoringverfahren wirkt so im Grundsatz einer Verantwortungsdiffusion der Entscheidungsumsetzung entgegen.¹⁰⁰⁴

Gleichermaßen bietet eine aktive Beobachtung der Entscheidungsumsetzung dem Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, Durchsetzungsdefiziten nachsteuernd zu begegnen. Damit ist nicht gemeint, dass das Gericht seinen Entscheidungsgehalt anpasst. Anders als bei exekutiven Beobachtungspflichten ist das Resultat eines verfassungsgerichtlichen Monitorings nicht die Revision einer Entscheidung, die sich nachträglich als unzureichend herausgestellt hat.¹⁰⁰⁵ Erlässt das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung, geht es von ihrer materiellen Richtigkeit aus. Es geht beim verfassungsgerichtlichen Monitoring also nicht darum, nötigenfalls den ursprünglichen Entscheidungsgehalt aufgrund sich ändernder Gegebenheiten zu verändern, sondern den Entscheidungsgehalt gegen den nachträglich eintretenden Umstand der defizitären Befolgung zu verteidigen. Indem es die Entscheidungsumsetzung überwacht, verschafft das Gericht sich also die Möglichkeit, reaktiv seine Entscheidungsgehalte abzusichern.

2. Das BVerfG als Monitor

Ein Monitoringverfahren ist im BVerfGG nicht umfänglich normiert. Dass eine aktive Entscheidungsbeobachtung dem geschriebenen Prozessrecht weitestgehend fremd ist, wird auch daran deutlich, dass eine Mehrheit der Interviewten zumindest anfangs, als sie auf die Beobachtung von Entscheidungen nach deren Erlass angesprochen wurden, die Existenz einer strukturierten Beobachtung verneint haben.

„Ein Instrumentarium, um zu schauen, was aus den Entscheidungen wird, gibt es überhaupt nicht. Wenn die abgeschlossen sind, verliert man sie aus dem Blick, man hat genug mit anderem zu tun.“¹⁰⁰⁶

1004 Trotzdem muss man sich vergegenwärtigen, dass ein Monitoringverfahren mit steigender Komplexität des Falles zunehmend erschwert wird, *Vanberg*, *Legislative-Judicial Relations*, *American Journal of Political Science* 45 (2001), 346 (355).

1005 Vgl. zu dieser kompensatorischen Funktion von Beobachtungspflichten der Verwaltung *Rauber*, *Kompensation durch Verfahren*, 2024, S. 186 ff. zu Beobachtungspflichten des Gesetzgebers, S. 249 ff.; das Monitoringverfahren der Verwaltung bleibt gleichwohl nur eine Vorstufe der Revisionsentscheidung, berichtigende Eingriffe sind dem Verfahren nachgelagert, *Herzmann*, *Monitoring als Verwaltungsaufgabe*, DVBl. 2007, 670 (672).

1006 Interview Nr. 8.

Allerdings stellten die interviewten Richter nicht nur auf tatsächliche Hindernisse einer Entscheidungsbeobachtung ab. Auch rechtliche Gründe sprächen gegen ein Monitoring durch das Gericht.

„Abgesehen von seltenen Vollstreckungsanordnungen (§ 35 BVerfGG) hat das Gericht schon von seiner ganzen Funktion her nicht nur keine Veranlassung, sondern auch keine Kompetenz, sich mit abgeschlossenen Fällen zu beschäftigen. Die „empirische“ Kontrolle, ob eine Entscheidung beachtet wird, gehört grundsätzlich nicht zu den Aufgaben des Gerichts. Aber wer antrags- oder beschwerdebefugt ist, kann die Frage in einem neuen Verfahren an das Gericht wieder herantragen.“¹⁰⁰⁷

Deutlich wird, dass das Bundesverfassungsgericht durch seine Richter jedenfalls nicht durchweg bewusst und gezielt eine Beobachtung der Entscheidungsumsetzung vornimmt. Bei näherer Betrachtung lassen sich allerdings trotzdem Verhaltensmuster des Monitorings erkennen. Selbst solche Richter, die die Existenz eines strukturierten Monitoringverfahrens ausdrücklich verneinten, brachten zum Ausdruck, dass jedenfalls in den jeweiligen Fachbereichen der einzelnen Richter eine wenigstens partikulare Beobachtung der Entscheidungsumsetzung stattfindet. Teilweise wurde auch eine aktive Beobachtung von Entscheidungen bejaht:

„Ich notiere mir die Fristen und schaue, was die [Anm. d. Verf.: der Gesetzgeber] gemacht haben, ob die was gemacht haben. Man guckt ja in das Gesetzblatt und weiß, dass da etwas kommt.“¹⁰⁰⁸

Es lässt sich hieran erkennen, dass in Sachen Monitoringverfahren keine einheitliche Handhabung innerhalb des Gerichts erfolgt, sondern diese aufgrund der geringen Normierungsdichte von dem Verständnis der unterschiedlichen Richter abhängig ist. Gleichwohl ist ein gewisses Maß an Systematisierung im verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsprozess möglich. Um diesen tatsächlichen Stellenwert des Monitorings durch das Gericht selbst im System seiner Entscheidungsdurchsetzung bestimmen zu können, stellt sich zunächst die Frage, wie das Gericht aus der Vielzahl seiner Entscheidungen Überwachungsgegenstände auswählt. Um die Umsetzung einer Entscheidung zu überwachen, stehen unterschiedliche Formen des Monitorings zur Verfügung, die anschließend in Bezug zueinander gesetzt werden.

1007 Interview Nr. 5.

1008 Interview Nr. 2.

a. Selektion des Überwachungsgegenstands

Würde das Bundesverfassungsgericht die Implementation aller Entscheidungen gleichermaßen überprüfen müssen, käme es an seine Belastungsgrenzen. Bei der Überwachung seiner Entscheidungen trifft das Gericht deswegen in einem ersten Schritt eine Selektionsentscheidung darüber, welcher Umsetzungsvorgang einer Entscheidung aktiv überwacht werden muss. Bei dieser Auswahlentscheidung ist insbesondere der Umstand relevant, dass das Monitoringverfahren die Implementationsdefizite ausgleichen soll, die mit einer herkömmlichen Entscheidungsdurchsetzung verbunden sind. Das bedeutet, dass eine Durchsetzung mittels Überwachung durch das Bundesverfassungsgericht dort nicht erforderlich ist, wo nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung weitere Verfahrensschritte zur Entscheidungsimplementation normiert sind. Im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde etwa verweist das Bundesverfassungsgericht die Sache zur erneuten Entscheidung gem. § 95 II BVerfGG an das zuständige Gericht zurück. Die Implementation der verfassungsgerichtlichen Regelungen in das einfache Recht und die tatsächliche Umsetzung obliegt dann dem Fachgericht. Für die Durchsetzung kann dieses dann auf sein jeweiliges fachprozessuales Durchsetzungsrecht zurückgreifen.

Die Umsetzung einer Entscheidung zu überwachen ist dort erforderlich, wo Widerstand gegen die Entscheidung erwartet werden kann. Trotz einer grundsätzlichen Folgebereitschaft hinsichtlich gerichtlicher Entscheidungen, lässt sich in bestimmten Bereichen eine gewisse Renitenz beobachten. Insbesondere dann, wenn Verfahren ein Thema zum Gegenstand haben, das einen gesteigerten politischen Stellenwert hat und die (tages-)politische Debatte betrifft, opponieren Entscheidungsadressaten mehr oder weniger verdeckt gegen die Entscheidungsgehalte.¹⁰⁰⁹ Deutlich wird dies etwa am Fall der Stadthalle Wetzlar, wo die Überlassung der Stadthalle an die NPD sowohl vor als auch nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung und deren Missachtung Gegenstand der parlamentarischen Debatte im hessischen Landtag war.¹⁰¹⁰ Immer dann, wenn vom Bundesverfassungsgericht behandelte Themengebiete einen hohen Bezug zu Werten haben und damit ideologisch aufladbar sind, ist es denkbar, dass sich Entscheidungsträger

1009 Dazu mit Beispielen *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 7 ff.

1010 Vgl. dazu Hess. Landtag, Plenarprotokoll 19/134 v. 22.3.2018, S. 9562 ff., sowie Hess. Landtag, Plenarprotokoll 19/137 v. 26.4.2018, S. 9806 ff.

einer politisch unpopulären Verpflichtung zur Umsetzung widersetzen.¹⁰¹¹ Insgesamt eignet ein Monitoringverfahren sich eher dazu, politiknahe Entscheidungen in den Blick zu nehmen, die eine erhebliche Breitenwirkung entfalten, als dass es sich auf konkret-individuelle Fälle fokussiert.¹⁰¹² Zwar kann das Bundesverfassungsgericht nicht von der Gerichtsförmigkeit seines Verfahrens absehen. Gleichwohl kann innerhalb der verfassungsgerichtlichen Verfahren vor diesem Hintergrund zwischen politiknahen Verfahren einerseits und politikfernen Verfahren andererseits differenziert werden. Bei den Verfahren, die einen politiknahen Charakter aufweisen, ist die Gefahr größer, dass Entscheidungsadressaten sich der Umsetzung widersetzen oder diese zumindest verzögern. Allerdings ist auch eine Einordnung als „hochpolitisch“ bzw. „politiknah“ nicht objektiv bestimmbar. Es kommt hier auf eine prognostische Entscheidung des Gerichts an, deren Qualität im Wesentlichen von Erfahrungsschatz und politischem Gespür der Richter abhängig ist.¹⁰¹³ Die Aussagen der Richter über die Prognose der Entscheidungsbefolgung verdeutlichen dies.

„Im Allgemeinen weiß man natürlich im Voraus, was besonders umkämpft ist, was deswegen, auch wenn das Urteil oder der Beschluss gefällt worden ist, Gegenstand von weiteren Auseinandersetzungen oder Kritik sein kann.“¹⁰¹⁴

Zwar wurden in einem Interview zur Prognose der freiwilligen Befolgung einer Entscheidung neben der subjektiven Wahrnehmung der Richter auch objektive Mittel angeführt.¹⁰¹⁵ Durch die Zuarbeit der Gerichtsverwaltung, etwa indem die Presseabteilung dem Gericht eine Übersicht über die mediale Rezeption der Entscheidungen zusammenstellt, lassen sich Indikatoren hinsichtlich der Bewertung durch Politik und Gesellschaft identifizieren.¹⁰¹⁶ Diese Beobachtung der Berichterstattung betrifft nicht zwangsweise die tatsächliche Umsetzung der Entscheidungsgehalte. Sie kann den Rich-

1011 Zu diesem Ergebnis kommt Gawron bei einer rechtssoziologischen Untersuchung des Verhältnisses von Religionsgemeinschaften zum BVerfG, Gawron, Bundesverfassungsgericht und Religionsgemeinschaften, 2017, S. 54 f.; am Beispiel des Schulrechts *Füssel/Hage/Staupe* in: *Blankenburg/Voigt* (Hrsg.), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, 1987, S. 395 (407); zur Rolle von Werten für die Berücksichtigung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen s. o. S. 97 ff.

1012 Gusy, Grundrechtsmonitoring, *Der Staat* 47 (2008), 511 (537).

1013 Zur Prognose der Betroffenenakzeptanz s.o. S. 237 ff.

1014 Interview Nr. 8.

1015 Vgl. dazu o. die Interviewaussage bei Fn. 826.

1016 Vgl. dazu die Interviewaussage o. vor Fn. 895.

tern allerdings Anhaltspunkte dahingehend geben, ob die Entscheidung derart fehlgedeutet wird, dass es unter Umständen erforderlich ist, nachsteuernd tätig zu werden.¹⁰¹⁷ Ein gewisses Maß an Objektivität ist also möglich, wenn der politische Charakter einer Entscheidung bestimmt werden soll. Dennoch machen die meisten interviewten Richter die Prognose des Konflikts um eine Entscheidung nach deren Erlass von individuellen, nicht objektivierbaren Fähigkeiten der Richter abhängig.

In erster Linie handelt es sich bei politiknahen Verfahren um staatsorganisationsrechtliche Verfahren, die die Rechtmäßigkeit bestimmter Maßnahmen im politischen Betrieb zum Gegenstand haben. Ebenfalls umfasst sind Verfassungsbeschwerden, die sich gegen Rechtsnormen wenden. Lediglich im Ausnahmefall, etwa wenn es aufgrund der politischen Sensibilität der Materie oder aufgrund bereits in der Vergangenheit aufgetretener Renitenz der Entscheidungsadressaten einen begründeten Anlass zu der Befürchtung gibt, dass der Entscheidungsadressat sich erneut widersetzen könnte,¹⁰¹⁸ eignen sich auch Verfahren, die die Überprüfung eines behördlichen oder gerichtlichen Einzelakts zum Gegenstand haben, als Monitoringgegenstand.¹⁰¹⁹ Dies ermöglicht zwar keine trennscharfe Abgrenzung, welche Verfahren beobachtungsbedürftig sind und welche nicht. Die Erkenntnisse liefern aber Indikatoren, wann das Gericht einer sensibilisierten Herangehensweise bedarf.

b. Handlungsformen gerichtsseitigen Monitorings

Die Monitoringhandlungen, die das Gericht von sich aus vornimmt, gestaltet es auch selbstständig aus. So finden sich im vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassenen BVerfGG keine direkten Regelungen zum Durchsetzungsmonitoring. Die vom Gericht erlassene Geschäftsordnung normiert hingegen in § 29 S. 2 GO-BVerfG den Ansatz einer gerichtsinternen Beobachtungspflicht. Danach hat der Direktor des Gerichts den Senatsvorsitzenden und den zuständigen Berichterstatter zu informieren, wenn eine im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichende Entscheidung nicht innerhalb von

1017 Vgl. dazu noch u. S. 311 ff.

1018 Denkbar wäre etwa der Fall der wiederholten Missachtung verfassungsgerichtlicher Vorgaben des OLG Hamburg oder des LG Berlin hinsichtlich des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit, vgl. o. Fn. 632.

1019 So auch *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 245 f.

drei Monaten veröffentlicht worden ist. Das bedeutet, dass sich das Gericht hinsichtlich Entscheidungen in Normenkontrollangelegenheiten eine aktive Beobachtungspflicht gegeben hat und im Fall der Nichtbefolgung zumindest den verfahrensleitenden Richtern die Möglichkeit gegeben werden soll, weitergehend zu reagieren. Dem Berichterstatter und dem Senatsvorsitzendem kommt insofern eine besondere Rolle bei der Beobachtung der Entscheidungsbefolgung zu. Ein ähnlicher Mechanismus existiert auch im Zuge der Urteilsverfassungsbeschwerden

„Die Verwaltung [Anm. d. Verf.: des Bundesverfassungsgerichts] fordert das Gericht, das die Entscheidung zugestellt bekommen hat, auf, von der Umsetzung zu berichten. Das tun die Gerichte auch regelmäßig und das wird dann auch nochmal dem Berichterstatter oder sogar der Kammer oder dem Senat zur Kenntnis gegeben, wie die Entscheidung umgesetzt worden ist.“¹⁰²⁰

Sowohl in Normkontrollverfahren als auch bei der Urteilsverfassungsbeschwerde nimmt das Monitoringverfahren der Gerichtsverwaltung demzufolge eine relevante Stellung ein. Die Verwaltung arbeitet in jedem Fall dem Berichterstatter zu, damit dieser die Umsetzung der Entscheidung nachvollziehen kann. Im ersten Fall übt die Gerichtsverwaltung eine aktive Beobachtungsaufgabe aus, im letzteren Fall überwacht die Verwaltung, ob Entscheidungspflichtete einer ihnen auferlegten Berichtspflicht nachkommen.

Die Beobachtung der Entscheidung nimmt die Gerichtsverwaltung mithin nicht allein wahr. Neben der strukturell vorgesehenen Beobachtung durch die Gerichtsverwaltung üben die einzelnen Richter partikular Beobachtungstätigkeiten aus. Aufgrund des schwach ausgeprägten Normierungsgrades hängt der Umfang des tatsächlich betriebenen Monitorings vordergründig von den jeweiligen Richtern ab. Bei dieser Betrachtung des autonom betriebenen Monitoringverfahrens wird allerdings erkennbar, dass die Beobachtung der Entscheidungsumsetzung von Richter zu Richter variieren kann. Anhand der Interviews lässt sich nicht belegen, dass die Entscheidungsbeobachtung einheitlich gehandhabt wird. Während manche Richter in ihre Arbeit Vorkehrungen integriert haben, um die Entscheidungsrezeption und -implementation zu beobachten und so einem wenigstens teilstrukturierten Verfahren gefolgt sind, haben andere Richter

1020 Interview Nr. 12.

keine eigenständigen Vorkehrungen bezüglich der Durchsetzungsbeobachtung getroffen.

Um die Entscheidungsdurchsetzung zu beobachten, nutzen die Richter bewusst andere prozessuale Mittel. Bei der vorgenannten Interviewaussage etwa, die Fristsetzung werde notiert und nach Fristablauf werde die Umsetzung überprüft, nimmt der Richter den Nutzen der Beobachtung für die Durchsetzung der Entscheidung mit in den Blick:

„Man überlegt sich immer genau, ob man eine Frist setzt oder ob man einfach nur sagt: Ihr müsst es ändern. Meistens setzt man dann eine Frist, weil man weiß, dass der Gesetzgeber sich Zeit lässt.“¹⁰²¹

Die besondere Bedeutung der Fristsetzung für das Monitoring wird noch durch folgende Aussage unterstrichen:

„Wenn man so eine Frist gesetzt hat, dann wird diese auch überwacht. Wenn man keine Frist gesetzt hat, gibt es keine systematische Überwachung.“¹⁰²²

Im Rahmen einer Unvereinbarerklärung eine Frist zu setzen, gewinnt in dem Kontext an Bedeutung. Sie ist nicht nur ein Druckmittel, damit der Gesetzgeber innerhalb einer bestimmten Zeit den verfassungswidrigen Zustand beseitigt. Vielmehr liefert sie auch einen Ansatzpunkt für die grundsätzliche Kontrolle der Umsetzung sowie den konkreten Kontrollzeitpunkt.¹⁰²³

Neben dieser aktiven, vom Gericht initiierten Beobachtung überprüft das Gericht den Erfolg der Entscheidungsumsetzung auch punktuell, wenn es von außen erneut mit der Thematik einer vorherigen Entscheidung konfrontiert wird. Hat das Gericht nämlich bei einer vorherigen Entscheidung Umsetzungspflichten an eine hoheitliche Stelle formuliert, und kommt diese Stelle dem Umsetzungsauftrag nicht hinreichend nach, muss das Gericht dieses Umsetzungsdefizit erst identifizieren. In seiner Entscheidung zur 13. AtG-Novelle etwa hat das Gericht festgestellt, dass der Gesetzgeber eine ausreichende Kompensation der Atomenergiekonzerne gesetzlich regeln müsse.¹⁰²⁴ Als das Gericht sich im Rahmen seiner Entscheidung zur 16. AtG-Novelle mit der Frage auseinandersetzte, ob die Kompensation der Energiekonzerne nunmehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen ge-

1021 Interview Nr. 2.

1022 Interview Nr. 12.

1023 Vgl. dazu auch o. S. 206 f.

1024 BVerfGE 143, 246 (248, 382 ff.) – 13. AtG-Novelle (2016).

nügte, musste es in dem Zuge überprüfen, ob seine vorherigen Entscheidungsgehalte in einem ausreichendem Maß umgesetzt wurden.¹⁰²⁵ Ähnlich ist die Situation bei der Kammerrechtsprechung gelagert. Hat ein Senat eine Rechtsfrage geklärt und sind in der Folge die Kammern zur Entscheidung zuständig, so ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass diese bei fehlender Umsetzungsbereitschaft der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalte fortlaufend mit einschlägigen Verfahren durch Beschwerdeführer befasst werden. Eine fehlende Umsetzungsbereitschaft drängt sich dann den Kammermitgliedern nahezu auf. So war das Bundesverfassungsgericht beispielsweise Anfang der 2000er Jahre im Kontext rechtsextremer Versammlungen kontinuierlich mit Verfassungsbeschwerden befasst, in denen sich die Beschwerdeführer gegen Entscheidungen des OVG Münster wendeten, das die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in seine eigene Rechtsprechung implementierte.¹⁰²⁶ Eine aktive Beobachtung der Entscheidungsimplementation war hier bereits deswegen nicht erforderlich, weil das Bundesverfassungsgericht immer wieder mit Verfassungsbeschwerden befasst wurde. Indem Beschwerdeführer in ihrem Rechtsschutzersuchen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgreifen, veranlassen sie das Gericht stattdessen, die Umsetzung ihrer Entscheidungen zu prüfen. Das Gericht nimmt dann bis zur Aktivierung durch Rechtssuchende eine passive Rolle ein. Ob man vor dem Hintergrund den Term „Monitoring“ nutzen kann, mag man kritisch betrachten. Stattdessen kann man auch von einer anlassbezogenen Überprüfung der Umsetzung sprechen. In der Sache vollzieht das Gericht aber überprüfend die Umsetzung seiner Entscheidungen nach.

Auch die Richter, die von sich aus keine Vorkehrungen zur aktiven Umsetzungsbeobachtung treffen, verlassen sich darauf, dass bei mangelhafter Entscheidungsimplementation das Gericht im Rahmen eines erneuten Verfahrens angerufen wird:

„Das Bundesverfassungsgericht ist jetzt nicht darauf angewiesen eine Stelle einzurichten, um die Befolgung seiner Urteile zu überwachen. Das funktioniert von selbst, weil die Bürger dann auch zum Gericht kommen.“¹⁰²⁷

1025 Dazu BVerfGE 155, 378 (408 ff.) – 16. AtG-Novelle (2020).

1026 Vgl. zu diesem Streit m.w.N. *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023, S. 21; zu dieser Auseinandersetzung vgl. auch u. S. 337 f.

1027 Interview Nr. 1.

Die Richter vertrauen dabei auf die Stellung, die das Gericht innerhalb der Gesellschaft hat. Aufgrund seines Ansehens und seiner Akzeptanz innerhalb der Bevölkerung bestünde kein Anlass, daran zu zweifeln, dass jemand das Gericht mit der Überprüfung der Entscheidungsumsetzung befasst werde. Ansehen und Akzeptanz sind dementsprechend auch an dieser Stelle Grundvoraussetzung für einen funktionsfähigen Durchsetzungsmechanismus. An der Interviewaussage wird allerdings ebenfalls deutlich, dass auch die Richter, die ein strukturiertes, institutionalisiertes Monitoringverfahren verneinen und nicht für erforderlich halten, doch zumindest davon ausgehen, dass eine nachvollziehende Beobachtung der Umsetzung von Entscheidungsgehalten erforderlich sein kann.

c. Eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten

Die Beobachtung der Entscheidungsimpementation durch das Gericht selbst ist vielschichtiger, als die geringe Normierungsdichte es anfangs vermuten lässt. Die unterschiedlichen Verständnisse der Richter des Bundesverfassungsgerichts spielen bei der Ausgestaltung der Art und Weise, wie das Gericht die Umsetzung seiner Entscheidungsgehalte beobachtet und nachvollzieht, eine zentrale Rolle. Diese subjektive Komponente des verfassungsgerichtlichen Monitorings birgt allerdings auch das Risiko, dass die Richter bei der Entscheidungsbeobachtung Verfahren aus den Augen verlieren oder übersehen. Dies mag vielfältige Gründe haben. Denkbar ist etwa, dass Verfahren, die dem Gericht die Möglichkeit zur Beobachtung geben würden, nicht an das Gericht herangetragen werden. Das Gericht kann zwar durch die textliche Ausgestaltung in seinen Entscheidungen indirekt potenzielle Beschwerdeführer dazu ermutigen, entsprechende Rechtspositionen geltend zu machen. Kommuniziert das Gericht etwa in seinen Kammerentscheidungen zum Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit im Eilrechtsschutz, dass bei zukünftigen Verstößen ein Feststellungsinteresse stets als gegeben angesehen wird,¹⁰²⁸ kann dies als Aufforderung an potenziell verletzte Beschwerdeführer betrachtet werden, ihren Fall dem Bundesverfassungsgericht anzutragen. Gleichwohl bedarf es hier noch einer Eigeninitiative der potenziellen Beschwerdeführer. Bei allen Bemühungen, die das Bundesverfassungsgericht anstellt, um die Entscheidungsumsetzung zu beobachten, bleibt ein Monitoringverfahren mit dem Bundesverfassungs-

1028 Dazu bereits o. Fn. 633.

gericht als einzigem Monitor deswegen dennoch unvollkommen. Es ist darauf angewiesen, externe Beteiligte einzubeziehen.

3. Die Mobilisierung Dritter zum Monitoring

Diese externen Beteiligten treten vielgestaltig in Erscheinung, können aber unter den Sammelbegriff der „Öffentlichkeit“ gefasst werden. Von diesem Öffentlichkeitsbegriff sind Prozessbeteiligte, die durch eine mangelhafte Umsetzung unmittelbar in ihren Rechtspositionen betroffen sind, nicht umfasst. Zwar beobachten solche Personen ebenfalls die Implementation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, weil sie ein originäres, spezifisch rechtliches Eigeninteresse an der Umsetzung haben, nämlich die Durchsetzung ihrer subjektiven Rechtspositionen. Die Mobilisierung Dritter im Monitoring-Verfahren hängt aber eher mit einem politische Interesse an der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zusammen. Kernanliegen dieser Monitoren ist es nicht, subjektive Rechte durchzusetzen, sondern politische Programme voranzubringen, für die die rechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Katalysatoren wirken.¹⁰²⁹ Die Öffentlichkeit in den Kontext des Durchsetzungsmonitorings einzubeziehen, nimmt somit den Umstand in den Blick, dass (höchst-)gerichtliche Verfahren oft über die individuell-subjektive Dimension der Prozessbeteiligten hinausgehen und Relevanz für von den Prozessparteien losgelöste gesellschaftliche Interessengruppen entfalten.¹⁰³⁰ Rechtlich betrachtet unmittelbar Unbeteiligten eine Rolle für die Entscheidungsumsetzung zuzusprechen, ist dabei für die deutsche Rechtsordnung untypisch.¹⁰³¹ Das formelle Prozessrecht sieht dementsprechend auch nicht vor, außenstehende Dritte aktiv in die Entscheidungsumsetzung einzubinden. Der auch politische Kontext, in dem sich verfassungsgerichtliche Entscheidungen bewegen, erklärt allerdings, warum faktisch eine größere Gruppe als die for-

1029 Zur Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für die öffentliche Wahrnehmung einer politischen Thematik *Völzmann*, Gesellschaftliche Teilhabe über den Zugang zu Gericht, JZ 2024, 903 (907).

1030 Vgl. dazu *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 1995, S. 120 f.; zu dieser „gesellschaftliche[n] Breitenwirkung“ auch *J. Jahn*, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021, S. 138 f.

1031 Vgl. etwa *Masing*, der das subjektive Recht als grundlegendes Kriterium für die Stellung des Einzelnen gegenüber der Verwaltung identifiziert, *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 129 ff.; zur Rolle des subjektiven Rechts bei der Durchsetzung *Friedrich*, Vom Recht zur Berechtigung, 2020, S. 57 ff.

mal Beteiligten darauf achten, dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen eingehalten werden. Haben gesellschaftliche Interessengruppen nämlich ein gesteigertes Interesse an einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, so umfasst dies auch denkbare notwendig ein Interesse an der tatsächlichen Implementation der Entscheidungsgehalte.¹⁰³² Die Überwachung der Entscheidungsumsetzung durch die Öffentlichkeit rückt dann in die Nähe des politischen *agenda settings*, bei dem eine bestimmte Thematik durch bewusste Platzierung in den Fokus der öffentlichen Wahrnehmung gerückt wird.¹⁰³³ Das Gericht bietet schwach organisierten Gruppen, die ein subjektives Recht als verletzt rügen können, zwar die prinzipielle Möglichkeit, ihr politisches Anliegen übersetzt in rechtliche Kriterien auf die politische Agenda zu setzen.¹⁰³⁴ Um die Thematik aber nach der Entscheidung noch in der öffentlichen Wahrnehmung zu halten, bedarf es einer starken Kommunikationsplattform. Entspricht die Entscheidung den politischen Überzeugungen starker Interessengruppen, ist es deswegen wahrscheinlicher, dass diese die Öffentlichkeit auf den Umsetzungsgrad aufmerksam machen und eine fehlende Umsetzung so in das Blickfeld der breiten Masse mit dem Ziel rücken, dass hierdurch eine politische Druckwirkung auf die primären Entscheidungsadressaten ausgeübt wird. Die Umsetzung erfolgt somit umso effektiver, je größer der öffentliche Druck auf die Politik ist, etwa weil das für unvereinbar erklärte Gesetz keinen Rückhalt in der Bevölkerung genossen hat.¹⁰³⁵ Dabei gewinnen vor allem zwei Faktoren an Bedeutung, nämlich zunächst die angesprochenen Unterstützung durch die öffentliche Meinung, weiterhin aber auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Bürger auf eine Nichtumsetzung oder mangelhafte Umsetzung aufmerksam werden und darauf basierend den politischen Entscheidungsträgern ihre Unterstützung entziehen.¹⁰³⁶ Die Bürger sind somit Teil eines verfassungs-

1032 Dazu Vanberg, *Legislative-Judicial Relations*, *American Journal of Political Science* 45 (2001), 346 (355).

1033 Zum „Wettstreit“ verschiedener Themen in der öffentlichen Wahrnehmung McCombs, *Setting the Agenda*, 2004, S. 38 ff.

1034 Zu dieser passiven Agenda-Setting-Funktion Glatzmeier, *Gerichte als politische Akteure*, 2019, S. 430.

1035 Waltersdorf hat bereits 1926 festgestellt, dass die Umsetzung von Gesetzen umso schwerer ist, je weniger die Öffentlichkeit auf die Notwendigkeit des Gesetzes durch den Gesetzgeber vorbereitet wird, Waltersdorf, *Public Opinion As A Means Of Social Control*, *Social Science* 2 (1926), 45 (47). So erklärt sich, dass auch die Unvereinbarerklärung von Mehrheitsentscheidungen auf unterschiedlich große Zustimmung in der Bevölkerung stoßen kann.

1036 Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*, 2005, S. 21 f.

gerichtlichen Umsetzungsmonitorings, auf das das Gericht allerdings nur einen eingeschränkten unmittelbaren Einfluss hat.

Den Einfluss der öffentlichen Meinung auf die Umsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch den Gesetzgeber lässt sich beispielhaft an der Umsetzung der Entscheidung zum Atomausstieg beleuchten.¹⁰³⁷ In seinem Urteil vom 6. Dezember 2016 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass es nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die Nutzung von Reststrommengen durch Betreiber von Kernkraftwerken zu verhindern, sofern dies nicht durch Ausgleichszahlungen oder sonstige Ausgleichsmechanismen kompensiert wird.¹⁰³⁸ Als Reaktion auf die Entscheidung hat der Bundesgesetzgeber zwar die 16. Atomgesetz-Novelle erlassen.¹⁰³⁹ Diese vermochte allerdings nicht die Nachteile der Energiekonzerne angemessen zu kompensieren.¹⁰⁴⁰ Der erhebliche öffentliche Widerstand, der sich auch gegen die friedliche Nutzung der Atomenergie in der deutschen Gesellschaft gebildet hat,¹⁰⁴¹ legt hierbei nahe, dass zumindest kein erheblicher Druck auf die Politik herrschte, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg dahingehend umzusetzen, dass eine ausreichende Kompensation der Atomkonzerne erfolgte.¹⁰⁴² Anders ist es etwa bei der Umsetzung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Angleichung der Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare an die Ehe. So hat der Gesetzgeber Entscheidungen des Gerichts regelmäßig schnell und vollumfänglich Rechnung getragen.¹⁰⁴³ Diese schnelle

1037 BVerfGE 143, 246 – 13. AtG-Novelle (2016).

1038 BVerfGE 143, 246 (382 ff., zur Neuregelungsverpflichtung des Gesetzgebers s. S. 394) – 13. AtG-Novelle (2016).

1039 BGBl. 2018 I, S. 1122.

1040 BVerfGE 155, 378 (410 ff., 417) – 16. AtG-Novelle (2020).

1041 Zur Geschichte des zivilgesellschaftlichen Widerstands gegen die Kernkraft in Deutschland *Brunnengräber*, Ewigkeitslasten, 2. Auflage 2019, S. 110 ff.; die sinkende Akzeptanz der Bevölkerung als Motiv einer geänderten Politik in Sachen des Atomausstiegs nimmt der Abgeordnete *Karsten Möring* in den Beratungen zur 16. AtG-Novelle explizit in die Debatte auf, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/37, S. 3623.

1042 Der Abgeordnete *Karsten Möring* betont explizit, keine Politik zugunsten der Energieunternehmen machen zu wollen, die Entschädigung solle auf ein Mindestmaß beschränkt bleiben, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/37, S. 3624.

1043 Die Entscheidung zur Sukzessivadoption – BVerfGE 133, 59 – etwa wurde mit Gesetz vom 20.6.2014, BGBl. I 2014, S. 786 umgesetzt. Die Entscheidung des BVerfG zur Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften vom 7.5.2013 – BVerfGE 133, 377 – wurde innerhalb von nur gut zwei Monaten umgesetzt, vgl. BGBl 2013 I, S. 2397.

und vollständige Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen liegt mutmaßlich auch daran, dass die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften innerhalb der Gesellschaft auf eine grundsätzlich positive Resonanz, jedenfalls aber eine stark artikulierte Befürwortung stößt.¹⁰⁴⁴

Weil Monitoringverfahren abseits periodisch durchgeführter Überprüfungen von kommunikativen Impulsen Dritter abhängig sind,¹⁰⁴⁵ können sie nur dort die volle Wirkung entfalten, wo solche kommunikativen Impulse vollumfänglich sichergestellt sind. Unterschiedliche Themen werden aber durch unterschiedlich stark organisierte Interessengruppen befördert, sodass in diesem Kontext nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese kommunikativen Impulse für alle Entscheidungsgehalte zuverlässig gesetzt werden. Das Bundesverfassungsgericht kann sich deshalb nur dann auf eine Ergänzung der eigenen Entscheidungsbeobachtung durch die Öffentlichkeit verlassen, wenn es diese auch zugunsten solcher Entscheidungen, die eine kleinere, schwächer organisierte Interessengruppe betreffen, aktivieren kann.

Über ein Stelle, die beispielsweise vergleichbar mit der am französischen Conseil d'État angesiedelten Abteilung für Berichterstattung die öffentliche Aufmerksamkeit auf Fälle der Umsetzungsverweigerung lenken könnte, verfügt das Bundesverfassungsgericht nicht.¹⁰⁴⁶ Gleichwohl kann das Gericht jedenfalls grundsätzlich auch für abseitig erscheinende Themengebiete öffentliche Aufmerksamkeit generieren. In anderen Monitoringkontexten gelingt dies etwa, indem die mit dem Monitoringverfahren betraute Stelle über das Verfahren öffentlich informiert, um so aus der Öffentlichkeit Hinweise zum Implementationsstand zu erhalten.¹⁰⁴⁷ Die Stelle, die ein effektives Monitoringverfahren bewirken möchte, tritt also mit der Öffentlichkeit dergestalt in eine Kommunikationsbeziehung, dass sie Beiträge zur Implementationsüberwachung implizit einfordert. Das Bundesverfassungsgericht kann die öffentliche Aufmerksamkeit zwar nicht final lenken. Dem Gericht ist es aber trotzdem möglich, seiner Auffassung nach beobachtungsbedürftige Entscheidungsgehalte hervorzuheben. Dies geschieht durch formell-prozessuale Mittel, indem etwa eine mündliche Verhandlung anberaumt wird,

1044 Zum Wandel der gesellschaftlichen Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften *Hirzel*, *Macht und Methode*, 2023, S. 188 ff.

1045 Vgl. *Gusy*, *Grundrechtsmonitoring*, *Der Staat* 47 (2008), 511 (547 f.).

1046 Dazu *Koepsell*, *Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz*, 2023, S. 85 ff. mit Verweis auf Art. 3 des Dekrets Nr. 63–766 (1963), das mit Art. 9 des Dekrets Nr. 85–90 (1985) angepasst worden ist.

1047 *Alleweldt*, *Präventiver Menschenrechtsschutz*, *EuGRZ* 1998, 245 (249).

um ein Verfahren hervorstechen zu lassen.¹⁰⁴⁸ So setzt es einen *Nudge* an die Öffentlichkeit, die Befolgung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung eingehender zu beobachten.¹⁰⁴⁹

„Eine mündliche Verhandlung sollte kein Anlass sein, die öffentliche Meinung für einen Fall oder für eine bestimmte Entscheidungsrichtung zu mobilisieren. Dennoch liegt in der Anordnung einer mündlichen Verhandlung immer auch ein Stück Sensibilisierung oder Vorbereitung der Öffentlichkeit. Wenn die öffentliche Meinung das Verfahren als wichtig wahrnimmt, dann gucken auch die Medien genauer darauf, was damit geschieht.“¹⁰⁵⁰

Indem das Bundesverfassungsgericht eine mündliche Verhandlung für das ursprünglich als randständig empfundene Verfahren durchführt, lenkt es die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit hierauf. Dies ist nicht unproblematisch, weil das Gericht so die gesellschaftliche Willensbildung hinsichtlich der Rezeption einer staatlichen Maßnahme berührt.¹⁰⁵¹ So versucht es Einfluss darauf zu nehmen, inwiefern ein verfassungsgerichtlich behandeltes Thema von der Öffentlichkeit als relevant und damit beobachtenswert empfunden wird. Denkbar wäre, von einem politisch neutralen Gericht zu fordern, keinen Einfluss darauf zu nehmen, welche Entscheidungen rezipiert werden und welche keine Beachtung erfahren, um so keine Themengebiete zu übervorteilen. Ein derartiger Gedanke geht allerdings fehl, weil die Entscheidung zur mündlichen Verhandlung hier nicht aufgrund der konkreten Sachmaterie erfolgt, sondern aufgrund der prognostizierten Folgebereitschaft. Die Sachmaterie mag ein Faktor sein, der in die Folgebereitschaft und Themenpopularität hineinspielt. Er ist der Entscheidung aber vorgelagert und kein unmittelbarer Entscheidungsgrund dafür, eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Das Gericht hat zwar auch durch die mündliche Verhandlung kein mit Sicherheit effektives Mittel zur Hand, eine langfristige Plattform für die Thematik zu schaffen. Innerhalb des Gerichts zeigt sich aber dennoch ein Vertrauen in die Effektivität der Einbindung der Medien.

1048 Dazu Vanberg, *Legislative-Judicial Relations*, *American Journal of Political Science* 45 (2001), 346 (355).

1049 Zum *Nudging* durch Bereitstellen von Informationen vgl. F. Baer, *Staatliche Steuerung durch Nudging im Lichte der Grundrechte*, 2023, S. 109 ff.

1050 Interview Nr. 5.

1051 Kritisch zur Beeinträchtigung autonomer Entscheidungen durch das *Nudging* vgl. Hufen in: Ludwigs (Hrsg.), *FS Schmidt-Preuß*, 2018, S. 99 – 109.

„Die Öffentlichkeit mit einer mündlichen Verhandlung herzustellen, ist nur eine Einladung an die Medien. Dass die Presse und die öffentliche Aufmerksamkeit dem dann folgen, hat das Gericht natürlich nicht mehr in der Hand. Nach meiner Erfahrung steigt aber das öffentliche Interesse, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet.“¹⁰⁵²

Bei der Beobachtung verfassungsgerichtlicher Entscheidungsumsetzung ist das Bundesverfassungsgericht folglich nicht autonom handlungsfähig, sondern auf ein Zusammenwirken mit der Öffentlichkeit, insbesondere den Medien, angewiesen. Eine geschickte Anwendung des Verfahrensrechts kann dieses Zusammenwirken fördern. Auch wenn das Vorgehen bisweilen gelingt, hat das Bundesverfassungsgericht trotzdem nicht alleine in der Hand, wie erfolgreich das Monitoringverfahren durch die Öffentlichkeit tatsächlich ist.

4. Monitoring als Zusammenspiel formeller und informeller Instrumente

Obwohl sich normierte Anhaltspunkte hierfür nur ganz vereinzelt aus den verfassungsgerichtlichen Verfahrensvorschriften entnehmen lassen, findet eine Beobachtung der Entscheidungsumsetzung statt. Je nach Verfahrensart und auch individueller Arbeitsweise des jeweilig zuständigen Richters ist die autonome Beobachtung durch das Gericht allerdings unterschiedlich stark ausgeprägt. Um sicherzustellen, dass das Gericht möglichst umfassend nachvollziehen kann, wie seine Entscheidungen umgesetzt werden, ist es deshalb darauf angewiesen, die Öffentlichkeit sowie potenzielle Prozessbeteiligte hier einzubeziehen. An diesem multipolaren Umsetzungsmonitoring wird erneut deutlich, wie das Bundesverfassungsgericht prozessuale Mittel instrumentalisieren kann, um einen nicht primär gesetzgeberisch intendierten Erfolg zu erzielen. Dass dies gelingt, hängt zum einen mit der guten Arbeitsbeziehung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den berichterstattenden Medien zusammen, die die Impulse des Gerichts aufnehmen und so dem Bundesverfassungsgericht helfen, die Relevanz einer Entscheidung zu bestimmen.¹⁰⁵³ Zum anderen gelingt die verfassungsgerichtliche Entscheidungsbeobachtung mithilfe Dritter, die aufgrund seiner Rolle in der Gesellschaft das Bundesverfassungsgericht zuverlässig anrufen, um fehlende Entscheidungsumsetzungen zu sanktionieren. So kann das

1052 Interview Nr. 5.

1053 Vgl. dazu auch o. S. 169 ff.

Gericht darauf vertrauen, dass auch ohne eigenständige vollumfängliche Entscheidungsbeobachtung umsetzungsdefizitäre Sachverhalte stets an das Gericht herangetragen werden.

Insgesamt bietet das verfassungsgerichtliche Monitoringverfahren somit einen Mehrwert für die Entscheidungsumsetzung, indem defizitärer Umsetzung eine Plattform geboten wird. Das Monitoringverfahren liefert einerseits dem Gericht die Grundlage, überhaupt eine Entscheidungsfindung zum Umgang mit defizitärer Entscheidungsumsetzung voranzutreiben. Andererseits kommt dem Verfahren auch eine Art Prangerwirkung zu, indem ein Abweichen des Ist-Zustands vom rechtlichen Soll-Zustand offenbar wird. Hierbei ist das verfassungsgerichtliche Monitoringverfahren aber unvollkommen, weil für Themenfelder, hinter denen schlechter organisierte Interessengruppen stehen, die Öffentlichkeit nicht im gleichen Maße aktiviert werden kann. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, durch die in der liberalen Demokratie vor allem auch Minderheiten geschützt werden sollen, wird dadurch für majoritäre Gruppen mit entsprechendem gesellschaftlichen Einfluss ungleich effektiver. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen als tatsächlicher Ausdruck grundgesetzlicher Wertungen müssen aber unabhängig von ihrer Popularität gleichermaßen realisiert werden, damit dem Grundgesetz vollumfänglich Geltung verschafft werden kann.

Deswegen wäre es wünschenswert für das Bundesverfassungsgericht, die Befolgung all seiner Entscheidungen zu überwachen. Die Rolle des Gerichts als inhaltlich politisch neutrales Organ bedingt es, die Umsetzung von Entscheidungen nicht selektiv dem öffentlichen Druck einer gesellschaftlichen Strömung zu unterwerfen, die besonders vehement auf die Durchsetzung der Entscheidung pocht, sondern vielmehr ungeachtet der inhaltlichen Aussage der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu überprüfen und abzusichern, dass sie tatsächlich befolgt wird. Dass durch öffentlichen Druck die freiwillige Befolgung einer Entscheidung gefördert werden kann, ist für das Gericht deswegen zwar ein Hilfsmittel der Umsetzung, ersetzt ein eigenständiges Umsetzungsmonitoring aber nicht. Um eine unabhängige Entscheidungsdurchsetzung zu gewährleisten, besteht hierbei Optimierungsbedarf.

II. Nachsteuerungsmöglichkeiten des Gerichts

Zum gleichen Zeitpunkt im verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahren interessiert die Frage, ob und wie das Bundesverfassungsgericht, außer

zu beobachten, wie seine Entscheidungsgehalte implementiert werden, aktiv darauf hinwirken kann, dass die Entscheidungen umgesetzt werden. Die Nachsteuerungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind normativ in § 35 BVerfGG verankert. Trotz des weit erscheinenden Wortlauts der Vorschrift unterliegen hierauf basierende Anordnungen, die nach Erlass der Entscheidung getroffen werden, engeren Grenzen als zeitlich betrachtet zusammen mit der Hauptsacheentscheidung erlassene Anordnungen.¹⁰⁵⁴ Das Maß der tatsächlichen Anwendung des § 35 BVerfGG suggeriert, dass dieses normierte Durchsetzungsmittel in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Nachsteuerung eine untergeordnete Bedeutung hat. Die hier verfolgte These lautet, dass in der verfassungsgerichtlichen „Nachsorge“ um eine Entscheidung vor allem weiche, auf Kommunikation beruhende Durchsetzungsmaßnahmen die zentrale Rolle spielen.

1. Relevanz von Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG

Bereits der erste Entwurf eines BVerfGG seitens der Bundesregierung verdeutlicht, welch randständige Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Vollstreckungsnorm beigemessen wurde. In der Entwurfsbegründung stellt die Bundesregierung hinsichtlich der Vollstreckung, die sie zu dem Zeitpunkt noch nach Vorbild Weimars dem Bundespräsidenten übertragen wollte, fest, dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen entweder aufgrund ihres Feststellungscharakters einer Vollstreckung nicht zugänglich seien oder im Übrigen im Regelfall aufgrund der freiwilligen Befolgung der Adressaten einer zwangsweisen Vollstreckung nicht bedürften.¹⁰⁵⁵ Vorrangige Ressource war also bereits damals nach Ansicht der Bundesregierung die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und eine damit verbundene freiwillige Befolgung.

Von einer solchen allseitigen Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auszugehen, erscheint aus heutiger Perspektive offensichtlich. Insbesondere die Bundesregierung selbst musste sich jedoch erst an eine gleichrangige Verfassungsgerichtsbarkeit, für die es vor der Gründung

1054 Zu Inhalt und Grenze einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG vgl. bereits o. S. 188 ff.

1055 BT-Drs. 1/788, S. 28; der Gesetzesentwurf der oppositionellen SPD-Fraktion sah hingegen bereits vor, dem BVerfG zu überantworten, wer seine Entscheidungen vollstrecken sollte, BT-Drs. 1/328, S. 6; umfassend zum Gesetzgebungsprozess des BVerfGG *Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, 1968, S. 95 ff.

der Bundesrepublik kein wirkliches Pendant gab, gewöhnen.¹⁰⁵⁶ Im historischen Kontext war eine solche Folgebereitschaft nämlich nicht selbstverständlich, sodass die Annahmen der Bundesregierung aus einer ex ante-Perspektive irritiert. Der Staatsgerichtshof etwa konnte zwar trotz anfänglicher, teilweise erheblicher Skepsis seiner Rezipienten nach dessen Errichtung für sich in Anspruch nehmen, ein selbstverständlicher Teil der Weimarer Verfassungsordnung zu sein.¹⁰⁵⁷ In einer Zeit der politischen Krise, die als Eichpunkt der Durchsetzungskraft verfassungsgerichtlichen Wirkens betrachtet werden muss, hat der Staatsgerichtshof allerdings nicht mehr die Akzeptanz seiner Adressaten genossen und seine Wirkkraft gänzlich verloren.¹⁰⁵⁸ Auch in der Umbruchssituation der Staatsgründung der Bundesrepublik war die Stellung des Bundesverfassungsgerichts anfangs nicht unbestritten und insbesondere seitens der Bundesregierung mit Obstruktionsversuchen verbunden.¹⁰⁵⁹ Ohne weiteres von der freiwilligen Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen auszugehen, überrascht insofern.

Die Einschätzung der Bundesregierung hinsichtlich der Bedeutung einer Zwangsvollstreckungsvorschrift hat sich dennoch bis heute bewahrheitet. Auch aus der Perspektive der Mitglieder des Gerichts nimmt § 35 BVerfGG eine randständige Rolle ein. In keinem der Interviews haben die Interviewpartner sich dahingehend geäußert, dass eine Anwendung des § 35 BVerfGG regelmäßig in Erwägung gezogen werden würde. Exemplarisch sind eher gegenteilige Aussagen:

1056 Dazu *Lamprecht*, Vom Untertan zum Bürger, NJW 2009, 1454 ff.

1057 *Heller*, Wesen und Gegenstand der Staatsgerichtsbarkeit – Aussprache, VVDStRL 5 (1929), 88 (114); *Wehler* weist allerdings auch darauf hin, dass die Staatsrechtslehre zur Rolle des Staatsgerichtshofs uneinig war, *Wehler*, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, 1979, S. 190, mit Verweis auf die durchmischte Positionierung der Staatsrechtslehre ggü. der Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt; zur anfänglichen Skepsis *Jasper*, Der Schutz der Republik, 1963, S. 100; zu den unterschiedlichen Sichtweisen von bürgerlichen und linksgerichteten Kreisen auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit *Wendenburg*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1984, S. 44 ff.

1058 Dazu *Wehler*, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, 1979, S. 383 ff.; zeitgenössische Kritik am StGH übt etwa *Schiffer*, Verfassungsreform, DJZ 1933, 385 (387 ff.).

1059 Vgl. vor allem zum Disput mit Justizminister *Dehler* die Darstellung bei *Grimm*, Die Historiker und die Verfassung, 2022, S. 68 ff. Zu diesen nach damaligen Verhältnissen verbalen Entgleisungen auch *Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, 1968, S. 467 ff. Interessanterweise scheinen gerade diese verbalen Entgleisungen *Dehler* den Rückhalt in der deutschen Staatsrechtslehre gekostet zu haben, *F. Lange*, Der Dehler-Faktor, Der Staat 56 (2017), 77 (98 ff.).

„In meiner Zeit am Gericht habe ich nicht einen Fall erlebt, wo ich in die Beratung einer Maßnahme nach § 35 miteinbezogen war. Ich kann mich auch nicht erinnern, dass andere Mitglieder des Senats an einer Entscheidung nach § 35 beteiligt waren.“¹⁰⁶⁰

Der Erlass einer Anordnung wird vom Gericht nicht wie ein für alle Fälle geeignetes Durchsetzungsinstrument, sondern eher als eine ultima ratio-Maßnahme betrachtet:

„Der § 35 [führt] zu keiner dauernden Machtausübung des Bundesverfassungsgerichts [...], sondern [ist] eher ein Mittel [...], wenn in extremis festgestellt wird, dass der Gesetzgeber keine Anstalten macht, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze wie vom Verfassungsgericht gefordert herzustellen. [...] Das sind Ausnahmefälle und nicht der Regelfall. Im Regelfall kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sich an Entscheidungen des BVerfG hält und das auch in der gebotenen Zeit cum grano salis tut.“¹⁰⁶¹

Diese randständige Bedeutung hängt damit zusammen, dass aufgrund fehlender originärer Vollstreckungsorgane die effektive Anwendung der Norm davon abhängig ist, wie sehr die Rezipienten bereit sind, verfassungsgerichtlichen Anordnungen Folge zu leisten. Dem sind sich auch die Mitglieder des Gerichts bewusst:

„Aus meiner Sicht führt der § 35 BVerfGG ein absolutes Schattendasein. Man weiß halt, dass man es machen kann, solange die Akzeptanz bei den politischen Eliten und bei den Menschen draußen besteht.“¹⁰⁶²

§ 35 BVerfGG stößt insbesondere dann an seine Grenzen, wenn diejenigen, die eine verfassungsgerichtliche Entscheidung umsetzen sollen, nicht an die Entscheidung gebunden sind. Eine die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidung absichernde Vollstreckungskompetenz kann sich sinnvollerweise nur gegen solche Adressaten richten, die durch § 31 I BVerfGG verpflichtet werden können. Deutlich wird diese normative Limitation von § 35 BVerfGG vor allem im unionsrechtlichen Kontext. Wenn das Bundesverfassungsgericht nämlich Vorgaben an Unionsorgane macht, auf die die Bundesrepublik höchstens mittelbar Einfluss ausüben kann, trifft es Wertungen, die für ihre Wirksamkeit auf die Implementa-

1060 Interview Nr. 11.

1061 Interview Nr. 12.

1062 Interview Nr. 10.

tion unabhängiger Unionsorgane angewiesen sind. Die tatsächliche Effektuierung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist dann von einer Befolgings- oder wenigstens Kooperationsbereitschaft des entsprechenden Organs abhängig.¹⁰⁶³ Autoritative Anordnungen treffen hier auf faktische Grenzen.

Eine Anwendung des § 35 BVerfGG kommt demnach aus gerichtlicher Perspektive nur so lange in Betracht, wie die Rezipienten bereit sind, dem Gericht zu folgen. Dieser Umstand mindert den tatsächlichen Wirkungsbereich der Norm. Wenn nämlich die nachträglich erlassene Vollstreckungsanordnung nur in solchen Situationen angewendet wird, in denen die Entscheidungsrezipienten die verfassungsgerichtliche Entscheidung ohnehin akzeptieren und bereit sind, diese zu befolgen, ist im Regelfall eine zwangsweise Durchsetzung von Entscheidungsgehalten nicht angezeigt. Eine Anordnung nach § 35 BVerfGG kann dann – vergleichbar mit Anordnungen, die zeitgleich mit der Hauptsacheentscheidung ergehen –¹⁰⁶⁴ dem Bundesverfassungsgericht am ehesten die Möglichkeit geben, konkrete Handlungserwartungen an die Adressaten zu formulieren und so die Befolgung der Entscheidungsgehalte messbar zu machen.¹⁰⁶⁵

Dennoch hat die Existenz des § 35 BVerfGG nicht nur einen Mehrwert, wenn Vollstreckungsanordnungen gleichzeitig mit der Entscheidung erlassen werden. Das Bewusstsein über den soeben geschilderten Zustand beeinflusst die Entscheidungsfindung des Gerichts dahingehend, dass es die Akzeptanzfähigkeit abseits einer zwangsweisen Durchsetzung stärker in den Blick nimmt.

„Der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht keine Truppen und keine Vollzugsorgane hat, ist allen präsent. Das erleichtert die Akzeptanz der Entscheidung allerdings eher, als wenn man kleinteilige Überlegungen zu ihrer Durchsetzung anstellen müsste.“¹⁰⁶⁶

Aus der Perspektive des Gerichts rücken technisch verstandene Vollstreckungsmittel somit in den Hintergrund und veranlassen es stattdessen in den Blick zu nehmen, wie es die Akzeptanz für eine Entscheidung erhöhen kann. § 35 BVerfGG hat damit für die nachträgliche Entscheidungsimp-

1063 Lang erläutert, dass zwischen BVerfG und EuGH eine gegenseitige Abhängigkeit die Notwendigkeit eines kooperativen Zusammenwirkens bedingt, Lang, Kooperationsverhältnis, Der Staat 60 (2021), 99 (106 ff.).

1064 Vgl. dazu o. S. 192 ff.

1065 Zur besseren Nachvollziehbarkeit der Implementation vgl. o. 211 ff.

1066 Interview Nr. 7.

mentation eine mittelbare Bedeutung. Anstatt die Handlungsmöglichkeiten, also die Art und Weise der Nachsteuerung durch das Gericht, zu bestimmen, veranlasst § 35 BVerfGG das Gericht, nicht formalisierte Möglichkeiten der Nachsteuerung einzubeziehen und auszuschöpfen.

Eine ähnlich mittelbare Bedeutung kann § 35 BVerfGG aber auch in einem anderen Kontext erhalten. Aufgrund der theoretischen inhaltlichen Reichweite einer Anordnung nach § 35 BVerfGG kann von einer in Aussicht gestellten Anordnung auch eine Drohwirkung gegenüber der potenziellen Adressaten ausgehen. Wenn etwa das Gericht eine Nichtbefolgung seiner Entscheidung beobachtet hat, kann es, bevor es tatsächlich eine Anordnung nach § 35 BVerfGG erlässt, den Umsetzungsverpflichteten mitteilen, dass es über eine derartige Anordnung beraten werde. Aufgrund des Definitionsmonopols des Bundesverfassungsgerichts über den Inhalt einer Vollstreckungsanordnung¹⁰⁶⁷ ist der Adressat dann mit Unsicherheiten, und damit verbunden (politischen) Risiken über die Gestalt der angekündigten Maßnahme, konfrontiert. Einer solchen Drohung über die Anordnung einer Maßnahme nach § 35 BVerfGG hat sich etwa der ehemalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, *Ferdinand Kirchhof*, bedient, als die Gesetzgebungsorgane die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschafts- und Schenkungssteuer nicht fristgerecht umgesetzt haben.¹⁰⁶⁸ So bediente sich das Gericht hier einer lediglich reflexiven Wirkung des § 35 BVerfGG, indem es die Anwendung bloß in Aussicht stellte, statt die Norm tatsächlich zu aktivieren. Die tatsächliche Bedeutung eines solchen Vorgehens ist allerdings gering. Insgesamt handhabt das Gericht Vollstreckungsanordnungen im Kontext der Aufträge zur Neuregelung von Gesetzen nämlich restriktiv.¹⁰⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ist eine politische Drohwirkung in anderen Verfahren zwar nicht ausgeschlossen. Die Rezipienten einer Entscheidung haben allerdings keine wirkliche Veranlassung, eine Vollstreckungsanordnung wie ein Damoklesschwert über einer Entscheidung schwebend zu betrachten. Hinsichtlich der Neuregelung von Gesetzen büßt § 35 BVerfGG damit an unmittelbarer Bedeutung ein.

Es wird deutlich, dass der Nutzen des § 35 BVerfGG für das verfassungsgerichtliche Durchsetzungsverfahren nach Erlass der Entscheidung nicht so sehr in seiner tatsächlichen Anwendung liegt, sondern auf seiner Instru-

1067 Vgl. zur Reichweite BVerfGE 6, 300 (303 ff.) – Vollstreckungsanordnung KPD (1957).

1068 Vgl. zu dem Schreiben bereits o. Fn. 106.

1069 BVerfGE 142, 116 (142) – R-Besoldung LSA – Vollstreckungsantrag (2016); BVerfGE 158, 89 (117) – PSPP – Vollstreckungsanordnung (2021).

mentalisierung in der kommunikativen Auseinandersetzung mit den Entscheidungsrezipienten beruht. Eine Vollstreckungsanordnung zu erlassen, mag für extreme Ausnahmesituationen, die grundsätzliche Akzeptanz des Gerichts innerhalb der Gesellschaft vorausgesetzt, ein probates Mittel sein. Für eine vollumfängliche Entscheidungsdurchsetzung ist § 35 BVerfGG allerdings defizitär, sodass seine Anwendung im Regelfall nicht im Fokus des Gerichts steht. Erkennt es die Notwendigkeit, nach Erlass der Entscheidung nachsteuernd tätig zu werden, wendet das Bundesverfassungsgericht andere Durchsetzungsmittel an.

2. Kommunikative Entscheidungsvermittlung

Wie bereits im Hauptverfahren erlangen kommunikative Elemente so auch hier eine herausragende Bedeutung. Die bereits im Hauptsacheverfahren identifizierte diskursive Verfahrensgestaltung setzt sich in dem an die Entscheidungsverkündung anknüpfenden Zeitpunkt fort. Aus prozessualer Perspektive sollen dabei zunächst die genutzten informellen Mittel identifiziert werden. Um diese kommunikative Entscheidungsvermittlung aus einer prozessualen Perspektive zu verstehen, ist zusätzlich interessant welche gerichtsinternen Abläufe deren Anwendung vorausgehen.

Die Begründung der Entscheidungsgehalte hat das Gericht zwar schon mit dem Erlass der Hauptsacheentscheidung geliefert, sodass diese jedenfalls nicht im Rahmen einer nachträglichen Kommunikation nachgeschoben wird. Gleichwohl lässt sich auch in den unterschiedlichen Interviews erkennen, dass die Bedeutung der Entscheidungsbegründung im Verhältnis zur nachträglichen Entscheidungskommunikation unterschiedlich beurteilt wird. Ein Teil der Interviewpartner sah zwar in der Entscheidungsbegründung das vorrangige Mittel zur Kommunikation ihrer Bedeutungsgehalte:

„Die Gründe sollen so abgefasst sein, dass die Menschen verstehen, was man damit sagen will und warum man etwas sagt. Viele Entscheidungen sind viel zu ausführlich. Ich glaube, dass kürzere, prägnante Entscheidungen eine größere Überzeugungskraft hätten.“¹⁰⁷⁰

In diesem Kontext haben Interviewpartner die Entscheidungsbegründung auch explizit als Kommunikationsmedium in den Blick gefasst:

1070 Interview Nr. 1.

„Das Gericht weiß, dass wir in einem funktionierenden Rechtsstaat leben, wo die Entscheidungen nicht einfach verpuffen. Das bedeutet, dass man die Formulierungen auch so wählen muss, dass man keinen überschießenden Effekt erzielt. Man sollte so formulieren, dass der intendierte verfassungsrechtliche Effekt erreicht wird und nicht mehr. Das Gericht sollte klar sein in dem, was es an Befolgung will.“¹⁰⁷¹

Ein derartiger Vorrang der Entscheidungsgründe lässt sich aber längst nicht allen Interviews entnehmen. Ein nicht unerheblicher Teil der Interviewpartner äußerte die Überzeugung, dass es mit der Entscheidungsbegründung nicht sein Bewenden haben könne und das Gericht einen zusätzlichen Aufwand betreiben müsse, um die Entscheidungsinhalte den Rezipienten zu verdeutlichen.

„Die allermeisten BürgerInnen und PolitikerInnen [sic!] haben noch nie eine Entscheidung des Gerichts von vorne bis hinten gelesen. Das Gericht muss sich also um Akzeptanz für ein unbekanntes Produkt und eine im Kern unbekannte Institution bemühen. Das macht es relativ schwer. Sie müssen versuchen, die Dinge stark zu vereinfachen und zu übersetzen, damit Menschen eine Vorstellung davon bekommen, wie das Gericht eigentlich arbeitet. [...] Früher hieß es immer: „Das Gericht spricht durch seine Entscheidungen, nicht über seine Entscheidungen!“ Das diese Maxime heute nicht mehr gilt, darüber gibt es im Gericht keinen Dissens mehr.“¹⁰⁷²

Die letzte Interviewaussage, die sich ihrem Sinngehalt nach auch in anderen Interviews wiederfindet, lässt sich entnehmen, dass die Richter jedenfalls grundsätzlich bereits bei Verkündung der Entscheidung in den Blick nehmen, diese nachträglich erläutern zu müssen. Die Entscheidungsvermittlung zielt hierbei allerdings nicht darauf ab, dass das Gericht eine nachträgliche Überzeugungsarbeit leistet. Ausgehend von der Prämisse einer grundsätzlichen Folgebereitschaft muss das Gericht zwar überzeugende Entscheidungsgründe liefern, nicht aber im Nachgang argumentativ für seine Entscheidung werben. Wenn das Gericht also eine Rechtsfrage entschieden hat, kann es davon ausgehen, dass die Bereitschaft besteht, diese Entscheidung auch zu befolgen. Sieht sich das Bundesverfassungsgericht also im Regelfall nicht mit einer willentlichen Obstruktion konfrontiert, beeinflusst das auch den Charakter der gerichtlichen Nachsteuerung. Wahr-

1071 Interview Nr. 5.

1072 Interview Nr. 4.

scheinlicher als eine bewusste Nichtbefolgung ist es nämlich, dass der zu befolgende Entscheidungsgehalt mehrdeutig ist, sodass gerichtliche Wertungen aufgrund einer fehlerhaften Rezeption nicht effektuiert werden können. Die Nachsteuerungstätigkeit des Gerichts hat deshalb nicht in erster Linie einen autoritativen Charakter, sondern zielt darauf ab, die Entscheidungsgehalte zu erläutern. Hierfür bedient das Gericht sich unterschiedlicher Mittel. Exemplarisch für die nachsteuernde Tätigkeit des Gerichts sollen im Folgenden die Einbindung der Presse und die Entscheidungserläuterungen durch einzelne Richter in den Blick genommen werden. Die nachsteuernden Handlungen können dabei schon in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Entscheidungsverkündung stehen, sodass sie noch nicht zwangsweise auf eine fehlende Befolgungsbereitschaft reagieren. Denkbar sind hier etwa die zusammen mit der Entscheidungsverkündung veröffentlichten Pressemitteilungen, durch die die interessierte (Fach-)Öffentlichkeit oftmals zuerst von der Entscheidung erfährt. Dennoch gelten solche Maßnahmen als nachgelagert, weil sie von der feststehenden, nicht mehr veränderbaren Entscheidung ausgehen und diese von einem Zeitpunkt an, nachdem die Entscheidung gefällt wurde, effektuieren sollen.

a. Die Presse als institutionalisierter Informationsmittler

Das Bundesverfassungsgericht und die Presse arbeiten in einem gegenseitig produktiven Austausch miteinander. Diese langwährende¹⁰⁷³ Beziehung war zwar auch durch Negativmomente geprägt.¹⁰⁷⁴ Für die breitenwirksame Entscheidungsvermittlung ist die Arbeit der Medien heute aber zentral. Die auf den Transport und die Aufbereitung juristischer Inhalte spezialisierten Journalisten der Justizpressekonferenz, die einen Großteil der Berichterstattung über das Bundesverfassungsgericht leisten, tragen zum einen dazu bei, dass die Entscheidungen im Nachgang trotz ihrer politi-

1073 Vgl. *Lamprecht*, der feststellte, dass die Presse im Zuge des Status-Streits zur „Schutztruppe des Gerichts“ geworden sei, *Lamprecht*, Kooperation und Konfrontation, ZRP 2012, 149. Dort auch eine kurze Übersicht über die Entwicklung der Beziehung zwischen BVerfG und Presse.

1074 *Rolf Lamprecht* attestiert Teilen der Presse in den 1990er Jahren etwa gegen das BVerfG gerichtete Demagogie, *Lamprecht*, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 85 ff.; zur Rezeption der Entscheidungen zu den sozialliberalen Reformen der 1970er Jahre vgl. *Grimm*, Die Historiker und die Verfassung, 2022, S. 195 f.; von einer „Belagerung“ Karlsruhes, an der auch die Presse teilnahm spricht *Collings*, *Democracy's guardians*, 2015, S. 174 ff.

schen Brisanz nicht als politische, sondern als rechtsgeleitete Entscheidung empfunden werden.¹⁰⁷⁵ Neben dieser Absicherung der wahrgenommenen Rolle des Bundesverfassungsgerichts als politisch neutrales Organ bewirkt die Berichterstattung über verfassungsgerichtliche Entscheidungen aber auch, dass die Bevölkerung die Entscheidungen besser versteht und sie so eher akzeptieren kann. Deutlich werden die Auswirkungen eines fehlenden Verständnisses innerhalb der Gesellschaft auf die Folgebereitschaft für verfassungsgerichtliche Entscheidungen, wenn man die Rezeption der *Kruzifix-Entscheidung*¹⁰⁷⁶ und der *Soldaten sind Mörder-Entscheidung*¹⁰⁷⁷ betrachtet.¹⁰⁷⁸ Die öffentliche Entrüstung über letztgenannte Entscheidung ließ sich im Wesentlichen darauf zurückführen, dass ihre tatsächlichen Entscheidungsgehalte nur stark verkürzt und unzureichend bekannt waren.¹⁰⁷⁹ Auch weil ein großer Teil der Korrespondenten der Justizpressekonferenz und der Richter des Bundesverfassungsgerichts durch ihre Teilnahme am 60. Deutschen Juristentag die *Soldaten sind Mörder-Entscheidung* nicht angemessen in einem ersten Zugriff erläutern konnten, gelang die Kommunikation der Entscheidungsgründe in die Gesellschaft hinein nicht.¹⁰⁸⁰ An diesem Negativbeispielen wird deutlich, wie sehr die Rezeption einer Entscheidung und damit auch die Folgebereitschaft von nicht normierten Bedingungen abhängt.

Die auf die *Kruzifix-Entscheidung* folgende Einrichtung der Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts unter *Jutta Limbach* knüpfte an die Erkenntnis an, dass transparente Kommunikation und Vermittlung der Entscheidungsgehalte in einem direkten Zusammenhang mit der Akzeptanz der einzelnen Entscheidungen einerseits und der institutionellen Akzeptanz des Gerichts andererseits stehen.¹⁰⁸¹ Mag die Presse bei erster Betrachtung

1075 Rath in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 403.

1076 BVerfGE 93, 1 – Kruzifix (1995); zur nachfolgenden öffentlichen Kritik *Lamprecht*, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 39 ff.

1077 Heftige Kritik erfuhr der ursprüngliche Kammerbeschluss BVerfG NJW 1994, 2943. Die folgende Entscheidung in gleicher Sache erfolgte als Senatsentscheidung, BVerfGE 93, 266.

1078 Dazu resümierend, auch mit den Folgen für die Öffentlichkeitsarbeit des Gerichts *Grimm* in: *ders./Lepsius/Waldhoff/Roßbach*, „Ich bin ein Freund der Verfassung“, 2017, S. 145 – 161.

1079 *Lamprecht*, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 21.

1080 *Lamprecht*, Kooperation und Konfrontation, ZRP 2012, 149 (152).

1081 *Lamprecht*, Kooperation und Konfrontation, ZRP 2012, 149 (152); zu dem Zusammenhang auch *J. Jahn*, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021, S. 441.

in der demokratischen Rechtsordnung des Grundgesetzes zwar primär darauf ausgerichtet sein, zu kontrollieren, dass der Staat bei seiner Tätigkeit seine rechtlichen Grenzen achtet,¹⁰⁸² kommt ihr im Kontext der nachträglichen Begleitung von Entscheidungen in Form der Entscheidungskommunikation nicht lediglich eine begrenzende und kontrollierende, sondern auch eine ermöglichende und bestärkende Funktion zu.

Diese Funktion ist den Mitgliedern des Gerichts auch mit einigem zeitlichen Abstand zur Akzeptanzkrise Mitte der 1990er-Jahre noch präsent. Die akzeptanzfördernde Wirkung von Kommunikation durch die Medien hat eine nicht unerhebliche Schnittmenge der befragten Richter explizit bejaht, exemplarisch ist hierfür das folgende Zitat:

„Verfassungsrechtsprechung ist eine Ausübung von Staatsgewalt. Sie ist auf Akzeptanz angewiesen und muss medial begleitet werden. [...] Eigentlich gehört es – wie die Übersetzung von wichtigen Entscheidungen ins Englische und Französische – zu den Funktionsbedingungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, dass sie auch der Gesellschaft und nicht nur den Parteien angemessen vermittelt werden.“¹⁰⁸³

Deutlich wird hieran einerseits, dass ein Bewusstsein über die Akzeptanzbedürftigkeit des Gerichts Voraussetzung für den subjektiv empfundenen Stellenwert medialer Entscheidungsbegleitung ist. Andererseits nimmt der Interviewpartner als Rezipienten der Entscheidungsbegleitung nicht nur die unmittelbar beteiligten Parteien und beaufungspflichtigen Staatsorgane in den Blick, sondern die (Zivil-)Gesellschaft insgesamt.

Dabei ist das Bewusstsein innerhalb des Gerichts, dass es sich bei der Presse um einen unabhängigen Teilnehmer im System verfassungsgerichtlicher Entscheidungskommunikation handelt, unterschiedlich stark ausgeprägt. Zum einen fiel zwar folgende Aussage:

„Das ist auch ein Aspekt der Vermittlung. Sie wissen, eine Entscheidung ist kompliziert und schwierig, und wir müssen jetzt aber die Essenz [...] rüberbringen. Dann kommen die Kritiker der Entscheidung [...] denen müssen sie etwas entgegensetzen [...] Und je besser man das einschätzen kann, desto gezielter kann man etwas dagegen tun. Das ist eben auch Aufgabe einer klugen Kommunikation bei Gericht. Das schützt das Gericht, stärkt das Vertrauen in die Institution und bewahrt sie vor

1082 Dazu *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 300 ff.

1083 Interview Nr. 7.

größeren Schaden. Die Presse ist jedenfalls nicht Ihr Freund, die Presse will irgendwas berichten, das kracht.“¹⁰⁸⁴

Der Interviewpartner zeigt ein Bewusstsein dafür, dass es für eine akzeptanzfördernde Kommunikation durch die Presse zum einen darauf ankommt, wie sehr das Gericht die Presse von der Entscheidung überzeugen und ihr die wesentlichen Inhalte vermitteln kann. Insbesondere der letzte Satz der zitierten Passage unterstreicht, dass die Presse nicht bedingungslos das Bundesverfassungsgericht unterstützen will, sondern auch als Risikofaktor in der Entscheidungskommunikation angesehen werden muss. Entgegen dieser vorsichtigen Haltung gegenüber der Presse sind aber auch Aussagen wie die folgende getätigt worden:

„Die Medien sind zwar bei einzelnen Entscheidungen sehr kritisch, aber sie achten sehr darauf, dass die politischen Institutionen die Entscheidung des Verfassungsgerichts auch umsetzen. Sie sind sozusagen unser Bataillon, das wir haben, um unsere Entscheidungen zur Geltung zu bringen.“¹⁰⁸⁵

Dies für sich betrachtet ist selbstverständlich keine Beleg für ein sorgloses Verständnis von der Rolle der Presse im Zusammenspiel mit dem Bundesverfassungsgericht. Die Äußerung wirft aber die Frage auf, wie das Gericht sicherstellt, dass die Presse auf eine durchsetzungsförderliche Art und Weise berichtet. Für die hier übergeordnete Frage nach dem Verfahren der Durchsetzung interessiert es deshalb nicht so sehr, in welchem Maße die Mitglieder des Gerichts sich der Bedeutung der Transferleistung durch die Presse in die Gesellschaft hinein überhaupt bewusst sind, sondern inwiefern die Presse ein aktiv gewählter Bestandteil einer Kommunikationsstrategie des Bundesverfassungsgerichts ist. Mit anderen Worten: Fraglich ist, wie das Gericht und seine Mitglieder eine gerichtsfreundliche Berichterstattung begünstigen können.

Die Medienarbeit des Bundesverfassungsgerichts erfolgt über mehrere Wege parallel. Neben der institutionalisierten Öffentlichkeitsarbeit durch die Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts und der Zusammenarbeit mit der Justizpressekonferenz gibt es auch individuelle Kontakte der Richter des Bundesverfassungsgerichts zu einzelnen Journalisten.¹⁰⁸⁶

1084 Interview Nr. 4.

1085 Interview Nr. II.

1086 S.o. Fn. 601.

Die institutionalisierte Pressearbeit des Gerichts als Ganzem zielt darauf ab, die spezifisch juristischen Entscheidungsgehalte so aufzubereiten und aufbereiten zu lassen, dass die massenwirksame Kommunikation in die breite Öffentlichkeit durch die Presse als Mittler möglich wird. Zwar bemüht sich das Gericht zuweilen auch, bereits die Entscheidung so zu formulieren, dass die Presse einen leichten Zugang zum Entscheidungsinhalt hat. Durch prägnante Formulierungen in der Entscheidungsverkündung versucht das Gericht beispielsweise Akzente zu setzen, in der Hoffnung, die Presse werde hier folgen.

„Man weiß, dass bestimmte Entscheidungen mehr Aufmerksamkeit und Kritik auf sich ziehen als andere, und bei diesen Entscheidungen ist die Notwendigkeit, sich Gedanken zu machen, wie man die Entscheidung kommuniziert, größer. Das fängt schon bei den einführenden Worten des Vorsitzenden/der Vorsitzenden bei der Urteilsverkündung an.“¹⁰⁸⁷

Inwiefern bereits dieser erste Versuch, die Rezeption durch die Presse zu lenken, allerdings tatsächlich gelingt, hängt vor allem vom kommunikativen Geschick des Vorsitzenden ab. Deswegen können solche kommunikativen Griffe zwar unschwellig zu einer besseren Lenkung beitragen, ein eigenständiger Bestandteil einer Durchsetzungsstrategie sind sie aber nicht. Bedeutend wichtiger ist hingegen die direkte Erläuterung der Entscheidungsgründe gegenüber den berichtenden Journalisten. Diese geht über die mittlerweile eingestellte Praxis der Vorabinformationen für Mitglieder der Justizpressekonferenz hinaus.¹⁰⁸⁸ Die Richter, typischerweise Berichterstatter und ggf. Senatsvorsitzender, erörtern mit den Pressevertretern die Entscheidung, um eine informierte Berichterstattung zu ermöglichen.

„Ich war dankbar, dass es zu meiner Zeit eine Vorbesprechung der Senatsentscheidungen mit Medienvertreter gab. Von vielen Journalisten wird ja erwartet, dass sie kurz nach der mündlichen Verkündung der Entscheidung im Hörfunk oder Fernsehen berichten und kommentieren oder für ihr Medium eine schriftliche Stellungnahme abgeben. Eine Vorabinformation konnte nach meiner Erfahrung helfen, Missverständnissen über den Inhalt auch besonders voraussetzungsvoller oder sehr komplexer Entscheidungen vorzubeugen. Die Vorbesprechungen ermöglichten den Journalisten insbesondere, bei Verständnisschwierigkeiten

1087 Interview Nr. 4.

1088 Dazu vgl. Rath, Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, 25 (30).

beim Berichterstatter nachzufragen. Andererseits kann ich auch verstehen, dass solche Vorbesprechungen jetzt ausgeschlossen worden sind. Eines ihrer Probleme bestand darin, dass Medienvertreter vor den betroffenen Parteien informiert wurden. Auch verschafften sie den dabei anwesenden Journalisten einen Informationsvorsprung vor anderen Medienvertretern.“¹⁰⁸⁹

In dem der Entscheidung nachgelagerten Verfahren räumt das Bundesverfassungsgericht Erläuterungsvorgängen gegenüber der Presse also einen eigenen Raum ein. Dies muss nicht zwangsweise in einem Präsenztermin mit Pressevertretern stattfinden, sondern kann auch durch Pressemitteilungen erfolgen, die an einen vom allgemeinen Newsletter des Gerichts gesonderten Empfängerkreis übersendet werden.¹⁰⁹⁰ Zwar sind die Empfänger regelmäßig juristisch geschult, sodass ein Grundverständnis des Inhalts erwartet werden kann. Dennoch bedarf es auch bei diesen Pressemitteilungen eines gewissen Maßes an Aufbereitung der Entscheidung, um den Bedürfnissen der Presse, den Sachverhalt zügig zu erfassen, gerecht zu werden.¹⁰⁹¹ Es muss also zwischen der Entscheidung des Falles und der Veröffentlichung an die Presse ein Aufbereitungsvorgang stattfinden, der den weiteren Transport der Entscheidungsinhalte durch die Presse vorbereitet. Dieser Aufbereitungsvorgang erfolgt durch die Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts, sodass ein weiterer Teil der Gerichtsverwaltung in den Durchsetzungsprozess einbezogen ist.

Deutlich wird aber auch, dass informelle Instrumente der Entscheidungsdurchsetzung sich in ein Verfahren einordnen lassen. Nach Abschluss der Entscheidungsfindung nimmt das Gericht die Presse als autonomen Teilnehmer des Durchsetzungsprozesses in den Blick und bindet sie in einem bereits institutionalisierten Maße in das Durchsetzungsverfahren ein. Dies erfolgt in zwei Schritten. Zuerst findet eine Aufbereitung der Entscheidung durch die Presseabteilung statt, um so eine informierte Rezeption und Verbreitung zu bewirken. Ziel dieses Aufbereitungsverfahrens ist es, dass die Gesellschaft die Entscheidungsgehalte des Bundesverfassungs-

1089 Interview Nr. 6.

1090 Rath in: Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), BVerfG im politischen System, 2. Auflage, 2015, S. 403 (406 f.).

1091 Vgl. Huff, der die Informationsfunktion der Pressemitteilung betont, Huff, Information, NJW 2001, 2951 (2952 f.); zu den Anforderungen an eine Pressemitteilung durch die Justiz vgl. auch ders., Justiz und Öffentlichkeit, 1996, S. 20 ff.; ähnlich Grimm in: ders./Lepsius/Waldhoff/Roßbach, „Ich bin ein Freund der Verfassung“, 2017, S. 157.

gerichts versteht. In einem zweiten Schritt greift die Presse die aufbereitete Entscheidung des Gerichts auf und verschafft ihr Breitenwirkung. Nur auf den ersten Schritt hat das Gericht unmittelbaren Einfluss, sodass es in diesem Aspekt der kommunikativen Entscheidungsvermittlung in einem partiellen Abhängigkeitsverhältnis zur Presse steht. Bei einer die Presse einbindenden kommunikativen Entscheidungsvermittlung bestätigt sich erneut das Muster des abhängigen Herren des Verfahrens.¹⁰⁹²

b. Entscheidungserläuterung durch die Richter

Die vorangegangenen Erläuterungen zum Informationstransfer haben einen Fokus auf das Verhältnis zwischen der Presse und dem Bundesverfassungsgericht als Ganzem gelegt. Die Vermittlung von Entscheidungsgehalten erfolgt jedoch nicht gänzlich losgelöst von den einzelnen Mitgliedern des Gerichts. Sowohl in Tages- als auch in Fachpresse finden sich Beiträge einzelner Richter, die selektiv Entscheidungen oder Entscheidungslinien des Gerichts erläutern.¹⁰⁹³ Hierbei ist auch im Rahmen der geführten Interviews eine Veränderung bei der Sichtweise der Richter auf die Frage zu erkennen, ob nach Erlass der Entscheidung noch eine weitergehende Erläuterung der Entscheidungsgehalte überhaupt zulässig sei. Während in Interviews mit Richtern, deren Amtszeit zeitlich betrachtet weiter zurückliegt, die Auffassung überwog, dass ein Richter sich höchstens in Ausnahmefällen, etwa bei einer offensichtlichen Fehldeutung der Entscheidung durch die Öffentlichkeit, erläuternd äußern dürfe, wird die erklärende Begleitung von Entscheidungen nach deren Erlass bei Richtern, deren Amtszeit weniger lange zurückliegt, eher positiv, teilweise sogar als dringend notwendig

1092 Dazu bereits o. S. 157 ff.

1093 Nur exemplarisch hierfür etwa *Christ*, Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG, NVwZ 2023, 1193; vgl. auch das Interview zwischen dem SWR und *Andreas Voßkuhle* kurz vor dessen Ausscheiden aus dem Gericht, in dem *Voßkuhle* u.a. die unmittelbar zuvor ergangene PSPP-Entscheidung kurz erläutert, abrufbar unter: https://www.youtube.com/watch?v=YDK5X_AfAMU (letzter Abruf: 8.8.2024); zum Grundrecht auf den Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme vgl. den an der Entscheidung beteiligten, zum Zeitpunkt des Beitrags aber schon ausgeschiedenen Richter *Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009; zur Entscheidung zu Verständigungen im Strafverfahren *Landau*, Absprachen im Strafprozess, NStZ 2014, 425; *Radtke*, Interview im ZDF heute journal vom 2. Januar 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=XKVzD5bApj0&t=299s> (Stand: 11.04.2025).

beurteilt. Die sich verändernde Sichtweise auf individuelle öffentliche Äußerungen ist auch innerhalb des Gerichts nicht linear, gleichwohl besteht heute eine positivere Grundeinstellung.

Diese zunehmende Tendenz individueller richterlicher Erläuterungen wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen und in welchem inhaltlichen Ausmaß sie erfolgen. Zum einen interessiert dabei, mit welchem Beweggrund ein Richter sich äußert und in welcher Ausgangssituation eine Äußerung aus Sicht der Richter angezeigt ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob und wie das Gericht eine interne Entscheidung trifft, welcher Richter sich äußert.

Unabhängig von der Einstellung zu der Frage, ob das Gericht sich nach der Urteilsverkündung zu dem Bedeutungsgehalt der Entscheidung äußern soll, ist allen interviewten Richtern die individuellen Äußerungen immanente Problematik bewusst, den Eindruck zu erwecken, für das gesamte Gericht zu sprechen. Die Autorität einer Entscheidung als Resultat eines deliberativen Prozesses soll nämlich nicht durch individuelle Äußerungen unterminiert werden:

„Wenn jetzt ein Richter das gemeinsame Urteil interpretiert, ist das die Interpretation aus seiner Sicht und nicht von acht Richtern. Die acht Richter haben sich aber auf einen Text geeinigt. [...] Bevor sich dort unterschiedliche Interpretationen ergeben, [...] sollte man sich im Senat abstimmen. Wenn die Medien etwas falsch interpretieren, mag es in besonderen Fällen einen Berichtigungsbedarf geben. Normalerweise spricht der Senat in der Anonymität des Spruchkörpers. Der einzelne Richter tritt zurück.“¹⁰⁹⁴

Selbst diese kritische Sichtweise gegenüber individuellen Äußerungen will allerdings ausnahmsweise Erläuterungen zulassen, wenn der Entscheidungsgehalt offensichtlich fehlinterpretiert wird. Diese Auffassung zieht sich überwiegend durch die Interviews mit in diesem Punkte eher skeptischen oder ablehnenden Richtern. Die Erläuterung von Entscheidungen setzt nach dieser restriktiveren Auffassung demnach eine konkrete Veranlassung in Gestalt einer fehlerhaften Rezeption voraus. In der Folge entstehen allerdings wiederum Unschärfen, was unter einer evidenten Fehldeutung zu verstehen ist. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind nämlich Produkt eines Aushandlungsprozesses zwischen den subjektiven Rechtsüberzeugungen der Richter. Damit einer evidenten Fehldeutung

1094 Interview Nr. 9.

durch nachträgliche Klarstellung begegnet werden kann, müsste das Gericht sich darüber verständigen, ob das durch die Rezipienten artikulierte Verständnis der Entscheidung nicht nur der Rechtsauffassung aller Richter widerspricht, sondern auch in einem groben Maße hiervon abweicht. Eine derartige Fehlinterpretation wirkt hypothetisch.

Dieses Abgrenzungsproblem entsteht hingegen nicht, wenn man eine nachträgliche Entscheidungserläuterung durch die Richter des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich für zulässig oder gar erforderlich hält. Die Richter, die derartige Erläuterungen befürworten, verfolgen damit zwar auch die Korrektur von Missverständnissen, ziehen aber nicht das eingrenzende Kriterium der Evidenz heran. Stattdessen führt ein Teil der interviewten Richter die Komplexität der Entscheidungen als Grund für die nachträgliche Erläuterung heran. Am Beispiel der europäischen Integration führt ein Interviewpartner aus:

„[D]ie alte Maßgabe, dass ein Gericht nur über seine Entscheidungen spricht, [kann] in der heutigen Medienwelt nicht mehr gelten. Das liegt prima facie an zwei Dingen. Einmal an der immer komplexeren Sach- und Rechtslage, die durch das Mehrebenensystem, in dem wir juristisch leben, größer geworden ist, und dass auch die Zahl der Akteure größer geworden ist.“¹⁰⁹⁵

In die gleiche Richtung geht auch ein präventiver Gedanke. Die Erläuterung von Entscheidungen auch außerhalb des fachwissenschaftlichen Kontexts bezieht nämlich auch die Erwägung mit ein, dass innerhalb der Gesellschaft Hoheitsgewalt zunehmend rational begründet werden muss und weniger auf charismatischen Erwägungen beruhen kann.¹⁰⁹⁶ Exemplarisch dafür das folgende Zitat:

„[D]ie Zeiten, wo Arztkittel und rote Richterroben Autorität erzeugt haben, [sind] vorbei. Die Leute glauben Ihnen nicht mehr ohne weiteres. Die Bereitschaft sowohl bei den Bürgerinnen und Bürgern als auch in der Politik, etwas einfach hinzunehmen, weil es ihnen von „Autoritäts-

1095 Interview Nr. 12.

1096 Gleichwohl lässt sich bezweifeln, dass das BVerfG seine Handlung jemals auf charismatische Legitimitätsbegründungen im *Weber'schen* Sinne stützen konnte. Auch wenn sich das BVerfG als Institution besondere Beliebtheit erfreut, geht dies doch nicht so weit, dass von einer „außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit oder Heldenkraft [...] einer Person“ gesprochen werden könnte, mit der *Max Weber* die auf charismatischen Aspekten beruhende Legitimität definiert, *M. Weber* in: *Borchardt/Hanke/Schluchter* (Hrsg.), MWS, 2014, S. 154 f.

personen“ präsentiert wird, ist deutlich gesunken. Und weil diese Bereitschaft gesunken ist, [...] sind alle Hoheitsträger und damit auch Gerichte gezwungen, ihre Entscheidungen verständlich zu begründen und sie den Bürgerinnen und Bürgern zu vermitteln.“¹⁰⁹⁷

Weil die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wie alle anderen gerichtlichen Entscheidungen auch, in einem spezifisch juristischen Duktus verfasst sind, erschließen sie sich der breiten Bevölkerung nicht ohne weiteres. Gelingt es der Presse aus Sicht der Richter des Bundesverfassungsgerichts nicht, die Entscheidungen in einem zufriedenstellenden Maße zu übersetzen, kann es unter dieser Prämisse angezeigt sein, dass ein Mitglied des Gerichts die Entscheidungsgehalte gesondert erläutert.

Noch weiter geht die Auffassung, dass nicht die Komplexität, sondern die gesellschaftliche Relevanz des entschiedenen Falles maßgeblich für die Wahl der zu erläuternden Entscheidung sein soll.

„Eine aufwändigere Vermittlung von Entscheidungen über inländische und ausländische Medien, Vorträge, Tagungen etc. ist angesichts von ca. 6000 Fällen jährlich nicht in jedem Einzelfall möglich, bei wichtigen Verfahren jedoch unabdingbar.“¹⁰⁹⁸

Diese Lesart würde zwar im Einklang mit der Vorstellung vom Bundesverfassungsgericht als Stabilisator des politischen und rechtlichen Systems der Bundesrepublik stehen. Durch nachträgliche Erläuterungen könnte das Gericht nämlich Zweifelsfragen hinsichtlich Fragen der Verfassungsauslegung weiter beseitigen. Anders als das Kriterium der Komplexität, das jedenfalls im Grundsatz noch objektiv bestimmbar ist, unterliegt das Kriterium der Wichtigkeit einer Rechtssache aber im Wesentlichen den subjektiven Vorstellungen der einzelnen Richter. Durch einen gewissen zeitlichen Abstand zwischen Entscheidung und Erläuterung kann diese subjektive Komponente der individuellen Äußerung eines Richters zwar ein Stück weit rationalisiert werden. So ist es „allgemein üblich und Regel, dass man zwischen der Entscheidung und eventuellen Erläuterungen etwas Abstand einhält [...] und die Diskussion in der Öffentlichkeit abwartet.“¹⁰⁹⁹ Die erläuternde Tätigkeit der Richter wird damit jedenfalls teilweise an das Kriterium der Notwendigkeit geknüpft. Dieses Kriterium kann das Gericht aber auch veranlassen, als Ganzes gerichtsbezogene Vorgänge zu erläutern. Auch als

1097 Interview Nr. 4.

1098 Interview Nr. 7.

1099 Interview Nr. 12.

Reaktion auf den Vorwurf, hinsichtlich der Entscheidungen zur sog. „Bundesnotbremse“ während der Corona-Pandemie nicht schnell genug zu entscheiden, sah sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst, zu erläutern, wie umfangreich es bereits innerhalb der ersten drei Monate nach Inkrafttreten Entscheidungen diesbezüglich getroffen hat und seinen weiteren Entscheidungsfindungsprozess offenzulegen.¹¹⁰⁰ Wenn also ersichtlich ist, dass in der Öffentlichkeit kein Klärungsbedarf besteht, kann nach dieser Lesart eine Erläuterung entfallen, andernfalls tritt das Gericht in den Kommunikationsvorgang mit der Öffentlichkeit ein.

Auch hier tut sich aber eine ähnlich gelagerte Abgrenzungsproblematik auf. Ob nämlich die Entscheidungsgehalte in einem zufriedenstellenden Maße rezipiert worden sind, unterliegt der Beurteilung des Gerichts und damit potenziell unterschiedlichen Auffassungen der jeweiligen Senatsmitglieder.

Dass diese Aussage auch nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig ist, sieht man etwa, wenn man die kurze Zeitspanne von gerade einmal zehn Tagen betrachtet, die zwischen dem Erlass der PSPP-Entscheidung und einer kurzen Erläuterung des damaligen Präsidenten *Andreas Voßkuhle* im Rahmen seines Abschlussinterviews mit dem SWR betrachtet.¹¹⁰¹

Deutlich wird insbesondere, dass die Entscheidung, ob sich ein Richter erläuternd äußert, keinen einheitlichen Kriterien unterliegt. Zwar ist insgesamt zu beobachten, dass die individuelle Entscheidungserläuterung durch die Richter aktiver in das informelle Durchsetzungsinstrumentarium eingebunden wird. Eine verallgemeinerungsfähige Aussage, welche Voraussetzung eine Entscheidung erfüllen muss, damit ein Mitglied des Gerichts sie nachträglich erläutert, kann aber nicht abschließend getroffen werden.

Gleiches gilt für die Frage der internen Zuständigkeitsverteilung zur erläuternden Äußerung. Für deren Bestimmung gibt es mehrere Ansatzpunkte. Ausgehend von seiner besonderen Rolle und tiefgehenden Einarbeitung käme zunächst in Betracht, dem Berichterstatter des jeweiligen Verfahrens die Kompetenz einzuräumen, sich erläuternd zu Entscheidungsinhalten zu äußern.¹¹⁰² Denkbar wäre auch, dem jeweiligen Vorsitzenden als Repräsentanten des entscheidenden Senats die Erläuterungskompetenz

1100 Vgl. dazu BVerfG, Pressemitteilung Nr. 78/2021 vom 20. August 2021; dieser Kritik tritt auch Richter des BVerfG *Henning Radtke* „im Namen des Gerichts“ in seinem Interview im heute journal des ZDF entgegen, vgl. o. Fn. 1093.

1101 Zu dem Interview s. o. Fn. 1093.

1102 Zur besonderen Bedeutung des Berichterstatters bei den diskursiven Elementen des Hauptsacheverfahrens vgl. o. S. 262 ff.

zuzusprechen. Dass dies nicht durchweg der Realität entspricht, erkennt man etwa an der Erörterungstätigkeit im Zusammenhang mit dem Klimabeschluss. Berichterstatte¹¹⁰³ war hierbei *Gabriele Britz*, erläutert wurde die Entscheidung aber auch etwa durch *Josef Christ* in fachwissenschaftlichen Publikationen¹¹⁰³ und *Andreas Paulus* in verschiedenen Podiumsveranstaltungen. Die Erfahrungen der interviewten Richter lassen keine einheitliche Betrachtung der internen Aufteilung erkennen. Teilweise wurde eine Abstimmung innerhalb des Senats nur für den Fall, dass der Vorsitzende sich äußert, bejaht:

„Wenn der Präsident oder Vizepräsident ein Interview gibt, gilt diese Unabhängigkeit für ihn natürlich auch. Wenn er aber die Stellung des Gerichts thematisiert und dabei die allgemein anerkannten Grundsätze verlässt oder Gesetzesänderungen verlangt, wird er sich dann doch im Senat oder Plenum rückversichern, weil er oder sie in besonderem als Vertreter des Gerichts wahrgenommen wird.“¹¹⁰⁴

Ein anderer Interviewpartner spricht hingegen von einem höheren Maß an Absprache innerhalb des Senats:

„Die Verfassungsrichterinnen und -richter unterliegen bekanntlich keiner Dienstaufsicht, so dass auch in Fragen der Kommunikation sich jeder im Prinzip so verhalten kann, wie er will. Oft wird auch der Auftritt einzelner Mitglieder im Senat orchestriert. Berichterstatte¹¹⁰⁵ und Vorsitzender haben da ein gewisses „Prae“. Wer sich öffentlich äußert, will ja letzten Endes die Rückbindung an den Spruchkörper und will im Senat nicht zur Rede gestellt werden, dass eine Entscheidung so gar nicht gemeint gewesen sei etc. Insofern ist das ein Gebot politischer Klugheit, im Zweifel schon im Voraus die Rückbindung an den Senat zu suchen.“¹¹⁰⁵

Der Gegenüberstellung dieser Zitate sind mehrere Schlüsse zu entnehmen. Zum einen ist eine interne Zuständigkeitsverteilung hinsichtlich der Äußerungen nicht konsentiert und aufgrund der unabhängigen Stellung der Richter wohl auch nicht durchsetzbar. Dennoch besteht in gleich doppelter Hinsicht das Bedürfnis, dass ein Mitglied des Gerichts sich intern rückbindet, bevor es erläuternd tätig wird. Einerseits muss der sich äußernde

1103 Vgl. o. Fn. 1093.

1104 Interview Nr. 5.

1105 Interview Nr. 7.

Richter sich vor den anderen Senatsmitgliedern für seine Äußerungen rechtfertigen können. Um nachträglich nicht der negativen Kritik der anderen Richter ausgesetzt zu sein, hat er bereits ein subjektives Interesse daran, sich mit dem Senat über die Äußerung abzustimmen. Doch auch auf das Gericht als Ganzes bezogen ist eine interne Abstimmung dringend erforderlich. Will das Gericht nämlich seine Autorität dadurch untermauern, dass es seine Entscheidungen einheitlich nach außen vertritt, so muss dies auch bei einer nachträglichen Entscheidungserläuterung gelten.¹¹⁰⁶ Um aber dieses einheitliche Auftreten gewährleisten zu können, ist eine vorherige Beratung zwingend erforderlich.

c. Zusammenfassung

Die kommunikativen Vermittlungsvorgänge finden im Zeitraum, nachdem das Gericht eine Entscheidung getroffen hat, statt. Weil für das Gericht im Zuge einer Akzeptanzkrise in den 1990er-Jahren der Zusammenhang von Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz einer Entscheidung offenkundig geworden ist, ist insbesondere seitdem ein steigendes Bedürfnis an Öffentlichkeitsarbeit zu verzeichnen, die vor allem darauf ausgerichtet ist, die Entscheidungen des Gerichts zu erklären. Hierbei wirken eine Mehrzahl an Subjekten zusammen.

Das Bundesverfassungsgericht tritt dabei in zweifacher Ausgestaltung in Erscheinung. Zum einen betreibt das Gericht als Institution Kommunikationsarbeit, indem es mit der Veröffentlichung der Entscheidung Pressemitteilungen herausgibt und so die Rezeption durch die Presse und mittelbar auch der Öffentlichkeit zu steuern versucht. Die Kommunikation durch das Gericht als Ganzes beschränkt sich allerdings lediglich darauf, dass Missverständnisse seitens der Presse ausgeräumt werden können, damit diese den Entscheidungsgehalt inhaltlich korrekt wiedergeben kann. Zum anderen werden neben dem Bundesverfassungsgericht als Institution zunehmend auch einzelne Richter eigenverantwortlich erläuternd tätig. Auch wenn dies auch innerhalb des Gerichts im Grundsatz zunehmend als Erfordernis einer auf Akzeptanzsicherung ausgerichteten Entscheidungsumsetzung angesehen wird, bleiben Detailfragen offen. Konsentiert ist lediglich, dass individuelle Äußerungen der Richter nicht über eine Erläuterung hinausgehen sollen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Wertungen des

¹¹⁰⁶ Zur Bedeutung eines geschlossenen Auftretens vgl. o. S. 174.

Gerichts mit subjektiven Wertungen des sich äussernden Richters vermischt werden. Unklar bleibt hingegen, bezüglich welcher Entscheidungen die Richter sich gesondert publizistisch äussern sollen und ob eine Rückbindung an den jeweiligen Senat erfolgen muss. Sinnvoll ist hierbei sicherlich, eine gewisse Zeit zwischen Entscheidung und Erläuterung abzuwarten, damit das Gericht die Entwicklung der Rezeption beobachten kann und basierend auf dieser Beobachtung entscheiden kann, ob die Entscheidungsgehalte missachtet werden oder nicht. Um ein geschlossenes Auftreten sicherzustellen, sollte auch eine Absprache innerhalb des Senats erfolgen.

Eine besondere Rolle in der kommunikativen Entscheidungsvermittlung nimmt die Presse ein. Durch die Übersetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen aus dem juristischen Duktus heraus und die komprimierte Wiedergabe an die breite Öffentlichkeit stellt sie den wesentlichen Informationsmittler des Bundesverfassungsgerichts dar. Die institutionalisierte Anbindung an das Gericht durch die Justizpressekonferenz sichert ein notwendiges Maß an Qualität der Berichterstattung ab und begünstigt dadurch die korrekte Vermittlung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalte. Die Einbindung der Presse funktioniert strukturierter als die individuelle Äußerung einzelner Richter. Zunächst werden die aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts erheblichen Informationen in einer gesonderten Pressemitteilung aufbereitet. Anschließend verbreitet die Presse diese Informationen durch die eigene journalistische Tätigkeit an die breite Öffentlichkeit.

Insgesamt erfolgt die kommunikative Vermittlung von Entscheidungsgehalten in mehreren Schritten. Zuerst bindet das Gericht in zeitlicher Nähe zur Entscheidung die Presse ein und vertraut dabei weitestgehend auf ihre Vermittlungsleistung. Das Gericht kann durch eine entsprechende Aufbereitung der Entscheidung zwar versuchen, die Berichterstattung zu lenken, ist hierbei allerdings abhängig davon, dass die Presse bereit ist, die Aufbereitung so anzunehmen. Nachdem die Entscheidung in die Öffentlichkeit hinein kommuniziert worden ist, wird eine kommunikative Vermittlung der Entscheidungsgehalte durch das Gericht als Ganzes abgelöst durch individuelle Äußerungen einzelner Richter. Diese Erläuterungen können sich sowohl an die Fachöffentlichkeit als auch an die breite Öffentlichkeit richten. Einem festen Regelwerk folgen sie allerdings nicht.

3. Kommunikativ ausgetragene Konflikte

Neben den auf Erläuterung ausgelegten kommunikativen Akten des Gerichts sind zuweilen auch kommunikativ ausgetragene Konflikte zu beobachten. Hierunter fallen solche Situationen, in denen das Gericht sich mit mangelnder Folgebereitschaft konfrontiert sieht, es aber die Renitenz mit Kommunikation aufzulösen versucht. Dies ist angesichts der geringen Wirkmacht und Bedeutung der Durchsetzungsanordnungen ein erforderliches Mittel, um mit obstruktiven Tendenzen umzugehen. Anders als bei der kommunikativen Entscheidungsvermittlung scheitert die Entscheidungsumsetzung hier nämlich nicht an einem fehlenden Verständnis der Entscheidungsgehalte, sondern an einem fehlenden Willen der Entscheidungsadressaten. Das Gericht sieht sich hier also nicht einem befolungsbereiten Adressaten gegenüber, sondern muss die Folgebereitschaft erst herstellen. Das Interesse des Adressaten, die entsprechende Entscheidung nicht umzusetzen, läuft dem Interesse des Gerichts entgegen, die Befolgung der Entscheidung zu bewirken.

Weil es grade keine Anordnung auferlegt, die einen ausdrücklichen und konkreten Regelungsgehalt beinhaltet, stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise das Gericht versucht, Widerständen kommunikativ zu begegnen.

a. Unmittelbare Kommunikation bei politischer Brisanz

Im Zuge der Bedeutung von Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG ist bereits ein Beispiel dafür deutlich geworden, wie das Gericht durch kommunikative Mittel Widerstände überwinden kann. Zuweilen genügt es nämlich bereits, den Erlass einer Anordnung in Aussicht zu stellen, um so die potenziellen Anordnungsadressaten zum Tätigwerden zu veranlassen.¹¹⁰⁷ Das Gericht tritt dann in eine unmittelbare nachträgliche Kommunikation mit den Umsetzungsverpflichteten ein, die oftmals bilateral und nicht öffentlich stattfindet. Ein Beispiel hierfür liefert die folgende Interviewaussage:

„Natürlich gibt es sehr sensible Bereiche, von denen wir wissen, dass vor Ort die Akzeptanz unserer Entscheidung schwieriger durchsetzbar

1107 Vgl. dazu o. S. 316.

ist als in anderen Bereichen. Das betrifft den Bereich des Ausländer- und Migrantenrechts, insbesondere Abschiebungen und Rückführungen. Man muss vielleicht wissen, dass das Gericht auch mal Rechtsgehorsam herbeiführt durch ein Telefonat. [...] Wenn ein deutscher Verfassungsrichter ans Telefon geht und um Aufschub einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung bittet, dann klappt das auch.“¹¹⁰⁸

Dieses Zitat offenbart eine Herausforderung und eine Prämisse unmittelbarer Kommunikation. Die Prämisse ist, dass die institutionelle Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts den Richtern eine solche Autorität vermittelt, die eine Befolgungsbereitschaft bei den Entscheidungsadressaten durch persönliche Konfrontation zumindest im Grundsatz herbeiführt. Die Herausforderung ist, dass in bestimmten Entscheidungsbereichen die Ablehnung der konkreten Entscheidung diese grundsätzlich bestehende institutionelle Akzeptanz überwiegt. Ziel der Bewältigung des Konflikts durch unmittelbare Kommunikation ist es deswegen, das Akzeptanzdefizit für die konkrete Entscheidung zu beseitigen oder zumindest in dem Maße abzuschwächen, dass die institutionelle Akzeptanz den Entscheidungsadressaten wieder zur Befolgung zu veranlassen vermag.

Das Gericht sucht hierbei selten die offene Konfrontation, sondern versucht auch bei fehlender Umsetzungsbereitschaft, dem spezifisch politischen Kontext seiner Entscheidung Rechnung zu tragen.¹¹⁰⁹ In dem beschriebenen Beispiel der unterbliebenen Umsetzung der Entscheidung zur Erbschaftssteuer etwa hat Vizepräsident *Ferdinand Kirchhof* sein Schreiben an die Gesetzgebungsorgane nicht öffentlich gemacht, um hierdurch keine politische Drucksituation zu evozieren.¹¹¹⁰ Auch die Auflösung des Konflikts in der Causa *Stadthalle Wetzlar* erfolgte durch die in Anbetracht des Maßes an offener Missachtung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung stark entschärfte Anregung an die zuständige Kommunalaufsicht, „sicherzustellen, dass gerichtliche Entscheidungen künftig befolgt werden, etwa durch Anzeigepflichten bei Ablehnung einer Hallenvergabe oder synchrones Monitoring.“¹¹¹¹ Nach außen hin wird also die Auflösung des Konflikts als Resultat eines konstruktiven Dialogs dargestellt, sodass die Umsetzungsverpflichteten trotz ihrer empfindlichen juristischen Niederlage im politischen Kontext ihr Gesicht wahren konnten.

1108 Interview Nr. II.

1109 Dies befürwortend *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, 1994, S. 257.

1110 Zu dem Sachverhalt vgl. o. Fn. 106 sowie S. 316.

1111 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20. April 2018.

Dieser Herangehensweise des konstruktiven Dialogs bedient sich das Bundesverfassungsgericht auch im Umgang mit dem nicht nach § 31 BVerfGG gebundenen EuGH. Die tatsächliche Wirksamkeit der unmittelbaren Kommunikation lässt sich hierbei aber durchaus hinterfragen. Zwar kann man beobachten, dass der EuGH den Wertungen, die das Bundesverfassungsgerichts in seinem vorangegangenen Vorlagebeschluss im Rahmen der *Gauweiler*-Entscheidung¹¹¹² getroffen hat, in gewissem Maße entgegengekommen ist.¹¹¹³ Es liegt nahe, dass dies auch an dem konfrontativen Duktus des verfassungsgerichtlichen Vorlagebeschlusses lag, der jedenfalls implizit eine *ultra vires*-Entscheidung angedeutet hat.¹¹¹⁴ Die Kommunikation an den EuGH im Rahmen des Vorlagebeschlusses war aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts notwendig, um seiner Aufforderung nach einer verstärkten Kontrolle der EZB Nachdruck zu verleihen. Das Bild eines konstruktiven Dialogs wurde in diesem Fall vor allem dadurch gewahrt, dass das Bundesverfassungsgericht nach den Zugeständnissen des EuGH in seiner Endentscheidung zum OMT-Verfahren¹¹¹⁵ die Tonlage deutlich entschärft hatte.¹¹¹⁶ Dennoch stellt sich die Frage, ob die unmittelbare kommunikative Konfrontation mit dem EuGH in jedem Fall die Wertungen des Bundesverfassungsgerichts durchzusetzen vermag. Die Entscheidungen um das OMT-Verfahren waren nämlich lediglich der Anfang einer Rechtsprechungslinie, in welcher der EuGH auf Mahnungen des Bundesverfassungsgerichts, die EZB umfangreicher zu kontrollieren, aus verfassungsgerichtlicher Perspektive nicht zufriedenstellend eingegangen ist.¹¹¹⁷ Konnte das Bundesverfassungsgericht im anfänglichen Dialog um das OMT-Verfahren noch Erfolge in der Durchsetzung verzeichnen, kommen im folgenden Verfahren um das *Public Sector Asset Purchase Programm* (PSPP) der EZB Zweifel an der Methode des Bundesverfassungsgerichts auf. Nachdem der EuGH in seiner *Weiss*-Entscheidung der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des

1112 BVerfGE 134, 366 – OMT I (2014).

1113 EuGH NJW 2015, 2013; *Sikora*, PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, 139 (141); differenziert zum Grad des Entgegenkommens *Classen*, Funktionsadäquate checks and balances, EuR 2015, 477 (485).

1114 So *Mayer*, Rebels without a cause?, EuR 2014, 473 (481); zu Ausübung von Druck auf den EuGH durch das BVerfG im vergleichbaren Kontext der Identitätskontrolle auch *Haltern*, Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (203 ff.).

1115 BVerfGE 142, 123 – OMT II (2016).

1116 *Sikora*, PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, 139 (141).

1117 *Haltern*, Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (211 f.).

EZB-Handelns nicht gefolgt ist,¹¹¹⁸ erklärte das Bundesverfassungsgericht mit seinem PSPP-Urteil vom 5.5.2020 diese Entscheidung des EuGH für *ultra vires*.¹¹¹⁹ Die im Verhältnis zur medialen und fachwissenschaftlichen Rezeption¹¹²⁰ geringen tatsächlichen Folgen¹¹²¹ der verfassungsgerichtlichen Entscheidung legen nahe, dass das Bundesverfassungsgericht mit der PSPP-Entscheidung nicht nur in der Sache entscheiden wollte, sondern angesichts der Weigerung des EuGH, ihm erneut entgegenzukommen, auch bezweckt hat, die institutionelle Autorität des Gerichts zu behaupten.¹¹²² Von einer harten Durchsetzung der Entscheidung sah das Bundesverfassungsgericht hingegen ab.¹¹²³ Daraus lässt sich schließen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht um jeden Preis dem konkreten Akzeptanzdefizit begegnen wollte, sondern vor allem beweisen musste, im Notfall auch bereit zu sein, das *ultima ratio* Mittel der *ultra vires*-Kontrolle gegenüber dem EuGH überhaupt anzuwenden.¹¹²⁴ Angesichts eines zunehmenden Politisierungsgrades der europäischen Geldpolitik¹¹²⁵ und der fehlenden Bereitschaft des EuGH, auf die Positionen des Bundesverfassungsgerichts einzugehen,¹¹²⁶ musste das Bundesverfassungsgericht deutlich den Anspruch unterstreichen, auch künftig dem politischen Geschehen einen verfassungsrechtlichen Rahmen geben zu können.¹¹²⁷ Indem es auf die Nichtbefolgung durch den EuGH mit dem *ultra vires*-Verdikt reagierte, hat es dies getan,

1118 EuGH NJW 2019, 907.

1119 BVerfGE 154, 17 – PSPP (2020).

1120 Zu der umfassenden Rezeption vgl. Kischel in: Urbanik/Bodnar (Hrsg.), FS Wyrzykowski, 2021, S. 301 (302) mit Fn. 5 u. 7.

1121 Haltern, Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (205 f., 248).

1122 Haltern, Wirkliche Widersprüche, AöR 146 (2021), 195 (229 f.).

1123 Den Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung hat das Gericht abgelehnt, BVerfGE 158, 89 – PSPP – Vollstreckungsanordnung (2021).

1124 Auf diese Form der symbolischen Gewalt im Bourdieu'schen Sinne hat auch ein Interviewpartner Bezug genommen. Diese wird vor allem dort relevant, wo eine harte Durchsetzung nicht möglich ist, vgl. dazu Bourdieu, Sozialer Sinn, 1987, S. 239 ff.

1125 Neumeier in: Holterhus/F. Weber (Hrsg.), Handbuch Europäische Souveränität, 2024, S. 247 (274).

1126 Kischel in: Urbanik/Bodnar (Hrsg.), FS Wyrzykowski, 2021, S. 301 (310); zur geringen Kooperationsbereitschaft des EuGH Kahl, Optimierungspotenzial, NVwZ 2020, 824 (826).

1127 Ludwigs betont in diesem Zuge ebenfalls, dass sich das Gericht nicht von politischen Folgen der Entscheidung leiten lassen darf, Ludwigs, Scherbenhaufen oder Chance?, EuZW 2020, 530 (532). Daraus lässt sich folgern, dass das BVerfG beim Aufzeigen dieses Anspruchs keine Rücksicht auf die denkbaren politischen Folgen nehmen sollte.

ohne aber eine größere politische Krise zu verursachen.¹¹²⁸ Ähnlich wie bei der Auseinandersetzung im Fall *Wetzlar* hat das Gericht in der PSPP-Entscheidung an den tatsächlichen Gegebenheiten des Gesamtsachverhalts wenig verändert. Die Stadthalle Wetzlar wurde nicht an die NPD vermietet, die EZB hat lediglich Verhältnismäßigkeitserwägungen nachgeliefert, ohne an ihrem Beschluss substantielle Änderungen vorzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht konnte dennoch den Eindruck vermitteln, nicht machtlos gegenüber nicht befolungsbereiten Akteuren zu sein.

Es entsteht der Eindruck, als hätten die unmittelbaren Kommunikationshandlungen des Bundesverfassungsgerichts nicht ausschließlich das Ziel, einer einzelnen Entscheidung Wirkung zu verschaffen, sondern die Autorität des Gerichts auch insgesamt aufrecht zu erhalten. Statt den theoretischen Zweck unmittelbarer Kommunikation zu fördern und das Akzeptanzdefizit für die konkrete Entscheidung zu beseitigen, bewirkt das Gericht eine lediglich prima facie Auflösung des Konflikts, um seine Legitimitätsressource der institutionellen Akzeptanz keinen Schaden nehmen zu lassen. Dies gilt insbesondere in einem hochpolitischen Kontext, in dem die Anwendung rechtlicher oder tatsächlicher Zwangsmittel nur schwer vorstellbar ist. Um seine Autorität nicht zu gefährden, beschränkt es sich dann auf nach außen hin konstruktiv erscheinende Maßnahmen, deren tatsächliche Wirkung zweifelhaft ist. Das Gericht nimmt es dann in Kauf, dass die Durchsetzung im Einzelfall nicht vollständig gelingt, dafür aber seine Autorität als Grundlage der grundsätzlichen Folgebereitschaft aufrecht erhalten bleibt.

b. Offene Konfrontation bei offensichtlicher Überordnung

Auch außerhalb eines hochpolitischen Entscheidungskontexts sucht das Bundesverfassungsgericht die unmittelbare oder mittelbare Kommunikation mit Entscheidungsadressaten. Verschließen sich etwa Fachgerichte den Wertungen des Bundesverfassungsgerichts, kann es die Sache an das entscheidende Gericht zurückverweisen oder in bestimmten Fällen sogar durchentscheiden.¹¹²⁹ Dies hat allerdings nur Auswirkungen auf die konkrete Entscheidung, nicht aber auf ganze Linien fachgerichtlicher Implemen-

1128 Kischel in: Urbanik/Bodnar (Hrsg.), FS Wyrzykowski, 2021, S. 301 (311).

1129 Vgl. dazu o. S. 190.

tationsverweigerung der verfassungsgerichtlichen Wertungen.¹¹³⁰ Mitunter beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht dann nicht darauf, die Entscheidungen kontinuierlich aufzuheben, sondern nutzt seine Entscheidungen mehr oder weniger ausdrücklich als Kommunikationsmedium, um seinen Befolgungsanspruch zu unterstreichen. Dies geschieht allerdings nicht bereits bei einer fachgerichtlichen Gegenrede gegen die verfassungsgerichtlichen Wertungen. Eine solche Auseinandersetzung wird auch durch Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts mitunter sogar begrüßt:

„Das sind dann sog. *Rüttelurteile*, wenn die Instanzgerichte anders entscheiden als die höheren Gerichte. Das gehört zu einer lebendigen Justizkultur dazu und dann muss man sich mit dieser anderen Argumentation auseinandersetzen. Und manchmal ist es auch gut, wenn man darauf aufmerksam gemacht wird, dass es noch eine andere Sicht gibt. Aber das bedeutet ja nicht, dass das Gericht nicht akzeptiert wird oder dass man kein Vertrauen in die Institution hat.“¹¹³¹

Wenn ein Fachgericht aber in einem ausdiskutierten Streit keine neuen Argumente liefert und sich lediglich, weil es anderer Auffassung als das Bundesverfassungsgericht ist, beharrlich dessen Auslegung widersetzt, bringt die fachliche Diskussion zwischen Fachgericht und Bundesverfassungsgericht keinen juristischen Mehrwert, sondern stellt lediglich einen repetitiven Austausch von Argumenten dar.¹¹³² In dem Fall sieht das Bundesverfassungsgericht sich veranlasst, neben einer Sachentscheidung auch zu unterstreichen, dass es selbst letztverbindlich entscheidet.

Die Herangehensweise an den Umgang mit einer renitenten Fachgerichtsbarkeit ist mitunter kompliziert, weil sie zum Teil durch außerjuristisch-persönliche Elemente sowohl seitens der Fachgerichtsbarkeit als auch

1130 So etwa bei der konsequenten Weigerung des OVG Münster, die Entscheidungsinhalte des BVerfG in seine Entscheidungen zu implementieren, vgl. zu der Kontroverse nur *Schaefer*, Grundlegung einer ordoliberalen Verfassungstheorie, 2007, S. 91 – 129; ein ähnliches Beispiel findet sich auch in der Auseinandersetzung zwischen BVerfG und dem OLG Hamburg sowie dem LG Berlin hinsichtlich des presserechtlichen Gebots der Waffengleichheit, vgl. dazu o. S. 182 mit Fn. 632 u. 633.

1131 Interview Nr. 1.

1132 Eine Meinungsverschiedenheit droht dann zur „unendlichen Geschichte“ zu werden, vgl. *Brüning*, Grundrecht der Versammlungsfreiheit, *Der Staat* 41 (2002), 213 (219).

des Bundesverfassungsgerichts beeinflusst wird.¹¹³³ Auch dieser Ebene bei der kommunikativen Auflösung eines Befolgungskonflikts gerecht zu werden, erfordert ein hohes Maß an Geschick. Sie muss nämlich bewirken, dass die Fachgerichte eine Entscheidung freiwillig, wenn schon nicht bereitwillig befolgen, statt durch die Androhung (strafrechtlicher) Sanktionen Druck auf die Mitglieder der entscheidenden Spruchkörper auszuüben oder wie im Fall des OVG Münster einen Wechsel in der Besetzung abzuwarten.¹¹³⁴ Um diese freiwillige Befolgung zu erreichen, aktiviert das Bundesverfassungsgericht prozessuale Mittel. Ähnlich wie in der Akzeptanzkrise um die *Soldaten sind Mörder*-Entscheidung hat das Gericht etwa, nachdem eine Reihe der aufhebenden Entscheidungen gegenüber dem OVG Münster durch die 1. Kammer des Ersten Senats ergangen sind,¹¹³⁵ eine folgende Entscheidung mit dem gesamten Senat getroffen.¹¹³⁶ Durch die Entscheidung im Senat vermittelt das Gericht ein gesteigertes Maß an Autorität nach außen.¹¹³⁷ Dass die Entscheidung in Senatsstärke gerade darauf abgezielt hat, die Autorität des Gerichts zu unterstreichen und Befolgung durch die renitente Fachgerichtsbarkeit zu erwirken, legt zum einen der Umstand nahe, dass über einen längeren Zeitraum die Kammerrechtsprechung die Fachgerichte nicht veranlasst hat, dem Bundesverfassungsgericht Folge zu leisten. Allerdings ist das Gericht sich aber auch des Umstands bewusst, dass der Senat ein höheres Maß an Autorität ausstrahlt. Im Kontext des Umgangs mit den Fachgerichten hat ein Interviewpartner etwa folgende Aussage getätigt:

1133 *Brüning* etwa spricht davon, dass das Festhalten des OVG Münster als „Majestätsbeleidigung“ aufgefasst worden sei und das BVerfG dessen Renitenz „nachgerade wütend“ mache, *Brüning*, Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Der Staat 41 (2002), 213 (224 f.). Die hier angedeuteten Charakteristika sind keine Bestandteile eines sachlichen, ausschließlich am Recht orientierten Dialogs.

1134 Zu diesen Wegen zur Entscheidungsbefolgung *Kirchner*, *Karlsruhes Vollstrecker*, *VerfBlog*, 2024/4/10, <https://verfassungsblog.de/karlsruhes-vollstrecker/> (Stand: 30.3.2025). Würde dieses abwartende Verhalten Schule machen, käme es einer Kapitulationserklärung des BVerfG gleich.

1135 Vgl. hierzu BVerfG NJW 2001, 2069; BVerfG NJW 2001, 2075; BVerfG NJW 2001, 2076; zur gleichgelagerten Entscheidung gegenüber dem VGH München s. BVerfG NJW 2001, 2078.

1136 BVerfGE 111, 147 – Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot (2004).

1137 *Battis/Grigoleit* sehen die Senatsentscheidung etwa als Voraussetzung dafür, dass sich die Streitigkeit zwischen dem BVerfG und der Verwaltungsgerichtsbarkeit beruhigen konnte, *Battis/Grigoleit*, Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung – Roma locuta?, NJW 2004, 3459.

„Ein Bereich im Umgang mit den Fachgerichten ist hochsensibel, nämlich wenn Kammern mit drei Richtern Entscheidungen von obersten Bundesgerichten aufheben. Man ist der Meinung, dass es in Deutschland legitim ist, dass oberste Bundesgerichte vom Bundesverfassungsgericht korrigiert werden, aber dass dies durch den Senat in der Präsenz von acht Richtern erfolgt.“¹¹³⁸

Zwar ist diese Aussage nicht unmittelbar auf die Auseinandersetzung mit den Oberverwaltungsgerichten übertragbar, weil hier eben keine Bundesgerichte gegen das Bundesverfassungsgericht opponiert haben. Es lässt sich aber daraus schließen, dass die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts darüber bewusst sind, welche Auswirkungen die Besetzung des Gerichts auf die Autorität der Entscheidung hat. Die Wahl des entscheidenden Spruchkörpers ist insofern ein Instrument verstärkter Absicherung der Entscheidungsgehalte.

Neben der Wahl des Spruchkörpers ist als weiteres Mittel der kommunikativen Durchsetzung zu erkennen, dass das Gericht die verfassungsgerichtlichen Bindungswirkung explizit und nachdrücklich erwähnt. Im Rahmen einer Entscheidung gegenüber dem VGH München im Kontext der Auseinandersetzung um rechtsextreme Demonstrationen hat das Bundesverfassungsgericht die durch § 31 BVerfGG vermittelte Verbindlichkeit seiner Entscheidungsgehalte ausdrücklich betont.¹¹³⁹ Auch in der Auseinandersetzung um das Gebot der Waffengleichheit im Presserecht hat das Bundesverfassungsgericht versucht, dem OLG Hamburg und dem LG Berlin mit einem expliziten Verweis auf § 31 BVerfGG zu begegnen.¹¹⁴⁰ Dieser Hinweis auf die Bindungswirkung hat bestenfalls eine klarstellende Wirkung.¹¹⁴¹ Die Kenntnis der Fachgerichte über den Bedeutungsgehalt der Norm unterstellt, kann der explizite Rekurs auf § 31 BVerfGG hingegen kein neues Argument zur Befolgung der verfassungsgerichtlichen Wertungen sein. Es lässt sich lediglich die Schlussfolgerung ziehen, dass ein Verweis auf die Bindungswirkung das prozessuale Mittel des Gerichts ist, bei wiederholter Missachtung auf seine herausgehobene Stellung in der Rechtsordnung zu verweisen und das Fachgericht zum Einlenken zu bewegen.

1138 Interview Nr. 11.

1139 BVerfG NVwZ 2004, 90 (92).

1140 Vgl. bereits o. Fn. 633.

1141 Die Bindungswirkung war vor der Entscheidung BVerfG NVwZ 2004, 90 in der Literatur noch verneint worden, *Brüning*, Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Der Staat 41 (2002), 213 (219).

Daran wird die Schwäche der kommunikativen Beilegungsversuche des Bundesverfassungsgerichts deutlich. Sie bauen auf der Autorität des Gerichts auf und sind wohl grundsätzlich auch in der Lage, verfassungswidrige Entscheidungen kontinuierlich ausbrechender Gerichte aufzuheben, sodass ein Verfassungsverstoß nicht perpetuiert wird. Ganze Linien judikativer Renitenz kann das Bundesverfassungsgericht hingegen nicht unterbinden. Die Effektivität kommunikativer Durchsetzungsstrategien stößt dort an ihre Grenzen, wo eine grundsätzliche Folgebereitschaft der Rezipienten nicht besteht. Freiwillige Befolgung verfassungsgerichtlicher Wertungen kann, anders als auf konkrete Verfahren bezogene Entscheidungsaussprüche, nicht erzwungen werden. Die Interviewaussage zum Umgang mit sich dauerhaft in einer Rechtssache widersetzenden Gerichten macht dies deutlich:

„Man kriegt die Fachgerichte durch Kammerentscheidungen auf Linie. Da wird konsequent aufgehoben. [...] Die Prozessvertreter wussten natürlich, dass ich das anders sehe als der Senat des Fachgerichts. Die sind dann sofort in die Verfassungsbeschwerde gegangen. Meine Mitarbeiter haben schon förmlich darauf gewartet, dass so was kommt. Und die Kammer hat wie am Fließband diszipliniert.“¹¹⁴²

Deutlich wird hier zum einen, dass das Bundesverfassungsgericht beharrlich mit formellen Durchsetzungsmitteln auf eine fehlende Implementation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen reagiert. Die Durchsetzungsstrategie des Gerichts bezieht hier aber auch eine indirekte Kommunikation an Dritte ein. Indem das Gericht signalisiert, dass es bereit ist, Verfassungsbeschwerden stattzugeben, ermutigt es potenzielle Beschwerdeführer, ihr Anliegen an das Gericht heranzutragen und so dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit zur Entscheidung zu geben. Um also gegenüber der Fachgerichtsbarkeit auftreten zu können, sei es, indem das Bundesverfassungsgericht die fachgerichtlichen Entscheidungen mit der Kammer aufhebt, sei es, indem das Bundesverfassungsgericht in dem Zuge zusätzlich seinen Autoritätsanspruch unterstreicht, ist es auf die Aktivierung durch Dritte angewiesen. Eigentliche Adressaten der Kommunikation sind in diesem Rahmen also nicht sich widersetzende Fachgerichte, sondern am konkreten Verfahren unbeteiligte Entscheidungsrezipienten. Dass das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit hat, Dritte im Konflikt mit der Fachgerichtsbarkeit zu aktivieren, liegt auch daran, dass es losgelöst vom kon-

1142 Interview Nr. 10.

kreten Verfahren das Vertrauen der Gesellschaft genießt, die Rechte des Einzelnen durchzusetzen. Damit wird die Bedeutung des institutionellen Vertrauens in das Bundesverfassungsgericht erneut betont. Indem das Bundesverfassungsgericht losgelöst vom konkreten Verfahren dieses Bild in der Öffentlichkeit wahrt, sichert es sich die Möglichkeit zur Reaktion auf renitente Fachgerichte ab. Die Kommunikation an die Fachgerichtsbarkeit in einer konkreten Entscheidung mag dann zwar das vordergründige Durchsetzungsinstrument des Gerichts darstellen. Größer ist hier aber die Bedeutung der verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherung, die das Vertrauen in das Gericht und damit die Bereitschaft, das Gericht anzurufen, bestärkt.¹¹⁴³ Die Voraussetzung dafür, das formelle Durchsetzungsinstrument der Aufhebung einer Entscheidung effektiv verwenden zu können, liegt hier im Informellen, in der Akzeptanzsicherung des Bundesverfassungsgerichts.

c. Zusammenfassung

Das Bundesverfassungsgericht reagiert auf Widerstände gegenüber seinen Entscheidungen oftmals, indem es mit den Entscheidungsverpflichteten in eine Kommunikationsbeziehung tritt. Dabei ist das Gericht insbesondere im hochpolitischen Kontext oder bei Entscheidungsadressaten, die nicht unmittelbar an § 31 BVerfGG gebunden sind, darauf bedacht, eine offene Konfrontation zu vermeiden. So wahrt das Gericht den Eindruck der Autorität, auch wenn es riskiert, die Entscheidungsgehalte nicht vollständig realisieren zu können.

Auch in Bezug auf die Fachgerichtsbarkeit bemüht sich das Bundesverfassungsgericht, abweichenden Entscheidungen zunächst kommunikativ-vermittelnd zu begegnen. Weigern sich hingegen Fachgerichte nachhaltig, die Entscheidungsgehalte des Gerichts in ihre Rechtsprechungslinien zu implementieren, greift das Bundesverfassungsgericht zum formellen Durchsetzungsinstrument der Entscheidungsaufhebung. Dies verfolgt es konsequent, mitunter betont das Gericht in seinen Entscheidungen auch ausdrücklich die Bindungswirkung seiner Entscheidungen, um so Druck auf die renitenten Fachgerichte aufzubauen. Hier spielen informelle und formelle Durchsetzungsaspekte zusammen. Neben dem erhöhten Rechtfertigungsdruck der Fachgerichtsbarkeit, der mit einem expliziten Verweis des Bundesverfassungsgerichts auf die Bindungswirkung aufgebaut wird,

1143 Vgl. zu den verfahrensunabhängigen Akzeptanzsicherungsmechanismen o. Kap. § 3.

sind die Fachgerichte auch normativ nach einer Zurückverweisung dazu gezwungen, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in ihre Entscheidung zu integrieren. Damit diese normative Verpflichtung aktiviert werden kann, ist das Bundesverfassungsgericht auf seine gesellschaftliche Akzeptanz angewiesen. Die institutionelle Akzeptanz wird also immer dann besonders wichtig, wenn es dem Bundesverfassungsgericht nicht gelingt, Konfliktlinien kommunikativ abzubauen, ohne eine konfrontative Entscheidung zu treffen.

4. Die kommunikative Konfliktlösung eines abhängigen BVerfG

Will das Bundesverfassungsgericht nachsteuernd tätig werden, um seine Entscheidungen umzusetzen, bietet § 35 BVerfGG nur dem ersten, oberflächlichen Anschein nach ein probates Durchsetzungsinstrument. Tatsächlich ist eine unmittelbare Aktivierung der Norm in einer Vielzahl der durchsetzungskritischen Fälle nicht geeignet, um die verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgehalte zu realisieren. Das tatsächlich dominante Element verfassungsgerichtlicher Entscheidungsumsetzung deutet sich dennoch auch im Kontext des § 35 BVerfGG an. Indem nämlich das Gericht die potenzielle Anwendung der Norm in Aussicht stellt, wirkt es bereits darauf hin, dass Entscheidungsverpflichtete die Entscheidung befolgen. In diesem Zuge wird deutlich, dass das Gericht vor allem mittels kommunikativer Elemente seine Entscheidung durchzusetzen versucht. Dabei geht es davon aus, dass im Grundsatz eine Folgebereitschaft für die Entscheidungsgehalte besteht, sodass eine defizitäre Umsetzung im Regelfall nicht an der fehlenden Umsetzungsbereitschaft scheitert, sondern dass die mit den Entscheidungsgehalten transportierten Handlungserwartungen und Bedeutungsgehalte den Umsetzungsverpflichteten näher erläutert werden müssen. Dieser Transfer der Entscheidungsgehalte an die Rezipienten erfolgt über mehrere Kanäle, die das Bundesverfassungsgericht in sein Durchsetzungsverfahren eingegliedert hat. Zunächst bereitet die Presse die Entscheidungsgehalte so auf, dass sie für die breite Masse nachvollziehbar werden. Dem geht eine Erläuterung der gerichtlichen Entscheidungsgehalte an die Presse vorweg. In bestimmten Fällen erläutern die Richter des Bundesverfassungsgerichts die Aussagen einer Entscheidung auch selbstständig. Hierbei ist unklar und wohl von dem Selbstverständnis des jeweiligen Richters abhängig, welche Anforderungen er daran stellt, sich dazu zu entschließen, eine Entscheidung zu erläutern.

Ebenfalls begegnet das Gericht einer willentlichen Missachtung seiner Entscheidungsgehalte mit kommunikativen Mitteln. Insbesondere im Kontext politisch sensibler Themenkomplexe bemüht sich das Gericht hierbei, zwischen dem eigenen Autoritätsanspruch einerseits und den besonderen Umsetzungsschwierigkeiten des spezifisch politischen Kontexts einen Ausgleich zu finden. Die Konflikte kleidet es dann in einen konstruktiven Dialog ein, statt eine offene Konfrontation zu suchen. Letztere ist das Bundesverfassungsgericht hingegen eher bereit einzugehen, wenn es zusätzlich prozessuale Mittel zur Verfügung hat, die den eigenen Befolungsanspruch auch effektiv durchsetzen können. Zwar bemüht sich das Gericht auch in diesem Fall zunächst darum, Konflikte kommunikativ aufzulösen, etwa indem es den sachlichen Dialog sucht oder, sofern alle Argumente ausgeschöpft sind, seine Autorität verbal unterstreicht. Sofern diese Vorgehensweise aber nicht mehr erfolgreich ist, verdeutlicht das Gericht seine Letztentscheidungskompetenz, indem es gegenläufige Entscheidungen aufhebt. Damit dies gelingt, ist es auf die Aktivierung durch Dritte angewiesen.

Prozedural stellt sich dem Gericht insofern vorrangig die Frage, aus welchem Grund seine Entscheidung nicht befolgt wird. Im Regelfall wird dies daran liegen, dass die Entscheidungsgehalte nicht richtig aufgenommen worden sind. In dem Fall tritt das Gericht in einen kommunikativen Erläuterungsprozess ein, bei dem es sich auch anderer Beteiligter, etwa der Presse, bedient. Ausnahmsweise widersetzen sich Entscheidungsrezipienten allerdings auch bewusst. In diesem Fall kann das Gericht nur in einem Teil der Fälle darauf vertrauen, dass seine Durchsetzungsinstrumente tatsächlich erfolgreich sind. Insgesamt ist das Bundesverfassungsgericht hierbei in einem deutlich höheren Maße akzeptanzabhängig.

III. Schlussfolgerung: Informell-kommunikative Durchsetzungsmechanismen statt formeller Vollstreckung

In dem der Hauptsacheentscheidung nachgelagerten Verfahren der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsumsetzung wird eine abhängige Stellung des Bundesverfassungsgerichts in besonderem Maße deutlich. Dies beginnt bei der Beobachtung der Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und zieht sich bis zu aktiv vorgenommenen Durchsetzungsmaßnahmen durch. Durch ein Monitoring der Entscheidungsumsetzung erhöht das Gericht seinen Einfluss auf die Implementation seiner Entscheidungsgehalte. Zum einen belässt die Beobachtung der Umsetzung ihm die Mög-

lichkeit, nachsteuernd tätig zu werden. Zum anderen generiert es durch die Anregung zur Entscheidungsbeobachtung durch Dritte eine Plattform für Entscheidungen. Aufgrund des Ansehens des Bundesverfassungsgerichts genügt oftmals schon die Kenntnis der Öffentlichkeit von einer defizitären Umsetzung, um einen politischen Druck aufzubauen, der Entscheidung nachzukommen.

Das Gericht kann zwar selbstständig die Umsetzung seiner Entscheidungen verfolgen. Hierfür finden sich teilweise Anknüpfungspunkte im Prozessrecht, teilweise beobachten einzelne Richter eigeninitiativ den Umsetzungsgrad einer Entscheidung. Ein nicht unerheblicher Aspekt ist allerdings das Vertrauen des Gerichts, dass bei einer fehlerhaften Umsetzung dadurch Benachteiligte ein neues verfassungsgerichtliches Verfahren anstrengen werden. Hier wird eine wesentliche Schwäche der Durchsetzungsmöglichkeiten nach Erlass der Hauptsacheentscheidung deutlich. Das Bundesverfassungsgericht ist weitestgehend abhängig von Dritten. Es kann zwar versuchen, diese Dritten durch die Verfahrensgestaltung dazu zu beeinflussen, das Durchsetzungsverfahren des Gerichts zu fördern. Zu denken ist hier etwa, eine öffentliche Plattform zu produzieren, indem eine Sache mündlich verhandelt wird. Letzten Endes hängt der Erfolg hiervon aber nicht von Umständen ab, die das Gericht zu kontrollieren vermag.

Das gilt nicht nur für die Beobachtung der Entscheidungsumsetzung, sondern auch für die aktive Nachsteuerung des Gerichts. Harte Vollstreckungsinstrumente stehen nicht für jede durchsetzungskritische Situation zur Verfügung. Gegenüber der Fachgerichtsbarkeit mag das Gericht noch formelle Mittel haben, um in Einzelentscheidungen die Wertung des Gerichts durchzusetzen. Es tun sich aber bereits dann Defizite auf, wenn ein bestimmtes Fachgericht sich renitent der Umsetzung verfassungsgerichtlicher Wertungen verweigert. Statt sich einer Verfassungszwangsvollstreckung zu bedienen, wirkt das Bundesverfassungsgericht nach Erlass der Hauptsacheentscheidung überwiegend durch kommunikative Handlungen auf die Auflösung von Durchsetzungshindernissen hin. Hierbei muss das Gericht zunächst feststellen, ob die Durchsetzung an einem defizitären Verständnis der verfassungsgerichtlichen Entscheidung scheitert oder auf dem fehlenden Willen zur Entscheidungsumsetzung beruht. Für den ersten Fall stehen dem Gericht unterschiedliche Instrumente zur Verfügung. Zum einen werden die Richter teilweise selbst erläuternd tätig. Unter welchen Voraussetzung sich ein Richter hier konkret erläuternd äußert, divergiert allerdings je nach Richterpersönlichkeit. Zum anderen verlässt sich das Bundesverfassungsgericht auf die Presse als institutionalisierten Informati-

onsmittler. Das Gericht weiß dabei zwar um die Unabhängigkeit der Berichterstattung. Gleichwohl verlassen sich die Richter weitestgehend darauf, dass die Presse die Entscheidung zutreffend in die breite Gesellschaft zu kommunizieren vermag. Auch hieran wird ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis von Dritten, in dem Fall den Berichterstattern, deutlich.

Auch Durchsetzungshindernisse, die nicht auf einem fehlenden Verständnis der Entscheidung beruhen, sondern den Charakter eines mehr oder weniger offen ausgetragenen Konflikts zwischen Gericht und Rezipienten haben, begegnet das Gericht, indem es kommunikative Mittel anwendet. Sofern zumindest grundsätzlich formelle Mittel bestehen, um dem reitenten Entscheidungsrezipienten zu begegnen, etwa die Aufhebung einer fachgerichtlichen Entscheidung durch einen Kammerbeschluss, bemüht sich das Gericht, mithilfe kommunikativer Signale das Instrument durch Dritte aktivieren zu lassen. Denkbar ist hier beispielsweise, potenziellen Beschwerdeführern einer Verfassungsbeschwerde die Erfolgsaussichten der Beschwerde zu signalisieren.¹¹⁴⁴ Bestehen hingegen nicht einmal formelle Zwangsmittel, bemüht das Gericht sich, nach außen hin das Bild einer ertragreichen Kommunikation zu vermitteln und nimmt in Kauf, dass die tatsächlichen Entscheidungsgehalte hier nicht vollumfänglich umgesetzt werden. So wahrt das Gericht jedenfalls das Bild seiner Autorität und verhindert, dass diese schwerwiegendste Durchsetzungsressource in Frage gestellt wird.

Insgesamt baut das Bundesverfassungsgericht seine Durchsetzungsmethodik in diesem Vollstreckungsstadium im engeren Sinne vornehmlich auf Kommunikation und Kooperation mit den Entscheidungsrezipienten und Dritten auf, statt auf eine autoritative Durchsetzung. Dabei muss das Bundesverfassungsgericht auf individuelle Umstände der Rezipienten eingehen. Gerade in diesem Durchsetzungsstadium wird deutlich, wie abhängig das Bundesverfassungsgericht von der Kooperationsbereitschaft Dritter und somit auch von Mechanismen ist, die diese Kooperationsbereitschaft absichern. Die Eigenheit des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens zeigt sich hier im besonderen Maße, weil das Gericht die Besonderheiten des gesellschaftlichen und außerjuristischen Kontextes, in dem es parallel zu seiner normativen Position steht, beachten muss, wenn es sein Durchsetzungsverfahren ausgestaltet. Obwohl auch im Zeitraum nach

1144 *Kirchner* hebt etwa hervor, dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen auch einen Kommunikationsgehalt gegenüber Dritten beinhalten können, vgl. *Kirchner*, Wiederholte Weigerung, EuGRZ 2023, 410 (417).

der Entscheidung formelle Durchsetzungsinstrumente gegeben sind, ist das Gericht auf informelle Durchsetzungsinstrumente maßgeblich angewiesen.

D. Zusammenfassung: Das Gericht in institutionalisierter Abhängigkeit

Trotz eines geringen Normierungsgrades gelingt es, das Verfahren der Durchsetzung konkreter verfassungsgerichtlicher Entscheidungen mithilfe verschiedener Verfahrensschritte zu systematisieren. Ab dem Zeitpunkt, in dem das Verfahren beim Gericht anhängig gemacht wird, nimmt das Bundesverfassungsgericht Durchsetzungshandlungen vor. Weil diese Durchsetzungshandlungen selten explizit im normierten Prozessrecht aufgeführt sind, ist die Durchsetzungsrelevanz einer verfassungsgerichtlichen Handlung zum einen und einer verfassungsprozessualen Norm zum anderen nicht immer auf den ersten Blick offensichtlich. Diese Zusammenhänge sind durch den vorangegangenen Abschnitt deutlicher geworden.

Die Durchsetzungsinstrumente zeichnen sich durch ein Zusammenspiel formeller und informeller Mittel aus. Das Gericht aktiviert Verfahrensvorschriften des BVerfGG und der GO-BVerfG mit der Folge, in den unterschiedlichen Verfahrensstadien einen Kommunikationsrahmen zu schaffen und auf diese Weise die Akzeptanz für seine Entscheidungen als zentrale Durchsetzungsressource zu aktivieren und zu steigern. Dabei nutzt es auch mittelbare Auswirkungen der Verfahrensvorschriften. Die prozessualen Vorschriften erhalten so durch das Bundesverfassungsgericht eine Funktion, die über den ursprünglich intendierten gesetzgeberischen Zweck hinausgeht. Die herausgehobene Bedeutung informeller Durchsetzungsinstrumente in diesem Kontext ist aber nicht gleichbedeutend mit der Annahme, es lasse sich kein geregeltes Verfahren identifizieren. Wie sich gezeigt hat, folgt das Gericht sowohl im Rahmen der diskursiven Verfahrensgestaltung als auch bei der Ausgestaltung befolgungspflichtiger Anordnungen, also sowohl beim diskursiven Input als auch beim autoritativen Output, institutionalisierten Mustern. Hierbei spielen die verschiedenen Durchsetzungsmechanismen zusammen, die isoliert betrachtet zur Entscheidungsumsetzung nicht ausreichen würden. Es handelt sich dabei um ein fein austariertes Durchsetzungsverfahren.

Ausgehend von vorgelagerten prognostischen Entscheidungen, die in jedem Verfahrensstadium relevant sein können, nehmen die Richter des Bundesverfassungsgerichts neben der Sachentscheidung auch in den Blick, welche akzeptanzfördernden Maßnahmen diese begleiten können. Zwar

ist ihre Akzeptanz in dem Zuge nicht maßgeblich für die Entscheidung in der Sache, wohl aber für die Ausgestaltung des Verfahrensablaufs und die Formulierung des Urteils. Beispielhaft dafür sind die Erwägungen, zur Vorbereitung der Öffentlichkeit eine mündliche Verhandlung anzuberaumen oder durch die Gründe zu signalisieren, wie das Gericht trotz eines einstimmigen Ergebnisses um die Entscheidung gerungen und die unterschiedlichen Positionen einbezogen hat. Die Ausgestaltung des verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahrens folgt insofern einer Maxime der Akzeptanzförderung.

Die konkrete Ausgestaltung dieses im Grundsatz institutionalisierten Verfahrens variiert leicht je nach Besetzung des Gerichts. Unterschiedliche Richterpersönlichkeiten bringen nämlich stets auch verschiedene Herangehensweisen mit sich, wie die Akzeptanz im Verfahren gesichert werden kann. Exemplarisch ist hier etwa die Art und Weise der Darstellung von Gericht und Entscheidung. Zwar ist es mittlerweile im Gericht konsentiert, dass die Öffentlichkeitsarbeit des Bundesverfassungsgerichts ein wichtiger Faktor der Entscheidungsbefolgung ist. Allerdings gehen die Auffassungen über die Reichweite der öffentlichen Äußerungen nach wie vor auseinander. Bei der nachträglichen Entscheidungserläuterung etwa sehen manche Richter sie für komplexe Entscheidungen ungeachtet der tatsächlichen Befolgung als geboten an, andere erst, wenn eine Beobachtung der Entscheidungsumsetzung ein Umsetzungsdefizit ergibt. Zu strikte Regelungen würden die Handlungsfähigkeit des Gerichts, das auch auf unvorhergesehene Umsetzungsdefizite reagieren können muss, wohl zu stark einschränken. Die besondere Materie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die einer harten Vollstreckung nicht zugänglich ist, rechtfertigt es deswegen, die konkrete Ausgestaltung des etablierten Rahmens weiterhin dem Bundesverfassungsgericht zu überlassen. Weil die Entscheidungsdurchsetzung und damit auch des Erfolgs der Institution insgesamt von dem Geschick der Richter, Entscheidungsgehalte richtig zu vermitteln, abhängig ist, gewinnt allerdings auch in diesem Kontext die Richterwahl eine besondere Bedeutung. Je feinfühligere die Richter des Bundesverfassungsgerichts nämlich durch ihre kommunikative Tätigkeit auf Umsetzungsprobleme reagieren können, desto größer ist die Chance, die Umsetzungsprobleme zu beseitigen.

So haben sich bislang aus diesem vorangegangenen Abschnitt zwei Erkenntnisse hervorgetan, nämlich dass erstens die Kombination aus formellen und vor allem informellen Instrumenten ein institutionalisiertes Durchsetzungsverfahren bildet und zweitens die Besetzung des Gerichts aufgrund

der besonderen Akzeptanzbedürftigkeit als Gelingensbedingung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Bedeutung der Richterwahl für das Durchsetzungsverfahren des Bundesverfassungsgerichts unterstreicht. Daneben ist aber als dritte Erkenntnis deutlich geworden, dass das Bundesverfassungsgericht zu Durchsetzung seiner Entscheidungen auf ein erfolgreiches Zusammenwirken mit Dritten angewiesen ist.¹¹⁴⁵ Hierbei kann es sich um die Presse für die inhaltlich richtige Vermittlung seiner Entscheidungsgehalte handeln. Abhängig ist es aber auch von potenziellen Beschwerdeführern, wenn das Gericht die fehlerhafte Implementation seiner Entscheidungen im Wege eines erneuten Verfahrens sanktionieren möchte. Dieser Abhängigkeit trägt das Gericht durch verschiedene Verfahrensschritte Rechnung, etwa wenn es die Kernaussagen seiner Urteile für die berichterstattenden Journalisten aufbereitet und sich Fragen der Pressevertreter entweder im institutionellen Rahmen des Gerichts oder im bilateralen Austausch zwischen einzelnen Richtern und Journalisten stellt. Teilweise kommuniziert es auch, dass das Gericht geneigt ist, bestimmte Rechtsprechungslinien in seiner Kammerrechtsprechung zu perpetuieren, um sich so den Zugriff auf renitente Gerichte zu verschaffen. Entsprechende ostentative Äußerungen, die mitunter nicht einmal mehr nur im Subtext einer Entscheidung mitschwingen, stellen die Aufforderung an Dritte dar, zusammen mit dem Gericht verfassungsgerichtlichen Wertungen in der Rechtsordnung umfassend Wirkung zu verschaffen. Darauf, dass dieses Vorgehen funktioniert, vertrauen die Richter bisweilen zu Recht. Deutlich wird aber hieran der doppelte Stellenwert der Akzeptanz im verfassungsgerichtlichen Durchsetzungsverfahren. Das Verfahren dient nicht nur dazu, Akzeptanz zu generieren, sondern ist auch davon abhängig, dass Akzeptanz für das Bundesverfassungsgericht im Sinne eines gesellschaftlichen Ansehens fortbesteht.

1145 Dazu auch *Ladeur*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?, RuP 2024, 30 (32 f.).

